Manuel de droit commercial : à l'usage des étudiants des facultés de droit et des écoles de commerce / par A. [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Boistel, Alphonse (1836-1908). Manuel de droit commercial : à l'usage des étudiants des facultés de droit et des écoles de commerce / par A. Boistel,.... 1887.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

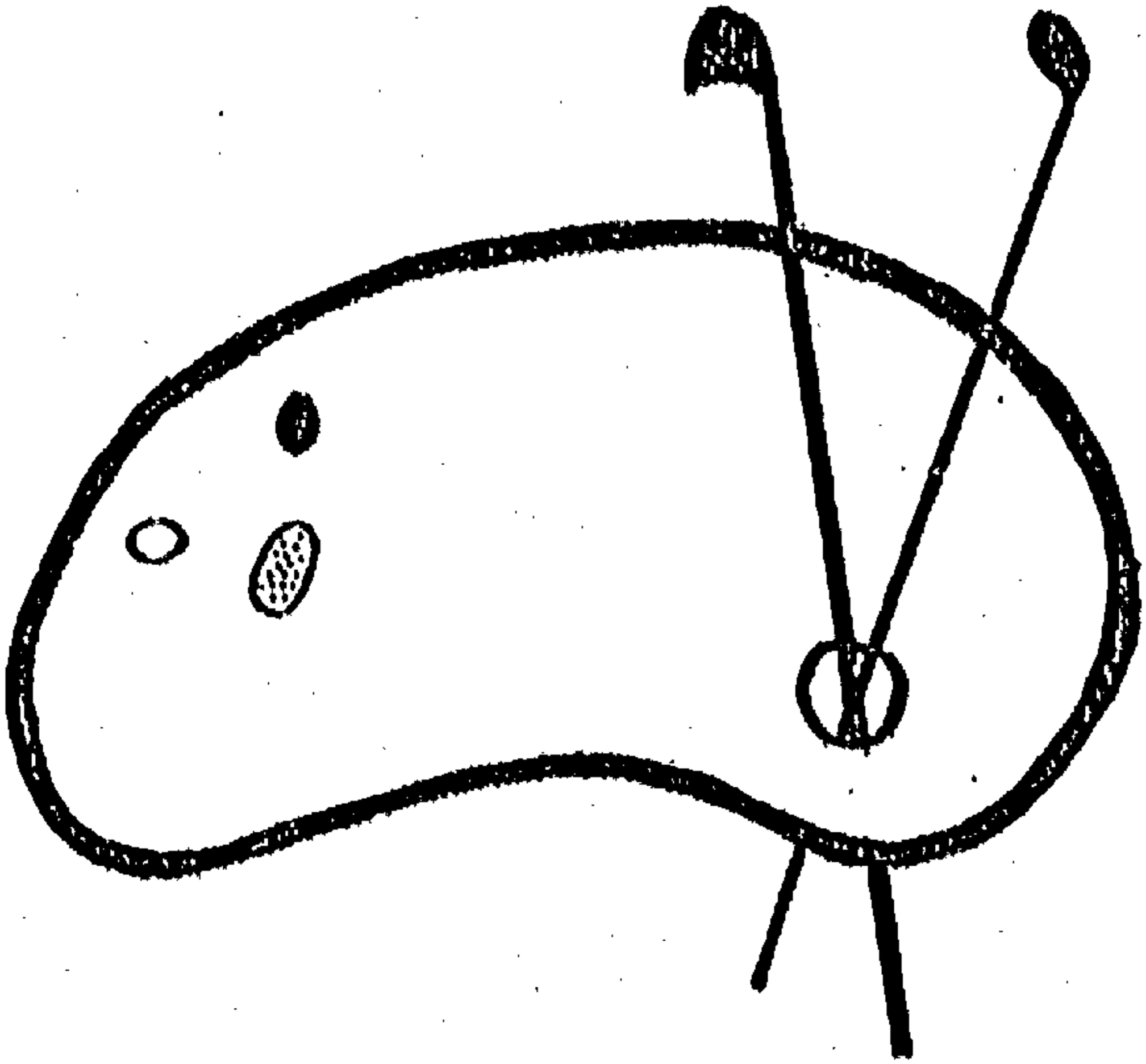
 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



DEBUT D'UNE SERIE DE DOCUMENTS EN COULEUR

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Collection de Ce Chevalier

Bibliothèque
de
1879

MANUEL
DE
DROIT COMMERCIAL

A L'USAGE

DES ETUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT ET DES ÉCOLES DE COMMERCE

1872

PAR

A. BOISTEL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS
ERNEST THORIN, ÉDITEUR,
LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE, DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME.
7, RUE DE MÉDICIS, 7
—
1887

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

AHRENS (H.). — Encyclopédie juridique, trad. de l'allemand par A. Chauffart, 2 vol. in-8. Prix de chaque volume..... 10 »

ANTOINE (E.). — Droit civil. Parallèles à l'usage des étudiants, in-8..... 5 »

BARBIER (J. C.). — Lois du jury, in-8. 5 »

BARD (Alph.). — Précis de droit international (droit pénal et privé), in-8..... 7 50

BARD ET ROBIQUET. — Droit constitutionnel comparé. La constitution française de 1875. In-12 (2e édition)..... 5 »

BÉDARRIDE (J.). — Des transports par chemins de fer, 2 vol. in-8..... 18 »

— De l'hypothèque maritime in-8..... 9 »

— De la loi sur les chèques in-8..... 7 »

— Brevets d'invention 3 vol. in-8..... 21 »

— Questions de droit commercial et de droit civil in-8..... 9 »

— Des commerçants et des livres de commerce, in-8..... 9 »

— Des sociétés, 2e édit. 3 vol. in-8..... 27 »

— Des bourses de commerce. 2e édit. in-8. 10 »

— Des commissionnaires, 2e édit. in-8... 10 »

— Des achats et ventes, 2e édit. in-8..... 9 »

— De la lettre de change, etc. 2e édit. 2 vol. in-8..... 18 »

— Du commerce maritime, 2e édit. 3 vol. in-8. ..... 45 »

— Des faillites et banqueroutes, 5e édit. 3 vol. in-8..... 27 »

— De la juridiction commerciale. 2e édit. in-8. ..... 9 »

BESLAY (F.). — Des commerçants, in-8. 8 »

BESLAY (F.) et LAURÀS (P.). — Des sociétés en commandite par actions, in-8..... 8 »

BOISSONADE (J.). Histoire des droits de l'époux survivant. in-8..... 7 50
Ouvrage couronné par l'Institut.

BROCHER (Ch.). — Cours de droit international privé. 3 vol. in-8. — Prix de chaque volume..... 9 »

CLAMAGERAN. — Du louage d'industrie, du mandat, de la commission. in-8 ..... 5 »

CRESP et LAURIN. — Cours de droit maritime, 4 vol. in-8..... 34 »

DROZ (Alfred). — Traité des assurances maritimes, du délaissement et des avaries. 2 vol. in-8..... 18 »

DUBARRY. — Formulaire des maires et des conseillers municipaux, 2e édit. in-8... 8 90

— Secrétaire de Mairie, 13e édit. in-8... 7 50

DUCROCQ (Th.), *professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, etc.*

— Cours de droit administratif. 6e édit. (1881-1886.), 3 vol. in-8..... 24 »

N. B. On vend séparément le tome III contenant : *Etudes sur la loi municipale du 5 avril* 1884, 1 vol. in-8..... 5 »

FABRE (J.). Des courtiers, 2 vol. in-8.. 10 »

FÉRAUD GIRAUD. — Législation des chemins de fer par rapport aux propriétés riveraines, in-8..... 7 50

— Des voies publiques et privées, in-8.. 10 »

GASQUY (A.). — Cicéron jurisconsulte, avec une table des principaux passages relatifs au droit contenus dans les œuvres de Cicéron, in-8..... 5 »

GROTIUS (Hugo.). Le droit de prise (*de jure prædæ*), texte latin inédit, 1 vol. in-8.. 10 »

HAUS (J.J.). — Principes généraux du droit pénal belge, 3e édit. 2 vol. in-8..... 20 »

HUMBERT (G.). — Essai sur les finances et la comptabilité publique chez les Romains, 2 vol. gr. in-8..... 18 »

KELLER J. L. de). — De la procédure civile et des actions chez les Romains, trad. de l'allemand, par Capmas, in-8..... 9 »

LABATUT (E.). — Histoire de la préture, in-8. ..... 7 »

LEFORT (J.). — Cours élémentaire de droit criminel, 2e édit. in-8..... 8 »

LYALL (Alf.). — Etudes sur les mœurs juridiques, religieuses et sociales de l'Extrême-Orient, in-8..... 12 »

MONCEAUX (P.). — Des proxénies grecques. gr. in-8..... 8 »

POIRET (J.). — Essai sur l'éloquence judiciaire à Rome pendant la République, in-8. ..... 5 »

RAMBAUD (P.). — Précis élémentaire d'économie politique à l'usage des Facultés de Droit et des Ecoles, 4e édit. in-12..... 3 »

— Du placement de capitaux en valeurs de bourse. 2 vol. in-8..... 16 »

SAVIGNY (de). — Le droit des obligations, trad. de l'allemand par Gérardin et Jozon. 2e édit. 2 vol. in-8..... 15 »

SÉGUR-DUPEYRON (de), Histoire des négociations commerciales et maritimes de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles, 3 vol. in-8. ..... 27 »

STAHL (J). — Histoire de la Philosophie du Droit, trad. de l'allemand par Chauffart, in-8. ..... 12 »

SUMNER-MAINE. — Histoire des Institutions primitives, 1 vol. in-8..... 10 »

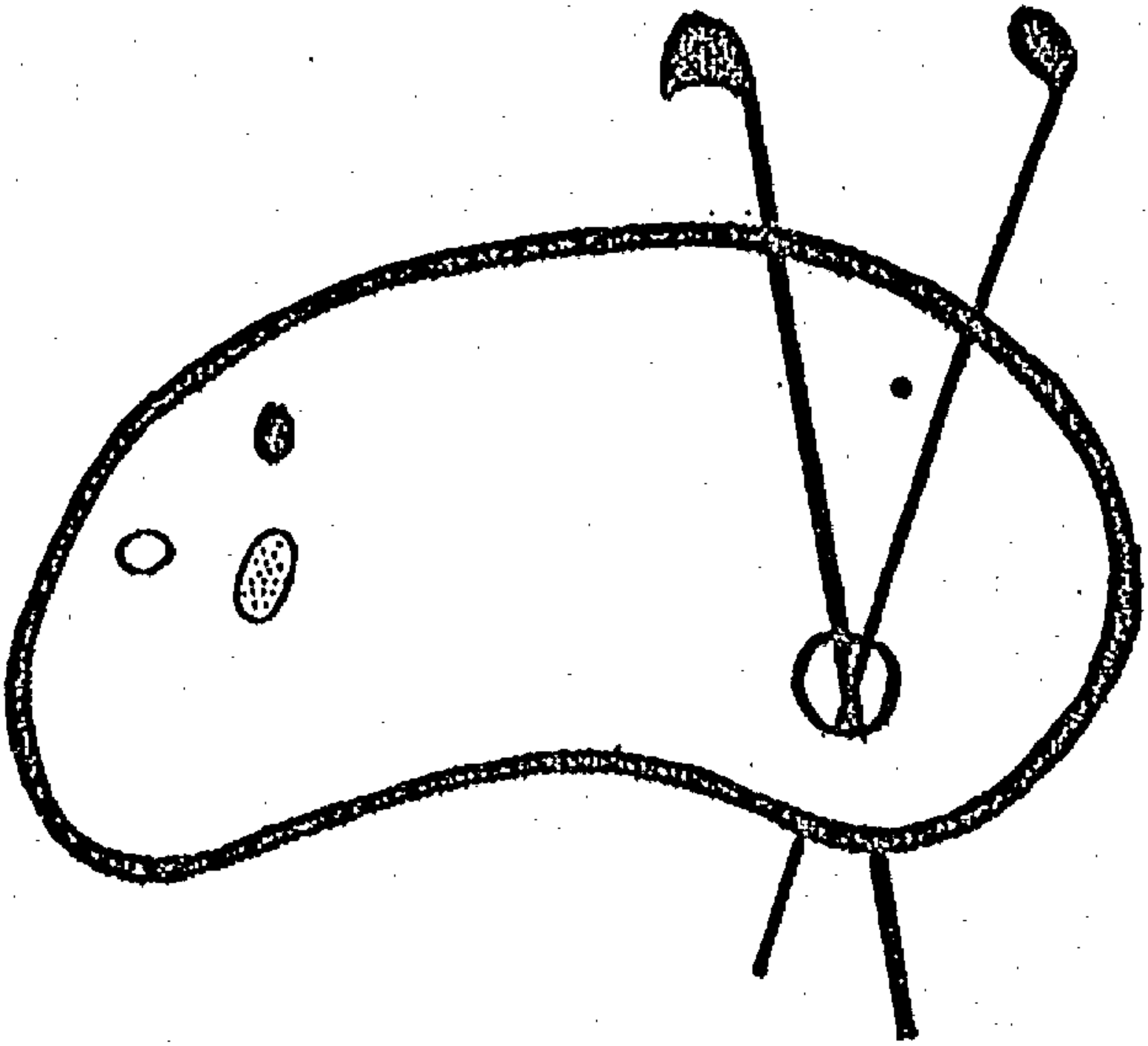
— L'ancien droit et la coutume primitive, 1 vol. in-8..... 10 »

— Essai sur le gouvernement populaire, in-8. ..... 3 50

THÉZARD (L.). — Répétition écrites sur le droit romain, 3e édit. in-12..... 5 »

— Du nantissement, des privilèges et des hypothèques, in-8..... 4 »

Imprimerie générale de Châtillon-sur-Seine. — A. Pigeat.



FIN D'UNE SERIE DE DOCUMENTS
EN COULEUR

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

8° F.
1588

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ERNEST THORIN, Éditeur

LE DROIT DANS LA FAMILLE. Études de droit rationnel et de droit positif. Paris, gr. in-8°. 1864 . . . . . 6 »

COURS DE DROIT NATUREL OU DE PHILOSOPHIE DU DROIT. Paris, in-8°. 1870 (*épuisé*).

COURS DE DROIT COMMERCIAL, 3e édition, mise par un supplément au courant des lois récentes. Paris, 1 très fort vol. gr. in-8°. 1884-1887 . . . . . 15 »

DU DIES INCERTUS. Paris, brochure, in-8°. 1885 . . . . . 2 »

THÉORIE JURIDIQUE DU COMPTE-COURANT, gr. in-8 . . 2 50

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE — A. PICHAT.

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

A L'USAGE

DES ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT
ET DES ÉCOLES DE COMMERCE

R. F.

PAR

A. BOISTEL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

7, RUE DE MÉDICIS, 7

—

1887

(1)

PRÉFACE

Notre *Précis de droit commercial*, a pris peu à peu, dans ses trois éditions successives, des proportions considérables, et ne se trouve plus tout à fait à la portée de la grande majorité des étudiants en droit ou des personnes qui désirent s'initier aux éléments du droit commercial sans cependant en pénétrer toutes les difficultés. Aussi depuis longtemps avions-nous songé à en donner un abrégé présentant toutes les notions indispensables, l'exposé des principes de chaque matière, le commentaire de tous les textes de nos lois, l'indication de toutes les questions importantes et une discussion sommaire des principales difficultés. C'est l'objet de l'ouvrage que nous présentons aujourd'hui au public, et pour lequel nous avons adopté le titre de *Manuel* à l'exemple de notre savant et regretté maître M. Bravard-Veyrières. En même temps il nous a paru convenable, pour éviter des confusions, de changer quelque peu le titre de notre précédent ou-

vrage et de l'appeler *Cours de Droit commercial*, au moment où nous le mettions par un supplément au courant des modifications importantes apportées à la législation commerciale depuis la publication de sa troisième édition. Le nom de *Précis*, encore justifié par la forme brève et concise dans laquelle sont condensées les notions exposées, n'était peut-être plus complètement en rapport avec l'étendue des matières embrassées dans l'ouvrage.

Pour diminuer les proportions de ce *Manuel*, nous avons d'abord supprimé les citations d'auteurs et de jurisprudence. Ces indications fort utiles dans la pratique des affaires, également intéressantes pour ceux qui veulent approfondir scientifiquement un sujet, ont beaucoup moins d'importance dans une étude élémentaire.

Nous avons également retranché les résumés de principes économiques dont nous avions fait précéder l'exposé des diverses branches du droit commercial. Cette suppression était sans inconvénient pour les étudiants en droit qui, avant d'aborder en troisième année l'étude de la législation commerciale, ont suivi en seconde année un cours complet d'économie politique.

Enfin nous n'avons pas cru devoir reproduire les détails ayant un caractère exclusivement pratique et qui ne sont pas absolument nécessaires pour com-

prendre les théories de droit, comme l'exposé de la comptabilité, soit générale, soit spéciale au compte courant, la pratique des marchés de bourse, le calcul des changes, etc.

Nous avons eu soin de conserver dans ce *Manuel*, malgré les retranchements opérés, la même série de numéros que dans le *Cours* complet. Nous assurons ainsi plusieurs avantages à nos lecteurs. D'abord, si, en lisant le *Manuel*, ils ne se trouvent pas suffisamment éclairés, s'ils éprouvent le besoin de trouver quelques explications de plus ou quelques renseignements plus complets, ils auront la facilité de se référer au *Cours* qu'ils trouveront dans toutes les bibliothèques de droit, et ils pourront ainsi suppléer aux détails qui leur manqueraient. Ensuite ceux qui se seront d'abord contentés d'une étude sommaire du droit commercial, s'ils veulent plus tard approfondir cette science, se retrouveront très aisément dans notre ouvrage plus développé, et les notions nouvelles qu'ils acquerront se grouperont avec la plus grande facilité autour des connaissances déjà acquises par eux. Enfin s'ils sont renvoyés à nos travaux par une citation contenue dans un autre ouvrage, ils pourront indifféremment se référer au *Manuel* ou au *Cours*, de même qu'on peut déjà consulter aussi bien la deuxième que la troisième édition de ce dernier.

Pour obtenir ce résultat, nous avons dû nous résí-

gner à laisser quelques numéros vides dans notre *Manuel*, lorsque les matières qui y étaient traitées ne nous ont pas paru assez importantes pour y être mentionnées même en abrégé. Nous prions nos lecteurs de ne pas s'étonner de ces lacunes.

Nous espérons que dans ses dimensions réduites, cet ouvrage paraîtra convenablement adapté à l'enseignement du droit commercial qui se donne dans les écoles de commerce. L'absence des renseignements pratiques que nous donnons dans le *Cours* développé ne fera pas trop défaut aux élèves de ces écoles, puisqu'ils reçoivent sur ces matières des notions beaucoup plus détaillées.

Nous ajouterons ici quelques mots sur les abréviations qui nous ont permis de gagner de la place en supprimant des formules qui se reproduiraient identiques à chaque page. Les questions controversées, formulées en italique, sont ordinairement précédées par le signe **Q**, les diverses opinions, professées par les auteurs et par la jurisprudence, sont indiquées par ces mots 1er S. (premier système), 2^{e} S., 3^{e} S., etc.; celle de ces opinions que nous adoptons (en général celle qui est exposée en dernier lieu) est marquée par le signe (!)

INTRODUCTION.

1. **L'utilité des études de Droit commercial** n'a pas besoin d'être démontrée de nos jours.

Les faits de commerce se mêlent tellement à toutes les opérations journalières de la vie, que personne ne peut se flatter de rester même pour peu de temps en dehors de leur domaine. Depuis le négociant, puissant ou modeste, qui vit presque uniquement dans ce milieu, jusqu'à l'humble consommateur qui va lui demander les choses nécessaires à son existence ; depuis le grand capitaliste, usant largement des institutions de crédit et des ressources de la Bourse, jusqu'au petit rentier, cherchant à tirer le meilleur parti de ses maigres épargnes, tout le monde a besoin de connaître les lois qui président aux transactions commerciales.

Par la même raison, pareille nécessité s'impose au jurisconsulte qui, sans des études sérieuses de Droit commercial, ne peut espérer connaître à fond aucune partie du Droit.

2. **L'intérêt scientifique** se joint d'ailleurs à l'utilité pratique pour encourager à l'étude du Droit commercial.

Il réside surtout dans le caractère essentiellement vivant et progressif des institutions commerciales. Lorsqu'on pénètre, comme cela est indispensable aujourd'hui, dans les détails de la pratique des affaires, on est émerveillé de tout ce que leur mécanisme a d'ingénieux et souvent de grandiose dans sa simplicité. Si l'on contemple avec un vif intérêt ces machines merveilleuses, employées par l'industrie pour faire avec une exactitude mathématique les travaux les plus délicats sous la main d'un simple ouvrier, c'est avec un charme encore plus vif qu'on étudiera ces ressorts cachés et ces leviers puissants qui permettent à un seul

négociant de mettre en mouvement d'un bout du monde à l'autre, hommes et choses, crédit et capitaux, pour faire converger tout ce mouvement vers le point fixé d'avance par les nécessités de ses affaires. Que l'on admire le génie humain qui sait mettre en œuvre la matière avec tant de précision ; mais que l'on réserve une admiration non moins profonde pour l'homme versé dans la *mécanique* des affaires, qui doit chaque jour organiser de toutes pièces une combinaison nouvelle pour parer à la variabilité infinie des circonstances, et qui n'a pas le droit de se tromper, exposé qu'il est à payer de sa fortune et de son honneur la moindre inexactitude dans ses calculs.

Dans cette introduction, nous consacrerons trois paragraphes à l'étude des trois sujets suivants : — 1° Rôle social et économique du commerce ; caractères généraux de la législation commerciale ; — 2° Origines et rédaction du Code de commerce ; — 3° Autres éléments de la législation commerciale.

§ Ier

Rôle social et économique du commerce : caractères généraux de la législation commerciale.

3. Au point de vue moral individuel, le commerce se présente comme une forme de la grande loi du travail : *Tu gagneras ton pain à la sueur de ton front*. Cette forme est déterminée par la loi économique de la division du travail : chacun, au lieu de produire tout ce qui lui est nécessaire, produit une seule espèce de valeur en grande abondance et se procure, par voie d'échange, tout ce dont il a besoin ; il obtient ainsi une bien plus grande somme de jouissances que s'il produisait tout lui-même. Au point de vue moral général, et au point de vue de la loi de charité et du patriotisme, chacun concourt ainsi à produire pour la société tout entière une immense multiplication des richesses : chacun a infiniment plus de bien-être sans que personne soit dépouillé [1].

1. V. Bastiat, *Harmonies économiques*, ch. 1er, *Organisation naturelle*. Œuvres complètes, t. VI. p. 25 (éd. Guillaumin, in-18).

Entre les nations, le commerce est le plus puissant instrument de civilisation et le plus sûr garant de la paix.

4. **Place du commerce dans l'économie sociale et dans la législation.** — En économie politique on distingue trois branches de la production ou de l'industrie : *Agricole* (comprenant l'industrie extractive que quelques-uns classent à part) ; *manufacturière*, et *commerciale*. L'industrie agricole fait naître les matières premières ; l'industrie manufacturière les transforme pour les adapter à nos divers besoins ; l'industrie commerciale les transporte pour les faire arriver du producteur au consommateur.

Pour l'industrie agricole, le droit civil suffit en général, parce qu'elle suppose seulement les rapports fixes du propriétaire ou du fermier avec la terre, en y joignant quelques contrats très simples. Les opérations dont elle se compose se faisant lentement, on peut sans difficulté remplir toutes les formalités exigées par le droit civil pour la garantie des droits de tous.

Au contraire, pour les deux autres ordres de production, il faut un mécanisme plus souple, à raison de la multiplicité très grande des transactions et du besoin qu'elles ont d'une grande rapidité. En effet, ces deux industries se fondent essentiellement sur la circulation des richesses : celle-ci est l'objet immédiat du commerce ; pour l'industrie manufacturière, si ce n'est pas son objet immédiat, c'est la condition essentielle de son exercice ; car il faut qu'elle appelle incessamment les matières premières et qu'elle déverse les produits fabriqués.

Le but de la législation commerciale est d'organiser ces modes de transaction plus rapides, déterminés depuis longtemps ou modifiés récemment par les usages et les besoins de la pratique.

5. **Caractères généraux de la législation commerciale.** — Comme nous venons de le voir, c'était surtout le besoin d'une *célérité* beaucoup plus grande qui devait inviter le législateur à poser des règles spéciales pour les transactions commerciales. Mais à côté de la célérité, comme complément, souvent comme correctif, le commerce a aussi besoin d'un *crédit*

bien plus fortement organisé qu'en droit civil, et d'une *sécurité* plus énergiquement garantie. C'est ce triple besoin que la législation commerciale est appelée à satisfaire ; ce sont les moyens employés pour y pourvoir qui donnent à cette législation ses caractères essentiels.

§ 2

Origines et rédaction du Code de Commerce.

6. Chez les anciens peuples de l'Orient, le commerce était très développé ; et il y eut certainement des lois, coutumières ou écrites, qui s'y rapportèrent ; mais nous n'en avons presque aucun vestige. Il en est de même pour la Grèce où nous n'avons quelques renseignements que sur le droit athénien [1].

Chez les Romains, peuple essentiellement soldat et agriculteur, le commerce était considéré comme vil et indigne d'un homme libre, laissé aux esclaves, aux affranchis et à des artisans presque tous étrangers. Le commerce maritime ne fut guère pratiqué, dans l'empire romain, que par les peuples conquis. Il n'a laissé dans les textes que des traces peu importantes pour le droit moderne.

Pour la Gaule, la splendeur commerciale de Marseille remonte à une haute antiquité, mais elle n'a laissé aucun monument. Peut-être les usages déjà établis à l'époque romaine forment-ils la base du *Consulat de la mer* (v. *infra* n. 9).

7. Au moyen âge, la suppression de l'esclavage produisit une tendance au développement rapide du commerce ; mais les agitations de l'invasion barbare et des époques subséquentes entravèrent ce développement.

Le commerce terrestre resta très limité jusqu'à l'émancipation des communes. Les Juifs seuls s'y livraient avec une certaine activité.

Le commerce maritime se conserva dans les ports de la Mé-

1. V. Pardessus, *Collection de lois maritimes*, t. I, ch. I, et II. — V. plus spécialement les remarquables travaux de M. Caillemer, doyen de la Faculté de droit de Lyon, qui a publié diverses brochures sur des points spéciaux de la législation d'Athènes (Paris, chez A. Durand).

diterranée et de l'Océan. Mais il se développa surtout hors de France ; il jeta un grand éclat en Hollande, en Espagne, à Pise, à Gênes, à Venise. Nécessairement, le droit maritime se développa parallèlement. Il fut très longtemps purement coutumier; peu à peu les usages se trouvèrent constatés dans les statuts de plusieurs villes du littoral de la Méditerranée. C'est encore au droit maritime sous sa forme purement coutumière que se réfèrent les premiers monuments d'un caractère plus général dont nous avons à parler.

8. **Jugements ou rôles d'Oleron.** — L'époque de leur rédaction est inconnue ; elle remonte au moins au onzième siècle. Ils ont cinquante-six articles dont vingt-cinq paraissent plus récents. C'est un résumé très concis des usages en vigueur dans les ports de l'Océan.

9. **Consulat de la mer.** Plus probablement, il parut entre 1343 et 1435, à Barcelone, et en langue catalane. Il a deux cent quatre-vingt-dix-sept chapitres (ou deux cent cinquante-deux suivant les exemplaires). C'est une espèce de Digeste contenant des maximes du droit en vigueur alors sur la Méditerranée. Il a eu une très grande autorité dans le Midi et dans la Méditerranée, et même jusque dans le Nord, où il a été copié par les autres recueils.

10. **Table d'Amalfi.** — Retrouvée en 1844 à la bibliothèque impériale de Vienne, et publiée à Naples en 1845. Elle a soixante-six articles.

11. **Droit maritime de Wisby.** — Wisby est une ville de l'île de Gothland (Suède). C'était autrefois le marché le plus fréquenté de l'Europe septentrionale. Ce recueil a soixante-six articles en allemand. Il est presque tout emprunté au *Consulat de la mer* et aux *Rôles d'Oleron*. Il fut la législation de tout le Nord, notamment des Suédois et des Danois.

12. **Recès de la Hanse.** — La Hanse teutonique était une ligue de villes commerçantes de l'Allemagne septentrionale. Les lois communes à toutes les villes qui faisaient partie de la ligue s'appellent *recès*. Ce mot vient de *recessus*, parce que ces règles étaient arrêtées au moment où les délégués, réunis à Lubeck, se séparaient.

13. **Guidon de la mer.** — C'est un ouvrage sûrement français, rédigé à Rouen par un négociant inconnu, au seizième siècle.

14. Tous ces documents sont relatifs au Droit maritime. Il faut arriver jusqu'au seizième siècle pour trouver en France des documents de quelque importance qui se réfèrent spécialement au Droit commercial terrestre ; et ce ne sont plus des coutumes rédigées, mais des textes de lois proprement dites.

15. **Edit de novembre 1563** (Charles IX et L'Hospital), créant la juridiction consulaire et une bourse à Paris, complété par une *déclaration du 28 avril* 1565.

Puis viennent les grandes ordonnances de Louis XIV, rendues sur l'initiative de Colbert.

16. **Ordonnance de 1673** *sur le commerce de terre*, appelé autrefois dans l'usage *code marchand*. — Elle est presque en totalité l'œuvre d'un ancien négociant, Savary, très influent dans la commission de rédaction. Elle se divise en douze titres, correspondant pour la plupart à ceux du code de commerce, avec beaucoup moins d'articles, cent quatre en tout. Le Code lui a fait de nombreux emprunts.

Les principaux commentaires de l'ordonnance de 1673, sont : *Le Parfait Négociant* (1675), par *Jacques Savary*, de Douai (1622-1690) ; — les *commentaires* de *Jousse*, de *Bornier* et de *Boutaric* ; — et quelques traités de *Pothier* (1690-1772).

17. **Ordonnance de 1681** *sur la marine* ; non pas seulement sur le commerce maritime. — Elle est très longue, elle a cinq livres divisés chacun en titres nombreux, et généralement plus longs que ceux de l'ordonnance de 1673 : — I. Amirautés (quatorze titres). — II. Les gens de mer et les navires (dix titres). — III. Les contrats maritimes (onze titres). — IV. La police des ports (dix titres). — V. La pêche maritime (huit titres). — Le deuxième et le troisième livre ont seuls servi de base aux dispositions du code de commerce sur le Droit maritime ; le quatrième et le cinquième sont encore en vigueur pour la plus grande partie.

L'ordonnance de 1681 fut généralement adoptée en Europe.

Elle est considérée comme le chef-d'œuvre législatif de Louis XIV.

Les principaux Commentaires de l'ordonnance de 1681, sont ceux de *Valin* (1760), *d'Emérigon* (1725-1784), (surtout son *Traité des assurances*), et quelques traités de *Pothier* [1].

Rédaction du code de commerce.

18. Dès 1787, une commission fut chargée de réviser les ordonnances et la législation commerciale. Ses travaux furent interrompus par la Révolution.

La révision fut reprise en vertu d'un arrêté des consuls du 13 germinal an XII (3 avril 1804). Le projet une fois rédigé fut communiqué aux conseils et tribunaux de commerce, aux tribunaux d'appel et au tribunal de cassation. Les observations de ces différents corps ont été imprimées ; elles forment trois volumes in-8. La commission révisa son travail, et publia ses motifs, en 1803, sous le titre de *Révision du projet de code de commerce*. Le projet ainsi modifié fut envoyé au conseil d'Etat où il fut oublié pendant longtemps.

Ce fut seulement en 1806, et sous l'influence de nombreuses faillites scandaleuses, qu'on donna suite à ce projet. Chacune des parties du futur Code passa par la même filière que les titres du code civil : communication officieuse au tribunat (sections de l'intérieur et de législation) ; nouveau travail en sections (intérieur et législation) au conseil d'Etat ; puis, rédaction arrêtée en assemblée générale ; présentation au Corps législatif par un conseiller d'Etat, chargé de faire l'exposé des motifs ; communication officielle au tribunat ; vœu d'adoption ou de rejet émis par le tribunat, et soutenu par deux tribuns devant le Corps législatif ; et, enfin, vote par ce dernier. L'ensemble du projet avait été divisé en cinq projets distincts, comprenant chacun plusieurs titres ou un livre entier ; et ils furent votés et promulgués séparément dans le courant de septembre 1807. Mais l'effet de la promulgation fut retardé par la loi des 15-25 septembre 1807, art. 1, jusqu'au 1er janvier 1808, époque à

1. Parmi les auteurs étrangers, on cite surtout les Italiens, notamment Straccha, Scaccia, et surtout Casaregis (1670-1737.)

laquelle toutes les parties du Code devinrent simultanément exécutoires. L'art. 2 de la même loi, comme l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, abroge l'ancienne législation sur les matières dont le code de commerce s'est occupé. Nous aurons plus loin à déterminer la portée de cet article.

Une nouvelle rédaction officielle a été donnée par l'ord. du 31 janvier 1841. Elle n'a fait qu'enregistrer des modifications opérées par diverses lois, notamment celle de 1838 sur les faillites, et changer les dénominations officielles contenues dans le Code pour les mettre en harmonie avec le régime politique de l'époque.

Le *Code de commerce* compte six cent quarante-huit (648) articles, et est divisé en quatre livres, subdivisés eux-mêmes en titres, chapitres, sections et paragraphes.

§ 3

Autres éléments de la législation commerciale.

Ces éléments peuvent être classés en cinq catégories :

I. — **Lois postérieures qui ont modifié ou complété le code de commerce.**

10. Nous les citerons à propos des matières qu'elles concernent.

II. — **Législation antérieure au code.**

20. Elle a été abrogée expressément touchant les matières sur lesquelles il est statué par le code, L. 15 sept. 1807, art, 2. — Mais l'application de cet article ne doit pas être exagérée : il y a des matières que le Code a traitées très incomplètement, dont il n'a réglé que quelques points, on ne peut pas dire qu'il ait *statué* sur elles, qu'il forme sur elles un *statut* complet ; il faut bien, pour les réglementer recourir à la législation antérieure. Telle est, par exemple, la matière des Bourses de commerce, des agents de change et des courtiers, à laquelle on applique diverses lois de l'époque intermédiaire, notamment l'arrêté du 27 prairial an X. — En sens inverse certains

auteurs vont trop loin en admettant qu'il faut appliquer les anciennes lois dans toutes les matières autres que celles « sur lesquelles le Code ne laisse rien à désirer ». Lorsque le code a traité un sujet dans toutes ses parties essentielles une lacune sur un ou quelques points de détail n'autorise pas à revenir aux lois antérieures et à les appliquer comme un texte actuellement en vigueur.

III. — Usages ou coutumes.

21. En théorie générale, on reconnaît que l'usage ou la coutume peut établir des règles de droit, parce que la coutume est l'expression du consentement universel dans la nation.

Les usages, pour avoir une autorité en droit, doivent réunir les trois caractères suivants. Ils doivent être : — 1° *Constants*, c'est-à-dire être appliqués sans divergence à tous les cas semblables dans toute la région où l'on prétend qu'ils existent. Cette condition n'empêche pas qu'on ne distingue, au point de vue de l'extension des usages, les usages *généraux* appliqués dans toute la France, et les usages *locaux* existant spécialement dans une région limitée, comme une province, ou même une place de commerce. — 2° *Multipliés*. Il ne suffit pas qu'on ne signale aucune divergence dans l'application de l'usage, il faut en outre que les cas où il a été appliqué soient assez nombreux pour qu'on ne puisse pas douter du consentement général donné à la règle qu'il consacre. — 3° *Anciens*. Il faut qu'ils aient duré un certain temps, pour que ce même consentement puisse avoir existé.

22. L'usage a une autorité absolue, *pour interpréter les conventions*, si elles ne sont pas claires (art. 1150, 1160, C. civ.). — Et *pour suppléer à la loi ou l'interpréter* : — arg. *à fortiori* de ce qui est admis en droit civil, car la L. 15 sept. 1807, art. 2, en abrogeant l'ancienne législation sur les matières dont le Code s'est occupé, ne comprend pas dans son énumération les usages, tandis que l'article 7 de la L. du 30 ventôse an XII les énumère en ce qui concerne le droit civil; — arg. art. 1873, C. civ., et Avis du Conseil d'État du 13 déc. 1811.

La règle que nous venons de poser trouvera surtout son ap-

plication pour les institutions nouvelles, inconnues ou peu développées lors de la rédaction du code de commerce ; ainsi le compte-courant, ainsi les chèques avant la loi de 1865 qui les a réglementés.

On admet généralement que l'usage ne peut *contredire la loi ou l'abroger*. Cette doctrine nous paraît trop absolue (v. notre *Cours de dr. comm.*, au n° 22).

23. **La preuve de l'usage** sur un point donné se fait par témoins, par les attestations des commerçants, et surtout par les *parères* des Chambres de commerce, c'est-à-dire par des délibérations constatant les règles coutumières sur le point en litige.

La *L. du 13 juin* 1863 a eu pour objet de constater législativement un certain nombre d'usages généraux; notamment pour les ventes commerciales sur les conditions, tares, etc.

IV. — Code civil.

24. Sauf le dissentiment de MM. Delamarre et Lepoitvin, tout le monde admet qu'il forme le droit commun même en matière commerciale ; c'est-à-dire qu'il doit être appliqué toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par des usages commerciaux ou des raisons déduites des dispositions de la loi.

25, 26, 27. V. notre *Cours de dr. comm.*

LIVRE PREMIER.

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

PARTIE PREMIÈRE.

DES PERSONNES EN DROIT COMMERCIAL.

TITRE PREMIER.

DES COMMERÇANTS.

Ce titre se divisera en quatre chapitres : — 1° Des actes de commerce ; — 2° Qui est commerçant ; — 3° Auxiliaires des commerçants ; — 4° Habilitation des incapables à faire le commerce.

1. Dans ce premier livre, la division qui paraît le mieux répondre à la pensée du législateur, et qui respecte le plus l'ordre des articles, est celle-ci : *Première partie, Des personnes en droit commercial*, comprenant l'étude des commerçants, de leurs obligations professionnelles, tenue des livres et publicité à donner à leur régime matrimonial, et enfin des sociétés considérées comme des personnes intellectuelles (titres 1-4); — *Deuxième partie, Des contrats en droit commercial* (titres 5-8). Au début de cette seconde partie, nous dirons quelques mots de la propriété commerciale, dont la réglementation spéciale n'a pas assez d'importance pour faire l'objet d'une division à part.

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTES DE COMMERCE.

20. Aux yeux de l'économiste, le rôle du commerce est de faire circuler les biens, de rapprocher les produits (naturels ou manufacturés) du consommateur qui les absorbe définitivement ou les emploie à une nouvelle production.

Au point de vue juridique, les agissements du commerçant sont caractérisés par ce fait que les biens ou valeurs ne font que passer entre ses mains ; il n'entend pas acquérir sur eux des droits définitifs, mais seulement des droits transitoires ; ces droits même ne sont que secondaires dans ses préoccupations ; son objet essentiel est de *spéculer sur le passage* de ces biens entre ses mains. Il n'acquiert pas les biens parce qu'ils lui conviennent, pour les avoir, mais pour gagner sur leur placement.

30. Nous définirons donc ainsi un acte de commerce : *Un acte est commercial pour la personne qui le fait, lorsqu'elle n'entend être qu'un* **intermédiaire spéculant** *sur la transmission de la valeur qui fait l'objet du contrat.* — Ce qui est caractéristique, c'est cette position d'*intermédiaire spéculant* prise par une personne. Il y a là, avant tout, une question d'intention ; nous verrons comment on pourra la prouver en justice.

On dit souvent que les actes de commerce consistent à *acheter pour revendre* ; c'est là leur aspect le plus ordinaire ; mais cette formule ne les comprend pas tous. C'est ce que montre évidemment l'art. 632, dont le premier alinéa vise l'achat pour revendre, tandis que les alinéas suivants énumèrent ensuite six autres catégories d'actes de commerce. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

31. **Intérêts de la distinction** *des actes commerciaux ou non.* — D'abord, ils confèrent la qualité de commerçant quand ils sont habituels (v. ci-dessous, ch. II). — En dehors de cela, et à l'égard de toute personne : — 1° Ils donnent lieu à la compétence *ratione materiæ* des tribunaux de commerce (art. 631); —

2° La preuve peut en être faite par les modes commerciaux (art. 109 ; v. tit. 7, ch. 1er); — 3° Ils sont soumis aux règles établies par les usages commerciaux (v. tit. 7, ch. 2°); — 4° Les droits d'enregistrement sont notablement atténués (L. 11 juin 1859, art. 22 et 23 ; v. *ibid*); — ajoutons comme conséquences moins immédiates : — 5° Le gage jouit de certaines facilités en matière commerciale (a. 91 et suiv.); — 6° Le taux légal de l'intérêt y est de 6 0/0 au lieu de 5 0/0 en matière civile ; et l'intérêt conventionnel y est libre depuis la L. 14 janvier 1886; — 7° Le crime de faux est puni plus sévèrement en écriture de commerce (C. pén., art. 147).

32. **Enumération des actes commerciaux** *d'après la loi* (art. 631-633, 638).

L'énumération des articles 632 et suivants est limitative ; sans pourtant que cela puisse nous empêcher d'appliquer des analogies évidentes à certains actes non prévus par la loi.

Toutes les questions relatives à la définition des actes de commerce sont des questions de droit soumises à la censure de la cour de cassation. L'existence des conditions légales dans tel ou tel cas particulier est appréciée souverainement par les juges du fait.

Il y a trois catégories d'actes de commerce ; ils feront l'objet d'autant de sections : — 1° Actes commerciaux par leur nature ; — 2° Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire, théorie d'après laquelle l'acte accessoire doit être caractérisé par l'acte principal auquel il se rattache; — 3° Actes présumés commerciaux par l'autorité de la loi. — C'est une division analogue à celle des immeubles : par nature, par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent (deux catégories qui ne font qu'une en notre matière), et par détermination de la loi.

SECTION PREMIÈRE.

ACTES COMMERCIAUX PAR LEUR NATURE.

33. Ce sont ceux auxquels s'applique directement la définition que nous avons donnée. — Nous rencontrerons seulement dans

cette section quelques actes commercialisés par la loi, en dehors de cette définition, et pour des motifs d'utilité générale. Ces actes rentreraient plus exactement dans notre troisième section ; mais nous ne les séparerons pas pour ne pas scinder des matières analogues. Nous trouverons aussi quelques applications isolées de la *théorie de l'accessoire* qui domine toute la deuxième section.

§ Ier

Spéculations sur les marchandises.

I. — **Achat de denrées et marchandises pour les revendre.** V. art. 632, 1er al.

34. « *Achat pour revendre* », c'est-à-dire achat fait avec l'intention de revendre; il faut que la revente soit le *but principal* de l'achat. C'est l'intention qui est essentielle ici, comme cela résulte d'ailleurs de notre définition. Ainsi ne serait pas commercial l'achat d'objets pour les garder ou les consommer, quand même on les revendrait bientôt après, soit pour profiter d'une occasion, soit parce qu'on s'en est dégoûté.

Il faut en outre la pensée d'une *spéculation* dans l'achat et la revente ; de tout temps la spéculation a été considérée comme de l'essence du commerce ; et le Code n'a certainement pas voulu exclure cette condition. Ainsi ne serait pas commercial : — l'achat de tonneaux par un vigneron pour vendre son vin, quoique les tonneaux soient revendus avec le vin ; car on ne spécule pas sur les tonneaux; — ou l'achat de couleurs par un artiste-peintre.

Comment se prouvera l'intention de revendre en spéculant ? Si c'est un commerçant qui achète, cette intention est présumée, pourvu qu'il s'agisse des marchandises de son commerce ; mais non s'il achète pour ses besoins personnels (art. 638, 1er al., *in fine*). Si c'est un non-commerçant, ce sera à son adversaire à prouver l'intention. Et dans le doute l'acte sera considéré comme civil.

4. *La revente qui suit l'achat est-elle aussi commerciale* ? Le marchand de couleurs a fait acte de commerce en achetant des cou-

lours on gros, fait-il encore acte de commerce en les revendant en détail ? — 1er S. *Non* : l'art. 633, 1er al., ne parle que de l'achat ; et le silence du législateur sur la vente n'est pas ici une omission, car il y pensait ; il en parle dans l'art. 632, 4e al., dans l'art. 633, dans l'art. 638. — 2e S. *Oui* (1) : toute personne non prévenue le pensera ; — c'est la contre-partie de l'achat, le complément de la spéculation ; — arg. de l'art. 638, 1er al. qui déclare non commerciale la *vente* de ses récoltes par le propriétaire ou fermier; ce qui suppose bien que la vente peut être, comme l'achat, un acte de commerce.

Il faut généraliser cette disposition de l'art. 632, 1er al., et l'appliquer à l'échange, à la location : ainsi serait commercial l'achat pour louer (même al.), la location pour sous-louer, etc.

Nous comprenons donc dans cet alinéa, comme le dit M. Bravard, *toute acquisition à titre onéreux dans un but de spéculation.* — Mais il faut que l'acquisition soit à titre onéreux : celui qui reçoit une donation, eût-il l'intention de spéculer sur ce qu'il reçoit, ne fait pas un acte de commerce.

35. Par *a contrario* de l'art. 632, 1er al., il ne faut pas considérer comme commercial l'achat qui n'a pas pour but une vente, comme celui d'un objet que l'on veut garder, consommer ou donner à un tiers ; ni la vente qui n'a pas été précédée d'un achat, comme celle d'un objet que l'on a produit complètement par son travail ou par la culture. V. art. 638, 1er al.

Ainsi l'on ne doit pas ranger parmi les actes de commerce :

...la vente de ses récoltes par le propriétaire ou le fermier, quoiqu'ils aient acheté ou loué la terre pour en revendre les produits ; s'ils ont peut-être une pensée de spéculation, il est toujours vrai qu'ils ne revendent pas ce qu'ils ont acheté ;

...ni les achats et ventes de bestiaux destinés à utiliser les terres ; sauf à établir en fait que le trafic des bestiaux était le principal ;

... ni l'exploitation d'une mine, v. L. 21 avril 1810, art. 22 ; ou d'une carrière.

Il suit de là qu'une opération peut très bien être commerciale pour l'une des deux parties en présence, sans l'être pour l'autre.

Ainsi le marchand de vin qui achète du vin à un vigneron fait un acte de commerce, tandis que le vigneron n'en fait pas un.

36. « *Denrées et marchandises* », ajoute l'art. 632, 1er al. Cela comprend d'abord toute espèce de meubles corporels, même les animaux, fussent-ils remisés pour quelque temps sur un fonds ; et les arbres, qui restent meubles lors même qu'ils ont été placés momentanément en pépinière.

Cela comprend aussi les meubles incorporels ; on ne saurait en douter puisque la loi déclare commerçants les banquiers et les agents de change, dont les opérations portent exclusivement sur ce genre d'objets.

Cette même formule paraît bien exclure les *immeubles* ; aussi l'on admet généralement que les spéculations sur les immeubles ne sont pas des actes de commerce : — cette distinction est traditionnelle et corroborée par le sens naturel des mots *denrées et marchandises* dans l'art. 632 ; — l'idée du commerce a toujours entraîné l'idée de circulation, de transport ; et les économistes le définissent par là ; or le transport n'est pas possible pour les immeubles, quoiqu'ils soient susceptibles d'une circulation intellectuelle par une série de translations de propriété ; — cette circulation requiert beaucoup moins de célérité ; les formes expéditives du commerce ne lui sont pas nécessaires ; — ils ne peuvent être dissimulés aux créanciers ; les garanties spéciales de la faillite sont donc moins nécessaires contre celui qui spécule sur les immeubles ; — l'art. 639, 2°, fournit un argument de texte : la L. 16-24 août 1790, tit. 4, a. 5, relativement à la compétence des tribunaux civils, parlait séparément des actions mobilières et immobilières, tandis que l'a. 639, 2°, pour la compétence des tribunaux de commerce, ne reproduit que la partie relative aux actions mobilières.

37. « *Soit après les avoir travaillées et mises en œuvre* » (art. 632, 1er al.). Cette disposition comprend l'industrie proprement dite, qui sans doute ne fait pas sa fonction principale de la circulation des marchandises, mais pour laquelle cette circulation est une condition essentielle de son fonctionnement, puisqu'elle doit incessamment appeler les matières premières et évacuer les

produits fabriqués ; il est vrai pour l'industriel, comme pour le commerçant, que les marchandises ne font que passer entre ses mains ; qu'il les acquiert, non pour les garder, mais pour spéculer sur leur placement ; il est vrai aussi que ses opérations ont besoin de la même célérité et des mêmes facilités que le commerce proprement dit. D'ailleurs l'industrie serait aussi comprise dans le deuxième alinéa de notre article.

II. — **Entreprise de fournitures** (V. art. 632, 3e al.).

38. C'est la promesse de fournir une quantité de marchandises, soit en une fois, soit en plusieurs livraisons, soit plus souvent encore à certaines périodes pour un temps plus ou moins long (ex. fourniture de pain, de viande à un lycée, à un régiment). L'opération est avant tout, pour l'entrepreneur, une série d'achats ou locations pour revendre ou relouer.

§ 2

Spéculations sur certains louages d'ouvrage et d'industrie.

30. En principe, le louage d'ouvrage n'est pas un acte de commerce ; car celui qui promet de faire un ouvrage offre ce qu'il a ou ce qu'il peut faire avec ses propres ressources ; il n'est pas intermédiaire entre les besoins de l'un et l'offre d'un autre ; il ne spécule pas sur le passage de quelque valeur entre ses mains ; il stipule seulement une rémunération pour ce qu'il peut produire lui-même. Tel est le fait d'un médecin, d'un chirurgien, d'un dentiste, d'un artiste, d'un homme de lettres, d'un auteur.

Mais il en est autrement, et l'acte devient commercial, lorsque l'on reloue avec spéculation le travail d'ouvriers qu'on emploie, ou lorsque l'achat pour revendre se combine, dans une certaine mesure, avec un louage de travail individuel. Ainsi, un ouvrier ou un artisan ne fait pas acte de commerce, s'il ne travaille que sur des matières fournies par ses clients, quand même il fournit ses outils et même quelques objets accessoires ; par exemple un tailleur à façon qui fait quelques menues fournitures

de mercerie. Mais il en serait autrement, s'il fournissait la matière première, quand même il ne l'achèterait qu'au fur et à mesure de ses commandes, ou s'il employait quelques ouvriers ; car alors il servirait d'intermédiaire pour la recherche et la fourniture de leur travail et en retirerait les profits, en compensation des risques de pertes qu'il éprouverait s'il n'avait pas assez d'ouvrage pour les utiliser. On admet que l'emploi d'un seul aide ou apprenti ne rendrait pas l'artisan commerçant ; ce n'est là qu'un accessoire peu important, et cela ne change pas la nature de l'acte principal.

Voyons les applications faites par le Code.

I. — **Entreprise de manufacture** (V. art. 632, 2e al.).

40. Ces mots comprendraient l'industrie en général, si elle ne rentrait pas déjà dans le premier alinéa.

Ils comprennent de plus le manufacturier qui se borne à transformer la matière d'autrui : il spécule sur le loyer de ses machines et du travail de ses ouvriers. Par exemple, un teinturier à façon, un imprimeur sur étoffes, et même l'imprimeur de livres.

Cette même disposition comprend aussi celui qui se charge de constructions ou autres travaux sur le terrain d'autrui et qui spécule sur la main-d'œuvre et sur les matériaux. Nous le regardons comme commerçant lors même qu'il ne fournit que la main-d'œuvre.

Sous ce chef se place encore le propriétaire qui ferait subir à ses récoltes des manipulations industrielles assez importantes pour que l'industrie dût être considérée comme la partie principale, ou au moins comme une seconde entreprise parallèle à la première. Car, si ce propriétaire ne spécule pas sur les matières premières, il spécule sur ses machines et sur la main-d'œuvre. Telles pourraient être, suivant les cas, une sucrerie à côté d'une exploitation de betteraves, une filature à côté d'une culture de lin ; une usine métallurgique annexée à l'exploitation d'une mine, surtout si l'on achète une partie des minerais traités.

II. — **Entreprise de commission, et toute opération de courtage** (V. art. 632, 2e et 4e al.).

41. Le mot *courtage* comprend les opérations de l'agent de

change, qui ne diffèrent de celles du courtier que par leur objet. — Le commissionnaire et le courtier sont tous deux des mandataires commerciaux et salariés : le commissionnaire agissant ordinairement en son nom propre ; le courtier s'entremettant seulement entre les parties pour les faire contracter. Tous deux sont essentiellement *intermédiaires* salariés, et rentrent par là dans notre définition. On pourrait hésiter à voir dans leurs actes la *spéculation*, c'est-à-dire l'espoir de grands profits compensant de grands risques. Mais ils sont rémunérés à tant pour cent des opérations qu'ils font ; et s'ils veulent ne pas perdre leurs peines, ils sont plus intéressés que personne au calcul de la fluctuation probable des cours, dans leur propre intérêt et dans celui de leur clientèle. On peut donc dire très exactement qu'ils *spéculent sur leur entremise* ; et par là ils rentrent dans la définition générale (V. *supra*, n. 29, 30). Du reste, la loi en faisant de leurs opérations des actes de commerce, a été déterminée aussi par des raisons d'analogie ; car ils passent leur vie à faire des actes de commerce et de spéculation ; sans doute, c'est pour autrui ; mais il importait que ceux qui traitent avec eux trouvassent la célérité et la sécurité qu'offrent les lois commerciales.

La loi qualifie de commerciale « toute *entreprise* de commission »; il s'ensuit qu'un acte isolé ne serait pas commercial, du moins entre le commissionnaire et le commettant. Au contraire, d'après le 4e alinéa, « toute *opération* de courtage » est commerciale ; par conséquent, un acte isolé de courtage serait un acte de commerce. Il n'y a pas de raison bien satisfaisante à donner de cette différence. On peut dire que le Code a voulu sanctionner par les rigueurs de la loi commerciale (notamment la contrainte par corps), le monopole, alors absolu, des courtiers, en menaçant de ces rigueurs tous ceux qui s'immisceraient dans leurs fonctions.

III. — **Entreprise de transport** (V. art. 632, 2e al.).

42. Ceci rentre directement dans la définition économique du commerce. Nous trouvons aussi le caractère, distinctif pour nous, d'*intermédiaire spéculant* ; l'entrepreneur spécule sur le louage des chevaux, voitures, bateaux, etc.

Un acte isolé de transport ne serait pas commercial, quand même il serait salarié. Si le voiturier loue le service de son attelage, il ne l'a pas acheté *pour* le louer. Exemple : un cultivateur allant au marché et se chargeant de commissions sur son parcours.

IV.— **Entreprise d'agences, bureaux d'affaires** (V. art. 632, 3e al.).

43. Ces entreprises consistent à s'offrir au public pour faire pour lui ses affaires de tel ou tel genre, suivre des procès, fournir des renseignements, des places, etc. Ces industriels spéculent quelquefois sur le travail de leurs employés, sur leurs relations, sur la réunion des affaires qui leur permettent d'économiser du temps. D'ailleurs ils *spéculent* toujours *sur leur entremise* (V. *suprà*, n. 29, 30). Enfin, un dernier motif du classement de ces entreprises, c'est la défiance contre ceux qui les exploitent, et le désir de les soumettre aux mesures rigoureuses de la loi commerciale, contrainte par corps, faillite, etc. — L'*entreprise* seule est commerciale, mais non une opération isolée. La commercialité existe lors même que les opérations que ces entrepreneurs font pour autrui ne seraient pas en elles-mêmes des actes de commerce.

V. — **Etablissement de ventes à l'encan** (V. art. 632, 3e al.).

44. Ce sont des *intermédiaires*, donnant une plus-value aux marchandises par l'affluence des acheteurs habitués, et spéculant sur leur installation, le travail des employés et leur clientèle. En outre, ils sont souvent dépositaires de valeurs considérables ; on a voulu assurer au public, contre eux, des moyens coërcitifs.

VI. — **Etablissement de spectacles publics** (V. art. 632, 3e al.).

45. Il n'en était pas question dans l'ord. de 1673; c'est qu'alors les frais accessoires étant peu considérables, c'était principalement un louage de service. Aujourd'hui pour le directeur, cette entreprise consiste surtout en achats et locations pour sous-louer (Trav. prép., Obs. de la cour de Paris. Locré, *Esprit du code de commerce*, tom. VIII, p. 200).

Cela comprend les spectacles ou exhibitions de tous genres ; les cafés-concerts, les bals publics ; mais non un acte isolé, comme un concert donné par un artiste

Q. *Les artistes employés par le directeur font-ils acte de commerce?* Nous dirons non : — ils ne sont pas intermédiaires, mais producteurs originaux ; ils gagnent seulement sur leur travail ; — s'ils participent à une entreprise commerciale, ils n'y prennent pas part en leur nom, et ne font aucune spéculation, pas plus que les commis d'un marchand, ou les ouvriers, contre-maîtres, etc., d'un industriel.

R. Malgré cela, *ne peuvent-ils pas être soumis à la compétence commerciale pour leurs contestations avec leurs patrons ?* La question est tout autre : il s'agit de savoir s'ils rentrent dans les termes de l'art. 634, 1°, soumettant à la juridiction commerciale les actions contre les *facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs*. — I^er S. *Non* : — ils ne sont pas compris dans le sens ordinaire des termes de l'art. 634 ; — si l'on invoque contre eux cet article, il faudra leur accorder le privilège établi au profit des commis, par l'art. 549, 2° al. ; or, le plus souvent on recule devant cette conséquence. — 2^me S. *Oui* (1) : — l'esprit de l'article 634 et son énumération très large, sont tout à fait généraux ; l'article veut comprendre tous ceux dont le travail concourt à la production ; — et je n'hésiterai pas à entendre de même l'art. 549, 2° al. : s'il y a des artistes à gros appointements, qui n'excitent pas une grande commisération, l'infiniment grande majorité peut invoquer les raisons d'humanité qui ont motivé la concession d'un privilège aux commis et ouvriers

§ 3

Spéculations sur les capitaux.

(Voir art. 632, 4e al.)

46. **Toute opération de change.** — Il y a : — 1° *le change manuel* ou *change des monnaies*, dans lequel on change une monnaie d'une certaine nature contre une monnaie d'une autre na-

ture ; c'est essentiellement un achat pour revendre dans lequel la monnaie est la marchandise ; aussi une opération, même isolée, serait commerciale ; — 2° *le change tiré*, qui consiste à faire payer une somme dans un lieu différent de celui où l'on a reçu la valeur correspondante; il équivaut à un transport d'argent qu'il évite ; il constitue une opération commerciale parce que celui qui reçoit la valeur ne la reçoit que pour la faire parvenir sous forme d'argent à sa destination, et qu'il perçoit un salaire pour cela ; il joue le rôle d'intermédiaire spéculant. Nous expliquerons cela plus complètement au titre 8° (V. not. n. 712, 844).

47. **Les opérations de banque.** — Le banquier cherche des fonds à ses risques et périls, et spécule sur leur location, qui se produit sous forme de prêt à intérêt, d'escompte, etc. — Le particulier qui ferait des spéculations de ce genre ferait un acte de commerce.

Toutes les opérations des banques publiques (V. art. 632, 5° al.). Mêmes raisons que pour les banques privées, mais on aurait pu hésiter à cause de leur caractère public.

§ 4

Spéculations relatives aux transports maritimes.

48. V. l'art. 633. — Le premier des actes de commerce énuméré par l'art. 633, « *l'entreprise de construction de bâtiments* » de mer ou de rivière,est commercial au même titre que les entreprises de manufactures dont parle l'art. 632 (*suprà*, n. 40); l'entrepreneur spécule sur les matériaux et sur la main-d'œuvre.

Les autres actes se rattachent directement ou indirectement aux transports maritimes ; or nous avons démontré plus haut que les entreprises de transport sont essentiellement commerciales, puisque l'entrepreneur spécule au moins sur le loyer de ses instruments de transport et de ses préposés. Tous les actes nécessaires pour cette entreprise deviennent dès lors commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire que nous allons développer à la section 2. C'est pour cela que l'art. 633 com-

prend dans son énumération d'abord « toutes expéditions maritimes, » puis « les achats, ventes, reventes » de navires, et les « achats ou ventes d'agrès, apparaux ou avitaillements » nécessaires pour ces expéditions ; le louage des gens de mer ; « l'affrètement ou nolissement » qui est le louage du navire pour effectuer un transport ; enfin les « emprunts à la grosse et les assurances » par lesquels l'entrepreneur couvre les risques de son navire.

La loi met aussi sur la même ligne les engagements de ceux qui traitent avec les entrepreneurs dans ces divers contrats. En effet, d'ordinaire ces personnes sont des commerçants qui traitent dans l'intérêt de leur commerce.

Quant aux gens de mer, si leur engagement est déclaré commercial, c'est évidemment pour soumettre à la juridiction consulaire leurs contestations avec ceux qui les emploient, comme le fait expressément l'art. 634, 1°, pour les commis des marchands.

Si, par exception, l'acte ne se rattachait pas au commerce de l'une des parties, nous admettrions, malgré le texte en apparence absolu de l'art. 633, que l'acte ne serait pas commercial pour cette partie.

SECTION II.

ACTES COMMERCIAUX EN VERTU DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

49. L'accessoire suit le sort du principal ; c'est une règle qui a de nombreuses conséquences juridiques. Appliquée à la classification des actes en commerciaux et non commerciaux, elle signifiera qu'un *acte fait par un commerçant dans l'intérêt de son commerce devra être traité comme commercial*, bien qu'il ne réunisse pas en lui-même les caractères que nous avons précisés dans notre première section. Le Code applique cette idée au moins à deux reprises différentes. D'une part, l'art. 638, 2°al., décide que les billets souscrits par un commerçant sont présumés faits pour son commerce, et, comme tels, sont de la compétence des tribu-

naux de commerce. D'autre part, l'art. 632, 6e al., et l'art. 631, 3°, déclarent commerciales toutes obligations entre commerçants ; mais cette formule, trop générale, est restreinte par l'art. 638, 1er al., qui en exclut les achats faits par un commerçant pour son usage personnel, de sorte que l'achat de vin à un marchand de vin par un boulanger ne sera pas commercial. Dans les travaux préparatoires on a très bien expliqué que les deux dispositions devaient se combiner pour amener à cette solution. Le Code veut donc dire seulement que les obligations entre commerçants sont commerciales, *si elles concernent leurs commerces respectifs*.

On est presque universellement d'accord pour généraliser ces dispositions, qui ne reposent sur aucun motif spécial, et pour poser en principe que tout acte fait par un commerçant pour son commerce est par là même commercial ? Par exemple, l'achat d'une voiture pour transporter ses produits, quoiqu'il n'y ait aucune spéculation dans cet acte même ; les engagements relatifs aux voyages qu'il ferait pour son commerce ; les annonces publiées dans les journaux ou par voie d'affiches ; les installations ou réparations des magasins ou du mobilier commercial, l'achat de machines, de charbon, etc., etc.

Il faut ajouter que les contrats faits par le commerçant sont toujours, sauf preuve contraire, présumés faits pour son commerce (art. 632, 6e al. ; 631, 1° ; 638, 2e al.).

50. Les art. 631, 1°, et 632, 6e al., entendus comme nous venons de le dire, s'appliqueront sans difficulté aux obligations contractuelles, relatives au commerce de l'obligé. ❶. *Mais s'appliqueront-ils aux obligations nées d'une autre source, telle que le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit ?* La négative a été soutenue et jugée. Mais l'affirmative nous paraît certaine, car les art. 631, 1°, et 632, 6e al., ne distinguent pas ; l'art. 631, 1° se sert même du mot *engagements*, qui est celui qu'emploie le code civil dans la rubrique du titre 4 du livre III, relatif aux obligations dont nous parlons.

Voici quelques applications : — Parmi les quasi-contrats, la gestion d'une affaire commerciale ; la répétition de l'indû par suite d'une erreur dans un compte-courant commercial. —

Parmi les délits: la concurrence déloyale, l'usurpation de nom ou d'enseigne. On pourrait être tenté d'ajouter la violation de la propriété des brevets d'invention et des marques de fabrique ; mais les lois du 25 juillet 1844, art. 34, et du 23 juin 1857, art. 10, ont soumis expressément ces questions à la juridiction civile. — Parmi les quasi-délits : l'abordage en mer ou en rivière.

Q. *Le cautionnement d'une obligation commerciale est-il commercial ?* Non, en principe ; car la caution intervient ordinairement par bienfaisance, et il est reconnu qu'elle peut être tenue autrement que le débiteur principal ; et cela, même s'il s'agissait d'une caution solidaire. Sans doute, l'art. 637 donne une règle différente pour les coobligés en matière de billet à ordre ; mais il est spécial à cet ordre d'idées (V. *infra*, n. 843.).

Exceptions à ce principe : — 1° *Pour l'aval* donné pour garantir le paiement d'une lettre de change (V. art. 141-142). C'est un cautionnement, mais, lors même qu'il est donné par un acte séparé, il se réfère toujours à un contrat qui est commercial, non seulement quant à lui-même, mais encore quant à tous ses accessoires (cf. art 637, 7e al. et ci-après n. 52). — 2° *Pour le cautionnement intéressé*, à titre onéreux ; par exemple, celui donné par un banquier moyennant salaire.

Q. *L'achat ou la vente d'un fonds de commerce pour l'exploiter est-il commercial ?* Dans ces actes, on cède habituellement trois choses simultanément : la clientèle, les marchandises en magasin et le bail des lieux occupés par le commerce; mais la vente de la clientèle est le principal et l'essentiel : les deux autres choses peuvent ne pas figurer dans l'opération. — Au point de vue de l'achat pour revendre, nous répondrions négativement ; car, des trois choses achetées, deux au moins, la clientèle et le bail ne sont pas achetées pour être revendues immédiatement, et nous venons de dire que la clientèle est la chose principale et caractéristique. Sans doute, en achetant son fonds, le commerçant espère le revendre quand il se retirera ; mais il ne l'achète pas *pour* cela, il l'achète pour le garder et l'exploiter. — Mais au point de vue de la théorie de l'accessoire, il faut répondre affirmativement : — c'est le premier ou le dernier acte de la pro-

fession : l'achat est l'acte absolument nécessaire pour pouvoir l'exercer ; l'espoir de vendre est non moins nécessaire pour que le commerçant s'y engage ; — en se référant à l'art. 632, 6e al., c'est une obligation entre commercants qui ne saurait rentrer à aucun titre dans l'exception de l'art. 638, 1er al. *in fine*.

51. Quelques applications de cette théorie de l'acccssoire ont été relevées dans la première section

SECTION III.

ACTES COMMERCIAUX PAR L'AUTORITÉ DE LA LOI.

52. Ces actes sont commerciaux en vertu d'une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire. Ils le sont entre toutes personnes. Ce sont :

Les lettres de change (V. art. 632, 7e al.). Il y a ici, avant tout, une fiction introduite par l'autorité de la loi. C'est là le lieu de faire ressortir les mots du commencement de l'article : « la loi *répute* actes de commerce... » Sans doute, d'après son origine, la lettre de change se réfère à un contrat de change qui est un acte de commerce (art. 632, 4e al., *supra*, n. 46). Mais le motif réel de cette disposition était d'assurer à sa vaste circulation, qui équivaut à celle de la monnaie, les sécurités de la loi commerciale, notamment la contrainte par corps, lorsqu'elle existait ; et cela, sans que celui qui reçoit une lettre de change soit obligé de connaître tous les signataires. Aussi tout signataire, même n'ayant pas fait, en signant la lettre, un contrat de change, sera tenu commercialement.

C'est une question de savoir si les autres *remises d'argent de place en place*, comme le billet à domicile, sont aussi commerciales d'une manière absolue. Toute la question dépend du sens qu'il faut donner au mot *ou* dans l'art. 632, 7e al. Nous l'examinerons à propos du billet à domicile, à la fin du titre de la lettre de change (livre 1er, tit. 8, n. 844).

53. Rappelons aussi ici que dans quelques hypothèses de notre première section, nous avons vu la loi intervenir de son autorité pour rendre un acte commercial.

CHAPITRE II.

COMMENT ON DEVIENT COMMERÇANT.

Deux sections : — 1° Conditions nécessaires pour être commerçant ; — 2° Restrictions à la liberté de devenir commerçant.

SECTION PREMIÈRE.

CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ÊTRE COMMERÇANT.

54. **Intérêts de la question** *de savoir si une personne est commerçante.*

I. *Prérogatives des commerçants*, au nombre de cinq : — 1° Compétence spéciale des tribunaux de commerce (art. 631), offrant plus de célérité, plus de connaissance des affaires commerciales ;— 2° Ils sont électeurs et éligibles à ces tribunaux (art. 620) et aux chambres de commerce ;— 3° Ils peuvent invoquer leurs registres, comme preuve, avec certaines distinctions (art. 12 et suiv. ; C. civ., art. 1329) ; — 4° Ils sont dispensés du bon et approuvé dans leurs billets (C. civ., art. 1326 ; v. au titre 7°, *infrà* n. 440) ; — 5° Ils peuvent fixer librement le taux de l'intérêt de l'argent employé dans leur commerce (L. 14 janv. 1886).

II. *Obligations et charges spéciales* des commerçants : — 1° Tenue des registres (v. titre 2°) ; — 2° Publicité spéciale à donner à leur régime de mariage (v. titre 4°) ; — 3° Présomption que leurs billets sont faits pour leur commerce, et par là même commerciaux (art. 638, 2° al.) ; et que les obligations entre deux commerçants sont aussi commerciales (art. 631, 1°, et 632, 6° al. V. *suprà*, n. 49) ; — 4° Impossibilité de faire cession de biens (art. 541) ; — 5° Soumission aux règles de la faillite, et possibilité d'être punis des peines de la banqueroute, simple ou frauduleuse, en ce cas de cessation de paiements ; — 6° Autrefois soumission à la contrainte par corps de droit commun,

pour toute dette supérieure à 200 fr. ; mais ce cas de contrainte par corps a été supprimé par la L. du 22 juillet 1867 ; — 7° Obligation de payer patente ; mais cette obligation n'est pas absolument spéciale aux commerçants, elle est imposée à d'autres professions (L. du 25 avril 1844).

55. **Qui est commerçant ?** V. art. 1er.

Il faut deux conditions :

1° *Faire des actes de commerce.* Nous croyons devoir préciser en disant : *faire des actes commerciaux par leur nature.* Car il est évident qu'un acte accessoirement commercial ne peut conférer la qualité de commerçant, puisqu'il suppose que son auteur est déjà commerçant. Et d'autre part, il est admis que l'habitude de tirer des lettres de change (seul acte commercial par l'autorité de la loi) ne confère pas non plus cette qualité (v. *infrà hoc n°.*). — Peu importe d'ailleurs que l'on fasse ces actes par soi-même ou par un mandataire ; car les actes faits par le mandataire sont censés faits, non pas par lui, mais par le mandant. Le mandant sera donc commerçant et non le mandataire.

2° *En faire sa profession habituelle.* Pour nous, contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, ces deux mots n'expriment qu'une seule condition. L'*habitude* de faire des actes de commerce est, en principe, le point essentiel et suffisant : la *profession*, sans l'habitude actuelle, peut cependant suffire, comme nous le montrerons plus loin.

Il faut l'*habitude*. Un seul acte pourrait rendre son auteur justiciable du tribunal de commerce, mais ne le rendrait pas commerçant (cette qualité produit bien d'autres effets ; v. *supra* n. 50).

On ajoute souvent qu'il faut, outre l'habitude, la *profession* ; et l'on cite, à l'appui de cette exigence, le cas d'un propriétaire de terres qui aurait l'habitude de régler avec tous ses fermiers et locataires au moyen de lettres de change. Il ferait, dit-on, habituellement des actes commerciaux, et cependant, personne n'admet qu'il devienne commerçant pour cela ; c'est qu'il ne fait pas profession de faire des lettres de change ; donc, dit-on, il faut, outre l'habitude, la profession. Nous acceptons l'hypothèse et sa solution pratique ; mais nous l'expliquerons autrement, en disant, comme nous l'avons fait plus haut, qu'il faut

qu'il s'agisse d'un acte commercial par sa nature : — il est naturel de croire que l'art. 1er a pris dans ce sens le mot *actes de commerce*; — et cette manière d'exprimer les choses nous paraît plus simple et plus conforme aux idées communes : pour tout esprit non prévenu, l'habitude constitue la profession, la profession résulte de l'habitude ; il n'y a pas deux choses différentes sous ces deux mots.

Il n'est pas nécessaire que les actes de commerce constituent la profession unique de leur auteur, ni même la *profession principale* : car ce dernier mot, qui était dans le projet, a été effacé dans la discussion au Conseil d'État. Mais il faut qu'ils constituent une profession distincte. — Ces actes produiront leur effet, lors même que leur auteur aurait une autre *profession incompatible* avec celle de commerçant (V. *infrà*, section 2).

Il n'est pas nécessaire non plus qu'il y ait une profession ostensible, notoire : le mot *notoirement* a aussi été retranché dans les travaux préparatoires, au Conseil d'État.

Q. Mais d'autre part, *la profession publique sans l'habitude suffirait-elle pour rendre commerçant ?* On a ouvert une boutique, on y a placé des marchandises, mis une enseigne, fait des annonces ; on attend les acheteurs, on a fait quelques actes de commerce seulement ; est-on devenu commerçant ? Contraignable par corps lorsque la contrainte par corps était possible, susceptible d'être mis en faillite, obligé de publier son régime de mariage, etc. ? — 1er S. *Non* : l'intention seule ne peut donner la qualité de commerçant ; l'art. 1er exige des faits. — 2e S. *Oui* (1) : — le commerce étant libre de nos jours (V. à la section 2), la volonté d'être commerçant suffit pour qu'on le devienne, à la seule condition de réaliser, autant qu'on le peut, les circonstances de fait voulues par la loi ; — or ici on fait tout ce qu'on peut en prenant une profession qui est destinée à devenir habituelle ; on ne peut pas forcer les acheteurs à venir ; — les termes de l'art. 1er sont suffisamment satisfaits lorsque la profession doit devenir très prochainement habituelle.

56. Le *paiement de la patente* est indifférent au point de vue qui nous occupe, comme aussi son absence. En effet, même en droit, on peut être patenté sans être commerçant (exemple :

avocats, notaires, médecins, L. du 22 mai 1850, art. 16, tableau G) ; et on peut être commerçant sans être patenté (exemple : ouvriers sans compagnon ou apprenti, même avec enseigne et boutique, travaillant sur des matières à eux appartenant : L. du 4 juin 1838, art. 11, et L. du 5 juillet 1862, art. 3). De plus, en fait, on peut très bien ne pas payer la patente quoiqu'on la doive, parce qu'on aura échappé aux recherches des agents du fisc, et réciproquement la payer sans la devoir, par suite d'une erreur de ces mêmes agents.

57. Comment prouvera-t-on les faits qui confèrent la qualité de commerçant ? De toutes les manières possibles, même et surtout par témoins, et conséquemment par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353) ; car celui qui a intérêt à faire cette preuve n'a pas pu se procurer un titre écrit (C. civ., art. 1348).

58. En droit, les conditions que nous venons d'étudier sont essentielles pour avoir la qualité de commerçant. Mais, en fait, cette qualité ne peut-elle pas être attribuée à une personne en vertu d'autres circonstances ? Nous distinguons :

1° *La prise de cette qualité dans un acte judiciaire* ou *extrajudiciaire* ne donnerait pas un droit acquis aux parties à être traitées comme si cette qualité était réelle, parce que les principales conséquences de la qualité de commerçant sont d'ordre public et ne peuvent dépendre des conventions des parties (C. civ., a. 6).

Pour d'autres conséquences plus secondaires et qui sont d'intérêt privé, comme les facilités accordées pour la preuve à l'égard des commerçants, on pourrait admettre que celui qui s'est déclaré commerçant ne pourrait pas empêcher son adversaire d'user de ces modes de preuve contre lui.

2° *Quant à l'autorité de la chose jugée.* Nous sommes en présence d'une présomption de la loi, d'ordre et d'intérêt public, qui n'admet jamais la preuve contraire (art. 1351, C. civ.) ; il nous paraît donc impossible de se soustraire à la qualité attribuée par un jugement passé ainsi en force de chose jugée. Mais cet effet sera purement relatif.

SECTION II.

RESTRICTION A LA LIBERTÉ DE DEVENIR COMMERÇANT.

59. Il y avait anciennement les *corporations*, *jurandes* ou *maîtrises*; c'est-à-dire que chaque métier était organisé en corporation fermée où l'on ne pouvait entrer qu'après avoir passé par les degrés d'*apprenti*, de *compagnon* et de *maître* avec des formalités multiples.

60. L'origine immédiate des corporations remonte à saint Louis; elles furent organisées par Etienne Boileau, prévôt des marchands. Les abus s'y introduisirent peu à peu.

Les critiques ne leur manquèrent pas. Elles furent surtout en but aux attaques des économistes du dix-huitième siècle.

Elles furent abolies par l'*édit de février* 1776. Mais les parlements résistèrent avec ténacité à l'enregistrement de l'édit; et il fallut, pour l'obtenir du parlement de Paris, un lit de justice tenu en mars 1776.

Elles furent définitivement abolies par la L. 2-17 mars 1791, art. 7.

61. Dans l'art. 1er du projet de Code, on consacrait la liberté du commerce, en disant : *il est libre à toute personne de faire le commerce*. Au Conseil d'État, on fit observer que ce principe serait plutôt à sa place dans un code politique, consacrant les droits publics, que dans un code de droit privé. On ajoutait, d'ailleurs, qu'il y avait encore des restrictions à cette liberté, des professions incompatibles avec celle de commerçant; et que, par conséquent, la formule proposée pouvait induire en erreur.

Professions incompatibles avec celle de commerçant.

62. Il est à noter que la sanction ne consiste pas à empêcher que l'on ne devienne commerçant, quand on exerce ces professions. Bien au contraire on doit tenir plus que jamais aux rigueurs de la législation commerciale, contre ces personnes qui violent la loi. La sanction n'est pas non plus (du moins en général) la nullité des actes de commerce faits malgré ces prohibi-

tions. Cette sanction est autre ; ce sont des peines professionnelles.

Les personnes à qui il est interdit de faire le commerce, sont : — Les ecclésiastiques ; — les magistrats ; — les avocats ; — les avoués ; — les notaires ; — les huissiers, du moins pour certains commerces ; — les consuls, élèves-consuls, et chanceliers des consulats ; — les officiers et administrateurs de la marine ; — les agents de change et courtiers (C. com., art. 85).

63. Il y a, en outre, des **interdictions relatives** ne portant que sur certains commerces, certaines affaires, ou sur certains lieux :

Fonctionnaires quelconques pour les entreprises dont ils ont la direction, ou les affaires dont ils doivent ordonnancer le paiement (v. la règle et la sanction C. P., art. 175) ; — motif : la crainte de les mettre entre leur intérêt et leur devoir ;

Commandants militaires, préfets et sous-préfets, pour les grains et boissons, dans l'étendue de la circonscription où ils ont autorité (v. C. P., a. 176) ; — motif : éviter les abus de pouvoir et les accaparements.

On peut ajouter l'interdiction pour les agents forestiers de faire le commerce des bois. Ord. 1er août 1827, a. 31.

64. Il y a encore d'autres restrictions, résultant indirectement de diverses institutions :

Monopoles de l'État, formant à toute exploitation particulière les productions qui en sont l'objet : postes, télégraphes, poudres, tabacs, allumettes chimiques.

Il y a des professions monopolisées au profit de particuliers, d'où sont exclus tous ceux qui n'ont pas obtenu de concession par l'État : — celle de maître de poste (L. 19 frimaire et 1er prairial an VII) ; — chemins de fer.

65. Il ne faut pas considérer comme des restrictions à la liberté de devenir commerçant : — les conditions de capacité exigées pour certaines professions, comme pour les pharmaciens ; — ni les précautions imposées pour l'intérêt public, par exemple aux bouchers, aux boulangers ; aux établissements dangereux et insalubres (Décr., 15 oct. 1810) ; — ni les mesures de police préventive, comme l'autorisation exigée pour les

spectacles, les cabarets, pour certaines entreprises sur la voie publique.

CHAPITRE III.

AUXILIAIRES DES COMMERÇANTS.

Deux Sections : — 1° Quels sont les auxiliaires des commerçants ; — 2° Quels sont leurs droits ; ou répartition entre les divers intéressés des bénéfices de chaque entreprise.

SECTION PREMIÈRE.

QUELS SONT LES AUXILIAIRES DES COMMERÇANTS.

66. Il importe de bien les distinguer des commerçants, car bien qu'ils prennent part à leurs opérations et fassent habituellement des actes de commerce, ils n'ont pas la qualité de commerçants, avec toutes ses conséquences. Pourquoi cela ? C'est qu'ils ne sont que mandataires, et que dans notre droit moderne le mandataire n'est pas censé agir lui-même, c'est le mandant qui est censé agir par son intermédiaire, et sur qui retombent toutes les conséquences de ses actes, c'est donc le mandant seul qui est commerçant.

Il y a deux catégories d'auxiliaires qu'il faut distinguer parce qu'ils ne sont pas traités également par la loi : — 1° les *commis*, qui existent surtout dans le commerce proprement dit, et font surtout un travail intellectuel ; — 2° les *ouvriers*, qui existent surtout dans l'industrie, et font un travail manuel.

67. 1° *Commis*. Les uns travaillent seulement à l'intérieur, comme un teneur de livres, un caissier ; — les autres traitent avec le public, en achetant ou en vendant, soit sur place, soit comme commis-voyageurs ; en général ils sont exclusivement mandataires pour les achats seuls ou pour les ventes seulement ; — les autres enfin, sont à la tête d'une maison, d'une succursale, faisant toutes les opérations commerciales, sans

pourtant devenir commerçants, car ils les font pour autrui. Le nom technique de ces derniers est celui de *facteurs*.

Tous les commis ont un privilège établi par l'art. 549 ; c'est le développement de l'art. 2101, 4°, C. civ. ; mais il est restreint à six mois d'appointements au lieu d'un an.

68. Ils sont aussi soumis à la *compétence commerciale*, sans pour cela devenir commerçants (on sait que cette qualité a bien d'autres effets en dehors de la compétence) : art. 634.

Cette compétence s'applique d'abord sans difficulté aux actions des tiers contre eux ; c'est à ces actions que se réfèrent le plus naturellement les termes de l'art. 634, 1°. Mais ces actions seront rares, car ils ne sont que mandataires et obligent leurs patrons sans s'obliger eux-mêmes. Elles se rencontreront pourtant : s'ils ont commis, à propos du trafic de leur patron, quelque faute personnelle les engageant envers les tiers ; et s'ils sont des facteurs, préposés à un magasin, et seuls connus du public, qui suit leur foi.

La même compétence s'appliquera aussi, quoique cela ait fait un peu plus de difficulté, aux actions intentées contre eux par leurs patrons : le texte de l'art. 634 est tout à fait général.

69. ❧. Mais si au lieu d'être défendeurs, ils sont demandeurs, *peuvent-ils poursuivre leurs patrons devant les tribunaux de commerce*? Nous l'admettrons : — le code ne l'a pas dit parce que cela résultait des principes généraux, le patron défendeur ayant fait acte de commerce ; — la raison est la même que dans le cas formel de l'art. 634 ; il faut les mêmes connaissances spéciales pour juger ces litiges.

❧. *Peuvent-ils aussi les poursuivre devant les tribunaux civils*, s'ils le veulent? Ont-ils l'option entre les deux juridictions? *Nota* : la jurisprudence la donne au non-commerçant qui poursuit un commerçant. Disons *Oui* : aucun texte ne leur enlève cette faculté, qui est de droit commun ; on ne peut donc la leur refuser, surtout puisqu'il s'agit de sortir de la compétence exceptionnelle pour rentrer dans la compétence normale.

70. 2° *Ouvriers*. Il faut comprendre sous ce nom les contremaîtres ou chefs d'atelier, quoique ceux-ci aient une surveillance qui représente un travail intellectuel ; leurs fonctions se

réfèrent toujours au travail manuel, et ils sont payés habituellement à la semaine, comme les ouvriers ; or, nous allons voir que le mode habituel de paiement a une importance pour différencier le privilège des commis et celui des ouvriers.

Ils ont, comme les commis (même art. 549), un privilège qui se rattache aussi à l'art. 2101, 4°, C. civ.; mais il est beaucoup plus réduit; il n'est établi que pour les salaires dus pendant *un mois* seulement, parce qu'ils sont habituellement payés à des intervalles beaucoup plus rapprochés.

Ils sont, en outre, obligés d'avoir des *livrets* et les patrons sont obligés d'y inscrire l'époque de leur entrée et de leur sortie (L. du 22 juin 1854, et décr. du 20 avril 1855). Une loi qui supprime cette obligation est en partie votée.

71. Pour leurs contestations avec leurs patrons, ils ont une juridiction particulière, les *conseils des prud'hommes*, tribunal spécial, correspondant aux justices de paix, composé moitié de patrons, moitié d'ouvriers, en nombre rigoureusement égal. Le texte en vigueur sur cette matière est la L. du 1er juin 1853 : les prud'hommes patrons sont nommés par les patrons ; les prud'hommes ouvriers par les ouvriers. — Ces conseils n'existent que là où des décrets spéciaux en ont institué et pour les industries qui y sont dénommées.

Il y a le *bureau général*, qui est le conseil proprement dit, le tribunal jugeant au contentieux. Il tient ses audiences au moins une fois par mois ; il faut la présence au moins de deux patrons et deux ouvriers, avec le président ou le vice-président, nommés par les membres du Conseil, réunis en assemblée générale. Il décide en dernier ressort jusqu'à 200 francs, et au delà, sauf appel au tribunal de commerce.

Il y a ensuite le *bureau particulier*, qui est un tribunal de conciliation. Il siége au moins une fois par semaine. Il faut la présence d'un patron et d'un ouvrier.

Dans les endroits où il n'y a pas de conseils de prud'hommes, leurs contestations avec leurs patrons sont de la compétence du juge de paix (L. 25 mai 1838, art. 6, 4e al.). L'application de cette règle ne fait pas difficulté lorsque les ouvriers sont ac-

tionnés par les commerçants qui les emploient. Mais dans le cas contraire ◀, *les ouvriers peuvent-ils à leur choix assigner leurs patrons devant le tribunal de commerce* ? Nous ne le pensons pas : — en admettant que de droit commun le non-commerçant puisse actionner le commerçant à son choix devant la juridiction civile ou commerciale, la loi de 1838 a établi en notre matière une compétence spéciale pour rapprocher les juges des justiciables et diminuer les frais ; ces motifs s'appliquent quel que soit le rôle joué par les deux parties ; — le texte de l'art. 5, § 3, a bien formellement visé les deux cas, en parlant « des contestations relatives aux engagements *respectifs* des gens de travail... et de ceux qui les emploient..., des maîtres et de leurs ouvriers. »

SECTION II.

RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ENTRE LES DIVERS INTÉRESSÉS.

72-74. Pour les **notions économiques** sur cette répartition, sur la détermination et la forme des salaires, nous renvoyons aux cours d'économie politique (v. aussi. notre *Cours de Dr. commerc.* n° 72-74).

75. Dans les **débats relatifs aux salaires** entre les ouvriers et les patrons, l'arme juridique des deux parties consiste dans les *coalitions* et les *grèves*, soit des patrons pour fermer les ateliers, soit des ouvriers pour refuser de travailler. Elles sont réglementées par la L. 25 mai 1864, modifiant les art. 414, 415, 416, C. P. (V., dans les codes, sous ces articles) ; et remplaçant les lois du 17 juin et du 6 octobre 1791 (tit. II, art. 19-20) et du 22 germinal an XI.

La loi de 1864 enlève à la coalition son caractère de délit. La grève volontairement concertée est regardée comme l'exercice légitime de la liberté du travail. Seulement, cette loi punit sévèrement les manœuvres frauduleuses et les violences ; alors ce n'est plus l'exercice légitime d'une liberté, c'est une atteinte à la liberté des ouvriers qui voudraient travailler. La loi de 1864, art. 2, déclare s'appliquer non-seulement aux ouvriers

industriels, mais aussi aux ouvriers agricoles dans leurs discussions avec les propriétaires ruraux ou les fermiers.

CHAPITRE IV.

HABILITATION DES INCAPABLES A FAIRE LE COMMERCE.

76. Le Code s'occupe de deux catégories d'incapables : le mineur (art. 2, 3, 6) et la femme mariée (art. 4, 5, 7). Nous aurons à parler, de plus, de l'interdit et de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ; nous en traiterons dans un appendice à la section du mineur.

SECTION PREMIÈRE.

DU MINEUR ÉMANCIPÉ.

Deux paragraphes : — 1° Habilitation du mineur à faire le commerce ; — 2° Capacité du mineur commerçant.

§ Ier

Habilitation du mineur à faire le commerce.

77. La position du commerçant est très grave ; elle exposait naguère encore à la contrainte par corps ; elle expose à la faillite et à la banqueroute. On ne pouvait laisser le mineur la prendre sans précautions.

Au code civil, il y avait déjà une restriction, car l'a. 487 exigeait implicitement l'émancipation. L'a. 2, C. comm. complète les précautions.

Quatre conditions: — 1° Emancipation ; — 2° Age de dix-huit ans ; — 3° Autorisation ; — 4° Publicité de l'autorisation.

78. 1° *Emancipation* (cf. art. 487, C. civ.). Elle est nécessaire pour qu'il ait d'abord une capacité suffisante de droit commun ; l'autorisation ne lui permettrait pas, à elle seule, de disposer de ses revenus (M. Berlier, au conseil d'État, 4 novembre 1806),

ce qui serait éminemment utile pour son commerce ; il faut que la confiance de sa famille appelle celle du public.

L'émancipation par mariage suffirait très bien (art. 476, C. civ.).

Faute d'émancipation préalable, l'autorisation serait nulle.

79. 2° *Age de dix-huit ans*. C'est une seconde condition distincte de la première, car le mineur peut être émancipé à quinze ans par ses père et mère (C. civ., art. 477) ; et la femme peut être émancipée au même âge par le mariage.

L'autorisation accordée avant cet âge serait nulle et ne vaudrait pas même après qu'il aurait été atteint : — en effet, ayant été nulle *ab initio*, elle ne peut pas commencer plus tard à produire son effet ; — les tiers, en la voyant publiée, la sachant nulle, n'ont pas dû en tenir compte ; — la continuation du commerce au vu de ses parents ne peut pas être considérée comme une autorisation tacite ; car nous allons voir que l'autorisation doit être expresse.

80. 3° *Autorisation*. Par le *père* d'abord.

Puis *par la mère*, en cas de décès, interdiction ou absence du père. — Nous admettrons même que la mère peut donner seule l'autorisation toutes les fois que le père est éloigné, parce qu'elle a en elle la plénitude de l'autorité paternelle (C. civ., art. 372, 148), entravée seulement par l'autorité prépondérante du père quand il est là, mais reprenant toute sa force dès que le père ne peut manifester sa volonté (analogie de l'art. 149, C. civ.)

Q. Quid *si le père (ou la mère) survivant n'est pas tuteur*? Nous dirons qu'il pourra néanmoins donner l'autorisation, car c'est là un acte de la puissance paternelle restée au père, et non de la tutelle.

Après le père et la mère, vient immédiatement le *conseil de famille* avec la nécessité de l'homologation du tribunal. C'est le *tribunal civil* qui est compétent : — le code le dit ; — il faut tenir compte, non seulement de l'opportunité de faire le commerce, mais surtout de l'ensemble de la position sociale du mineur, et pour cela le tribunal civil présente plus de garanties.

L'autorisation doit être *préalable*, dit le Code ; donnée tardive-

ment elle serait sans effet pour les actes antérieurs, qui resteraient entachés de nullité. — Il s'ensuit qu'elle doit être *expresse*; car une autorisation tacite ne peut être que postérieure aux actes, puisqu'elle résulte de ce qu'on a connu ces actes et qu'on y a adhéré.

Aucune forme n'est prescrite pour cette autorisation. Tout le monde est d'accord qu'elle doit être donnée par écrit. On ne peut en douter puisqu'elle doit être enregistrée et affichée. — Mais cet écrit est-il assujetti à quelques formalités ? Si l'autorisation est donnée par le conseil de famille, il n'y a pas de difficulté ; car le procès-verbal du juge de paix, président, est un acte authentique. Si elle émane des père ou mère, elle pourra être donnée par acte notarié, ou par-devant le juge de paix, ou au greffe du tribunal de commerce. *Pourra-t-elle être donnée sous seing privé?* On en a douté pour deux raisons : — 1° Cet acte n'aurait pas date certaine à l'égard des tiers. Mais il la recevra par l'enregistrement au greffe du tribunal, exigé pour la publicité (v. *infrà* au 4°) ; — 2° Il ne fait pas foi de l'écriture, qui peut toujours être niée et qui pourrait bien, en réalité, ne pas être du prétendu signataire. Mais on remédiera à cet inconvénient en exigeant la légalisation. Avec ces précautions, l'acte sous seing privé pourra parfaitement suffire.

La loi n'exige pas la spécialité de l'autorisation pour un commerce déterminé ; elle pourrait donc être générale. Mais elle pourrait aussi être spéciale, et des parents prudents ne donneront qu'une autorisation de ce genre ; l'art, 3 permettant de la donner pour un acte, il est évident qu'on peut la donner pour un commerce exclusivement déterminé.

81. 4° *Publicité de l'autorisation.* — Par enregistrement et affiche : enregistrement au greffe du tribunal ; affiche dans l'auditoire.

Le but est de dispenser le mineur d'avoir à faire preuve de sa capacité, auprès de tous les tiers, avec lesquels il voudrait traiter. Ceux-ci, prévenus par la publicité, pourront contracter librement avec lui ; on évitera ainsi des délais qui rendraient impossibles les opérations commerciales.

C'est au tribunal de commerce que doit être publiée l'autori-

sation ; et au tribunal de commerce *du lieu* où le mineur veut établir son domicile (art. 2), et non du lieu où il avait auparavant son domicile. C'est là que les parties intéressées à la connaître la trouveront le plus facilement.

82. ❹. *L'autorisation pourrait-elle être révoquée ?* D'après le code civil (art. 485), l'émancipation peut être retirée au mineur, dont les engagements auront été réduits. Il ne peut s'agir là que des engagements civils ; car les engagements commerciaux ne peuvent pas l'être (C. civ., art. 487 ; C. com., art. 6). Ce retrait de l'émancipation ferait tomber l'autorisation ; et le mineur perdrait sa capacité de faire le commerce.

❹. *Ne pourrait-on même pas révoquer directement l'autorisation ?* Cela pourrait être très utile, s'il n'y avait pas lieu à l'application de l'art. 485, C. civ., soit que le mineur n'eût pas contracté d'engagements civils excessifs, soit qu'il fût émancipé par mariage, auquel cas le retrait de l'émancipation n'est pas possible ; et si d'ailleurs il avait fait preuve d'une inexpérience ou d'une incapacité évidente à faire le commerce. — Nous admettrons la possibilité de cette révocation : — toute autorisation est révocable, pourvu qu'on respecte les droits acquis ; ainsi les parents qui ont consenti au mariage peuvent retirer leur consentement avant que le mariage ne soit célébré ; ainsi le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce peut, d'après l'opinion commune, retirer son autorisation. — Des auteurs disent qu'il faudra s'adresser aux tribunaux pour obtenir cette révocation ; nous ne l'admettrions pas en principe, en nous fondant sur les analogies que nous venons de citer. Mais on pourrait y recourir par voie contentieuse, s'il y avait dans ce retrait un abus de la puissance paternelle.

Il faudra que ce retrait ait la même publicité que l'autorisation.

83. **Sanction de ces formalités.** — Il résulte évidemment du texte de l'art. 2 que si ces formalités n'ont pas été remplies, le mineur n'a pas pu devenir commerçant, et qu'aucune des conséquences de cette qualité ne pourrait lui être appliquée, lors même qu'il demanderait lui-même qu'on les lui appliquât :

— sans doute en général les nullités qui protègent un incapable sont purement relatives et ne peuvent pas être invoquées contre lui par les tiers capables ; mais cette règle ne s'applique qu'aux *actes* faits par l'incapable, et non pas aux qualifications ou aux fonctions qu'il a pu vouloir se faire attribuer ; il est indubitable que si un mineur avait été choisi comme tuteur ou comme membre d'un conseil de famille, toute personne pourrait lui contester cette qualité ; de même s'il a voulu devenir commerçant sans remplir les formalités nécessaires, toute personne pourra prétendre qu'il ne l'est pas devenu ; — la qualification de commerçant ne dépend pas de la volonté des parties (V. *supra*, n° 58).

Les conséquences de cette doctrine sont les suivantes : 1° Le mineur ne peut être mis en faillite ; 2° Ni condamné comme banqueroutier ; 3° Le tribunal de commerce ne sera pas présumé compétent pour les actions dirigées contre lui ; 4° Le taux de l'intérêt civil pourra seul être dû par lui ; 5° Il n'était pas contraignable par corps avant 1867 ; 6° Il y a plus de doute pour savoir s'il doit la patente ; un arrêt du conseil d'État, du 27 février 1866, l'impose à un mineur *non émancipé*, associé à son père.

84. Il reste une question toute différente à examiner, c'est celle de la valeur des *actes* faits par le mineur dans l'exercice de son commerce ; pour ceux-ci, il n'y a qu'à appliquer les principes de droit commun ; ils seront entachés d'une nullité relative comme dans tous les cas où des formalités sont exigées pour la protection d'un incapable. Donc, cette nullité pourra être invoquée seulement par le mineur ou ses représentants ; elle sera susceptible de ratification par le mineur dûment autorisé ou devenu majeur ; elle se prescrira par dix ans à partir de la majorité (art. 1304). Elle peut être demandée quand même le mineur n'aurait pas été lésé, comme on l'admet généralement toutes les fois que les formalités protectrices n'ont pas été remplies.

85. D'après l'art. 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 638 ». — Cet article sera rarement appliqué dans la pratique; on ne voudra pas remplir ces formalités longues et pénibles, pour aboutir à faire un seul acte de commerce. — La sanction serait, sans aucun doute possible, la nullité purement relative de l'acte fait sans ces formalités (V. au n° précédent).

§ 2.

Capacité du mineur commerçant.

Nous l'étudierons: — 1° pour les actes commerciaux; — 2° pour les actes civils.

86. I. — **Pour les actes commerciaux.** Il est tout à fait assimilé à un majeur: art. 2; et C. civ., art. 487 et 1308. Il s'ensuit que ses actes ne seront pas rescindables pour lésion (C. civ., art. 1308), ni réductibles pour excès (C. civ., art. 484); que la prescription courra contre lui. — L'art. 1308 donne la même règle pour un *artisan* qui s'oblige pour son art; cette capacité appartiendrait donc même au mineur, simple ouvrier, non commerçant et non autorisé expressément, qui traiterait, par exemple, pour un achat d'outils, de matières premières, pour un louage d'ouvrage ou de services.

Le mineur commerçant est capable pour *son* commerce seulement: l'art. 487, C. civ., dit: « pour les faits relatifs à *ce* commerce »; et l'art. 1308 dit: « à raison de *son* commerce »; Jousse disait que sa capacité est non générale, mais spéciale. — Sa capacité doit ainsi être limitée au commerce qu'il exerce en fait, lors même qu'il aurait eu une autorisation générale. — Il suit de cette règle qu'il ne pourrait, par exemple, cautionner la dette d'un autre commerçant, à moins que ce ne fût dans l'intérêt de son commerce, comme s'il cautionnait son associé, ou s'obligeait à la garantie solidaire en endossant une lettre de change.

87. Comment établira-t-on que la cause de l'engagement est commerciale? En général il s'agira d'un contrat synallagmatique qui portera en lui-même la preuve de sa cause. Le doute sera

soulement possible pour les emprunts et les billets souscrits par le mineur commerçant. Pour répondre à la question, il faut distinguer si la cause est ou n'est pas indiquée dans le billet.

1° *La cause n'est pas indiquée dans le billet.* Q. *A qui incombe la preuve que cette cause se réfère ou ne se réfère pas au commerce du mineur ?* — 1er S. *C'est au mineur à prouver que le billet ne concerne pas son commerce* : le créancier présente son titre qui doit, comme toutes les conventions, être présumé valable jusqu'à preuve contraire ; si le mineur veut le repousser par l'exception tirée de sa minorité, il faut qu'il prouve qu'il est dans le cas où cette exception peut être invoquée par lui, c'est-à-dire que l'engagement ne concernait pas son commerce ; — personne ne voudrait traiter avec un mineur commerçant, si l'on était obligé de faire cette preuve très difficile ; la protection de la loi se retournerait donc contre lui ; — enfin le créancier a pour lui la présomption de l'art. 638, 2e al. : « Les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce ». — 2e S. *C'est au créancier à prouver que le billet concernait le commerce du mineur* (1) : — s'il est vrai qu'en règle générale les conventions sont présumées valables, c'est aussi la règle générale que celles faites par un mineur sont présumées nulles ; et cette règle est vraie même pour le mineur commerçant ; celui-ci n'a pas acquis une capacité générale ; sa capacité est seulement spéciale pour ce qui concerne son commerce ; par conséquent il se défend suffisamment en invoquant l'exception de minorité ; et c'est au créancier à prouver, sous forme de réplique, qu'on était dans le cas spécial de la capacité ; — quant à l'argument tiré de l'art. 638, il est impossible d'appliquer ici la présomption de cet article, car il ne règle qu'une question de compétence, en supposant un acte dont la validité n'est pas contestée ; or ici il s'agit d'une question beaucoup plus grave, celle de la validité, et l'on sait que les présomptions ne peuvent pas s'étendre par analogie ; — nos lois ne reculent pas devant une certaine atteinte au crédit de ceux qu'elles veulent protéger ; cette atteinte est l'effet nécessaire de toute incapacité ; d'ailleurs nous verrons bientôt que le créancier peut, par une précaution très simple, se garantir contre le danger de cette preuve difficile ; — Cambacérès, dans

les travaux préparatoires (Locré, t. XVII, p. 140-141), impose cette preuve au créancier hypothécaire, invoquant l'art. 6 ci-après ; il y a la plus grande analogie entre l'emprunt et l'hypothèque : tous deux ne sont valables que s'ils ont pour objet le commerce du mineur.

2° Q. *Si la cause est indiquée dans le billet, quel sera l'effet de cette déclaration ?* — 1er S. *Elle fera preuve complète contre le mineur* : — si elle est fausse elle constitue un délit de sa part ; or il n'est pas restituable contre ses délits (C. civ., art. 1310) ; — il faut bien dans l'intérêt même du mineur, que le créancier ait un moyen de se procurer un titre indiscutable ; sans cela personne ne voudrait traiter avec lui. — 2e S. *Elle ne pourra pas contre le mineur* : — on ne peut appliquer ici l'art. 1310, C. civ., cette fausse déclaration est peut-être un dol, mais ne constitue pas un délit caractérisé ; le créancier commet une imprudence en se fiant à cette déclaration ; d'ailleurs l'art. 1307, C. civ., nous met en garde contre cette interprétation de l'art. 1310 en expliquant que « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution » ; or la déclaration qui nous occupe est tout à fait analogue à celle que vise expressément cet art. 1307 ; — les créanciers civils exigeraient toujours cette déclaration, ce qui mettrait à néant son incapacité en matière civile. — 3e S. *Elle créera du moins contre le mineur une présomption de commercialité et aura pour effet de rejeter sur lui le fardeau de la preuve* (1) : — sans doute, si le mineur était pleinement incapable, sa déclaration serait annulée par l'art. 1307 ; mais il n'a qu'une demi-incapacité ; il a une capacité spéciale, mais complète, pour les actes de son commerce ; la loi, en lui donnant cette capacité, n'a pas pu vouloir lui en rendre l'usage impossible, ce qui arriverait si les tiers qui traitent avec lui ne pouvaient au moins s'exonérer du fardeau de la preuve ; la logique du Code veut donc qu'on lui reconnaisse au moins une capacité suffisante pour faire cette déclaration ; — ce troisième système n'a pas, comme le premier, l'inconvénient d'anéantir son incapacité civile, parce que même après cette déclaration, le mineur, en faisant la preuve que l'acte ne concernait pas son commerce, pourra le faire annuler.

Ce troisième système doit, suivant nous, être admis, et de plus être étendu même au cas où le billet ne contiendrait pas une déclaration du mineur, si ce billet a une forme commerciale, soit *essentiellement* commerciale, comme la lettre de change, soit seulement *habituellement* commerciale, comme le billet à ordre ; car, l'emploi de cette forme doit être considéré comme une déclaration tacite faite par le mineur commerçant. Il faut remarquer à l'appui de cette opinion que l'art 114, C. com. ne frappe de nullité que les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants, ce qui paraît indiquer (sans que l'article soit bien formel, nous l'avouons) que les lettres de change tirées par un mineur négociant sont en principe considérées comme valables. On voit que si nous repoussons l'application de l'art. 638, 2e al., à toute espèce de billet souscrit par un mineur commerçant, nous admettons cette application à la lettre de change et au billet à ordre, sauf toujours la preuve contraire

88. ❧. *Le mineur commerçant peut-il contracter seul une société de commerce ?* Quoique la question soit fort discutée, nous admettons sans hésiter l'affirmative : sans doute cet acte peut être grave ; mais il ne l'est pas plus que beaucoup d'opérations commerciales qui lui sont certainement permises ; par exemple, la promesse de livrer annuellement une certaine quantité de marchandises pendant plusieurs années consécutives

Il peut ester en jugement, compromettre et transiger sur les contestations commerciales.

II. — Pour les actes civils.

89. Anciennement, en l'absence d'aucun texte, il avait toute latitude, sauf la nécessité de prouver que l'acte était fait pour son commerce.

Le Code est plus restrictif ; v. a. 6.

Le mineur ne peut jamais aliéner seul ses immeubles. Mais cette précaution est assez inefficace, car il peut seul s'engager indéfiniment, et ses créanciers pourront saisir tous ses biens, même ses immeubles ; alors le conseil de famille, pour éviter des frais, sera obligé de consentir à la vente, et on ne les sauvera

pas. M. Berlier avait déjà signalé ce vice de la loi au conseil d'État.

Mais il peut les engager et les hypothéquer. Les *engager*, c'est-à-dire les donner à antichrèse ; mais cela sera peu fréquent. — Ordinairement, pour hypothéquer, il faut pouvoir aliéner C. civ. a. 2124. Mais on a considéré ici que c'était un moyen de crédit souvent indispensable ; — qu'en autorisant le mineur à emprunter pour son commerce, il serait bien dur de l'obliger à laisser dormir une valeur qui pourrait lui être très utile ; — l'hypothèque laisse l'espoir de conserver l'immeuble, ce qui n'a pas lieu dans l'aliénation ; — enfin, l'aliénation d'un immeuble demande toujours du temps ; il n'y a pas beaucoup d'inconvénients à exiger l'autorisation qui ne retardera rien ; il n'en est pas de même pour l'hypothèque.

C'est au créancier hypothécaire ou antichrésiste à prouver que la cause est commerciale : Cambacérès l'a dit dans les travaux préparatoires et, en effet, le contrat d'emprunt ne porte jamais sa cause en lui-même.

Le créancier ayant reçu hypothèque valable pourra saisir et faire vendre à l'échéance, sans discuter préalablement le mobilier. On n'appliquera pas ici l'art. 2206, C. civ. C'est la conséquence de ce que le mineur commerçant est, dans les limites de sa capacité, assimilé à un majeur.

90. Le droit d'hypothéquer appartiendra-t-il à un mineur autorisé à faire un acte isolé de commerce (art. 3) ? Nous dirons *non* : — il n'y a plus les mêmes raisons ; il peut demander en même temps les deux autorisations ; — l'art. 6 donne cette faculté aux « *mineurs marchands* » seulement. On a objecté à ce dernier argument que l'article 3 n'étant pas dans le projet de Code, l'art. 6 ne pouvait pas viser le cas dont nous parlons ; mais il faut répondre que l'art. 6 n'a pas été modifié même après l'introduction dans le Code de l'art. 3, et que la première des raisons ci-dessus subsiste toujours.

Appendice. — *De la capacité de l'interdit et de celui qui a un conseil judiciaire,*

91. 1° *De l'interdit*. — Nous parlerons à la fois de l'interdit

judiciaire et de l'interdit légal ; car, dans le silence de l'art 29, C. pén., il faut les assimiler en général quant à leur incapacité.

Le tuteur le représente, comme le mineur simple ; il ne peut évidemment faire le commerce pour lui ; les raisons sont les mêmes.

L'interdit ne pourrait pas non plus les faire dans ses intervalles lucides, car la loi attache à l'interdiction une présomption absolue d'incapacité pendant toute sa durée ; cette institution a été précisément créée chez nous pour qu'on n'eût pas à prouver qu'on n'était pas dans un intervalle lucide au moment où l'acte en question a été fait

92. 2° *Celui qui a un conseil judiciaire.*

Il résulte des art. 499 et 513, C. civ., qu'il ne peut s'obliger ni aliéner sans l'assistance de son conseil. Le commerce est impossible dans ces conditions, puisqu'il faut, à toute minute, pouvoir faire une convention. D'autre part, le conseil judiciaire ne peut pas donner une autorisation générale ; nulle part la loi ne lui donne ce droit, qui serait une abdication pure et simple de sa part. On objecte que celui qui a un conseil judiciaire va être moins capable que le mineur émancipé, ce qui n'a pas lieu d'ordinaire. Mais il faut répondre que son incapacité fondée sur une autre cause, son état mental, peut être sur certains points, plus grave, quoiqu'elle le soit moins sur d'autres.

Mais il pourrait, suivant nous, faire des actes isolés de commerce avec l'assistance de son conseil

Il ne peut contracter une société de commerce, car ce contrat implique un engagement général.

SECTION II.

DE LA FEMME MARIÉE.

93. Rappelons tout d'abord que les femmes, filles ou veuves sont pleinement capables de faire le commerce. Il y a seulement deux restrictions à cette capacité : — elles ne peuvent entrer à la Bourse (arrêté 27 prairial an X, art. 1er) ; — elles ne

peuvent prendre part à l'élection des juges des tribunaux de commerce (C. comm., art. 618-620).

Quant aux femmes mariées, leur incapacité de faire le commerce résulte de l'incapacité générale où elles sont de s'obliger et d'aliéner sans l'autorisation de leur mari (C. civ., art. 215 et suiv.). Et cette incapacité générale a pour motif, à la fois le respect dû à l'autorité maritale et la protection que la femme a cherchée en se mariant.

Deux paragraphes comme pour le mineur : — 1° Habilitation de la femme mariée à faire le commerce ; — 2° Capacité de la femme mariée commerçante.

§ Ier

Habilitation de la femme mariée à faire le commerce.

94. L'art. 4, d'après lequel « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari », est conçu dans le même esprit que les règles du Code civil que nous venons de rappeler ; mais il en diffère cependant en deux points très importants : — 1° l'autorisation donnée par le mari est ici générale, pour tous les actes du commerce, contrairement à la prohibition de l'art. 223, C. civ. ; — 2° cette autorisation peut être tacite, contrairement à la règle de l'art. 217, C. civ.; c'est ce qui résulte du mot *consentement* que l'on a mis à dessein dans notre art. 4, au lieu du mot *autorisation* ; on a voulu consacrer l'ancien droit, où cette règle avait déjà été posée pour que le mari ne pût tromper les tiers, en laissant sa femme faire le commerce, en profitant de sa bonne fortune, et en arguant plus tard de son incapacité pour ne pas exécuter ses obligations ; c'est ce qui a été admis après discussion dans les travaux préparatoires.

C'est pour la même raison qu'aucune formalité, aucune publicité n'est exigée ; l'exercice du commerce sous les yeux du mari fait présumer l'autorisation. Seulement il faut remarquer que, si la femme ne fait ainsi que quelques actes isolés de commerce, sans en faire sa profession habituelle, elle ne de-

vient certainement pas commerçante ; et par suite les actes isolés qu'elle a faits ne sont pas même valables, car elle n'est plus dans le cas spécial où elle est dispensée de l'autorisation expresse de son mari.

Le consentement peut être général ou spécial pour un commerce déterminé. S'il est tacite, il sera toujours naturellement spécial.

Il est nécessaire sous quelque régime que les époux soient mariés, quoique ce parti soit beaucoup plus grave pour le mari sous le régime de communauté (art. 5, et C. civ., a. 220, v. *infrà* au § 2°). Il l'est même pour la femme séparée de biens, quoique celle-ci ait la libre administration de son patrimoine, car les obligations nombreuses qu'elle aura à contracter n'ont pas pour objet cette administration. Enfin il l'est encore, lors même que la femme serait marchande avant son mariage ; seulement la continuation du commerce au vu et au su du mari constituerait une autorisation suffisante.

95. ❶. *En cas de refus du mari, la justice peut-elle autoriser la femme ?* — Il y a une grande controverse sur cette question ; mais il faut mettre certains points hors du débat. — D'abord, s'il y a régime de communauté, il est impossible que rien supplée au consentement du mari, car celui-ci se trouvera obligé par les actes de sa femme ; il ne peut être obligé sans son consentement. — Sous les régimes sans communauté, et dotal sans paraphernaux, ces obligations, si elles s'exécutaient sur la pleine propriété des biens de la femme, porteraient atteinte à l'usufruit du mari et à son pouvoir d'administration ; et il ne peut être ainsi dépouillé sans avoir consenti. On peut soutenir qu'elles ne s'exécuteraient que sur la nue propriété des biens de la femme ; mais alors celle-ci ne pourrait plus faire le commerce, n'ayant plus aucun crédit. — Il faut donc supposer que la femme, mariée sous l'un de ces deux régimes, fait le commerce uniquement avec des capitaux d'emprunt, ou que, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux, ou enfin qu'elle est séparée de biens.

1er S. *La justice peut autoriser la femme* : — c'est le droit commun consacré par les art. 217, 218 et 219, C. civil ; — le mari

peut refuser arbitrairement, peut-être par haine pour sa femme, surtout s'il est séparé judiciairement.

2° S. *Elle ne le peut pas* (!) : — l'art. 4 exige le *consentement* du mari; or, si une autorisation peut se suppléer, un consentement, l'adhésion de la volonté, ne se supplée pas ; — les art. 217 et suiv., C. civ., ne s'appliquent qu'à des cas où le mari aurait à donner une autorisation spéciale (art. 223) ; ici il s'agit de donner une autorisation générale ; il n'y a aucune analogie ; — l'art. 4, C. com., ne parle pas du tout de l'autorisation de justice, et ceci est significatif à côté de l'art. 2, où, pour le mineur, la loi prévoit avec soin tous les divers cas qui peuvent se présenter et indique les personnes qui devront consentir dans ces divers cas ; — dans les travaux préparatoires on a admis formellement que le consentement du mari serait essentiel, et si l'on n'a pas changé le texte de l'art. 4, c'est qu'on a jugé qu'il était suffisant pour consacrer cette solution; on a admis seulement que la justice pourrait autoriser la femme à *continuer* le commerce, lorsque le mari voudrait retirer arbitrairement son autorisation; alors les mêmes raisons n'existent plus (v. *infrà*, n. 96) ; — cette décision est beaucoup plus grave pour le mari : le commerce entraîne des relations suivies de sa femme avec le public; autrefois il entraînait la contrainte par corps ; il peut entraîner encore la faillite et la banqueroute où le nom du mari serait compromis; le mari ne peut être exposé à ces risques sans son consentement ; les considérations morales priment ici les considérations d'intérêt ; — enfin, en raison, la justice est ici beaucoup moins compétente : lorsqu'il s'agit d'un acte isolé, elle peut en apprécier avec quelque certitude les conséquences et y reconnaître un avantage assuré ; cela est impossible lorsqu'il s'agit de prendre un commerce : avec la plus grande prévoyance et en supposant la plus grande capacité chez le futur commerçant, il est impossible d'être assuré, même moralement, du succès ; tant de mauvaises chances peuvent se mettre à la traverse ! Il y a donc nécessairement un risque redoutable, auquel le ménage ne peut être exposé que d'un commun accord.

Il faudrait cependant un tempérament : si, par hasard, il y avait abus manifeste de la puissance maritale, comme si le mari

ne pouvant ou ne voulant fournir des aliments à sa femme qui serait dans le besoin, refusait de l'autoriser à faire le commerce; car toute chance vaut mieux que la certitude de mourir de faim. Alors la justice pourrait intervenir, car l'abus d'un pouvoir n'est pas l'exercice d'un droit, et elle pourrait autoriser la femme. Mais il y a loin de cette doctrine à celle qui admet que la justice puisse habituellement et normalement se substituer à l'autorité du mari.

4. Quid *si le mari ne pouvait pas consentir* ? Par exemple, s'il était absent ou interdit. — La question est très différente de celle que nous avons examinée plus haut : — d'abord le mari ne fait pas opposition au parti qu'on veut prendre; on peut croire qu'il y consentirait, s'il le pouvait; la justice ne peut être obligée de respecter une autorité qui n'existe plus, au moins en fait ; — ensuite il y a peut-être nécessité pour faire vivre la famille ; — en tout cas, il faut qu'une autorité se prononce sur le parti à prendre ; dans un pareil cas de nécessité, lorsque nos lois n'ont pas donné de solution, il faut se décider par l'analogie la plus prochaine; or l'analogie des art. 217 et suiv., surtout celle de l'art. 222, sans être complète, est ici la plus prochaine qu'on puisse trouver, il faut donc s'y référer ; donc, nous admettrions alors l'autorisation par la justice.

D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce qu'on admette le tribunal à autoriser, malgré le mari, des actes isolés de commerce ; il n'y a aucun article qui reproduise pour ceux-ci les exigences de l'art. 4, comme le fait l'art. 3 pour les formalités de l'art. 2, relativement au mineur. — Si le mari autorise lui-même de pareils actes isolés, il faudra, suivant le droit commun, son consentement dans l'acte ou par écrit (C. civ., art. 217).

96. Le mari peut révoquer son consentement : l'art. 4 ne dit pas que la femme ne peut pas *devenir* commerçante sans le consentement de son mari ; il dit qu'elle ne peut *être* commerçante sans ce consentement ; donc, il faut que ce consentement persiste, pour qu'elle puisse rester commerçante ; le mari ne peut abdiquer son autorité.

Il peut le révoquer lors même qu'il aurait été donné dans le

contrat de mariage, car son irrévocabilité porterait atteinte à la puissance maritale, et la clause serait nulle à ce titre (C. civ., 1387).

Mais nous admettrions que la femme, si elle est séparée de biens, ou si elle a des paraphernaux, ou si, n'étant pas commune, elle fait le commerce avec des capitaux d'emprunt, pourra recourir à la justice pour faire maintenir l'autorisation : — on l'a admis dans les travaux préparatoires ; les raisons d'appréciation morale, qui n'avaient pas arrêté le mari, ne sont probablement pas graves, et, si sa conviction a changé sur ce point, il peut facilement exposer ses raisons au tribunal ; — enfin, on a, par l'expérience du passé, les éléments d'une appréciation plus certaine. — D'ailleurs, si des faits nouveaux se produisaient après la décision du juge, le mari pourrait toujours revenir à la charge.

Il faudra qu'il donne une publicité à sa révocation, sous peine de ne pouvoir l'opposer aux tiers de bonne foi. Il la publiera par des insertions et une affiche dans l'auditoire du tribunal de commerce. Mais ces moyens n'étant pas indiqués par la loi, et aucune présomption de connaissance par les tiers n'y étant attachée, la révocation de l'autorisation ne pourrait être invoquée contre les tiers qui en fait ne l'auraient pas connue, quoiqu'elle eût été publiée.

En tout cas la révocation n'aurait pas d'effet rétroactif et la femme aurait le droit de finir et de liquider les opérations commencées.

97. Quid *si les époux sont mineurs* ?

Si c'est la femme : frappée d'une double incapacité, elle devra cumuler les conditions de l'art. 2 et de l'art. 4.

Si c'est le mari : il ne peut pas autoriser seul, puisqu'il ne peut pas seul faire le commerce, et que la nécessité de son autorisation a aussi pour but de protéger la femme. Entre les divers systèmes proposés et dont l'examen rentre plutôt dans le droit civil, nous admettrons qu'il l'habilitera avec le concours de la justice : les deux intérêts de l'autorité maritale et de la protection pour la femme, seront ainsi sauvegardés ; car, dans la théorie du code civil, c'est la justice seule qui a pouvoir pour

protégor la femme à défaut de son mari (v. art. 221, 222, 224).

La sanction des exigences de la loi sera la nullité relative des actes, où elles n'auront pas été respectées. Voyez ce que nous avons dit à propos du mineur, sur la portée et les conséquences de cette nullité (n. 84 et 85).

§ 2

Capacité de la femme mariée commerçante.

I — Pour les actes commerciaux. V. l'a. 5, 1er al.

98. Cet article reproduit l'art. 220, 1er al., C. civ. — La femme a toute latitude pour les actes de commerce ; et elle était, avant 1867, contraignable par corps. Mais sa capacité est spéciale pour *son* commerce (art. 5 ; C. civ., art. 220, 1426). Les conséquences de cette spécialité sont les mêmes que pour le mineur ; il en est de même quant à la preuve que les obligations se réfèrent à son commerce. Nous renvoyons à ce que nous avons dit à ce propos (v. n. 87 et 88).

Il y a cependant une différence avec le mineur, une limite à sa capacité ; c'est que la femme ne peut ester en justice sans une autorisation spéciale ; — l'art. 215, C. civ., est formel ; — ce fait est plus grave pour le nom du mari ; — il est facile de donner l'autorisation ; le temps ne presse pas comme pour les actes de commerce. — Ici la justice pourra autoriser la femme à défaut du mari : — car il ne s'agit que d'une autorisation spéciale ; et l'hypothèse de la femme commerçante étant directement visée par l'art. 215, C. civ., il serait difficile d'admettre que l'art. 218 ne se réfère pas aussi à ce cas. — Si la femme est demanderesse, elle devra s'adresser au *tribunal civil* du domicile du mari (C. pr., art. 861). Si elle est défenderesse, le *tribunal de commerce* saisi du principal sera compétent pour l'autoriser ; car aucun article ne réserve pour cela une compétence exclusive au tribunal civil ; au contraire l'art. 218, C. civ., dit simplement *le juge* en général, tandis que pour l'autorisation de passer un acte l'art. 219 spécifie le tribunal compétent.

Mais la femme marchande peut sans autorisation spéciale

faire des actes extra-judiciaires, même par huissier ; par exemple un protêt.

Q. *Peut-elle contracter une société sans une nouvelle autorisation ?* On admet généralement que non : — cela est beaucoup plus grave pour le mari, à raison des rapports incessants qu'elle aura avec ses associés ; — l'autorisation du mari, qui n'est pas solennelle et est souvent tacite, doit naturellement être restreinte aux conséquences immédiates et prévues du commerce que la femme exerçait au moment où elle a été donnée.

II. — Pour les actes civils.

99. V. a. 7, 1er al. Elles peuvent « *aliéner* » seules : c'est plus que le mineur : — la femme a en elle-même une capacité suffisante, et l'autorité du mari est assez sauvegardée par l'autorisation générale qu'il a donnée, et que du reste il peut toujours retirer. — Il faut, pour user du droit qui lui est conféré par l'art. 7 : 1° que la femme soit majeure ; sans cela elle retomberait sous la règle de l'art. 6 ; 2° que son aliénation ait une cause commerciale (V. ce que nous avons dit à l'égard d'une règle analogue pour le mineur, n° 89) ; 3° qu'elle soit autorisée à faire le commerce ; si elle était autorisée à faire un acte isolé de commerce, il n'en résulterait pas pour elle la faculté d'aliéner et d'hypothéquer même en vue de l'opération autorisée.

V. a. 7, 2e al. La loi excepte les immeubles dotaux puisqu'ils sont inaliénables, même avec le consentement du mari. — En disant : « *stipulés* dotaux », la loi se sert d'une formule trop étroite ; la règle s'appliquerait aussi à ceux qui sont *tacitement* dotaux, comme ayant été donnés dans le contrat de mariage (C. civ., art. 1541). — Ils sont, non seulement inaliénables pendant le mariage, mais même insaisissables pour toute dette contractée pendant la même période.

III. — Effets contre le mari des actes faits par la femme marchande.

100. L'art. 5, 1er al., *in fine*, nous dit qu'elle « oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux » ; les art. 220 et 1426, C. civ., avaient déjà donné la même règle. Ces dispositions ont laissé

bien des points obscurs, notamment dans le cas où les époux sont mariés sous un régime autre que celui de communauté.

D'abord sous le *régime de communauté*, la loi est formelle ; le mari est tenu intégralement des dettes de sa femme, et la communauté en est également tenue. C'est la conséquence de ce que le mari est tenu de toutes les dettes que la femme contracte avec son autorisation (C. civ., art. 1419). — Mais quel est le motif de cette disposition ? Sans pouvoir examiner à fond cette question si délicate qui appartient au droit civil, nous dirons que, suivant nous, cette règle se fonde sur l'idée suivante, à la fois pratique et rationnelle : — la règle générale en matière d'obligations est que toute personne qui s'oblige oblige tous ses biens (a. 2092 C. civ.) ; or la femme a actuellement un droit de copropriété très réel [1] sur la moitié indivise de la commmunauté ; n'est-il pas rationnel d'admettre que le mari, en l'autorisant à s'obliger, l'autorise par là même à engager toute sa fortune, même cette part de communauté ? — cela doit s'admettre d'autant plus facilement que le mari en autorisant sa femme à faire le commerce doit avoir voulu lui donner les moyens de le faire sérieusement, d'offrir à ses créanciers une surface suffisante pour que son obligation soit efficace, et qu'elle trouve du crédit ; or si l'on ne pouvait poursuivre la femme commune que sur la nue propriété de ses propres, les créanciers auraient un gage à peu près irréalisable pendant le mariage, cette nue propriété se vendrait mal, au grand détriment, non seulement des créanciers, mais aussi de la femme ; — mais si la femme engage sa part dans la communauté, comme cette part n'existe pas à l'état distinct, comme elle ne pourrait être saisie séparément (cf. a. 2205, C. civ.), il a fallu donner aux créanciers le droit de poursuivre toute la communauté sous peine de rendre leur gage illusoire ; — et ensuite, il fallait bien leur permettre de poursuivre aussi le mari, puisque c'est une règle du droit civil que toutes les dettes de la communanté peuvent être poursuivies contre le

1. On est généralement d'accord aujourd'hui pour admettre que la femme commune a un droit actuel dans la communauté et non une simple espérance, et pour repousser l'adage de Pothier : *Mulier non est proprie socia, sed speratur fore*, comme inexact, même dans l'ancien droit.

mari. — Nous dirons donc que la femme commerçante autorisée oblige directement toute sa fortune y compris sa part dans la communauté, et indirectement, par voie de conséquence, par des raisons de droit civil, oblige l'ensemble de la communauté et son mari. Cette solution nous permettra de résoudre la question suivante.

Q. *L'obligation du mari, dans ce cas, est-elle commerciale?* La question présente peu d'intérêt depuis l'abolition de la contrainte par corps ; car il faut bien admettre que les créanciers commerciaux de la femme pourront prouver leurs créances par les modes commerciaux, lors même qu'ils recourent contre le mari ; c'est ce qui devrait être admis pour la caution d'une obligation commerciale, quoique l'engagement de cette caution soit certainement civil. Il ne reste donc que la question de compétence. — Nous admettons que l'obligation du mari n'est pas commerciale : — en effet les actes de commerce ne se font pas pour lui, ni en son nom ; c'est la femme seule qui fait le commerce ; sans doute, il est derrière elle, mais s'il peut être atteint, c'est uniquement par des raisons de droit civil ; — il est caution solidaire, si l'on veut, de sa femme ; mais la caution solidaire, le débiteur solidaire même, peut être « obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose » (C. civ., art. 1201) ; il peut donc être tenu civilement, quoique le « débiteur ou le débiteur principal soit tenu commercialement ; — le fait que les bénéfices du commerce lui profitent n'entraîne pas non plus le caractère commercial de son obligation ; car un prêteur avec part dans les bénéfices, un commis intéressé, ne font pas acte de commerce.

100 *bis.* Sous le *régime de la communauté d'acquêts*, nous admettrons la même solution que sous le régime de la communauté légale : — au point de vue du texte, « il y a communauté » (C. com., art. 5 ; C. civ., art. 220) ; — au point de vue des règles générales de ce régime, le mari s'oblige toujours en autorisant sa femme à s'obliger civilement ; — enfin, au point de vue rationnel, il y a aussi entre les époux ce fonds commun où leurs intérêts sont confondus, dont la femme est copropriétaire, et qu'il est juste d'offrir en gage à ses créanciers.

Au contraire dans le *régime de séparation de biens*, il n'y a aucune des raisons sus-indiquées pour rendre le mari responsable. Il en est de même sous le régime dotal, si la femme fait le commerce avec des valeurs paraphernales.

La question est plus douteuse pour les *régimes sans communauté* et *dotal*. Nous admettons que le mari n'est pas responsable des obligations de sa femme commerçante : — le texte nous ferait défaut pour le rendre responsable, car *il n'y a pas communauté ;* — les analogies aussi, car sous ces régimes le mari ne s'oblige pas en autorisant la femme à s'obliger civilement ; — et enfin la raison, car si le mari détient tout ou partie de la fortune de sa femme, comme usufruitier ou administrateur, il la détient en vertu d'un droit propre et exclusif, la femme n'a rien à prétendre contre lui, si ce n'est le droit d'un nu-propriétaire vis-à-vis d'un usufruitier étranger ; en s'obligeant elle engagera aux tiers la nue propriété de ses biens dotaux mobiliers (si l'on admet l'aliénabilité de la dot mobilière) ; il n'y a aucune raison pour que, même autorisée du mari, elle en engage l'usufruit qui a absolument cessé de lui appartenir [1] ; — mais, dit-on, si le mari profite des bénéfices faits dans le commerce par sa femme n'est-il pas juste qu'il en subisse les pertes ? l'équité ne demande pas cela : un prêteur avec part dans les bénéfices, un commanditaire, profitent des bénéfices indéfiniment, quelle que soit leur importance ; et ils ne peuvent pourtant pas être poursuivis au delà du capital restreint qu'ils ont exposé dans la société, ils ne peuvent même pas être obligés de rapporter les bénéfices perçus dans les années prospères (V. nº 200, 210, 212).

Appendice : *Position de la femme dont le mari fait le commerce.*

101. V. l'a. 5, 2º al. Dans l'ancien Droit elle n'était marchande que quand elle faisait *marchandise séparée et autre que*

1. Si pourtant on avait négligé de faire l'inventaire ou un état exact des biens de la femme, ses créanciers pourraient saisir la nue propriété de tous les biens du mari ; puisque leur gage s'y trouverait confondu par la faute des époux. V. C. civ. a. 1514.

son mari (Cout. de Paris, art. 235). Actuellement, il suffit que son commerce soit séparé, mais non pas autre. Elle pourrait donc faire un commerce du même genre que son mari, pourvu que la boutique, les magasins, tous leurs intérêts commerciaux restassent absolument distincts.

Si elle détaille les marchandises de son mari, elle n'est considérée que comme son mandataire ou son commis ; elle ne s'oblige pas du tout et n'oblige que lui. Il en est ainsi pour tous les actes qu'elle peut faire dans le commerce de son mari, comme de signer les factures, même les effets de commerce et les endossements. Elle n'a pas besoin pour cela d'un mandat exprès ; elle est présumée avoir un mandat tacite de son mari. — Mais ce mandat est restreint aux actes ordinaires du commerce ; il n'est pas illimité. Si la femme faisait des actes qui excéderaient les bornes d'un mandat ordinaire, elle n'obligerait pas son mari.

V. au n. 102 de notre *Cours de Droit commercial*, la question de savoir si *la femme peut former une société commerciale avec son mari*. Nous admettons l'affirmative.

TITRE II

DES LIVRES DE COMMERCE.

103. Après avoir traité des commerçants, le Code s'occupe de deux de leurs obligations : celle de tenir des livres, objet de notre titre, et celle de publier leur contrat de mariage, objet du titre IV que nous en rapprocherons. Leurs autres obligations (v. nº 56) sont traitées par le Code à propos des matières auxquelles elles se réfèrent ; sauf l'obligation de payer patente qui, dans les travaux préparatoires, a été renvoyée aux lois fiscales et administratives, c'est-à-dire à la L. 25 avril 1844 fondamentale sur cette matière. Disons seulement sur ce sujet que la patente se compose d'un *droit fixe* calculé d'après la population du lieu et la nature du commerce (art. 3), et d'un *droit proportionnel* gradué suivant l'importance des locaux qui y sont affectés (art. 8).

Nous diviserons ce titre en deux chapitres : — 1º Quels livres on doit tenir et comment ; — 2º Force probante des livres.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS LIVRES ON DOIT TENIR ET COMMENT.

104. La tenue des livres est d'une nécessité pratique impérieuse pour quiconque veut voir clair dans ses affaires et savoir ce qu'il fait et où il va. Elle fut longtemps usitée avant d'être imposée par la loi [1]. L'ordonnance de 1673, tit. XI, art. 11, y

1. A Rome, les simples particuliers tenaient très exactement leur registres ; c'étaient les *nomina transcriptitia* avec l'*acceptum* et l'*expensum* analogues à notre *doit* et *avoir* ; ils avaient aussi les *arcaria nomina*, ou livre de caisse.

obligeait les commerçants sous la menace de la peine de la banqueroute frauduleuse, qui était la mort. Cette sanction était d'une rigueur outrée, et, comme elle était facultative pour le juge, elle ne fut pas appliquée et tomba bientôt en désuétude. — Aujourd'hui le législateur fait de la tenue des livres une obligation absolue ; il la considère comme intéressant l'ordre public : c'est grâce à elle, qu'on a pu accorder pour la preuve des opérations commerciales toutes les facilités qu'exigeait la rapidité de ces opérations (v. tit. 7, ch. 1^er^) ; elle seule rend possible, en cas de faillite, la connaissance exacte des droits de tous les intéressés et leur règlement équitable. La *sanction* est dans l'art. 586, 6° : on s'expose à être puni comme banqueroutier simple en cas de faillite ; de plus on ne pourra justifier sa faillite, et on obtiendra difficilement le bénéfice de l'excusabilité ; enfin on ne pourra faire preuve en justice (v. *infra*, au chap. 2). Ajoutons que le commerçant qui, ayant tenu des livres, les soustrairait à ses créanciers, quand il est en faillite, serait condamné comme banqueroutier frauduleux (art. 591). L'altération des écritures est punie par le Code pénal, a. 137.

D'après l'art. 8, « *tout commerçant* » est obligé de tenir des livres. Il faut et il suffit qu'on soit commerçant. Donc, n'y est pas obligé celui qui fait des actes isolés de commerce sans devenir commerçant. Mais y est obligé celui-là même dont le commerce est peu important ; celui aussi qui ne sait pas lire et écrire, car il peut avoir un teneur de livres qui viendra travailler au moins quelques heures dans la journée ou même dans la semaine, pour tenir sa comptabilité en ordre. On ne ferait d'exception que pour de très petits commerces dont les bénéfices seraient absorbés en grande partie par cette obligation. — Les étrangers, faisant le commerce en France, y sont soumis ; car cette règle doit être considérée comme une loi de police et de sûreté (C. civ., a. 3).

V. Straccha, part. II, n. 61. Savary, 1^re^ partie, liv. III, ch. IV. V. surtout l'étude fort intéressante de M. P. Gide sur le contrat *litteris*, qui signale dans ces *nomina* les traits d'une comptabilité en partie double très savante (*Revue de législation française et étrangère*, n° d'avril 1873). — Les registres tenus par les *argentarii* avaient une force probante presque égale à l'authenticité dans notre droit (L. 10, § 1 ; L. 4, *De edendo*, D. 2. 13).

Trois livres sont obligatoires (art. 8 et 9) : le livre-journal, le livre de copies de lettres, le livre d'inventaires.

105. I. **Le livre-journal.** C'est le livre principal et fondamental. Il doit relater à leur date et par articles séparés toutes les opérations du commerçant. V. art. 8, 1^or^ al.

« *Les opérations de son commerce* » : achats, ventes, paiements faits ou reçus ; « *négociations, acceptations ou endossements d'effets* ». Pour les marchands de détail, on n'exige pas qu'ils mentionnent toutes les menues ventes, qu'ils font souvent par milliers dans une journée, il suffit d'une seule mention en bloc pour toutes les ventes du jour.

« *Ses dettes actives et passives* » : c'est-à-dire ses créances et ses dettes, même celles purement civiles. Toutes, même les civiles, ont un grand intérêt en cas de faillite. Ces mentions permettront de dresser le bilan et d'avoir une liste complète des créanciers pour les convocations et répartitions à faire en cas de faillite.

« *Tout ce qu'il reçoit et paie à quelque titre que ce soit* ». Par exemple les aliénations et acquisitions faites en dehors de son commerce, spécialement en matière immobilière ; — même ce qu'il acquiert ou aliène en vertu d'actes à titre gratuit : dot de sa femme reçue, dots fournies à ses filles, successions échues, donations faites ou reçues ; même les opérations extraordinaires ou celles qu'il ferait pour un tiers.

« *La dépense de sa maison* ». Il suffit, d'après la loi, d'une simple *énonciation* en bloc une fois par mois ; on y résume tout ce qu'on a pris pour cet objet pendant le mois. On peut aussi prendre de temps en temps des sommes rondes, qu'on porte au livre-journal à la date où on les prend. — Ces indications sont importantes ; car des dépenses excessives peuvent donner lieu à la banqueroute simple (art. 585, 1°).

« *Indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables* ». Ils ne sont pas indispensables au point de vue légal, mais ils le sont souvent au point de vue pratique, si l'on veut voir clair dans ses affaires. Beaucoup de livres sont usités ; citons seulement : — le *brouillard*, cahier moins soigné qui prépare le livre-journal ; on y mentionne toutes

les opérations au moment où elles se font, pour les reporter ensuite avec plus de soin et de netteté au journal ; — le *grand-livre*, où sont coordonnées les mentions qui se trouvent pêle-mêle au journal d'après les hasards de leur date, où l'on ouvre notamment un compte à chaque correspondant pour retrouver facilement sa situation active et passive ; — le *livre de caisse*, où l'on porte toutes les espèces entrées ou sorties, pour pouvoir vérifier à tout moment ce que l'on doit avoir en caisse.

Il y a d'autres livres obligatoires dans certaines professions, par exemple, pour les entrepreneurs de transport, un registre des colis qui leur sont confiés (art. 102, et C. civ. a. 1785) ; pour les maisons de prêts sur gage, un registre des somme prêtées et des objets déposés (C. P., a. 411) ; pour les changeurs, un registre des noms des propriétaires des espèces et des matières d'or et d'argent qu'ils achètent, etc. (L. 19 mai 1791, chap. 9, art. 5). Ces obligations sont tout à fait indépendantes de celles que nous étudions, et ont des sanctions spéciales.

106. II. **Livre des copies de lettres.** On doit copier les lettres qu'on envoie et mettre en liasse celles qu'on reçoit (art. 8, 2e al.). Leur conservation est importante, car elles contiennent bien des choses qui ne peuvent pas être portées au livre-journal, notamment les conditions des engagements, et l'accomplissement de ceux-ci. — On doit copier même les lettres à destination de la ville où elles sont écrites ; quoique la pratique soit contraire, la loi est tout à fait générale. — La lettre doit être copiée en entier et non pas résumée ; si elle était résumée, le registre ne serait pas régulier.

On se sert habituellement, aujourd'hui, de la *presse à copier* qui donne une exactitude rigoureuse, et empêche que des erreurs ne soient commises ou corrigées en recopiant. Elle ne permet pas de remplir exactement les conditions de l'art. 10 ; ainsi il y aura nécessairement des blancs, car on ne peut copier qu'une lettre par page ; souvent même on ne copie qu'un seul chiffre écrit à la main au milieu d'une circulaire imprimée, avec le nom du destinataire. Mais si le texte du Code n'est pas satisfait, son esprit l'est suffisamment : il suffit qu'on ne puisse pas

après coup copier de nouvelles lettres en profitant des blancs.

Ces règles doivent être appliquées maintenant aux télégrammes. Les livres ne pourraient pas être considérés comme régulièrement tenus, s'ils ne contenaient copie des dépêches envoyées, et si l'on n'avait pas conservé celles qui ont été reçues.

107. III. **Livre des inventaires.** On doit y copier l'inventaire qui doit être fait tous les ans (art. 9). Cet inventaire présente deux particularités : — 1° il est sous seing privé (art. 9), contrairement à la règle générale pour tous les autres inventaires dont parle la loi ; il faut et il suffit qu'il soit signé par le commerçant qui le dresse, ou par tous les gérants de la société s'il s'agit d'une société ; — 2° il comprend même les immeubles (art. 9).

Il se compose de deux parties : — 1° Une sorte de *bilan* ou résumé sous forme de tableau, de la situation active et passive du commerçant, et du résultat des opérations de l'année précédente, le bénéfice brut, les frais, le bénéfice net. Dans cette partie, doit être porté tout l'actif, même l'actif immobilier ; — 2° Un état estimatif de toutes les marchandises en magasin et des effets en caisse, état nécessaire pour établir la situation. Cette seconde partie, beaucoup plus longue à faire et beaucoup plus volumineuse que la première, a donné son nom à l'ensemble de ce document. — Chaque objet doit y être porté au plus pour sa valeur vénale actuelle sous peine de faux ; il est même souvent prudent de porter une valeur plus faible, pour éviter les surprises résultant d'une baisse possible des marchandises.

« *Année par année* ». L'ordonnance n'exigeait l'inventaire que tous les deux ans (a. 8), et il pouvait être fait sur feuilles volantes. — Il n'y a pas d'époque fixée par la loi dans le courant de l'année ; on le fait ordinairement pendant la morte-saison, parce que les commis ont plus de temps à y consacrer ; s'il n'y a pas de morte-saison, il est plus simple de prendre la fin de l'année civile.

L'inventaire est un contrôle continuel, qui empêche ou rend

beaucoup plus difficile la fraude rétroactive dans le livre-journal ; car, si on l'altérait, ses résultats ne cadreraient plus avec les inventaires.

Formalités de la tenue des livres.

108. Toutes ces formalités ont pour but d'en assurer l'exactitude et la sincérité.

109. 1° **Formalités intrinsèques.**

D'après l'art. 10. 3e al. « tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge ». On ne doit pas faire de *transports en marge*, pas même pour corriger des erreurs ou pour constater l'acquittement de l'obligation mentionnée. La correction doit se faire par un nouvel article du journal à la date où l'on s'en aperçoit ; par exemple : *pour rectification d'une erreur commise dans le prix de telle vente à telle date, tant* ; on met seulement un renvoi en marge de l'article à rectifier. L'acquittement de l'obligation se constate par un nouvel article porté à sa date.

110. 2° **Formalités extrinsèques** ou *tenue générale des registres.*

Ils doivent être cotés, paraphés 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 (a. 11, 1e disp.).

D'abord il résulte évidemment de l'article 11 et des articles voisins que toutes les écritures doivent être tenues sur des registres reliés ; des feuilles volantes ne satisferaient aucunement aux prescriptions de la loi et n'auraient aucune force probante.

Les formalités de l'art. 11 doivent être remplies avant qu'on ne se serve des registres. — Ils doivent être : — « *cotés* », c'est-à-dire que chaque page est numérotée, et, à la dernière, on indique, à côté du numéro que c'est la dernière page ; le tout pour empêcher des additions ou suppressions de pages ; — « *paraphés* » à chaque page à côté du numéro, pour rendre impossible la substitution d'une page à une autre ; — « *visés* ». Le visa est un petit procès-verbal, signé par le magistrat qui fait l'opération, constatant l'accomplissement des formalités et la destination déclarée du registre ; — « *soit par un des juges des tribunaux de*

commerce, soit par le maire ou son adjoint ». On a voulu faciliter autant que possible l'accomplissement de ces formalités ; — « *sans frais* », quoique ce soit un travail imposé à ces magistrats en dehors de leurs fonctions ordinaires. La L. 28 avril 1816, a. 73, exige l'enregistrement du visa, et le paiement d'un droit fixe d'un franc (droit augmenté comme les autres droits d'enregistrement (v. not. L. 28 févr. 1872, a. 4).

Autrefois, les registres, pour être ainsi cotés, devaient être sur papier timbré (L. 13 brumaire an VII, art. 12). Cette nécessité a été supprimée par la loi L. 20 juillet 1837, pour enlever tout intérêt à l'inaccomplissement de ces formalités ; et le produit de cet impôt a été remplacé par trois centimes additionnels au principal des patentes (centimes plus que doublés par la L. 23 juill. 1872, a. 2).

D'après l'art. 10, 1^er^ et 2^e^ al., le livre-journal et le livre des inventaires doivent être paraphés et visés une fois par année. — Cette formalité est différente du visa de l'art. 11. Elle a lieu sur le registre déjà en train, et chaque année. C'est la constation de l'état du registre et de l'endroit où s'arrêtent les écritures à un moment donné. Cela a pour but de rendre tout faux, toute intercalation ou suppression encore plus difficile ; surtout d'empêcher qu'on ne recopie un registre entier sur un volume qu'on aurait fait viser d'avance et gardé en réserve, et cela, afin d'intercaler, de supprimer ou d'altérer certains articles.

Cette formalité n'est pas exigée pour le copie de lettres : il y a pour lui moins de danger de falsification, car les originaux qui ont dû être gardés par les correspondants contrôlent toujours les copies.

111. En pratique, ces formalités sont très souvent négligées, même depuis que la L. de 1837 a supprimé toute difficulté pécuniaire. Les tribunaux tolèrent cet abus malgré ses graves inconvénients et malgré la volonté très certaine du législateur de couper court à cette négligence, autrefois générale (v. art. 13, et travaux préparatoires). Ils admettent les livres à faire preuve quand ils sont honnêtes et réguliers dans les écritures. Un juge-

ment motivé seulement sur de pareils livres devrait être cassé ; mais comme l'art. 109, combiné avec l'art. 1353, C. civ., admet toujours la preuve par les présomptions de l'homme, la Cour de cassation décide avec raison que ces livres forment au moins une présomption qui, jointe aux autres éléments de la cause, peut entraîner la conviction du juge.

Temps pendant lequel on doit les conserver.

112. « *Pendant dix ans.* » (a. 11, 2e disp.). On n'a pas voulu trop encombrer les maisons de commerce.

Les dix ans doivent être comptés depuis la clôture des registres, et non depuis le moment où ils ont été commencés. Autrement les traces des dernières opérations disparaîtraient au bout d'un très petit nombre d'années. — C'est un délai préfix, n'admettant aucune des causes d'interruption ou de suspension de la prescription.

Du reste, on peut les conserver plus de dix ans, et, si on les produit, ils auront autant de force probante qu'auparavant ; même, s'il est démontré qu'ils existent, on peut être obligé à les produire.

On a prétendu tirer de notre article une prescription générale de dix ans en matière commerciale ; parce qu'il y aurait impossibilité de se défendre après ce délai. Mais une prescription ne peut pas s'établir par une simple induction ; il faut un texte formel ; et d'ailleurs on n'est pas obligé de détruire ses registres au bout de dix ans ; on peut très bien les conserver si l'on juge qu'ils peuvent encore être utiles. Seulement les juges ne devront admettre qu'avec une grande réserve la preuve contre un commerçant qui déclarerait avoir détruit ses livres après dix ans, si cette déclaration paraît sincère ; il devrait alors, sinon légalement, du moins en fait, être assimilé au défendeur non commerçant, et la liberté qu'ont les juges de se décider par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353, et C. com., art. 108) leur permettrait de suivre cette assimilation.

CHAPITRE II.

FORCE PROBANTE DES LIVRES DE COMMERCE.

Trois sections : — 1° Preuve en faveur du commerçant ; — 2° Preuve contre lui ; — 3° Manière de les consulter.

SECTION PREMIÈRE.

PREUVE EN FAVEUR DU COMMERÇANT.

Il faut encore ici sous-distinguer : — 1° Si l'adversaire n'est pas commerçant ; — 2° Si l'adversaire est commerçant.

§ 1er

Si l'adversaire n'est pas commerçant.

113. En principe, ils n'ont pas d'autorité : art. 12 : « *entre commerçants* », et C. civ., art. 1329. Mais cet art. 1329 ajoute : « *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment* ».

Q. *Qu'est-ce que cela veut dire ?* — 1er S. : *Cela permet aux parties de déférer le serment décisoire* : — c'est le droit commun ; c'est ainsi que M. Bigot-Préameneu a entendu l'article dans l'exposé des motifs. — 2e S. : *Cela permet au juge de déférer le serment supplétoire* (!) : — sans cela cette disposition serait inutile ; surtout on ne comprendrait pas la restriction indiquée par le mot « *sauf* », puisque, avec ou sans registres, on peut toujours déférer le serment décisoire ; — on a pu très bien admettre que si les livres sont très réguliers, on puisse regarder la demande comme n'étant pas « *totalement dénuée de preuve* » (C. civ., art. 1367, 2°), surtout en considérant que les commerçants ne sont pas dans l'usage de rédiger des actes pour constater les opérations de leur commerce ; — dans l'ancien droit on l'admettait (v. Pothier, *Oblig.*, n° 719) ; — M. Bigot a constaté l'application possible du serment décisoire ; il n'a pas exclu le supplétoire.

Le juge pourrait déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties; en pratique, c'est toujours au commerçant qu'il le défère.

Cette doctrine ne s'appliquerait qu'aux opérations du commerce du commerçant; elle ne devrait pas être appliquée aux créances purement civiles qu'il prétendrait avoir.

q. *Permettraient-ils d'admettre la preuve testimoniale ?* Ier S : *Oui* : — *à fortiori* du serment, qui est plus grave. — 2e S. : *Non* (!) : — le code civil est plus rigoureux pour la preuve testimoniale que pour le serment supplétoire : car l'art. 1367 exige seulement que la demande ne soit pas dénuée de preuve ; tandis que l'art. 1347 exige que le commencement de preuve par écrit « *émane de celui à qui on l'oppose* » ; or, ce n'est pas le cas ici.

§ 2

Si l'adversaire est commerçant.

114. Alors les registres font preuve complète (a. 12).

Cela est contraire à la règle ordinaire, d'après laquelle nul ne peut se créer un titre à soi-même. C'est que la célérité des opérations commerciales ne permet pas d'exiger que les commerçants rédigent des actes en forme pour les constater, et les deux registres se contrôlent mutuellement. Si, étant tous deux réguliers, ils se contredisent, alors ils s'annulent et il faut chercher d'autres éléments de preuve. Si l'un des deux adversaires n'a pas de livres réguliers, c'est sa faute de s'être mis dans ce cas; il est sous le coup de la sanction de son obligation.

Seulement cette preuve est toujours facultative pour le juge, comme l'explique formellement l'art. 12, lors même que les livres seraient parfaitement réguliers ; car le juge peut toujours former sa conviction par tous les moyens possibles (C. com., art. 109, et C. civ., art. 1353) ; et la preuve contraire serait toujours admise. Celui-là même qui n'aurait pas de livres réguliers ne serait pas nécessairement condamné sur les livres de son adversaire, s'il pouvait les combattre par d'autres moyens.

« 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 » (a. 13). Mais les juges peuvent tenir tel compte qu'ils veulent de livres irréguliers, surtout si l'adversaire n'en a pas, et notamment pour corroborer d'autres preuves ; car ils peuvent former leur conviction par les présomption de l'homme (art. 109, et C. civ. art. 1353).

L'art. 12 n'admet cette preuve complète « *qu'entre commerçants, pour faits de commerce* ». Ces deux conditions doivent être réunies. Il faut que chacun des deux ait fait acte de commerce dans l'opération · — on l'a dit dans les travaux préparatoires ; pour l'exprimer, on a supprimé entre les deux membres de phrase la conjonction *et*, qui pouvait faire croire à une alternative ; — de plus, puisque le négociant qui achète pour ses besoins personnels n'est pas obligé de porter cet achat dans un article spécial sur ses livres, il ne pourrait pas opposer ses livres à son adversaire qui, lui, a fait acte de commerce ; le motif de la règle n'existe donc pas dans ce cas. — Mais il n'est pas nécessaire que ce soit pour *leur* commerce. Si l'un d'eux a acheté pour revendre des objets dont il ne fait pas habituellement le commerce, il a dû mentionner l'opération sur ses livres ; l'adversaire peut donc lui opposer les siens.

SECTION II.

PREUVE CONTRE LE COMMERÇANT.

115. Ils font preuve contre lui, quel que soit son adversaire, même un non-commerçant, malgré la règle ordinaire que nul ne peut être obligé de faire preuve contre lui-même (V. l'art. 1330, C. civ.). — Cet article ajoute que son adversaire ne peut les diviser : en retenir ce qui est favorable à ses prétentions, par exemple une obligation constatée en sa faveur, et repousser ce qui y est défavorable, par exemple le paiement également cons-

taté. Vouloir s'en servir ainsi, cela aurait été abuser de la règle que les livres ne peuvent pas faire preuve pour le commerçant. Mais cette indivisibilité n'a lieu que pour un même chef de demande.

Ils font preuve contre leur auteur, lors même qu'ils sont irrégulièrement tenus : — il ne peut être admis à invoquer sa propre négligence pour s'exonérer; et les irrégularités n'empêchent pas que la mention qui est écrite ne soit exacte; — l'art. 1330, C. civ., s'exprime d'une manière absolue, sans aucune restriction; l'a. 13, C. comm., indique la même pensée. — L'auteur ne peut même faire preuve contre ses livres, car ils constituent un aveu. — Les juges, du reste, apprécient dans quelle mesure ils doivent en tenir compte; ils peuvent aussi décider en vertu d'autres éléments, que le paiement a eu lieu, quoiqu'il ne soit pas mentionné sur des livres irréguliers.

Cette force probante appartient aux mentions portées sur les livres, lors même qu'elles auraient été écrites par un autre que par leur propriétaire; fussent-elles même écrites par son adversaire. Il y a présomption qu'il a consenti à laisser porter la mention; sauf preuve d'une fraude.

116. On peut forcer le commerçant à les produire; même par la menace d'une peine pécuniaire. — Mais si un non-commerçant en a tenu bénévolement, on ne peut le forcer à les produire; on reste alors sous l'empire de la règle générale que l'on n'est pas obligé de faire preuve contre soi-même.

Un tiers étranger au procès, bien qu'il soit commerçant, ne peut être obligé de produire ses livres; la loi n'établissant aucune obligation de ce genre.

Relativement aux livres *non obligatoires*, tenus par les commerçants, la question est plus délicate. La Cour de cassation admet qu'on peut les forcer à les produire, pourvu qu'il soit constant qu'ils existent; ce sont, dit-elle, des développements ou des annexes du livre-journal qui est obligatoire. Nous ne saurions sans un texte précis admettre cette obligation qui est exceptionnelle : ces annexes du livre-journal ne sont pas le livre-journal lui-même, et n'auraient certainement pas à d'autres égards la même force probante. Seulement le juge pourrait induire du

refus de production, une présomption contre celui à qui on la demande (a. 109, et C civ. 1353).

Il y a une autre sanction à l'obligation pour le commerçant de produire ses livres : « 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 » (a. 17). — Mais il faut que l'adversaire offre d'ajouter foi aux livres s'ils sont représentés. Et d'ailleurs l'admission du serment est toujours facultative pour le juge. — Celui à qui on défère le serment n'a pas le droit de le référer (C. civ., art 1368).

SECTION III.

MANIÈRE DE LES CONSULTER.

Il y a deux manières : 1° la représentation ; 2° la communication.

117. 1° **La représentation** : c'est la production du livre ouvert dans un endroit déterminé, sans que personne ait le droit de le feuilleter. Elle peut toujours être ordonnée (art. 15) : soit qu'elle soit *offerte* (art. 16) par l'auteur des registres ; *requise* (même art.) par son adversaire ; ou *ordonnée d'office* (art. 15 et 16).

Celui qui requiert la représentation des livres de son adversaire n'est pas obligé d'offrir d'y ajouter foi ; il peut se réserver d'en contrôler la valeur et même de les combattre par d'autres preuves : — l'ord. de 1673, a. 10, exigeait qu'il s'engageât à y ajouter foi, mais nos lois modernes n'ont pas reproduit cette exigence (v. not. C. civ, art. 1330), et on ne peut imposer sans texte cet engagement ; — sans doute l'art. 17, C. comm., suppose qu'on offre d'ajouter foi aux livres, mais cette offre donne alors à celui qui la fait un avantage de plus, c'est la possibilité du serment supplétoire, si le juge l'autorise.

La représentation ordonnée d'office est une dérogation au droit commun, d'après lequel on principe le juge ne peut ordonner que ce que demandent les parties.

Cette preuve est toujours facultative pour le juge qui peut

déclarer que sa conviction est formée suffisamment par les autres éléments de la cause.

118. 2° **La communication** : c'est la remise du registre avec la faculté de le compulser en entier. Cette mesure est beaucoup plus grave ; car elle permet de pénétrer dans toutes les affaires du commerçant, dans les secrets de ses opérations, de sa clientèle. Aussi, lorsque avant l'ord. de 1673 on l'ordonnait très facilement, le commerçant aimait souvent mieux perdre son procès que de communiquer ses livres ; depuis cette ordonnance (tit. 3, a. 9), la communication n'est admise que dans les cas où elle est formellement autorisée par la loi ; c'est-à-dire dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite (art. 14). Dans ces affaires, il est nécessaire de connaître l'ensemble des opérations du commerçant. De plus la communication n'a pas les mêmes inconvénients, soit parce qu'elle a lieu entre cointéressés, soit parce que, les opérations étant terminées, le secret n'est plus utile. — Elle est toujours facultative pour le juge.

Il a été jugé que la remise des registres à un expert, avec faculté de les compulser, mais seulement pour en extraire ce qui est utile à la cause, est une représentation toujours possible et non une communication ; de même pour le dépôt au greffe, afin qu'ils soient consultés par les juges seuls. Ces solutions nous paraissent inadmissibles ; c'est une atteinte au secret auquel a droit chaque commerçant ; la seconde surtout doit être rejetée si l'on songe que les juges sont des commerçants en exercice qui peuvent être les concurrents du propriétaire des registres.

La communication de certains registres peut en outre être exigée de certains commerçants par les agents des contributions directes pour établir l'assiette des droits de patente : L. 20 mars 1872, a. 6, et Déc. 15 déc. 1875, a. 4.

119. Si les registres sont éloignés on peut se dispenser de les faire transporter :

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 (art. 16). Cela n'est possible que pour la représentation. Pour la communication, quand elle peut et doit être ordonnée, on ne peut éviter de faire voyager les registres.

V. les éléments de **comptabilité** dans notre *Cours*, nº 120-140.

TITRE IV

DES SÉPARATIONS DE BIENS.

141. Cette rubrique est à la fois *incomplète*, parce que le titre s'occupe aussi de la publicité à donner au contrat de mariage ; et *trop large*, car, en fait de séparation de biens, il ne traite que de la publicité.

La publicité du contrat de mariage est, nous l'avons dit, la seconde obligation des commerçants ; c'est pour cela que nous en traitons ici immédiatement après le titre 2.

Nous verrons la publicité à donner : — 1° au contrat de mariage ; — 2° à la séparation de biens.

CHAPITRE PREMIER.

PUBLICITÉ A DONNER AU CONTRAT DE MARIAGE.

142. Depuis 1850 une certaine publicité est exigée pour tous les contrats de mariage, même des non-commerçants (C. civ., art. 1391 et 1394, modifiés par la L. 10 juillet 1850). Nous laissons de côté cette matière qui appartient au droit civil.

Pour les commerçants, la publicité de leur contrat est importante dans l'intérêt des tiers ou des époux, suivant les régimes adoptés. Si c'est le régime de la communauté, le mari commerçant offre comme gage à ses créanciers, non seulement ses biens propres, mais même ceux de la communauté (C. civ., art. 1421) ; si c'est la femme qui est commerçante (avec l'autorisation de son mari), elle offre pour gage, outre ses biens personnels, ceux de la communauté et même ceux du mari (C. civ., art. 1426 ;

C. comm., art. 5). C'est pour les époux un élément de crédit, qu'ils ont intérêt à faire connaître. — Si l'on a adopté un autre régime, ce sont les tiers qui sont intéressés à le connaître ; car d'abord, ils ne doivent pas compter sur les avantages que nous venons de signaler ; ensuite, la femme est créancière de son mari pour ses apports, et elle entame d'autant le gage apparent des créanciers commerciaux du mari ; si c'est elle qui est commerçante, l'usufruit de ses biens dotaux appartenant au mari, ses créanciers ne peuvent en saisir que la nue propriété, du moins si elle n'est autorisée que par justice à faire le commerce (en admettant que cela soit possible) ; de plus, si elle est dotale, elle est frappée d'incapacité quant à ses immeubles dotaux (C. comm., art. 7).

Quant aux règles de la publicité, le code fait encore une distinction.

I. — **On se marie étant commerçant.**

143. « 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 article. — 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 » (a. 67).

Pour quels régimes doit-on faire la publication ? Pour tous, art. 69, *in fine*, auquel il faut ajouter par identité complète de raison le régime sans communauté. L'obligation existe même si l'on adopte la communauté légale dans le contrat ; contrairement à l'ordonnance de 1673, tit. 8, a. 1, qui n'obligeait à publier que la clause dérogatoire à la communauté. L'obligation ne cesse que quand il n'y a pas eu de contrat : alors il n'y avait pas d'officier public que l'on pût en charger ; d'ailleurs l'intérêt des époux y est seul engagé dans ce cas.

Que doit-on publier ? Pas tout le contrat, ni toutes les clauses ; on a dit dans la discussion, qu'il pouvait être désagréable pour les familles de mettre au jour toutes leurs affaires ;

et que cela pouvait tromper les tiers, par suite de l'exagération fréquente des apports. C'est seulement un extrait, et le dernier alinéa de l'a. 67 précise ce mot en disant *le régime* seulement : si les tiers, avertis ainsi, ont intérêt à connaître quelque chose de plus, ils peuvent exiger des époux des renseignements plus complets avant de traiter.

Qui doit publier, et quand ? C'est le notaire qui a reçu le contrat (art. 68), et dans le mois de sa date (art. 67).

Formes. L'art. renvoie à l'art. 872, C. pr. civ. : affiches dans quatre endroits : 1° au tribunal civil ; du domicile du mari, même si c'est la femme qui est commerçante ; elle est domiciliée chez lui ; 2° au tribunal de commerce, et, s'il n'y en a pas dans l'arrondissement, à la maison commune, la mairie ; 3° à la chambre des avoués ; 4° à la chambre des notaires. Ces deux derniers endroits, seulement s'il en existe dans l'arrondissement. — Ces affiches doivent rester apposées pendant un an (C. pr. civ., art. 872).

144. **Sanction.** C'est la responsabilité du notaire (art. 68). — Responsabilité *pénale* : 100 francs d'amende, même en cas de simple négligence ; réduite à 20 fr. par L. 16 juin 1824, a. 10, de plus, s'il y a collusion, la destitution. — Responsabilité *civile* : en cas de collusion seulement. Il n'est responsable « qu'*envers les créanciers* ». Nous dirons donc qu'il n'y a pas nullité de la clause du contrat de mariage, en faveur des créanciers ; car s'il y avait nullité de cette clause, les créanciers, ne souffrant nullement de l'absence de publicité, n'auraient pas droit à des dommages intérêts. On a soutenu le contraire en argumentant de l'a. 1382, c. civ., en disant que la nullité est la meilleure réparation. Mais c'est donner à l'a. 1382 une portée qu'il n'a pas de droit commun, et l'argument ci-dessus montre que ce n'est pas la pensée du législateur.

1. *Les époux sont-ils aussi responsables envers les créanciers ?* Nous dirons *non* en cas de simple négligence des parties à faire publier leur contrat de mariage ; car la loi ne leur impose nulle part une obligation précise à cet égard ; et les créanciers ont pu, avant de traiter avec eux, exiger des renseignements ; depuis la L. de 1850, ils ont pu se faire délivrer une expédition du con-

trat de mariage. Mais les époux seraient responsables en cas de fraude ; leur responsabilité étant fondée alors, non sur l'absence de publicité, mais sur les déclarations fausses qu'ils auraient faites aux créanciers (art. 1382, C. civ.) Dans le même cas de fraude, les créanciers pourraient invoquer la nullité, non pas du contrat de mariage, mais du contrat passé avec eux ; car il y a eu dol des époux (C. civ., art. 1116). Et cela ne les empêchera pas de demander des dommages intérêts au notaire, s'il a lui-même pris part à la fraude ; car tout en faisant prononcer la nullité ils peuvent très bien souffrir de l'inexécution du contrat.

II. — Si l'on devient commerçant après le mariage.

145. « 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 » (a. 60).

Ce sont les époux qui doivent publier leur contrat, car le notaire ne peut pas savoir s'ils deviennent commerçants. — La publication n'est pas nécessaire s'il y a communauté, soit légale, soit même stipulée. C'est une différence avec le cas de l'art. 682, et le Code se rapproche ici de l'ordonnance.

Sanction : *Pénale* : la banqueroute simple (c'était la banqueroute frauduleuse avant la L. 28 mai 1838). Cette sanction ne se produira qu'en cas de faillite ; il n'y en aura pas dans les autres cas, mais alors les créanciers ne souffriront pas du défaut de publicité.

Civile : dans l'ordonnance, c'était la nullité de la clause dérogatoire à la communauté. On a voulu l'appliquer encore aujourd'hui. Mais l'ordonnance est abrogée par la L. 15 septembre 1807 ; — dans l'ancien art. 60, on avait édicté une peine très grave pour ne pas prononcer la nullité ; quoiqu'on ait adouci la peine, cette pensée du législateur subsiste ; — enfin il y a l'analogie de l'art. 68.

S'il y a fraude de la part des époux, ils seront responsables

de leur délit (art. 1382). Et le contrat passé avec les tiers pourra être annulé pour cause de dol (V. n. 144). — Mais en cas de simple négligence de leur part, nous admettrions encore ici qu'ils ne seraient pas responsables : — sans doute ici, c'est à eux-mêmes que la loi impose l'obligation de publier leur contrat de mariage ; — mais cette obligation, qui n'est pas une obligation de droit commun, ne tombe pas sous le coup de l'art. 1382 ; et l'art. 69 ne prononce contre eux aucune responsabilité spéciale de ce genre, quoique le législateur pensât aux responsabilités civiles puisque l'art. 68 en parle ; — enfin les tiers pouvaient se protéger en exigeant des époux une déclaration sur les points qui pouvaient les intéresser.

146. L'article 70 était purement transitoire.

CHAPITRE II.

PUBLICITÉ DE LA SÉPARATION DE BIENS.

147. Elle est introduite en faveur des créanciers postérieurs, puisque les droits des époux vont diminuer ; mais aussi en faveur des créanciers antérieurs pour qu'ils puissent surveiller une liquidation qui pourrait leur être nuisible, et s'y opposer au besoin.

I. — Séparation de biens principale.

148. Quant aux formes de la séparation, l'art. 65 applique les mêmes règles que pour les non-commerçants ; aussi nous renvoyons aux commentaires du Code civil et du Code de procédure. — Remarquons seulement qu'il y a publicité de la demande seule d'abord, et ensuite du jugement. Pour la *publicité de la demande*, v. C. pr. civ., art. 866, 867, 868 ; les créanciers ont le droit d'intervenir et ont un mois pour cela (*Ibid.*, art. 869, 871). Pour la *publicité du jugement*, v. C. civ., art. 1445 ; C. pr. civ., art. 872, et tarif des frais en mat. civ., art. 92, § 25 ; les créanciers antérieurs ont le droit d'y former tierce opposition, mais dans un délai d'un an seulement (C. pr., art. 873) ; les

créanciers postérieurs peuvent le méconnaître s'il n'est pas publié (C. pr., art. 872, 1er al., *in fine*).

II. — Séparation de biens accessoire de la séparation de corps.

140. Ici c'est le jugement seulement qu'on doit publier et non la demande, comme en matière civile (a. 66).

Mais l'a. 66 renvoyant à l'a. 872, C. Pr. civ., il y a une formalité de plus imposée aux commerçants ; c'est la lecture à l'audience, non exigée en droit commun par l'art. 880, C. Pr. civ.

La sanction est la nullité à l'égard des intéressés, comme pour l'article précédent. Mais cette nullité peut être ici invoquée pendant 30 ans, et non pas seulement pendant un an : c'est ce que le législateur a voulu indiquer en disant (a. 66) « seront toujours admis ».

III. — Rétablissement de la communauté après la séparation de biens.

150. Il est possible (C. civ., art. 1451) ; — et soumis aux mêmes formalités que la séparation, au moins à celles de l'art. 1445 ; il y a discussion pour celles qu'a ajoutées le code de procédure (V. aux commentaires du Code civil).

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

GÉNÉRALITÉS.

151. Dans notre plan général qui nous a paru être celui du Code, ce titre se rattache aux personnes en droit commercial : après avoir parlé des personnes réelles ou physiques, le Code traite des personnes collectives ou morales.

Avant d'étudier les sociétés commerciales, nous devons donner quelques notions générales sur le contrat de société et sur les sociétés civiles ; car nous aurons à chaque instant l'occasion d'appliquer des règles communes ou de signaler des différences.

Au point de vue philosophique et tout à fait général, on peut définir *la société : la collaboration volontaire de plusieurs personnes vers un même but, par des moyens communs.*

Il y a beaucoup de sociétés en dehors du droit, ce sont toutes celles qui n'ont pas pour but l'acquisition ou la jouissance d'un droit, et auxquelles les parties n'ont pas entendu faire produire des effets juridiques : telles sont les sociétés ayant un but intellectuel ou moral, comme les académies, les sociétés de bienfaisance, etc. On concevrait que les parties, tout en ne se proposant pas un but pécuniaire, eussent néanmoins voulu faire produire à leur société des effets juridiques : nous verrons si cela est possible d'après notre droit positif (n. 155).

Dans l'ordre du droit, il existe certaines sociétés naturelles et présentant un certain caractère d'universalité, comme la famille, le mariage, l'État. Nous n'avons à nous occuper, avec

nos codes, que les sociétés purement volontaires et relatives à des intérêts pécuniaires.

A ce point de vue plus restreint, voici la définition donnée par le code civil (art. 1832) : « La société est 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. » Nous y trouvons les mêmes éléments que dans la définition philosophique donnée ci-dessus ; seulement ils sont spécialisés en vue des sociétés qui ont un objet pécuniaire.

Reprenons ces éléments en y rattachant les règles fondamentales qui en découlent.

152. 1° Il faut une *collaboration active*. La société est la réunion des forces humaines ; sa grande utilité est de rendre l'effort de l'homme plus fécond par l'union. — Le code ne met pas ce caractère en relief : mais cela résulte de l'ensemble de la définition ; surtout des mots : *dans la vue de partager le bénéfice*. Car il ne peut y avoir bénéfice, ni même aucune production, sans l'effort, sans le concours du capital et du travail.

Il est donc nécessaire que la société ait pour but la production de quelque utilité ou valeur. Une union purement passive ne serait plus une société ; nous allons rencontrer plusieurs applications de ce principe. Cette collaboration peut d'ailleurs être donnée, soit par le travail actuel, soit par le capital qui n'est que du travail accumulé, soit par tous deux à la fois.

153. 2° *Une convention*. Nous avons dit que la collaboration doit être volontaire. La société a donc essentiellement pour origine un contrat. Ce contrat est en général consensuel comme tous les contrats en droit français ; mais certaines formes spéciales ont été ou sont exigées pour les sociétés commerciales, soit *inter partes*, soit à l'égard des tiers.

Pothier séparait par ce caractère la *société* de la simple *communauté* d'intérêts, comme celle qui peut exister entre des cohéritiers, des colégataires avant le partage ; entre les créanciers d'une même faillite, etc. Mais il peut y avoir une *communauté* qui ait pour origine une convention ; par exemple l'achat en commun d'un bien pour en partager les fruits naturels ou civils ; la pro-

longation volontaire d'une indivision (C. civ., art. 815). La communauté se distinguera alors de la société par l'absence du premier élément, la *collaboration active* : la communauté n'a pas pour but la production d'un résultat nouveau qui ne serait pas produit sans elle. D'où il suit qu'on ne devrait pas lui appliquer l'obligation qui existe entre associés de faire l'affaire de leurs coassociés, de ne pas s'enrichir à leur exclusion (C. civ., art. 1848 et 1849) ; que la communauté n'est jamais censée établie *intuitu personæ*, et ne se dissoudrait pas par la mort d'un des communistes. De là vient aussi la prohibition légale de prolonger indéfiniment l'état de communauté (C. civ., art. 815), qui n'est pas productif, qui nuit plutôt à la production par la difficulté d'une entente commune, tandis que la société, éminemment féconde, peut être contractée pour un temps illimité (C. civ., art. 1869).

154. 3° *Des moyens communs.* Ainsi plusieurs assureurs concourant ensemble chacun pour leur part dans l'assurance d'un bâtiment ne sont pas pour cela en société.

Cette condition entraîne la nécessité d'un **apport** par chacun des membres (C. civ., art. 1833, 2e al.) ; autrement il y aurait donation.

Toute latitude est laissée aux parties pour la nature de l'apport ; il peut consister non seulement en argent, mais dans tout objet appréciable en argent ; même dans un objet immatériel, comme une clientèle, une marque de fabrique ; même dans l'industrie, le nom, le crédit commercial de l'associé. Il n'en serait pas de même du crédit politique qui n'est pas dans le commerce. — D'ailleurs la nature et la quotité de l'apport peuvent être différentes pour les divers associés.

L'apport peut être réalisé de diverses manières :

En propriété, la société devient propriétaire, la chose passe à ses risques ; et l'associé apporteur n'a pas dorénavant plus de droit sur elle qu'un autre associé quelconque ;

En usufruit, la société devient usufruitière ; mais l'associé reste nu-propriétaire ; la chose reste à ses risques ; il a le droit de la reprendre par préférence, avant tout partage, à la dissolution de la société. Si les choses apportées se consomment par l'usage

(v. les divers cas cités par l'art. 1851, C. civ.), la société en a le quasi-usufruit, en devient propriétaire, et l'associé devient créancier de pareille quantité ou de la valeur des objets.

En jouissance : l'associé a les mêmes droits que dans l'apport en usufruit ; il reste même *plein* propriétaire, mais il doit *faire jouir* la société, comme un bailleur doit faire jouir le preneur ; la société n'a pas ici un droit réel ; elle a un droit personnel contre l'associé. Un pareil apport est successif ; si la jouissance cesse, l'apport disparaît (C. civ., a. 1851, 1^er^ al.) ; et la société se trouve dissoute (art. 1867, 2^e^ al., qu'il faut bien se garder d'appliquer à l'apport en usufruit). Enfin la jouissance, même d'un immeuble, est toujours considérée comme mobilière ; car elle ne constitue qu'un droit aux fruits.

155. 4^o^ *Un intérêt commun*. C'est ce qu'exprime l'art. 1833, C. civ. ; l'art. 1832 disait déjà : *dans la vue de partager le bénéfice*.

Voici quelques applications de cette règle. Les *tontines* ne sont pas des sociétés (ce sont des conventions dans lesquelles on met certaines valeurs en commun, souvent à fonds perdu, de façon que les revenus annuels soient partagés entre les survivants) ; car l'intérêt des différentes parties n'est pas commun, mais individuel : les uns profitent du décès des autres. D'ailleurs, il manque encore à ces unions le caractère de la collaboration active ; on ne produit rien de nouveau, on jouit seulement des revenus que les choses produiraient sans cela. — Nous en dirons autant des *assurances mutuelles* dans lesquelles plusieurs personnes, pour se protéger contre certains sinistres, conviennent d'indemniser à frais communs celles d'entre elles qui seraient victimes d'accidents de même nature : chacun paie annuellement quelque chose pour les autres ; mais s'il éprouve un sinistre, il est sûr d'être indemnisé. On dit souvent que ces assurances ne sont pas des sociétés parce qu'elles n'ont pas pour objet de réaliser des bénéfices, mais d'éviter une perte. Je n'admettrais pas que le mot *bénéfice* de l'art. 1832 ait un sens aussi étroit. Mais je dirais qu'il n'y a pas société parce que l'intérêt, qui existe certainement, n'est pas commun, mais alternatif : ce que le sinistré gagne, les autres le perdent : en outre, il n'y a pas non plus ici aucune collaboration active.

De ce qu'il faut un intérêt commun, il s'ensuit que chaque associé doit avoir une part dans les bénéfices, qu'on ne peut faire une *société léonine* (C. civ. art. 1855, 1er al.) ; il s'ensuit aussi que chacun doit contribuer aux pertes (art. 1855, 3e al.). Mais la répartition des bénéfices et des pertes n'est pas nécessairement proportionnelle aux mises : l'art. 1853 n'établit cette proportionnalité qu'à défaut de convention dans le contrat.

156. Comme application à une matière commerciale des principes ci-dessus posés, nous ferons observer que si un patron intéresse un de ses commis dans sa maison, en lui promettant, outre peut-être un salaire fixe, une part dans les bénéfices, il n'y a pas pour cela une société entre le patron et le *commis-intéressé*. Et cela, parce que les parties n'ont pas voulu faire produire à cette convention tous les effets d'une véritable société. Voici les principales différences : — 1° Il ne supporte rien dans les pertes : quand il y a des pertes, il ne reçoit rien, mais il ne débourse rien ; — 2° Il n'est pas copropriétaire du fonds social ; il n'a droit à aucune part de ce fonds, lorsque le patron cesse ses affaires ; — 3° Il peut être congédié, sauf dommages-intérêts s'il y a lieu, comme dans tout louage de services; quand même on aurait contracté pour un temps déterminé (*secus* s'il y avait société, C. civ. art. 1869) ; — 4° En cas de faillite, il peut figurer parmi les créanciers pour ce qui lui est dû comme appointements et comme part de bénéfices réalisés antérieurement ; tandis qu'un associé n'a droit à rien, tant que les créanciers ne sont pas intégralement payés. — Quoiqu'il ne soit pas associé, nous admettons qu'il peut demander la communication des livres de son patron pour vérifier si on lui donne ce qui lui revient.

Organisation générale d'une société civile.

157. Le droit civil forme, spécialement en matière de société (C. com., art. 18), le droit commun auquel se réfère la loi commerciale pour tout ce qu'elle n'a pas dit (cf. *suprà* n. 24). Il est donc nécessaire de connaître au moins sommairement les dispositions du code civil pour aborder les sociétés commerciales.

I. — **Stipulations originaires** du contrat.

158. Il faut d'abord un *objet licite* : C. civ., art. 1833, 1er al.

Commencement de la société : à l'époque fixée par la convention; en cas de silence de celle-ci, dès le moment du contrat: C. civ., art. 1843.

Durée : Celle qui résulte de la convention expressément, ou tacitement, par exemple si l'objet de la société est une affaire dont la durée soit limitée; — à défaut de limitation, la société durera jusqu'à la mort d'un des associés (C. civ., art. 1844, 1869).

Apports. Nous avons vu en quoi ils peuvent consister (art. 1833, 2e al.; v. n. 154). L'associé est débiteur de son apport envers la société (art. 1845, 1er al.); si l'objet est un corps certain, apporté en propriété, la société en devient propriétaire par le seul effet de la convention (art. 1138)[1]; s'il s'agit d'une somme, l'associé doit les intérêts de plein droit en cas de retard, et même de plus amples dommages-intérêts (art. 1846), ce qui est une double dérogation aux règles de l'art. 1153, C. civ.; s'il s'agit d'un apport en industrie, l'associé doit compte à la société de tous les gains qu'il réalise dans l'espèce d'industrie qui fait l'objet de la société (art. 1847). — L'associé qui a apporté un corps certain doit *garantie*, comme un vendeur (art. 1845, 2e al.). — Les *risques*, s'il s'agit d'un corps certain, sont pour celui qui en est propriétaire : pour l'associé s'il y a apport en usufruit ou en jouissance seulement (art. 1851, 1er al.); pour la société, s'il y a apport en propriété, ou si les objets ne sont susceptibles que d'un quasi-usufruit (art. 1851, 2e et 3e al.; dans les divers cas de cet article, ce n'est pas l'objet même, c'est la valeur qui doit être rendue) (cf. n. 152).

Droit des associés. La société est un contrat synallagmatique

1. L'art. 1867, C. civ., prévoyant le cas où l'apport viendrait à périr avant sa mise dans la société paraît supposer contrairement à l'art. 1138 que la convention n'en a pas transféré la propriété; et certains auteurs admettent cette dérogation à l'art. 1138 (Pard., n. 3; Malep. et Jourd., p. 40 ; Delangle, *Soc.*, n. 74). Mais il ne faut pas accepter facilement une pareille antinomie, et l'art. 1867 peut et doit s'entendre du cas où la translation de la propriété aurait été retardée jusqu'à un terme ou une condition, soit par une clause arbitraire des parties, soit parce qu'il s'agirait d'une chose à créer ou de la chose d'autrui.

Les associés ont fait des apports, qu'est-ce qu'ils acquièrent en échange? Ils acquièrent ce qu'on appelle une **part d'intérêt** ou un **intérêt** dans la société, qui se traduit matériellement par le *droit de partager le fonds social après dissolution et de partager annuellement les bénéfices réalisés par la société*. Ce droit, dans les sociétés qui ne sont pas personnes morales, est un droit de copropriété, mais, même dans ces sociétés, c'est une copropriété *sui generis*; on ne peut mieux la caractériser qu'en disant qu'elle est grevée de la *servitude d'indivision* au profit des coassociés pour toute la durée de la société. Cette théorie est très incomplètement élucidée par les auteurs; il est nécessaire d'y insister quelque peu.

L'associé qui, mettant une valeur dans la société, la rend commune, et qui en même temps acquiert la copropriété des valeurs apportées par les autres, s'engage implicitement, mais très certainement, à la laisser indivise, affectée exclusivement aux opérations sociales et soumise à la libre disposition des administrateurs pendant toute la durée de la société. Sans cela, le fonds social n'aurait pas la destination qui lui est attribuée et la société serait impossible. — Cet engagement modifie profondément le droit de copropriété de chaque associé : ainsi il ne pourrait, sous le prétexte qu'il est copropriétaire d'une part de son apport, ne livrer que le surplus; il ne pourrait non plus, s'il n'a apporté que l'usufruit, se comporter comme plein propriétaire pour sa part; ni enfin, s'il est débiteur de la société (pour son apport ou autrement) faire confusion de sa part dans sa personne et ne verser à la caisse sociale que le surplus; il doit verser le tout pour être affecté à l'entreprise sociale [1].

Cette modalité qui affecte la copropriété des associés, je la qualifie de *servitude d'indivision*. C'est le terme par lequel on caractérise une situation analogue en matière de mitoyenneté. Il est très exact et très commode en matière de société, quoiqu'on force ainsi quelque peu le sens usuel du mot *servitude*, puisqu'on l'applique même à des meubles, et même à des biens incorporels comme les créances et les dettes.

Le terme de *servitude* convient d'autant mieux que cette mo-

1. Aubry et Rau, § 381 bis.

dalité de la copropriété est dans une certaine mesure *opposable aux tiers*[1] ; ce qui ne se concevrait pas s'il n'y avait pas là un véritable droit réel. Ainsi d'après l'a. 1860, C. civ. : « L'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières, qui dépendent de la société. » L'aliénation n'est donc pas valable même pour la part de l'associé ; et le tiers acquéreur se verra opposer cette restriction au droit de copropriété. Tout ce que peut faire l'associé non gérant, c'est d'aliéner *sa part dans la société*, ou dans les biens communs ; mais l'aliénation porte alors sur *sa part éventuelle*, subordonnée au résultat du partage, et surtout subordonnée à la possibilité d'un partage réel, qui ne doit avoir lieu qu'après la dissolution de la société ; l'acquéreur ne peut nullement se faire mettre en possession immédiate[2]. Cette décision de l'a. 1860 confirme de tout point notre théorie générale, qui doit évidemment et *à fortiori* s'appliquer *inter partes*.

L'indivision produit encore un effet considérable, c'est à l'égard des créanciers personnels de l'associé. Non seulement celui-ci ne peut leur engager expressément, ni leur hypothéquer (a. 1860, C. civ.), même sa part de copropriété des biens communs ; mais encore leur gage général de l'a. 2093 C. civ. n'est pas exécutoire actuellement sur cette part ; les créanciers ne peuvent la saisir avant la dissolution de la société. C'est la règle donnée formellement par l'a. 2205 C. civ. pendant l'indivision passagère résultant de l'ouverture d'une succession à laquelle plusieurs héritiers sont appelés ; elle doit évidemment être appliquée *à fortiori* au cas d'indivision durable résultant d'une société. Il y aura même cette différence que, dans l'indivision ordinaire, les créanciers peuvent immédiatement provoquer le partage pour exercer leurs droits sur la part divise qui sera attribuée à leur débiteur (a. 2205 *in fine*.), tandis que dans la société ils sont obligés d'attendre la dissolution de la société. Cette différence pourtant s'atténue en pratique ; car leur intérêt se manifestera principalement dans le cas où leur débiteur sera insolvable ; et alors il y a dans sa déconfiture une cause de dissolution de la société

1. Aubry et Rau § 381 bis.
2. Cf. Brav., t. I, p. 170.

(a. 1865, 4°, C. civ.), qui leur permettra d'agir immédiatement on partage ou d'y intervenir (a. 882).

Il est conforme aux principes que la servitude d'indivision, résultant du contrat social, soit ainsi opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers de l'associé ; car, d'une part, en ce qui concerne les biens provenant de l'apport de ses coassociés, il n'a acquis de droit sur ces biens qu'avec les modalités résultant du contrat d'acquisition ; et, d'autre part, en ce qui concerne les biens apportés par lui, il a pu, en les mettant en commun sans fraude (a. 1167), grever sa propre part de ce droit d'indivision durable au profit de ses coassociés.

Cet effet, à l'égard des tiers acquéreurs de droits réels, ne se produit en matière immobilière qu'à la condition que l'acte de société ait été transcrit. Cette transcription a donc un double effet : d'un côté elle dessaisit chaque associé des parts de propriété qui sont transportées à ses coassociés; d'un autre côté, elle rend indisponible entre ses mains, pour la durée de la société, la part qu'il conserve ou acquiert dans les immeubles.

Quant au droit de jouissance, qui fait partie du droit de copropriété des associés, il est aussi modifié; il se réduit à peu près uniquement (v. cep. l'art. 1850. 2° ; *infra* n. 162) au droit de toucher annuellement une part des bénéfices réalisés par la société. Ces dividendes peuvent être saisis-arrêtés par les créanciers.

Répartition des bénéfices et des pertes : Elle est réglée par le pacte social ; si rien n'a été dit, elle a lieu proportionnellement aux mises, l'apport en industrie étant censé équivaloir au plus faible apport en argent (art. 1853, 1854). Il est interdit de stipuler qu'un seul associé aura la totalité des bénéfices (*société léonine*), ou qu'il ne supportera pas les pertes (art. 1855). Mais on peut attribuer à un associé des parts différentes dans les bénéfices et dans les pertes.

II. — Gestion des affaires sociales.

159. Le fonds social est composé d'une masse de meubles, d'immeubles, de sommes d'argent; il faut le faire fructifier, et nous avons vu que la société a essentiellement pour objet la

production de quelque valeur par la collaboration des associés. Il y aura pour cela une série d'actes juridiques à faire : actes d'administration, ventes, menus achats ; peut-être des aliénations plus importantes ; il faudra traiter avec les tiers, devenir créancier et débiteur. Comment seront faits ces actes, et quel sera leur effet à l'égard de tous les associés ? — Il faut distinguer ce qui se passe entre les associés et ce qui se passe à l'égard des tiers.

1° *Entre les associés.*

160. Le fonds social forme, à leur égard et en vue seulement de l'exécution du contrat de société, un patrimoine fictif distinct de leurs biens (v. au n. 158), susceptible d'avoir contre eux des créances et des dettes (v. art. 1846, 1847, 1850, 1852, C. civ.) [1].

Ce patrimoine n'appartenant pas à une personne physique, il

1. Ce patrimoine fictif se compose de portions du patrimoine de chacun des associés, soumises à un régime spécial, comme constituant le *fonds commun*, la *masse commune* (C. civ., a. 1849), la *caisse sociale*. Ce régime spécial consiste en ce qu'il est affecté exclusivement aux opérations sociales, confié aux administrateurs de la société et grevé, comme on vient de le voir, de la servitude d'indivision. Le patrimoine fictif se comporte comme créancier et comme débiteur des associés, ainsi que le code civil l'exprime dans les nombreux articles cités au texte ; quoique ses rédacteurs semblent voir voulu d'abord éviter de mettre en jeu la société, puisque dans la rubrique de la section, ch. 2e, section 1re, ils parlent seulement des engagements *des associés* entre eux. C'est que la force même des choses impose ces formes de langage qui révèlent l'unité et l'indépendance du patrimoine social. En effet il est impossible de dire qu'un associé doit, par exemple son apport, *à ses coassociés* ; car alors on comprendrait qu'il ne doit pas compter parmi les créanciers : si, par exemple, il y a quatre associés, on comprendrait qu'il doit 1/3 à chacun de ses coassociés ; ce qui serait inexact. On ne peut pas dire non plus qu'il doit à tous les associés, lui compris ; car alors on entendrait qu'étant créancier pour un quart, il ferait confusion de cette part dans sa personne et ne devrait payer que les 3/4, ce qui serait également faux. Il faut donc nécessairement dire qu'il est créancier ou débiteur *de la société*.

On trouve des situations analogues dans la fortune publique, où certains budgets spéciaux, certaines caisses spéciales (par exemple la caisse des dépôts et consignations), peuvent être créancières ou débitrices du Trésor ; quoique, au fond, ces budgets se confondent dans un seul patrimoine, celui de l'État. De même pour les particuliers, dans l'intérieur d'un même patrimoine réel, la comptabilité en partie double nous montre certains personnages fictifs créanciers ou débiteurs les uns des autres : la *Caisse* peut devoir à *Marchandises générales*, et être créancière *d'Effets à payer*.

faut se demander par qui il sera géré. Il faut encore distinguer :

161. A. — *S'il y a des administrateurs nommés.*

Leurs pouvoirs sont réglés par les principes du contrat de mandat : les administrateurs font valablement tous les actes compris dans leurs pouvoirs ; si leur mandat est général, et ne précise rien, ils n'ont pas le pouvoir d'aliéner (C. civ., art. 1988).

En général, le mandat est révocable par la seule volonté du mandant. Cette règle s'appliquera si les administrateurs sont nommés au cours de la société (art. 1856, *in fine*). Mais s'ils ont été nommés dans l'acte de société, leur mandat est irrévocable, parce qu'on doit croire qu'il a été l'une des conditions essentielles du consentement des parties (art. 1856).

S'ils sont plusieurs, chacun d'eux pourra en général agir seul (art. 1857) ; à moins qu'on n'ait stipulé le contraire (art. 1858).

162. B. — *S'il n'y a pas d'administrateurs nommés.*

Alors chaque associé peut faire les actes d'administration (art. 1859, 1°) ; mais non les actes de disposition (art. 1860) ; c'est l'application des principes ordinaires en cas de mandat tacite (art. 1988).

Chacun peut se servir des choses sociales, suivant leur destination, et en ne portant pas d'obstacle aux droits pareils de ses associés (art. 1859, 2°) ; chacun doit contribuer aux dépenses nécessaires à la conservation de ces choses (art. 1859, 3°) ; nul ne peut innover sur les immeubles, sans le consentement des autres (art. 1859, 4°). Cette dernière formule est un peu trop absolue : en général, pour un acte de gestion compris dans l'objet de la société (et cela peut dans certains cas s'étendre même à un acte d'aliénation), la majorité liera la minorité. Car voici la règle générale et fondamentale sur les décisions à prendre entre associés ; *l'unanimité n'est nécessaire que pour les modifications au pacte social ; au contraire pour tout ce qui est prévu par ce pacte, la majorité suffit.* Autrement la société ne pourrait pas marcher ; or chacun doit être présumé avoir consenti par avance à tout ce qui serait nécessaire pour le but social prévu ; par conséquent à ce que déciderait à cet égard la majorité des associés.

2° *A l'égard des tiers.*

163. La masse des biens sociaux, qui à l'égard des associés forme un patrimoine fictif distinct de leurs biens, en forme-t-elle également un à l'égard des tiers, qui pourraient avoir des dettes et des créances, contre ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens des associés ? [1]

D'après les principes généraux, nous dirons: *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest.* Donc celui qui aurait traité avec un associé ne connaît que lui, n'a que lui pour créancier et pour débiteur ; il ne peut invoquer contre lui la convention intervenue entre cet associé et ses coassociés. S'il est devenu créancier, il n'a suivi que la foi de celui avec lequel il a traité; on ne pourrait lui opposer que l'affaire concernait seulement la société, et le renvoyer à poursuivre seulement le fonds social. Le créancier ne pourrait pas non plus, s'il le voulait, invoquer lui-même la convention (a. 1165), et poursuivre directement le fonds social ; il n'aurait contre celui-ci que l'action oblique de l'art. 1166, en exerçant les droits de son débiteur, l'associé, et pour la part de cet associé; mais alors en subissant le concours de tous les créanciers de celui-ci. — Si nous supposons que le tiers a traité avec un administrateur (exprès ou tacite), qui lui a fait connaître ses pouvoirs ; il aura action contre les associés mandants, chacun pour sa part (art. 1997), ou réciproquement ; mais il n'aura toujours pas d'action directe sur le fonds social, ni celui-ci contre

1. C'est pour réserver la question qu'au n. 160 (texte et note) nous avons qualifié le fonds social de *patrimoine fictif;* la notion complète d'un patrimoine réel exige qu'il se comporte comme tel *erga omnes*, qu'il puisse être créancier et débiteur à l'égard de tout venant. Au contraire, dans notre opinion sur la non personnalité morale des sociétés civiles, le fonds social ne forme un patrimoine distinct que dans les rapports des associés entre eux, et, même entre eux, seulement en vue de l'exécution du pacte social. A tous autres égards leur part se confond avec leurs autres biens; notamment en ce qui concerne leurs ayants-cause, même à titre universel. La convention de société étant essentiellement faite *inter personas*, ne produit aucun effet même à l'égard de ces derniers. En conséquence, si l'associé se mariait en communauté, ou mourait en laissant un légataire des meubles et un légataire des immeubles, sa part dans la société serait exactement traitée comme si elle ne se distinguait pas de ses autres biens ; le caractère mobilier ou immobilier de cette part ne serait aucunement influencé par l'existence actuelle ou passée de la société.

lui : car la convention qui a formé ce fonds peut bien être valable à son égard, puisqu'il est prévenu, mais ne saurait valoir contre les créanciers des associés qui ne sont pas avertis.

Ces principes souffrent exception en matière de sociétés commerciales : celles-ci sont reconnues *personnes morales* moyennant certaines conditions de publicité.

Mais nous n'admettons pas que *les sociétés civiles soient personnes morales*. Car les articles 1862-1864, C. civ., consacrent précisément, en ce qui les concerne, les conséquences des principes généraux rappelés ci-dessus. Il y a lieu d'argumenter aussi dans ce sens des art. 529 C. civ., et 69, 6°, C. proc. civ..

Voici, par opposition aux règles du droit civil qui viennent d'être rappelées, les conséquences que produit la personnalité morale des sociétés commerciales :

1° Les créanciers sociaux seront payés sur le fonds social à l'exclusion des créanciers personnels des associés ; car le fonds social est précisément constitué à l'état de patrimoine distinct, afin d'être affecté spécialement aux conséquences des opérations sociales ; les créanciers personnels des associés n'atteindront le fonds social que du chef des associés (a. 1166), c'est-à-dire après le paiement intégral des créanciers sociaux. — 2° Un débiteur de la société ne pourra invoquer à titre de compensation, même pour une part, une créance qu'il aurait contre un associé personnellement ; car il n'a pas la même personne pour créancier et pour débiteur : son créancier est la société et son débiteur est l'associé. Réciproquement un créancier de la société ne pourrait pas se voir opposer comme compensation une dette qu'il aurait envers un associé. — 3° La société sera valablement représentée par un administrateur : soit en justice, malgré la règle que nul en France ne plaide par procureur (C. pr. civ., a. 69, 6°) ; soit dans les conventions amiables. — 4° L'intérêt des associés dans la société pourra être mobilier alors même que la société possédera des immeubles (C. civ. a. 529) ; ce qui serait impossible si la propriété résidait immédiatement sur la tête des associés (v. n. 165). — 5° Lorsque le fonds social aura été partagé après la dissolution de la société, l'effet déclaratif du partage (a. 883) ne remontera qu'au jour de la dissolu-

tion, puisque l'indivision n'a commencé qu'à ce moment, et non au jour de l'entrée du bien dans le patrimoine social.

III. — **Dissolution de la société.**

164. D'après l'art. 1865, la société finit :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. — Mais elle peut être prorogée (art. 1866) ; et elle peut être dissoute avant le terme, mais seulement pour de justes motifs (art. 1871).

2° Par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation (cf. art. 1867).

3° Par la mort naturelle de l'un des associés. Mais la convention peut d'avance maintenir, malgré ce décès, la société, soit avec les héritiers du prédécédé, soit entre les survivants seulement (art. 1868).

4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux.

5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Mais cela n'est admis que dans les sociétés dont la durée est illimitée, et la renonciation ne doit pas être de mauvaise foi ou intempestive (art. 1869, 1870).

Quant au partage qui suit la dissolution, le Code renvoie aux règles sur le partage entre héritiers (art. 1872).

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

165. Nous devons d'abord les distinguer des sociétés civiles.

Et avant tout, quelles sont les **différences** entre deux classes de sociétés :

1° Les sociétés commerciales sont soumises aux mêmes règles que les commerçants, notamment pour la compétence, la faillite, l'obligation de tenir des livres (et autrefois la contrainte par corps, à laquelle étaient exposés les associés).

2° Elles sont assujetties à des formes particulières pour leur constitution, et à la publicité (C. com., art. 42 et suiv. ; L. 24 juillet 1867, art. 52 et suiv.).

3° Les administrateurs obligent la société et les associés sans un mandat exprès.

4° Il y a pour elles une prescription abrégée de cinq ans, dans certaines conditions (C. com. a. 64).

5° Elles sont *personnes morales* sans discussion ; notamment, on peut les assigner en justice par un seul exploit remis à un gérant au siége social ou à son domicile (C. pr., 69, 6°).

Cette personnalité ne confère pourtant pas aux sociétés commerciales une capacité absolument égale à celle des personnes physiques. Elles ne sont créées, comme toute société, qu'en vue d'un but déterminé ; elles ne peuvent agir qu'en vue de ce but ; leur rôle (*persona*) est donc limité par l'acte même qui les crée : en dehors de cette sphère elles n'ont plus d'action, elles n'ont plus d'existence. Ainsi, non seulement une société commerciale serait incapable des fonctions se rattachant aux droits de famille, comme d'une tutelle, mais encore elle ne pourrait se livrer aux actes d'un commerce absolument étranger à celui pour lequel elle a été constituée.

6° (Autre conséquence de la personnalité morale, mais qui demande une mention et une étude particulière). L'intérêt dans ces sociétés ou le droit des associés est *mobilier* ; c'est la disposition formelle de l'art. 529, C. civ., lors même que la société possède des immeubles. Ce caractère mobilier s'explique parce que le droit des associés porte sur le fonds social pris en masse, considéré *in genere*, comme chose fongible, et non pas individuellement sur chacun des biens qui composent ce fonds social. En effet dans ces sociétés le fonds social n'est considéré que comme un instrument de production, un moyen de spéculation ; peu importe aux associés en quelle nature de biens il est réalisé pourvu qu'il soit apte à servir au commerce qui fait l'objet de la société ; il y a peut-être des immeubles dans ce fonds social, une usine par exemple ; mais la société les tiendrait en location que cela ne ferait rien aux associés pourvu que l'actif social n'en fût pas diminué. Par conséquent le droit, conservé par les associés sur le fonds social, ne porte spécifiquement sur aucun bien déterminé ; mais seulement sur la valeur immatérielle et essentiellement fongible de ce fonds social ; voilà pourquoi la loi a pu et dû déclarer ce droit mobi-

lier ; car une valeur immatérielle ne peut évidemment être classée parmi les immeubles.

165 *bis*, Q. *A quoi reconnaîtra-t-on les sociétés commerciales ?* — 1er S. *D'après leur forme*, si l'on a adopté l'une des formes consacrées par le code de commerce. — 2e S. *D'après la volonté des parties*. — 3e S. *D'après leur objet* (1), si elles font des actes de commerce : — c'est le même principe d'après lequel on juge si un individu réel est commerçant ; il doit être appliqué aussi aux personnes morales ; — plusieurs des conséquences de la commercialité intéressent l'ordre public ; et, de même qu'un individu ne peut pas se rendre commerçant par sa seule volonté, une société ne peut devenir commerciale par la volonté de ses associés, expresse (2e S), ou tacite (1er S). — Ainsi, ne sera pas commerciale une société pour l'exploitation d'une mine ou pour la spéculation sur des immeubles, à moins que son exploitation ne se complique d'autres opérations qui pourraient être jugées principales (v. *suprà*, n. 36).

L'emploi des formes commerciales pourra créer une présomption, mais admettant la preuve contraire.

166. Nous admettons qu'*une société civile pourrait adopter une des formes réglées par le Code de commerce*. Elle ne deviendra pas commerciale pour cela, mais elle aura certains avantages des sociétés commerciales : — car chez nous la liberté des conventions est de principe général ; — la L. de 1810, art. 8, dern. al. ; la L. 5 juin 1850, a. 14, et le nouvel a. 01, 3e al., C. com., confirment cette solution.

Alors la société civile devra se soumettre à toutes les prescriptions relatives à la forme adoptée par elle ; cela ne fait pour nous aucun doute.

167. Quels seront les effets de l'emploi de telle ou telle forme commerciale par une société civile ? Ce seront d'abord certainement les effets qui dépendent de la seule volonté des parties ; comme le mandat donné aux administrateurs d'obliger les associés, si la forme adoptée le comporte.

Mais nous admettons en outre que l'emploi des formes commerciales pourrait modifier l'étendue des obligations des associés à l'égard des tiers. Surtout la restreindre à leur mise,

comme dans la commandite pour les commanditaires, et dans la société anonyme.

Alors aussi ces sociétés seront personnes morales : — en dehors des dispositions du Code civil auxquelles, d'après ce que nous venons de dire, les parties ont pu valablement déroger, l'argument fondamental qui nous avait décidé à refuser aux sociétés civiles la personnalité morale, c'était l'intérêt des tiers qui ne sont pas prévenus ; or ici, en adoptant les formes commerciales, on se soumet aux conditions de publicité ; dès lors, l'intérêt des tiers étant dégagé, il n'y a plus aucune raison d'ordre public qui empêche de suivre la volonté certaine des parties ; — d'ailleurs, l'art. 520, C. civ., ajoutant les *sociétés d'industrie* aux sociétés de commerce, paraît assez large pour comprendre ces sociétés civiles à forme commerciale ; — enfin, l'art. 8, dern. al. de la L. 21 avril 1810, reconnaît aux sociétés minières au moins un des caractères des personnes morales, la nature mobilière du droit des associés, quoique l'art. 32 déclare qu'elles ne font pas acte de commerce.

168. Revenons aux sociétés commerciales : L'art. 18 du C. de com. indique les éléments du Droit qui les concerne : « Le contrat de société le règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties ». Comp. *suprà*, n. 24, et 157. — Il faut ajouter les *usages* commerciaux dont parle l'art. 1873, C. civ., et que l'art. 78 n'a certainement pas voulu supprimer.

169. L'art. 19 contient l'énumération des différentes espèces de sociétés commerciales : « La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : — La société en nom collectif. — La société en commandite. — La société anonyme. »

Il faut ajouter les *sociétés à capital variable* (L. 24 juill. 1867, art. 48-54) ; du reste, elles ne sont que des modifications des types indiqués par notre article ; — et les *sociétés en participation* (C. com., art. 47-50).

Nous diviserons la matière en neuf chapitres : — 1° Sociétés en nom collectif (C. com., art. 20-22) ; — 2° Sociétés en commandite simple ou par intérêts (C. com., art. 23-28) ; — 3° Des sociétés par actions en général ; — 4° Sociétés en commandite

par actions (C. com., art. 38 ; L. 24 juillet 1867, tit, I^er) ; — 5° Sociétés anonymes (C. com., art. 29-37 ; L. 24 juill. 1867, tit. II) ; — 6° Sociétés à capital variable (L. 24 juill. 1867, tit. III) ; — 7° Formes et publication des actes de société (C. com., art. 36-46 ; L. 1867, tit. IV) ; — théorie générale des nullités de sociétés ; — 8° Sociétés en participation (C. com., art. 47-50) ; — 9° Dissolution des sociétés et ses suites (C. com., art. 64).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

170. La société en nom collectif[1] est *une société dans laquelle tous les associés sont connus du public et obligés solidairement aux dettes sociales.* — *Raison sociale*, faisant connaître, à tous, les noms des associés, et *solidarité*, tels sont les deux caractères fondamentaux qui distinguent cette société à la fois des sociétés civiles et des autres sociétés commerciales.

Deux sections : — 1° Constitution de la société ; — 2° Gestion de la société.

SECTION PREMIÈRE.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

171. D'après l'art. 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 »[2].

Le *nombre des associés* peut être aussi faible qu'on voudra ; tandis que dans la société anonyme on ne peut descendre au-dessous de sept (L. 24 juill. 1867, art. 23). Il peut être aussi fort que l'on voudra ; mais en pratique on ne peut aller au delà d'un certain nombre, car il faut qu'on se connaisse, la confiance

1. Dans l'ordonnance de 1673, elle était appelée *Société générale*.
2. Cette définition est incomplète ; elle est complétée par l'article suivant ; V. au n° 170.

réciproque et la collaboration active de tous étant nécessaire pour que la société puisse marcher.

Pour les *formes* et la *publicité*, v. au ch. 6.

172. L'*objet* de la société peut être toute espèce de commerce, restreinte ou étendue. De nombreuses questions sont soulevées pour distinguer la société en nom collectif et la société en participation ; nous en traiterons à propos de cette dernière.

Il faut que l'objet soit *licite*. Les offices ministériels, étant des fonctions publiques, ne sont pas dans le commerce et ne peuvent faire l'objet d'une société. Cette doctrine est encore applicable aux courtiers maritimes. — Elle s'appliquait à l'exploitation d'une charge d'agent de change. Les sociétés de ce genre ont été formellement autorisées par la L. 2 juill. 1862, modifiant l'art. 75, C. com. ; mais avec des restrictions qui révèlent une dérogation au droit commun.

173. « *Sous une raison sociale.* » La raison sociale ou raison de commerce se compose du nom de tous les associés, ou de quelques-uns en ajoutant : *et compagnie*. Elle est distincte du nom de la maison, qui peut être connue, ou par un nom de guerre, ou par le nom de son objet, ou par une enseigne.

Elle ne doit contenir que des noms d'associés (a. 21).

Si elle contenait le nom d'autres personnes, la sanction de la loi serait la responsabilité des auteurs de la contravention : — les associés d'abord ; mais leur responsabilité n'offrira pas d'application ; car l'intérêt du tiers n'apparaît qu'autant qu'ils sont insolvables, et alors il n'obtiendra rien d'eux ; il pourrait y avoir lieu d'appliquer les peines de l'escroquerie (C. pén. a. 407), ou du faux (C. pén. a. 147) ; — ensuite et surtout le tiers qui a laissé mettre son nom s'il a connu le fait et a pu s'y opposer (C. civ., art. 1382) ; et cela, malgré toutes les réserves qu'il pourrait faire ; les eût-il même publiées.

La raison sociale sert de signature pour la société ; signature distincte de celle de chacun des associés qui, signant toujours sa propre signature pour ses affaires personnelles, signera la signature sociale pour les affaires de la société. Cette signature réalise, pour les yeux mêmes, la personnalité morale de la société en nom collectif.

174. Le *fonds social* est composé de tous les apports des associés : argent, marchandises, fonds de commerce, industrie, crédit, meubles, immeubles.

Mais chaque associé apporte surtout *son nom* et *le crédit* qui s'y attache ; le plus ordinairement son industrie et toute sa capacité commerciale. La société en nom collectif est avant tout une *société de crédit*, une société *personnelle*. Les associés offrent, en effet, aux créanciers, outre leur apport réalisé, un droit de gage subsidiaire sur tout leur patrimoine propre resté en dehors du fonds social.

Ce caractère de personnalité qui appartient aux engagements sociaux, à la fois dans l'intérêt des associés et dans l'intérêt des tiers, entraîne l'interdiction pour chaque associé de céder sa place à un étranger sans : 1° le consentement unanime de tous les associés ; 2° une publicité pareille à celle du pacte social originaire pour prévenir les tiers ; 3° le maintien de l'obligation de l'associé primitif pour tous les actes antérieurs à sa sortie, dans lesquels on a suivi sa foi. — En dehors de ces conditions, l'associé pourrait seulement se donner un *croupier* dans les termes de l'art. 1861. C. civ. ; c'est-à dire un tiers associé aux bénéfices et aux pertes qu'il pourra réaliser sur sa part sociale, mais n'ayant de droit qu'à son encontre, sans en avoir envers la société et sans pouvoir s'immiscer dans ses affaires.

Malgré la garantie qu'offre aux tiers le patrimoine propre de chaque associé, le fonds social n'en doit pas moins rester rigoureusement distinct pendant toute la durée de la société. Il ne doit être diminué par aucun retrait de mise, aucune restitution d'apport. Cette théorie qui présente encore plus d'intérêt dans les autres sociétés, sera établie à propos de la commandite ; n. 209.

SECTION II.

GESTION DE LA SOCIÉTÉ.

175. Il s'agit de faire pour la société tous les actes de la vie commerciale : actes que nous avons énumérés, au titre Ier en passant en revue les actes de commerce.

Le Code ne nous donne qu'une seule règle dans l'art. 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. » — Cette solidarité est de l'essence de la société en nom collectif ; on ne pourrait l'écarter par une clause expresse du pacte social, lors même que cette clause serait publiée régulièrement. On pourrait, seulement dans un contrat particulier fait avec un tiers, obtenir de celui-ci qu'il renonçât à s'en prévaloir.

Nous aurons deux paragraphes : — 1° Organisation de la gestion ; — 2° Droit de poursuite des créanciers.

§ Ier

Organisation de la gestion.

Trois divisions : — 1° Organisation lorsqu'il n'y a pas d'administrateurs nommés ; — 2° Organisation lorsqu'il y a des administrateurs nommés ; — 3° Actes que peuvent faire les gérants, désignés ou non spécialement.

I. — Organisation lorsqu'il n'y a pas d'administrateurs nommés.

176. C'est le cas ordinaire. Alors tous les associés gèrent simultanément, chacun se donnant tout entier aux affaires sociales, et ayant pouvoir de faire tous les actes du commerce. Ce pouvoir se traduit par le droit de signer la signature sociale ; droit qui appartient à tous les associés s'il n'y a pas de stipulation contraire ; c'est ce que reconnaît l'art. 22 ; ici le mandat d'obliger la société se présume, contrairement à ce qui a lieu dans la société civile (C. civ., art. 1864).

177. Il y a aussi dérogation à l'art. 1860, C. civ. : chacun peut sans être nommé administrateur engager et aliéner au moins les marchandises qui font partie du fonds social, dans l'intérêt du commerce ; ces aliénations sont ici comprises dans les actes d'administration puisque le commerce est l'objet même de la

société (art. 1859, 1°, C. civ.). Les autres associés ont seulement (comme le dit le même art. 1859, 1°) le droit de s'opposer à un acte avant qu'il ne soit fait ; c'est le droit de *veto* administratif ; en présence de ce *veto*, tous délibéreront et la majorité décidera ce qu'il faudra faire ; car nous avons dit qu'elle est souveraine pour tout ce qui ne touche pas au pacte social (v. n. 162). Il ne saurait y avoir recours aux tribunaux ; car il n'y a pas de litige.

Cette majorité doit, sauf stipulation contraire, se compter par têtes ; car d'une part la quotité de l'apport de chacun est indifférente pour la valeur de l'avis qu'il émet ; et d'autre part chacun étant tenu indéfiniment sur tous ses biens a un intérêt égal aux autres, quand même son apport serait moindre. — En cas de partage égal, on ne saurait non plus avoir recours aux tribunaux ; mais on devrait s'abstenir de l'acte proposé, puisqu'il n'a pas réuni l'avis de la majorité ; *in pari causâ, melior est causa prohibentis.*

178. Il faudra appliquer aussi l'art 1859, 3° et 4° ; chacun devra contribuer à la conservation du fonds social, et nul, fût-il même un gérant, ne pourra faire d'innovation sur les immeubles sans le consentement des autres, unanimité ou majorité suivant les cas (v. n. 162). Mais on n'appliquera pas l'art. 1859, 2°, le droit d'user personnellement des choses sociales ; car elles ont une destination spéciale et tout autre (ce que prévoit d'ailleurs ce même alinéa).

II. — **Organisation lorsqu'il y a des administrateurs nommés.**

170. D'abord, qui peut-on choisir ? Évidemment un ou plusieurs des associés (L. 1867, art. 57). Et alors ceux-là seuls auront la signature sociale, et les autres ne l'auront pas. — Mais *peut-on choisir un étranger ?* Nous l'admettons : — il signera la signature sociale, et obligera ainsi la société sans s'obliger lui-même, ainsi que le fait un mandataire vis-à-vis de son mandant ; — c'est le cas, très fréquent en pratique, d'un commis, intéressé ou non, à qui on donne la signature sociale ; — les tiers ont la garantie de la responsabilité des associés sur laquelle

ils ont compté. — On objecte qu'ils ont compté aussi sur leur capacité et leur honorabilité dans la gestion, et qu'ils vont être déçus. Il faut répondre que les associés ont employé ces qualités à choisir leur gérant. — On objecte encore l'art. 43, C. comm., et l'art. 57 de la L. 24 juill. 1867, qui ordonnent de publier le nom des *associés* autorisés à gérer ; donc, dit-on, il faut que les gérants soient associés. Nous répondrons que cet article est purement énonciatif et que l'attention du législateur ne s'est pas portée sur ce mot ; d'ailleurs, l'art. 22 de la L. 1867, exige pour la société anonyme que les gérants soient pris parmi les associés ; cela suppose que cette exigence n'existe pas en droit commun, et les travaux préparatoires de cet art. 22 indiquent bien cette pensée.

180. La **nomination** est faite soit par l'acte de société, soit postérieurement (C. civ., art. 1856). — Elle doit être *publiée*, soit avec l'acte, si elle y est contenue (C. com., art. 43 ; L. 24 juill. 1867, art. 57) ; soit à part, mais dans les mêmes formes (C. com., art. 46 ; L. 1867, art. 61). Cette publicité est nécessaire pour avertir les tiers que les associés non administrateurs n'ont plus pouvoir pour faire aucun acte, et ne peuvent plus signer la signature sociale.

181. **Étendue de leurs pouvoirs.** En général ils peuvent agir l'un sans l'autre (C. civ., art. 1857), sauf le droit de *veto* entre eux seulement, comme lorsque tous gèrent (v. *suprà*, n. 177). Mais on peut stipuler que l'un ne pourra obliger la société sans le concours des autres ou d'un autre (C. civ., art. 1858), et cela, même en signant la signature sociale, qui dès lors n'oblige la société qu'autant qu'elle est apposée par deux ou plusieurs gérants simultanément. C'est seulement pour les actes les plus importants qu'on établit ordinairement cette règle. On a douté de la validité de cette stipulation à raison de la portée ordinaire de la signature sociale, qui suffit à elle seule pour obliger la société. Mais pourvu que les tiers soient prévenus par la publicité de cette clause, rien ne doit s'opposer à ce que les parties ont voulu. — Dans le cas de cette stipulation ils doivent se contrôler, et l'un serait solidaire pour les détournements de l'autre. Mais hors de ce cas il n'y aurait pas solida-

rité entre eux vis-à-vis des associés, à moins qu'elle n'eût été stipulée.

182. **Contrôle des associés sur les gérants.** Il faut distinguer deux hypothèses :

A. — *S'ils ont été nommés au cours de la société* : Ils sont toujours révocables (C. civ., art. 1856, *in fine*) ; et par suite soumis pour tous leurs actes au contrôle des associés, qui peuvent toujours s'opposer à ce qu'ils fassent telle ou telle chose.

B. — *S'ils ont été nommés dans l'acte constitutif* ; on les appelle *gérants statutaires*, et ils sont irrévocables (art. 1856, 2e al.)[1] ; et les associés ne peuvent s'opposer aux actes isolés qu'ils veulent faire ; sauf s'il y a *fraude* ou une *cause légitime* de révocation (art. 1856).

Insistons un peu sur ces deux règles.

Pour les actes isolés, s'il n'y a pas fraude, les associés ne peuvent qu'avertir le gérant qu'on regarde tel acte comme imprudent ou mauvais ; mais celui-ci peut passer outre et son acte sera valable à l'égard des tiers. Seulement il serait responsable, bien entendu, à l'égard des associés, s'il y avait faute de sa part (art. 1850 et 1992, C. civ.) ; et en général il y aura faute du moment que, dûment averti, il ne se sera pas abstenu. — Si au contraire il y a fraude, on pourra faire opposition à l'acte (art. 1856, C. civ.), et, en cas de persistance, déférer la question aux tribunaux.

Quant au mandat lui-même, il est révocable pour *cause légitime* ; c'est bien alors une dérogation au pacte social, mais fondée sur ce que l'une des parties manque à ses obligations (art. 1184, C. civ.). Ici il n'est plus nécessaire qu'il y ait fraude ; une incapacité manifestée par une série d'actes serait une cause légitime de révocation. — On a prétendu que cette révocation dissoudrait la société parce que sa désignation a été l'une des conditions du contrat. Mais on ne doit pas croire que l'intention des parties ait été jusqu'à subordonner leur accord au maintien d'un gérant infidèle ou incapable ; si elles peuvent se mettre

1. Il faudrait l'unanimité des associés pour les révoquer, comme pour tout changement au pacte social ; et, puisqu'il sont eux-mêmes associés, il s'ensuit qu'ils ne peuvent être révoqués sans leur consentement.

d'accord pour le remplacer, on ne peut déclarer la société dissoute ; l'art. 1856, C. civ., déclarant le gérant irrévocable *tant que dure la société, sauf pour cause légitime*, paraît bien indiquer que cette cause légitime peut opérer, la société durant néanmoins.

III. — **Actes que peuvent faire les gérants,** désignés ou non spécialement.

183. Un premier principe est que les gérants ne peuvent faire aucun acte qui ne rentre pas dans le commerce pour lequel la société est constituée. Ces actes sont impossibles pour la société elle-même (n. 165, 5°) et ne peuvent évidemment être faits par ses représentants. — Reste à préciser, dans les limites de l'objet social, l'étendue de leurs pouvoirs.

Ils ont pouvoir d'abord pour faire tous les actes de gestion intérieure ; pour révoquer les employés ; par suite la société, représentée par eux, est responsable des délits, notamment des vols, commis par ceux-ci (C. civ., art. 1384).

A l'extérieur ils peuvent faire tous les actes du commerce tels qu'ils ont été définis aux titres précédents.

Mais ils ne peuvent ordinairement aliéner ou hypothéquer les immeubles : ce sont des actes extraordinaires ; il faudrait le consentement de tous les associés.

A plus forte raison ne peuvent-ils disposer, même des meubles, à titre gratuit, si ce n'est pour sommes modiques et à titre rémunératoire ; ni remettre une dette, si ce n'est dans un concordat, où cette remise n'est pas regardée comme faite à titre gratuit (v. au titre de la faillite).

184. Ils ne peuvent emprunter, car c'est un acte trop grave, qui augmente le capital social, dont ils disposent, les risques courus par les associés, et le passif dont ceux-ci répondent. Les statuts pourraient les y autoriser ; mais non, dans le silence des statuts, l'assemblée générale des associés ; car cette augmentation du capital social serait une modification aux statuts pour laquelle il faudrait l'unanimité, et qu'il faudrait publier.

On peut seulement admettre qu'ils pourraient emprunter pour des sommes modiques, à court délai, suivant les usages

du commerce et dans les formes commerciales ; par exemple, en faisant escompter leurs billets, en prenant des marchandises à crédit, etc.

185. Peuvent-ils contracter en leur nom personnel avec la société, représentée alors par d'autres gérants ? — On a pu en douter ; mais il faut l'admettre : la L. 1867, art. 40, l'admet dans la société anonyme avec quelques précautions motivées par la difficulté du contrôle par les associés. — Le gérant de deux sociétés peut obliger l'une envers l'autre. — Et même une société, comme personne morale pourrait devenir membre d'une autre société.

Ils peuvent intenter ou repousser toutes les actions en justice ; — transiger et compromettre dans les limites de leur droit d'aliénation.

186. Ils obligent la société même par les délits qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions (C. civ., art. 1384) ; par exemple par leur dol commis dans des actes de leur gestion.

Quid *s'ils se servent de la signature sociale pour leur intérêt personnel ?* — Si le tiers est de bonne foi, a cru qu'il s'agissait d'une affaire sociale, la société est obligée ; c'est la suite de la règle précédente ; et le créancier pourrait être de bonne foi, lors même qu'il savait qu'il s'agissait d'une affaire personnelle au gérant, s'il a pu penser qu'il y avait eu entente entre lui et la société. Mais si le tiers est de mauvaise foi, il ne peut invoquer cet engagement contre la société.

187. Les statuts peuvent, bien entendu, étendre ou restreindre leurs pouvoirs, pourvu que, au moins dans ce dernier cas, ils soient publiés ; — par exemple, interdire d'emprunter sous aucune forme ; dire que tout achat fait autrement qu'au comptant n'obligera que le gérant.

§ 2

Droit de poursuite des créanciers.

188. Le Code leur reconnaît le droit de poursuivre solidairement tous les associés. Il ne parle pas de leurs droits sur le

fonds social ; il faut cependant en traiter aussi, et c'est par là qu'il convient de commencer.

1° *Poursuites sur le fonds social.* — Le fonds social est avant tout le gage des créanciers sociaux; il est constitué précisément pour répondre des engagements de la société, et la société étant personne morale, ses créanciers ont le droit d'être payés sur ce fonds social par préférence aux créanciers personnels des associés. Ces derniers ne peuvent pas se plaindre : leurs débiteurs ont aliéné leurs apports au profit de la société, personne morale ; et si cette aliénation a eu lieu sans fraude aux droits des créanciers, elle leur est opposable (C. civ., art. 1167). Il s'ensuit aussi qu'un créancier personnel d'un associé ne pourrait pas compenser sa créance avec une créance de la société.

Si les créanciers ont intérêt à séparer ainsi le fonds social, parce qu'il est solvable, tandis que les associés ne le sont pas, ils le peuvent. Mais ils n'y sont jamais obligés.

180. 2° *Poursuites contre les associés.* — La situation des associés peut se définir très exactement en disant qu'ils sont *cautions solidaires* de la société pour les dettes sociales. Dans leurs rapports entre eux, ils ne doivent supporter la dette qu'au défaut du fonds social et chacun pour sa part. Mais le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'un d'eux pour le tout, sans que celui-ci puisse lui opposer le *bénéfice de division* entre lui et ses coassociés ; sans qu'il puisse invoquer le *bénéfice de discussion* pour l'envoyer discuter le fonds social. Les créanciers doivent seulement avoir établi leur qualité de créanciers sociaux, en faisant, au besoin, constater leur créance contre les représentants de la société.

Il faut ajouter, comme conséquence de la solidarité, que les poursuites dirigées contre l'un des associés ou contre la société interrompront la prescription et feront courir les intérêts contre tous ; quand même celui qui serait poursuivi ne serait pas un administrateur.

Mais, dans cette action personnelle et solidaire contre les associés, les créanciers sociaux subiront le concours des créanciers personnels de chaque associé, car ils n'ont pas de titre

préférable à ceux-ci. Il peut donc leur être plus avantageux de poursuivre le fonds social, surtout si l'associé a gardé très peu de biens en dehors de la société.

100. Les associés sont commerçants lors même qu'ils ne gèrent pas, puisqu'ils figurent par leurs mandataires dans les opérations commerciales journalières de la société. Ils seront donc soumis à la compétence commerciale. Ils pourront aussi être mis en faillite en même temps que la société. Et, sinon en théorie, du moins en fait, ils *devront* toujours être mis en faillite en même temps qu'elle. En effet, les tiers ne provoqueront pas la faillite de la société tant qu'ils auront un recours efficace contre les associés; la faillite de la société ne sera donc déclarée que si les associés sont aussi personnellement insolvables. Aussi, le Code admet implicitement la simultanéité de toutes ces faillites : v. art. 438, 450, 531 ; et dans les travaux préparatoires, l'opinion contraire a été rejetée.

Un associé peut très bien être mis en faillite à raison de ses dettes personnelles sans que la société y soit ; mais ce fait dissoudra la société (C. civ., art. 1865, 4°).

101. On dit assez souvent que les associés peuvent réciproquement invoquer contre les débiteurs de la société la solidarité active : ainsi le paiement pourrait être reçu intégralement par l'un d'eux ; de même les poursuites exercées par l'un interrompraient la prescription et feraient courir les intérêts au profit des autres. Les solutions de détail sont exactes dans le cas le plus ordinaire, où, tous les associés sont gérants. Mais le principe est mal formulé et se trouverait en défaut lorsque la gestion n'est pas confiée à tous les associés. Il faut dire que les créances appartiennent à la société, tant qu'elle dure, et sont exercées pour le tout par le gérant comme tel.

102. Entre les associés, les effets de la solidarité cessent d'après le principe de l'art. 1213, C. civ. ; et celui d'entre eux qui aurait payé une dette sociale n'aurait, à défaut du fonds social, qu'un recours divisé contre ses coassociés.

103. Si nous supposons que l'associé, gérant ou non, n'ait signé qu'en son nom au lieu de signer la signature sociale, alors le créancier n'aura que lui pour débiteur. — Cependant, même

dans ce cas, la société pourra être tenue, si l'associé a contracté dans l'intérêt social et que la chose lui ait profité (C. civ. a. 1385), ou si la société a ratifié l'acte, même tacitement. — Il en serait autrement si l'associé n'avait voulu traiter que dans son intérêt personnel, lors même que la société aurait profité après coup. On a prétendu, dans ce cas, donner contre la société l'action *de in rem verso*. Mais nos codes n'ont nulle part consacré d'une manière générale le principe de cette action. Et spécialement en matière de société, l'a. 1864 C. civ., pour qu'il y ait action contre les associés (ou la société, si elle est personne morale), exige non seulement que *la chose* ait profité à la société mais encore que le contrat ait eu lieu expressément *pour le compte* de la société. Le tiers n'aurait donc que l'action oblique du chef de l'associé avec lequel il aurait traité.

CHAPITRE II.

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE OU PAR INTÉRÊTS.

194. Il y a deux espèces de sociétés en commandite : la commandite simple ou par intérêts, et la commandite par actions, Nous traitons d'abord de la première dans ce chapitre.

195. La société en commandite est *une société où il y a des associés de deux sortes ; les uns obligés solidairement sur tous leurs biens, les autres tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises dans la société* (a. 23, 1^or^ al., et 26.) — Les premiers sont appelés *associés en nom*, *commandités*, *complimentaires*, ou enfin *gérants*, quoiqu'ils ne gèrent pas toujours. Les seconds sont appelés *commanditaires* ou *associés bailleurs de fonds*.

L'origine de cette société est dans le *contrat de commande* (dépôt recommandé) par lequel une personne confie à une autre une marchandise ou de l'argent pour l'employer dans le trafic et en partager les bénéfices. — Anciennement elle avait un grand avantage quand le prêt à intérêt n'était pas permis ; elle offrait un emploi aux capitaux ; — elle présentait aussi le même avantage à ceux qui, à raison de leur position, ne pouvaient faire le commerce. — L'Ordonnance la consacrait, mais avec

des caractères moins tranchés que dans notre droit moderne; alors il n'y avait pas de nom social, le gérant signait son nom seul.

Actuellement elle présente encore de grands avantages : — elle est l'alliance du capital des commanditaires avec l'industrie et le crédit indéfini des associés en nom : celui qui a des connaissances, de l'activité et du crédit commercial trouve ainsi les fonds dont il a besoin; celui qui a des capitaux trouve à les utiliser fructueusement; la commandite est plus avantageuse que le prêt, parce que le capitaliste a l'espoir de retirer en dividendes plus que l'intérêt légal de son argent, et, s'il est exposé aux pertes, du moins il est sûr de ne jamais être tenu au delà de sa mise; l'apport en commandite n'exige pas une confiance aussi illimitée que l'entrée dans une société en nom collectif; — le commerçant en nom y trouve cet avantage qu'en cas de perte il n'est pas engagé à rembourser le capital apporté, qui participe à toutes les chances de l'entreprise; — c'est aussi un moyen de placement avantageux pour ceux à qui leur profession ne permet pas de faire le commerce : magistrats, avocats, fonctionnaires, militaires, etc.

Deux sections : — 1° Constitution de la société; — 2° Gestion de la société.

SECTION PREMIÈRE.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

100. Il faut une stipulation formelle pour établir une commandite; car la société en nom collectif est le droit commun en matière commerciale; les tiers, s'ils ne sont pas avertis, doivent naturellement compter sur la garantie de tous les associés. — Il y avait exception autrefois à l'égard des sociétés formées pour la course maritime, qui étaient de plein droit en commandite (arrêté 2 prairial an XI). Mais la course est abolie par la déclaration internationale du 16 avril 1856. — Une exception pareille a été établie pour les sociétés formées en vue de l'exploitation d'une charge d'agent de change (C. com. a. 75, modifié par la L. 2 juill. 1862).

Pour les formes et la publicité, v. au ch. 5.

197. Il y a une **raison sociale**, comme dans la société en nom collectif; mais elle ne peut comprendre que le nom des commandités, car il faut qu'on puisse compter sur la responsabilité de tous ceux qui sont en nom (a. 23, 2e al. ; et 25).

Il n'est pas nécessaire que tous les commandités y figurent; on ajoute *et compagnie* pour représenter ceux qui ne sont pas dénommés [1]. — S'il n'y a qu'un commandité, son nom figure seul dans la raison sociale avec les mots *et compagnie*; — cet usage a été formellement consacré dans les travaux préparatoires; — il ne peut guère faire croire aux tiers qu'il y a plusieurs associés en nom; car ils doivent connaître la pratique et peuvent se renseigner; — il faut bien que la société ait un nom, pour qu'on ne confonde pas les actes qui la concernent avec ceux personnels aux commandités.

Si l'on avait mis le nom de l'un des commanditaires dans la raison sociale, celui-là serait responsable solidairement, quoique la loi ne l'ait pas dit : — c'est le seul moyen de réparer efficacement le dommage qu'on a causé aux tiers qui ont suivi sa foi (cf. art. 28); — c'est ce que nous avons admis pour le cas où l'on aurait mis le nom d'un étranger dans la raison sociale d'une société en nom collectif; ici il sera bien sûr que le commanditaire ne pourra se retrancher derrière sa bonne foi, car il aura toujours connu l'acte de société.

198. Les **apports** seront réalisés comme dans la société en nom collectif, avec cette seule restriction que les commanditaires ne peuvent pas apporter leur crédit ou leur industrie, puisqu'ils doivent rester étrangers à la gestion (v. art. 27, *infra*, n. 207 et suiv.). Cela serait seulement possible, si leur industrie pouvait s'exercer dans les opérations purement intérieures et subordonnées, comme serait celle d'un chimiste dans une usine, d'un teneur de livres, etc.

199. Lorsqu'il y a plusieurs associés en nom, ils sont, dans

1. Lors même que tous les commandités ne figurent pas dans la raison sociale, on peut toujours les appeler *associés en nom ;* car leurs noms sont publiés avec l'acte de société, tandis que ceux des commanditaires ne le sont pas.

leurs rapports entre eux et à l'égard des tiers, associés en nom collectif.

Ils sont ordinairement tous gérants; cela a lieu toutes les fois qu'il n'y a pas de nomination spéciale. Et aucun des commanditaires ne peut être gérant (art. 27). — On peut aussi ne nommer gérants que quelques-uns des associés en nom (art. 24). On pourrait même nommer un étranger, quoique ce cas ne doive guère se présenter en pratique. — Pour les pouvoirs et la situation des gérants ainsi que pour la position des non-gérants, il faut appliquer tout ce que nous avons dit à propos de la société en nom collectif (n. 176 et suiv.).

200. **Distinction du commanditaire et du simple prêteur.** — Tous deux sont souvent appelés *bailleurs de fonds;* mais le nom exact du commanditaire, c'est *associé bailleur de fonds*. Voici les différences entre eux : — 1° le prêteur a droit à un intérêt fixe, à tant pour cent de la somme prêtée; le commanditaire a droit à un dividende, qui est une part des bénéfices et qui peut être très fort ou très faible, sans *maximum* ni *minimum*; — 2° le prêteur a toujours droit à son intérêt; même lorsque la société fait des pertes; le commanditaire ne touche aucun dividende quand la société ne fait pas de profits; — 3° le prêteur a toujours droit à son capital; le commanditaire n'a droit qu'au partage du fonds social, qui peut être réduit à zéro; — 4° en cas de faillite de la société, le prêteur est *créancier* dans la faillite et aura au moins un tant pour cent ; le commanditaire est, au contraire, membre du corps moral qui est *débiteur* des créanciers, et il ne prend rien tant que tous ne sont pas désintéressés intégralement.

Il arrive quelquefois que le prêteur stipule (avec ou sans un intérêt de son argent) une part dans les bénéfices. Il ne devient pas pour cela associé, si telle n'a pas été l'intention des parties; et par conséquent il ne contribuera pas aux pertes. — Mais cette stipulation ne pourrait-elle pas être un moyen d'éluder la prohibition de l'article 1885, 2e al., qui défend de décharger un associé de toute contribution aux pertes? Pour empêcher cette fraude, il faut préciser les différences qui le séparent encore

d'un associé : si les parties les ont respectées, alors leur stipulation sera valable; si elles ont effacé dans leurs conventions ces différences, il y aura contravention à l'article 1855 et leur stipulation sera nulle. Voici ces différences : — celui dont nous parlons n'a pas droit à la répartition du fonds social, s'il est augmenté soit par une plus-value, soit par la constitution d'un fonds de réserve que les statuts ne permettraient pas de considérer comme un bénéfice auquel il ait part ; — il ne doit pas avoir voix délibérative dans les assemblées d'associés ; — il n'a pas le droit de connaître toutes les affaires de la société ; — la société n'est pas dissoute par sa mort. — S'il est stipulé qu'il contribue aux pertes, il y aura certainement société.

201. Q. *Les commanditaires sont-ils commerçants ?* — Nous dirons : — *Non* : la commandite a été inventée spécialement pour appeler les capitaux de ceux qui ne veulent ou ne peuvent pas être commerçants ; et dans les travaux préparatoires on a manifesté l'intention de lui conserver ce rôle ; — la société, qui est personne morale, fait seule le commerce ; et eux, inconnus aux tiers, ne sont pas, comme les associés en nom, tenus personnellement et *in infinitum* des obligations commerciales de la société (ce qui rend ceux-ci indubitablement commerçants) ; ils doivent seulement fournir une somme d'argent qui est seule exposée ; et s'ils l'ont fournie, comme cela arrive le plus souvent, on ne peut plus absolument rien leur demander ; en tous cas, il n'y a pour eux dans ces obligations, ni une profession, ni une habitude ; — la L. 11 brum. an VII, a. 25, déclarait formellement qu'ils ne sont pas soumis à la patente.

SECTION II.

GESTION DE LA COMMANDITE.

§ 1er

Organisation de la gestion.

202. Nous aurions à étudier séparément les pouvoirs des commanditaires et les pouvoirs des commandités. Mais les pouvoirs

des commandités comme gérants sont exactement les mêmes que ceux des gérants d'une société en nom collectif; et la situation des commandités non-gérants se trouve aussi la même que celle des associés en nom collectif non-gérants; nous n'avons donc qu'à renvoyer à nos explications sur ce point (n. 176 et suiv.). Il nous resterait seulement à nous demander si les gérants peuvent être révoqués et contrôlés par les commanditaires; car les principes de la commandite diffèrent sur ce point de ceux de la société en nom collectif; mais cette question viendra aussi bien à propos des pouvoirs des commanditaires; nous avons donc seulement à étudier les

Droits et devoirs des commanditaires.

203. D'après l'art. 27 (modifié par la L. 6 mai 1863), « l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration. » — Les motifs de cet article nous font toucher à l'essence fondamentale de la commandite, l'inégalité radicale entre les deux classes d'associés : — d'une part les associés en nom qui dirigent le commerce, qui sont les vrais ou mieux les seuls commerçants, qui s'engagent sur tous leurs biens, dont les qualités personnelles font la réputation et la position de la société dans le monde des affaires, et qui doivent avoir la direction souveraine; — d'autre part les commanditaires, qui fournissent seulement les capitaux, qui n'engagent que leurs apports, qui ne sont pas connus des tiers, et qui doivent être subordonnés aux premiers, sous peine de tromper les tiers par des apparences directement contraires à la vérité, et de violer le grand principe, vrai pour les sociétés comme pour les personnes réelles, que là où est la responsabilité, là doit être la direction. Il résulte de là deux prohibitions qui sont les principes dominants de notre matière : — 1° les commanditaires ne peuvent, au sein même de la société, exercer aucune fonction de direction; — 2° ils ne peuvent au dehors traiter avec les tiers comme représentant la société. Dans ce dernier cas, il y a pour l'interdiction un motif de plus, c'est que le tiers, avec qui traiterait le commanditaire, devrait croire qu'il aura celui-ci pour débiteur personnel, obligé sur tous ses biens, et serait lésé lorsque

le commanditaire invoquerait la restriction de son obligation à ses apports.

204. Ce sont ces principes que nous allons développer et appliquer ci-après.

Et d'abord, dans les rapports avec les tiers, il « *ne peut faire aucun acte de gestion* »; pas même un acte isolé, parce que les tiers compteraient sur sa responsabilité indéfinie, et parce qu'un seul acte peut être très grave, et pour les associés, et pour les créanciers dont il compromet le gage. Depuis la L. 6 mai 1863 modifiant l'article 28 du Code, la sanction sera plus ou moins sévère suivant les cas (v. n. 215).

« *Même en vertu de procuration.* » Pourtant d'après les règles ordinaires, le mandataire n'oblige que le mandant; les tiers n'ont donc pas dû compter sur la garantie du commanditaire mandataire. C'est qu'ici notre premier principe se trouve en jeu; on a craint que les commanditaires, voulant s'assurer la direction, tout en demeurant affranchis d'une responsabilité indéfinie, ne choisissent comme gérant un homme de paille pour gérer avec sa procuration. — On peut objecter que cette prohibition n'a plus de raison d'être depuis que la loi a accordé la liberté des sociétés anonymes dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise: puisque les parties peuvent toujours assurer la direction aux actionnaires en adoptant une société anonyme, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire indirectement dans une commandite? Il faut répondre que dans la société anonyme elles le font ostensiblement, tandis qu'ici elles tromperaient les tiers qui croiraient avoir les garanties de la commandite et ne les auraient pas.

L'ancien art. 27 (avant la L. 6 mai 1863) ajoutait : « *ni être employé pour les affaires de la société.* » Le commanditaire ne pouvait donc traiter avec les tiers même comme employé de la société, ni exercer même à l'intérieur une fonction de direction, les motifs donnés plus haut subsistaient toujours dans ce cas. Mais on admettait qu'il pouvait remplir un poste purement intérieur et subalterne ; comme celui de chimiste dans une usine, de directeur des travaux, de teneur de livres; même les fonctions qui supposent des relations avec le public, pourvu qu'elles

n'aient pour objet aucune obligation à contracter, comme celles de caissier, de commis chargé de la vente au détail, etc. En effet les raisons de la prohibition n'existent pas ici; — la loi d'ailleurs disait : employé pour *les affaires* de la société et non pas employé *pour la société*; — et les employés d'une maison y placent souvent leurs épargnes; il serait dur de les en empêcher. — En 1863, ces mots ont été supprimés par un amendement pour consacrer la jurisprudence sur ce point (rapport de M. David Deschamps, au nom de la commission du Corps législatif), mais non pour donner plus de latitude. Les solutions que nous venons de formuler, sont toujours vraies, quoique le texte soit changé. — On a même été plus loin, et l'on a admis dans les travaux préparatoires que le commanditaire pourrait être commis préposé aux achats et ventes, comme serait un commis-voyageur, pourvu qu'il n'agisse que d'après la direction du gérant (M. Duvergier, conseiller d'Etat; M. David-Deschamps).

Rien n'empêche qu'un commanditaire ne puisse faire des affaires pour son compte avec les gérants de la commandite; il traite alors avec elle comme un étranger (v. n. 185 pour la société en nom collectif).

205. Nous passons aux rapports des associés dans l'intérieur de la société. Nous avons posé en principe que *la direction doit appartenir aux associés en nom, et ne doit pas être exercée à aucun titre par les commanditaires*. Ce principe a été souvent méconnu par la jurisprudence, à propos de la commandite par actions; il faut d'abord bien établir que le législateur a voulu poser cette règle : — or cela résulte d'abord de la prohibition de faire « *aucun acte de gestion* », ce qui comprend, non seulement la gestion extérieure, mais encore la gestion intérieure; — cela résulte aussi de ce qu'on n'a pas permis aux commanditaires de faire des actes de gestion même en vertu de procuration; la seule raison de cette prohibition était, comme nous l'avons vu, la subordination qui doit exister entre les commanditaires et les commandités; — l'interdiction d'être *employé pour les affaires de la société* visait aussi directement notre principe; tout le monde l'avait entendue dans ce sens, et lors de la modification de 1863, on a bien déclaré vouloir maintenir cette règle; — enfin, la même

solution résulte encore d'une addition faite à l'art. 28 en 1863, et qui ne s'explique que comme une détermination, ou, si l'on veut, une atténuation de notre principe : art. 28, 2e al : « Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance, n'engagent point l'associé commanditaire. »

« *Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance* » ne sont pas des actes de gestion. Donc, en principe toute participation à la gestion est défendue. Cette disposition a été ajoutée par voie d'amendement « pour rassurer les capitaux effrayés » (M. David-Deschamps); et le rapporteur a ajouté que l'on respectait l'omnipotence du gérant responsable, qu'il ne s'agissait que d'une intervention officieuse des commanditaires.

206. Voyons maintenant, avec notre art. 28, 2e al., quelle est au juste la limite de l'intervention des commanditès. « *Les avis et les conseils* » leur sont permis; ici, comme on l'a dit, leur rôle n'a rien de juridique, rien d'obligatoire, c'est une intervention purement officieuse; et le gérant est toujours maître de tenir tel compte qu'il voudra de leurs avis, de ne pas les suivre du tout; et, s'il ne les suit pas, ses actes vis-à-vis des tiers n'en seront pas moins valables, sauf sa responsabilité vis-à-vis des commanditaires, s'ils établissent qu'il a commis ainsi une faute dans l'exécution de son mandat (C. civ., art. 1992).

Il en est de même des « *actes de contrôle et de surveillance.* » Ici encore nous ne trouvons rien d'actif dans le rôle des commanditaires : le contrôle s'applique à des actes déjà réalisés, et n'influe pas directement sur la gestion ultérieure; la surveillance n'est aussi qu'un fait d'observation, permettant d'empêcher les malversations ou de les faire punir si elles se produisent, permettant aux commanditaires de savoir où on les conduit, si les opérations sont prudentes et régulières, mais n'autorisant aucune intervention dans les actes à réaliser par le gérant. La L. du 24 juillet 1867 (après la L. de 1856) nous donne des exemples de ces pouvoirs des commanditaires, dans l'organisation des conseils de surveillance pour les commandites par actions (art. 5, 10 et 11); l'indication des actes que peuvent ou doivent faire ces commanditaires, mandataires des autres commanditaires, est le

commentaire légal de notre alinéa de l'art. 28 (aj. aussi l'art. 12 de la même loi).

207. Là s'arrête le pouvoir des commanditaires, en l'absence de toute stipulation formelle. Mais ne pourrait-on pas, par une clause spéciale de l'acte de société, leur donner des droits plus étendus? On ne pourrait évidemment pas, d'après les principes ci-dessus, leur donner un rôle actif dans la gestion, leur permettre d'imposer au gérant telle ou telle opération, telle ou telle direction des affaires sociales. Mais ne pourrait-on pas leur donner un rôle négatif ou restrictif, leur permettre d'arrêter au moins le gérant dans certains cas? Stipuler, par exemple, que le gérant ne pourra faire les actes les plus importants, comme les emprunts, les aliénations, les marchés très considérables, sans prendre l'avis et obtenir l'autorisation des commanditaires? Nous pensons qu'il faut admettre la validité d'une pareille stipulation et qu'elle serait opposable aux tiers pourvu qu'elle eût été publiée : — cela n'empêche pas que le gérant n'ait la direction des affaires sociales; cela ne lui fera jamais faire ce qu'il ne voudra pas faire; c'est seulement un pouvoir modérateur qu'on organise, une sûreté que prennent les commanditaires pour protéger leur mise et le gage des créanciers contre des imprudences; — cela peut, à la rigueur, rentrer dans les actes de contrôle permis par l'art. 28, 2e al.; — enfin M. David-Deschamps, en 1863, a reconnu la possibilité d'accorder une pareille influence aux commanditaires; il a distingué entre prendre une part de la responsabilité dans un acte de gestion, et faire positivement un acte de gestion, en avoir l'initiative.

208. Nous pouvons maintenant nous demander si les gérants peuvent être révoqués au cours de la société. — Dans l'hypothèse normale et ordinaire, dans laquelle tous les associés en nom sont gérants et tiennent leurs pouvoirs du pacte social, soit en vertu d'une stipulation formelle, soit tacitement en vertu de leur seule qualité d'associés en nom, il faut très certainement répondre par la négative : — les pouvoirs des gérants sont, pour eux et peut-être pour plusieurs des commanditaires, une des conditions essentielles de la société; — ils font le commerce d'abord pour eux et à leurs risques, et seulement ensuite pour la société.

— Donc, lors même qu'il y aura une *cause légitime* de révocation (C. civ., art. 1850), on ne pourra les révoquer qu'en entraînant la dissolution de la société; ou mieux le droit des associés sera uniquement de demander la dissolution de la société pour cette cause légitime (C. civ., art. 1871). C'est bien ce que paraît indiquer la L. 24 juillet 1867, art. 11, en permettant au conseil de surveillance, non pas de proposer la révocation du gérant, mais uniquement de provoquer la dissolution de la société.

Mais la révocation ne pourrait elle pas avoir lieu sans dissoudre la société, dans le cas, beaucoup plus rare sans doute pour une commandite simple, où l'acte de société aurait réservé aux associés le droit de révoquer les gérants *ad nutum*, ou bien dans le cas où les gérants n'auraient été désignés que par une décision postérieure au pacte social (C. civ., art. 1856, 2e al.)? — Q. *Cette convention qui réserve expressément ou implicitement le droit de révocation aux commanditaires serait-elle valable?* Il nous semble bien certain qu'elle serait nulle, qu'elle tomberait sous le coup de la prohibition de l'art. 27; car elle mettrait complètement les gérants dans la dépendance des commanditaires, contrairement à l'esprit de la loi et à l'essence de la commandite; en effet, cette faculté de révocation impliquerait évidemment que le gérant ne pourrait faire aucun acte de gestion sans l'assentiment des commanditaires; et l'art. 1856, C. civ., nous fait bien toucher au doigt cette corrélation nécessaire entre le droit de révocation et le droit de contrôle perpétuel sur tous les actes du gérant. — Il y a, surtout sur cette dernière question, beaucoup de décisions de la jurisprudence qui contredisent notre doctrine; mais ces décisions ont été rendues à propos de la commandite par actions, où les faits, sinon les principes, sont différents (v. *infrà*). — Il nous paraît certain que, dans la pratique, ces solutions ne peuvent faire de difficulté sérieuse; car si l'on veut avoir des gérants responsables envers les associés, on ne prendra pas pour la société la forme de la commandite par intérêts, dont le rôle est tout à fait différent, comme nous l'avons montré.

§ 2

Droit de poursuite des créanciers.

209. Les créanciers sociaux ont le droit de poursuivre d'abord le fonds social, en excluant tous les créanciers personnels des associés; et ensuite tous les biens des associés en nom solidairement, tout à fait comme dans la société en nom collectif (art. 24). Nous n'avons qu'à renvoyer aux explications données sur ce point (n. 188, 189).

Il devient ici très important de constater que le capital ne peut être directement diminué pendant la durée de la société, sinon sous forme de modification aux statuts et moyennant la publicité qui doit accompagner tout changement de ce genre (v. n. 74). Notamment les apports promis par les commanditaires ne peuvent leur être laissés ni restitués en totalité ou en partie sous quelque forme que ce soit : remboursement de fonds versés, rachat de leur part, dispense de versement, libération gratuite, remise d'apport, etc. Ces actes ne sont pas seulement contraires aux statuts et impossibles à la majorité seulement des associés, mais ils sont nuls, même s'ils étaient consentis par l'unanimité : — la société n'a pu être appelée à la personnalité civile qu'en ayant, comme une personne réelle, un patrimoine pouvant lui permettre de vivre, d'agir pour atteindre son but, et d'offrir une sûreté pour tous ses engagements; la consistance de ce patrimoine a dû être publiée en même temps que le fait de la naissance de la société (L. 1867, a. 57; *infrà*, n° 350); la société s'est engagée par là envers le public à constituer ce patrimoine et à ne pas le diminuer volontairement pendant toute sa durée; tout acte de diminution serait donc nul de droit; — l'a. 26, C. comm., déclare que les commanditaires sont passibles des pertes sociales jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société; ils sont donc irrévocablement tenus au moins jusqu'à concurrence de ces fonds; ils ne peuvent par aucun acte se dispenser de cette obligation légale; le texte est absolu; — l'acte n'est pas seulement révocable comme fait en

fraude des droits des créanciers (a. 1167); et par conséquent la nullité produit son effet sans qu'il y ait lieu de considérer la bonne foi ou la collusion des parties, et elle peut être invoquée même par les créanciers postérieurs à l'acte; — elle peut même être invoquée par la société et ses représentants quelconques (par exemple des liquidateurs); car cette réduction des apports dépasse les bornes de sa capacité juridique; s'il est vrai, comme nous l'avons montré au n° 105, qu'elle est dénuée de toute capacité pour faire les actes qui sortent de son objet, tel qu'il est défini par les statuts, à plus forte raison est-elle absolument impuissante à aller contre son but essentiel, en détruisant de ses propres mains le patrimoine qui lui permet de vivre.

Seulement s'il vient à être reconnu que le capital social excède certainement les besoins de l'exploitation, une délibération prise à l'unanimité des associés pourrait en décider la réduction, de même que l'on peut toujours dans cette forme changer même l'objet de la société; mais à la condition de publier cette modification aux statuts (L. 1867, a. 61; *infrà*, n. 352).

Quel sera le droit de poursuite des créanciers contre les commanditaires? Il faut distinguer le cas normal où les commanditaires ne se sont point immiscés dans la gestion, et le cas où ils se seraient immiscés.

I. — **Cas où les commanditaires ne se sont pas immiscés.**

240. S'ils ont versé leurs apports, on ne peut plus rien leur demander (art. 26).

S'ils ne les ont pas versés ou s'ils leur ont été remboursés (ce qui ne doit pas avoir lieu), la société a certainement une action contre eux pour les leur faire verser ou reverser, et les créanciers sociaux peuvent au moins exercer cette action au nom de leur débiteur, la société (C. civ., art. 1166).

Mais n'ont-ils pas de plus pour cela une action directe contre les commanditaires? La question présente plusieurs intérêts :

1° Avant la L. de 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé (C. com., art. 51 et suiv.), l'action oblique aurait été l'exercice d'une action entre associés et aurait été soumise à cet arbitrage; tandis que l'action directe restait soumise aux tribunaux.

2° Les créanciers ne pourraient exercer l'action oblique que dans les conditions de l'art. 1166, C. civ.; c'est-à-dire, suivant une opinion, après s'être fait subroger judiciairement à l'action de la société; suivant une autre opinion, en justifiant au moins de leur intérêt, c'est-à-dire en montrant que la société est insolvable, après avoir discuté son actif; tandis que, s'ils ont l'action directe, ils pourront, suivant nous, s'en servir uniquement parce que cela leur sera plus commode, sans avoir discuté tout l'actif social, si cette discussion est plus difficile que la poursuite contre le commanditaire.

3° On ajoute souvent que dans l'action oblique, ils ont à craindre les exceptions que le commanditaire pouvait opposer à la société, tandis qu'ils n'ont pas à les craindre dans l'action directe. Mais cela n'est pas vrai des exceptions nées de l'extinction de la dette du commanditaire. La différence ne trouverait son application que dans quelques cas spéciaux comme pour l'exception fondée sur le *dol* des gérants ou sur le *défaut de publicité* de la société.

Nous admettons que les créanciers sociaux ont une action directe contre les commanditaires : — ils sont membres de la société, et les gérants sont leurs mandataires; ceux-ci ont donc pu les obliger directement envers les tiers; — on objecte que, d'après l'art. 27, ils ne pourraient faire aucun acte de gestion; ils ne peuvent donc donner mandat de faire ces actes; donc, les gérants ne les représentent pas à l'égard des tiers. Il est facile de répondre que, s'ils ne peuvent pas gérer par eux-mêmes, parce que cette intervention serait dangereuse, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent concourir à la gestion par un mandataire, lorsque ce mandataire est précisément le gérant responsable; soutenir le contraire, c'est perdre complétement de vue l'objet et le motif de l'art. 27; — l'a. 43, C. com., et l'art. 57 de la L. 1867, exigent que l'on indique dans la publication les sommes à fournir par les commanditaires; ce qui constitue une promesse de leur part envers les tiers; — la L. 1867, dans l'art. 3 exige que les actions (dans une commandite par actions) restent nominatives, au moins jusqu'au versement de moitié; cela a pour but unique de conserver les droits des créanciers sociaux à ce

versement ; donc, ils y ont un droit personnel et direct.

Même poursuivis par une action directe, les commanditaires ne seront pas solidaires, pas même jusqu'à concurrence de leurs mises ; car cette solidarité n'a été établie par aucun texte. Ils seront seulement condamnés *proportionnellement* à leurs parts.

211. ❶. *Cette action sera-t-elle commerciale?* — Nous avons admis que les commanditaires ne sont pas commerçants; la commercialité de cette action (si on l'admet) ne leur donnera pas cette qualité; ils seront dans la position d'un non-commerçant qui aurait fait un acte isolé de commerce : ainsi, ils ne seront pas exposés à la faillite, ils ne seront pas obligés de tenir des livres, de publier leur contrat de mariage; mais ils seront pour cette action soumis à la compétence du tribunal de commerce: autrefois ils auraient été contraignables par corps. — Nous admettons que cette action est commerciale, parce que l'engagement qu'ils ont pris, à l'origine de la société, de verser leur commandite, a été un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire; ils ont pris par cet acte l'engagement, même envers les tiers, de payer, au moins jusqu'à concurrence de leurs mises, *les obligations commerciales quelconques* de la société; cet engagement est un des éléments de la constitution de la société, qui est le premier acte de la vie commerciale de cette société; — enfin, comme argument spécial à la question de compétence, il faut ajouter que l'art. 631, 2°, attribue compétence au tribunal de commerce pour toutes contestations *entre associés* ; il serait singulier que les actions des tiers contre ces mêmes associés ne fussent pas commerciales; cet article reconnaît que l'adhésion donnée au pacte social a été un acte de commerce.

212. ❶. En supposant qu'ils aient versé leurs apports, mais qu'ils aient touché des dividendes dans des années prospères, *pourra-t-on, si la société est ensuite en perte, leur demander de rapporter les dividendes touchés antérieurement?* La question a été discutée; mais elle ne paraît plus discutable depuis la L. 24 juill. 1867, qui, dans la commandite par actions, ne permet pas de répéter les dividendes régulièrement acquis par les actionnaires (art. 10). Il y a là un argument invincible fondé sur une analogie parfaite pour la commandite par intérêts. En effet dans les

usages du commerce, on regarde comme bénéfices régulièrement acquis le résultat des inventaires annuels, lors même qu'il y aurait ensuite des pertes; on pratique on ne peut faire autrement; on ne peut rester jusqu'à la fin de la société sans distribuer de dividendes; et on ne peut répéter ceux qui ont été régulièrement distribués; car les commanditaires ont reçu leurs dividendes comme définitivement acquis, comme des revenus annuels et non comme la restitution de leur capital; ils les ont dépensés de bonne foi, ils seraient très lésés s'il fallait prendre sur leur capital pour les restituer maintenant; il y a une grande analogie entre eux et le possesseur de bonne foi qui a perçu les fruits d'un immeuble (C. civ., art 549); — l'art. 26 est formel pour dire qu'ils ne supportent les pertes que jusqu'à concurrence de leurs mises.

213. La loi de 1867 va plus loin, elle permet aux commanditaires de retenir même des *dividendes fictifs*, s'ils ont été *perçus de bonne foi*, lorsque le gérant, par exemple, a faussé les inventaires pour faire croire à des gains, quoiqu'il n'y eût que des pertes, et elle accorde en cas de mauvaise foi une prescription de cinq ans. Ceci est beaucoup plus exorbitant, et certainement, suivant nous, n'aurait pas dû être admis avant la loi nouvelle, même pour la commandite par actions. On ne doit pas transporter cette solution dans la *commandite simple*; aucun texte ne la concerne, et il n'y a pas analogie complète entre les deux commandites; le législateur de 1867 a protégé spécialement les commanditaires dans la commandite par actions, parce que, à raison de leur nombre considérable, il est impossible de laisser chacun d'eux exercer un contrôle efficace sur les actes des gérants; il fallait donc les rassurer contre les conséquences extrêmes de ces actes; de plus, pour la même raison, la bonne foi existera très fréquemment chez eux; — au contraire, dans la commandite simple les commanditaires ont toute facilité pour vérifier les inventaires et les livres, et, quand ils reçoivent des dividendes fictifs, il est bien difficile de supposer qu'ils ne sont pas coupables ou de mauvaise foi ou de négligence.

S'il est établi qu'ils ont été de *mauvaise foi* lors de la distribution des *dividendes fictifs*, les créanciers auront, sans difficulté

le droit de les leur réclamer comme ayant été prélevés sur le fonds social. Et ils pourront les leur réclamer immédiatement, sans être obligés d'attendre la liquidation finale qui suivra la dissolution de la société. Pour les motifs donnés ci-dessus, il n'y aura pas lieu à la prescription de cinq ans édictée par la L. 1867.

214. Ces règles ne changeront-elles pas si les sommes ont été reçues par les commanditaires à titre d'*intérêts* de leurs mises? Nous nous contenterons ici de répondre négativement, en nous réservant de discuter la question à propos des commandites par actions relativement auxquelles elle a été soulevée maintes fois dans la pratique. Disons seulement qu'un associé quelconque n'a jamais un droit véritable à l'intérêt de son capital, comme un simple prêteur (v. n. 200); l'associé n'a droit annuellement qu'à une part dans les bénéfices, s'il y en a; il n'a droit à rien, s'il n'y en a pas. Cela est de l'essence de toute société; on peut, dans une vue d'ordre intérieur, distinguer dans les bénéfices ce qui représente l'intérêt du capital engagé et ce qui représente un profit véritable; mais cela ne doit jamais porter atteinte aux droits des tiers.

II. — **Cas où les commanditaires se sont immiscés.**

215. Alors ils perdent le bénéfice de leur qualité de commanditaires, ils peuvent être poursuivis intégralement et solidairement.

Mais quels sont les engagements dont ils répondent de cette façon? Avant 1863, il fallait dire sans distinction, avec l'ancien article 28 : ce sont toutes les dettes sociales, même celles à la naissance desquelles ils n'avaient pas pris part, pour lesquelles on n'avait pas suivi leur foi. On considérait qu'un seul acte de gestion mal conçu avait pu compromettre le gage de tous les créanciers. — Mais il pouvait arriver qu'en fait cet acte n'eût pas eu ces fâcheuses conséquences, et alors la loi était beaucoup trop rigoureuse; les capitaux reculaient devant ces rigueurs. Aussi, en 1863, on établit une distinction: « Art. 28, 1[er] al. (ainsi modifié, L. 6 mai 1863). 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 les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut, suivant le nombre ou la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. » Donc, responsabilité solidaire et indéfinie pour toutes les suites directes des actes auxquels il a pris part ; responsabilité facultative seulement pour les autres dettes sociales; les tribunaux apprécieront dans quelle mesure il a pu porter atteinte au gage des créanciers sociaux.

q. *Dans ce cas le commanditaire pourrait-il être déclaré commerçant et mis en faillite?* — Avant 1863, il fallait répondre uniformément pour tous les cas et nous croyons que c'était par l'affirmative. Depuis cette époque, il faut distinguer en appliquant purement et simplement les principes de l'article 1er, C. com. : — s'il n'a fait que quelques actes de gestion, il n'y a pas habitude, il n'est pas commerçant; — s'il est déclaré responsable de tous les engagements sociaux à raison du *nombre* de ses actes, il y a habitude, il sera commerçant; — si enfin on lui impose la même responsabilité, mais seulement à raison de la *gravité* de ses actes; les tribunaux apprécieront en fait si la protection des intérêts des tiers demande qu'il soit soumis aux rigueurs de la loi commerciale.

216. La loi, dans l'article 28, suppose certainement que le commanditaire a agi avec le consentement de ses coassociés, avec leur mandat exprès ou tacite, puisqu'elle suppose toujours que la société est obligée. Dans ce cas, évidemment, la société n'a pas, comme les tiers, le droit de poursuivre le commanditaire au delà de sa mise ; au contraire, s'il a payé les tiers au delà de sa mise, il a recours contre elle. La société pourrait seulement le rendre responsable, comme tout gérant, des fautes commises dans l'exécution de son mandat (C. civ., art. 1992).

Aucune des solutions précédentes ne s'appliquerait dans le cas où le commanditaire se serait immiscé sans mandat, et sans que les tiers aient pu croire sagement à l'existence d'un mandat ou d'une gestion d'affaires; alors la société ne serait nullement obligée envers eux ; le commanditaire serait personnellement obligé *in infinitum* comme tout intrus ayant agi dans ces condi-

tions ; et, si la société souffrait un dommage par suite de ces actes, elle le poursuivrait en dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, C. civ.

CHAPITRE III.

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS EN GÉNÉRAL.

217. Les sociétés dont nous avons à parler maintenant, la commandite par actions et la société anonyme, ont un trait commun, c'est d'être constituées par actions. Il nous faut avant tout définir ce caractère, ne fût-ce que pour séparer nettement les deux espèces de commandites; dès lors, il nous paraît plus logique et plus simple de suivre ici toutes les conséquences de ce caractère, et d'indiquer ici toutes les règles communes aux deux sociétés dont nous avons encore à traiter.

Trois sections : — 1° Définition des sociétés par actions ; — 2° Constitution du capital dans ces sociétés ; — 3° Réglementations légales communes à ces sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

218. Les sociétés dont nous avons parlé jusqu'ici sont dites *sociétés par intérêts ;* celles dont nous allons parler sont dites *sociétés par actions*. Que signifie cette distinction? — Les opinions sont très divergentes sur la définition précise à donner de l'*intérêt* et de l'*action*. Mais on est généralement d'accord aujourd'hui sur les traits généraux de la distinction des *sociétés par intérêts* et des *sociétés par actions*. Mettons d'abord en lumière ces traits distinctifs qu'on peut considérer comme acquis actuellement à la science juridique.

On s'accorde à reconnaître que cette distinction est la même que celle des *sociétés de personnes* et des *sociétés de capitaux*. Les sociétés par intérêts sont les sociétés de personnes; les sociétés par actions sont les sociétés de capitaux. Les sociétés de per-

sonnes sont celles où les associés apportent leur capacité et leur honorabilité personnelle, le concours de leur travail, de leur industrie, de leur crédit, de leur solvabilité personnelle, ou au moins, comme les commanditaires dans la commandite par intérêts, ont été choisis et ont choisi leurs associés en tenant compte surtout de leur honorabilité, de leur capacité, de la facilité des relations promettant de bons rapports avec eux. Les personnes s'étant spécialement choisies, il s'ensuit : — que le contrat pourrait être annulé pour erreur dans la personne (ce qui est exceptionnel dans notre droit ; art. 1110, 2e al., C. civ.); — que les associés ne peuvent se substituer un étranger dans la société sans le consentement des autres associés (C. civ., art. 1861); — que la société se dissoudra par les causes personnelles aux associés, la mort, l'interdiction, la déconfiture, la faillite (C. civ., art. 1865), ce qui est encore exceptionnel dans notre droit. —

Les *sociétés de capitaux* sont celles où l'on n'envisage pas les qualités personnelles des associés, mais uniquement les capitaux qu'ils apportent. Il s'agit de sociétés exigeant des capitaux très considérables, qu'on ne peut espérer réunir en s'adressant au petit nombre de personnes que l'on peut connaître individuellement; aussi on fait appel au public, sans aucune acception de personnes; on ne demande aux associés que de verser leurs mises; mais aussi, par contre, on ne peut leur accorder qu'une influence bien plus restreinte dans le contrôle et la surveillance des actes des gérants ou administrateurs. Il suit de là : — que le contrat fondamental de ces sociétés ne pourra jamais être annulé pour erreur dans les personnes (C. civ., art. 1110); — que la société ne sera pas dissoute par les causes personnelles aux associés (mort, interdiction, déconfiture, faillite ; C. civ., art. 1865); — et enfin qu'au lieu de maintenir l'interdiction de céder les parts d'associés (art. 1861, C. civ.), on aura organisé la transmission facile et fréquente de ces parts, car, plus on les acquerra facilement, plus les associés viendront à la société; et surtout, plus on aura la certitude de rentrer facilement dans ses fonds, si l'on en a besoin, en revendant sa part, plus on apportera facilement ces fonds à la caisse sociale. — C'est ce dernier point de vue qui va nous fournir le carac-

tère essentiel et distinctif de l'action par rapport à l'intérêt.

Nous avons déjà défini l'**intérêt** dans une société. L'*intérêt* ou *part d'associé* est l'équivalent de l'apport de l'associé, la cause juridique de ses obligations. Dans les sociétés qui ne sont pas personnes morales, c'est une part de copropriété dans le fonds social, grevé de la servitude d'indivision pendant la durée de la société (v. n. 158). Dans les sociétés personnes morales, par conséquent dans les sociétés commerciales, la société étant propriétaire du fonds social, et celui-ci étant considéré par rapport aux associés comme chose fongible, l'*intérêt* est la créance d'une part du fonds social tel qu'il se comportera à la dissolution (v. n. 165). Dans l'un et l'autre cas, l'*intérêt* se traduit pratiquement par *le droit éventuel au partage des bénéfices annuellement, et au partage du fonds social à la dissolution de la société*. Nous n'insistons pas sur ces idées qui ont déjà été développées.

L'*intérêt* existe dans toutes les sociétés, soit sous sa forme simple, soit sous la forme spéciale d'*action*, qui n'est qu'une modalité de la première. Dans les sociétés personnes morales, il présente les caractères suivants : — il est *mobilier*, même lorsque la société possède des immeubles (C. civ., art. 529); — *de quotité incertaine*, par opposition au droit d'un prêteur ou simple bailleur de fonds, qui est d'une somme fixe; — il est constitué pour *toute la durée de la société*, et ne deviendra exigible qu'à sa dissolution.

210. Maintenant quelle transformation subit l'intérêt pour devenir une **action**? En d'autres termes: **Q.** *Quelle différence y a-t-il entre l'intérêt et l'action?* — Un très grand nombre de systèmes se sont produits sur ce point; je me contente d'indiquer les deux principaux, les seuls qui paraissent soutenables maintenant. Ils partent tous deux de cette idée que la différence entre l'intérêt et l'action réside dans une plus ou moins grande facilité de la transmission; ils ont une base légale dans le rapprochement de l'art. 34 avec les art. 35 et 36, C. com. : dès que la loi parle de l'action, immédiatement elle pense à sa transmissibilité et l'organise. — D'après l'un de ces systèmes, l'*action* c'est l'intérêt lorsqu'il est *cessible*. D'après un autre, il faut plus

que cela, il faut que l'intérêt soit *négociable* pour devenir une action. — Pour nous, nous modifions légèrement la formule du second système et nous disons : L'*action est l'***intérêt** *qui est* **normalement négociable** *d'après les statuts de la société.* — C'est ce que nous allons démontrer en expliquant d'abord les différentes formules que nous venons de mettre en présence.

Un titre est dit *cessible* lorsqu'il peut se transmettre, mais seulement par les modes consacrés en droit civil. Quand donc une part d'*intérêt* est simplement cessible (comme l'intérêt, dans les sociétés commerciales, n'est qu'un droit de créance, v. n. 165), la cession ne sera valable à l'égard de la société et des tiers que par la signification à la société (débiteur cédé) ou son acceptation par acte authentique (C. civ., art. 1690).

Un titre est dit *négociable* lorsqu'il est transmissible par les modes abrégés du droit commercial : par un *transfert*, s'il est *nominatif*; par un *endossement*, s'il est *à ordre*; par la simple *tradition*, s'il est *au porteur* (art. 35 et 36, v. n. 235 et suiv.) ; dans tous les cas, sans aucune signification au débiteur cédé. Une part d'intérêt sera donc négociable si elle peut se transférer par un de ces modes abrégés.

Or nous disons d'abord qu'il ne suffit pas qu'un intérêt soit cessible pour devenir une action : — en effet ce mode de transmission entouré des formalités du droit civil, exigeant que la société consente, ou tout au moins soit prévenue, ne répond pas à ce besoin de transmission facile et fréquente qui s'impose aux sociétés par actions ; — de plus la possibilité d'une cession par les modes civils existe à un degré plus ou moins large dans toutes les sociétés : même dans les sociétés civiles, celles qui s'éloignent le plus des sociétés par actions, la cession d'une part d'intérêt est toujours possible dans les termes de l'art. 1861, C. civ., avec le consentement des coassociés ; même sans ce consentement, rien ne s'oppose à ce qu'un associé cède sa part à un tiers, pourvu que cette cession reste sans effet à l'égard de la société (même art. 1861) ; enfin, l'acte de société peut permettre la cession de la part des associés ; — d'un autre côté les art. 42 et 47, C. com. ; 57 et 61 de la L. 1867, ordonnent de publier tout *changement* d'associé, ce qui suppose

qu'un associé peut se substituer une autre personne; or, cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux sociétés par intérêts, puisque, dans les sociétés par actions, le nom des actionnaires n'est pas publié; — s'il est vrai que le code de commerce, aussitôt qu'il nomme les actions (art. 34), s'occupe de leur transmissibilité, la transmissibilité qu'il organise n'est pas seulement la transmissibilité par les modes civils; c'est la transmissibilité par les modes commerciaux (art. 35 et 36); — enfin la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 6, parle des actions et autres *effets négociables*; elle attribue donc aux actions non seulement la cessibilité, mais encore la négociabilité.

Il faut donc en venir à dire que l'action est l'intérêt négociable. Mais nous ajoutons : qu'il faut et qu'il suffit qu'il soit *normalement* négociable d'*après les statuts de la société*. — Il faut que la négociabilité soit la règle, le droit commun, le droit ouvert à tous d'après les statuts sociaux; si les titres n'étaient négociables qu'avec le consentement préalable de la société ou de ses représentants, on retomberait dans toutes les gênes et toutes les lenteurs de la cession civile; cette organisation ne répondrait pas au but des sociétés par actions ; les art. 35 et 36 paraissent bien partir de cette idée en disant que l'action ou sa propriété peut être *établie* sous telle ou telle forme; le mot *établie* paraît bien se référer aux règles posées par les stipulations sociales. — Mais il suffit que la négociabilité des actions soit posée en principe par les statuts, les titres n'en seraient pas moins des actions, lors même qu'exceptionnellement et transitoirement la négociabilité, ou certains modes de négociabilité, seraient exclus, si cette négociabilité est la règle, le *desideratum* auquel on doit toujours arriver ou revenir. C'est là encore le sens du mot *normalement* que nous avons mis dans la définition, et par là nous répondons aux objections faites à la doctrine qui pose la négociabilité comme le caractère distinctif des actions : — d'abord, dit-on, d'après la loi de 1867, art. 2 et 24, les actions ne sont jamais négociables avant le versement du quart par chaque actionnaire, et cette prohibition s'applique à toutes les sociétés par actions; nous répondons que la négociabilité est le but auquel on tend, et peu importe qu'on soit transitoirement empêché de

l'atteindre ; on peut même répondre plus catégoriquement qu'avant le versement du quart la société n'est pas constituée, il y a qu'un projet de société, il n'y a aussi que des projets d'actions, des titres provisoires auxquels on peut, si l'on veut, refuser le nom d'actions sans entamer notre théorie ; — on objecte encore que, d'après l'art. 26 de la même loi, les administrateurs d'une société anonyme doivent être propriétaires d'un certain nombre d'actions qui sont déposées à titre de garantie dans la caisse sociale et *inaliénables* (même par les modes du droit civil) ; nous répondrons que cela n'empêche pas toutes les autres actions d'être négociables, que celles-là même le sont virtuellement et le redeviendront en fait, au moins après la cessation des fonctions des administrateurs ; que la négociabilité reste donc la règle, et la non-négociabilité une exception d'une très minime importance ; — la même loi de 1867, dans son art. 3, empêche que pendant un certain temps les actions ne puissent être au porteur, mais les autres modes de négociation sont toujours possibles ; nous revenons toujours à la même réponse ; — enfin l'objection la plus spécieuse peut-être est tirée de la L. 5 juin 1850 sur le timbre, art. 25, qui parle d'*actions* dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690, C. civ. ; donc, dit-on, il peut y avoir des actions non négociables. La réponse est facile : la loi ne s'occupe de ces prétendues actions que pour leur refuser les faveurs faites aux actions véritables en matière du timbre ; elle ne les traite pas comme des actions ; de sorte que la pensée du législateur paraît être celle-ci : quand même on aurait qualifié d'actions des titres qui n'en sont pas, parce qu'ils ne sont pas négociables, la loi ne s'appliquera pas à ces titres. Cette disposition confirme donc notre théorie.

On pourrait encore faire à notre doctrine une objection en sens inverse des précédentes, et dire que l'intérêt peut être aussi négociable, ce qui ruinerait notre distinction ; en effet l'art. 91 (nouveau), 3e al., C. com., parle de *parts d'intérêts... dont la transmission s'opère par un transfert*. La réponse est dans les travaux préparatoires de la L. 23 mai 1863, qui a introduit cet article dans le Code : on y a formellement expliqué que l'on voulait

désigner par ces mots les parts des associés fondateurs avant que la société par actions ne soit définitivement constituée, les titres provisoires délivrés avant la constitution. — Nous croyons donc pouvoir maintenir notre définition : l'action est l'intérêt normalement négociable d'après les statuts sociaux.

221. A côté de ce caractère fondamental et essentiel de l'action, il y a deux caractères, naturels, très habituels, mais non essentiels ; ils s'y rencontreront presque toujours, mais ils peuvent ne pas exister ; voilà pourquoi nous ne pouvons pas suivre les auteurs, qui fondent sur eux la définition des actions. Voici ces deux caractères : — 1° *Fixité de la somme que représente l'action ;* la plupart du temps l'intérêt est exprimé par une fraction du capital social 1/4, 1/20, 1/1000, etc. ; l'action au contraire est d'une somme fixe, 200 fr., 500 fr., 1000 fr.; cependant il y a des compagnies qui ont des *actions de quotité* exprimées par une fraction du capital total et ces actions de quotité sont légalement reconnues par la L. 5 juin 1850, art. 14 (par ex. les mines de la Loire, les mines d'Anzin); — 2° *Égalité des coupures,* égalité des sommes ou des fractions que représente chaque action ; toutes les actions seront de 500 fr., de 1000 fr. ; ou de 1/1000, de 1/2000, etc. Cette égalité présente quatre avantages : on vend plus facilement à la Bourse des actions d'une valeur nominale connue et uniforme ; on les cote aussi plus facilement ; les dividendes sont aussi payés sans complications de comptes ; on peut par ce moyen compter très aisément les voix dans les assemblées d'actionnaires. Cette égalité entraîne l'*indivisibilité* des actions ; plusieurs héritiers du propriétaire ne pourraient partager une action en nature, au moins dans leurs rapports avec la société ; chaque coupure doit rester intacte, sans cela les avantages que nous venons de citer disparaîtraient. Cette égalité peut ne pas exister : ainsi dans les *actions de quotité*, les fractions qu'elles représentent peuvent ne pas être égales pour les actionnaires d'une même société ; les uns peuvent avoir des actions de 1/1000, les autres de 1/2000, etc.

222. **Avantages des sociétés par actions.** — Nous l'avons vu, ces sociétés sont des sociétés de capitaux et non de personnes ; on ne les contracte pas *intuitu personæ*. Il en résulte que

n'étant pas sujettes à toutes les causes de dissolution qui tiennent à la personne des associés, mort, interdiction, déconfiture, faillite (v. art. 1865, C. civ.), elles permettent des entreprises de plus longue durée. Elles permettent aussi de réunir un capital beaucoup plus considérable, en rassemblant beaucoup de petites souscriptions ; car on peut avoir un très grand nombre d'associés, puisqu'il n'est pas nécessaire que les associés se connaissent entre eux. Enfin les actionnaires peuvent sortir très facilement de la société en vendant leurs actions, et reprendre par là leurs fonds dès qu'ils en auront besoin ; ils les apporteront donc beaucoup plus facilement que s'ils les engageaient pour toute la durée de la société. Ils peuvent aussi, par la revente, réaliser un bénéfice actuel et assuré dans un moment de prospérité de la société, sans être obligés de courir jusqu'au bout les risques de l'entreprise et de s'exposer à perdre bien plus qu'ils n'ont gagné.

Ces avantages existent complètement dans la société anonyme, où tous les associés sont actionnaires. Dans la commandite par actions, ils existent à l'égard des commanditaires, dont le droit revêt aussi la forme d'actions ; ils ne se réalisent pas en ce qui concerne les *associés en nom* ou *gérants*, qui sont, comme dans la commandite simple, responsables personnellement et solidairement, et à l'égard de qui, en principe du moins, la société est contractée *intuitu personæ*.

Mais réciproquement la commandite par actions trouve un avantage dans la responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom, qui est un élément de crédit important pourvu que le capital de la société ne soit pas trop considérable. Elle convient donc à des entreprises qui sont d'une importance moyenne, tandis que la société anonyme convient seule aux grandes entreprises.

SECTION II.

CONSTITUTION DU CAPITAL DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

223. Cinq paragraphes : — 1° Souscription aux actions, et

obligations des actionnaires ; — 2° Diverses formes des apports ; première division des actions à ce point de vue ; — 3° Droits des actionnaires ; amortissement ; deuxième division des actions ; — 4° Négociabilité des actions ; troisième division des actions ; — 5° Augmentations du capital : émissions nouvelles ; obligations.

§ 1er

Souscription aux actions, et obligations des actionnaires.

224. Le contrat de société ne se forme pas, ordinairement du moins, pour les actionnaires par la signature du pacte social et des statuts. Il se forme par la souscription à un certain nombre d'actions ; cela résulte nécessairement de ce que l'on fait habituellement appel au public pour cette souscription ; l'acte fondamental ne peut pas être mis à la disposition de tout le monde et dans tous les endroits où la souscription est ouverte. Mais il doit, bien entendu, être communiqué, soit en original, au siège social, soit ailleurs, par copie imprimée ou non, à tous ceux qui veulent souscrire ; car, par leur souscription, ils y adhèrent ; ils ne peuvent le faire valablement sans le connaître, ou au moins sans avoir pu le connaître. — La souscription se fait par la signature d'un bulletin de souscription, où l'on indique le nombre d'actions auquel on souscrit et qu'on adresse aux représentants de la société.

225. La souscription est donc le contrat synallagmatique qui lie l'actionnaire envers la société et la société envers lui. — *A quel moment ce contrat est-il formé ?* Évidemment il n'est parfait, comme tous les contrats formés à distance, que par l'offre suivie d'acceptation. Mais à quel moment ce fait sera-t-il réalisé ? On pourrait dire à première vue que la future société, par ses circulaires ou ses affiches, a fait une offre, que la signature du bulletin de souscription est l'acceptation de cette offre, que le contrat est donc formé et l'actionnaire lié dès ce moment. Mais en pratique il y a un obstacle à l'exactitude de ce raisonnement :

au moment où l'actionnaire souscrit, il n'est pas sûr que sa souscription soit acceptée, ou qu'elle soit acceptée pour le tout. En effet, ordinairement la souscription est ouverte pendant un certain nombre de jours déterminés, et si le montant total des souscriptions dépasse le capital demandé, il faut réduire celles-ci d'après la méthode annoncée d'avance dans les prospectus : soit toutes ensemble au marc le franc, soit en supprimant complètement celles des derniers jours à partir du jour où le capital a été atteint, et en réduisant au marc le franc celles de ce jour-là seulement. L'actionnaire ne peut donc être lié qu'à partir du moment où il a reçu la notification que sa souscription a été acceptée pour telle part ou pour le tout. — Cette notification pourra être faite par une lettre spéciale, à la charge par la société de prouver que cette lettre est parvenue à sa destination ; ou mieux encore par des certificats faits doubles et signés du gérant.

226. La souscription pourrait être entachée des nullités qui sont possibles dans tous les contrats. Mais si elle avait été obtenue par le dol du gérant ou du fondateur, on ne pourrait en invoquer la nullité à l'encontre des créanciers sociaux ; les souscripteurs seraient tenus de verser leur mise, sauf recours en indemnité contre le gérant. C'est l'application du principe de droit commun d'après lequel la nullité fondée sur le dol ne peut être invoquée que contre l'auteur du dol (C. civ. a. 1116).

227. Quelle sera la sanction de l'obligation de l'actionnaire ? Ce sera évidemment une poursuite exercée contre lui au nom de la société et tendant à lui faire verser intégralement sa mise ; car il est obligé personnellement. Il y a aussi un autre moyen très souvent pratiqué, et licite s'il a été stipulé dans les statuts : c'est de faire vendre les actions par lui souscrites, et de le poursuivre ensuite seulement pour la différence (s'il y en a) entre le prix qu'il devait verser et le prix obtenu par cette vente ; c'est ce que l'on appelle exécuter à la bourse le souscripteur. Mais ce moyen est purement facultatif pour la compagnie ; il peut être considéré comme l'application de la condition résolutoire sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne remplit pas ses engagements (C. civ. a. 1184) ; mais avec une clause pénale,

car le souscripteur perd le versement qu'il a fait en souscrivant, et n'a pas sa part d'intérêt social sur laquelle il avait compté en échange.

Souvent on ne demande pas aux actionnaires un versement total immédiat de tout le capital de leurs actions. On peut fixer dès le début plusieurs époques échelonnées pour ces versements; ou ne faire verser au commencement qu'une certaine somme, et faire plus tard des appels de fonds à mesure des besoins de la société. — Dans l'un et l'autre cas, les intérêts sont dus de plein droit par l'actionnaire du jour fixé pour le versement (art. 1846, C. civ.). — Les titres délivrés alors aux souscripteurs s'appellent des *promesses d'actions*, si le versement doit être complété dans un bref délai, et si les titres définitifs ne doivent être délivrés qu'après ce versement. Si au contraire le versement ne doit être complété que beaucoup plus tard, on donne immédiatement des titres définitifs, qui sont appelés *actions non libérées*.

228. Nous appliquerons à cette obligation des actionnaires, dans les deux sociétés par actions, les solutions admises pour la commandite simple, sur les points suivants (les motifs étant les mêmes, nous ne discutons point ces questions) : — le fait de souscrire des actions dans une société ne rend pas le souscripteur commerçant (v. n. 201); — mais c'est un acte isolé de commerce, entraînant la compétence commerciale, et autrefois la contrainte par corps (v. n. 211); que la poursuite soit exercée par les gérants (C. com., a. 631, 2°), ou qu'elle le soit par les créanciers sociaux; — ces créanciers ont une action directe contre les actionnaires (v. n. 210).

§ 2

Diverses formes des apports : 1re division des actions.

229. Ici, comme dans les autres sociétés, il peut y avoir des apports qui ne sont pas réalisés en argent. En général le droit des associés qui les font est néanmoins traduit sous forme d'actions pour pouvoir se comparer à celui des autres; aussi, on

donne à ces associés un certain nombre d'actions suivant la valeur attribuée à leurs apports et appréciée en argent.

A ce point de vue de la cause qui a fait attribuer les actions aux actionnaires, on distingue : — les *actions de capital* ou *actions payantes*, obtenues en échange d'un capital versé ou promis; c'est le cas normal dont nous avons parlé au paragraphe précédent; — les *actions industrielles* données à celui qui fait un apport en industrie, lequel sera fourni journellement au cours de la société; ces actions restent souvent déposées à la caisse sociale pendant toute la durée de la société, comme garantie de la réalisation de l'apport; — les *actions de fondation* attribuées aux fondateurs en échange d'apports en nature, comme des immeubles, une usine, des marchandises, des machines, un fonds de commerce, une clientèle; ou d'apports en idées, comme des inventions brevetées, des combinaisons commerciales nouvelles, etc.; ces apports, ainsi que ceux en industrie, présentent un danger à l'égard des associés et des tiers : c'est la facilité très grande d'en exagérer la valeur; aussi nos lois se sont-elles préoccupées de les réglementer (n. 256); — les *actions de prime* données en rémunération de services rendus à la société, surtout au moment de sa fondation, par des démarches, par la publicité, etc.; la concession de ces actions est encore plus dangereuse que celle dont nous venons de parler, à raison de l'impossibilité d'apprécier le plus souvent en argent de pareils services; nous verrons si elle peut s'accorder avec les dispositions de nos lois (n. 249).

§ 3

Droits des actionnaires; amortissement; 2° division des actions.

230. Les actionnaires ont droit en général, comme les associés dans toute société, au partage des bénéfices annuellement sous forme de dividende et au partage du fonds social à la dissolution de la société. Ces droits peuvent pourtant être restreints à un point de vue ou à un autre par diverses circonstances.

Pour indiquer cette extension variable des droits des actionnaires, on établit des actions de formes et de noms différents, qui par leur intitulé même révèlent ces variations. Il y a à ce point de vue des *actions de capital*, des *actions industrielles* et des *actions de jouissance*.

231. Les *actions de capital* sont ici encore le type complet et normal ; elles donnent à ceux qui en sont porteurs la plénitude des droits des associés : partage du fonds social dans l'avenir, droit aux dividendes annuellement. Ils touchent ceux-ci sous forme d'un *coupon de dividendes*. Souvent il arrive que l'on subdivise ce coupon en *coupon d'intérêt* et *coupon de dividende* : le premier, représentant l'intérêt normal des sommes versées par chaque action, le second représentant les profits de l'entreprise, acquis et distribués en sus de cet intérêt. Il y a avantage pour la société et pour les associés à distinguer ces deux éléments, pour constater plus exactement la prospérité de l'entreprise. Souvent aussi, pour ne pas faire trop attendre aux actionnaires leurs revenus, on paie un coupon tous les six mois : au bout des six premiers mois de l'année, on paie le coupon d'intérêt ; et, à la fin de l'exercice, quand on connaît les profits réalisés, on peut payer le coupon de dividende. — Nous verrons encore tout à l'heure d'autres avantages de cette séparation (n. 233).

Mais cette pratique a eu un grave inconvénient : c'est de répandre dans le public financier, et de faire même accepter par la jurisprudence, cette idée très fausse que les actionnaires ont toujours droit à l'intérêt de leur argent, lors même que la société ne fait pas de bénéfices. Nous avons déjà combattu cette idée à propos de la commandite simple ; nous y reviendrons bientôt plus longuement (v. n. 295.)

Au point de vue qui nous occupe, les actions de fondation et les actions de prime ne diffèrent pas des actions de capital, parce que les porteurs de ces actions sont censés avoir versé l'équivalent de leur valeur. Aussi, dans la forme même, elles sont pareilles à celles remises aux autres actionnaires.

232. *Les actions industrielles* constituent au contraire, une classe à part et ont une forme particulière. Elles sont fournies en échange d'un apport en industrie. Or, celui qui fait un pareil

apport a bien droit au partage des bénéfices annuels, coupon de dividende et coupon d'intérêt (s'il y en a). Mais il n'a pas droit au partage du fonds social à la dissolution de la société; car il n'a rien apporté pour la constitution de ce fonds: son travail annuel est rémunéré par les dividendes annuels, et, à la dissolution, il reprend son apport, en recouvrant la liberté de disposer de son industrie. Cette différence de droit est révélée à l'extérieur par le nom même des titres délivrés à ces actionnaires.

On pourrait cependant, par une stipulation formelle et à raison de l'importance de l'industrie, lui donner droit à une part du fonds social. Mais cette part est, en général, moindre que celle affectée aux actions de capital.

233. Les *actions de jouissance* sont des actions amorties par le remboursement du capital versé.

Qu'est-ce que l'*amortissement?* Toute entreprise doit nécessairement amortir son capital fixe. En effet, ce capital (bâtiments, machines, mobilier, voitures, attelages) subit tous les ans une perte considérable par l'usure; au bout d'un certain temps, il sera hors de service et se vendra pour presque rien. Dès lors, si l'on veut continuer l'entreprise, il faudra le renouveler; et si l'on n'a pas accumulé les ressources pour cela, il faudra remettre de nouveaux capitaux dans l'affaire. Si, au contraire, on veut liquider, on ne retrouvera plus du tout le capital engagé, et l'on aura consommé en détail son capital en croyant n'avoir dépensé annuellement que ses revenus. Il est donc nécessaire de prélever sur les bénéfices annuels une somme calculée de façon à ce que l'on puisse renouveler le capital au moment où il sera hors de service.

Spécialement quand l'entrepreneur est une société, il faut accumuler le capital nécessaire pour rembourser au moins sa mise à chaque actionnaire, malgré la moins-value du capital fixe. Mais au lieu d'accumuler ce capital jusqu'à la fin de la société, il est plus simple de le verser immédiatement entre les mains des actionnaires, en remboursant tous les ans un certain nombre d'actions ; ces derniers n'ayant plus à partager le capital primitif, ce qui restera de celui-ci suffira pour rembourser les autres. Ce remboursement ou amortissement se fait tous

les ans par voie de tirage au sort, parmi toutes les actions.

Quel est le droit des actionnaires dont les actions ont été ainsi amorties? On pourrait être tenté de dire qu'ils n'ont plus droit à rien, puisqu'on leur a remboursé leurs apports. Mais cela serait inexact : ils ont mis leur argent dans la société, ils ont couru les risques des débats de l'entreprise, dans l'espoir d'en partager les profits jusqu'à la fin, profits qui peuvent devenir très considérables. On ne peut, en les remboursant, les priver de ce droit. Alors nous dirons : ils ont reçu leur capital, qu'ils peuvent placer ailleurs, ils n'ont plus droit au *coupon d'intérêt*; mais ils ont droit aux profits, donc ils devront toucher le *coupon de dividende*. Voilà encore une utilité de la distinction du coupon d'intérêt et du coupon de dividende. — A la dissolution de la société aussi : sans doute ils n'auront plus droit au remboursement du capital qu'ils ont reçu; mais si, après le remboursement du même capital à toutes les autres actions, il reste un excédant, ils auront droit à partager cet excédant en concours avec tous les autres actionnaires. — Pour constater cette modification des droits de l'actionnaire remboursé, on lui délivre ordinairement un nouveau titre dans une autre forme, c'est une *action de jouissance*.

234. Enfin, il peut y avoir réciproquement des actions qui aient droit à un coupon d'intérêt sans avoir droit à un coupon de dividende. Ces actions n'ont pas de nom particulier; elles se présenteront sous forme d'*actions nouvelles*, d'une société qui aura déjà fait des émissions antérieures. Supposez qu'une société prospère; que, réalisant de beaux dividendes, elle donne à son entreprise une extension qui ne produira pas tout de suite des bénéfices, et qu'elle émette des actions pour cela; c'est, par exemple, une compagnie de chemin de fer qui va créer une nouvelle ligne. Il ne serait pas juste que les nouveaux actionnaires touchassent un dividende comme les anciens qui ont couru tous les risques de l'entreprise depuis son début; d'autant plus que les fonds nouveaux ne produisent encore rien, et que les dividendes seraient pris sur les bénéfices produits par l'ancien fonds social; c'est déjà beaucoup de payer un intérêt à ces nouveaux actionnaires. Aussi, pendant quelque temps, leurs actions auront un coupon d'intérêt sans avoir un coupon de dividende.

§ 4

Négociabilité des actions ; 3e division.

235. Le caractère normal des actions est d'être négociables par les modes commerciaux (v. n. 220). Quels sont ces modes? Ils dépendent de la forme du titre, qui peut être *au porteur*, *nominatif* ou *à ordre*, ce qui nous fournit une troisième division des actions.

236. 1° *Actions au porteur*; elles se négocient par la simple tradition du titre (a. 35).

Ces titres offrent la plus grande facilité de circulation; mais ils permettent à l'actionnaire qui n'est pas connu de se soustraire facilement à ses obligations, s'il ne les a pas toutes remplies. L'actionnaire est aussi exposé à de grands risques s'il les perd; nous étudierons, au titre 5e du Livre Ier, la loi qui s'est préoccupée du moyen de réparer la perte des titres au porteur.

L'action au porteur se présente dans la forme suivante : c'est une feuille imprimée assez grande, détachée d'un registre à souche. On y distingue la partie supérieure, appelée encore *souche*, qui porte le nom de la société et les indications qui la désignent, le mot *action au porteur*, avec la somme que l'action représente, et un numéro d'ordre servant, par exemple, au tirage au sort, s'il y a lieu. La partie inférieure est divisée en un grand nombre de petits rectangles appelés *coupons*, servant à toucher les dividendes et les intérêts annuels, portant chacun la date de l'époque à laquelle ils devront être détachés et payés. — Il y a autant de titres pareils qu'il y a d'actions.

237. 2° *Actions nominatives*; c'est-à-dire portant le nom de l'actionnaire, lequel est, en outre, mentionné sur les registres de la société (a. 36, 1er al.).

Elles se transmettent par un *transfert* sur les registres de la société (a. 36, 2e al.). Le cédant signe une déclaration au siège de la société, par laquelle il consent à ce que la mention constatant sa propriété soit effacée sur les registres de la société, et à ce qu'une nouvelle mention constate une pareille propriété pour le cessionnaire.

Il y a trois espèces de transferts : — 1° *le transfert réel*, que nous venons de décrire; — 2° *le transfert d'ordre*, motivé par la règle du secret imposé aux agents de change sur le nom de leurs clients : lorsqu'on a vendu des actions nominatives par l'intermédiaire d'un agent de change, le vendeur fait un premier transfert au nom de l'agent de change acheteur, pour qu'il en fasse ensuite un pareil au nom de son client; ce premier transfert, qui n'a rien de réel, est appelé transfert d'ordre; il est, avec juste raison, affranchi de tout droit fiscal [1]; — 3° *le transfert de garantie*, ayant pour objet de donner en gage un titre nominatif (v. au titre 6e ci-dessous, n. 402).

L'action nominative se présente avec les mêmes dispositions générales que l'action au porteur. Seulement on ne fait qu'un seul titre pour chaque actionnaire, constatant le nombre d'actions auxquelles il a droit; — et le bas de la feuille n'est pas divisé en coupons : il présente seulement une partie blanche divisée ou non en petits rectangles, où l'on marque par un timbre daté le paiement des dividendes ou intérêts, à mesure qu'il est effectué; quelquefois, ce sont les côtés de la feuille, ou c'est le verso seul qui est consacré à ces mentions.

238. 3° *Actions à ordre*. Elles portent l'indication qu'elles sont à l'ordre de M...; et dès lors peuvent se transmettre comme tous les titre à ordre, par endossement, c'est-à-dire par une mention écrite au dos du titre : *Payez à l'ordre de M...* (v. au titre de la lettre de change, tit. 8; *infrà*, n. 746 et suiv.). Elles ne sont indiquées par aucun texte, mais établies par l'usage; du reste, cette forme n'est pas très fréquente. Elle présente l'avantage d'une transmission plus facile que les actions nominatives, sans les dangers de perte des actions au porteur.

§ 5

Augmentations du capital; émissions nouvelles, obligations.

239. Lorsqu'une entreprise se développe, il faut augmenter le

1. Très souvent on simplifie l'opération en convertissant d'abord le titre nominatif en titre au porteur.

capital. Les sociétés ont pour cela deux ressources : ou bien émettre de nouvelles actions, ou bien émettre des obligations.

Si l'on émet de nouvelles actions, on prend, en général, des précautions pour que les avantages faits aux nouveaux actionnaires ne nuisent pas aux anciens en diminuant leurs dividendes. Si le capital nouveau est employé à une branche bien distincte de l'industrie, comme à un nouveau réseau de chemin de fer, on peut laisser les deux exploitations distinctes et distribuer, dans chacune, le dividende qu'elle produit. Si le nouveau capital est employé simultanément avec l'ancien, on réglemente la répartition des intérêts et des dividendes, pour rémunérer chacun équitablement. Nous avons indiqué plus haut une des manières de procéder (n. 234).

240. En général, on préférera émettre des **obligations** et constituer ainsi le **capital-obligations** à côté du **capital-actions**. Les obligations sont des titres d'emprunt qui donnent droit à un intérêt, comme un simple prêt. La société qui les émet a l'avantage de ne pas partager les bénéfices de l'entreprise entre un nombre trop considérable d'actionnaires, et de ne pas trop diminuer la part de chacun ; cela est important, car, lorsque le prix des actions a monté à raison des dividendes payés d'abord, il y aurait pour les acquéreurs de ces actions, en cas de diminution de dividendes, non seulement manque de gagner, mais une véritable perte ; les actions baisseraient et le crédit de la société en serait atteint. De plus, si la société est prospère, il ne serait pas juste de faire partager les bénéfices à ceux qui n'ont couru aucuns risques ; les nouveaux venus ne courant pas plus de risques que des prêteurs ordinaires n'ont droit qu'à l'intérêt de leur argent. Enfin, si la société est sûre maintenant de pouvoir rembourser plus tard le capital dont elle a besoin, et si elle trouve du crédit, il lui est plus avantageux d'emprunter, puisqu'elle ne paie ainsi qu'un intérêt sans dividendes.

Les porteurs d'obligations ou *obligataires* sont, par rapport aux actionnaires, comme les simples prêteurs ou bailleurs de fonds par rapport aux commanditaires (v. n. 200). Rappelons seulement qu'ils ont un droit certain à une somme fixe, au terme

déterminé pour le remboursement dans l'acte d'emprunt; qu'ils sont, pour cette somme, créanciers de la société, partageant au marc le franc avec tous les autres créanciers en cas de faillite; — qu'annuellement ils n'ont droit qu'à un intérêt fixe, et qu'ils y ont toujours droit, quels que soient les bénéfices ou les pertes de la société. — Nous ajouterons que l'obligation de verser la somme promise, qui, suivant nous, est commerciale dans l'action (v. n. 228 et 241), ne l'est pas dans l'obligation, puisque celle-ci ne constitue qu'un simple prêt et ne donne aucune participation directe ou accessoire aux actes de commerce.

La forme extérieure des obligations est analogue à celle des actions, soit au porteur, soit nominatives.

Elles sont ordinairement, comme les actions, toutes égales et indivisibles.

241. Le plus souvent (par exemple dans les compagnies de chemin de fer), on attire le public en lui offrant une *prime de remboursement*. La société émet des obligations qui sont nominalement de 500 fr. et seront remboursables à ce prix, c'est le *capital nominal*; elles produisent intérêt nominalement à 3 °/₀, c'est-à-dire 15 fr. d'intérêt annuel. Mais ces obligations ne sont vendues par la Compagnie que 300 fr. environ (plus ou moins suivant que le titre est recherché); c'est le *taux d'émission*. Le capitaliste qui les achète place donc son argent à 5 °/₀ et a l'espoir de recevoir en remboursement 500 fr. au lieu de 300 qu'il a versés; il gagnera donc 200 fr; ces 200 fr. sont ce qu'on appelle la *prime de remboursement*. — Le remboursement a lieu par voie de tirages au sort annuels, de manière à se compléter, pour toutes les obligations, dans un délai qui varie en général de soixante à quatre-vingt-dix ans.

Comment la Compagnie, qui paie réellement 5 °/₀ du capital reçu, peut-elle promettre en outre de rendre plus tard 200 fr. de plus qu'elle n'a reçu? C'est qu'étant commerçante, le taux normal serait pour elle 6 °/₀; elle économise donc 1 °/₀ par an sur l'intérêt qu'elle paie à toutes ses obligations, et c'est avec la somme économisée ainsi qu'elle paie la prime de remboursement de ses tirages annuels, le nombre des obligations à rembourser annuellement étant calculé pour absorber juste

cotte sommo. C'ost dono simplomont uno manièro dótournée d'ompruntor à 6 °/°.

241 *bis*. L'émission dos obligations par los sociótés n'a été l'objot d'aucuno réglomontation dans nos lois; pourtant los abus sont nombroux, ot ont évoilló la sollicitudo du législatour dans los projots do loi préparés sur los sociótés.

SECTION III.

RÉGLEMENTATIONS LÉGALES COMMUNES AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

242. Sous l'ompiro du Codo, la plus grando inégalito régnait entro los deux sociótés par actions.

La sociótó anonymo, à raison do l'absonco complète d'asso-cié responsablo, était soumiso à l'autorisation préalable du gouvornomont. D'ailleurs lo Codo renfermait très pou de prescriptions à son égard, lo contrôlo sévèro exercé par lo conseil d'Etat ompêchant los abus possibles.

La société on commandito par actions jouissait, au contraire, do la libortó la plus absolue. Lo Codo so bornait, dans l'art. 38, à reconnaître la possibilité do constituor uno paroille sociétó; doux mots y faisaient allusion dans los art. 43 ot 44; ot c'était là tout co que lo Codo en disait. — Cotte sociétó prit lo plus grand dévoloppomont, salutaire sur beaucoup do points, car elle permit do mettro on pratique beaucoup d'inventions modernes, et contribua puissamment à l'oxpansion do la production et do la richosso publique. — Mais à côté, il y out beaucoup d'abus; une fièvre do spéculation et d'agiotago s'empara des financiers; elle amona la duperie du public sur la plus largo échelle et produisit dos scandales immenses. — Un projet do la loi fut préparé on 1838, pour supprimor la commandito par actions; la commission do la Chambro dos députés y substitua une réglomentation tellement minutieuso qu'on n'osa pas la faire discuter, surtout on présonco des clameurs do la spéculation alarmée. — Enfin, la L. 17 juillot 1856, *sur les sociétés en commandite par actions*, maintonant cos sociétés, los réglomonta avec lo plus

grand soin pour remédier aux inconvénients révélés par l'expérience. Une réglementation minutieuse prit ainsi la place de la liberté la plus absolue.

243. Pendant ce temps, un mouvement inverse se produisait pour la société anonyme. La nécessité de l'autorisation du gouvernement était battue en brèche par la théorie dans les journaux, et par la pratique dans les affaires et dans la jurisprudence. La commandite par actions servait précisément à éluder la loi : ne pouvant créer librement des sociétés anonymes, on créait des sociétés en commandite par actions que l'on assimilait autant que possible aux sociétés anonymes en faussant les principes fondamentaux de leur distinction, et la jurisprudence prêtait les mains à ces pratiques illégales. — Enfin, la L. 23 mai 1863, *sur les sociétés à responsabilité limitée*, autorisa sous ce nom de véritables sociétés anonymes dispensées de l'autorisation du gouvernement, mais soumises alors à une réglementation empruntée en grande partie à la loi de 1856 sur les sociétés en commandite par actions; car, sous l'empire de la même liberté, les mêmes abus étaient à craindre. La loi limitait seulement ses concessions aux sociétés dont le capital n'excédait pas 20 millions.

244. La L. 24 juillet 1867, *sur les sociétés*, a unifié la législation des sociétés par actions : elle a admis d'une manière complète la liberté de l'anonymat, et a dû, dès lors, imposer aux sociétés anonymes les mêmes précautions qu'aux sociétés en commandite par actions. C'est ce que consacre l'art. 24 de la loi. Ces précautions sont empruntées aux lois de 1856 et de 1863, avec quelques modifications; du reste, la législation est complètement refondue, et les deux lois précédentes sont abrogées (art. 20 et 47).

La loi du 24 juillet 1867 embrasse aussi d'autres matières relatives aux sociétés. Voici sa division générale avec l'indication des endroits où ses divers objets seront traités par nous : — Titre 1er. *Des sociétés en commandite par actions ;* v. notre ch. IV ; — Titre 2e. *Des sociétés anonymes ;* v. ch. V ; — Titre 3e. *Dispositions particulières aux sociétés à capital variable ;* v. ch. VI ; — Titre 4e. *Dispositions relatives à la publication des actes de société ;* v.

ch. VII ; — Titre 5°, *Des tontines et des sociétés d'assurance ;* nous en dirons quelques mots comme appendice au chapitre des sociétés anonymes.

245. **Abus principaux** auxquels il s'agissait de remédier ; c'était, au début de la société, l'agiotage éhonté des fondateurs ; et, au cours de la société, l'absence de surveillance sérieuse sur la gestion.

Au début, voici en résumé comment on procédait : Les fondateurs commençaient par s'attribuer dans les statuts un très grand nombre d'actions de fondation pour leurs apports en nature, en crédit ou en idées, dont la valeur était démesurément exagérée. Puis on faisait monter à tout prix les actions de la société, et on revendait en réalisant d'énormes bénéfices. — Pour cela, il n'était pas besoin d'un objet sérieux pour la société ; il suffisait d'une idée capable de frapper l'imagination du vulgaire ; — on prenait pour gérant un homme de paille, n'ayant aucune solvabilité ; — on divisait le capital en très petites coupures (qui sont descendues jusqu'à 20, jusqu'à 5 fr.) pour trouver plus facilement des dupes ; — il y avait très peu d'argent à verser immédiatement sur chaque coupon, ce qui en faisait de vrais billets de lotorie ; — on obtenait des souscriptions au moyen de prospectus séducteurs ; on faisait verser les premiers souscripteurs, et l'on déclarait la société constituée ; — avec les fonds versés, et sans avoir fait aucune opération réelle, par conséquent aucuns bénéfices, on payait de gros dividendes ; — les actions montaient ; — et alors les prétendus fondateurs revendaient, empochaient l'argent du public et laissaient les actionnaires ruinés sans la moindre valeur entre les mains ; — le tout, grâce à la forme au porteur qui permettait de rester caché dans toutes ces opérations.

Voici les remèdes qui répondent à ces abus dans les lois de 1856, 1863 et 1867 : — 1° Limite minimun au dessous de laquelle ne pourra pas descendre la division du capital en actions ou coupons d'actions ; — 2° Contrôle sérieux des apports par l'assemblée des actionnaires ; — 3° Retard de la constitution de la société, et par conséquent du moment où les dividendes pour-

ront être distribués, jusqu'à l'époque où il aura été fait quelque chose de sérieux ; — 4° Retard du moment où les actions pourront être négociables d'abord, et ensuite au porteur.

Au cours de la société, on supposant qu'elle pût avoir une vie un peu longue, les actionnaires étaient exposés à toutes les duperies et malversations des gérants faute d'une surveillance suffisante. Dans la plupart des sociétés on organisait bien un conseil de surveillance ; mais il n'était pas sérieux ; personne ne se souciait d'en faire partie ; ceux qui y entraient le faisaient par faiblesse, calcul ou mauvais dessein, et se regardaient comme irresponsables. — Le remède à ces inconvénients a été, pour les sociétés en commandite, la constitution sérieuse d'un conseil de surveillance, avec une responsabilité sévère et bien définie ; pour les sociétés anonymes l'institution de commissaires du contrôle ou censeurs, aussi sérieusement responsables, et les précautions prises contre les administrateurs.

246. La loi du 24 juillet 1867 contient cette réglementation dans les articles 1-4 (titre 1er) que l'art. 24, 1er al., déclare applicables aux sociétés anonymes ; et aussi, quant à l'organisation de la surveillance, dans l'art. 5 pour la commandite par actions et l'art. 25 pour la société anonyme.

Nous aurons quatre paragraphes : — 1° Limite à la division du capital en actions ; — 2° Époque de la constitution de la société ; — 3° Moments où les actions peuvent d'abord devenir négociables, et ensuite être mises au porteur ; — 4° Sanctions de la loi.

§ Ier

Limite à la division du capital en actions.

247. D'après la L. 1867, art. 1, 1er al. « les sociétés en commandite par actions ne peuvent diviser leur capital en actions, ou coupons d'actions 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. » Le but est d'empêcher qu'on

n'aille chercher les petites bourses, plus faciles à séduire et pour qui la perte est beaucoup plus pénible.

La base de l'application de cet article est le *capital* indiqué aux statuts, lors même qu'il ne devrait pas être appelé immédiatement en totalité, lors même qu'il devrait être émis par séries successives, si l'on admet la légalité de ce procédé. La société qui aurait contrevenu à cet article ne deviendrait pas régulière parce que plus tard le capital se trouverait abaissé par des pertes au-dessous de 200,000 fr. Mais réciproquement si une société avait été formée à un capital inférieur à 200,000 fr. et avait émis des actions de 100 fr., ses premières actions ne deviendraient pas irrégulières par cela seul qu'elle augmenterait plus tard son capital au-dessus de ce chiffre, à moins qu'il n'y ait fraude ; seulement les nouvelles actions ne pourraient être moindres de 500 fr. — Si le capital se compose pour partie d'apports en nature, non évalués par les statuts, le juge les appréciera pour les ajouter au capital en numéraire. S'ils sont évalués, le juge pourra rectifier l'évaluation, si elle lui paraît inexacte, et annuler la société qui aura fait fraude à la loi. Souvent le nombre d'actions attribué à celui qui a fait l'apport en nature constituera une évaluation de cet apport. — Il pourrait se faire que les actions ne portassent pas de chiffre (p. ex. dans les actions de quotité) ; on appréciera la valeur de ces coupures en divisant le capital total de la société par le nombre des actions.

La loi prohibe même les *coupons* d'actions inférieurs aux taux qu'elle indique ; il faut entendre par coupons tous les fractionnements des actions qui sont séparément négociables, quelque nom qu'on leur donne.

Il est à peine besoin d'observer que cette limite minimum ne s'appliquerait pas aux obligations émises par les sociétés.

§ 2

Époque de la constitution de la société.

248. La détermination de cette époque est importante : c'est

alors seulement que des titres définitifs peuvent être délivrés ; que les opérations de la société peuvent commencer (toutes celles antérieurement faites par les fondateurs pourraient être laissées à leur charge), et que les dividendes peuvent commencer à être gagnés, la distribution ne pouvant en être faite qu'à la fin de la première année.

Trois ordres de conditions sont exigés pour cela : — 1° Conditions pécuniaires ; — 2° Approbation des apports en nature ou des avantages particuliers ; — 3° Organisation des pouvoirs sociaux.

I. — Conditions pécuniaires.

240. D'après l'art. 1, 2e al. il faut : 1° « *La souscription de la totalité du capital.* » Le but est d'empêcher les entreprises téméraires, où l'on commençait sans être sûr d'avoir tout le capital dont on avait besoin.

Conséquences de cette règle : — 1° Illégalité des *actions de prime*, données en échange de services rendus au début de la société ; il faut rémunérer ces services en argent, ou les évaluer et les faire approuver comme apports en nature ; — 2° Illégalité des souscriptions conditionnelles ; la société ne pourrait être constituée qu'après la réalisation de la condition. Ex. : la condition qu'on ne devrait verser le complément de l'apport qu'après la réalisation d'un certain bénéfice. Serait surtout illégale la condition potestative pour les actionnaires, comme de n'être liés qu'après versement total et remise des titres ; ou de se libérer de leurs obligations en abandonnant le premier versement fait par eux ; — 3° Illégalité de la stipulation que le capital sera émis par séries successives. C'est un grave inconvénient pour les sociétés qui n'ont pas besoin, dès le début, de tout leur capital : si elles le faisaient souscrire et verser en entier dès le début, elles se grèveraient d'un passif considérable, d'intérêts énormes à payer pour un capital qui dormirait dans leur caisse ; si elles le faisaient souscrire en entier, et n'en faisaient verser qu'une petite partie (il faudrait que ce fût au moins le quart), elles se priveraient pendant longtemps d'avoir des actions au

porteur (v. aux n. 202, 204). Il n'y aura que deux moyens de procéder : ce sera de réserver dans les statuts la faculté d'augmenter le capital-actions, par un vote de la majorité des actionnaires; ou bien d'émettre des obligations par un vote pareil (v. n. 240, 241); — 4° Illégalité de la souscription ou de l'achat d'actions au début de la société, avec les premiers fonds versés dans la caisse sociale; et même par le gérant de la commandite avec des fonds à lui : puisque toute sa fortune fait déjà partie du gage des créanciers sociaux, il n'apporte rien en réalité lorsqu'il souscrit ainsi; il y a diminution du capital-actions annoncé; — 5° Illégalité de toute diminution indirecte du capital au cours de la société, déjà proscrite d'ailleurs par les principes généraux (v. n. 174, 200), p. ex. du rachat d'actions par le gérant sur le fonds social; quand même il serait autorisé par le conseil de surveillance, et même par l'assemblée générale. Il en serait de même du remboursement de ces actions. Mais, dira-t-on, alors l'amortissement sera impossible! Non; parce que dans l'amortissement, les fonds sont pris sur les bénéfices et non sur le capital (v. n. 233); c'est une question de fait. La prohibition frapperait à plus forte raison toute libération gratuite concédée par le gérant à un actionnaire (n. 209, 210), ou toute annulation de souscription faite sans juste cause; — 6° Illégalité du paiement d'intérêts aux actionnaires en l'absence de bénéfices; car ces intérêts sont alors pris sur le capital, c'est une restitution partielle de mise (v. n. 295).

250. Il faut : 2° « *Le versement du quart.* » Le but est de s'assurer que les actionnaires sont sérieux et peuvent fournir des capitaux. Aussi il ne suffit pas que le quart du capital ait été versé; ce qui pourrait se réaliser en faisant verser le tout par quelques-uns et rien par d'autres; il faut que *chacun* ait versé le quart de ce qu'il a promis d'apporter.

Il faut en principe que ce versement soit fait *en numéraire*; c'est évidemment l'esprit de la loi qui veut que la société ait dès à présent des fonds disponibles; d'ailleurs l'art. 25, parlant de cette condition, dit : « *Versement du quart du capital qui consiste en numéraire.* » — On admettrait comme suffisant le versement en valeurs qui, dans la pratique, équivalent au numéraire :

billets de banque, bons du Trésor à vue. Mais non pas des valeurs de portefeuille d'un recouvrement plus ou moins incertain.

251. Cette nécessité d'un versement en numéraire ne s'applique qu'au capital qui doit être réalisé en numéraire (v. l'art. 26); elle ne s'appliquerait pas aux apports stipulés sous une autre forme : apports en nature, en immeubles, en travaux, en industrie ; la règle est qu'on doit payer *ce qu'on a promis*. Seulement ces apports qui ne consistent pas en numéraire devront être vérifiés dans les formes de l'art. 4.

Faut-il exiger du moins que ces apports soient réalisés, pour le quart au moins, avant la constitution de la société? Oui, à notre avis, si les apports sont comptés dans le capital social et représentés par des actions (actions de fondation, actions industrielles). Cela du moins dans la mesure où cette réalisation est possible; en général, les apports auxquels répondent les actions de fondation seront réalisés immédiatement dans leur totalité; au contraire l'apport en industrie ne pourra l'être que petit à petit au cours de la société.

252. Les actionnaires, dans l'impossibilité de faire souscrire tout le capital, pourraient-ils le limiter à la partie dès lors souscrite? On voulait vingt millions, on n'en trouve que dix; pourra-t-on réduire le capital à dix millions ? L'assemblée générale ne pourrait prendre ce parti à la majorité, car c'est une très grave modification aux statuts. Mais l'unanimité des actionnaires pourrait le faire, et même la simple majorité, dans le cas où cette faculté aurait été prévue par les statuts et régulièrement publiée.

253. Il faut de plus une déclaration notariée de l'accomplissement de ces formalités avec pièces à l'appui, pour empêcher qu'on n'antidate des souscriptions postérieures : v. L. 1867, art. 1, 3° et 4° al.

La forme notariée ne paraît pas avoir une grande utilité; car on n'a pas entendu imposer aux notaires l'obligation de vérifier par eux-mêmes l'exactitude des déclarations. Mais c'est

la loi; on a espéré rendre ainsi la déclaration plus sérieuse.

La déclaration est faite par le *gérant* dans la commandite par actions. Dans la société anonyme, par les *fondateurs* : L. 1867, art. 24, 2e al.

Le mot *fondateurs* est un peu vague. C'est la loi de 1863 qui a introduit ce mot, et les travaux préparatoires renvoient à la pratique pour en déterminer le sens : ils indiquent seulement qu'ils doivent être des associés. Ce seront « ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux ».

Enfin, cette déclaration est contrôlée : — dans la commandite par le conseil de surveillance (L. 1867, art. 6) ; — dans la société anonyme par l'assemblée générale elle-même (L. 1867, art. 24, 2e al.).

254. *Ces règles seraient applicables suivant nous en cas d'augmentation du capital :* — si l'augmentation n'a pas été prévue par les statuts, il y a modification essentielle au pacte social, pour laquelle il faudrait l'unanimité des associés ; si elle est obtenue, il y a en réalité une nouvelle société formée ; — si l'augmentation est prévue dans les statuts, il suffit de la majorité pour la décider ; mais il faudra encore appliquer l'art 1er ; car, pour ce capital augmenté, la société est en reconstitution ; les dangers de tromperie sont les mêmes ; — et, sans cela, on éluderait trop facilement la loi en constituant une société avec un capital insignifiant et en décuplant ce capital le lendemain. Il en résulte que les souscripteurs au nouveau capital ne seront liés qu'après la souscription de la totalité et le versement du quart ; mais évidemment l'engagement des anciens souscripteurs ne sera pas remis en question pour cela, si les statuts ont prévu l'augmentation.

255. Les mêmes règles sont sûrement applicables toutes les fois qu'une société est tellement modifiée qu'on doive admettre qu'il y a une *société nouvelle* constituée. Mais c'est une question délicate de savoir quand il y a société nouvelle : par exemple, en cas de changement de nom, d'objet, de personnel ; en cas de fusion de plusieurs sociétés ; en cas de transformation d'une

commandite en société anonyme. Nous ne pouvons insister sur ces diverses questions.

II. — Approbation des apports en nature et des avantages particuliers.

256. L'art. 4, 1er-3e al., exige que *l'assemblée fasse apprécier* ces apports et ces avantages. Elle ne vérifie pas elle-même, mais des contrôleurs doivent être nommés dans une première assemblée, faire un rapport, et celui-ci doit être imprimé et tenu cinq jours d'avance à la disposition des actionnaires. Cela suppose un intervalle d'au moins huit jours.

L'art. 4, 4e al., et l'art. 30, 1er al., indiquent les conditions spéciales que doivent réunir ces assemblées; v. n. 298, 318. Ces exigences ne concernent que la seconde assemblée, la seule importante (v. n. 298).

Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers ne peuvent voter dans la délibération qui les concerne (art. 4, 5e al.); ils peuvent être entendus, car ils peuvent donner des renseignements utiles. Mais la loi ne leur défend pas de voter dans celles qui concernent d'autres associés, ayant également fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers. Ils pourront donc concourir à former la majorité dans l'assemblée et à constituer le quart des actionnaires que doit représenter cette majorité. Seulement ils ne seront évidemment pas comptés pour constituer *le quart du capital social en numéraire*; ces mots de l'art. 4, 4e al., les excluent expressément.

Ils sont aussi exclus pour le calcul du capital qui doit être représenté à l'assemblée quand il s'agit d'une société anonyme (art. 30, 2e al.).

« A défaut d'approbation, la société reste sans effet, à l'égard de toutes les parties. » L. 1867, art. 4, 6e al.

257. ❶. *Au lieu de refuser l'approbation des apports ou avantages, l'assemblée pourrait-elle en réduire la valeur?* On pourrait en douter très sérieusement, car cette valeur est peut-être, pour ceux qui font l'apport, une condition *sine qua non* de leur entrée dans la société; et, d'autre part, l'importance de ces apports est

peut-être capitale pour la marche de la société, qui, avec des valeurs moindres, serait vouée à l'impuissance et à la ruine. On peut donc soutenir que la majorité ne pourrait sur ce point lier la minorité et que, faute d'approbation complète, la société ne peut se constituer. — Quant à ceux qui font les apports, je crois qu'il faudrait admettre, en effet, que le contrat n'étant parfait à leur égard que par l'acceptation de l'assemblée générale (art. 4, 6e al.), ils ne sont pas liés si l'assemblée ne l'approuve pas ; ils pourraient donc refuser d'accepter la réduction, et le retrait de leurs apports empêcherait la société de se constituer. Mais quant aux droits de la minorité, les travaux préparatoires montrent qu'on ne s'y est pas arrêté : on a, en effet, refusé de renvoyer l'article à la commission pour interdire cette réduction, comme le demandait M. Marie ; et, si un amendement de M. Javal, qui permettait la réduction, a été repoussé, c'est uniquement parce qu'on a dit qu'il était inutile en présence du texte général de l'alinéa ; — on a pu craindre que la majorité, pour ne pas empêcher la constitution de la société, n'approuvât imprudemment des apports exagérés, si elle ne pouvait pas les réduire.

« L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. » L. 1867, art. 4, 7e al. Tout contrat, même achevé, peut être annulé pour cause de dol, ou, suivant les cas, peut donner lieu à des dommages-intérêts. Il en serait de même de l'erreur ; la loi n'a pas entendu exclure cette cause de nullité de droit commun.

258. Le 8e al. fait exception aux règles précédentes lorsque la société est formée entre ceux seulement qui étaient propriétaires du fonds social par indivis. Il faudrait, suivant nous, appliquer la dispense de cet alinéa au cas où une société par intérêts se transformerait en société par action, quoique rigoureusement il n'y ait pas copropriété du fonds social entre ses membres ; il y a les mêmes raisons et le cas a été cité maintes fois dans la discussion. — Nous l'appliquerions aussi au cas où le capital est souscrit par l'acte social lui-même, et immédiatement versé ; car alors, tous les actionnaires ont discuté contradictoirement et accepté les statuts. — De même, s'il n'y a

pas d'apport en numéraire ; car il n'y a pas de vote possible (a. 4, 5e al.). — Enfin si tous les apports en numéraire ne représentent pas le quart des actions, on sera dispensé de se conformer à l'art.4, 4e al.

III. — Organisation des pouvoirs sociaux.

259. Pour la société en commandite par actions, il faut nommer le *conseil de surveillance* seulement, car les gérants sont, au moins ordinairement, désignés par statuts et par leur qualité d'associés en nom. D'après l'art. 5, 2e al., cette nomination doit avoir lieu « *immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale* ». Il est plus exact de dire que la société n'est constituée qu'après cette nomination (comp. a. 25 *in fine*).

Pour la société anonyme, il faut nommer à la fois les *administrateurs* et les *commissaires du contrôle* ou *censeurs* (art. 25), et la société n'est définitivement constituée que lorsque cette nomination est devenue définitive (art. 25 *in fine*).

V. les détails à chacune de ces sociétés (ch. 4 et 5).

§ 3.

Moments où les actions peuvent d'abord être négociables, et ensuite être mises au porteur.

I. — Négociabilité.

260. « Les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement du quart. » L. 1867, art. 2.

« *Négociables* » veut dire transmissibles par les voies abrégées du droit commercial : transfert, endossement. Les actions peuvent donc à partir de ce versement être nominatives ou à ordre ; elles ne peuvent être encore au porteur (v. n. 261).

« *Versement du quart* », il faut entendre que le quart doit être versé *par chaque actionnaire* ; l'art. 2 se réfère implicitement à l'art. 1er.

Il faut, en outre, les autres conditions exigées pour la constitution de la société (v. au § précédent) : — dans les travaux

préparatoires, on a repoussé un amendement de M. Millet qui le disait, parce que cela résulte de l'ensemble de la loi ; — l'a. 50, 2e al., est formel ; et il n'y a pas de raison spéciale aux sociétés à capital variable. Jusqu'à ce moment, on ne peut délivrer des titres définitifs, on n'a pas de véritables *actions*, on n'a que des *promesses d'actions*, des *certificats de souscription*, des *récépissés* des fonds versés.

Ces titres provisoires peuvent être transmis par voie civile : d'abord par succession (il le faut bien si le souscripteur vient à mourir) ; mais même par donation ou vente, avec les formalités de l'ensaisinement (art. 1690, C. civ.). Cela résulte *à contrario* de notre art. 2, et avait, du reste, été dit formellement dans les travaux préparatoires de 1856.

La négociabilité et même la simple cessibilité des actions non libérées aurait pu faire difficulté, si le législateur n'en avait pas parlé. Car une action non libérée n'est pas seulement un droit, une créance contre la société ; c'est aussi une dette envers elle pour le versement qui reste à faire. Or, si l'on peut librement céder une créance, on ne peut se substituer un débiteur sans le consentement du créancier. Mais il faut dire que ce consentement résulte des statuts sociaux dans le cas où ils autorisent cette cession ou cette négociabilité, ou même si, adoptant la forme d'actions, ils ne l'interdisent pas. D'ailleurs, l'objection tombera encore bien mieux, si l'on admet que le cédant reste garant avec le cessionnaire du versement intégral ; car alors, il y a non pas substitution, mais adjonction d'un nouveau débiteur. C'est ce que nous allons voir immédiatement.

II. — **Mise des actions au porteur.**

201. La possibilité pour les sociétés en commandite d'avoir des actions au porteur était discutée sous l'empire du Code. Cette faculté était bien contraire, — d'abord à l'art. 26 ; car les porteurs d'actions pouvant rester cachés lors des appels de fonds, ne répondaient plus des dettes sociales même jusqu'à concurrence de l'apport promis ; — et ensuite à l'art. 28 ; car les actionnaires n'étant pas connus, pouvaient impunément s'immiscer dans la gestion. Cependant on l'avait admise en vertu de l'art. 38, qui, permettant de diviser en actions le ca-

pital des sociétés en commandite, paraît bien se référer à toutes les formes d'actions dont il vient d'être question immédiatement avant, spécialement dans l'art. 35. — Dès lors, si le porteur de l'action ne répondait pas à l'appel de fonds, et ne payait pas bénévolement, on n'avait que la ressource d'*exécuter l'action*, c'est-à-dire de la vendre à la Bourse ; mais cette vente ne produisait souvent pas à beaucoup près ce qui restait à verser.

262. On pouvait alors, du moins, regarder le souscripteur primitif comme toujours obligé, malgré son aliénation, au versement de la totalité. Car il s'y est obligé en souscrivant, et jamais un débiteur ne peut, par sa seule volonté, s'affranchir de sa dette. — Mais on argumentait en sens inverse de l'art. 1801, C. civ., autorisant la substitution complète d'un associé à un autre avec le consentement de la société. On a même été beaucoup plus loin, et l'on a admis que la société a pu donner un consentement général, et qu'elle l'a donné suffisamment si l'on a inséré dans les statuts la *clause de cession libératoire*, ou même par cela seul qu'on a adopté la forme au porteur ; dès lors, on en est venu à dire que le titre seul est débiteur et pourra être exécuté à la Bourse. — Les lois d'autorisation des compagnies de chemins de fer, notamment la L. 15 juil. 1845, art. 8, n° 2, avaient accepté en partie cette doctrine en limitant à la moitié l'obligation des souscripteurs après cession.

C'était un grand danger pour la société et pour les tiers, puisqu'une grande partie du capital social pouvait devenir irrecouvrable. Et par là cette doctrine était contraire au principe que le capital social doit rester intact (n. 174 et 200), spécialement dans les sociétés par actions (L. 1856 et 1863, a. 1). — Cela donnait aussi une facilité inouïe à l'agiotage des premiers souscripteurs ou des fondateurs, qui disparaissaient dès qu'ils avaient rempli leurs poches aux dépens du public.

Aussi les lois de 1856 et de 1863, art. 3, avaient établi la responsabilité intégrale des souscripteurs pour le montant intégral de leurs actions et impliquaient qu'ils ne pouvaient se dégager par une cession.

Ces règles avaient deux inconvénients graves : d'abord, les sociétés qui n'ont pas besoin de tout le capital souscrit (bun-

ques de dépôt, compagnies d'assurances), étaient privées à perpétuité de la faculté d'avoir des actions au porteur ; ensuite ceux qui avaient souscrit des actions ou en avaient été propriétaires à un moment quelconque, étaient perpétuellement menacés d'un recours.

263. La loi de 1867 a tenu compte de ces intérêts ; elle admet sans doute les mêmes principes, mais elle permet d'y faire une exception.

Formulons d'abord les **deux principes** qui ne sont pas écrits dans la loi, mais qui sont supposés par elle comme résultant des précédents, et impliqués par le texte même qui y fait une exception : — 1° Le souscripteur primitif et tous les cessionnaires ultérieurs sont tous responsables intégralement du versement complet du capital de l'action, sans qu'aucune clause des statuts (ancienne clause de *cession libératoire*, ou autre) puisse les dégager en dehors du cas de l'exception ci-dessous. Dès lors, la transmission de l'action n'est plus un changement de débiteur, c'est l'adjonction d'un nouveau débiteur (C. civ., art. 1273 et 1275), laquelle s'admet toujours facilement, car elle n'est que favorable pour le créancier, la société, et les tiers [1]. — 2° Pour cela, les actions doivent rester nominatives [2] jusqu'à leur entière libération. Mais une fois libérées entièrement, rien n'empêche qu'elles ne soient immédiatement au porteur, et sans conditions, pourvu que les statuts autorisent cette forme.

264. **L'exception** permise par la loi de 1867 consiste dans la possibilité de décharger les obligés de la moitié de leur obligation, moyennant certaines conditions. « Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. » L. 1867, art. 3, 1er al.

1. Celui d'entre eux qui aura payé aura nécessairement recours pour le tout contre les cessionnaires ultérieurs et ceux-ci contre le dernier porteur, qui doit en définitive supporter cette dette. L. belge, a. 42, 2e al.

2. Les actions à ordre doivent être considérées comme nominatives à ce point de vue et ne tombent pas sous le coup de l'art. 3 ; car le nom de tous les propriétaires successifs y est indiqué et ceux-ci peuvent être facilement recherchés.

Trois conditions sont exigées par cet article :

1° *Stipulation de cette faculté dans les statuts ;* afin que les tiers ne comptent pas, comme garantie, sur le capital nominal en entier, puisqu'une fois la moitié versée, il n'y aura plus une sûreté complète pour le versement du surplus. Même entre associés, faute de cette clause on aurait dû exiger l'unanimité.

2° *Vote de l'assemblée générale* décidant la conversion ; l'assemblée générale apprécie si elle est utile dans l'état des affaires sociales; et elle contrôle ce qu'a fait le gérant en introduisant cette clause dans les statuts. Comme cette décision implique renonciation, au moins éventuelle, à faire verser le reste du capital, l'assemblée doit apprécier si la société est assez prospère pour pouvoir s'en passer.

3° *Versement de moitié* constaté par le vote de l'assemblée. Il faut que toutes les actions aient versé la moitié avant qu'aucune puisse être mise au porteur : il résulte, en effet, du texte que c'est après la libération de moitié que peut intervenir la décision de l'assemblée générale ; et dans les travaux préparatoires on a dit que cette délibération attesterait *que la moitié du capital a été réellement versée.*

Ce vote de l'assemblée n'empêche pas les actionnaires, s'ils le veulent, de garder ou de se faire donner des titres nominatifs, qui sont moins exposés à la perte et moins grevés d'impôts. Le choix entre les deux espèces de titres est toujours un droit absolu pour eux (L. 13 juin 1857, art. 6, 7 et 8).

205. **Effets de cette délibération.** — L'art. 3, 2e al., s'occupe de cette question, mais il est très elliptique. Il omet précisément les points importants et les principes ; il est absolument incompréhensible, si l'on s'en tient rigoureusement à ce qu'il dit, en argumentant *à contrario* pour les hypothèses dont il ne parle pas. Il faut, avec les travaux préparatoires, supposer un paragraphe intermédiaire, que je rédigerais ainsi :

« *A partir de cette délibération, tous les nouveaux acquéreurs des actions seront affranchis de l'obligation de verser le surplus.* »

Dès lors, c'est le titre seul qui doit, comme on le disait déjà avant 1856 ; si, lors d'un appel de fonds, le porteur ne verse pas bénévolement, le titre sera vendu à la Bourse. Son prix de vente

pourra peut-être couvrir ce qui reste à payer, car il faut remarquer que la moitié au moins ayant été versée, ce qui reste à payer est tout au plus égal à ce qui a été versé ; aussi pourvu que les actions soient au pair, le prix de vente sera suffisant pour parfaire le capital souscrit; par exemple, s'il y a 250 fr. versés, on peut espérer que l'action se vendra bien 250 fr., ce qui complétera le capital de 500 fr. Si le cas ne se réalise pas, c'est-à-dire si les actions de la société sont en baisse, alors il y aura une perte sèche pour la société et pour ses créanciers.

Il s'agit de démontrer la légitimité de cette addition que nous faisons à l'art. 3 : — Le projet du gouvernement portait (art. 1) : « Les souscripteurs sont responsables du montant total des actions par eux souscrites. Il ne peut être dérogé à cette prescription que par les statuts constitutifs de la société, et *jusqu'à concurrence de la moitié de chaque action.* » La commission demandait comme développement que toutes les actions fussent au porteur après libération de moitié, sans distinguer entre les actionnaires qui auraient aliéné ou qui auraient gardé leurs actions. Jusque-là on était d'accord pour admettre la libération de tout le monde par le versement de moitié, pourvu que cela eût été stipulé par les statuts. — Après cinq ou six amendements et une discussion très confuse, tout fut renvoyé à la commission par un vote de rejet sur tous les projets en présence. La commission rapporta l'art. 3 actuel, exigeant de plus une délibération de l'assemblée; mais rien n'indique qu'on ait abandonné les principes posés tout d'abord. Bien au contraire, sans eux, l'art. 3 serait un tissu de contradictions ; on ne comprendrait pas pourquoi ceux dont il parle seraient libérés par deux ans, si les acquéreurs ultérieurs étaient tenus indéfiniment. Cet article se comprend seulement comme une restriction à la règle que nous avons formulée dans notre paragraphe additionnel.

266. Il dit que, pour les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs à la délibération, la libération ne résultera que du délai de deux ans : « Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié

restent tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale. » (a. 3, 2e al.).

« *Cédées avant le versement de moitié.* » Il faut entendre *avant la décision de l'assemblée.* C'est là évidemment ce qu'a voulu dire le législateur ; tout le monde est d'accord là-dessus.

Voici ce qui résulte de l'article [1] : D'abord tous ceux qui sont actionnaires au moment de la délibération, et qui ont pu y voter, sont encore tenus pendant deux ans : ceci a pour but d'empêcher qu'ils ne votent la conversion à la veille d'un sinistre et pour s'y soustraire en cédant leurs actions à des porteurs insolvables. Deux ans suffisent, car on ne prévoit pas un malheur de si loin. — De plus, les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires [2], qui, à ce moment, avaient déjà cédé leurs actions, sont aussi tenus pendant deux ans, quoiqu'ils n'aient pas pu prendre part au vote ; c'est pour empêcher qu'à la veille de la délibération ils ne transfèrent leurs actions à des hommes de paille qui voteraient à leur place et encourraient seuls la responsabilité pour deux ans. — On voit que les motifs de notre paragraphe montrent bien qu'il a pour but d'empêcher une libération immédiate qui, sans ce paragraphe, se serait produite de plein droit pour tout le monde. De cette façon, il est très rationnel ; autrement il est incompréhensible.

267. Mais il laisse encore un point obscur : il ne règle pas le sort des souscripteurs primitifs qui n'ont pas cédé leurs actions (il ne parle que de ceux qui les ont cédées). Nous admettrons qu'ils seront également libérés par le délai de deux ans : — ils ont voté la conversion, aussi on ne les libère pas immédiatement comme on l'avait proposé tout d'abord ; mais il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la libération par les deux années ; — les divers rapports faits au Corps législatif ont considéré, à plusieurs reprises, le vote comme impliquant la libération de tout le monde, soit immédiatement, soit par deux ans ; — l'as-

1. C'est la doctrine exposée par M. Valette dans *le Droit* des 31 mai et 1er juin 1860.

2. Des cessionnaires intermédiaires sont embrassés par la formule de l'art. 3.

semblée a apprécié d'une manière absolue que le surplus du capital n'était pas nécessaire; son versement ne doit pas dépendre du hasard de la conservation de certaines actions par les souscripteurs primitifs; — ceux-ci, qui sont restés fidèles à la société, ne doivent pas être plus maltraités que les autres [1].

Voici donc les deux règles qui ressortent pour nous de l'art. 3 : — après le vote de l'assemblée, tout cessionnaire ultérieur est libéré immédiatement ; — tous ceux qui ont été ou sont propriétaires au moment du vote sont libérés par deux ans.

268. Une difficulté a été cependant soulevée sur la première règle, dans le cas où certaines actions sont restées nominatives par le choix de leurs propriétaires. Q. *Ceux à qui ils les céderont après le vote de l'assemblée seront-ils affranchis immédiatement de l'obligation de verser le surplus?* Nous ne voyons aucune raison pour ne pas admettre leur libération immédiate : la société a consenti, par l'organe de l'assemblée, à renoncer à toute nouvelle obligation de garantie, à se contenter des garanties acquises au moment du vote; le propriétaire des actions, en se faisant délivrer des titres au porteur, aurait pu faire profiter ses cessionnaires ultérieurs de la libération; il ne peut perdre ce droit en conservant des titres nominatifs. Sans doute on peut ici trouver la trace des cessionnaires, tandis qu'on ne le pourrait pas si l'action était au porteur; mais la libération des cessionnaires ne résulte pas uniquement de l'impossibilité de fait de les poursuivre, elle résulte de la concession de la loi et du consentement de l'assemblée ; or, ce consentement est tout à fait général, et les travaux préparatoires indiquent aussi sans distinction la volonté de libérer tout acquéreur ultérieur.

269. **Position des actionnaires lorsque la conversion n'a pas eu lieu.** — Supposons que, les statuts ayant stipulé la faculté de l'art. 3, l'assemblée n'ait pas voté la conversion. Il résulte, des principes que nous avons posés au début, que, l'ex-

1. *Sic* M. Rataud (à son cours), qui corrige ainsi la rédaction de l'art. 3, 2e al. : « Lorsque l'assemblée a autorisé la conversion en titres au porteur, *soit qu'il ait été profité ou non de cette faculté* par les actionnaires, les souscripteurs primitifs, *quand même* ils auraient aliéné leurs actions, et ceux auxquels ils les ont cédées *avant la délibération de l'assemblée* restent tenus pendant un délai de deux ans à partir de cette délibération. »

ception de l'art. 3 n'ayant pas lieu, toutes les actions restent nominatives et tous ceux qui en sont ou ont été propriétaires restent tenus indéfiniment au paiement de l'apport. Cela est bien la seule interprétation possible de la volonté de l'assemblée qui a refusé d'admettre les actions au porteur ; son but ne peut être que de conserver ses garanties contre tout le monde. — La seule raison de douter est dans le commencement du 2e al. de l'art. 3 : « *Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit...* » Donc, dit-on, lors même que l'assemblée n'a pas admis la forme au porteur, cet alinéa s'appliquera, il y aura libération au moins par deux ans. — Cette interprétation créerait une antinomie flagrante entre les deux alinéas de l'art. 3. Il faut donc entendre ces mots autrement, et ils se prêtent en effet à un autre sens : ils veulent dire « soit que les porteurs usent ou non de la faculté de conversion accordée » ; car nous avons vu qu'ils peuvent, malgré la conversion, garder des titres nominatifs.

270. Nous conclurons en disant que, partout où l'art. 3 ne s'applique pas directement, les souscripteurs primitifs et tous les propriétaires ultérieurs des actions à l'infini seront tous tenus au versement intégral du capital.

4. *Pendant combien de temps resteront-ils ainsi tenus ?* — 1er S. On admet généralement qu'*ils en seront tenus pendant un temps indéfini*, sans pouvoir même invoquer la prescription de trente ans, puisque leur dette n'est pas exigible (C. civ., art. 2257), tant que l'appel de fonds n'a pas eu lieu ; — on ne pourrait pas invoquer l'art. 64 du C. com., car la prescription de cinq ans, dont parle cet article, ne commence qu'à la dissolution de la société. — 2e S. *Ils pourront prescrire par trente ans* (1) : — Il n'est pas exact de dire que leur dette est à terme ; elle est parfaitement exigible par la société ; il ne dépend que de celle-ci de faire un appel de fonds [1] ; il peut sans doute être à sa convenance de ne pas appeler ces versements, mais de ce qu'un créancier ne

1. Si par hasard les statuts avaient échelonné les versements à certains intervalles éloignés, il est évident que la prescription ne courrait pour chaque versement qu'à partir du moment où il a été exigible (C. civ., art. 2257). Mais ce cas sera rare.

jugo pas à propos do réclamor sa créance, il no s'ensuit pas qu'on no puisso pas proscriro contro lui ; — cela no nous obligora pas à admottro qu'au bout do tronto ans tous los actionnairos rostés dans la sociétó soront libórés ; car pour ceux-ci il y a dos interruptions incessantes do la prescription : par los réceptions do dividendes, par lo fait do prendre part aux assemblées d'actionnairos, mêmo par le fait soul do laissor leurs noms figurer sur los registros do la sociétó où ils ont été portés avec leur consentement ; pour ceux-là, la sociétó no pord jamais le droit do réclamer los versements promis ; mais rien do pareil no se rencontro pour ceux qui ont dépouillé la qualité d'associés par un transfort régulier, dont los noms ont cessé do figurer sur los registros sociaux, qui no prennent plus part à aucun acto de la vio sociale ; ceux-là sans douto restent tenus après leur aliénation, mais du moins à partir do ce moment ils pourront commencer à proscriro contro leur obligation ; — il serait tout à fait exorbitant, et aussi très effrayant pour los souscripteurs des innombrables sociétés, do voir une obligation, peut-être très onéreuse à un moment donné, subsister pour toujours, et passer à tous leurs descendants à perpétuité, sans que rien puisso jamais éloigner do leur tête cette terrible épée do Damoclès.

§ 4

Sanction des dispositions de la loi.

271. Los sanctions de la loi sont de trois ordres : des nullités, des responsabilités civiles pour certaines personnes, des pénalités. Nous traiterons des responsabilités à propos des personnes, à qui elles incombent. Celle des fondateurs sera étudiée en même temps que celle des administrateurs des sociétés anonymes (n. 315 et suiv.). Nous n'avons donc à parler ici que des nullités et des pénalités.

I. — **Nullités.**

« La nullité est édictée par les art. 7 et 41 pour la violation des cinq premiers articles de la loi, ainsi que des art. 22-25 pour la sociétó anonyme ; car l'art. 41, en renvoyant à l'art. 24, ren-

voie implicitement aux quatre premiers articles de la loi, que nous venons d'expliquer, et nous ne l'étudions pour le moment qu'à ce point de vue-là.

272. Il faut remarquer que la nullité n'est prononcée par ces articles que pour des vices dans la *constitution* de la société : car l'art. 7 annule la société *constituée* contrairement... ; l'art. 41 ne se sert pas du même mot, mais les art. 22, 23, 25, auxquels il renvoie, règlent aussi les conditions moyennant lesquelles ces sociétés peuvent être *constituées*, *formées* ; et d'ailleurs l'art. 41 est évidemment conçu dans le même esprit que l'art. 7. Ces vices dans la constitution peuvent être de deux sortes : — 1° Il peut se faire que les statuts contiennent des clauses contraires à la loi, p. ex. divisent le capital en actions inférieures à 100 ou à 500 fr., suivant les cas ; déclarent que les actions seront négociables avant le versement du quart ou seront au porteur dès le début et sans conditions ; suppriment le conseil de surveillance dans une commandite par actions, etc. Alors la nullité est irréparable, et si l'on veut avoir une société valable, il faudra recommencer. — 2° Il peut se faire que, les statuts étant réguliers, on ait en fait déclaré la société constituée et commencé les opérations avant que toutes les conditions voulues aient été accomplies (v. n. 248-259). Alors certainement la société est nulle absolument pour le passé, et tous les intéressés peuvent arguer de cette nullité, comme nous allons le dire au numéro suivant ; mais ce vice n'est pas irréparable ; on peut remplir les conditions qui manquaient, et à partir de ce moment la société sera devenue régulière, elle pourra marcher. — Enfin il peut se produire des infractions à la loi qui ne portent pas sur la constitution de la société, mais sur des faits postérieurs à la constitution ; p. ex. on a négocié en fait des actions avant le versement du quart, sans que les statuts l'aient autorisé ; on a aussi, en dehors des statuts, émis des actions au porteur sans les conditions de l'art. 3. Alors une distinction nous paraît nécessaire : si ces mesures ont été prises d'une façon générale, on doit les considérer comme traduisant dans les faits une modification tacite aux statuts, à la constitution de la société ; elles entraîneront la nullité de la société ; si au contraire il ne s'agit que de mesures

isolées, accidentelles, les faits devront bien être traités comme nuls, mais ils ne feront pas annuler la société.

273. La nullité telle que nous venons de la définir est une nullité fondée sur l'ordre public, l'intérêt des tiers ; c'est donc une nullité absolue, qui n'est pas susceptible de ratification, pas plus que celle qui est fondée sur le défaut de publicité (C. com., a. 42 ; L. 1867, art. 56, 2e al.). — La loi ajoute dans l'art. 7, comme dans ces derniers articles, que la nullité ne pourra être opposée aux tiers par les associés ; et cette disposition doit évidemment être sous-entendue dans l'art. 41 de la loi, qui se réfère à l'art. 7. Il en résulte que les associés ne pourront invoquer la nullité contre les tiers : par exemple, pour n'être pas tenus des dettes sociales jusqu'à concurrence de leurs mises; que les tiers au contraire pourraient l'invoquer contre les associés ; mais en général, ils n'y auront pas d'intérêt ; leur intérêt sera plutôt de faire traiter les associés comme si la société était valable, car de cette façon ils se feront payer sur le fonds social par préférence aux créanciers personnels des associés. — Les associés pourront opposer la nullité aux gérants et fondateurs, et se l'opposer entre eux au moins pour l'avenir. — Ce sont deux questions controversées que de savoir s'ils pourront l'invoquer entre eux pour le passé, et si leurs créanciers personnels pourront l'opposer aux créanciers sociaux. Ces questions se reproduisant exactement à propos de la nullité pour défaut de publicité, nous en traiterons sous l'art. 56 de la loi, où nous donnerons aussi tous les détails sur la matière des nullités. Les règles de publicité étant communes à toutes les sociétés, il nous paraît que c'est plutôt là la place qui convient à ces développements approfondis.

II. — **Pénalités.**

274. Elles sont contenues dans les art. 13, 14, 15 et 16, auxquels renvoie l'art. 45 pour les sociétés anonymes.

Nous ferons seulement remarquer que les infractions prévues par les deux premiers alinéas de l'art. 13 ne donnent pas lieu à la peine de l'emprisonnement, à la différence de ce qu'édictait la L. de 1856; c'est une indulgence peut-être excessive.

4. *Faudra-t-il appliquer aux administrateurs des sociétés anony-*

mes, ayant commencé les opérations avant la nomination des commissaires du contrôle, le second alinéa de l'art. 13, *punissant les gérants qui commencent les opérations avant la nomination du conseil de surveillance?* Nous ne le pensons pas : — les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie ; — et, de plus, la situation n'est pas la même, car les commissaires du contrôle n'ont rien à faire pendant les neuf premiers mois de l'année ; — l'art. 45, 2e phrase, prouve que quand le législateur veut faire une assimilation entre les administrateurs et les gérants, il l'exprime.

Ces faits sont-ils des délits, exigeant l'intention coupable, ou de simples contraventions indépendantes de toute intention? Il faut distinguer : — sont de véritables délits les faits prévus par les 3e et 4e al. de l'art. 13 et par l'art. 15; car ces articles se servent des mots « *de mauvaise foi* », « *frauduleusement* », « *frauduleux* »; — les autres au contraire sont de purs contraventions; cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires de la loi de 1856 sous l'art. 11; l'esprit de la L. de 1867 est évidemment le même.

CHAPITRE IV.

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.

275. La société en commandite par actions n'existait pas dans notre ancien droit. Elle a été consacrée par l'art. 38, C. com. Son historique depuis le Code a été fait au chapitre précédent, à propos des sociétés par actions en général (v. n. 242 244).

Tout ce que nous allons dire s'applique même aux sociétés établies avant la loi nouvelle; car la L. de 1856 étant abrogée complétement par l'art. 20 de notre loi, il est évident que celle-ci est seule applicable dorénavant ; d'ailleurs l'art. 10, dernier alinéa, le suppose très clairement, puisqu'il règle le mode d'application de ses dispositions aux sociétés antérieures.

Nous avons ici trois ordres de personnes qui feront l'objet d'autant de sections : — 1° Gérants; — 2° Conseil de surveillance; — 3° Actionnaires-commanditaires.

SECTION PREMIÈRE.

DES GÉRANTS.

Deux paragraphes : — 1° Fonctions des gérants; — 2° Responsabilité pécuniaire des gérants.

§ 1er

Fonctions des gérants.

270. Leurs fonctions sont exactement les mêmes ici que dans la commandite simple et dans la société en nom collectif; nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos de cette société (v. n. 183 et suiv.). Il en est de même de la façon dont ils peuvent être nommés.

Mais nous devons nous demander s'ils sont révocables. Nous avons résolu la question négativement en traitant de la commandite par intérêts (v. n. 208) ; les principes sont exactement les mêmes sur ce point pour la commandite par actions; nous les avons fait ressortir en comparant cette société avec la société anonyme (v. au n. 222) : celui qui est en nom joue nécessairement le rôle principal, la commandite n'est que l'accessoire; celui qui est responsable sur tous ses biens ne doit pas dépendre de ceux qui ne le sont pas; cela serait contraire au droit du premier, à l'intérêt de la direction sage et prudente de la société, et par conséquent à l'intérêt aussi de ses créanciers (C. com., art. 27 et 28).

Néanmoins la jurisprudence a toujours admis cette révocabilité des gérants au moins dans la commandite par actions, pour la rapprocher de la société anonyme qui n'était pas libre.

Depuis la loi du 24 juillet 1867, la forme anonyme pouvant être librement choisie par les parties, la société en commandite qui s'était élancée aux plus vastes entreprises rentrera dans son rôle plus modeste, mais plus sûr et très utile; elle s'appliquera aux entreprises de moyenne importance, auxquelles la comman-

dite simple n'apporterait pas des capitaux suffisants, mais dans lesquelles pourtant l'énormité du capital n'efface pas toute l'importance de la solvabilité personnelle et des capacités du gérant; on ne sera plus tenté de faire échec aux principes que nous avons posés. — L'art. 11 de la L. de 1867 est d'ailleurs venu fournir un argument très puissant pour écarter le droit de révocation; car, pour assurer l'efficacité du contrôle du conseil de surveillance, il lui permet de provoquer la dissolution de la société avec l'assentiment de l'assemblée générale, mais il ne lui permet pas de provoquer la révocation des gérants.

§ 2

Responsabilité pécuniaire des gérants.

Nous l'étudierons : — 1° envers les tiers; — 2° envers les associés.

277. I. — **Envers les tiers : poursuite des créanciers sociaux.**

Les gérants peuvent d'abord et essentiellement être poursuivis *in infinitum* et solidairement pour toutes les dettes de la société, qu'elles aient été contractées par eux-mêmes ou par toute personne ayant pouvoir d'obliger la société, avec ou sans la signature sociale (commis, mandataire spécial); car la société est en nom collectif à leur égard (C. com., art. 24). Nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos de la société en nom collectif. Faisons observer pourtant qu'ils sont obligés, non seulement par leurs contrats, mais par leurs quasi-contrats, délits, quasi-délits; ainsi spécialement en cas de distribution de dividendes fictifs, que les tiers ne pourraient réclamer aux actionnaires parce que ceux-ci seraient de bonne foi (L. 1867, art. 10, 3e al.), et sans que les gérants puissent invoquer la prescription abrégée du même art. 4e al.

278. Il peut y avoir difficulté **quant à l'époque** où les dettes sociales sont nées, lorsque les fonctions des gérants n'ont pas continué pendant toute la durée de la société (en cas de révocation, de démission, de décès, si la société a été continuée mal-

gré ces événements). Aucune difficulté pour celles nées pendant leur gestion. Pour celles antérieures, c'est une question de fait; il s'agit de savoir, d'après les termes du contrat intervenu lors de l'acceptation de leurs fonctions, s'ils se sont chargés de toutes les obligations existantes de la société. Pour celles postérieures à la cessation de leurs fonctions, ils n'en seront pas tenus pourvu que leur démission et leur remplacement aient été publiés; leur responsabilité cessera seulement à partir de cette publication (L. 1867, art. 62).

270. La loi les rend spécialement responsables de l'omission de toutes les formalités initiales et de la nullité de la société encourue pour cette omission : l'art. 8, 1er al., déclare le conseil de surveillance responsable *avec le gérant*, envers la société et envers les tiers. La responsabilité envers les tiers (dont nous parlons seulement pour le moment) n'aura pas une très grande utilité, car ils répondent déjà comme gérants de l'intégrité des dettes sociales, et d'ailleurs la nullité n'est pas opposable aux tiers (art. 7, 2e al.). — Les gérants sont soumis en outre à des pénalités que nous avons vues : art. 13, 14 et 15 (n. 274).

280. II. — **Envers les associés.** Ils sont responsables, comme tout mandataire (C. civ., art. 1992) pour les fautes commises dans leur gestion; mais non pour les opérations malheureuses qu'ils peuvent avoir faites, s'il n'y a pas de faute caractérisée. A plus forte raison seront-ils responsables pour malversation, pour tout ce que la société peut devoir à des tiers par leur faute; par exemple pour leur dol, dont la société est tenue envers les tiers (v. n. 187 bis).

Ils sont aussi responsables envers les associés de la nullité de la société pour l'accomplissement des formalités initiales (art. 8, 1er al.).

Ils devront donc aux associés la restitution complète de leurs mises : soit de ce qu'ils avaient versé au commencement, soit de ce qu'ils ont été obligés de verser pour désintéresser les créanciers sociaux; car, la société étant annulée, les associés n'ayant pas eu les chances en vue desquelles ils avaient souscrit, ces versements ont eu lieu sans cause; ils doivent être restitués par les coupables. Mais si les associés ont droit d'être indemnisés

des pertes, ils ne peuvent rien réclamer pour ce qu'ils auraient manqué de gagner; car il n'est pas du tout certain que la société ait pu faire des gains.

SECTION II.

DU CONSEIL DE SURVEILLANCE.

281. L'établissement d'un conseil de surveillance, dans les sociétés en commandite par actions, avait été imposé par la pratique dès avant 1856 : il était nécessaire d'offrir aux souscripteurs un contrepoids aux pouvoirs du gérant, quelqu'un qui veillât à leurs intérêts, puisqu'à raison de leur nombre on ne peut leur permettre de surveiller en détail la gestion de la société : vu la facilité qu'a toute personne de prendre une action, ce serait livrer tous les secrets de l'entreprise au public et spécialement aux commerçants rivaux. — Mais on prenait, pour composer ce conseil, des noms retentissants et estimés, souvent à l'insu même de ceux qu'on désignait; — c'était le gérant qui composait ce conseil; il était donc contrôlé par ceux qu'il avait choisis lui-même; — il n'y avait, pour les conseils de surveillance, aucune responsabilité définie; on ne savait pas, faute de texte, pour quels faits ils pouvaient ou non être recherchés; — enfin la crainte de se voir déclarer solidairement responsables pour faits d'immixtion (C. com., art. 28), arrêtait à chaque instant les membres du conseil, qui ne savaient jusqu'où ils pouvaient aller dans leur contrôle.

La L. de 1856 prit des précautions pour rendre cette institution sérieuse, et la L. de 1867 a maintenu ces précautions en les modifiant légèrement.

Nous aurons trois paragraphes : — 1° Nomination du conseil de surveillance; — 2° Fonctions; — 3° Responsabilité.

§ 1er

Nomination du conseil de surveillance.

282. L'art. 5, 1er et 2e al., en exige la nomination dès la

constitution de la société et avant toute opération sociale.

Il suffit de « *trois* » membres au lieu de cinq exigés en 1856. Mais il sera ordinairement utile d'en nommer un plus grand nombre, pour qu'ils puissent toujours être trois pour délibérer en cas d'absence ou de maladie de l'un d'eux. — Ils doivent être « *actionnaires*, » de la sorte, ils seront personnellement intéressés à surveiller et on ne pourra pas prendre des noms retentissants qui ne présenteraient pas une garantie sérieuse. — Les statuts exigent souvent que l'on possède au moins un certain nombre d'actions; cette clause est parfaitement licite.

Toute latitude est laissée pour la durée de leurs fonctions (a. 5, 3e al.); en 1856, il y avait un maximum de cinq ans; pourtant ils ne peuvent pas être nommés pour toute la durée de la société; notre alinéa exige formellement qu'ils soient soumis à des réélections. — Les mêmes personnes peuvent être réélues sauf clause contraire dans les statuts. D'ailleurs, à l'expiration du terme fixé, les membres du conseil ne doivent pas cesser leurs fonctions avant d'avoir été remplacés, et seraient responsables de tous les actes non contrôlés jusqu'à ce moment. Et les gérants ne sont pas obligés non plus d'interrompre les opérations sociales lorsque le conseil n'est plus au complet; ce qui pratiquement est impossible.

« Toutefois le premier conseil n'est nommé que pour une année. » (L. 1867, art. 6, 4e al.). Lors de la première nomination, les actionnaires ne se connaissent pas; et dans leurs choix ils suivront, en général, les indications des gérants. Aussi, au bout d'un an, on pourra changer les membres nommés.

Ils sont d'ailleurs révocables même avant l'expiration de leurs fonctions, comme tous mandataires, puisque la loi n'a rien dit; à moins que les statuts ne stipulent le contraire. — Ils peuvent être salariés, et le sont très ordinairement.

§ 2

Fonctions du conseil de surveillance.

283. 1° *Fonctions initiales.*

« Ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées. » (L. 1867, art. 6).

L'art. 8 édicte, comme sanction de l'art. 6, la responsabilité de ce premier conseil et des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 4. — C'est le premier conseil de surveillance qui est seul responsable, et il peut être recherché même après la cessation de ses fonctions. On n'a pas voulu que tout nouveau conseil nommé (et cela jusqu'à la fin de la société) fût obligé de vérifier par lui-même si les formalités initiales ont été remplies.

Le premier conseil a d'ailleurs le pouvoir et le devoir de corriger les omissions, si cela est encore possible, en remplissant les formalités de la loi. Il est *associé aux obligations* des gérants, a dit le rapport de la commission du corps législatif.

En cas d'apports en nature non vérifiés, les membres du premier conseil peuvent être condamnés solidairement avec ceux qui ont fait l'apport; mais ils ne sont que cautions solidaires, et, ayant payé, ils auraient recours contre les principaux coupables, ceux qui ont fait l'apport.

Ils ne doivent pas se contenter de vérifier l'accomplissement matériel des formalités légales; ils doivent aussi vérifier la sincérité de tout ce qui s'est fait; ils seraient p. ex. responsables s'ils avaient laissé accepter par l'assemblée générale un apport en nature illusoire. Si la loi n'en a pas parlé ici, c'est que cela rentre dans les principes généraux de leur responsabilité (v. au § suivant).

284, 2° *Fonctions au cours de la société.*

D'abord ils doivent veiller au maintien des conditions constitutives de la société; notamment de leur nombre, en faisant remplacer ceux qui mourraient ou donneraient leur démission.

Ensuite, ils surveillent les gérants, ce sont leurs fonctions principales (a. 10, 1er et 2e al.).

Ils contrôlent les actes faits par le gérant; *a contrario*, ils ne peuvent lui imposer une direction, lui demander compte de ses

projets : cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires de 1856 ; c'est aussi le sens que nous avons donné à l'art. 27, C. com. — En résumé, ils contrôlent le passé, ils n'ont aucune influence sur l'avenir ; sauf les mesures de précaution à prendre par suite de ce qu'ils ont constaté (cf. art. 11). Aussi ils ne sont pas responsables des actes téméraires du gérant (art. 9).

« *Ils vérifient les livres* » (a. 10), non seulement les livres obligatoires, mais aussi les autres, en les contrôlant par les principes de la comptabilité en partie double ; — « *la caisse* » ; — « *le portefeuille* », non seulement pour la présence des effets, mais même pour leur valeur plus ou moins sérieuse ; — « *les valeurs* » ; ce sont les valeurs de bourse, qui peuvent constituer des placements de la société. — Ces vérifications sont obligatoires au moment de l'inventaire annuel (2e al.) ; elles sont facultatives sous leur responsabilité dans l'intervalle.

Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport. Et dans ce rapport « *ils signalent les inexactitudes des inventaires* ». Ceux-ci peuvent être faussés : soit par la mention à l'actif de créances irrecouvrables ; soit par des majorations, c'est-à-dire par la mention de certains biens avec une valeur plus forte que celle qu'ils ont réellement ; soit par la mention de bénéfices espérés ou éventuels ; les bénéfices ne peuvent être portés au compte de profits et pertes que lorsqu'ils sont réellement acquis, réalisés ou facilement réalisables. — La meilleure manière d'exercer ce contrôle serait d'assister à l'inventaire. Mais en 1856, on a refusé de leur en donner le droit et de leur en faire un devoir, parce qu'on craignait (bien à tort suivant nous) de leur donner un rôle actif. La loi de 1867 n'ayant fait que reproduire la même formule, il faut donner la même solution. Ils devront donc refaire seuls les opérations de l'inventaire pour les contrôler ; il y aura perte de temps sans doute, mais on ne peut forcer ni eux ni les gérants à procéder autrement.

Ils doivent « *s'opposer aux distributions de dividendes* » fictifs, quand même l'assemblée des actionnaires ne les suivrait pas : c'est le seul moyen de dégager leur responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux ; l'approbation que l'assemblée donnerait, même sciemment, à une répartition à laquelle ils ne se seraient

pas opposés, ne les couvrirait pas. D'autre part, l'appréciation de leurs fautes étant individuelle (art. 9, 2e al.), la minorité du conseil qui se serait opposée à la distribution des dividendes et aurait fait constater son opposition, ne serait pas responsable de ce que la majorité aurait approuvé cette distribution. Mais si les membres dissidents ne prenaient pas cette précaution, ou si quelque membre n'avait pas pris part aux actes de surveillance et aux décisions, il répondrait de ces faits comme tous ses collègues.

285. L. 1867, art. 11 : « Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblé générale, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société. »

C'est un moyen extrême pour empêcher les désastres que pourrait causer la mauvaise gestion du gérant. — Si l'assemblée n'autorise pas la demande, chaque membre peut, comme associé, poursuivre la dissolution en son nom et à ses risques (C. civ., art. 1871).

§ 3

Responsabilité des membres du conseil de surveillance.

286. Ils ne sont jamais responsables des actes de gestion du gérant (a. 9, 1er al.); en effet, ils n'ont aucun moyen de s'opposer aux actes mauvais, ou de le forcer à faire ce qui serait utile.

D'après l'art. 16, dernier al., ils ne sont pas civilement responsables des délits du gérant; c'est-à-dire qu'il ne faut pas leur appliquer l'art. 1384, C. civ. On le leur appliquait autrefois en disant qu'ils rentraient dans ses termes, car ils doivent répondre des gérants; les actes coupables de ceux-ci les obligeaient donc, disait-on. La loi nouvelle écarte cette interprétation; en effet, on répond de ceux que l'on peut et que l'on doit diriger; or, actuellement, ils n'ont sur les gérants aucun pouvoir de ce genre. — On a aussi voulu leur épargner la comparution en police correctionnelle, sauf en cas de complicité véritable avec le gérant.

287. Chacun « *répond de ses fautes personnelles* » (a. 9, 2e al.). Il

faut donc apprécier toujours, en fait, leur participation personnelle aux divers actes, ou leur négligence sur chacun des points qu'on leur reprochera. Il n'y aura jamais, en principe, solidarité entre eux, à moins que la solidarité ne résulte du droit commun, comme dans le cas d'une décision collective, d'un délit commis en commun, ou à moins qu'il ne soit impossible de déterminer la part de responsabilité revenant à chacun d'eux.

Ils répondent de leurs fautes « *conformément aux règles du droit commun* ». Ainsi, tandis que la loi de 1856, art. 10, exigeait pour certains faits une vraie fraude (*sciemment, en connaissance de cause*), il suffira toujours maintenant d'une simple faute.

Où trouverons-nous ce « *droit commun* » auquel renvoie la loi?

288. Dans leurs rapports **avec les associés**, le droit commun est dans les art. 1992 et 1137, C. civ.; ils sont des mandataires; ils doivent apporter à l'exécution de leur mandat les soins d'un bon père de famille. Leur responsabilité doit être appréciée plus rigoureusement, si leurs fonctions sont salariées; et nous ferons observer que les jetons de présence, qu'on leur alloue souvent, sont un véritable traitement donnant lieu à l'application de cette règle, pourvu qu'ils représentent une certaine somme. Si les associés ont eux-mêmes été négligents et n'ont pas pris les précautions nécessaires pour s'éclairer, la responsabilité du conseil de surveillance pourra être atténuée, ou même supprimée suivant les cas, par cette négligence des actionnaires.

289. Dans leurs rapports **avec les tiers**, la responsabilité des membres du conseil de surveillance ne peut être fondée d'après le droit commun que sur les art. 1382 et 1383 du C. civ., puisqu'ils ne sont liés aux tiers par aucun contrat. Elle doit être admise: — car d'abord, avant 1867, ils étaient responsables vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis des associés, puisqu'ils étaient solidaires avec les gérants (L. 1856, art. 10); or, rien n'indique, dans les travaux préparatoires, que l'on ait voulu les décharger de cette responsabilité; bien au contraire; — l'art. 8 dit formellement qu'ils sont responsables envers les tiers pour l'omission des formalités initiales; il serait bien singulier qu'ils n'en fussent pas tenus pour la plus grande partie de leur contrôle, en étant tenus au début; l'art. 8 corrige ainsi l'inexactitude de l'art. 9,

où le mot mandat dont on argumente parait avoir été mis seulement pour varier le langage et abréger; — les tiers pouvent invoquer la nullité de la société fondée sur le défaut de nomination du conseil de surveillance (art. 7, visant l'art. 5); cela ne se comprendrait pas si le conseil de surveillance n'avait aucun devoir envers eux.

200. Il faut et il suffit qu'il y ait faute de leur part. Donc s'ils ne peuvent s'exonérer en prouvant qu'il n'y a pas eu fraude, ils pourront cependant, même en cas d'inexactitudes dans les inventaires ou de distribution de dividendes fictifs, prouver qu'il n'y a pas de faute à leur imputer, parce que les erreurs n'étaient pas faciles à découvrir, même avec beaucoup de prudence et d'attention. — Il faut aussi que la faute se reporte à l'époque où ils étaient en fonctions.

Ce droit des créanciers est individuel et ne pourrait pas être compromis par un vote de l'assemblée des actionnaires qui déclareraient exonérer de tout recours les membres du conseil de surveillance.

SECTION III.

ACTIONNAIRES — COMMANDITAIRES.

201. Nous devons d'abord signaler une grande dérogation, au moins de fait, aux principes du code de commerce en matière de commandite : l'interdiction pour les commanditaires de s'immiscer dans la gestion (C. com., art. 27 et 28) sera dépourvue de sanction, dans le cas très fréquent où les actions seront au porteur; car, l'actionnaire n'étant pas connu, on ne pourra prouver qu'il n'ait pas dû s'immiscer.

Deux paragraphes : — 1° Droit de poursuite des créanciers; — 2° Assemblées générales.

§ 1er

Droit de poursuite des créanciers sociaux contre les actionnaires.

202. Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit pour la

commandite simple (n. 210 et 211) : restriction de l'obligation des commanditaires au montant de leurs mises (C. com., art. 26); action directe des créanciers contre les actionnaires pour les contraindre au versement; commercialité de cette action (v., du reste, ce que nous avons dit au chapitre précédent n. 228, sur l'obligation des souscripteurs d'actions). Il faut appliquer aussi les solutions que nous avons données (n. 265 et suiv.), en cas de cession des actions non libérées, quant aux obligations respectives des cédants et des actionnaires.

293. Nous devons nous arrêter un moment sur la répétition que les créanciers peuvent vouloir exercer sur les dividendes perçus par les actionnaires. La loi de 1867 a tranché la question qui était controversée avant cette loi. Il fallait admettre ici, comme il faut encore l'admettre pour la commandite simple (v. n. 213) que les dividendes fictifs, perçus sans qu'il y ait de bénéfices, doivent être rapportés; même lorsqu'ils ont été perçus de bonne foi. Au contraire, d'après la L. 1867, a. 10, 3e al., les actionnaires qui ont reçu *de bonne foi* des dividendes fictifs sont à l'abri de toute poursuite. M. Mathieu, dans son rapport, a expliqué cette règle, par l'analogie avec le possesseur de bonne foi : comme celui-ci, les actionnaires seraient lésés si, après avoir dépensé de bonne foi ces dividendes comme des revenus acquis, ils étaient obligés de prendre sur leur capital pour les restituer, lorsqu'ils se seraient accumulés pendant longtemps. — Mais pourquoi faire tomber la perte sur les créanciers qui sont innocents plutôt que sur les actionnaires qui ont au moins mal choisi leur gérant? On a répondu que ceux-ci avaient été dans une erreur invincible; et, de plus, qu'on ne pourrait exercer un recours efficace dans le cas d'actions au porteur. Cette dernière raison n'était pas péremptoire ; car, lorsqu'une personne vient toucher les coupons, on lui fait signer un bordereau sur lequel elle doit mettre son adresse, et ce bordereau reste entre les mains de la compagnie; seulement, on peut dire que souvent les coupons ne sont pas touchés par l'actionnaire même, et que rien n'assure la sincérité de l'adresse. Au fond, la principale raison de cet article a été le désir de rassurer les capitaux, dans la crainte qu'ils ne s'éloignassent des sociétés par actions.

Au contraire, les actionnaires pourront être recherchés s'ils sont de mauvaise foi. — L'article 10 paraît limiter ce recours à deux cas de fraude assez rares : le cas où il n'y a pas eu du tout d'inventaire, et le cas où la distribution a eu lieu malgré les constatations formelles de l'inventaire; il ne parle pas du cas beaucoup plus fréquent où l'inventaire conduit à cette distribution de dividendes, en constatant des bénéfices par le résultat de falsifications. Mais il faut certainement l'appliquer à cette dernière hypothèse lorsque les inexactitudes ou les falsifications ont pu et dû être aperçues par les actionnaires : — alors on peut dire avec l'art. 10 que les dividendes ont été distribués « en dehors des résultats constatés par l'inventaire » ; ces *constatations* de l'inventaire ne visent pas seulement les mentions qui y sont écrites en toutes lettres, mais aussi les résultats qui se dégagent de l'étude suffisamment attentive des éléments qu'il fournit; — d'ailleurs M. Mathieu a dit, dans son rapport : « A moins qu'on n'établisse entre lui (l'actionnaire), le gérant et le conseil de surveillance une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la société » ; et cela a été redit dans une discussion avec M. Ern. Picard.

294. Même en cas de mauvaise foi, les actionnaires peuvent invoquer une courte prescription de cinq ans (a. 10, 4e al.), parce qu'ils auront, a-t-on dit, consommé les dividendes comme des revenus. Ici, la loi n'avait vraiment d'autre motif que la faveur qu'on a voulu faire aux capitaux pour les attirer dans ces sociétés. — « *Du jour fixé pour leur distribution* ». C'est encore une nouvelle faveur de la loi, car les créanciers ne peuvent agir qu'après la faillite de la société, alors seulement leur intérêt apparaît; il y a donc là une exception à la règle : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*. On peut dire seulement qu'une société qui distribue des dividendes fictifs ne durera pas cinq ans. Les créanciers auront toujours leur recours contre le conseil de surveillance et le gérant, qui ne pourront invoquer que la prescription de trente ans.

Le 5e al. de l'art. 10 renfermait une disposition transitoire.

295. Ces règles sont-elles applicables, même au cas où les sommes touchées par les actionnaires l'auraient été à titre d'in-

térêts de leurs mises. En d'autres termes, q. *Les actionnaires qui ont reçu sciemment les intérêts de leurs apports en l'absence de bénéfice, peuvent-ils être recherchés?* On reconnaît (la jurisprudence spécialement), après comme avant la loi de 1867, qu'ils peuvent être poursuivis, si les statuts sont muets sur ce point, à plus forte raison si les statuts stipulent expressément que les intérêts ne seront pris que sur les bénéfices. Mais la jurisprudence et de très grandes autorités admettent que les statuts peuvent valablement stipuler le paiement des intérêts des mises à 6 o/o, à titre de charge sociale, parmi les frais généraux, même en l'absence de bénéfices; et qu'alors les actionnaires qui les ont reçus, ne doivent jamais les rendre. Donc : — 1or S. *Les actionnaires ne peuvent être recherchés* : — on reconnaît généralement que des associés n'ont pas en principe droit à un intérêt, comme de simples prêteurs (v. n. 158, 200), et que par conséquent le paiement d'intérêts est au fond une restitution partielle de mise; mais cette restitution peut dit-on, très bien être autorisée par les statuts : puisque ceux-ci ont toute liberté pour fixer le montant du capital social, au lieu de constituer un capital de 900,000 fr., ils peuvent le constituer à un million en permettant de restituer 100,000 fr.; — cette pratique est très générale ; elle est une nécessité, car autrement les sociétés ne trouveraient pas de souscripteurs (cf. n. 331;) — dès lors c'est très légitimement que ce paiement est classé dans les frais généraux; et, comme le dit la Cour de cassation (arrêt de 1881), ce paiement « peut avoir le caractère d'une charge destinée à assurer la marche régulière de la société et le développement de l'entreprise »; — s'il faut respecter scrupuleusement l'a. 1er de la loi de 1867, il ne faut pas en exagérer les rigeurs au détriment de la liberté et de la prospérité des sociétés. — On admet une double atténuation à cette doctrine: 1o les actionnaires ne peuvent plus toucher les intérêts à partir de la cessation de paiements de la société; on fait cette concession au droit de préférence existant au profit des créanciers contre les actionnaires; 2o si la prospérité revient, le capital devra, au moins dans le silence des statuts, être reconstitué sur les bénéfices, avant que les actionnaires puissent toucher aucun dividende en plus des intérêts de leurs mise . — 2o S. *Les asso-*

ciés peuvent être recherchés (1) : — nous avons établi que toute restitution de mise est contraire aux principes, même dans une société en nom collectif (n. 174), à plus forte raison dans une commandite (C. com. a. 26; n. 200); et enfin surtout dans les sociétés par actions (L. 1867, a. 1er; n. 240, 5°); — malgré les réserves auxquelles pourrait donner lieu cette doctrine, nous voulons bien admettre que les statuts puissent stipuler une diminution du capital annoncé; mais nous ne pouvons accepter une diminution conditionnelle et indéterminée; or la clause dont il s'agit ne comporte pas une souscription réelle et ferme, pour un chiffre de...; la souscription est destinée à diminuer de valeur, par restitution partielle des mises sous le nom d'intérêts, à chaque année qui ne donnera pas de bénéfices; sera-ce deux ans? cinq ans? dix ans? vingt ans (ce qui anéantirait l'apport)? personne ne le sait; — ce ne sera pas seulement au début, mais à toute époque que le capital recommencera à décroître s'il s'ouvre une période malheureuse; — dès lors il sera impossible de satisfaire sincèrement à l'obligation, imposée par l'a. 64 de la L. 1867, d'énoncer le capital social en tête de tous les imprimés de la société; cette énonciation sera un mensonge perpétuel et une duperie pour les tiers; — en raison aussi, ces paiements d'intérêts feront diminuer le capital, au moment même où le besoin de le conserver intact se fera le plus vivement sentir, soit dans l'intérêt des affaires sociales, soit dans l'intérêt des tiers; pour satisfaire l'intérêt légitime des créanciers, on s'arrête en cas de faillite de la société; c'est-à-dire qu'on songe au remède quand le mal est irréparable, alors qu'il est en partie au moins causé par cette évaporation lente du capital, qui se continue peut-être depuis plusieurs années; — ce qu'il y a de plus exorbitant dans cette clause, c'est que l'associé, dont la mise est successivement réduite par une série de restitutions partielles, continue à toucher les intérêts calculés sur sa mise primitive et non sur le capital réduit; si ces intérêts sont établis, comme c'est l'ordinaire, à 6 °/₀, il y avait là une violation flagrante de la L. 3 sept. 1807; on a répondu que ces prestations ultérieures, étant reconnues n'être que des restitutions de capital, ne doivent en aucune façon être traitées comme

dos intérêts ; mais il faut répliquer que, pour l'application des lois sur le maximum du taux de l'intérêt, on a dû toujours écarter les subtilités juridiques, par lesquelles, sous l'apparence d'un autre contrat, on cherchait à échapper à la loi ; au fond, et dans la pratique, nous sommes en présence de capitalistes qui veulent l'intérêt de leur argent; c'est le point de départ même du premier système ; il ne faut pas, parce qu'ils sont associés, qu'ils soient encore mieux traités que de simples prêteurs.

En tout cas, même dans le premier système, la clause devrait être publiée pour pouvoir être opposée aux tiers, venant poursuivre les associés en complément de mise.

Dans un cas, il peut y avoir un intérêt légitime pour une société, faisant une entreprise à long terme, à payer dès le début des intérêts avant de faire des bénéfices, pour ne pas effrayer les souscripteurs par la perspective de rester plusieurs années privés de leurs revenus. Une pareille stipulation *dans les statuts* nous paraîtrait admissible à la condition que le nombre des années auxquelles elle s'appliquera soit formellement indiqué : — dès lors la réduction du capital est d'une somme nette et précise ; on peut connaître, à la lecture des statuts, quelle est la portion inviolable pour laquelle la souscription est ferme et absolue ; les principes et la L. 1867 (a. 1er) nous paraissent satisfaits. — Bien entendu cette clause devrait être publiée dans l'extrait des statuts : L. 1867, a. 57; et de plus l'énonciation qui doit se trouver en tête de tous les imprimés de la société (L. 1867, a. 64), ne pourrait indiquer que le capital réduit, déduction faite des portions restituables sous forme d'intérêts. — On ne pourrait revenir à l'indication du capital primitif, qu'à la condition de l'avoir reconstitué par des prélèvements sur les bénéfices, avant toute distribution de dividendes, dans les premières années de prospérité.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'une fois le capital reconstitué comme nous venons de le dire, les vices des paiements antérieurs d'intérêts seraient couverts ; le gage des créanciers étant intact, ceux-ci ne pourraient se plaindre des violations de la loi qui ne peuvent plus leur causer de préjudice.

Cette reconstitution du capital n'est pas obligatoire, si la dimi-

nution a pour cause unique des pertes commerciales, sans aucune restitution de mises aux associés. La prospérité revenant, rien ne s'oppose à la distribution intégrale des bénéfices sous forme de dividendes, sauf stipulation contraire des statuts.

C'est d'ailleurs un *droit* pour les actionnaires de recevoir la part de bénéfices qui leur revient d'après les statuts. L'assemblée générale ne pourrait pas, sinon à l'unanimité de tous les actionnaires, donner aux bénéfices une autre destination, par exemple en constituer un fonds de réserve .

296. En cas d'amortissement, les porteurs d'actions amorties ne pourront, même pendant cinq ans, être recherchés par les créanciers sociaux, sous prétexte qu'ils ont repris leurs mises dans la société (art. 26, C. com.). Car les fonds remboursés n'ont été pris que sur des bénéfices régulièrement acquis (v. n. 233 ; 249, 3°). Peu importe aux créanciers que ces bénéfices aient été répartis entre les associés, sous forme de dividendes ou sous forme d'amortissement.

§ 2

De l'assemblée générale.

297. On distingue plusieurs espèces de réunions de l'assemblée générale :

1° *Les réunions initiales* : il en faut deux pour la vérification des apports, avec nomination du conseil de surveillance dans la seconde (L. 1867, art. 4 et 5) ; ou bien, s'il n'y a pas d'apports en nature et d'avantages particuliers stipulés, une seule pour la nomination du conseil de surveillance. — Il y en a facultativement une troisième pour mettre les actions au porteur dans les conditions de l'art. 3.

2° *Les réunions ordinaires* : il en faut au moins une tous les ans pour entendre le rapport du conseil de surveillance (art. 10, 2° al.). — Pour éclairer les actionnaires, on leur donne quinze jours d'avance communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance (art. 12). Cela ne leur sera pas très utile ; pour s'éclairer, il aurait fallu qu'ils pussent vé-

rifier les livres, la caisse, le portefeuille. Mais on ne pouvait ainsi découvrir tous les secrets des affaires sociales au premier venu, porteur d'une action, qui pourrait être un commerçant rival de la société ; le conseil de surveillance représente les actionnaires pour cela. — Les actionnaires devront être avertis que les pièces de l'art. 12 sont à leur disposition ; cela se fera ordinairement par des insertions dans les journaux.

Les statuts peuvent exiger d'autres réunions ordinaires.

3° *Les réunions extraordinaires* provoquées par le conseil de surveillance pour décider des mesures extraordinaires (v. art. 41) ; — ou par le gérant, s'il éprouve le besoin de consulter les actionnaires sur un parti à prendre.

298. *Composition de l'assemblée et formation de la majorité.*

En général, les statuts ont liberté absolue sur ce point, la loi n'ayant rien dit; ils pourront donc exiger que l'on ait un certain nombre d'actions pour prendre part aux assemblées, et donner à chacun un nombre de voix calculé d'après le nombre d'actions (cf. art. 27, 1er al. ; v. aussi art. 13, 4e al.).

Il y a exception pour l'assemblée qui statue sur les apports et avantages particuliers : art. 4, 4e al. Tous les actionnaires doivent être convoqués et ont tous une voix égale [1]. La loi exige en outre certaines conditions de majorité. — Ces conditions sont nécessaires pour l'assemblée qui statue sur les apports ; nous ne croyons pas qu'on doive les exiger pour la première assemblée qui se borne à ordonner la vérification et désigne les vérificateurs ; car elle a moins d'importance ; et l'al. 4, qui ne parle que d'une assemblée, est placé après l'alinéa qui s'occupe de la seconde .

Faut-il exiger les mêmes conditions pour l'assemblée qui donne aux actions la forme au porteur ? Elle est bien importante ; mais la loi n'ayant rien dit, on ne peut ajouter cette exigence.

APPENDICE.

299. 1° Actions en justice dans l'intérieur de la société.

Autrefois il y avait l'arbitrage forcé (C. com., art. 51 et suiv.),

1. Trav. prép. de la L. 1856.

qui a été supprimé par une loi du 17 juillet 1856 (v. n. 306). — Les actions contre les gérants seront intentées au nom de tous les actionnaires par les membres du conseil de surveillance (ex., art. 11) ; — chaque actionnaire aura le droit d'agir en son nom (a. 17) ; — de plus des groupes représentant le vingtième au moins du capital social pourront se faire représenter pour agir contre les gérants, ou contre les membres du conseil de surveillance (a. 17.) C'est une dérogation à la règle, que nul en France ne plaide par procureur. Elle a pour but de diminuer les frais.

300. **2° Dispositions transitoires.**

L'art. 18 déclare la loi nouvelle applicable aux sociétés antérieures. — L'art. 19 permet sous certaines conditions aux sociétés en commandite de profiter pour l'avenir de la liberté de l'anonymat. — L'art. 20 abroge la loi du 17 juillet 1856. Cette loi ne s'appliquera plus pour l'avenir au fonctionnement des sociétés antérieures à la loi de 1867, qui l'a remplacée sur ce point. Mais pour les conditions constitutives ces sociétés anciennes continueront à rester sous l'empire de la loi de 1856 ; il faut et il suffit qu'elles se soient conformées à cette loi (sauf l'art. 18 ci-dessus).

CHAPITRE V.

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

301. *La société anonyme est une société dans laquelle aucun associé n'est en nom et aucun n'est tenu au delà de sa mise, ni les associés* (c. com. a. 33), *ni même les administrateurs* (a. 33). — Il n'y a pas d'élément personnel, il n'y a que l'élément réel ; le capital social, tel est l'unique fondement du crédit de la société.

Cette condition de fond se traduit par l'absence de raison sociale (a. 29), afin que personne ne compte sur une responsabilité personnelle. Mais comme il lui faut un nom pour la désigner, « elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise » (a. 30). Par exemple : *Banque de France, Compagnie*

du chemin de fer du Nord, des mines d'Anzin, Société des dépôts et comptes courants [1]. — Souvent aussi les sociétés anonymes ont un nom arbitraire, un nom de guerre ; ce sont surtout les sociétés d'assurances qui ne peuvent se distinguer entre elles par le but de leur entreprise, par exemple : le *Soleil*, le *Phénix*.

Pour engager la société, les administrateurs feront comme tout mandataire : ils signeront leur nom personnel, en indiquant leur mandat, et ce sera ordinairement en mettant avec leur nom leur qualité ou leur fonction dans la société.

302. **Historique.** Les sociétés anonymes étaient pratiquées dans notre ancien droit ; c'est sous cette forme qu'ont été organisées les grandes compagnies coloniales : *Compagnie des Indes orientales, des Indes occidentales, du Sénégal, de l'Occident, du Canada, de la baie d'Hudson*. Mais l'ordonnance de 1673 ne les avait pas réglementées, parce qu'on les regardait plutôt comme l'œuvre du gouvernement que comme la création libre des particuliers ; elles n'existaient qu'en vertu de lois d'exception. Sous l'ordonnance on pratiquait bien une certaine société que l'on appelait anonyme ; mais ce n'était qu'une sorte de participation (v. n. 365).

La société anonyme était devenue libre par suite de la L. 2 mars 1791, sur la liberté du commerce ; elle fut supprimée par la Convention (décret du 24 août 1793), et redevint libre sous le Directoire (L. 30 brum. an IV).

Le code de commerce sentit l'avantage d'offrir cette forme aux particuliers, surtout dans l'état rudimentaire où était alors la commandite par actions. Mais comme compensation de l'irresponsabilité, on exigea l'autorisation et le contrôle préalable du gouvernement (a. 37.)

Nous avons vu (au n. 243) comment la *L. du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée* inaugura d'une manière restreinte la liberté de l'anonymat, qui est maintenant consacrée de la manière la plus générale par la *L. 24 juillet 1867, titre 2*.

Nous aurons deux sections : — 1° Formation et organisation générale ; — 2° Administration.

1. Généralement on se sert du mot *compagnie* pour désigner les grandes sociétés anonymes, et du mot *société* pour les petites.

SECTION PREMIÈRE.

FORMATION ET ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

303. L'art. 21, 1er al., permet de la constituer sans l'autorisation du gouvernement. C'est la grande innovation de la loi.— Il y a encore deux ordres d'exceptions :

1° *Pour les tontines et les compagnies d'assurance sur la vie* : L. 1867, titre 6, art. 66 et suiv.; v. l'appendice à la fin du chapitre.

2° *Pour les sociétés anonymes étrangères* ; v. l'appendice II à la fin du titre.

304. « Elles seront soumises aux dispositions des art. 29, 30, 32, 33, 34 et 36 du code de commerce et aux dispositions contenues dans le présent titre ». (L. 1867, a. 21, 3e al.).

Les art. 29, 30, 31, 32, 33, du C. com., ont été déjà étudiés. Nous avons à dire quelques mots des art. 34 et 36.

L'article 34 indique deux conditions pour la société anonyme : la division du capital en actions, et l'égalité de ces actions. On a prétendu que ces deux conditions étaient exigées impérieusement par la loi, et qu'une société anonyme ne pouvait pas exister sans elles. Mais nous ne trouvons dans l'article aucune formule impérative, et l'on ne peut pas suppléer une restriction à la liberté dans une matière qui en contient déjà un assez grand nombre.

Les art. 35 et 36, C. com., s'occupent des formes et des modes de cession des actions, nous en avons traité dans notre partie générale (ch. 3) ; il faut noter seulement que, si l'art. 21 de la loi ne renvoie pas à l'art. 35 du Code, c'est uniquement parce que le texte de celui-ci n'est plus rigoureusement exact : les actions ne peuvent plus être *établies* sous la forme au porteur ; mais elles peuvent y être amenées au cours de la société.

305. L'art. 23 de la L. 1867 établit un minimum de sept membres. On a voulu éviter que l'on ne se servît de la forme anonyme pour faire des affaires en échappant à toute responsabilité personnelle ; et l'on n'a admis d'exception que pour les entreprises exigeant des capitaux très considérables; dans cette pensée le nombre de sept est certainement aussi restreint que possible.

Ce nombre de sept a été emprunté à la loi anglaise de 1856 sur les *joint stock companies limited*.

SECTION II.

GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

306. Il y a ici trois pouvoirs : l'assemblée générale, les administrateurs, les commissaires du contrôle ou censeurs. Tous émanent de l'assemblée générale, qui est le pouvoir souverain, car ici tous les associés, n'étant tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises, sont égaux, à la différence de ce qui a lieu dans la commandite. — Les administrateurs sont uniquement les mandataires des associés, qu'ils soient nommés par l'assemblée générale, ou qu'ils soient désignés par les statuts, lesquels sont acceptés par tous. Il faut des administrateurs pour faire les actes journaliers de la vie commerciale ; car, pour agir, il faut être peu nombreux ; et d'autre part l'assemblée générale ne peut se réunir souvent. — Il faut aussi des commissaires chargés de contrôler la gestion, parce que l'assemblée en corps ou les actionnaires individuellement ne peuvent pas le faire efficacement, on ne peut pas communiquer à tout actionnaire tout le secret des affaires de la société. Mais ces commissaires ont moins de pouvoir que le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite ; parce qu'il n'y a pas le même antagonisme possible entre les gérants et les associés ; les administrateurs, mandataires révocables de ceux-ci, sont déjà beaucoup plus leurs représentants.

Nous aurons quatre paragraphes : — 1° Des administrateurs ; — 2° De l'assemblée générale ; — 3° Des commissaires du contrôle ; — 4° Précautions imposées par la loi dans la gestion.

§ 1er

Des administrateurs.

Trois divisions : — 1° Nomination ; — 2° Pouvoirs ; — 3° Responsabilité.

I. — **Nomination.**

307. Les conditions en sont réglées par l'art. 25 de la L. 1867.

D'après *le 2e alinéa*, les statuts peuvent stipuler que les administrateurs sortants ne seront pas rééligibles; mais cela n'aurait que des inconvénients, car il n'y aurait plus d'esprit de suite dans la direction des affaires sociales; au contraire, il vaudra mieux mettre dans les statuts qu'ils ne seront remplacés que par fractions. — *Le 3e al.*, admet que les administrateurs statutaires ne peuvent être nommés que pour trois ans, parce que l'acceptation qu'ont faite les associés en adhérant aux statuts n'est pas tout à fait libre; la loi craint toujours une confiance exagérée dans les fondateurs. D'autre part, on a admis cette désignation par les statuts, car il peut y avoir un grand intérêt pour les fondateurs à s'assurer l'administration dans les premiers temps de la société, ou à l'assurer à quelqu'un de capable.

II. — **Pouvoirs des administrateurs.**

308. Ils sont nommés à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés (a. 22, 1er al., de la L. 1867, qui reproduit à peu près l'art. 31 du Code de com.).

« *A temps* »; six ans au *maximum* (art. 25) : — sans cela on hésiterait souvent à révoquer des administrateurs qui se seraient montrés peu capables, sans avoir cependant mérité un blâme formel et le déshonneur qui s'attache à une révocation; — les actionnaires pouvant changer incessamment, au bout d'un certain temps les administrateurs ne seraient plus les mandataires des actionnaires actuels.

« *Révocables* », par la seule volonté de l'assemblée. On a voulu contenter cette révocabilité *ad nutum*, et soutenir que la révocation ne pouvait avoir lieu que pour cause légitime. — Mais la révocabilité *ad nutum* est de la nature du mandat; la loi ayant pris la peine de le répéter ici, on ne peut hésiter à l'appliquer. Si les administrateurs ont été nommés par les statuts, la disposition que nous étudions doit être appliquée néanmoins, quoiqu'elle déroge à l'art. 1856, C. civ.

Cette révocabilité n'est pas seulement naturelle à ce mandat; il faut la considérer comme essentielle, et même d'ordre public,

puisque l'a. 41 annule la société pour toute inobservation de l'a. 22. D'où il suit certainement que les statuts ne pourraient pas déclarer les gérants absolument irrévocables pour toute la durée de leurs fonctions. Mais la jurisprudence, suivie par de nombreux auteurs on conclut en outre, que rien ne doit gêner la révocation *ad nutum* ; — que les statuts ne peuvent limiter les causes de révocation à des faits graves, ce qui impliquerait ainsi le contrôle des tribunaux; — qu'ils ne peuvent obliger la société à des dommages-intérêts en cas de révocation soit par une stipulation directe, soit par la promesse de maintenir les administrateurs un certain temps en fonctions, soit par l'admission du contrôle des tribunaux. — Cette doctrine nous paraît exagérer la portée des art. 22 et 41 : — la loi n'a pas exigé formellement, comme essentielle, la révocabilité *ad nutum* ; quand même les causes de révocation seraient limitées, quand même les tribunaux exerceraient un contrôle, quand même la société devrait des dommages-intérêts, on ne pourrait pas dire que les administrateurs sont irrévocables ; l'a. 22 ne serait pas violé ; — on ne verrait pas d'ailleurs de raison sérieuse à la rigueur de la loi ; au contraire cette rigueur priverait les sociétés de bons administrateurs, qui ne pourraient accepter une situation absolument précaire.

« *Salariés* ou *gratuits* » : on aurait pu en douter en soutenant qu'un associé doit gratuitement ses soins à la société ; mais il est certain qu'on impose aux administrateurs une charge qui ne leur incomberait pas comme simples actionnaires ; il est naturel de les rémunérer. Ils sont habituellement salariés, et cela vaut mieux. Cela pourra avoir une conséquence pour leur responsabilité (C. civ., art. 1992 ; v. n. 288).

« *Pris parmi les associés* ». Ceci a été ajouté par le projet à l'art. 31 du C. com. C'est le préliminaire de l'a. 26, qui exige le dépôt d'un certain nombre d'actions à titre de garantie. On a pensé aussi qu'étant associés, ils seraient plus intéressés à bien gérer. Le 2e alinéa corrige un peu cette exigence. (v. n. suiv.).

309. Ordinairement les administrateurs, qui sont assez nombreux, ne prennent pas part à tous les actes de gestion ; ils

forment le *conseil d'administration* qui se réunit à des intervalles rapprochés, mais qui ne peut pas être toujours là. La direction journalière est déléguée alors à un *comité de direction* composé d'un petit nombre d'administrateurs, ou même à un *directeur* unique (a. 22, 2e al.).

Cet alinéa consacre précisément la pratique dont nous venons de parler. Le directeur dont il s'agit ici ne doit pas être confondu avec le *directeur des travaux*, qui dans beaucoup de compagnies s'appelle simplement le directeur, et qui est l'homme technique, spécial, qui dirige l'exploitation. Ce dernier ne s'occupe pas de la gestion générale des affaires sociales, des marchés, des contrats à passer au nom de la compagnie ; il ne s'occupe que de leur exécution à l'intérieur ; il peut parfaitement être pris en dehors du conseil d'administration ; beaucoup de statuts même stipulent qu'il sera pris en dehors de ce conseil, et qu'il n'y aura que voix consultative. — Le directeur dont parle l'article sera un délégué du conseil d'administration qui fera les actes habituels de haute gestion ; de sorte que l'administration, au lieu d'être collective dans le conseil, sera personnelle ; le conseil statuera seulement sur les affaires importantes et recevra les comptes que lui rendra le directeur.

Ils peuvent même « *se substituer un mandataire étranger à la société* » (même a. 22). Ceci est très bizarre : les mandataires (administrateurs) peuvent faire ce que leurs mandants (l'assemblée générale) ne peuvent pas faire ! On a été déterminé par cette idée qu'ils seraient responsables de leur choix ; et que ce serait une garantie de plus pour la société. Mais cette garantie peut n'avoir pas grande importance, à raison de l'énormité des valeurs engagées dans la société ; et ils ne sont pas plus intéressés que l'assemblée générale à bien choisir. On a voulu aussi permettre de choisir une personne très capable d'être administrateur, et qui n'aurait pas le nombre d'actions suffisant pour être nommée. — La responsabilité du choix fait par les administrateurs sera plus sévère que celle indiquée dans l'art. 1994, C. civ. : on a dit formellement qu'ils seraient responsables des fautes commises dans la gestion par le mandataire substitué ; on a voulu obliger ses mandants à le surveiller ; mais ne leur a-t-on

pas imposé une tâche impossible ? — Il faut, pour que la substitution puisse avoir lieu, que les statuts le permettent.

310. *Étendue de leurs pouvoirs.* Ils sont exclusivement les mandataires des actionnaires; ils n'ont pas, comme dans les autres sociétés, un intérêt personnel, puisqu'ils ne s'engagent nullement vis-à-vis des tiers. Cette situation aura *en fait* une très grande importance; ils dépendront beaucoup plus de l'assemblée générale; et, étant nommés à temps et révocables, ils seront obligés de suivre la direction que leur imprimeront les décisions des actionnaires. De plus, si les statuts se sont expliqués, ils n'ont que les pouvoirs qui leur sont rigoureusement conférés, et les statuts pourront tout à fait librement mettre des entraves à leur initiative, organiser des mesures de précaution, exiger pour leurs actes des autorisations à donner par l'assemblée générale, instituer un contrôle très sévère. Mais *en droit*, et dans le silence des statuts, nous ne pensons pas qu'on puisse dire que leurs pouvoirs sont moins étendus que ceux des gérants des autres sociétés dans la même hypothèse. Nous n'avons donc, pour les administrateurs de la société anonyme, qu'à renvoyer à ce que nous avons dit pour les gérants de la société en nom collectif (v. n. 183 et suiv.). Nous ajouterons qu'à l'égard des tiers ils sont aussi moins des mandataires que la personnification même de la société (v. n. 187 *bis*).

III. — **Responsabilité des administrateurs.** Deux subdivisions : — 1° Garanties prises contre eux ; — 2° Étendue de leur responsabilité.

1° Garanties prises contre eux.

311. L'art. 26 exige qu'ils soient propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. La loi ne fixe pas le nombre de ces actions ; les statuts peuvent l'abaisser autant qu'ils voudront, pour qu'il ne soit pas trop difficile de trouver des administrateurs. — Le 2e al. établit, dans la mesure des actions exigées, la *solidarité* entre les administrateurs. Cette solidarité est très exorbitante, car ils ne choisissent pas leurs collègues, qui leur sont imposés par l'assemblée générale ; et elle leur incombe lors même que la mesure aurait été décidée malgré leur opposition la plus formelle. Pour qu'on ne

trouve pas trop difficilement des administrateurs, les statuts pourront se contenter d'un nombre très faible d'actions; sauf à faire voter ensuite par l'assemblée générale qu'on devra en avoir un chiffre beaucoup plus élevé; cette dernière exigence n'étant pas dans les statuts ne sera pas soumise aux règles de l'art. 26; et on pourra stipuler que, sur les actions exigées en plus par l'assemblée générale, il n'y aura pas solidarité.

Les actions sont inaliénables. On doit en conclure qu'elles ne peuvent être saisies au préjudice des droits de la société et de ses ayants-cause. Elles restent frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale (a. 26).

312. Lorsque les administrateurs auront cessé leurs fonctions, l'article ne dit pas quand ces actions seront libérées du droit de gage de la société. Nous dirons qu'elles le seront dès la reddition de compte des administrateurs, et devront leur être remises par leurs successeurs, libres de toute entrave à leur circulation.

312 *bis*. L'art. 40 interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. — Il exige que, chaque année, il soit rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent. — La loi actuelle ne leur interdit que les *entreprises* et *marchés*, qui indiquent, non pas une opération isolée, mais une convention ayant pour effet de produire des rapports suivis et prolongés. Ainsi, les administrateurs pourront, sans autorisation, faire avec la société des actes isolés de commerce, fussent-ils même très répétés : p. ex. lui vendre ou lui acheter des marchandises, prendre son papier à l'escompte ou lui porter le leur. Mais ils ne pourraient pas se charger envers la compagnie d'une construction, d'une fourniture au mois ou à l'année; faire une assurance contre l'incendie, ou un abonnement pour assurances maritimes. On a pensé que ces opérations suivies et prolongées donnent plus facilement prise à la fraude, et qu'il était aisé

d'obtenir pour elles l'autorisation de l'assemblée, qui serait une entrave insupportable pour les actes isolés.

La sanction de la loi sera la résiliation des marchés incriminés, s'ils durent encore; des dommages-intérêts, et la révocation possible des administrateurs coupables.

2° Etendue de la responsabilité des administrateurs.

313. Voyons d'abord leur responsabilité pour leur **gestion** au cours de la société. Aux termes de l'art. 44, « les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. »

« *Individuellement ou solidairement*, » « conformément aux règles du droit commun. » C'est-à-dire qu'en principe la responsabilité sera individuelle pour chacun, à raison de ses propres fautes. Il n'y aura solidarité que si la faute est commune à tous, par exemple pour une décision prise en conseil d'administration, ou s'il est impossible de reconnaître la part qui revient à chacun. Il n'y a d'exception que pour les actions déposées à titre de garantie en vertu des statuts; sur celles-ci, la solidarité existera toujours (L. 1867, art. 26).

313 *bis*. 1° *Responsabilité envers la société*. Ils sont soumis à cet égard à l'action de mandat, et tenus dans les termes de l'art. 1992, C. civ. Ils sont vis-à-vis de la société exactement dans la même situation que les gérants dans les autres sociétés; ils ont les mêmes pouvoirs et doivent compte de tous leurs actes. Ils répondent seulement des fautes caractérisées que ne commettrait pas un bon commerçant; mais on ne peut leur reprocher les conséquences fâcheuses d'actes qui n'étaient pas imprudents au moment où ils ont été décidés; les risques inséparables de toute entreprise commerciale ne leur sont pas imputables.

Leur mandat étant collectif, donné au nom de la société, l'action qui en naît appartient à la société, et l'assemblée générale peut en disposer et y renoncer; si elle y a renoncé, directement

ou indirectement, en ratifiant les actes des gérants, aucun actionnaire ne peut plus les poursuivre de ce chef.

Ils seront en outre responsables envers certains actionnaires personnellement, si leurs rapports mensongers sur l'état des affaires de la société ont pu les déterminer à acheter ces actions. Cette poursuite sera individuelle ; elle naît, pour chacune des parties lésées, du délit qui la concerne; elle ne peut donc être entravée par les décisions de l'assemblée générale; elle pourrait être exercée lors même que celle-ci aurait déclaré décharger les administrateurs.

314. 2° *Responsabilité envers les tiers.* Ici nous trouvons la plus grande différence entre les administrateurs et les gérants des autres sociétés dont nous avons parlé jusqu'ici. N'étant que mandataires et non associés en nom, ne faisant pas le commerce pour eux-mêmes, les actes ordinaires de la gestion commerciale de la société ne les obligent pas normalement (C. com., art. 32), car le mandataire oblige son mandant et ne s'oblige pas lui-même.

Ils peuvent seulement être obligés exceptionnellement envers les tiers par les faits dommageables qu'ils peuvent commettre envers eux dans les termes du droit commun de l'art. 1382 du C. civ. ; — ou bien lorsqu'ils ont excédé les bornes de leur mandat, à moins qu'ils ne leur aient donné une suffisante connaissance de l'étendue de celui-ci (C. civ., art. 1997); ou à moins que la société, en ratifiant ce qu'ils ont fait (dans les cas où cela est possible (v. *infra*), n'ait pris l'obligation pour elle.

Ils seront aussi responsables envers les créanciers sociaux pour toute diminution du capital social, contrairement à l'art. 33, C. com., et aux art. 1 et 24 de la L. 1867, soit par remboursements d'actions, soit par distributions de dividendes fictifs. (v. la discussion à propos des conseils de surveillance, *supra* au n. 280). Ajoutons seulement : — le contexte de l'art. 44 signifie évidemment, pour qui le lira sans prévention que *les administrateurs sont responsables... envers les tiers, soit... soit des fautes qu'ils auront commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs* ; n'appliquer cette fin de l'article qu'à leur responsabilité envers les associés,

ce serait manifestement faire violence au texte ; — l'art. 42 les rendant formellement responsables *envers les tiers* de l'omission des formalités initiales fournit un argument puissant d'analogie.

315. Voyons maintenant spécialement la responsabilité des administrateurs pour l'omission des **formalités initiales.**

L. 1867, art. 42. « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24. »

« *Ou des actes et délibérations.* » Ces mots renferment un renvoi inexact à l'article précédent, qui ne prononce pas une semblable nullité ; ils renvoient en réalité à l'art. 61, 2e al., qui était primitivement avant l'art. 42 ; il s'agit du défaut de publicité de certaines décisions très importantes.

Pour l'omission des formalités initiales, les fondateurs sont responsables sans difficulté. — Q. *Mais les premiers administrateurs le sont ils aussi?* — 1er S. *Non* : La faute est imputable seulement aux fondateurs et à l'assemblée générale, qui est seule chargée de vérifier leur déclaration (art. 24, *in fine*) ; si l'art. 42 parle des administrateurs, ces mots se réfèrent seulement à la nullité *des actes et délibérations* qui ont eu lieu pendant qu'ils étaient en fonctions. — 2e S. *Oui* (1) : Ils doivent aussi vérifier l'accomplissement des formalités initiales; le silence de l'assemblée générale ne les couvre pas ; ils ne doivent pas se charger de faire marcher une société qui est en contravention à la loi ; — le mot *administrateurs* est mis dans l'article d'une manière tout à fait générale et la loi disant *les fondateurs*... et *les administrateurs* (et non pas *ou*) indique bien que leur responsabilité peut coexister dans les cas qu'elle indique ; toute la question revient à savoir s'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue ; or, la nullité ne peut être encourue qu'au moment de la constitution de la société,

puisqu'on n'annule pas ce qui n'existe pas encore ; et cette constitution n'a lieu qu'après qu'ils ont accepté leurs fonctions (art. 25, *in fine*.)

316. Q. *Quelle est l'étendue de cette responsabilité solidaire ?* — 1er S. *Elle s'applique à toutes les dettes sociales*, et non pas seulement au préjudice causé par la nullité ; ainsi, elle oblige les fondateurs et administrateurs à payer tous les créanciers sociaux, lors même que les pertes auraient été causées par des malheurs indépendants des vices de la constitution de la société : — la loi les déclare responsables, sans dire de quoi ; ce mot, dès lors, doit s'entendre dans le sens où l'on dit *associé responsable*, c'est-à-dire tenu des dettes sociales *in infinitum* ; — la loi ajoute : *sans préjudice des droits des actionnaires* ; il faut donc que les fondateurs et administrateurs soient tenus autrement envers les tiers qu'envers ces derniers, à l'égard desquels ils ne sont tenus que des conséquences immédiates de leur faute ; — l'art. 42 serait inutile en présence de l'art. 44, s'il n'y ajoutait rien ; — la règle, dans les sociétés commerciales, est que ceux qui gèrent sont responsables solidairement de toutes les dettes ; si l'on veut s'y soustraire, il faut remplir les formalités de la loi ; faute de le faire, on reste sous l'empire du droit commun ; — l'origine de notre article est dans la L. de 1863, art. 25 ; or, à cette époque, les membres du conseil de surveillance des commandites par actions étaient responsables de toutes les dettes sociales (L. 1856, art. 7) ; la loi de 1863 n'a pas pu admettre une responsabilité moindre pour les administrateurs et fondateurs des sociétés à responsabilité limitée ; et la loi de 1867 ayant reproduit la loi de 1863 doit conserver le même sens, quoique la règle ait été changée pour la commandite [1].

2° S. *Elle ne s'applique qu'au préjudice causé par la nullité de la société* : — lorsque la loi déclare quelqu'un responsable pour un certain fait, le sens naturel c'est qu'on est responsable du préjudice causé par ce fait, et non d'autre chose ; et toute responsabilité étant rigoureuse doit s'entendre restrictivement ; or, les arguments du premier système ne sont pas concluants ; — on veut

1. Req. 16 janv. 1878, D. P. 79. 1. 209, etc.

entendre le mot *responsable* dans le sens d'*associé responsable*; mais la loi s'est servie du premier mot tout seul, et non des deux derniers; c'est donc dépasser sa pensée que de traduire l'article comme on le fait; — l'art. 42 n'est peut-être pas parfaitement rédigé, et il fait peut-être double emploi avec l'art. 44; mais cela se voit dans les art. 8 et 9 de la loi, et n'a donc rien d'étonnant ici; en tout cas, cela ne nous autorise pas à ajouter aux rigueurs de la loi; — il n'est nullement démontré que le législateur considère la société anonyme comme une exception aux principes, tandis que les autres sociétés représenteraient l'état normal; il a constitué un certain nombre de formes de sociétés qui sont toutes, au même titre, des types que l'on peut adopter, et l'une n'est pas le droit commun, tandis que l'autre serait l'exception; sans doute, si l'on n'a pas rempli les formalités qu'il exige, le pacte social est nul, les tiers sont autorisés à dire qu'il n'y a devant eux qu'une société de fait; mais les règles de cette société de fait ne doivent pas être prises dans un des types auquel le législateur aurait donné la préférence sur les autres (comme cela a lieu pour la communauté légale); on doit seulement rechercher comment, en fait et au su des tiers, les choses se sont passées, et admettre que les associés ne sont liés envers les tiers que dans la mesure indiquée par les apparences extérieures de cette société de fait (v. n. 359); — enfin, la règle relative au conseil de surveillance étant changée, rien ne nous force plus à donner à notre article l'interprétation qu'on donnait sous la loi de 1863; et, si son texte en passant dans notre art. 42 n'a pas été modifié, c'est qu'il se prête aussi à la responsabilité restreinte admise par l'art. 8 de la loi nouvelle; — il faut, en effet, remarquer que le second alinéa de l'art. 42, relativement à ceux qui ont fait des apports en nature reproduit exactement celui de l'art. 8, et se borne, comme celui-ci, à renvoyer à la responsabilité édictée par son 1^er^ al.; or, il serait bien singulier que, pour ces personnes, la responsabilité variât suivant qu'elles sont dans une société en commandite par actions ou dans une société anonyme, car leur situation et leur faute sont exactement les mêmes; cet alinéa nous paraît établir une liaison intime entre l'art. 8 et l'art. 42, comme il y en avait autrefois

une entre l'art. 25 de la L. 1863 et l'art 7 de la loi de 1856 ; donc, le principe étant modifié dans l'art. 8, il faut admettre la même modification dans l'art. 42; -- enfin l'art. 48 vise aussi la nullité des actes et délibérations de l'art. 61, 2e al. ; admettrait-on que si l'on a négligé de publier une légère modification aux statuts, les administrateurs vont, pour ce seul fait, être responsables *in infinitum* de toutes les dettes sociales ? Il le faudrait pourtant, car le mot *responsables solidairement* tombe sur toutes les hypothèses (la jurisprudence recule devant cette conséquence v. n. 318, mais elle efface pour cela une partie de l'a. 42) [1].

Celui qui aurait payé le tout aurait recours contre les autres, au prorata du montant de leurs actions. (C. civ., a. 1214.)

§ 2

De l'assemblée générale.

317. L'art. 28 de la L. 1867 donne des règles communes à toutes les réunions.

Les délibérations sont prises à la majorité des voix; mais la composition de la réunion et la manière de voter varient suivant l'objet de la réunion. Il y en a trois classes :

318. 1° *Réunions initiales ou constituantes* pour la constatation de l'existence des conditions constitutives (art. 24, *in fine*), la vérification des apports, etc. (art. 24 et 4), la nomination des adminis trateurs et des commissaires du contrôle (art. 26, 1er al.) . Il y a une grande importance à représenter tous les intérêts. Aussi les art. 27, 2e al., et 30 exigent que tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, puisse prendre part aux délibérations.

319. 2° *Réunions ordinaires.* — Elles se tiendront au moins une fois par an (art. 27) : peut-être plus souvent (v. art. 33, 2e al.).

Elles auront pour objet : d'entendre le rapport des censeurs (art. 32) et des administrateurs; d'approuver le bilan et les comptes (art. 32, 2e al.), ainsi que les dividendes proposés, auxquels on

1. Nîmes, 21 janv. 1861, D. P. 61. 2. 126.

appliquera les trois derniers alinéas de l'art. 10 (a. 45, 2e al.). Elles nommeront les commissaires du contrôle pour l'année; réélliront les administrateurs aux moments voulus. Enfin, elles prendront toutes les mesures qui dépassent les pouvoirs des administrateurs (v. art. 33, 2e al.), et qui cependant sont comprises dans l'objet de la société tel qu'il est défini par les statuts (v. *infrà* au 3°); elles pourront autoriser les actes que les administrateurs ne peuvent pas faire seuls, comme par exemple les aliénations d'immeubles, les hypothèques, ou ratifier ceux qu'ils auraient faits en excédant leurs pouvoirs, pourvu toutefois que ces actes ne soient pas absolument interdits par les statuts. Elles pourraient, dans tous les cas, ratifier les actes de mauvaise administration, compris dans les pouvoirs des administrateurs et renoncer à leur en demander compte (v. n. 313 *bis*).

Ces réunions ont moins d'importance que les précédentes et les suivantes ; il ne s'agit que de prendre des décisions sur les intérêts de la société; le législateur ne devait pas entraver la marche de la société par trop d'exigences, ni imposer des assemblées trop nombreuses où l'on ne pourrait arriver à aucun résultat. Aussi les statuts peuvent exiger qu'on soit porteur d'un certain nombre d'actions pour y prendre part, et proportionner le nombre de voix au nombre des actions que l'on possède. Elle exige seulement que les actionnaires présents représentent le quart au moins du capital social. V. les détails dans l'a. 20.

320. 3° *Réunions extraordinaires.*

L. 1867, art. 3 : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. » Elles sont importantes comme les premières; aussi l'on exige les mêmes conditions.

Tous ces actes sont des *modifications aux statuts*. En principe, les statuts, à moins d'une clause insérée dans l'acte social, ne peuvent être changés dans leurs stipulations fondamentales que par l'unanimité des associés; car personne ne peut être lié sans

consentement et en dehors de ce qu'il a consenti (v. n. 162). Il faut décider que la loi nouvelle n'est pas venue déroger à ces principes, et, quand elle parle de modifications aux statuts, de prorogation ou de dissolution anticipée, elle suppose que ces changements sont prévus et autorisés par les statuts eux-mêmes, et peuvent avoir lieu à la majorité, elle établit des règles sévères pour la formation de cette majorité. Il résulte en effet du contexte des art. 29, 30 et 31, que la loi a voulu dans ce dernier article, non pas diminuer les garanties existant de droit commun pour les actionnaires, mais les augmenter. — On doit seulement admettre plus facilement dans les sociétés par actions qu'une modification ne touche pas aux bases du pacte social : puisque l'on ne demande aucun concours personnel aux associés, il suffit que leurs droits pécuniaires ne soient pas atteints par le changement, qu'on ne leur demande pas plus d'argent ni pour plus longtemps, qu'on n'augmente pas leurs risques et qu'on ne diminue pas leur part de profits et leurs chances de gains; en un mot qu'on ne touche pas à l'*objet* ou à la *cause* de leurs obligations, ni à l'*objet de la société*. Mais ils ne seraient pas lésés parce qu'on changerait, à la majorité seulement, certaines conditions de l'exploitation, qu'on se livrerait à quelques opérations légèrement différentes.

On a demandé si cette facilité devrait être accordée pour la *fusion* entre deux sociétés. Il faut répondre non en principe; il faudrait l'unanimité; ou bien chaque société se dissoudrait à la majorité, si cela est possible d'après ses statuts; on rembourserait les dissidents, et, à l'unanimité des restants, on constituerait la nouvelle société. Il n'y aurait d'exception que si les statuts avaient stipulé cette faculté de fusion; ce qui existe par exemple pour les compagnies du chemin de fer.

§ 3

Des commissaires du contrôle ou censeurs.

321. 1. — Nomination.

Ils sont nommés par l'assemblée générale annuelle (L. 1867, art. 32, 1er al.).

Ils ne sont nommés que pour un an (art. 25, 1er al.), et on peut en prendre *un* ou *plusieurs* (a. 32, 1er al.); ils sont rééligibles, puisque rien ne l'interdit; *associés ou non* (a. 33, 1er al.); on prend souvent un expert en comptabilité commerciale; évidemment, ils peuvent être salariés.

L'art. 32, 3e al., indique le moyen de suppléer à cette nomination.

322. II. — **Fonctions.**

Ils font un rapport annuel sur la situation de la société, le bilan et les comptes (art. 32, 1er al.). Ils ont à vérifier toutes les opérations sociales, comme le conseil de surveillance des commandites par actions (v. not. l'art. 34, 3e al.); mais leur contrôle n'est pas permanent, ils n'ont qu'à préparer la délibération de l'assemblée, qui est nulle à défaut de ce rapport (L. 1867, art. 32, 2e al.).

Et ils ne peuvent commencer leur travail de contrôle que dans les trois derniers mois de l'année (L. 1867, a. 33). On n'a pas voulu qu'ils pussent entraver l'action des administrateurs. Leurs quatre-vingt-dix jours se réduisent à soixante et quinze, car leur rapport doit être prêt quinze jours avant l'assemblée (Art. 35).

323. III. — **Responsabilité.**

« L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat » (L. 1867, art. 43).

a. *Sont-ils aussi responsables envers les tiers?* — P. ex. si, faute de surveillance, ils ont permis de fausser les écritures et les inventaires et de cacher longtemps des déficits qui ont amené la faillite de la société. C'est la même question que nous avons déjà examinée pour les membres du conseil de surveillance dans les commandites par actions (n. 280), et pour les administrateurs dans la société anonyme (n. 314). La négative, outre les arguments développés au n° 280, pourrait encore s'appuyer sur le silence de notre art. 43, qui ne parle pas des tiers, tandis que les art. 42 et 44 en parlent à propos des administrateurs. Néanmoins nous admettons encore ici l'affirmative pour les autres motifs donnés au même n° 280 : — s'il n'y a là qu'une applica-

tion de l'a. 1382, il n'y avait besoin d'aucun texte spécial pour appliquer ce droit commun aux censeurs; le silence du législateur n'est donc pas une objection décisive; — or cette fonction de censeur paraît bien instituée par la loi aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt des associés.

Pour l'étendue, en droit, de leur responsabilité, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit pour le conseil de surveillance. En fait, elle sera moindre, car n'ayant aucun contrôle à exercer pendant les neuf premiers mois de l'année, on ne pourra aucunement les rechercher pour les faits qui se seront passés dans cette période.

§ 4

Précautions imposées dans la gestion.

324. V. L. 1867, a. 34, 35 et 36.

L'art. 36 impose la formation d'un « *fonds de réserve* » par un prélèvement d'un vingtième sur les bénéfices nets. Les statuts peuvent exiger plus, mais ne peuvent pas exiger moins.

Q. *Pour calculer les bénéfices nets faudra-t-il déduire l'intérêt afférent au capital-actions?* Soit un capital-actions de 2 millions, un bénéfice net de 150,000 fr.; faudra-t-il prendre pour base du calcul de notre article ces 150,000 fr., ou, en déduisant l'intérêt de ce capital, qui est de 120,000 fr., prendre seulement 30,000 fr.? dans le premier cas, le prélèvement serait de 7,500 fr.; dans le second, il serait seulement de 1,500 fr. — Nous pensons qu'il ne faut pas déduire cet intérêt, car le mot *bénéfices nets* s'entend naturellement de tout ce qui a été gagné dans l'année; et nous avons plusieurs fois soutenu que les associés n'ont pas un droit absolu à l'intérêt de leurs mises. — Seulement, si l'on admettait la jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle on peut prendre ces intérêts même sur le capital, pourvu que les statuts le permettent, notre question ne signifierait plus rien, car on reprendrait d'une main ce qu'on laisserait de l'autre. Mais il n'est pas sûr que cette jurisprudence persiste.

326. L. 1867, art. 37 : « En cas de perte des trois quarts du ca-

pital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société ». V. aussi les 2e et 3e al. La *dissolution* doit nécessairement être proposée; mais l'assemblée est souveraine; si elle la rejette, il n'y a pas de recours aux tribunaux; car le 3e al. n'admet ce recours que si l'assemblée n'a pas pu se prononcer sur ce point.

L. 1867, art. 30 : « La dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept. » C'est la sanction de l'art. 23, mais bien modérée; car la nullité ne peut être demandée qu'un an après, et elle est facultative!

L'art. 39 déclare l'article 17 applicable aux sociétés anonymes.

327. **Dispositions transitoires.**

D'après l'art. 46, « les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent. — Elles pourront se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en obtenant l'autorisation du gouvernement et en observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts. » La société peut avoir intérêt à se transformer, si le régime de la loi est plus doux que celui qui lui avait été imposé par le gouvernement, et pour pouvoir plus facilement modifier ses statuts (art. 31). Mais il faut l'autorisation du gouvernement, et, s'il n'y avait qu'une très faible majorité, le gouvernement pourrait la refuser, pour respecter les droits acquis.

L'art. 47 permet aux sociétés à responsabilité limitée de se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts. On peut y avoir intérêt pour pouvoir augmenter le capital.

Le même art. 47, 2e al., abroge les art. 31, 37 et 40 C. com., et la loi de 1863.

APPENDICE AU CHAPITRE V.

Règles relatives aux tontines et aux compagnies d'assurances.

328. Elles font l'objet du titre V de la loi du 24 juillet 1867.

Les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement (a. 66, 1e al.).

Les *tontines* sont des associations où l'on met en commun un certain capital, soit pour partager à un moment donné ce capital augmenté des intérêts entre les survivants, soit pour en partager les revenus, soit pour le placer à fonds perdu et distribuer annuellement les revenus entre ceux qui survivent. — Elles ne sont pas commerciales; elles ne sont même pas, à proprement parler, des sociétés, car il n'y a pas augmentation du capital, et l'intérêt n'est pas commun entre les associés; il est alternatif; les uns profitent du malheur des autres (v. n. 155). Aussi, la loi les qualifie-t-elle seulement d'associations. — Elles sont dangereuses à cause de l'incertitude de l'évaluation des chances de survie, qui permet d'abuser les souscripteurs. Aussi elles ont toujours été soumises à l'autorisation du gouvernement : Av. du cons. d'État du 1er avril 1809.

Les *assurances mutuelles sur la vie* ressemblent beaucoup aux tontines; elles présentent les mêmes dangers, et ont été soumises à la même autorisation par un avis du Conseil d'état du 15 octobre 1809; mais on discutait sur son autorité.

Les *assurances à prime sur la vie* sont des contrats par lesquels les assurés versent tous les ans une certaine somme qu'on appelle prime, pour qu'un certain capital soit payé, soit à leur décès à leurs héritiers (assurance en cas de décès), soit à eux-mêmes, s'ils vivent à un âge déterminé (assurances en cas de vie). Les sociétés qui se chargent de centraliser et de répartir les fonds font acte de commerce (comp. n. 48).

Toutes ces sociétés sont soumises à l'autorisation du gouvernement. *Restent-elles en même temps soumises à toutes les disposi-*

tions de la L. de 1867? Non, en général; car ces dispositions ont pour but de parer aux dangers de la suppression de l'autorisation gouvernementale. Mais elles sont soumises aux dispositions qui ne se rattachent pas à cette idée; comme les règles sur la distribution de dividendes fictifs, etc.

329. Les autres sociétés d'assurances, pourront se former sans autorisation. Un règlement d'administration publique devait déterminer les conditions sous lesquelles elles pourront être constituées (a. 66, 2e al.). Ce règlement d'administration publique est contenu dans le *décret du 22 janvier* 1868, qui réglemente toutes les sociétés d'assurances, sur la vie ou autres.

D'après l'art. 67, « les sociétés d'assurances désignées dans le paragraphe 2 de l'article précédent, qui existent actuellement, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, sans l'autorisation du gouvernement, en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts.» Cet article diffère de l'art. 46 en ce qu'il n'exige pas une nouvelle autorisation du gouvernement; cette garantie est remplacée par les exigences spéciales du règlement d'administration publique. — Cette faculté est concédée à toutes les sociétés d'assurances autres que celles sur la vie, sans distinction entre les assurances mutuelles ou à primes : le texte est absolu.

CHAPITRE VI.

DES SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE.

330. Cette nouvelle modalité des sociétés a été créée en 1867 pour offrir plus de facilité aux **sociétés coopératives** [1]. Ces sociétés s'étaient beaucoup développées en France après 1863, à la suite du voyage fait par les ouvriers français à l'exposition de Londres. Mais déjà auparavant, en 1848, il s'était fondé de nombreuses *associations ouvrières*, même avec subvention de

1. Consultez, pour plus de détails, Cauwès, *Précis d'écon. polit.*, 2e éd., n. 920 et suiv.

l'État; un petit nombre seulement avaient prospéré. C'est en Angleterre que ces sociétés ont été pratiquées pour la première fois. L'idée première est peut-être française; car on la trouve indiquée dans un cours de droit commercial professé à Lyon par Ozanam, à propos des solutions possibles du problème des relations entre le capital et le travail.

Qu'est-ce que la *coopération?* Le mot, qui nous est venu de l'Angleterre, est assez vague; il n'indique par lui-même que la collaboration active qui existe dans toute société. D'autre part, les sociétés coopératives ont des formes très variées qu'il paraît difficile de faire rentrer dans une même définition. Il y a cependant une idée commune; c'est celle-ci : *Faire soi-même ses affaires au moyen de l'association, en supprimant les intermédiaires coûteux.*

Les sociétés coopératives présentent trois types principaux auxquels tous les autres peuvent se ramener : — 1° sociétés de consommation; — 2° sociétés de crédit; — 3° sociétés de production (v. pour les détails, notre *Cours*, n. 331-335).

336. La *loi du 24 juillet* 1867 s'occupe de ces sociétés dans son *titre III*, sous la rubrique : *Dispositions particulières aux sociétés à capital variable.*

Elle n'a pas créé de type nouveau de société; aussi l'on devra toujours adopter l'un des anciens types; elle a seulement permis de modifier ces types, en accordant quelques facilités.

L'art. 48, permet en effet à toute société de se placer sur le régime organisé par notre titre.

« *Toute société* » civile, ou commerciale; par intérêts ou par actions. — On a soutenu que notre titre ne s'appliquait qu'aux sociétés par actions : cela a été dit quelque part dans la discussion au Corps législatif; et on argumente aussi de ce que les deux premiers titres supposent des sociétés par actions. Mais l'esprit de la loi est tout à fait général : dans la discussion, beaucoup de choses ont été dites, qui n'ont pas été sanctionnées en définitive; on a pu vouloir indiquer seulement que toutes les règles de notre titre ne seraient pas applicables aux sociétés par intérêts; par exemple les art. 49 et 50; — si la loi ne parle que des sociétés par actions dans ces deux premiers titres, elle parle de tou-

tes les sociétés commerciales dans le quatrième; — enfin, l'art. 53, qui ne peut avoir d'intérêt que pour les sociétés civiles (car ce qu'il accorde existait déjà pour les autres), montre bien que notre titre est tout à fait général.

L'art. 48 consacre la possibilité de l'augmentation et de la diminution du capital si souvent demandée; les art. 57 et 58, 2e al., adaptent la publicité à cette forme.

Pour qu'il y ait société à capital variable, il faut que le capital soit susceptible à la fois d'augmentation et de diminution. Une société où il ne serait susceptible que d'augmentation ne pourrait bénéficier des faveurs de notre titre, notamment de l'abaissement des actions à 50 fr. (a. 50). Car cette augmentation a toujours pu être stipulée ; la loi n'avait rien à faire pour ce cas. On ne pourrait pas non plus prendre seulement dans l'art. 48 la faculté de diminution pour échapper au principe que nous avons établi aux numéros 174 *bis*, 209 et 219.

338. L'art. 49 limite le capital social à 200,000 francs, c'est pour que des sociétés riches et donnant matière à la spéculation ne puissent profiter des facultés accordées. Du reste, le ministre a cité au Corps législatif des chiffres prouvant que ce capital n'est jamais atteint dans les sociétés coopératives, et qu'on n'en approche même jamais au début : avec le minimum de 50 fr. par action, la constitution de ce capital suppose quatre mille souscripteurs ; or, il est sans exemple qu'il y en ait eu jamais plus de mille. — Le second alinéa atténue encore beaucoup la rigueur du premier, en permettant d'augmenter le capital d'année en année, mais seulement de 200 000 fr. chaque fois.

Cette disposition restrictive n'a de raison d'être que pour le sociétés où la spéculation est possible, les sociétés par actions ; l'a. 49 ne s'appliquerait donc pas aux sociétés par intérêts, pas plus que l'a. 50 ; d'ailleurs le mot *assemblée générale* qui s'y trouve paraît bien supposer une société par actions.

339. L'art 50 exige que les actions soient toujours nominatives (al. 1 et 3). Cette condition était désirée pour les sociétés coopératives, où tous les membres doivent se connaître et s'agréer mutuellement. Aussi le troisième alinéa permet de stipuler dans les statuts le contrôle du conseil d'administration

ou de l'assemblée générale sur tous les nouveaux associés. — On a prétendu que cet alinéa n'excluait pas la cession par voie civile, mais cette voie aurait tous les inconvénients qu'on a voulu éviter; du reste, avec la faculté qu'ont les associés de se retirer, il n'y a pas d'intérêt à faciliter la cession. — On avait même proposé de ne pas permettre du tout la négociation; mais on a considéré qu'il serait plus avantageux pour la société que l'associé sortant se trouvât un remplaçant pour ne pas diminuer le capital social.

D'autre part, l'art. 50 accorde une grande facilité; c'est la possibilité d'abaisser les coupures à 50 fr. — Et la société jouira de cet avantage lors même que le capital sera ultérieurement élevé au-dessus de 200,000 fr.; car l'article est tout à fait général, et un amendement dans le sens que nous indiquons a été repoussé, comme inutile, par le gouvernement et par la commission.

340. Art. 51 : « Les statuts détermineront une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des apports autorisées par l'article 48. — Cette somme ne pourra être inférieure au dixième du capital. » Les tiers ne compteront jamais d'une manière absolue que sur le minimum de capital déterminé par les statuts. — Pour la constitution de la société, l'art. 51, 3e al., se contente du versement d'un dixième au lieu du quart; soit, pour le capital minimum, cinq fr. par actionnaire. Et encore la loi n'exige pas que chaque actionnaire ait versé son dixième, à la différence de ce que l'art. 1er exige pour le versement du quart; il suffit que le dixième du capital existe dans la caisse sociale, quelles que soient les proportions dans lesquelles il aura été fourni par chacun : — en effet, chacun pouvant se retirer et reprendre tout son apport, on ne pouvait exiger que son dixième individuel fût mis dès l'abord et restât toujours en caisse; — enfin l'art. 52, 1er al., parlant de la retraite de l'associé, vise comme restrictif le 1er al. de l'art. 51, mais non le 3e.

Avant même que le dixième ne soit versé, rien n'empêche la société d'exister, comme société civile par exemple, entre les parties, pour accumuler les versements de 50 c., 10 c., jusqu'à ce qu'on ait formé la somme voulue.

Il faudra de plus, pour la constitution de la société, la souscription de la totalité du capital social ; l'art. 1er de la loi n'est pas modifié sur ce point, et l'art. 48 y renvoie.

Ces conditions ne sont plus exigées pour les augmentations ultérieures du capital.

341. L'art. 52, 1er al., permet à chaque associé de se retirer de la société lorsqu'il le veut. Ce principe est nécessaire en général pour le succès de la coopération. — « *Quand il le jugera convenable* » (a. 52) ; donc il n'a pas à respecter les conditions des art. 1869 et 1870, C. civ. ; sauf dans le cas de coalition entre quelques-uns, pour se retirer en masse. — « *A moins de conventions contraires* » (a. 52). Car il peut y avoir des inconvénients à cette retraite. — « *Et sauf l'application du paragraphe 1er de l'art. 51* », c'est-à-dire lorsque la reprise de l'apport ferait descendre le capital social au-dessous du minimum.

Art. 52, 2e al. « Il pourra être stipulé que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société. » On avait reconnu cette faculté comme nécessaire pour la vie des sociétés coopératives, car elles sont fondées sur la confiance réciproque, l'honnêteté et le zèle pour la chose commune.

342. Art. 52, 3e al. « L'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite. » La loi organise ainsi une liquidation partielle à l'égard des tiers. — Le terme de cinq ans est emprunté à l'art. 64 du C. comm. ; on a admis que la société pouvait être considérée comme dissoute à son égard, puisque sa retraite était prévue par les statuts et par la loi. Du reste, ce recours est peu efficace, car il est difficile de suivre un ouvrier pendant cinq ans. C'est une nouvelle raison pour que les tiers ne comptent que sur le minimum du capital qui ne peut être retiré.

343. Art. 54. « La société ne sera point dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ; elle continuera de plein droit entre les autres associés. »

Cette règle s'appliquera même si la société est par intérêts. Les statuts peuvent d'ailleurs stipuler le contraire. D'après l'article, la société continuera entre les autres associés; mais elle ne continuera pas de plein droit avec les héritiers ; sauf dans le cas où le capital serait réduit au minimum (art. 51), car alors il faudrait attendre qu'on pût les rembourser.

L'art. 63 autorise la représentation en justice de la société par ses administrateurs, quelle que soit sa forme. Il fait disparaître un des inconvénients de la forme civile, pour les sociétés coopératives.

CHAPITRE VII.

FORMES ET PUBLICATION DES SOCIÉTÉS ET THÉORIE GÉNÉRALE DES NULLITÉS DE SOCIÉTÉS.

Trois sections : — 1° Formes ; — 2° Publication ; — 3° Théorie générale des nullités de sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES.

344. Les sociétés commerciales doivent être constatées par écrit. Indépendamment des raisons qui le rendent nécessaire en droit commun, l'écrit est exigé ici, par exception aux règles ordinaires pour les contrats commerciaux, parce que toute société suppose des rapports compliqués à régler pour lesquels on ne peut se fier à la mémoire des parties ou des témoins, et parce qu'il faut un écrit pour pouvoir publier la société. La règle remonte à l'ord. de 1673, mais était peu observée.

Q. *Aucune autre preuve ne pourrait-elle suppléer à l'écrit?* En d'autres termes, est-il exigé *ad solemnitatem* ou seulement *ad probationem* ? — D'abord, pour l'avenir, il est certain que rien ne peut y suppléer, car, si l'on n'a pas rédigé d'écrit, on ne peut faire les publications dans les formes légales, et la société serait toujours nulle pour défaut de publication (v. *infrà*, C. com.,

art. 42 *in fine*; L. 1867, art. 36 *in fine*). — Mais pour le passé, pour établir les bases de la liquidation des faits accomplis, nous admettons qu'on peut prouver autrement que par l'écrit; par exemple par l'aveu, le serment, et même par témoins au-dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit : — nous considérons que notre art. 30 n'est que la reproduction de l'art. 1834, 1er al., comme l'art. 41 reproduit le 2e al., et que toutes ces dispositions consacrent en notre matière les règles de l'art. 1341, C. civ.; car il n'y a aucune raison d'exiger plus rigoureusement un écrit pour les sociétés commerciales que pour les sociétés civiles ; c'est déjà une certaine rigueur que de ne pas admettre pour les premières les modes de preuve usités en droit commercial; — l'art. 41 déclarant que sa disposition s'applique même au-dessous de 150 fr., *a contrario* l'art. 39, qui ne dit rien de pareil, ne s'applique pas nécessairement au-dessous de 150 fr. ; — c'est ainsi qu'on interprétait autrefois l'ordonnance de 1673 (tit. 4. art. 1), que notre article a reproduite.

La nécessité d'une preuve écrite n'existe pas pour les tiers, qui ne peuvent pas se la procurer (C. civ., art. 1348); ils pourront prouver par tous les moyens.

L'art. 39 ne s'appliquait pas autrefois aux sociétés anonymes, pour lesquelles l'art. 40 exigeait un acte authentique; mais la L. de 1867, art. 21, 2e al., permet de les constituer par acte sous seing privé. La règle est donc applicable maintenant à toutes les sociétés commerciales.

345. **Nombre des doubles** nécessaires quand l'acte est sous seing privé. — En principe, il en faut autant que d'associés (C. civ., art. 1325, auquel renvoie notre art. 30).

Q. *Cette règle s'applique-t-elle à la commandite simple?* — 1er S. *Non; il suffit de deux*, un pour les commanditées et un pour les commanditaires; ce sont les deux seuls *intérêts distincts* (C. civ., art. 1325); pour la commandite par actions la L. 1867, art. 1, se contente de deux doubles. — 2e S. *Oui ;* il en faut autant que d'associés : d'abord autant que d'associés en nom, qui entre eux sont associés en nom collectif (C. com., art. 24); mais même autant que de commanditaires qui peuvent très bien

avoir des intérêts distincts et opposés ; par exemple, si quelques-uns n'ont pas versé leurs mises, se sont immiscés ; — quant à la loi de 1867, art. 1, si elle dit que deux doubles suffisent, c'est donc que ce n'était pas le droit commun ; cette règle a d'ailleurs des motifs spéciaux que nous indiquons immédiatement.

Pour les sociétés par actions, deux doubles suffisent d'après la loi de 1867, art. 1 et 21, parce qu'il y en a un qui est déposé chez le notaire avec la déclaration des gérants ou fondateurs (art. 1 et 24), et qui est ainsi à la disposition de tout le monde. — Il suffit de deux doubles pour la preuve; mais il faudra en rédiger quatre en réalité, car deux autres sont nécessaires pour la publication (L. 1868, art. 56).

L'art. 41 exclut la preuve par témoins; mais il n'empêche pas la preuve par les livres.

346. **Droits fiscaux.** — L'*enregistrement* des actes de société ne donnait lieu qu'à un droit fixe de 3 fr. d'après la L. 22 frim. an 7, art. 68, § 3; de 5 fr. d'après la L. 28 avril 1816, art. 45. Ce droit a été transformé en un droit gradué par la L. 28 fév. 1872, art. 1 et 2. Sous l'empire de toutes ces lois la dispense du droit proportionnel n'existe qu'autant que l'acte de société ne contient « ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles et immeubles, entre les associés ou autres personnes » ; mais évidemment cette réserve ne vise pas les obligations, libérations ou transmissions entre les associés et la société, car sans cela la dispense n'aurait aucune application.

Est-il dû un droit de *transcription* lorsqu'un immeuble est apporté à la société? Les dispositions que nous venons de rappeler rendent ce point douteux.

SECTION II.

PUBLICATION.

347. Ces formalités sont exigées pour faire naître la nouvelle personne morale, qui sera la société, et pour que cette personnalité puisse invoquer des droits à l'encontre des tiers; et aussi

afin de dispenser, dans chacune des opérations que l'on fera, de la nécessité de demander et de fournir la preuve de son existence et des stipulations qui intéressent les tiers. Par ces formalités les associés, après avoir traité entre eux, traitent avec le public. — Après deux essais restreints des ordon. de Blois, 1576, et de 1629 (a. 414), la publicité avait été organisée par l'ord. de 1673, tit. 4, a. 2-6. Mais la sanction, qui était la nullité, n'était pas admise en pratique.

§ 1er

Modes de publicité.

348. Les modes de publicité d'après le C. com., art. 42-46, complétés en 1814 et 1833, étaient un extrait : — déposé aux greffes, — publié dans les journaux, — et affiché (ce qui n'est plus exigé maintenant). Ces articles sont abrogés par l'art. 65 de la loi de 1867.

Actuellement il y a deux modes généraux pour toutes les sociétés, et trois modes spéciaux aux sociétés par actions.

I. — **Pour toutes les sociétés.**

349. 1° *Dépôt d'un double* entier (et non plus seulement d'un extrait) aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix (L. 1867, a. 55, 1er al.).

S'il n'y a pas de tribunal de commerce, le dépôt devra avoir lieu au greffe du tribunal civil, qui fait fonction de tribunal de commerce.

Cette formalité du dépôt est commune à toutes les sociétés; mais elle comprend certaines pièces de plus pour les sociétés par actions (art. 55, 2e al.); et encore une de plus pour la société anonyme (art. 55, 3e al.).

La publication n'est exigée que là où il y a *des maisons de commerce*, des succursales de la société; mais non dans tous les endroits où la société a des rapports avec le public, sans avoir une maison de commerce organisée, p. ex. une société d'assurances n'a pas besoin d'être publiée partout où elle a des agents; à plus forte raison en est-il ainsi pour les endroits où existe une usine sans qu'il y ait là aucune maison de vente.

Toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées, ou même de s'en faire délivrer à ses frais une expédition ou un extrait (a. 63, 1er al.).

Mais ce droit n'existe que dans les sociétés par actions; donc ce dépôt est complètement inutile dans les sociétés par intérêts. La loi a manqué de logique.

350. 2° *Insertion d'un extrait* de l'acte de société dans un des journaux d'annonces judiciaires (a. 56, 1er et 2e al.).

On avait proposé de créer un journal spécial pour cela; ce qui aurait beaucoup facilité les recherches : mais cette proposition n'a pas été admise.

L'extrait doit contenir seulement ce qui intéresse les tiers; v. l'énumération dans les art. 58 et 57.

C'est en résumé : 1° *la nature de la société* (art. 58, 1er al.); — 2° *le nom de tous les associés solidairement responsables* (art. 57, 1re disp.); il n'y en aura pas dans les sociétés anonymes; la loi, après le code, ne veut pas qu'on indique le nom des commanditaires et actionnaires, parce qu'il y a des personnes que cela aurait détourné de souscrire et que les tiers ont moins d'intérêt à les connaître; — 3° *Le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires et commanditaires* (art. 57, 4e disp.). L'indication du capital social doit contenir, non seulement le numéraire, mais encore les « autres objets » qui entrent dans sa composition (art. 58, qu'il faut certainement étendre de la société anonyme à la commandite par actions); et nous ajouterons aussi les apports en industrie. — On a soutenu que le montant du capital social ne doit pas être indiqué dans la société en nom collectif, parce qu'il importe peu aux tiers, et parce que la fin de cette disposition montre qu'elle est spéciale aux sociétés en commandite et anonyme. Mais il faut répondre que la première partie de cette disposition est générale dans sa formule, quoique la seconde soit spéciale, et que les tiers, créanciers de la société, ont intérêt à savoir quel est le fonds social qui formera leur gage exclusif. — Il faut indiquer si l'apport est fourni ou simplement promis; c'est ce qu'exige l'article. Et dans ce dernier cas, si les actions peuvent être mises au porteur; ce qui réduit à la moitié le capital sur lequel les tiers peuvent comp-

teur (art. 3). — 4° *La raison sociale ou le nom adopté* (art. 57, 2° disp.). — 5° *L'indication du siège social* (art. 57, 2° disp.). — 6° *Les gérants ou administrateurs* (art. 57, 3° disp.), si tous ne gèrent pas. — 7° *Le commencement et la fin de la société* (art. 57, 5° disp.). — 8° *La date des dépôts aux greffes* (ibid.).

De plus, pour la société anonyme, il faut indiquer *la quotité à prélever pour le fonds de réserve* (art. 58, 2° al.). Et pour les sociétés à capital variable, *le capital minimum* (art. 58, 3° al.).

Enfin on doit publier toute clause des statuts qui dérogera au droit commun si elle doit être opposable aux tiers.

Les *formes de l'extrait* sont indiquées par l'art. 60. On justifiera de la publication de cet extrait par un numéro du journal enregistré, ou par un extrait des registres de l'enregistrement ; on ne pourrait la prouver par témoins.

Le *délai* de ces deux formalités est d'un mois (art. 55 et 56); d'après le code de commerce, c'était seulement quinze jours. — Le délai part de la constitution ; c'est-à-dire de la signature de l'acte dans les sociétés par intérêts; et, dans les sociétés par actions, de la délibération de l'assemblée qui remplit les dernières conditions pour la constitution (L. 1867, art. 4, 2° al.; art. 5, et art. 55, dern. al.).

II. **Pour les sociétés par actions.**

351. Trois modes de plus :

3° *Droit de se faire délivrer des copies des statuts* (art. 63, 2° al.).

4° *Affiche dans les bureaux de la société* (art. 63, 3° al.).

5° *En-tête des papiers de la société* (a. 64, 1er et 2° al.).

Publication des changements à l'acte social.

352. C'est la même que pour l'acte originaire : (art. 61). Le principe qui domine cet article et qui servira à préciser quelles seront les *modifications* aux statuts qui devront être publiées, c'est qu'on doit publier tout ce qui altère les mentions qui intéressent les tiers et qui ont dû être publiées dans l'extrait au début de la société.

Q. *Doit-on publier les changements de gérants ou d'administrateurs?* — On l'a contesté surtout pour les administrateurs des sociétés anonymes, puisque ces changements sont normaux et prévus. Mais il faut l'admettre : — le nom des premiers a dû être

publié dans l'extrait; — cette désignation intéresse au plus haut degré les tiers; et il ne leur suffit pas de savoir qu'il *a pu* y avoir un changement à telle époque, il faut qu'ils sachent s'il a eu lieu; — l'art. 62 nous indique sur ce point l'esprit de la loi, puisqu'en ce qui concerne les sociétés à capital variable, il exempte de la disposition de publicité la retraite des gérants ou administrateurs.

L'art. 62 dispense du dépôt et de la publicité les modifications qui rentrent dans le fonctionnement normal des sociétés à capital variable.

§ 2

Sanctions.

353. Les modes de publicité spéciaux aux sociétés par actions (L. 1867, art. 63 et 64) ont pour sanction la responsabilité civile des sociétés qui ne se seront pas conformées à la loi. — L'art. 64 édicte de plus, pour ses dispositions, une sanction pénale.

Pour les deux modes de publicité communs à toutes les sociétés, la sanction est plus grave, c'est la nullité de la société (a. 56, 3e al.). Cf. c. com., a. 42, *in fine*. Si l'on a négligé seulement de publier des clauses dérogatoires au droit commun; ces clauses seules seront nulles.

Dans ces cas la nullité est acquise pour le passé; et tout intéressé pourrait l'invoquer dans la mesure que nous allons déterminer. Mais on peut corriger les omissions et rendre ainsi la société valable *erga omnes* pour l'avenir.

C'est à ce propos que nous jugeons opportun de traiter d'une manière générale la théorie des nullités de sociétés; nous y consacrons une section spéciale.

SECTION III.

THÉORIE GÉNÉRALE DES NULLITÉS DE SOCIÉTÉS.

354. Nous ne parlons d'abord ici que des **nullités absolues**; il y en a trois grandes catégories : — 1° Nullités existant

de droit commun pour tous les contrats (C. civ., art. 1108 et suiv.); notamment pour objet illicite; — 2° Nullités pour défaut des formalités constitutives dans les sociétés par actions (L. 24 juillet 1867, art. 7 et 41); — 3° Nullités pour défaut de publicité, dans toutes les sociétés commerciales (L. 1867, art. 56, 3° al.).

Ces trois catégories de nullités ont ce trait commun, qu'elles sont absolues et d'ordre public; par conséquent elles peuvent être invoquées par toute partie intéressée, et elles ne sont pas susceptibles de se couvrir par la ratification, expresse ou tacite, par exemple par l'exécution de la convention; ni par la prescription de dix ans (C. civ., art. 1304).

Voyons leurs effets d'abord pour l'avenir, et ensuite pour le passé.

I. — **Effets de la nullité dans l'avenir.**

355. Pour l'avenir, la nullité, une fois prononcée, produit les mêmes effets que la dissolution de la société : les opérations sociales doivent cesser immédiatement, il faut procéder à la liquidation et au partage.

Elle peut être invoquée dans ce but par tous les intéressés. D'abord par les tiers, créanciers sociaux, s'ils ont intérêt à arrêter les opérations pour conserver leur gage qui est le fonds social. — Ensuite par les associés entre eux pour sortir au plus tôt d'une position fausse et illégale. — Elle peut même être invoquée par eux quoique les créanciers sociaux ne la demandent pas, quoiqu'ils veuillent même s'y opposer, par exemple parce qu'ils prétendraient qu'en poursuivant l'exploitation du commerce social on améliorerait considérablement la situation: — les créanciers sociaux ne pourraient invoquer la fin des art. 7 et 56, 3° al. de la L. de 1867, qui interdisent aux associés d'opposer la nullité aux tiers; en effet, ce n'est pas leur *opposer* la nullité que de demander la nullité pour l'avenir; — on ne blesse par là aucun droit acquis pour eux, et ce sont seulement leurs droits acquis que la loi a voulu protéger; — ils ne sont pas plus lésés que si la société était dissoute par une des nombreuses causes qui peuvent toujours se produire; — la loi ayant été violée, il faut évidemment cesser toutes les opéra-

tions ; on ne peut autoriser personne à continuer solennent et aux yeux de tous la violation de la loi. — Enfin les créanciers personnels des associés auraient les mêmes droits que leurs débiteurs ; ils pourraient exiger *erga omnes* la dissolution immédiate pour soustraire, dans l'avenir, les mises de leurs débiteurs au gage des créanciers sociaux.

II. — **Effets de la nullité dans le passé.**

356. Il faut distinguer ici les différentes catégories de nullités.

S'il y a nullité pour absence des conditions essentielles à tout contrat, absence totale de consentement, par exemple, violation de quelque disposition légale, ou objet illicite ; la société n'a pu à aucun égard produire aucun effet, et la nullité peut être invoquée sans restriction par toute partie intéressée : — par les créanciers sociaux ; cela ne peut faire aucune difficulté ; — par les associés entre eux, de telle sorte que la liquidation et le partage du fonds social auront lieu entre eux sans tenir compte des conventions sociales, infectées d'un vice radical, comme s'il y avait eu une simple société de fait ; et les juges du fait apprécieront uniquement, d'après les principes généraux du contrat de société et d'après les faits, l'étendue des obligations et des droits des associés ; — par les associés, à l'encontre même des créanciers sociaux, lesquels ne pourront aussi invoquer que les conséquences de la société de fait ayant existé entre les associés ; — enfin par les créanciers personnels des associés.

357. Si la nullité est fondée sur le défaut des formalités constitutives dans une société par actions, ou sur le défaut de publication, les textes (L. 1867, art. 7 et 56, 3e al.), établissent une restriction : ils disent bien que la nullité peut être invoquée par toute personne intéressée, mais ils ajoutent qu'*elle ne peut être opposée aux tiers par les associés*. Sans doute, l'art. 41, pour les sociétés anonymes ne contient pas cette dernière partie, mais nous avons admis qu'il faut l'y suppléer, car il y a exactement la même situation que dans l'art. 7, et l'art. 41, reproduisant la formule initiale où il parle de toute personne intéressée, paraît bien se référer à la règle même de l'art. 7. — Il faut donc examiner en détail les principales situations qui peuvent se présenter.

338. 1° *Les associés sont entre eux* seulement ; les créanciers sociaux sont tous payés ; et les créanciers personnels des associés n'interviennent pas, tous les associés étant parfaitement solvables. — Dans ce cas nos articles laissent toute latitude aux associés pour invoquer la nullité, car ils sont évidemment des *intéressés*, et l'exception finale de ces articles ne vise pas cette hypothèse. Ils pourront donc, sans difficulté, opposer la nullité aux gérants, aux fondateurs ou aux administrateurs, qui sont en faute de n'avoir pas rempli les formalités ; refuser d'exécuter les obligations auxquelles ils auraient été soumis en vertu du pacte social ; leur réclamer leurs apports, et, de plus, demander une indemnité pour le dommage que leur cause la nullité de la société (L. 1867, art. 8 et 42).

Mais entre eux, entre ceux qui ne sont pas en faute, l'effet de la nullité n'est pas aussi complet : il s'agit de liquider et de partager le fonds social ; or, sur quelles bases convient-il de faire cette liquidation et ce partage ? Si l'on poussait à bout les conséquences de la nullité, on dirait, comme en cas de nullité pour objet illicite, qu'il n'y a eu qu'une société de fait et que les tribunaux doivent régler leurs rapports entre associés d'après la théorie générale du contrat de société, combinée avec les faits, sans tenir compte de la convention originaire. Mais en allant au fond des choses, on remarque que le consentement donné par les associés au pacte social n'était ici entaché d'aucun vice qui le rendît inefficace en lui-même ; s'il ne les lie pas absolument, c'est seulement par suite de l'absence de certaines formalités légales ; mais, si en fait ils se sont conformés au pacte social, il est plus naturel de régler leurs rapports d'après ce pacte que d'après les données assez divinatoires d'une société de fait. En somme, le fait dominera ici sur la convention nulle, en ce sens que l'on devra avant tout rechercher comment les choses se sont passées en réalité ; les clauses qui jusqu'alors n'ont pas été pratiquées n'auront absolument aucune force obligatoire, et on ne pourra ramener rétroactivement les associés à l'accomplissement de ces clauses. Mais sur tous les points où la convention aura été pratiquée, celle-ci devra servir à interpréter les faits et sera la base des règlements d'intérêts à faire

entre les parties. Seulement, s'il y a dans les statuts quelque disposition contraire à la loi, elle sera effacée pour cette liquidation.

359. 2° *Les créanciers sociaux* ne sont pas désintéressés, et sont en face des associés. Ceux-ci ne peuvent pas leur opposer la nullité, quand même les associés auraient été de bonne foi ; et les créanciers pourraient au contraire invoquer la nullité contre les associés ; nos articles sont formels sur ces deux points. — Mais en général les créanciers sociaux auront intérêt à invoquer l'existence de la société pour pouvoir opposer à tous les associés les actes faits par leur gérant (lesquels n'engagent les associés qu'autant qu'il y a société), pour être payés par les gérants avant les actionnaires qui demandent le remboursement de leurs apports, et même pour poursuivre les commanditaires et actionnaires en complément de leurs mises. Les créanciers sociaux auront même le plus souvent à rechercher les preuves de cette société que les associés dissimuleront pour éviter ces obligations, et, si la société a eu les apparences d'une société en nom collectif, ils invoqueront la solidarité contre les associés. — Ils peuvent cependant avoir intérêt à arguer de nullité au moins certaines clauses du pacte social ; par exemple, s'ils ont traité avec un associé à qui ils ont cru le pouvoir de gérer, quoique l'acte non publié lui enlevât la gestion. Mais s'ils peuvent écarter l'application de certaines clauses détachées parce qu'elles ne sont pas publiées, ils ne peuvent pourtant pas diviser l'application des clauses qu'ils prétendent maintenir, et, par exemple, invoquer l'acte pour prouver qu'il y avait société, et l'écarter en tant qu'il stipule que la société sera en commandite ou anonyme ; s'il n'y a pas eu fraude et si les apparences n'ont pas dû les faire compter sur la solidarité des associés.

Un créancier peut l'invoquer contre un autre créancier ; par exemple, pour faire tomber une hypothèque.

360. 3° *Les créanciers personnels des associés* interviennent au débat. Ce sont eux surtout qui ont intérêt à invoquer la nullité de la société, pour concourir au marc le franc sur le fonds social avec les créanciers sociaux ; tandis que ceux-ci voudront argumenter de la validité de la société à leur égard pour les

écarter. Le débat le plus grave va donc s'élever entre les deux masses. Quelle est celle qui triomphera? En d'autres termes : ❶. *les créanciers personnels des associés peuvent-ils opposer la nullité aux créanciers sociaux pour concourir avec eux sur le fonds social?* — 1er S. *Non :* — les associés ne le peuvent pas ; or les créanciers des associés ne peuvent intervenir que comme exerçant les droits de leurs débiteurs (art. 1166, C. civ.), puisque nous ne supposons pas qu'ils soutiennent que la société a été formée en fraude de leurs droits (art. 1167) ; et puisque le texte de nos articles ne consacre pas expressément pour eux un droit indépendant de celui des associés ; — en outre, la publicité n'est pas organisée dans leur intérêt : car, d'une part, le nom des commanditaires et des actionnaires n'est pas publié (L. 1867, art. 57, 4° disp.) ; d'autre part, au moins dans une certaine opinion, le montant du capital social n'est pas publié dans les sociétés de personnes (v. n. 350). — 2e S. *Oui* (!) : ils sont compris dans le mot *les intéressés* dont se servent nos articles, et ne sont pas compris dans l'exception, qui ne vise que « *les associés* » ; ces dispositions consacrent donc un droit propre dans leur personne, indépendant de celui de l'article 1166, C. civ.) ; — la publicité est aussi organisée dans leur intérêt ; car nous avons admis, avec la jurisprudence, en vertu de la généralité de l'art. 57, 4e disp., de la loi de 1867, qu'on doit publier le capital social, même dans les sociétés de personnes ; et si l'on ne publie pas le nom des commanditaires et actionnaires, il a été expliqué dans les travaux préparatoires du Code, que c'était en vertu d'une faveur spéciale, dans le but de ne pas effrayer les personnes qui voudraient apporter leurs capitaux ; — il faut aller plus loin et dire que c'est *surtout* pour eux que la publicité a été organisée, car ce sont eux surtout qui souffrent de l'existence de la société, et qui voient échapper à leur droit de gage les apports de leurs débiteurs ; — en somme, la publicité est nécessaire pour que la personnalité morale de la société prenne naissance à l'égard des tiers ; or ces tiers intéressés sont surtout les créanciers personnels des associés ; donc si le corps moral n'a pu prendre naissance, ils sont en droit de dire : il n'y a pas à notre égard de fonds social ; les.

créanciers sociaux n'ont aucun privilège à notre encontre.

En dehors des conséquences de la personnalité morale, ils doivent pourtant reconnaître qu'une société de fait a existé à l'égard de leur débiteur, et que celui-ci a pu être obligé par les actes du gérant dans les termes du pacte social; réduit à ces termes, le pacte social est une convention valablement passée par leur débiteur et qui leur est opposable.

361. Alors comment régler les droits de tous ces créanciers sociaux et personnels? — Suivons les conséquences de l'inexistence du corps moral. Il s'ensuit d'abord qu'il ne peut y avoir faillite de la société, mais seulement des associés individuellement. — Ensuite quels seront les droits des divers créanciers contre les associés? Pour répondre il faut distinguer ce qui concerne les associés en nom et ce qui concerne les commanditaires ou les actionnaires.

Les associés en nom sont copropriétaires du fonds social dans la mesure de leurs mises; il faut donc répartir d'abord ce fonds social entre eux dans cette mesure; puis, sur la part de chacun d'eux et sur leurs biens personnels réunis, nous ferons concourir à la fois les créanciers personnels et les créanciers sociaux agissant solidairement contre cet associé et figurant par conséquent à son passif pour l'intégralité de leurs créances.

Quant aux commanditaires ou actionnaires, qui ne peuvent être tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, il faudra, en l'absence du corps moral, les considérer comme créanciers de ces mises à l'encontre des gérants ou des fondateurs et administrateurs; et ils seront censés exercer cette action sur la masse des biens du gérant ou fondateur, concurremment avec les créanciers sociaux agissant pour l'intégralité de leurs créances; un dividende sera ainsi déterminé; puis, sur le dividende afférent à chaque associé, ses créanciers personnels concourront avec les créanciers sociaux au prorata de leurs créances propres.

362. 4° *Les débiteurs sociaux* auront bien rarement intérêt à invoquer la nullité, car cela ne saurait les dispenser de payer leurs dettes.

363. Nous ne dirons qu'un mot des **nullités relatives** en

matière de société, fondées sur l'incapacité ou les vices du consentement d'un associé. Etant relatives, elles ne peuvent être invoquées que par celui dont le consentement n'a pas été complet ; mais cette règle ne s'applique intégralement que pour le passé. — Pour l'avenir, ceux qui ont contracté avec lui ne peuvent pas être obligés de rester indéfiniment sous le coup de la nullité ; ils le sommeront donc de se prononcer immédiatement, et, faute par lui de le faire, ils pourront demander la dissolution de la société pour cause légitime (C. civ., art. 1871).

CHAPITRE VIII.

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

364. L'art. 47 la reconnaît. L'ordonnance de 1673 était muette sur ce genre d'association ; pourtant il existait en pratique, et les commentateurs de l'ordonnance en traitent dans leurs ouvrages.

Le Code y consacre quatre articles ; et dans l'art. 48 il a essayé de définir cette association ; mais la nature de celle-ci est assez variée et la définition est fort peu précise : « 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. » Cette formule est extrêmement vague et s'en réfère à peu près uniquement à la convention des parties. Il importe, pourtant de préciser la définition pour distinguer la *participation* des sociétés en nom collectif et en commandite, avec lesquelles elle pourrait le plus facilement se confondre, qui entraînent la solidarité des associés en nom, et qui sont soumises à des conditions de forme et de publicité, non exigées pour la participation (a. 49 et 50). Aussi il y a un très grand nombre d'arrêts rendus sur cette question.

365. Le Code étant complètement insuffisant sur ce point, il faut remonter à l'ancien droit, que nos rédacteurs modernes ont en général suivi. La participation était appelée autrefois *association* ou *société en participation ; compte en participation ; compte*

à demi ; société anonyme (nous avons déjà signalé ce mot comme ayant dans notre ancien droit un sens différent du sens moderne). — Pothier en donnait la définition suivante : « La société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi compte en participation, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent *d'être de part* dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'elles en son nom seul. » — Cette définition, rapprochée des dénominations usitées dans notre ancien droit, fait ressortir les deux caractères suivants pour la participation : — 1° on est convenu de partager les bénéfices et les pertes, et en cela la participation ressemble à une société ; — mais 2° il n'y a pas *collaboration active*, soit par le concours personnel, soit par le concours du crédit, soit par le concours des capitaux; chacun, ou l'un des coparticipants tout seul, agit isolément en son nom seul ; et par là la participation diffère essentiellement des sociétés. — Savary cite comme exemples : l'achat d'une cargaison par un négociant, de compte à demi avec un autre, de façon à partager les bénéfices ou les pertes ; l'achat au loin d'une marchandise qui fait défaut sur une place, toujours de compte à demi entre deux négociants ; le concert fait entre plusieurs acheteurs dans un même marché, ayant pour but de ne pas se faire concurrence pour ne pas faire monter les prix, et de partager ensuite entre eux les marchandises achetées dans les proportions déterminées.

366. Ces précédents établis, nous admettrons que la participation a encore aujourd'hui les mêmes caractères. Le caractère essentiel, c'est *l'absence de collaboration active* ; c'est-à-dire que les coparticipants ne travaillent pas en commun, n'ont pas formé un fonds commun exploité pour tous, ne font pas concourir leur crédit respectif à l'affaire sociale. — Ils ne travaillent pas en commun : un seul ou quelques-uns agissent pour tous, ou bien l'un agit indépendamment d'un côté, par exemple pour faire des achats, tandis que l'autre agit indépendamment d'un autre côté, par exemple pour faire des ventes. — Il n'y a pas de fonds commun : celui qui agit fournit par devers soi les fonds nécessaires aux opérations qu'il fait, ou les reçoit d'un autre ou des autres, mais sans qu'ils deviennent la copropriété des co-

participants. — Ils ne mettent pas en commun leur crédit; car un seul dans chaque acte est connu des tiers, qui ne suivent que sa foi et ne comptent que sur son crédit.

De ce caractère fondamental, l'absence de collaboration active, il s'ensuit qu'il n'y a pas de raison sociale; sans cela il y aurait société en nom collectif; — qu'il n'y a pas de personnalité morale; ni quant à la compétence; ni quant à la représentation en justice; ni quant au privilège des créanciers sociaux sur les apports; — qu'il n'y a pas solidarité entre les coparticipants, pas même une dette conjointe; celui-là seul est obligé qui a traité avec les tiers, sauf règlement entre eux; — qu'il ne peut y avoir faillite de la participation, mais seulement faillite individuelle des coparticipants.

Une conséquence de cette nature de la participation, c'est qu'en pratique elle n'est employée que pour des opérations isolées, ou pour un ensemble d'opérations qui ne doivent pas durer pendant un temps bien long, parce qu'elle ne se prête pas facilement, soit à des rapports permanents entre les cointéressés, soit à une entreprise fixe et prolongée. C'est ce qu'indique l'art. 48, en disant qu'elle « *est relative à une ou plusieurs opérations de commerce* ».

367. Des auteurs ont voulu faire de cette condition, *naturelle* à la participation, un caractère *essentiel*. De cette doctrine il résulterait deux choses : — 1° qu'il ne pourrait pas y avoir participation si l'on a pour objet, en s'associant, une entreprise suivie et prolongée, lors même que tous les caractères indiqués plus haut se rencontreraient dans l'association; — 2° qu'en dehors des *associations en participation*, définies ci-dessus et ne présentant pas les caractères essentiels d'une société, il peut y avoir de véritables *sociétés en participation*, caractérisées alors par l'unité d'opération. Ces deux solutions sont corrélatives l'une de l'autre. — On argumente dans ce sens du texte de l'art. 48, où le législateur n'a pas su trouver d'autre définition de la participation que de dire qu'elle a pour objet une ou plusieurs opérations; tous les exemples cités par Savary portent sur des opérations isolées (v. n. 365); l'art. 48 montre qu'on a suivi son inspiration sur ce point; c'est ce qui résulte aussi des tra-

vaux préparatoires ; — on argumente aussi de la place des art. 47 et suiv. dans le titre *des sociétés*, et des mots de l'art. 67 : « indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus » ; donc, dit-on, la participation est aussi une société ; — l'art. 50, C. com., ne les sépare nettement des sociétés qu'au point de vue des *formes* : donc elles peuvent s'en rapprocher pour le fond.

Nous n'admettons pas ce système, qui n'est pas conforme aux précédents historiques, et qui n'est pas rationnel ; car quel motif y aurait-il de donner des règles totalement différentes pour une société qui aurait pour but seulement quelques opérations, au lieu d'avoir pour objet un ensemble d'opérations ? — ce caractère même est très peu précis ; car quel sera le nombre d'opérations qui sera nécessaire pour constituer un ensemble, une entreprise durable ? On ne le dit pas et on ne peut le préciser ; — quant à l'art. 48, il indique un caractère ordinaire, naturel ; non pas un caractère essentiel de la participation, car il n'est nullement rédigé dans une forme impérative ; c'est également le sens des travaux préparatoires ; on y a dit d'ailleurs aussi que la participation n'existe pas à l'égard des tiers ; — l'art. 47 commence sans doute par dire, indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus ; mais ensuite, pour parler de la participation, il dit : « l'*association* en participation » ; l'opposition des deux mots indique bien clairement qu'il ne regarde pas la participation comme une véritable société ; — enfin, si cette matière est placée au titre des sociétés, c'est parce qu'elle présente certaines analogies avec les sociétés et que les anciens commentateurs en traitaient à ce propos ; mais déjà ceux-ci indiquaient une foule de différences, et les art. 47-50 sont tous consacrés aussi à signaler des différences.

368. L'art. 48 consacre la liberté des parties quant aux conditions de la participation, et l'association restera toujours une participation, quoique les parties aient écarté certains des caractères que nous avons énumérés, si les caractères essentiels d'une société proprement dite ne sont pas réalisés ; notamment si l'on n'a pas organisé le concours des personnes d'une part, de leur crédit ou de leurs capitaux d'autre part, et pourvu que

les tiers n'aient pas pu croire à l'existence d'une véritable société. — Ainsi tous pourraient traiter avec les tiers, et seraient par là débiteurs, non seulement conjoints, mais même solidaires ; car on admet que la solidarité est de droit commun en matière commerciale, lorsque les tiers ont pu constater une communauté d'intérêts entre les débiteurs (v. n. 435.) — Ainsi, dans certains actes, l'un des coparticipants pourrait agir au nom des autres, en vertu d'un mandat exprès, pourvu qu'il ne se présentât pas comme ayant dans tous les actes et envers tout le monde le droit d'agir en leur nom, pourvu qu'il n'agît pas sous une raison sociale, ou que cette manière de traiter ne se renouvelât pas assez fréquemment pour faire croire à l'existence d'une société en nom collectif. — On pourrait encore établir la copropriété de certaines choses ou de certaines sommes ; s'il n'y a pas un fonds social commun, affecté à toutes les opérations sociales ; on pourrait même établir un siége social.

Il faut admettre, avec la Cour de cassation, que les cours d'appel sont souveraines pour apprécier si telle société est ou non une participation.

369. Jusqu'ici nous avons surtout indiqué les caractères négatifs de la participation ; nous devons maintenant donner les solutions positives corrélatives : — 1° Capital de l'entreprise ; — 2° Droits des tiers ; — 3° Partage.

370. 1° **Capital de l'entreprise.** Il est le plus souvent fourni par celui qui agit, ou par chacun de ceux qui agissent, pour les opérations qu'il fait. Alors celui qui traite devient seul propriétaire de ce qu'il achète, et il en reste propriétaire lors même qu'il aurait fait passer ces marchandises à ses coparticipants, qui seront comme des dépositaires ou des commissionnaires à l'effet de faire les opérations ultérieures, s'il y a lieu, par exemple de les revendre. Il s'ensuit qu'il pourra les revendiquer en cas de faillite de ses coparticipants. Mais aussi elles restent à ses risques, du moins si la perte ne se rattache pas aux opérations communes ; car dans ce dernier cas, elle serait à la charge de l'entreprise et chacun devrait y contribuer. Il faudrait des circonstances exceptionnelles et des conventions bien formelles pour le considérer

comme ayant reçu les marchandises à ses coparticipants.

Il peut se faire aussi que les valeurs nécessaires à l'opération soient fournies à celui qui agit, par un ou par plusieurs autres de ses coparticipants. Alors il faut distinguer suivant les

— Si c'est de l'argent ou des choses fongibles qui sont envoyées, celui qui a reçu devient propriétaire, et les opérations qu'il fait avec ces valeurs lui confèrent les mêmes droits que nous venons d'indiquer ; il est seulement débiteur de ces valeurs envers ses coparticipants. — Si c'est un objet certain, mobilier ou immobilier, et que la jouissance ou l'usage seuls soient nécessaires pour l'opération, il reste la propriété de celui qui l'a fourni ; celui qui l'a reçu n'est que dépositaire et ne peut l'aliéner. Si, au contraire, il est destiné à être vendu, suivant les faits il y aura ou il n'y aura pas translation de la propriété : celui qui a reçu peut n'être qu'un dépositaire et un commissionnaire pour les opérations ultérieures ; il peut aussi être considéré comme acquéreur de ces objets, d'après les conventions des parties.

371. 2° **Droits des tiers.** Ceux qui ont traité avec un des coparticipants ont action contre lui et contre lui seul. Ils peuvent poursuivre tous les biens dont il est propriétaire, soit qu'il le fût avant la participation, soit qu'il le soit devenu par suite de la participation, comme nous venons de le dire. Mais ils subiront sur tous ces biens le concours de ses créanciers personnels, car lui seul est débiteur, et les biens acquis comme conséquence de la participation ne sont pas distincts de ses autres biens. Les participants ne peuvent pas agir en distraction de ces biens ; ils viendraient seulement au marc le franc sur le patrimoine entier du coparticipant, en vertu de leur créance contre lui.

Q. *Ceux qui ont traité avec l'un des coparticipants pour l'objet de la participation n'ont-ils pas une action directe contre les autres coparticipants?* — 1er S. *Oui* : ils ont l'action *de in rem verso*, si ces derniers ont profité de l'opération. — 2e S. *Non* (1) : nos codes n'ont nulle part admis cette action comme règle générale ; nous l'avons déjà dit : celui qui traite avec quelqu'un suit sa foi, n'a que lui pour débiteur, et ne peut pas aller chercher ceux qui ont pu profiter de l'opération, pour les poursuivre.

Il en serait autrement, bien entendu, si les coparticipants avaient tous contracté, ou si l'un avait agi comme mandataire des autres. Alors ils seront solidaires d'après les principes que nous exposerons plus bas (n. 435); car l'existence d'un intérêt commun entre eux aura par cela même apparu aux tiers. De même en cas de délit commis en commun; et si les tiers ont pu croire à une société en nom collectif.

372. 3° **Partage.** C'est dans ce partage que se réalise la *participation*, comme son nom l'indique. Il faut liquider l'opération et répartir les bénéfices et les pertes entre les intéressés. Cette répartition se fera conformément à la convention, et, à défaut de convention, elle devrait avoir lieu au prorata des capitaux engagés par chacun dans les opérations faites de compte à demi. — Il pourrait être convenu que l'une des parties ne contribuerait aux pertes que jusqu'à concurrence d'une somme fixe; la participation alors imiterait la commandite. — Si parmi les intéressés, il y a des insolvables, la part de ceux-ci devra être répartie entre les autres.

Si l'opération a une certaine durée, pourrait-on exiger une répartition des bénéfices ou une contribution aux pertes, au cours de l'opération, avant qu'elle ne soit liquidée? — Oui : d'après les usages du commerce, les bénéfices sont censés réalisés, et les pertes fixées aux époques des inventaires ou du règlement des comptes entre les parties par les écritures. Il en serait de même, si la participation avait pour objet plusieurs opérations distinctes, à la fin de chaque opération.

CHAPITRE IX.

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DES SOCIÉTÉS.

Quatre sections : — 1° Dissolution; — 2° Liquidation; — 3° Partage; — 4° Prescription.

SECTION PREMIÈRE.

DISSOLUTION.

373. Les causes de dissolution sont indiquées dans l'art. 1865,

C. civ ; nous les avons déjà énumérées à propos des sociétés civiles ; nous y revenons pour discuter leur application aux diverses sociétés commerciales.

Trois paragraphes : — 1° Causes de dissolution de plein droit ; — 2° Dissolution en justice ; — 3° Publicité.

§ 1er

Dissolution de plein droit.

Six causes :

374. 1° **Expiration du terme** convenu. — Sauf prorogation (C. civ., art. 1866) ; mais la prorogation devrait en général être acceptée par l'unanimité des associés, à moins qu'elle n'eût été prévue par les statuts. Elle devrait être rédigée et publiée comme la convention originaire (v. n. 352). La prorogation pourrait encore résulter tacitement de la continuation des opérations après le terme fixé ; mais elle devrait toujours être publiée sous peine de nullité pour l'avenir.

2° **Extinction de la chose.** — V. nos explications sommaires sur l'art. 1867, C. civ. (n. 154).

3° **Consommation de la négociation ;** — quand la société est faite en vue d'une affaire ou d'une série d'affaires déterminée.

4° **Mort naturelle** d'un associé ; — sauf stipulation contraire, souvent usitée, d'après laquelle ses héritiers retirent seulement sa part, déterminée, soit par une liquidation partielle, soit pour plus de simplicité d'après le dernier inventaire ; — et sauf continuation avec les héritiers (C. civ., art. 1868).

5° **Mort civile, interdiction, déconfiture** d'un associé ; nous ajouterons *la faillite* d'un associé. — C'est qu'alors il est souvent impossible d'exiger de lui l'exécution de ses obligations. Les statuts pourraient néanmoins écarter cette cause de dissolution.

375. **Nota :** Ce 4° et ce 5° ne s'appliquent qu'aux sociétés faites *intuitu personæ ;* ils ne s'appliquent pas aux actionnaires dans les sociétés par actions, ni aux sociétés à capital variable

(L. 1867, art. 54). — Il y a controverse pour savoir s'ils s'appliquent aux commanditaires dans la commandite par intérêts. Nous admettrons qu'ils s'appliquent à eux ; parce que la société est aussi contractée *intuitu personæ* à leur égard ; car, sans cela, on aurait fait une commandite par actions. — Il y a encore un doute spécial pour le cas de faillite des commanditaires quand ils ont versé leurs mises. On dit que dans ce cas la faillite ne doit pas dissoudre la société, car ces commanditaires n'ont plus d'obligations à remplir. Nous admettrons néanmoins la dissolution : les commanditaires qui ont versé leur mise doivent encore leur concours personnel pour le contrôle, la surveillance, les conseils (art. 28), et ce concours exige la confiance réciproque, qui n'est plus possible en cas de faillite ; ils peuvent encore être éventuellement obligés pécuniairement, par exemple pour la restitution de dividendes fictifs (L. 1867, a. 10), ou pour des faits d'immixtion dans la gestion (art. 28).

370. 6° **Volonté de l'un des associés,** mais seulement si la société est faite pour une *durée illimitée*, et à la condition que la retraite ne soit pas inopportune et faite de mauvaise foi (C. civ., art. 1869 et 1870). — Cette cause est encore inapplicable aux sociétés par actions et aux sociétés à capital variable, mais pour une autre raison que les causes précédentes : c'est que l'associé pouvant toujours se retirer en vendant ses actions, ou même en reprenant sa mise (dans les sociétés à capital variable), il ne peut pas avoir d'intérêt légitime à faire dissoudre la société.

Nous ajouterons une cause spéciale aux sociétés par actions : ce serait le fait de la réunion de toutes les actions dans les mêmes mains, ce qui est possible dans les sociétés qui n'ont pas un très fort capital.

Faut-il ajouter à ces causes la faillite de la société (non plus celle d'un associé) ? — Cette faillite pourra le plus souvent rentrer dans l'extinction de la chose, car l'actif sera ordinairement absorbé par le passif. Mais cela n'est pas nécessaire, car nous verrons que la faillite est possible quoique plus tard il reste un excédant d'actif ; d'autre part, il peut y avoir un concordat au profit de la société (arg. de l'art. 531), ce qui lui laisse un actif, et en tout cas suppose bien qu'elle dure encore. Donc nous di-

rons que la faillite de la société n'est pas pour celle-ci une cause spéciale de dissolution.

§ 2

Dissolution en justice.

377. L'art. 1871, C. civ., cite des exemples des causes qui peuvent autoriser à faire prononcer en justice la dissolution, et ajoute : « ou autres cas semblables ». Nous distinguerons deux catégories de causes : — 1° Une cause commune à tous les contrats : l'*inexécution des obligations* (C. civ., art. 1184) qui donnera lieu, en outre, à des dommages-intérêts ; — 2° Tout autre *juste motif* laissé à l'appréciation des tribunaux, qui constateront seulement que ce motif rend impossible la marche de la société ; ce sera, par exemple, l'infirmité d'un associé ; une inimitié entre les associés ; une simple diminution du capital social (cf. L. 1867, art. 37). Les causes de cette catégorie peuvent être invoquées par ceux mêmes de qui elles proviennent, à la différence de celles de la première catégorie. Ces causes sont d'ordre public et aucune convention ne peut les écarter.

§ 3

Publicité.

378. Elle est exigée par l'art. 61 de la loi du 24 juillet 1867, reproduisant sur ce point l'art. 46 du code de commerce. Elle doit être donnée même lorsque la société n'a pas été publiée ; car les tiers peuvent arguer de l'existence de cette société, puisque la nullité provenant du défaut de publicité ne leur était pas opposable ; à la charge seulement de prouver qu'ils en connaissaient l'existence. — La sanction est que la dissolution non publiée ne sera pas opposable aux tiers (L. 1867, art. 56, 3° al., et 61, 1er al.) ; ce qui est surtout important en ce que les pouvoirs des gérants ne seront pas censés révoqués (cf. C. civ., art. 2005).

Parmi les causes de dissolution, il en est au moins une dont on n'est pas obligé de publier l'arrivée; c'est le terme : l'art. 61 (L. 1867) est formel sur ce point; cela tient à ce que la clause relative au terme a été publiée avec les statuts. Mais on devrait publier l'arrivée de la condition. — *Doit-on publier les faits non volontaires qui dissolvent la société?* P. ex., la mort d'un associé, l'extinction de la chose? Cela sera toujours plus sûr, puisqu'un doute est possible. Mais cela ne nous paraît pas exigé, car l'art. 61 de la loi (comme l'art. 46 du Code) ne parle que des *actes et délibérations* ayant pour objet la dissolution de la société. — La dissolution en justice devrait être publiée, à raison du même texte.

SECTION II.

LIQUIDATION.

379. La liquidation est une opération qui a pour but de réaliser l'actif et d'éteindre le passif, de manière à faire ressortir l'actif net qui se partagera ensuite entre les associés. Il y a encore pour cela une série d'opérations assez longue à faire : des ventes des marchandises en magasin, des recouvrements de créances, des paiements de dettes. Mais, à partir de la dissolution, il n'y a plus lieu à des opérations nouvelles d'un commerce actif, il n'y a plus de collaboration tendant à produire des bénéfices; il ne reste plus qu'à terminer les opérations commencées, et pour cela il subsiste seulement une *communauté passive* d'intérêts qu'on travaille à rendre partageable.

Malgré l'objet restreint des opérations à réaliser et malgré la dissolution de la société, il faut admettre, avec la pratique et tous les auteurs récents, que *la personne morale survit* dans l'intérêt de la liquidation; en effet la garantie que cette personnalité offre aux créanciers ne doit pas disparaître au moment même où elle va produire son effet le plus important. — De ce que la personnalité morale survit dans l'intérêt de la liquidation, il s'ensuit : — que les créanciers sociaux continuent à avoir

leur droit de préférence sur le fonds social ; — que la liquidation peut être mise en faillite ; — qu'elle est valablement représentée par les liquidateurs pour les actions en justice actives ou passives ; pour les paiements à recevoir ; — que le juge du siège social reste compétent ; — enfin que la propriété des biens réside toujours sur la tête de l'être moral ; d'où, les immeubles ne sont pas grevés des hypothèques générales du chef des associés ; on peut les aliéner sans formalités quoiqu'il y ait des mineurs parmi les associés ou leurs héritiers ; la purge aura lieu sur la société. — Mais la personnalité morale ne subsiste que dans l'intérêt de la liquidation, et non dans l'intérêt des associés. D'où il suit que le droit de ceux-ci sera censé avoir été, dès le jour de la dissolution, mobilier ou immobilier, suivant le résultat du partage de la société.

380. La liquidation pourrait être faite par tous les associés ou par les gérants de la société. Mais souvent cela sera peu utile; la liquidation est une opération peu intéressante, exigeant certaines connaissances assez restreintes, mais ne demandant aucune capacité commerciale. Les associés aimeront mieux occuper autrement leur temps et leur intelligence, et on nommera souvent un liquidateur étranger à la société.

On peut choisir un ou plusieurs liquidateurs, associés ou non. Leur mandat est révocable, s'il n'a pas été donné dans l'acte de société (C. civ., art. 1856). Il sera révoqué de la même manière qu'il a pu être conféré.

381. **Devoirs des liquidateurs.** D'abord, faire l'inventaire avec le bilan, en arrêtant tous les comptes.

Puis réaliser l'actif : en vendant les marchandises en magasin, les objets servant à l'installation commerciale ou industrielle ; en recouvrant les créances de la société.

Ensuite payer les dettes de la société. Ce sont eux que les créanciers sociaux doivent poursuivre, comme autrefois le gérant, tout en conservant leur action personnelle, et solidaire, s'il y a lieu, contre les associés. — Les liquidateurs doivent ainsi payer les créanciers intégralement avant de faire aucune répartition du fonds social entre les associés, car les créanciers doivent être payés avant les associés. S'il y a des créanciers à terme

ou conditionnels, ils doivent garder entre leurs mains de quoi les désintéresser. — S'ils n'ont pas entre leurs mains de quoi satisfaire tous les créanciers, ils doivent le constater par le bilan, et faire verser par les associés tout ce qui leur manque dans la limite des apports promis par chacun d'eux, et proportionnellement à ces apports. Ils atteindront ainsi toutes les dispenses d'apport qui auraient pu être consenties à quelques associés, et toutes les reprises d'apport, directes ou indirectes qui auraient pu avoir lieu au cours de la société (v. n. 200, 210, 249).

Si les liquidateurs négligeaient de réclamer promptement aux associés ce que ceux-ci doivent verser, ils seraient responsables envers eux, comme mandataires aux termes de l'art. 1991, du dommage qui pourrait résulter plus tard de l'insolvabilité de quelques associés, se répartissant contributoirement entre les autres.

Une fois les créanciers payés, ils partageront le solde actif entre les associés, suivant les règles qui seront données à la section 3; ce partage rentre dans leurs attributions.

Pendant toute la durée de la liquidation, les liquidateurs doivent faire les actes conservatoires, tenir des registres réguliers, dresser des états de situation et les communiquer aux actionnaires.

Ils sont responsables pendant trente ans à raison des faits de leur gestion. Mais seulement envers les associés; car ils ne sont pas mandataires des créanciers et il n'y a pas de texte qui les rende responsables envers les tiers.

382. **Pouvoirs des liquidateurs.** Ils ont tout pouvoir pour vendre les marchandises, en détail ou en bloc, sans faire aucune opération nouvelle, en continuant les anciennes seulement dans la mesure où cela est nécessaire afin de ne pas perdre; — pour poursuivre les débiteurs à mesure des échéances et leur donner quittance; pour faire traite sur eux; — même pour consentir un concordat aux débiteurs faillis (car les remises contenues dans le concordat sont considérées comme des actes de bonne administration); — pour payer les créanciers avec les deniers existants, à mesure des échéances;

— pour agir et défendre en justice, au nom de la société, dont la personnalité morale subsiste à cet effet (v. n. 370).

Peuvent-ils emprunter? Nous dirons non, en principe, si ce n'est pour sommes modiques et à bref délai. Sans doute cela peut être utile, quand il y a avantage à payer immédiatement une dette et qu'on est obligé d'attendre des rentrées. Mais ils devront consulter les associés qui aimeront peut-être mieux faire les fonds.

Vendre les immeubles? On l'admet souvent en disant que cela est nécessaire pour partager. Mais il y a le principe de l'art. 1988, C. civ., qui dit que le mandat général ne comprend pas le pouvoir d'aliéner; — les associés peuvent désirer partager en nature, et beaucoup d'auteurs appliquent ici l'art. 826, C. civ. (v. n. 385); — même en supposant qu'il faille vendre, la vente est aussi nécessaire dans la faillite; pourtant les syndics ne peuvent vendre les immeubles sans une permission spéciale du juge-commissaire (art. 572).

Transiger et compromettre? Nous l'admettrions seulement pour les intérêts dont ils peuvent disposer d'après les règles ci-dessus : C. civ., art. 2045, et C. pr., art. 1004.

383. Quelquefois la liquidation est faite *à forfait*, souvent par un seul associé, qui, à certaines conditions, se charge seul envers ses coassociés de toutes les dettes sociales : il peut alors être poursuivi pour le tout, quand même il aurait été auparavant simple commanditaire; mais cette convention ne saurait faire perdre aux créanciers sociaux leurs actions personnelles contre les autres associés.

SECTION III.

PARTAGE.

384. Le code de commerce ne dit rien sur ce point; mais son art. 18 renvoie d'une manière générale aux règles du code civil, et l'art. 1872 de ce code renvoie aux règles sur le partage des successions. C'est donc aux art. 815 et suiv., C. civ., que l'on trouvera les règles du partage des sociétés. Nous ne les repro-

dirons pas ici ; nous nous bornerons à quelques mots sur les points un peu délicats.

L'art. 815, permettant à toute personne qui est dans l'indivision de demander le partage à tout moment, ne s'applique qu'après la dissolution de la société. Jusque-là, il n'y a pas indivision ; car la société, être moral, est seule propriétaire du fonds social. Même dans les sociétés civiles quoiqu'il y ait indivision, puisqu'elles ne sont pas personnes morales, nous avons vu que la copropriété des associés est grevée d'une servitude d'indivision pour toute la durée de la société (n. 158).

Comme conséquence aussi de la personnalité morale, nous admettons que l'art. 883 ne fait rétroagir l'effet du partage que jusqu'au jour de la dissolution. La question est discutée, mais elle n'a pas un très grand intérêt; car d'une part, ce sont, en général, des meubles qu'il s'agit de partager, et, d'autre part, quant aux immeubles mêmes, ceux qui font rétroagir l'effet du partage dès avant la dissolution de la société, doivent au moins accorder que tous les droits consentis par l'administration sociale sont opposables aux associés qui acquièrent ces immeubles dans le partage; car l'administration a été leur mandataire.

385. Quant aux *formes*, le partage ne sera pas soumis aux formalités du partage judiciaire, lors même qu'il y aurait des mineurs; c'est une conséquence de ce que la personne morale subsiste pour la liquidation (n. 379). On ne sera pas non plus obligé de vendre les immeubles en justice. Pour la même raison, il n'y aura pas lieu à l'apposition des scellés; ce qui du reste est pratiquement impossible à raison des opérations à faire pour la liquidation.

386. On doit appliquer, bien certainement, au partage des sociétés, les règles sur la garantie (C. civ., art. 885); sur le privilège des copartageants (C. civ., art. 2103, 2109); sur la rescision pour lésion (C. civ., art. 887 et suiv.). — Ce qu'un associé doit à la société viendra de plein droit en déduction de sa part, même s'il est en faillite.

L'art. 882, qui permet aux créanciers des copartageants d'intervenir au partage et restreint leur droit de l'attaquer comme fait en fraude de leurs droits, s'appliquerait aussi au partage des

sociétés; car c'est bien une règle concernant le partage des successions (C. civ., a. 1872), et il n'y a, suivant nous, aucune raison de faire une différence avec les autres règles. Seulement, il est évidemment inapplicable aux créanciers *de la société*, qui ne sont pas uniquement créanciers des copartageants, qui correspondent, au contraire, aux créanciers de la succession à partager.

SECTION IV.

PRESCRIPTIONS.

387. Pendant toute la durée de la société, les actions pour ou contre elle sont soumises au droit commun en matière de prescription. C'est seulement après la dissolution que l'art. 64 établit une prescription de cinq ans. — Il est délicat de préciser quelles sont au juste les actions qui se prescrivent ainsi par cinq ans. Nous nous expliquerons d'abord sur ce point; nous traiterons ensuite de la situation de l'associé liquidateur; et enfin de l'interruption de la prescription.

I. **Quelles actions se prescrivent par cinq ans.**

Passons en revue les différentes actions qui peuvent exister entre les divers intéressés après la dissolution de la société.

388. 1° **Action des créanciers sociaux sur le fonds social.** Cette action sera dirigée contre le liquidateur, représentant la personne morale sociale, qui se survit à elle-même à cet effet. Elle assure aux créanciers sociaux un droit exclusif sur ce fonds resté entre les mains du liquidateur, avec le droit même de mettre encore la société en faillite et de faire remplacer le liquidateur par un syndic.

Cette action ne se prescrira que par trente ans. C'est au moins celle que l'art. 64 a réservée en limitant sa disposition aux « actions contre les associés *non liquidateurs* »... Cela ne peut pas faire de doute.

Mais ordinairement elle s'éteindra en fait beaucoup plus tôt par la disparition totale du patrimoine débiteur, lorsque la personne morale sociale aura cessé d'exister. Nous avons vu plus

haut que la personnalité morale de la société survit à la dissolution dans l'intérêt de la liquidation (n. 370). Mais, après la clôture de la liquidation et le partage du fonds social, cette personnalité fictive disparaît; le patrimoine qui servait de gage aux créanciers s'évanouit; il n'y a plus d'action à exercer sur lui. On ne pourra pas non plus alors atteindre le liquidateur, qui se déchargera en prouvant qu'il a rendu ses comptes, puisqu'il n'est personnellement tenu à rien vis-à-vis des créanciers, dont il n'est pas le mandataire (v. n. 381 *in fine*).

380. 2° **Action des créanciers sociaux contre les associés.** C'est l'action qu'ils avaient au cours de la société et que la dissolution n'a pas dû éteindre : à savoir une action solidaire contre les associés en nom, une action en complément de mise, ou en reconstitution de la mise, si elle a été indûment rendue, contre les commanditaires ou actionnaires (v. n. 189, 210, 228, 292).

C'est à cette action que s'applique la prescription de cinq ans de l'art. 64 : — le texte vise bien évidemment ce cas, en parlant de « toutes actions contre les associés »; — c'est aussi à cette hypothèse qu'on a fait continuellement allusion dans les travaux préparatoires.

Les motifs, indiqués aussi dans les travaux préparatoires, sont que les associés, après la dissolution, ont pu se livrer à de nouvelles affaires; et qu'ils ne doivent pas être exposés indéfiniment aux poursuites personnelles, qui pourraient les arrêter et les gêner beaucoup dans leurs nouvelles entreprises.

Le point de départ de la prescription de cinq ans est la dissolution (art. 64). Mais si la dissolution devait être publiée, la prescription ne courra qu'à partir de la publication : — car c'est seulement alors que la dissolution commence à pouvoir être opposée aux tiers; — la fin de l'article suppose qu'une interruption ne peut se produire qu'après cette publication : donc c'est alors seulement que la prescription a dû commencer.

La prescription sera acquise au bout de cinq ans lors même que la liquidation ne serait pas terminée; lors même qu'elle n'aurait pas été sérieusement entreprise. C'est aux créanciers à veiller à leurs droits.

300. Il y a encore plusieurs points controversés.

D'abord l'article 64 s'applique sans difficulté à l'action personnelle contre les associés solidaires. Mais ❶. *S'appliquera-t-il également à l'action contre les commanditaires ou actionnaires en versement ou en restitution de leur mise?* — 1er S. *Non*: ils ont une dette parfaitement définie, qu'ils savent n'avoir pas acquittée, beaucoup moins onéreuse que celle des associés tenus *in infinitum*; — dans les travaux préparatoires, on a toujours parlé seulement de faire disparaître la solidarité après les cinq ans. — 2e S. *Oui* (1): le texte est général, aussi bien que les motifs donnés plus haut; — si, dans les travaux préparatoires, on a toujours cité le cas de la solidarité, c'est que ce cas est plus frappant; c'est aussi que l'action directe contre les commanditaires ou actionnaires ne résulte pas très clairement du Code (elle est même encore controversée maintenant) et qu'on n'y pensait pas alors; — enfin la loi de 1867 fournit deux arguments décisifs d'analogie: son art. 10 fait prescrire par cinq ans la poursuite *contre les actionnaires* en restitution de dividendes fictifs perçus de mauvaise foi; c'est une hypothèse bien moins favorable que la nôtre; et, dans la discussion de la loi, on a présenté cette règle comme une application de l'art. 64 du Code; il en est de même de l'art. 52 de la loi, qui libère par cinq ans l'associé, actionnaire ou non, d'une société à capital variable, quand il s'est retiré.

391. ❶. *La même prescription s'appliquera-t-elle dans le cas spécial ou,* **après la dissolution,** *les associés auraient partagé le fonds social, sans laisser au liquidateur de quoi payer les créanciers?* V. notre *Cours*.

392. Les créanciers ont encore contre les associés l'**action oblique** du chef de la société en liquidation (C. civ. a. 1166). L'action de celle-ci durant trente ans, comme nous allons le voir, les créanciers théoriquement en jouiront pendant tout ce délai. Mais, après la clôture de la liquidation et le partage (sauf la révocation pour fraude), leur débiteur ayant disparu et n'ayant plus aucun droit, ils ne sauraient plus en exercer de son chef.

393. 3° **Action des associés les uns contre les autres ou**

de la liquidation contre eux. Un associé peut avoir été obligé de payer à un créancier au delà de sa part; il a recours contre ses coassociés, chacun pour sa part. Il peut avoir recouvré des valeurs sociales; ses coassociés lui demanderont de les partager. — D'un autre côté, le liquidateur a généralement le devoir de faire verser par les associés ce qui est nécessaire pour payer les dettes sociales, dans la mesure de leurs obligations (v. n. 381). Il pourra les poursuivre de ce chef, soit avant d'avoir payé, soit après avoir payé les dettes sur la foi de ce recours.

Toutes ces actions ne se prescriront pas par cinq ans; elles ne se prescriront que par trente ans : — sans doute l'art. 64 pourrait dans ses termes comprendre aussi ces actions, mais il a été dit maintes fois, dans les travaux préparatoires du Code, que la prescription de cinq ans ne concernait pas les actions des associés entre eux; — il aurait été inique de laisser un associé ou le liquidateur faire seul des pertes, réaliser seul des profits du chef de la société, sans qu'il pût ou dût les faire partager à ses associés.

II. **Position de l'associé-liquidateur.**

394. L'article 64 n'édicte la prescription de cinq ans qu'en faveur de l'associé non liquidateur. Quelle est au juste la situation de l'**associé-liquidateur?** — En tant que liquidateur, en tant qu'il a encore une partie du fonds social entre les mains, il est certain qu'il peut être poursuivi pendant trente ans (n. 387). Mais s'il est actionné sur ses biens personnels, comme associé en nom pour toutes les dettes sociales, ou comme commanditaire ou actionnaire jusqu'à concurrence de sa mise, pourra-t-il être poursuivi également pendant trente ans? C'est une question très controversée. ❧. *L'associé-liquidateur, poursuivi comme associé, peut-il invoquer la prescription de cinq ans?* — Nous l'admettons : — si l'art. 64 ne parle que des actions contre les associés non-liquidateurs, c'est uniquement pour réserver l'action contre les liquidateurs, associés ou non; — l'associé-liquidateur ne devra pas se croire libéré après cinq ans, parce qu'après ce délai il peut encore être poursuivi comme liquidateur; mais c'est uniquement comme liquidateur qu'il

pout être poursuivi pendant tronte ans ; ce n'est pas comme associé ; l'article ne dit rien de pareil ; — pourquoi traiter plus rigoureusement un associé quand il est liquidateur que quand il ne l'est pas ? il a eu en main les valeurs sociales, mais il les a employées à payer les créanciers ; il sait que tous ne sont pas payés intégralement, mais les autres associés peuvent le savoir aussi, et il ne s'est pas engagé plus que les autres à payer sur ses biens propres ; pourquoi ne serait-il pas libéré par le même temps qu'eux ? Tout en étant liquidateur, il a pu aussi se livrer à d'autres opérations ; il serait lésé comme les autres, s'il devait immobiliser indéfiniment les capitaux qui devraient servir à payer les créanciers ; — enfin l'opinion contraire détruit en grande partie l'avantage de l'art. 64 pour les autres associés, que l'article vise cependant directement ; en effet, si l'associé-liquidateur était obligé après cinq ans de payer sur ses biens propres, il aurait action en recours contre ses associés, et cette action entre associés ne se prescrirait que par trente ans (v. n. 393) ; cette action pourrait être exercée par les créanciers sociaux non payés (art. 1166) ; les autres associés seraient donc exposés pendant trente ans à être poursuivis pour dettes sociales, ce que l'art. 64 a voulu éviter ; sans doute ce recours ne serait pas solidaire, il se diviserait entre les associés solvables ; mais quoique divisé il n'en serait pas moins très onéreux pour eux ; l'art. 64 resterait à peu près lettre morte à leur égard.

III. **Interruption de la prescription.**

395. L'art. 64 admet que la prescription de cinq ans peut être interrompue par des poursuites judiciaires ; nous ajouterons les autres modes d'interruption énumérés dans l'art. 2248, C. civ., car rien n'indique, dans l'art. 64, la pensée de les exclure. Cela s'appliquera, par exemple, au paiement d'acompte emportant reconnaissance. — Mais cette prescription ne serait pas suspendue par la minorité des créanciers ou de leurs héritiers ; car cette cause de suspension ne s'applique pas aux courtes prescriptions (C. civ., art. 2268). — La fin de l'article paraît bien supposer que l'interruption de la prescription doit être spéciale à chacun des associés contre qui on veut l'invoquer, et il ne distingue pas entre les associés solidaires et ceux qui ne l'étaient

pas. Il faut en conclure qu'à partir de la dissolution l'obligation solidaire des associés en nom est transformée en une simple obligation *in solidum*, ou en solidarité imparfaite.

Ier APPENDICE AU TITRE III.

NOTIONS SUR L'ARBITRAGE FORCÉ.

396. Autrefois toute contestation entre associés devait être soumise à des arbitres, et non à la juridiction consulaire ordinaire : C. com., art. 51 à 63. — On voulait, par là : — éviter la publicité, souvent très dommageable au crédit de la société ; — avoir des juges plus versés dans la connaissance de ces affaires ; — faciliter la conciliation entre les parties.

Mais on pratique on reconnut : — que les arbitres n'étaient pas plus capables que les juges des tribunaux de commerce ; — que souvent chacun épousait la cause de celui qui l'avait nommé, et que l'affaire était décidée uniquement par le tiers arbitre ; — les affaires marchaient très lentement devant eux ; — et ils demandaient des honoraires très forts, ce qui rendait la justice plus coûteuse. Aussi l'arbitrage forcé fut-il supprimé par une *loi du 17 juillet* 1856 (autre que celle relative à la commandite par actions, dont nous avons parlé). Et les contestations entre associés sont soumises aux tribunaux de commerce ; on a dans ce sens, en abrogeant les art. 51-63, C. com., ajouté un paragraphe à l'art. 631, le 2°.

Q. *Pourrait-on dorénavant stipuler que toutes les contestations entre associés seraient jugées par des arbitres ?* — Ce serait l'insertion dans l'acte de société de la *clause compromissoire* dont la validité, au point de vue général, est très discutée entre les auteurs ; ici, en particulier, on pourrait être tenté de l'admettre, puisque ce serait mettre seulement dans les statuts ce qui était autrefois dans la loi. Nous sommes de ceux qui n'admettent pas la validité de la clause compromissoire en général, qui la regardent comme prohibée par l'art. 1006, C. pr. civ., exigeant que le compromis indique l'objet du litige ; il est impossible de

le connaître au moment où l'on rédige les statuts. On objecte que la clause compromissoire n'est pas le compromis, c'est seulement une promesse de compromis. Mais cette promesse est aussi dangereuse que le compromis prohibé par l'art. 1006 : elle l'est même plus, car non seulement on ignore l'objet du litige, mais on ignore quels seront les arbitres choisis ; — cette clause est autorisée dans un des contrats commerciaux, l'assurance maritime (art. 332, C. com.) ; mais elle n'a nulle part été autorisée dans les sociétés ; — dans les travaux préparatoires de la loi de 1856 on a refusé formellement de l'autoriser, en expliquant les motifs de ce refus.

IIe APPENDICE.

DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

396 *bis*. En principe les sociétés étrangères ont une existence légale en France, si elles sont régulièrement constituées suivant la loi de leur pays. Car la capacité des étrangers est régie par leur loi nationale (arg. de l'a. 3, 3e al. C. civ.), et il n'y a aucune raison pour distinguer entre les personnes réelles et les personnes morales, du moment que l'existence de celles-ci n'est contraire à aucune règle d'ordre public en France (a. 3, 1er al. C. civ.). Elles ont le droit de contracter et d'agir en justice, comme d'y défendre (a. 15, C. civ.).

Il n'y a eu de difficulté que pour les sociétés anonymes : lorsque les sociétés françaises de ce genre étaient soumises à l'autorisation du gouvernement, les sociétés étrangères pouvaient-elles fonctionner en France à la seule condition d'être régulièrement constituées dans leur pays ? Après quelques hésitations, on avait reconnu qu'elles avaient besoin aussi de l'autorisation du gouvernement français : en effet cette autorisation était certainement une règle d'ordre public, et, comme telle, elle s'imposait à ces sociétés (C. civ., a. 3). Cette doctrine a été consacrée par la L. 30 juin 1857, a. 2, qui a en même temps permis une autorisation générale pour toutes les sociétés d'un même

pays ; autorisation que cette loi même donnait pour la Belgique.

Actuellement donc l'autorisation peut être donnée de trois manières différentes : — 1° *Autorisation individuelle* par décret, dans les termes de l'a. 37 C. com. ; — 2° *Autorisation générale* pour toutes les sociétés d'un pays, *par décret* en Conseil d'État : L. 30 mai 1857, a. 2 ; — 3° *Autorisation générale par un traité de commerce*, qui peut actuellement être négocié par le pouvoir exécutif, mais n'est définitif qu'après avoir été voté par les deux chambres (L. 16 juill. 1875, a. 8).

La loi du 24 juillet 1867, en dispensant les sociétés françaises de l'autorisation gouvernementale, n'a pas abrogé la loi de 1857 dont elle n'a pas parlé ; — celle-ci doit être considérée comme encore en vigueur en vertu du principe, *specialia generalibus derogant* ; — d'ailleurs, la réglementation de la loi de 1867 n'étant pas faite pour ces sociétés, elles seraient plus libres en France que les sociétés françaises ; ce qui est inadmissible.

Il faut décider d'une manière générale qu'aucune des règles de la loi de 1867 ne s'applique aux sociétés étrangères régulièrement autorisées : — dès que l'ordre public français est sauvegardé par l'autorisation, leur capacité et leur constitution sont régies par leur loi nationale (C. civ. a. 3, 3° al.) ; — sans doute, la loi de 1857, art. 2, et les actes d'autorisation (not. le traité de commerce anglais, du 30 avril 1862) stipulent souvent la condition de se conformer aux lois françaises ; mais cette clause ne vise que les règles imposées à tous les étrangers pour agir en France.

Les règles ci-dessus s'appliquent non seulement aux sociétés anonymes, mais encore aux autres espèces de sociétés, qui seraient soumises *dans leur pays* à l'autorisation préalable. Cela résulte formellement du texte de l'a. 1er de la loi de 1857, auquel renvoie l'art. 2.

En sens inverse, les sociétés anonymes, appartenant à un pays où l'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire pour leur fonctionnement, sont-elles soumises en France à la nécessité d'une autorisation dans les termes indiqués ci-dessus ? La question était très douteuse avant la loi de 1867 ; car le texte de la

L. 1857, a. 1er, était amphibologique, et l'on pouvait soutenir qu'il était contraire à l'ordre public français de voir une société anonyme fonctionner sans les garanties d'une autorisation préalable. Depuis la loi de 1867, cette raison n'existe plus, et nous pensons qu'il faut interpréter le texte dans le sens de la liberté.

306 *ter*. Il reste à déterminer un point : *quand une société sera-t-elle une société étrangère* ? Il faut qu'elle ait son siège social, son centre d'exploitation à l'étranger ; car la nationalité, ne pouvant être déterminée par la naissance, comme pour les individus, ne peut l'être que par le domicile. Peu importerait que la société eût fait ses émissions en France et qu'elle y eût la plupart de ses actionnaires.

PARTIE DEUXIÈME.

DES CONTRATS EN DROIT COMMERCIAL.

INTRODUCTION.

CONDITIONS GÉNÉRALES DU MOUVEMENT COMMERCIAL.

307. Les contrats commerciaux ont essentiellement pour objet la circulation des biens au moyen des échanges.

V. la théorie économique des échanges dans notre *Cours*; nos 308-428. [1] Disons seulement ici :

La **spéculation commerciale**, dont nous avons fait un des caractères essentiels des actes de commerce [2], est la *prévision des débouchés*; c'est le calcul des besoins prochains ou lointains de la consommation pour régler sur eux la production ou l'accumulation des produits. L'essence du commerce est de prévoir l'avenir. L'industrie produit en vue des besoins futurs. Le commerce proprement dit transporte les produits dans le temps ou dans l'espace; là encore la prévision de l'avenir est nécessaire; car, même pour le transport dans l'espace, l'opération ne pouvant se faire en un instant, il faut, pour l'entreprendre, être sûr que les besoins qu'on veut satisfaire existeront encore lorsque les produits arriveront.

On applique surtout le nom de spéculation à la spéculation dans le temps. Elle a un rôle éminemment utile : elle accumule

1. Consul. Cauwès, *Précis d'écon. pol.* 2e éd., t. I, no 503 et suiv.
2. V. *suprà*, no 29 et 30.

en temps d'abondance et de bas prix, pour fournir en temps de rareté et de prix élevé. Le négociant y trouve son compte, mais la société en profite aussi; car par là se trouve empêché le gaspillage en temps d'abondance, et la souffrance poignante en temps de disette. Ce rôle est utile surtout pour les denrées de première nécessité, où la privation en temps de disette est plus cruelle et quelquefois mortelle; ceci fait toucher du doigt l'erreur des lois de la Révolution et du premier Empire contre les accapareurs. La seule précaution à prendre, c'est d'empêcher que cette spéculation ne se combine avec le monopole ou ne le devienne; car alors le consommateur est à la merci du spéculateur.

Cette spéculation dégénère souvent en un véritable jeu, et souvent le mot de spéculation est appliqué exclusivement à ces opérations fictives qui déguisent des paris peu moraux. Mais il faut bien savoir qu'à côté de la spéculation malhonnête, il y a la spéculation honnête et éminemment utile à la société.

429. Avant d'aborder l'étude des contrats commerciaux, nous avons quelques mots à dire de certaines catégories de **biens** spéciales au droit commercial. Le code de commerce n'en parle pas, et ils ne donnent pas lieu à une bien longue théorie juridique. Ils se ramènent tous à la propriété des **fonds de commerce** et de leurs accessoires.

Le *fonds de commerce* est constitué essentiellement par la clientèle, l'achalandage. Il rentre donc dans la classe des biens incorporels; et comme il n'y a aucune raison pour le déclarer immobilier, il doit être considéré comme un bien mobilier. — Le fonds de commerce comprend en général comme accessoires, englobés tacitement dans les aliénations dont il peut faire l'objet : — 1° les installations et les marchandises en magasins, qui peuvent, dans certains cas, avoir une très grande importance; — 2° les droits, créances et recouvrements à faire; — 3° les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation, notamment le droit au bail des lieux occupés par le commerce.

430. A la propriété de l'achalandage se rattache celle du **nom commercial**, de l'**enseigne** de l'établissement, le droit d'apposer sur ses produits certains **noms**, certaines **marques**,

ou de les désigner au public par certains signes distinctifs, comme la forme, la couleur des enveloppes, des étiquettes. — Nos lois se sont préoccupées spécialement de protéger la propriété des noms apposés sur les produits, celle des marques également apposées, et les secrets de fabrique.

La *L.* 28 *juillet* 1824 (art. 1) punit des peines portées à l'art. 423, C. pén.: non seulement l'apposition du nom du commerçant ou de la maison, mais celui de la fabrique, et même celui du lieu de fabrication: car ce nom est souvent un grand élément de crédit pour un produit, par exemple le nom de *Louviers* pour les draps.

La *L.* 23 *juin* 1857 *sur les marques de fabrique et de commerce* permet à tout commerçant de s'assurer le droit exclusif d'apposer une certaine marque à ses produits, moyennant un dépôt du modèle de cette marque, en double exemplaire au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Ce dépôt n'a d'effet que pour quinze années; mais il peut être renouvelé. La loi édicte des peines correctionnelles contre ceux qui auront contrefait ou imité ces marques.

Enfin l'art. 418. C. pén. punit la divulgation des secrets de la fabrication par tous ceux qui sont employés dans une fabrique.

431. Quant au droit exclusif au *nom* et à *l'enseigne* d'un établissement, il n'est assuré par aucune disposition particulière. Comme l'achalandage lui-même, il est protégé seulement par l'art. 1382, C. civ. Toutes les fois qu'il y aura eu des manœuvres déloyales pour détourner la clientèle, soit par la calomnie, la diffamation ou le dénigrement, soit par l'usurpation ou l'imitation du nom ou de l'enseigne de l'établissement, soit par l'imitation de l'aspect extérieur de cet établissement, ou des enveloppes de ses produits, ou de ses factures, il y aura lieu à des dommages-intérêts en vertu de cet art. 1382. — L'atteinte à l'achalandage n'est réprimée que si elle est frauduleuse, car la concurrence loyale est libre; ce qui est punissable, c'est uniquement la *concurrence déloyale*.

Les contrats ou les dispositions testamentaires peuvent imposer des obligations plus rigoureuses: ainsi, celui qui vend un fonds de commerce s'interdit expressément et même tacite-

ment de faire aucune concurrence à son cessionnaire, même celle qui serait loyale pour un autre. Il en est de même de ses héritiers. Il en serait aussi de même pour les héritiers de celui qui aurait légué son fonds de commerce. — De même un bailleur qui loue à un commerçant s'interdit souvent de louer un local de la même maison à un commerce rival. Et il peut, en louant à un autre commerçant, lui interdire la concurrence avec le premier. Ces stipulations donneront lieu à des dommages-intérêts pour tout fait de concurrence, même loyale d'ailleurs.

432. Nous avons déjà parlé de la **vente d'un fonds de commerce** pour nous demander si elle est ou non commerciale; et nous avons répondu affirmativement dans tous les cas (v. n. 36 et 50).

La vente d'un fonds de commerce est soumise à un droit d'enregistrement de 2 p. 100, comme toutes les mutations de meubles à titre onéreux (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, 1°). La *L.* 28 *février* 1872, art. 7, 8 et 9, rappelle, précise et sanctionne plus énergiquement cette obligation fiscale. V. les détails dans ces toxtes.

433. Arrivons maintenant aux **contrats commerciaux.**

Le commerce, avons-nous dit, a pour but essentiel la circulation des biens pour les faire arriver du producteur primitif au consommateur. Il se compose donc essentiellement d'une série de ventes et d'achats, qui, en général, sont tous commerciaux, excepté la première vente faite par le producteur primitif et le dernier achat fait par le consommateur. La *vente* est donc le principal contrat commercial. — A côté de cette circulation intellectuelle, il y a très souvent des faits de transport matériel qui sont aussi caractéristiques du commerce. Le *contrat de transport* sera, après la vente, un contrat essentiellement commercial.

Il y a d'autres contrats moins essentiels, mais non moins importants que les premiers : — ainsi, des personnes servent d'intermédiaire pour les achats ou les transports, ce sont les *commissionnaires*, les *agents de change* et *les courtiers* ; et un lieu est désigné où ces agents intermédiaires et les commerçants peuvent se rencontrer et traiter ensemble ; c'est la *bourse de commerce* : enfin, à un

moment ou à un autre, les marchandises peuvent être données en *gage*.

Le code de commerce traite de ces divers contrats relatifs aux marchandises dans les titres 5, 6 et 7 du livre Ier. Nous les commenterons dans l'ordre inverse de leurs numéros.

434. A côté de cette circulation des marchandises, il y a une circulation inverse de la *monnaie*, qui solde les achats, qui va du consommateur au producteur originaire. La circulation de la monnaie et du papier de crédit est une autre branche des opérations commerciales aussi importante que la première. Le Code n'en traite que dans le titre8, *De la lettre de change et du billet à ordre*. Nous étudierons les autres matières relatives au même objet, comme introduction ou comme appendices à ce titre 8.

435. **Quelles sont les règles générales applicables aux contrats commerciaux ?** Nous avons vu (n. 21 et suiv., 24 et suiv.) qu'à défaut de la loi spéciale au commerce, c'est en général dans le code civil qu'il faut chercher nos règles. Il y aura donc lieu d'appliquer ici en principe les règles du titre *Des contrats ou obligations conventionnelles* au code civil.

Il y a doute pour l'application des art. 1130 et 1202, C. civ.

On admet généralement que la mise en demeure a lieu en matière commerciale même par une simple lettre missive, même sans écrit. L'usage a dérogé à l'art. 1130 (cf. n. 24).

1. *Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs la solidarité se présume-t-elle plus facilement en droit commercial qu'en droit civil?* — 1er S. *Non* : aucun texte ne l'indique ; et la solidarité étant exceptionnelle ne peut s'établir sans texte ou sans convention formelle. — 2e S. *La solidarité se présume toujours en droit commercial* : — c'était l'ancien droit : Pothier cite l'exemple de plusieurs commerçants achetant ensemble sans être associés (*Oblig.*, nº 265) ; de même Jousse (comm. de l'ord. Titre 4, art. 7), Bornier (*ibid.*), Savary (Parère 55) ; — cette idée a été conservée par nos codes ; car, dans la discussion au conseil d'État sur l'art. 1202, C. civ., M. Bigot-Préameneu a dit que les usages du commerce seraient maintenus par un article spécial ; c'est l'art. 1107, 2e al. — 3e S. *Elle ne se présume pas toujours, mais seulement quand les tiers ont pu constater une*

communauté d'intérêts entre les débiteurs : — c'est la concession qu'il faut faire aux usages du commerce, à notre ancien droit et à l'observation de M. Bigot-Préameneu ; mais cette concession suffit pour s'accorder avec tous ces éléments ; on s'en convaincra en se référant à nos anciens auteurs ; — si la solidarité est exceptionnelle, un usage aussi universellement et presque officiellement reconnu, peut l'établir aussi bien qu'une convention expresse (v. n. 22) ; mais il faut se renfermer rigoureusement dans les limites de fait de cet usage. — Les conséquences de ce système sont les suivantes. La solidarité se présumera : si l'on s'est présenté ensemble aux tiers, surtout pour les achats et ventes ; si plusieurs ont sollicité ensemble une commission. Mais elle ne se présumera pas toutes les fois que les tiers n'auront pas pu s'y tromper : ainsi le commissionnaire de transport et le voiturier, obligés ensemble, ne sont pas solidaires, (c'est le Code qui l'indique dans l'art. 108, et qui confirme ainsi notre distinction) ;— deux liquidateurs ne seront pas solidaires, ni plusieurs mandataires (C. civ., art. 1995), ni la caution engagée sur le dos d'un simple billet.

Voir les titres 6 et 5 après le titre 7.

TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES.

436. Ce titre n'a qu'un article, l'art. 100, consacré uniquement à *la preuve* des achats et ventes, et cet article doit être considéré comme applicable à tous les contrats commerciaux. Nous devrons donc traiter d'abord, dans un premier chapitre, des modes de preuve des contrats commerciaux en général; par là notre titre se rattachera à l'introduction qui précède. Puis, dans un second chapitre, nous étudierons la vente commerciale.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS COMMERCIALES.

437. L'art. 100 accorde de très grandes facilités pour la preuve. On est universellement d'accord pour admettre que cet article s'applique, dans son ensemble, à tous les contrats commerciaux. Il y a exception seulement pour ceux où la loi exige un écrit : — la société (C. com., art. 39, 41; L. 1867, art. 1, 21; v. n. 344); — la lettre de change (C. com., art. 112), le billet à ordre (art. 187), ainsi que les acceptations (art. 132), les endossements qui s'y réfèrent (a. 137); — la vente des navires (a. 195); — l'affrétement (art. 273); — le prêt à la grosse (art. 311); — l'assurance (art. 332).

Une question générale à examiner est celle de savoir *si ces modes de preuve doivent être admis lorsque l'obligation n'est commerciale que d'un seul côté?* Elle n'a vraiment d'intérêt que pour la libre admission de la preuve testimoniale et pour les facilités de preuve qui en sont la conséquence; car les autres modes de

preuves ne paraissent pas pouvoir faire difficulté. — Nous admettrons que cela dépend de la qualité de celui *contre qui* on veut faire la preuve; s'il est commerçant on pourra prouver contre lui par los modes commerciaux : — c'est en effet, dans l'intérêt du défendeur que la loi limite les modes de preuve; — pour les livres de commerce la loi nous dit aussi qu'ils ne peuvent pas faire preuve contre le non-commerçant, mais bien contre le commerçant (C. civ., art. 1329, 1330). — Mais ce commerçant pourra alors invoquer les preuves commerciales pour prouver sa libération. — Toutes ces règles s'appliqueront quelle que soit la juridiction (civile ou commerciale) saisie.

438. Avant d'énumérer les modes de preuve, une observation importante doit être faite; elle nous fournira un principe qui domine toute la matière. C'est que, d'après l'art. 109, *in fine*, la preuve testimoniale est admise sans restriction en matière commerciale. En combinant cette disposition avec l'art. 1353, C. civ., on arrive à cette conclusion que dans cette matière les présomptions de l'homme sont aussi toujours admises; donc le juge de commerce peut former sa conviction de toute manière, suivant sa conscience. Il n'est pas cependant tout à fait dans la même situation qu'un juré, qui peut et doit se borner à déclarer qu'il est convaincu de tel fait en son âme et conscience, sans rendre compte des motifs de sa conviction. Le juge consulaire est obligé de motiver ses jugements, et, par conséquent, de rendre compte des raisons qui ont formé son opinion; ces raisons doivent aussi être déduites des éléments qui lui ont été fournis au cours du procès et non d'ailleurs; mais il a toute latitude pour tirer de ces éléments les motifs de sa conviction. — Cette observation domine toute notre matière, et elle influe sur les autres modes de preuve en faisant écarter les rigueurs spéciales qui ont pu être édictées par nos lois.

Sept modes sont énumérés dans l'art. 109; nous en ajouterons trois de droit commun : les présomptions, l'aveu et le serment.

439. I. — **Actes publics** : c'est-à-dire les actes notariés. Ils sont rares en matière commerciale, si ce n'est pour les sociétés. Ils seraient nécessaires pour l'ouverture de crédit avec constitution d'hypothèque sur un immeuble; et pour tous les contrats

passés par ceux qui ne savent ou ne peuvent pas signer. — Nous renvoyons au droit civil.

440. II. — **Actes sous signature privée.**

❶. *Faut-il, dans les contrats synallagmatiques, autant de doubles que de parties contractantes?* (C. civ., art. 1325). — Nous admettrons que *non*, avec la grande majorité des auteurs : — les juges ayant toute latitude d'appréciation, comme nous venons de le dire, peuvent parfaitement tenir compte de l'acte non fait double ; — l'usage commercial, qui est constant sur ce point, peut déroger au droit civil (v. n. 24, 25) ; — d'autre part, les livres des parties sont un contrôle très efficace ; — on peut argumenter *à contrario* de l'art. 39, qui exige les doubles pour la société et qui serait inutile si telle était la règle générale ; — enfin les autres écrits admis comme modes de preuve par l'art. 107, les factures, la correspondance, ne sont pas nécessairement faits en double. — Seulement il faut dire qu'alors les juges ne seraient pas tenus d'ajouter foi à l'acte : ils pourraient en tenir tel compte qu'ils jugeraient convenable (a. 1353).

❷. *Faut-il, sur les simples billets, le bon ou approuvé?* (C. civ., art. 1326). — L'art. 1326 en dispense formellement les commerçants ; la question n'est donc possible que pour les non-commerçants faisant acte de commerce. Nous admettrions que cette formalité est nécessaire dans ce cas. Mais nous excepterions les engagements à forme commerciale (comme la lettre de change, le billet à ordre, l'acceptation, l'endossement, l'aval, donnés sur ces effets de commerce.)

❸ *Quand les actes sous seing privé auront-ils date certaine à l'égard des tiers?* — Nous admettrons qu'ils l'auront même sans les conditions de l'art. 1328, C. civ., par les raisons données plus haut : les juges ont toute latitude d'appréciation, et il y a le contrôle des livres des parties.

441. III. — **Le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties.** — Ils doivent, au moment où ils font faire une opération, l'inscrire immédiatement sur un *carnet*, puis la reporter ensuite sur leurs registres, et enfin ils remettent aux parties une note constatant l'opération faite ; c'est cette note qu'on appelle un *bordereau*. —

Le projet du Code n'exigeait pas la signature des parties; cette exigence a été introduite sur la réclamation du commerce, qui craignait d'être à la merci de ces agents.

Quelle est l'autorité de ces bordereaux? Ce ne sont pas, suivant nous, des actes authentiques : car si les agents de change ou les courtiers sont presque tous des officiers publics, ce ne sont pas des officiers publics chargés spécialement de *constater* les conventions des parties; leurs fonctions essentielles sont de les faire conclure; et s'ils les constatent, c'est seulement une fonction accessoire; d'autre part, la loi n'a pas exigé pour ces bordereaux les solennités exigées en général pour les actes authentiques (C. civ., art. 1317); — la L. 8 ventôse an IX, art. 7, qui énumère leurs fonctions, dit seulement qu'ils « justifient devant les tribunaux la vérité et le taux des négociations »; elle ne dit pas du tout qu'ils donnent l'authenticité à leurs actes; de même l'art. 79, c. comm., dit seulement : « ils en attestent la vérité par leur signature »; l'art. 109, dans son énumération, place les bordereaux au milieu des actes sous seing privé; — enfin, il exige la signature des parties dont l'absence n'empêche pas au contraire la validité des actes authentiques.

Mais ils sont plus que des actes sous signature privée, car il résulte de l'art. 7 (cité plus haut) de la L. 28 ventôse an IX que la déclaration de ces agents a autorité devant la justice. D'où nous conclurons qu'ils sont dispensés de la formalité des doubles, et du bon et approuvé sans difficulté et sans distinctions; — qu'ils font foi absolue de leur date, même à l'égard des tiers, et qu'ils font foi des signatures apposées.

Font-ils foi de celle jusqu'à inscription de faux? Nous ne l'admettrons pas puisque nous ne leur reconnaissons pas le caractère authentique; de plus, nulle disposition ne les soumet à la peine du faux en écriture publique; ce qui devrait être s'ils étaient crus jusqu'à inscription de faux.

Evidemment ces règles s'appliqueraient lors même que les parties ne seraient pas commerçantes.

Les carnets ou registres des agents de change ou courtiers peuvent, à défaut de bordereaux, servir de preuves si les tribunaux croient devoir les admettre (arrêté 27 prairial an X, art. 11).

442. IV. — **Facture acceptée.**

Une facture est un écrit spécialement destiné à constater une vente. Elle porte, sur plusieurs colonnes, l'énumération des marchandises vendues avec leur quantité et le prix de vente. Cette énumération est précédée d'une petite formule indiquant la vente et quelquefois certaines conditions de la vente; par exemple : *vendu à M..., ou doit M..., payable comptant, sans escompte à Paris.*

Aux yeux de la plupart des particuliers qui reçoivent une facture, elle constate surtout l'obligation pour l'acheteur de payer le prix. Mais en réalité et dans le commerce, elle sert aussi à constater les obligations du vendeur, notamment celle de livrer la chose ; elle peut même transférer la propriété, si les marchandises sont désignées de façon à devenir des corps certains (C. civ., art. 1582) ; par exemple, par des numéros ou par une marque.

L'acheteur et le vendeur ne sont liés que par l'*acceptation* de l'acheteur, à qui le vendeur a envoyé ou remis la facture. Cette acceptation peut être expresse, et pour cela on envoie à l'acheteur deux exemplaires de la facture pour qu'il renvoie l'un d'eux revêtu de son acceptation ; souvent cette acceptation est faite séparément par lettre. Elle peut aussi être tacite ; et elle résultera notamment du fait d'avoir reçu la facture sans réclamer immédiatement ; ce sera le cas le plus ordinaire.

Alors, l'acheteur est lié par toutes les conditions qui y sont énoncées ; non seulement le prix, mais aussi, par exemple, le lieu du paiement, entraînant la compétence du tribunal (C. pr. civ., art. 420).

Le vendeur est aussi lié par l'obligation de livrer les marchandises. — Et cette créance, on peut la céder (moyennant l'obligation corrélative de payer le prix, s'il ne l'a été) en transférant la facture : — c'est ce que le Code admet pour le connaissement (art. 281) ; qui a beaucoup d'analogie avec la facture ; — la loi fait allusion à cet usage dans l'art. 576, 2e al. — La facture pourra donc, comme le connaissement, être *à personne dénommée*, et se transférera alors dans la forme civile (C. civ., art. 1690) ; — ou *à ordre*, et se transférera par endossement ; — ou

au porteur, et se transmettra par simple tradition. — Si les marchandises vendues sont des corps certains, puisque la facture constate la transmission de la propriété, le transfert de la facture servira à transmettre de nouveau cette propriété (v. n. 450).

443. V. — **La correspondance.**

Nous avons vu que le commerçant doit conserver les lettres qu'il reçoit et copier celles qu'il envoie. V. au titre 2. — C'est le mode le plus fréquent de contracter dans le commerce. Très souvent on échange des lettres même pour constater un contrat formé entre présents. — Mais, d'ailleurs, tout le monde (ou à peu près) admet que ce mode s'applique parfaitement aussi en droit civil.

La correspondance a l'avantage que non seulement elle est dispensée de recevoir date certaine comme les autres écrits commerciaux, mais que le timbre de la poste met sa date à l'abri de toute contestation. Aussi les commerçants prudents ont-ils soin de ne pas mettre leurs lettres sous enveloppe.

Un contrat formé ainsi à distance se compose toujours de deux actes; l'*offre* ou *pollicitation*, et l'*acceptation*. — ❡. *A quel moment le contrat est-il formé?* Est-ce au moment de l'acceptation, c'est-à-dire au moment où la lettre qui la renferme est mise à la poste? (*Nota* : on ne peut pas faire remonter l'acceptation plus loin dans le passé; car une lettre écrite et non expédiée n'est qu'un projet; elle ne lie pas celui qui l'a écrite.) Est-ce au moment où la lettre d'acceptation parvient à celui qui avait fait l'offre? — J'admets en principe, ici, comme en droit civil, que le contrat est formé au moment même de l'acceptation, c'est-à-dire de l'envoi de la lettre; car, dès lors, il y a concours de volontés, ce qui est nécessaire et suffit pour qu'il y ait contrat [1]. — Mais il faut appliquer ce principe avec discernement, en tenant compte des faits et de l'intention des parties : — d'abord, si l'offre n'est pas spéciale à celui à qui elle est adressée, si elle est générale, s'il ressort de la lettre, qui la contient, qu'elle a dû probablement

1. Mais, si le télégraphe existe entre les deux correspondants, comme l'acceptation faite par lettre, peut être révoquée avant l'arrivée de celle-ci (v. n. 444), l'acceptant n'est pas absolument lié après la mise à la poste; dès lors le contrat ne saurait être formé qu'à l'arrivée de la lettre.

être faite à d'autres correspondants en même temps ; dans ce cas, il n'y a pas un consentement suffisamment précis, de celui qui offre, pour le lier d'avance envers l'autre ; évidemment, il n'entend être lié qu'au moment où il recevra une réponse, et envers celui dont il recevra d'abord la réponse ; — ensuite, si un délai a été fixé expressément ou tacitement dans l'offre, et s'il est écoulé, ou simplement si le temps moral nécessaire pour répondre est écoulé, celui qui avait fait l'offre peut se regarder comme dégagé et traiter avec un autre ; car le commerce exige la plus grande promptitude pour profiter des occasions. C'est ce qui a été admis, lors même que les deux lettres contenant, l'une la révocation de l'offre, l'autre l'acceptation, se seraient croisées.

444. A la correspondance nous pouvons ajouter le *télégraphe* et le *téléphone* qui permettent de contracter très rapidement à distance, et qui sont si largement employés maintenant. — Ils permettront de révoquer avant son arrivée une offre ou une acceptation faite par lettre. — Les conséquences des inexactitudes que peut commettre le télégraphe ne peuvent tomber que sur celui qui a employé ce mode toujours un peu chanceux de donner un ordre ; son correspondant ne peut être lié que par ce qu'il a connu. Sauf recours contre les employés s'il a eu lieu (ce qui n'est pas admis en France).

445. VI. — **Les livres des parties.** Nous en avons traité longuement au titre 2.

446. VII. — **La preuve testimoniale,** « *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* » ; c'est-à-dire qu'elle est permise même au-dessus de 150 fr., comme déjà dans l'ancien droit, et comme l'annonçait l'art. 1341, *in fine*, C. civ. (cf. ord. 1667, tit. 20, a. 2 ; C. comm., art. 40). Mais les juges sont absolument maîtres de l'écarter.

Il faut admettre qu'il est dérogé aussi en notre matière à l'interdiction de prouver contre et outre le contenu aux actes (C. civ., art. 1341, 1er al.) : — en effet, la réserve faite par la fin de l'art. 1341 se trouve après cette interdiction ; ce qui prouve que cette dérogation s'applique à la seconde règle de l'article comme à la première ; — l'art. 41, C. comm., qui rappelle cette interdiction pour les sociétés, serait inutile si c'était le droit com-

mun; — enfin, cela est conforme aux usages du commerce, où l'on cherche souvent à abréger la rédaction et où l'on n'a pas toujours une grande précision.

Mais il ne faut pas retourner l'article contre la facilité de la preuve, quoique son texte pût s'y prêter dans un certain cas. On pourrait entendre que, même au-dessous de 150 fr., l'admission de la preuve testimoniale serait facultative pour le juge de commerce, tandis qu'elle est un droit pour les parties en matière civile. Mais ce n'est pas là le sens de l'art. 109, *in fine*, qui est conçu uniquement dans une pensée d'extension.

447. VIII. — **Les présomptions**; — soit les présomptions de l'homme admises ici sans restriction, nous l'avons dit, par la combinaison de l'article 1353, C. civ., avec notre art. 109, *in fine*; soit les présomptions de la loi; il y en a de spéciales aux matières commerciales, et des deux espèces admises en droit civil. Exemple de présomption *juris tantum*, admettant la preuve contraire: la présomption que les billets souscrits par un commerçant sont faits pour son commerce (art. 638); — exemples de présomption *juris et de jure*, n'admettant pas la preuve contraire; celles des art. 365, 366, 440, C. comm.

IX. — **L'aveu.**

X. — **Le serment.** Nous avons vu au titre 2, à propos des livres de commerce (n. 113, 116), quelques questions qui se réfèrent au serment.

APPENDICE.

De l'enregistrement des actes commerciaux.

448. Les droits d'enregistrement se divisent en *droits d'actes*, payés sur les écrits qui constatent des opérations juridiques; et en *droits de mutation* perçus sur certaines translations de droits indépendamment de tout écrit. Pendant longtemps il n'y a pas eu de droits de mutation en matière commerciale. La L. 28 février 1872 en a introduit deux: pour la vente des fonds de commerce (art. 7) et pour la vente des navires (art. 5).

Les droits d'enregistrement se divisent encore en *droits fixes*

perçus uniquement d'après la nature juridique de l'acte, sans tenir compte des valeurs qui y sont engagées ; et en *droits proportionnels*, perçus d'après le montant des valeurs engagées dans l'acte.

Nous n'avons en cette matière qu'à signaler une faveur spéciale faite aux actes commerciaux, on peut les enregistrer, avant d'en faire usage, pour un *droit fixe* de 3 fr.[1], et les produire ainsi en justice sans payer le droit proportionnel. Celui-ci n'est payé que lorsque le jugement est intervenu, et seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet du jugement (L. 11 juin 1850, art. 22). Ainsi, soit un acte de vente sous seing privé de denrées au prix de 100,000 fr., et une contestation portant seulement sur les intérêts du prix pendant deux mois, soit 1000 fr. : avant de produire l'acte en justice on ne paiera que 3 fr. ; et après le jugement on ne paiera le droit proportionnel que sur 1000 fr., et non sur 100,000. Le motif de cette disposition est le suivant : souvent les commerçants ayant en main un acte parfaitement probant, aimaient mieux ne pas le produire en justice, et chercher à prouver autrement, pour éviter de payer sur tout un marché lorsqu'une minime partie était en litige, ou sur plusieurs marchés constatés dans le même écrit lorsqu'un seul faisait difficulté ; — de plus, on avait toujours l'espoir d'une transaction rendant inutile la production de l'acte. De la sorte, la rigueur de la loi se retournait contre le trésor ; et il y avait un grand inconvénient pour la bonne justice des tribunaux, puisque, pouvant éteindre un procès par la production d'un acte parfaitement probant, on se jetait dans les incertitudes de la preuve testimoniale.

CHAPITRE II.

DE LA VENTE COMMERCIALE.

449. Notre titre ne contient aucune disposition sur ce contrat ; et nous ne trouvons ailleurs que fort peu de règles sur la vente commerciale. D'après les principes que nous avons posés au

1. Il a été porté de 2 à 3 fr. par la L. 28 fév. 1872.

début de nos études, nous aurons à puiser les règles de cette matière à la fois dans le code civil (v. n. 24 et suiv.) et dans les usages commerciaux (v. n. 21 et suiv.). Nous étudierons donc dans deux sections, d'abord l'application du droit civil aux ventes commerciales, et ensuite les usages spéciaux à ces ventes, en rappelant qu'en cas de divergence, ce sont en général les usages qui doivent l'emporter (v. n. 25).

Nous avons d'abord à nous demander quand est-ce qu'une vente sera commerciale ? La réponse résulte tout naturellement de l'étude générale que nous avons faite sur les actes de commerce (v. au titre 1er) ; ce sera toutes les fois qu'elle fera partie d'un *achat pour revendre avec spéculation ;* et ce critérium s'appliquera non seulement à l'achat, mais aussi à la revente qui suit l'achat (v. n. 34).

Quelles règles appliquerons-nous si la vente n'est commerciale que pour l'une des parties ? Comme les règles que nous allons étudier sont fondées essentiellement sur l'intention des parties, interprétée par les usages, les juges du fait n'auront qu'à rechercher cette intention.

SECTION PREMIÈRE.

APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT CIVIL.

460. Nous ne les rappellerons pas toutes, mais nous parcourons seulement certaines règles dont l'application est douteuse ou délicate en matière commerciale.

Translation de la propriété. Nous admettons, quoique cela ait été contesté, qu'elle s'opère ici, comme en droit civil (C. civ., art. 1583), par la seule volonté des parties, pourvu qu'il s'agisse d'un corps certain. Seulement les ventes commerciales porteront très fréquemment sur des choses prises *in genere*, qui, en droit civil même, ne sont acquises que par la tradition ou au moins par l'individualisation. C'est uniquement dans ce sens qu'il faut entendre ces paroles du discours préliminaire du Code de commerce : « Les achats et ventes ont pour objet des valeurs mobilières dont la propriété s'acquiert par la

tradition. » Mais il peut aussi arriver que les ventes commerciales aient pour objet des corps certains : ce seront des animaux choisis par l'acheteur, des pièces de vin agréées et marquées par lui, etc., etc.; ou que des choses vendues *in genere* se trouvent individualisées autrement que par la tradition.

Et cette translation produira son effet même à l'égard des tiers : non pas à l'égard d'un acheteur de bonne foi, ayant reçu livraison, qui serait protégé par la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre* (C. civ., art. 2279 et 1141); mais à l'égard, par exemple, des créanciers du vendeur qui ne pourraient plus exercer leur gage sur la chose vendue, quoiqu'elle fût encore en la possession du vendeur.

451. **Risques de la chose.** Ils sont pour l'acheteur dans les ventes pures et simples (C. civ., art. 1138); pour le vendeur dans les ventes conditionnelles (C. civ., art. 1182). — Il y aura fréquemment lieu d'appliquer dans le commerce les art. 1585 et 1586, qui considèrent la vente comme conditionnelle quand elle n'est pas faite en bloc, mais à tant la mesure; de sorte qu'alors les risques ne passent à l'acheteur que par le comptage et le mesurage.

Dans le code de commerce, l'art. 100 applique la règle *res perit domino*. Il nous amène aux solutions suivantes : — si l'objet vendu est un corps certain, les risques sont pour l'acheteur dès la vente; — s'il s'agit d'objets vendus *in genere*, et qu'ils soient livrables chez l'acheteur, ou au débarquement sur le quai d'arrivée, les risques sont pour le vendeur jusqu'à la tradition; — s'ils sont vendus livrables chez le vendeur, ils sont aux risques de l'acheteur dès qu'ils sont sortis des magasins du vendeur. Dans ce dernier cas, le moment précis où les risques passent à l'acheteur n'est pas le comptage et le mesurage faits par le vendeur seul, dans ses magasins; car le vendeur n'est pas lié par cette opération; il pourrait très bien changer la destination de ces marchandises; les risques ne passent qu'au moment de la remise au voiturier chargé du transport; car, alors seulement, le vendeur est lié, la propriété est acquise définitivement à l'acheteur. — Les parties pourraient modifier ces règles par des conventions formelles. V. art. 576, 3e al.

452. **Frais.** Les frais de l'acte sont à la charge de l'acheteur (C. civ., art. 1593), ainsi que les frais d'enlèvement (C. civ., art. 1608); les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur (*ibid.*). Les droits de douane et d'octroi ne rentrent dans aucune de ces catégories, les lois fiscales les mettant à la charge du *propriétaire*; pour savoir qui les paie, il faut savoir, d'après les règles ci-dessus, qui est propriétaire au moment où ils se trouvent frappés des droits, sauf toujours les conventions des parties qui peuvent vendre *à l'acquitté ou à l'entrepôt* (v. n. 473).

453 **Vente de la chose d'autrui.** Elle est nulle en droit civil (C. civ., art. 1599); mais cette règle ne s'applique pas aux ventes d'objets *in genere*; par là, un très grand nombre de ventes commerciales lui échappent. Lors même qu'il s'agit d'un corps certain, il a été dit positivement, dans les travaux préparatoires, à deux reprises, que la règle ne s'appliquerait pas aux ventes commerciales; en effet, les spéculations commerciales se faisant toujours en vue d'un avenir plus ou moins prochain, il faut que l'on puisse traiter de choses dont le vendeur entend se rendre acquéreur, si les parties ont intérêt à en fixer dès à présent le prix. Mais, comprise dans ce sens, la convention serait parfaitement valable, même en droit civil. Au contraire, dans les cas où elle tomberait en droit civil sous le coup de la nullité édictée par l'a. 1599, les raisons de cette disposition existent aussi en droit commercial. Donc nous la déclarerons également applicable[1].

454. **Vente d'un objet périt.** L'art. 1601, C. civ., déclare cette vente nulle; et il s'applique en principe aux ventes commerciales. Mais on est d'accord, même en droit civil, pour limiter cet article au cas où les parties ont cru que l'objet existait, et pour ne pas l'appliquer au cas où elles ont voulu faire une vente aléatoire, en vue précisément de la perte possible, et peut-être déjà réalisée, de l'objet. En droit commercial cette seconde hypothèse se rencontrera très fréquemment, sur-

1. Voici quels sont, suivant nous, les motifs de l'art. 1599. Si l'acheteur a cru le vendeur propriétaire, il a entendu le devenir immédiatement; il y a nullité pour impossibilité de l'objet. S'il a connu le défaut de propriété chez le vendeur, il a entendu acheter les avantages de la possession de mauvaise foi, c'est-à-dire l'espoir de spolier le véritable propriétaire; il y a nullité pour objet illicite ou vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce.

tout à propos des objets exposés aux risques de mer; c'est ce qu'on appelle vendre *à toutes chances, à tous risques, à forfait, à risques et périls, à perte ou à gain.* Ces ventes sont certainement valables. — On peut réciproquement vendre une chose future; et là il faudra distinguer si l'on a vendu l'*alea*, la chance, par exemple ce que ramènera un coup de filet, auquel cas le prix est toujours dû, même si l'on ne ramène rien; ou si l'on a vendu proprement un *objet futur*, c'est-à-dire un objet pour le moment où il existera, et à condition qu'il existe; par exemple ce qui naîtra de telle femelle d'animal dans l'année; dans ce dernier cas, le prix n'est pas dû si la chose ne naît pas.

455. Résolution de la vente. 1° *Résolution pour inexécution des conditions* (C. civ., art. 1184): — du côté de l'acheteur pour non-paiement du prix (C. civ., art. 1654); mais avec certaines restrictions en cas de faillite (v. art. 576,); — du côté du vendeur pour défaut de livraison dans le délai fixé (a. 1610). Dans l'un et l'autre cas, elle n'a pas lieu de plein droit (art. 1184); même, suivant la jurisprudence dominante, lorsqu'elle a été stipulée expressément, il faut admettre que les parties n'ont pas voulu faire produire à cette stipulation plus d'effet qu'à la résolution tacite.

Dans les deux cas, la partie qui est en mesure d'exécuter (le vendeur dans le premier cas, l'acheteur dans le second) a une option à l'encontre de celui qui n'exécute pas; elle peut ou demander la résolution, ou demander l'exécution du contrat.

Si elle demande la résolution, elle a droit à des dommages-intérêts, à moins qu'il n'y ait eu empêchement de force majeure. Ces dommages-intérêts seront arbitrés par les tribunaux toutes les fois que l'objet vendu ne pourra se trouver ou se placer facilement sur le marché. Si au contraire, il s'agit d'un objet que le vendeur pourra revendre facilement sur le marché, et que l'acheteur pourra trouver aussi facilement, les dommages-intérêts ne consisteront que dans la différence des prix, si elle est défavorable à la partie qui se plaint: en cas de baisse, pour le vendeur, ou de hausse pour l'acheteur. Dans les cas inverses, la partie qui demande la résolution n'aura droit à rien, car elle

ne souffre aucun dommage, elle profite au contraire de la situation qui lui est ainsi faite.

La différence se calculera au moment de l'échéance, au moment où le contrat devait être exécuté; car c'est à ce moment-là que le dommage est causé.

La partie peut aussi opter pour l'exécution du contrat. Le vendeur non payé peut faire saisir chez l'acheteur pour se faire payer du prix et des dommages-intérêts; mais il aura peut-être difficulté à obtenir ainsi toute la somme qui lui est due; quant à l'acheteur, faute de délivrance, il ne peut pas obtenir ainsi l'exécution directe du contrat, à moins que l'objet vendu ne soit un corps certain. — Mais une autre ressource est ouverte à l'un comme à l'autre, par l'art. 1144 du C. civ.; ils peuvent faire exécuter l'obligation aux dépens de l'autre partie. Et voici comment ce droit se traduit toutes les fois que l'objet vendu a un marché ouvert sur la place: le tribunal accorde vingt-quatre heures à la partie en retard pour s'exécuter, et autorise à défaut de cette exécution dans les vingt-quatre heures, le vendeur à faire revendre aux enchères la marchandise vendue ou l'acheteur à acheter une marchandise pareille sur la place; c'est ce qu'on appelle *se remplacer*; le tout aux dépens de la partie en retard qui devra à l'autre la différence (en moins dans le premier cas, en plus dans le second), entre le prix de la première vente et celui de la seconde. De la sorte, le vendeur non payé a l'avantage de ne courir les risques de l'insolvabilité de l'acheteur que pour la différence des prix et non pour le prix tout entier, et l'acheteur, qui n'a pas reçu livraison obtient la marchandise même sur laquelle il a compté.

456. Le vendeur qui n'a pu exécuter dans le délai ne pourrait pas demander la résolution du contrat; car l'inexécution des obligations, fût-elle l'effet de la force majeure, ne saurait lui donner aucun droit.

457. 2° *Résolution pour défaut de retirement par l'acheteur dans le délai fixé* (C. civ., art. 1657).

Q. *S'applique-t-elle en matière commerciale?* 1er S. *Oui* : le texte de l'art. 1657 est absolu ; — les motifs existent encore plus fortement en matière commerciale qu'en matière civile, puisque

la raison de l'article, c'est que, si le vendeur devait attendre l'acheteur, il perdrait peut-être une bonne occasion de placer sa marchandise. — 2° S. *Non*: dans les travaux préparatoires sur l'art. 1657, Cambacérès a dit formellement qu'il ne s'appliquerait pas au commerce, et cela sur l'observation de M. Bégouen, que les usages du commerce étaient contraires; — et dans cette pensée on a supprimé le mot *marchandises* dans l'art. 1657; — le vendeur ne risque rien, puisqu'en cas de baisse, il revendra pour le compte de l'acheteur qui lui devra la différence; il n'aurait donc que les chances de hausse; c'est injuste pour l'acheteur qui n'aurait pas le même droit en cas inverse. — 3° S. *Les tribunaux ne sont pas forcés d'appliquer l'art.* 1657, *mais ils le peuvent* (1): c'est là toute la portée de la déclaration de Cambacérès; ils doivent, sur ce point, constater l'usage; or l'unanimité de la jurisprudence montre que l'usage est dans le sens de l'article; c'est ainsi qu'on peut concilier la jurisprudence avec les travaux préparatoires; — le vendeur qui n'a pas fait crédit à l'acheteur ne peut être obligé en cas de baisse de suivre sa foi, ne fût-ce que pour la différence à laquelle il aura droit.

458. **Privilège du vendeur et droit de revendication** (C. civ., art. 2102, 4°). D'après l'art. 550, dern. al., C. com., ils ne peuvent être exercés contre la faillite de l'acheteur; sauf, en matière de revendication, la réserve des art. 576-578; nous expliquerons ces dispositions en leur lieu et place. Mais il ne serait pas exact de dire que ces droits n'existent jamais pour le vendeur commercial. En effet, lors même que l'acheteur n'est pas en faillite, le vendeur peut avoir intérêt à exercer ces droits, par exemple parce qu'il lui est plus commode de saisir l'objet acheté et de le faire revendre sans avoir à partager le prix avec personne, ou parce qu'en revendiquant il reprend la possibilité d'exercer un droit de rétention; et tant qu'il n'y a pas faillite de l'acheteur aucun article ne lui enlève ces droits que le Code civil lui accorde. De plus, même en cas de faillite, l'art. 550 ne les supprime qu'*à l'égard de la faillite;* ils pourraient être invoqués contre des tiers.

SECTION II.

USAGES SPÉCIAUX AUX VENTES COMMERCIALES.

459. Un principe domine toute cette matière : c'est qu'il importe d'assurer dès le contrat une grande fixité à la vente, de la soustraire autant que possible aux conditions quelque peu potestatives pour les parties. En effet la valeur des denrées est très variable ; et les parties ne contractent que pour spéculer sur cette valeur. Si l'on permettait à l'une d'elles de se dégager facilement du contrat, l'autre serait complétement à sa merci. Beaucoup des règles d'usage que nous allons étudier ont pour objet d'assurer cette fixité.

Quatre paragraphes : — 1° Modalités usitées dans ces ventes; — 2° Obligations du vendeur ; — 3° Obligations de l'acheteur ; — 4° Ventes par filières.

§ Ier

Modalités usitées dans les ventes commerciales.

460. Les modalités ordinaires aux contrats sont le terme et la condition qui doivent être subdivisés ici ; nous aurons en outre à parler d'une modalité spéciale aux marchandises qui sont dans un entrepôt. — D'où cinq divisions : — 1° terme unilatéral ; — 2° terme bilatéral ou synallagmatique ; — 3° conditions communes à toute espèce de vente ; — 4° conditions spéciales aux ventes maritimes, ou ventes d'objets en train de voyager sur mer ; — 5° modalité spéciale aux marchandises en entrepôt.

I. — **Terme unilatéral.**

461. Très souvent on accorde un terme à l'acheteur pour payer. C'est ce qu'on appelle **vente à crédit** ou *à terme pour le paiement*, par opposition à la **vente au comptant**. Nous y reviendrons au § 3° en traitant de l'escompte dans les ventes commerciales (n. 482 ; v. aussi n. 681).

Il arrivera au contraire très rarement que l'on accorde un terme au vendeur pour la livraison, tandis que l'acheteur devrait payer immédiatement le prix. En tout cas cette modalité n'a pas de nom spécial.

II. — **Terme bilatéral ou synallagmatique.**

462. On oppose à ce point de vue les **ventes de disponible** ou **en disponible**, et les **ventes à livrer**.

La *vente de disponible* est celle d'une marchandise qui est sur les lieux, prête à livrer, dans les magasins du vendeur, ou dans un entrepôt, ou sur un navire (dans ce dernier cas, on dit qu'on vend *sous vergues*). La marchandise pouvant être livrée immédiatement, rien ne s'oppose à ce que les deux parties exécutent immédiatement leurs obligations ; c'est la vente pure et simple du droit civil.

La *vente à livrer* est la vente d'une marchandise qu'on n'a pas, ou qu'on n'a pas présente. Le vendeur ne s'engageant à livrer que dans un certain temps, l'acheteur ne lui paiera le prix qu'au même terme ; ce terme suspend donc à la fois les obligations de l'acheteur et celles du vendeur [1]. Mais le prix est fixé immédiatement, au cours du jour où la vente est faite, afin que les deux parties sachent sur quoi elles peuvent compter.

Ces ventes sont parfaitement valables, quoiqu'on l'ait contesté autrefois : sans doute ce sont ordinairement des ventes de la chose d'autrui, ou de choses qui n'existent pas encore ; mais rien ne prohibe la vente de choses futures ; et, d'autre part, la vente de la chose d'autrui est valable, même en droit civil, quand elle porte sur un genre, ce qui est le cas ici (n. 454). — Ces ventes sont éminemment utiles, quand elles sont sérieuses ; elles sont l'aliment nécessaire de la spéculation commerciale dont nous avons montré l'utilité : il importe qu'un négociant ou un fabricant puisse s'approvisionner d'avance des denrées nécessaires pour alimenter son commerce ou son usine, et cela

1. Il s'ensuit que, même en cas de faillite, l'une des parties ne pourrait invoquer contre l'autre la déchéance du bénéfice du terme, sans exécuter elle-même immédiatement son obligation corrélative. V. sous l'art. 444, n. 925.

à un prix qui lui paraît avantageux ; — et, réciproquement, il est bon qu'il puisse s'assurer d'avance, et à un prix au moins acceptable, de débouchés pour ses marchandises ou ses produits.

463. Seulement, ces ventes peuvent déguiser de véritables **jeux**, ou **paris** ; et alors elles sont condamnées, et par la morale, et par l'économie politique. C'est lorsque le marché est *fictif* et doit se solder par des *différences*. Voici comment les choses se passent : l'un vend à l'autre un lot de farines, par exemple, à 100, fin du mois ; il est entendu entre les parties que le marché ne sera pas exécuté, et, en général, elles seraient dans l'impossibilité de l'exécuter, n'ayant pas assez de capitaux pour cela. Mais, si, à la fin du mois, les farines valent 105, le vendeur, qui ne les a jamais eues, serait obligé de les acheter à 105, pour en recevoir le prix à 100, il perdrait donc 5 que l'acheteur gagnerait ; il lui paiera tout simplement cette différence. Réciproquement, si elles valent 95, l'acheteur serait obligé de les recevoir en les payant 100, et ne pourrait trouver l'argent (qu'il n'a pas) pour les payer, qu'en les revendant à 95, et il perdrait 5 ; il paiera ces 5 au vendeur. — Ces marchés tombaient autrefois sous le coup de l'art. 1965, C. civ., refusant toute action pour cause de jeu ou de pari. Mais leur légalité a été formellement consacrée par la L. 28 mars 1885, a. 1er, qui ne permet plus de se soustraire à leur exécution en invoquant l'art. 1965 C. civ. C'est qu'en effet l'exception de jeu ne profitait qu'au joueur de mauvaise foi, et encourageait le jeu au lieu de le combattre.

464. La plus grande exactitude est requise dans l'exécution des ventes à livrer, car le moindre retard peut renverser complètement la spéculation de l'acheteur. Si le vendeur n'exécute pas le jour même fixé, il s'expose à ce que l'acheteur obtienne la résolution avec dommages-intérêts, ou à ce qu'il se remplace sur le marché en le rendant débiteur de la différence des prix (v. n. 455).

Réciproquement, l'acheteur ne doit pas pouvoir échapper à l'exécution du contrat s'il ne le trouve plus avantageux. Pour cela, il est nécessaire que dans le contrat on indique très exac-

tement, non seulement l'espèce et la provenance de la marchandise, mais encore la qualité, afin qu'on ne puisse pas discuter sur la qualité pour demander la résiliation. Si la qualité se trouve quelque peu inférieure à celle qui a été promise, l'acheteur ne peut refuser la marchandise, mais il doit la prendre moyennant une certaine réduction de prix qu'on appelle *bonification* ou *réfaction*. Il ne pourrait résoudre le contrat que si la qualité était jugée par les experts trop différente pour qu'on puisse dire que c'est là ce qui a été vendu (v. pour les détails, au n. 478).

Les variations d'impôt dans l'intervalle entre la vente et l'exécution sont aux risques du vendeur, qui doit toujours donner la marchandise pour le prix convenu ; car il est resté propriétaire jusqu'à la délivrance et l'impôt doit être payé par le propriétaire de l'objet imposé (v. n. 452).

III. — **Conditions dans toutes les ventes commerciales.**

465. Dans la langue du commerce, on appelle **vente ferme** ou *marché ferme*, toute vente ou marché qui n'est affecté d'aucune condition. La *vente ferme* suppose habituellement que les marchandises vendues sont présentes sur les lieux et que l'acheteur a pu les examiner avant d'acheter ; c'est un cas très fréquent pour beaucoup de marchandises. Souvent alors on insère dans le contrat la clause *vu et agréé*, pour enlever tout doute sur le caractère du marché ; on le fait surtout lorsque les circonstances auraient pu faire naître ce doute. — Quelquefois on fait un marché ferme quoiqu'on n'ait pas pu examiner les marchandises ; on les achète *telles quelles*, *à forfait*, etc.

On traite fort souvent sans avoir pu vérifier exactement la marchandise qu'on achète ; c'est le cas forcément pour toutes les ventes à livrer ; cela arrive très fréquemment même dans les ventes de disponible, par exemple pour les ventes de grosses quantités faites à la Bourse, ou sur un autre marché, ou par l'entremise de courtiers ; dans toutes ces ventes que la même personne traite souvent en très grand nombre dans la même journée, une vérification préalable serait matériellement impossible. Dès lors on contracte facilement sous la condition que la

vérification sera satisfaisante. — Généralement on ne s'en remet pas pour cela à l'appréciation de l'acheteur. Cette faculté ne lui appartient guère que dans le cas des art. 1587 et 1588, C. civ. — V. pour les détails notre *Cours*, nos 466-469.

IV. — **Conditions dans les ventes maritimes.**

470. **Vente par navire désigné.** Un négociant, vendant une certaine quantité de marchandises à livrer dans un délai de..., indique qu'il entend s'acquitter de son obligation au moyen de marchandises de la nature voulue, qui doivent arriver par un navire qu'il désigne ou qu'il désignera; et par là l'exécution de son obligation se trouve subordonnée à la condition de l'arrivée des marchandises dans le délai fixé.

Voici les formules employées : on vend *d'ici à trois mois*, tel lot de marchandises *chargées ou à charger sur tel navire désigné* ou *à désigner venant de...*, ou plus simplement telles marchandises, à *l'heureuse arrivée de tel navire venant de...*, ou plus simplement encore telles marchandises *par tel navire venant de...*

V. aux nos 471 et 472 de notre *Cours* les détails d'exécution de cette clause.

V. — **Modalités spéciales aux marchandises en entrepôt.**

473. On peut vendre **à l'acquitté** ou **à l'entrepôt.**

Lorsqu'une marchandise est déposée dans un entrepôt par son propriétaire, on l'inscrit à son crédit sur le registre de la douane, appelé *sommier* ou *grand-livre*; dès lors elle ne doit être délivrée qu'à lui; on le débitera lorsqu'elle sortira.

Ce propriétaire a la faculté de *réexporter* sa marchandise moyennant un faible droit de magasinage ; — ou de *mettre à la consommation*, c'est-à-dire de la faire sortir de l'entrepôt pour la vendre en France ; — ou enfin de l'envoyer dans un autre entrepôt. — S'il la vend il peut vendre à *l'acquitté* ou à *l'entrepôt*.

S'il vend **à l'acquitté**, ce qu'on appelle aussi vendre *à la consommation*, ce sera lui qui devra sortir la marchandise en payant les droits, et la livrer à l'acheteur, complétement libre quant à la circulation intérieure. Le prix est alors plus fort, puisque le vendeur fait une avance de plus. — Les droits de douane sont donc à sa charge, et les risques de l'augmentation

ou de la diminution de ces droits entre la vente et l'exécution sont pour lui.

S'il vend **à l'entrepôt,** il ne se charge pas de faire sortir la marchandise ; ce sera l'acheteur qui devra le faire et payer les droits, s'il veut livrer la marchandise à la consommation intérieure. C'est alors l'acheteur qui court les risques des variations de droits dans l'intervalle. — Mais comment lui donnera-t-on le droit vis-à-vis de la douane de retirer ces marchandises ? Ce sera par un *transfert en douane* : le précédent propriétaire fera mentionner sur les registres de la douane que dorénavant les marchandises devront être remises, non plus à lui-même, mais à l'acheteur, toujours à charge de payer ces droits. Et ce transfert opérera délivrance au profit de l'acheteur.

On peut encore combiner ces deux modalités, et vendre *droits acquittés avec faculté d'entrepôt*.

§ 2

Obligations du vendeur.

474. Ici nous avons un texte qui n'embrasse sans doute pas toute la matière, mais qui nous fournit du moins certains éléments. C'est la *L.* 13 *juin* 1866 *sur les usages commerciaux*. Le but de cette loi a été de constater légalement les usages généraux sur lesquels les représentants des différentes places de commerce ont pu se mettre d'accord.

Cette loi se compose d'abord de deux articles généraux donnant autorité, à partir du 1er janvier 1867, au tableau dont nous allons parler, et constatant que la loi ne s'applique qu'à défaut de convention contraire, ce qui est le droit commun dès que la loi ne concerne pas l'ordre public (C. civ., art. 6). — Ces articles sont suivis de ce que le législateur appelle un *tableau* en deux parties : — la seconde partie, qui est seule un véritable tableau, contient en trois colonnes les renseignements sur les usages relatifs à chaque espèce de marchandise ; ce sont des détails dans lesquels nous n'aurons pas à entrer, si ce n'est pour y trouver des exemples ; — la première partie contient

neuf dispositions générales, qui demandent au contraire toute notre attention ; elles sont indiquées par des chiffres romains, nous les appellerons des numéros (nº I, nº II, etc.).

Nous parlerons des obligations du vendeur : — 1° quant à la quantité de la marchandise ; — 2° quant à la qualité ; — 3° quant à la délivrance.

I. Obligations du vendeur quant à la quantité de la marchandise.

475. La vente peut être faite au nombre, à la mesure ou au poids. — La vente faite au poids peut être *au pouds brut* ou *au poids net* (L. 13 juin 1866, nº I, 1er al.).

Le *poids brut* comprend à la fois le poids de la marchandise et de son contenant (nº I, 2e al.) ; on peut vendre ainsi pour éviter de déballer les marchandises, et d'apprécier le poids du contenant ; mais il faut alors que l'emballage soit conforme aux habitudes du commerce (nº IV), car l'acheteur a dû calculer le prix qu'il promettait en prévision de la perte qu'il subirait sur la marchandise à raison du poids du contenant ; il ne faut pas que ses prévisions soient dépassées.

Le *poids net* est le poids véritable de la marchandise elle-même ; on l'obtient, ou en la pesant directement après déballage, ou en déduisant du poids brut le poids du contenant (nº I, 2e al.) — Le nº VI déclare seulement que lorsqu'il y a deux emballages, l'emballage intérieur, en tant qu'il est considéré dans l'usage comme marchandise et qu'il est conforme aux habitudes du commerce, est compris dans le poids net. — On est toujours présumé vendre au poids net toutes les fois qu'il n'y a pas une convention contraire, ou un usage constaté dans le tableau annexé à la loi (nº II).

Le poids qu'il faut déduire du poids brut pour avoir le poids net s'appelle *la tare* (v. nº I, 3e al.). Il y a la *tare réelle*, la *tare nette* et la *tare d'usage*. — La *tare réelle* est celle qui est mesurée directement, c'est-à-dire que l'on déballe la marchandise pour la peser sans son contenant, et avoir ainsi directement le poids net. L'acheteur peut toujours réclamer ce mode de mesure, même au cours de la livraison (nº III). Seulement, ce mode a très souvent l'inconvénient de détériorer la marchandise (v. nº

I, 3° al.). — La *tare nette* ou *conventionnelle* est celle qui est fixée à forfait par la convention des parties; la *tare d'usage* est aussi fixée à forfait, mais par l'usage, à défaut de la convention des parties; la base de ces fixations est le poids habituel du contenant. Cette tare d'usage est indiquée au tableau pour les marchandises sur lesquelles l'accord a pu s'établir.

La loi ajoute que l'emballage reste en principe à l'acheteur, sauf convention contraire, ou sauf les exceptions portées au tableau (n° V).

476. Souvent on vend *au tonneau* ou *à la tonne*. Ce mot a divers sens ; le tonneau est tantôt mesure de poids, tantôt mesure de capacité.

1° *Tonneau comme mesure de poids*. La *tonne métrique* est le poids de 1000 kil., c'est le poids d'un mètre cube d'eau. Dans toutes les ventes terrestres, quand on vend à tant la tonne, cela veut dire à tant les mille kilos (exemple, les fers, les charbons).

Dans les ventes maritimes, c'est-à-dire les ventes de marchandises chargées sur un navire, on vend *au tonneau de mer*, qui n'est pas uniformément de 1000 kil. La loi de 1866 (n. VII) nous dit : « *Le tonneau de mer s'entend du tonneau d'affrètement tel qu'il est réglé pour l'exécution des articles* 3 *et* 6 *de la loi du* 3 *juillet* 1861. » Ce règlement a été fait par le décret du 25 août 1861, et indique des chiffres très variables comme poids du tonneau des différentes marchandises. Quelle est la cause de ces inégalités ? Et quel est le principe qui domine la fixation de ces chiffres divers ?

Expliquons-nous d'abord sur le tonneau d'*affrètement* :

L'*affrètement* ou *nolissement* est le contrat par lequel un capitaine loue son navire en tout ou en partie pour le transport de marchandises (C. com., art. 273 et suiv.). Le *prix d'affrètement* ou *fret* est fixé habituellement au tonneau : le capitaine prend tant de tonneaux de telles marchandises à tel prix. — Or, pour savoir combien il peut prendre de tonneaux de telles marchandises, le capitaine doit tenir compte, non seulement du poids, mais même du volume de cette marchandise. Chacun de ces éléments fournit un maximum qu'il ne peut pas dépasser : d'abord, il ne peut pas recevoir plus d'un certain poids, car,

s'il allait plus loin, il ferait sombrer son navire; si donc il charge des marchandises très lourdes, eût-il de grands espaces vides dans son navire, il ne pourra plus rien y mettre, une fois qu'un certain poids sera atteint; d'autre part, il ne peut pas excéder l'espace consacré sur son navire à la cargaison; si donc il charge une marchandise légère et encombrante, comme du liège, il ne pourra pas, à beaucoup près, atteindre le poids qu'il aurait atteint dans le cas précédent. — C'est pour tenir compte de cet élément du volume que le poids du tonneau d'affrétement, n'est pas uniforme : pour les marchandises légères, moins denses que l'eau, on admet, pour le tonneau, un poids moindre que celui de 1000 kil., représentant à peu près le même volume que 1000 kil. d'eau, c'est-à-dire un mètre cube. Mais on ne fait pas l'opération inverse pour les marchandises plus denses que l'eau, parce que, malgré le volume plus faible, un certain poids ne peut jamais être dépassé sur le navire : pour celles-ci, le tonneau est toujours de 1000 kil. C'est là l'esprit et le principe du décret du 25 août 1861.

La loi de 1866, partant de cette détermination du tonneau pour l'affrétement, vient nous dire que la même détermination devra être appliquée lorsqu'il s'agira de la vente des marchandises chargées à bord d'un navire; et elle identifie le tonneau de mer et le tonneau d'affrétement. C'est une simplification dans les rapports entre toutes les personnes qui contractent relativement aux marchandises chargées sur les navires : le même mot ayant toujours le même sens, quel que soit le contrat dont on s'occupe.

2° *Tonneau comme mesure de capacité* pour les navires, c'est ce qu'on appelle le *tonneau de jauge*. — Il a été fixé, par l'ordonnance de marine de 1681, à 42 pieds cubes, ce qui fait en mesures actuelles 1 mètre cube, 44 centièmes. On s'en sert encore pour l'affrétement, à Bordeaux, par exemple.

II. Obligations du vendeur quant à la qualité.

477. Il doit fournir la qualité promise au contrat. Si rien n'a été dit, il faut appliquer la règle de l'art. 1246 C. civ., il n'est pas tenu de donner de la marchandise de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. — Souvent on

stipulé que la marchandise sera de qualité *loyale et marchande*, c'est-à-dire qu'elle sera de la qualité habituellement reçue dans le commerce. Cela revient à la règle de l'art. 1246.

Souvent il y a un grand nombre de qualités, toutes admises également dans le commerce; mais à des prix différents, bien entendu. On les indique par des numéros ou par des qualifications variées (comme *ordinaire*, *bon ordinaire*, *bonne quatrième*, etc.). Pour préciser le sens de ces désignations, il faut se référer à des **types**. Les types sont des séries d'échantillons déposés aux chambres de commerce et de courtiers, et auxquels les experts chargés de vérifier la marchandise comparent celle-ci. Ainsi pour les sucres, il y a plusieurs séries de types pour les diverses provenances, qui sont déposés à Paris, après avoir été fixés tous les ans par les délégués des principales places (v. L. 1866, tableau annexé, *v° sucres*); de même pour les cotons, il y a des séries de types à Marseille et au Havre (*ibid.*, *v° coton*).

Enfin dans la vente *à l'échantillon*, il faut que la marchandise soit conforme à l'échantillon.

478. **Qu'arriverait-il si la qualité n'était pas conforme?** En droit civil, l'acheteur doit voir avant d'acheter, il n'y a pas lieu à résolution s'il s'est trompé. Il peut seulement se plaindre lorsqu'il y a des *défauts cachés* (C. civ., art. 1641 et suiv.); il a alors le choix entre deux actions: l'*action rédhibitoire* pour demander la résolution de la vente, et l'*action estimatoire* ou *quanti minoris* pour demander une diminution de prix.

En droit commercial, les mêmes règles s'appliquent lorsque l'acheteur a agréé la marchandise avant d'acheter, soit qu'il l'ait vérifiée exactement et que l'on y découvre ensuite des défauts cachés, soit qu'une vérification sérieuse ait été pratiquement impossible ou ne soit pas dans les usages; alors les défauts qu'on y découvrirait ensuite seraient des défauts cachés au sens de l'art. 1641, C. civ. Il en est ainsi surtout lorsque le vice ne peut se découvrir qu'à l'usage.

Mais il est souvent impossible d'agréer la marchandise avant d'acheter, soit à cause de la rapidité des opérations, soit parce que la marchandise n'est pas à la portée des contractants, et que

souvent même elle n'est pas personnellement connue par le vendeur lui-même (v. n. 465). Il faut alors s'en référer aux stipulations du contrat, et, si le vendeur ne fournit pas la qualité convenue, il n'acquitte pas son obligation. Dès lors on peut lui *laisser pour compte* la marchandise fournie et en exiger une autre (v. anal. C. civ., art. 1610 et suiv.), à moins que l'on ne soit plus en temps utile pour l'exécution, auquel cas l'acheteur aura le droit de résoudre le contrat avec dommages-intérêts (C. civ., art. 1184). — Ces règles s'appliqueront toujours dans le cas où la marchandise fournie ne serait pas *loyale et marchande* ou ne serait pas d'une qualité moyenne, si la qualité n'a pas été exactement précisée au contrat.

Mais dans tous les cas où la qualité a été précisée, soit par des qualifications usuelles déterminées par des *types*, soit par des *échantillons ;* qu'il s'agisse d'une vente de disponible ou d'une vente à livrer, les usages admettent que, si la qualité diffère peu de l'échantillon, et si l'acheteur n'a pas un intérêt tout particulier à la conformité avec l'échantillon, l'acheteur ne pourra pas *laisser pour compte ;* mais on pourra le forcer à prendre la marchandise, moyennant seulement une certaine réduction de prix appelée *bonification* ou *réfaction* (v. analogue, C. civ., art. 1618, 1619). — L'écart admis entre la qualité de la marchandise et celle de l'échantillon varie suivant les places ; ainsi il a été jugé à Marseille que la différence ne doit pas être excessive ; à Bordeaux que la réfaction arbitrée par les experts ne doit pas excéder 5 °/° ; à Rouen, 10 °/°. — Ces règles sont admises, soit que la qualité fût originairement inférieure, soit qu'elle le soit devenue par accident. — Elles sont appliquées aussi lorsqu'il y a un petit déficit par rapport à la quantité promise.

479. Il y a des **usages spéciaux**, qui modifient ces règles pour certaines marchandises, et dont s'occupe la loi de 1866, n° VIII. Ce sont les suivants : — la *tolérance*, c'est un écart usuel dans la qualité de certaines marchandises (notamment pour pousse ou poussière) ; lorsque cet écart n'est pas dépassé, l'acheteur ne peut réclamer aucune réfaction ; — le *don* est une réfaction d'usage pour déchet en quelque sorte forcé de la mar-

chandise : l'acheteur y a droit sans prouver l'existence et la quotité du déchet; c'est l'inverse de la tolérance, dans laquelle il n'a droit à rien, lors même qu'il prouve l'existence d'un certain déchet : — le *surdon* a lieu pour des altérations accidentelles, mais fréquentes et prévues; c'est un forfait facultatif pour l'acheteur, qui y a droit sans prouver la quotité de la dépréciation, mais peut aussi demander plus en prouvant qu'il subit un dommage plus fort. — Le nº VIII, de la loi du 13 juin 1866 dit : « Sauf les exceptions portées au tableau ci-après il n'est accordé ni dons, ni surdons, ni tolérance. » Ces clauses particulières sont donc essentiellement exceptionnelles et ne doivent se sous-entendre que dans les cas expressément spécifiés au tableau. D'ailleurs la loi exclut seulement ces réductions faites à forfait, elle n'exclut pas du tout les *réfactions* pour dommage *prouvé*, dont nous avons parlé au numéro précédent.

III. — **Obligations du vendeur quant à la délivrance.**

480. Le vendeur doit délivrer à l'acheteur la chose vendue (C. civ., art. 1603 et suiv.). Il y a des modes de délivrance spéciaux au commerce : — ainsi la délivrance est suffisamment opérée par la remise du *connaissement* avec la facture (C. comm., art. 576 et 92) : le connaissement étant l'écrit par lequel le capitaine d'un navire reconnaît qu'il a reçu les marchandises et s'oblige à les remettre à celui qui sera régulièrement porteur de ce connaissement, dès que l'acheteur a celui-ci entre les mains, il est sûr qu'on ne remettra pas les marchandises à un autre qu'à lui; — il en est de même pour la *lettre de voiture* dans le commerce terrestre (même art., v. n. 540); — la remise du *récépissé* et du *warrant*, pour les marchandises déposées dans les magasins généraux, opère aussi délivrance pour les mêmes motifs (v. *infrà*, n. 500). — Le *transfert en douane* (v. ci-dessus, n. 473) opère aussi délivrance, puisque, à partir du transfert fait en son nom, l'acheteur est sûr qu'on ne remettra qu'à lui les marchandises. — En est-il de même d'un *ordre de livraison* sur l'entrepôt ou sur un capitaine de navire? Non; parce que l'ordre n'étant pas accepté d'avance par l'entrepôt ou par le capitaine, peut ne pas être exécuté; le vendeur reste donc tenu tant que l'ordre n'a pas été exécuté.

L'apposition de la marque opère-t-elle délivrance? — Non : elle individualise la marchandise, transfère la propriété et les risques à l'acheteur. Mais elle ne met pas l'acheteur en possession de la chose, elle ne le protège pas contre la tradition possible à un autre possesseur, qui, s'il est de bonne foi, lui sera préféré; et elle ne dispense pas le vendeur des soins à donner à la marchandise, elle ne lui enlève pas le droit de rétention (art. 577). Elle ne serait suffisante que dans les cas où la délivrance peut avoir lieu par le seul consentement (C. civ. a. 1606, *in fine*).

§ 8

Obligations de l'acheteur.

481. La principale obligation est de payer le prix (C. civ., art. 1650).

Quant aux *intérêts du prix*, ils ne sont pas dus jusqu'au terme accordé pour le paiement, à moins de convention spéciale (C. civ., art. 1652); le vendeur a dû calculer le prix en conséquence du délai accordé pour le paiement : par exemple, voulant vendre à 100 au comptant, et sachant qu'on lui demandera trois mois pour payer, il aura vendu à 101, 50. — Au contraire à partir du terme, ils sont dus de plein droit; c'est une dérogation à l'art. 1153, C. civ. : elle est fondée sur un usage constant; et il faut remarquer que l'art. 1153 renvoie lui-même aux règles spéciales au commerce, sinon dans son 3e al. du moins dans son 1er.

482. **Escomptes dans les ventes** (Nous ne parlons pas ici de l'escompte des billets que l'on négocie avant leur échéance; nous en traiterons dans notre introduction au titre 8). Le mot *escompte* a encore ici deux sens différents :

1° *Rabais* ou *remise sur le prix*, sans aucune condition spéciale. Cette remise se fait uniquement parce que le vendeur, pour pouvoir satisfaire ceux qui marchandent, a fixé d'avance un prix plus fort que celui auquel il entend vendre; c'est ce qu'on appelle le *prix fort* ou *prix marqué*. Ceci est usité, par exemple en librairie; on dit alors qu'un livre est à 6 fr. pour 7.

2° *L'escompte pour prompt paiement.* Nous avons dit qu'on accorde souvent à l'acheteur des délais pour payer, afin qu'il ait le temps de revendre lui-même et de faire ses rentrées; le vendeur calcule son prix en conséquence et ajoute au prix les intérêts jusqu'au terme; par exemple, vendant à trois mois, il vend à 101 fr. 50 au lieu de vendre à 100 fr. Si l'acheteur n'use pas de ce terme et paie plus tôt, on déduit cet intérêt; si, par exemple, il paie au bout de deux mois, on ne lui fera payer que 101 au lieu de 101 fr. 50.

Dans la pratique, il existe des termes d'usage infiniment variés suivant les genres de commerce, suivant les marchandises et suivant les places; le taux auquel l'escompte est fait varie aussi beaucoup. En 1866, lors de la préparation de la loi sur les usages commerciaux, on avait tenté un accord entre les représentants des diverses places et des divers genres de commerce; mais cette tentative ne réussit pas, à cause de divergences trop considérables. L'accord a pu seulement se faire pour les marchandises non manufacturées vendues dans les ports de mer, et a donné lieu au n° IX de la loi, d'après lequel, pour ces marchandises, « l'escompte est de 2 °/° au comptant, et lorsque le vendeur consent à convertir tout ou partie de l'escompte en terme, l'escompte se règle à raison de ½ pour °/° par mois. » Ce qui fait 6 °/° par an; par conséquent l'escompte usuel de 2 °/° suppose que le vendeur accordera facilement un terme de quatre mois, si l'acheteur présente des garanties suffisantes de solvabilité.

§ 4

Des ventes par filières.

483. Ces ventes usitées à Marseille supposent des marchandises vendues **à recevoir en un ordre de livraison**. Par cette clause le vendeur, vendant des marchandises en entrepôt ou sous vergues, p. ex., indique que la livraison sera faite par le tiers qui en est dépositaire, et l'acheteur consent à recevoir la livraison des mains de celui-ci. Le vendeur délivre à l'acheteur un

ordre de livraison sur son dépositaire. L'acheteur muni de cet ordre de livraison, peut revendre les marchandises avec la même clause, et remettre au nouvel acheteur son ordre de livraison pour qu'il se les fasse délivrer. Le nouvel acheteur peut vendre encore dans les mêmes conditions ; et cela peut avoir lieu plusieurs fois de suite. Le dernier acheteur quelconque aura action contre son cédant immédiat; il aura aussi action contre le tiers désigné pour faire la livraison et qu'on appelle le *livreur*, puisque celui-ci ne doit remettre la marchandise qu'au porteur de l'ordre de livraison.

484. Quel sera l'effet de cette clause en ce qui concerne le paiement du prix? C'est ici que nous allons voir la conséquence la plus saillante de la fiction qui s'est établie entre les acheteurs successifs. — Le dernier acheteur qui prendra livraison, ou *réceptionnaire*, se rendra débiteur direct du prix envers le premier vendeur, au nom de qui la livraison a été faite, si bien qu'il ne pourrait pas se libérer valablement entre les mains de son vendeur immédiat, et que s'il payait celui-ci, il pourrait être obligé de repayer entre les mains du premier vendeur.

Voir le titre VIII, après les titres VI et V.

TITRE VI

DU GAGE ET DES COMMISSIONNAIRES.

485. Avant 1863, la rubrique du titre portait seulement *Des commissionnaires*, et le titre no contenait que trois sections; il disait seulement quelques mots du gage à propos du privilège du commissionnaire (anciens art. 93 et 94). — En 1863, à cause de l'importance toujours croissante du gage commercial, on sentit le besoin de lui consacrer quelques dispositions spéciales. De là naquit la L. 23 mai 1863 *sur le gage commercial* qui se fondit dans notre titre, en y ajoutant une section, la première, en trois articles 91-93. Pour faire place à ces articles, on condensa les anciens art. 91-95 en deux, les 94e et 95e.

Dès lors notre titre embrasse trois contrats : — 1° Le gage (section 1re); — 2° La commission (section 2e); — 3° Le contrat de transport (sections 3e et 4e). — Ils seront pour nous l'objet de trois chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

Deux sections : — 1° Du gage commercial en général; — 2° Des magasins généraux.

SECTION PREMIÈRE.

DU GAGE COMMERCIAL.

486. Le gage est un *contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de sa dette* (C. civ., art. 2071).

— *Une chose mobilière* : car les droits analogues que l'on peut constituer sur des immeubles s'appellent l'antichrèse et l'hypothèque. — Les droits accordés par ce contrat au créancier sur la chose, sont: — le *droit de rétention*, ou droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé ; — et un *privilège*, ou droit de faire vendre la chose pour se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers de son débiteur (C. civ., art. 2073).

488. Il a été dit, dans les travaux préparatoires de la loi, que les règles du droit civil s'appliqueraient pour tout ce qui n'est pas changé par les dispositions nouvelles (D. P. 63. 4. p. 74, n° 10). Nous n'insisterons que sur ces dernières règles.

Une première question est de savoir quand ces règles s'appliqueront, quand le gage est commercial. Elle était autrefois très discutée ; mais elle est tranchée par l'art. 91 (*initio*). C'est *quand la convention principale constitue un acte de commerce*. Peu importe que cette convention émane ou non d'un commerçant, que le gage soit fourni ou non par un commerçant, ou en valeurs commerciales. Une difficulté peut seulement se présenter, dans le cas où le gage aura été constitué comme sûreté d'une somme empruntée : comment prouver que cette somme sera employée pour le commerce ? Cette lacune dans la loi a été signalée par M. Jules Favre dans la discussion : M. Vernier répondit que ce serait aux prêteurs à s'en assurer. Ils pourront exiger sa déclaration formelle de l'emprunteur qui ne pourra plus prouver contre son aveu. D'ailleurs, si celui-ci est commerçant, ils pourront invoquer la présomption que les billets souscrits par un commerçant sont faits pour son commerce (art. 638, 2e al.).

Nous diviserons la matière en trois paragraphes : — 1° Constitution du gage ; — 2° Droits du créancier gagiste ; — 3° Droits du débiteur.

§ Ier

Constitution du gage.

Deux conditions sont exigées ici, comme en droit commun : — 1° Une convention ; — 2° La mise en possession du créancier.

I. — Preuve de la convention.

480. D'après le droit civil, tous les modes de prouve sont admis *inter partes ;* mais à l'égard des tiers, il faut au-dessus de 150 fr. un écrit enregistré (C. civ., art. 2074). — La loi nouvelle admet les mêmes modes de prouve *inter partes* et à l'égard des tiers ; et ces modes de prouve sont ceux de l'art. 109 déjà étudiés et qui présentent toute facilité aux parties. En effet, le motif des rigueurs du droit civil, c'est la crainte qu'un débiteur ne remette des objets à de faux créanciers gagistes pour les soustraire aux poursuites de ses créanciers chirographaires. Mais on a fait remarquer que les ventes feintes causeraient le même dommage à ces créanciers, et qu'on ne doit donc pas être plus sévère pour le gage que pour la vente ; d'ailleurs, ces modes de prouve ont date certaine par eux-mêmes en matière commerciale (v. n. 440) ; enfin les livres des parties servent de contrôle aux autres preuves (Cf. n. 440).

490. Lorsque c'est une créance qui est donnée en gage, le code civil (art. 2075) exige, outre les formalités communes à toute constitution de gage, la signification au débiteur cédé, exigée aussi pour la cession de créance (C. civ., art. 1690). Cette exigence est maintenue pour le gage commercial lorsque c'est une créance à forme civile qui est donnée en gage (a. 91, 2e al.) : on a dit que, cet engagement étant peu usité dans le commerce, il n'était pas utile d'abréger les formalités. Il faut même ajouter que l'enregistrement est alors nécessaire, car notre article renvoie complètement à l'art. 2075, C. civ., qui exige à la fois l'enregistrement et la signification ; et dans l'exposé des motifs on a dit formellement que l'acte devrait être enregistré.

491. Mais il y a des exceptions pour les créances de forme commerciale.

D'abord les *titres à ordre* : peuvent être donnés en gage par voie d'endossement (a. 91, 2e al.). Le mot « *négociables* » dont se sert l'article est trop large, la loi veut parler seulement des *valeurs à ordre* qui seules sont susceptibles d'endossement. — L'endossement est ordinairement employé pour en transférer la propriété (art. 136). Mais la formule peut limiter la portée de l'endossement. Cet endossement est appelé *endossement de garantie*,

et quelquefois *endossement pignératif*; il doit contenir les mentions exigées par l'art. 138 (v. au titre 8, *infrà*), en y ajoutant que c'est à titre de garantie. Voici les deux principales formules qu'on peut employer: *Payez à l'ordre de M..., à titre de garantie la somme de..., valeur reçue comptant* (date et signature); — ou bien: *Payez à l'ordre de M... la somme de..., valeur en garantie* (date et signature). — La dernière partie de la seconde formule pouvait laisser quelques doutes à raison des exigences de la loi quant à l'expression de la valeur reçue (v. tit. 8, art. 110 et 138), exigence que notre alinéa paraît bien avoir l'intention de rappeler en parlant d'un endossement *régulier*. Mais cette formule avait été admise et était généralement pratiquée avant la loi de 1863; et comme cette loi ne l'a pas proscrite formellement, il faut l'accepter sans hésiter aujourd'hui; c'est ce que reconnaît la L. 28 mai 1858, pour l'endossement du warrant délivré par un magasin général (v. n° 502).

Notre alinéa n'exclut pas la preuve par un autre acte conformément à l'a. 109, en l'absence d'un endossement régulier: le mot *aussi*, renvoie évidemment aux formes du premier alinéa. — Il faut conclure de cette doctrine que l'endossement *irrégulier* ou *en blanc*, pourra valablement constituer le gage.

492. Pour les *titres nominatifs*, le gage se constituera par un *transfert* à titre de garantie, sur les registres de la société (a. 91, 3e al.). C'est le *transfert de garantie*, appelé aussi quelquefois *transfert pignératif*. — Il pourrait se faire que les statuts de la société n'admissent pas un pareil transfert (tels sont les statuts de la Banque de France). Alors on ferait un transfert pur et simple, pour donner au créancier le droit de faire vendre à l'échéance; et l'on dresserait un écrit entre les parties pour constater que c'est seulement à titre de garantie. Ce moyen a été indiqué par M. Cornudet au Corps législatif.

Cet alinéa permet aussi tout autre mode de constatation de l'engagement du titre nominatif, il renvoie au 1er al., de même que le 2e, en disant que le gage peut *également* être établi.

Pour les *titres au porteur*, la loi n'a rien dit: on appliquera simplement l'art. 91, 1er al.; on prouvera la mise en gage par tous les modes de l'art. 109; et le créancier devra être mis en

possession du titre (art. 92), puisque, pour ces titres, c'est la possession qui donne le droit de les toucher.

493. II. — **Mise en possession du créancier.** Elle est exigée par l'art. 92, 1er al., qui reproduit toxtuellement l'art. 2075, C. civ. Tous deux sont fondés à la fois sur la règle de l'art. 2279, C. civ., d'après laquelle, si le créancier n'était pas en possession, tout tiers qui recevrait l'objet de bonne foi lui serait préféré ; et sur l'intérêt des créanciers du débiteur, pour qu'il ne se serve pas de l'objet engagé comme d'un moyen de crédit.

Seulement, la mise en possession peut se faire par des modes spéciaux au commerce, dont nous avons déjà parlé à propos de la délivrance dans la vente, et qui s'appliqueront ici d'autant plus facilement qu'on peut très bien recevoir la possession par l'intermédiaire d'un tiers (art. 92, 1er al., *in fine*, et C. civ., art. 2076, *in fine*). Ainsi d'après l'a. 92, 2e al., il suffit que le créancier ait les marchandises à sa disposition : — « *Dans ses magasins ou navires* », c'est alors une possession tout à fait effective ; — « *A la douane,* » elles y seront *à sa disposition*, quand on aura fait un *transfert en douane* à son nom (v. n. 473) ; car alors lui seul peut les retirer ; — Ou « *dans un dépôt public* », comme une halle, un marché au blé, un entrepôt, des docks ou magasins généraux, pourvu qu'il ait en main le titre (par exemple le warrant) avec lequel on pourra les retirer ; — Enfin « *par un connaissement ou une lettr. de voiture* » ; car le capitaine ou voiturier ne remet les marchandises qu'au porteur régulier du connaissement ou de la lettre de voiture.

Suffirait-il de la remise des clés des magasins où se trouvent les marchandises ? L'art. 1606, C. civ., se contente de ce fait pour la délivrance ; mais l'art. 92, C. com., exige que les magasins appartiennent au créancier gagiste.

Si c'est une créance qui a été engagée, il faut aussi la remise du titre : l'art. 92, 1er al., dit « *dans tous les cas* », après que l'article précédent vient de parler des créances ; de même l'art. 2076, C. civ. Sans doute, le possesseur du titre n'est pas possesseur de la créance, mais il faut que le débiteur ne puisse pas l'engager à d'autres, et tromper ses créanciers chirographaires.

Cette dernière raison montre que la règle est applicable même aux titres à ordre ou nominatifs. Quant aux *titres au porteur*, la remise du titre est essentielle à leur engagement; car pour eux, la possession du titre entraîne la possession de la créance.

§ 2

Droits du créancier gagiste.

Nous étudierons : — 1° Ses droits avant l'échéance ; — 2° Ses droits après l'échéance ; — 3° Les faveurs faites à cet égard à certains établissements privilégiés.

494. I. — **Avant l'échéance.** Il peut faire tous les actes conservatoires de son droit. Mais la loi de 1863 lui donne de plus le droit de recouvrer les effets de commerce donnés en gage ; il peut donc, quoique n'étant que dépositaire de l'effet, en donner quittance; ceci est très remarquable. Cette règle ne s'appliquerait pas à toute créance commerciale donnée en gage; elle est spéciale aux *effets de commerce*, c'est-à-dire à certaines créances destinées à circuler beaucoup, comme la lettre de change et le billet à ordre, et qui doivent être rigoureusement présentées au paiement le jour de l'échéance et protestées le lendemain. Sans la règle que nous étudions, le débiteur de l'effet n'aurait pu payer avec sécurité, ni entre les mains du débiteur, ni entre celles du créancier gagiste, et il aurait été réduit à laisser protester l'effet. — Mais le créancier, qui peut toucher l'effet à lui endossé, n'a pas le droit de le négocier par endossement avant l'échéance, ni même après l'échéance sans formalités (v. art. 93, *in fine*, et C. civ., art. 2078). C'est la différence entre l'endossement de garantie et l'endossement translatif de propriété. — De même, celui à qui l'on a remis en nantissement des titres au porteur n'a pas le droit d'en disposer.

495. II. — **A l'échéance.** La réalisation du gage est bien plus facile qu'en droit civil, où il faut au moins l'autorisation de la justice (C. civ., art. 2078 et 2079). La loi exige seulement, après la signification au débiteur, ou au tiers bailleur

de gage, s'il y en a un, que la vente soit publique ; une vente à l'amiable eût été trop dangereuse.

Les formes de la vente sont aussi simplifiées (a. 93, 2e al.).

Les *agents de change* sont compétents, à raison de leur monopole, pour toutes les valeurs cotées à la Bourse (v. au tit. 5, *infrà*). Du reste, la vente à la Bourse est toujours nécessairement une vente publique.

Les *courtiers* sont compétents, en principe, pour tous les autres objets et pas seulement pour les marchandises, comme on l'avait proposé d'abord. Cette attribution est en dehors de leurs fonctions ordinaires, qui consistent à s'entremettre dans les ventes privées et à les constater ; mais des extensions de ce genre avaient déjà eu lieu avant 1863 (v. au tit. 5).

On peut, avec une ordonnance du président du tribunal, recourir à d'autres officiers publics (a. 93, 2e al.) ; ce sera surtout s'il n'y a pas de courtiers dans la localité, ou si ce ne sont pas des marchandises qui sont à vendre. — Mais on doit se soumettre aux mêmes formes, aux mêmes tarifs et à la même responsabilité que les courtiers. — *Formes* : annonces de la vente par affiches, requête au président du tribunal de commerce avec l'état des marchandises. Une condition est imposée, c'est que les lots ne descendent pas au-dessous de 100 fr. (Décr. 4 sept., 1863). — *Responsabilité* de la solvabilité de l'acheteur et de la livraison des objets vendus. — *Tarifs* : les honoraires des courtiers sont de 50 c. à 1. fr. 50 c. 0/0, au lieu de 6 à 7 0/0 que prennent les autres officiers publics ; les droits d'enregistrement sont de 10 c. 0/0, au lieu de 2 fr. 50 c. 0/0.

L'art. 93, 3e al. renvoie aux articles 2 et 7 de la loi du 28 mai 1858, sur les ventes publiques.

406. **Nullité du pacte commissoire de gage.** Il est prohibé comme en droit civil. (C. com. a. 93, 4e al. ; cf. C. civ., art. 2078). — Cet alinéa précise la portée du transfert ou de l'endossement de garantie. Ces actes sont nécessaires, pour donner au créancier le pouvoir de faire lui-même un nouveau transfert ou un nouvel endossement au profit de l'acheteur ; en exécution de la vente publique dont nous venons de parler, et pour pouvoir

en toucher le prix. Mais ils ne donnent pas au créancier le pouvoir de faire une cession amiable.

Cet article défend implicitement toute stipulation qui aggraverait la position du débiteur, par exemple en fixant d'avance le lieu de la vente, l'officier qui la fera, ou en supprimant le délai de huitaine (v. trav. prép.)

Il défend *toute clause* de ce genre, dans l'acte constitutif du gage tout au moins, parce qu'alors le débiteur est à la merci du créancier, et se fait d'ailleurs aisément illusion sur la facilité qu'il aura de payer. Une pareille convention postérieure à l'échéance serait en général valable. — Après le contrat, mais avant l'échéance, sa validité dépend de l'appréciation des faits ; cette solution résulte du rejet, par le Corps législatif, d'amendements qui prohibaient cette convention avant l'échéance.

4. *Pourrait-on stipuler que l'objet appartiendrait au créancier à l'échéance moyennant un prix fixé alors par experts, et les juges pourraient-ils, en l'absence de toute stipulation, ordonner cette mesure ?* Cette stipulation et cette attribution sont permises en droit civil (C. civ., art. 2078) ; elles avaient été admises avant 1863, en droit commercial. Depuis la loi nouvelle elles sont discutées : — 1^er^ S. *Cela est défendu* : la loi de 1863 a voulu se substituer au code civil, et elle ne reproduit pas l'art. 2078 sur ce point ; — au contraire, l'art. 93, 4^e^ al., reproduit l'interdiction de l'art. 2078 sans le tempérament ; — le législateur a voulu, avant tout, la rapidité dans la réalisation du gage ; aussi la procédure de l'art. 93, 1^er^ et 2^e^ al., est obligatoire. — 2^e^ S. *Cela est permis* (!) : — il a été dit, dans les travaux préparatoires, qu'à défaut de la loi nouvelle le Code civil s'appliquerait ; — tout, dans les travaux préparatoires, montre que la procédure de l'art. 93, 1^er^ et 2^e^ al., a été introduite comme une faveur, une faculté pour le créancier ; — il y est dit aussi formellement que l'art. 93, 4^e^ al., reproduit l'art. 2078, C. civ., sans que l'on signale aucune différence voulue par le législateur ; — on y a indiqué différentes clauses (rappelées ci-dessus), comme proscrites par cette disposition, et on n'a nullement parlé de la clause qui nous occupe.

III. — Faveurs faites à certains établissements privilégiés.

496 *bis*. Plusieurs de nos grands établissements de crédit avaient reçu, dès avant 1863, des avantages destinés à faciliter le prêt sur gage ; pour quelques-uns, ces avantages dépassent encore le droit commun tel qu'il a été établi par la loi du 23 mai 1863. En outre ils seraient applicables même à un prêt civil fait par ces établissements.

La **Banque de France**, entre autres opérations, fait des avances sur lingots et monnaies d'or et d'argent d'une valeur de 10,000 fr. au moins, et en donne un récépissé à ordre ; elle fait aussi des avances sur diverses catégories de valeurs : effets publics français, actions et obligations de chemins de fer, obligations du Crédit foncier. — Pour elle, le gage pouvait être (dès avant 1863) constaté, même à l'égard des tiers, par un acte sous seing privé non enregistré ; elle a le droit de faire vendre le gage *dès le lendemain* de l'échéance, *sans sommation* ou autre formalité préalable (Ord. 15 juin 1834, organisant la L. 17 mai 1834).

Le **Crédit foncier**, qui fait, entre autres choses, des avances sur dépôts de titres, jouit des mêmes avantages que la Banque de France (L. 19 juill. 1857).

Les **Comptoirs et sous-comptoirs d'escompte** qui font des avances sur marchandises, effets négociables ou autres valeurs, jouissaient, dès avant 1863, des avantages généralisés depuis.

Les **monts de piété** (qui n'ont rien de commercial), destinés essentiellement à faire des prêts sur gage, constatent le contrat par une mention sur leurs registres et la délivrance d'une reconnaissance ; — ils peuvent vendre le gage dès l'expiration du délai de remboursement, sans sommation ou autre formalité de justice, mais dans certaines conditions de publicité.

§ 3

Droits du débiteur.

497. Il a le droit de reprendre à tout moment l'objet engagé en

payant la créance. — Le créancier alors devra lui faire une nouvelle tradition inverse des marchandises, des titres au porteur et des titres de créances. Pour les titres négociables, qui lui auront été transférés ou endossés, il devra faire un nouveau transfert ou endossement au nom du débiteur ; pourvu toutefois qu'il n'ait pas touché l'effet arrivé à échéance avant le paiement de la dette principale (art. 91, *in fine* ; v. n. 494).

SECTION II.

DES MAGASINS GÉNÉRAUX.

498. Les *docks* ou *magasins généraux* sont de vastes magasins destinés à recevoir en dépôt les marchandises des particuliers pour leur permettre d'en disposer facilement et sans les déplacer. Notamment en matière de gage, ils jouent le rôle du tiers convenu entre les parties qui peut détenir pour le créancier gagiste (art. 92, et C. civ., art. 2076) ; c'est un instrument de crédit pour le propriétaire des marchandises.

Leur origine est en Angleterre : en 1799, après des vols nombreux commis à bord des navires ancrés sur la Tamise à Londres, on eut l'idée de créer les premiers magasins de ce genre sous le nom de *West India docks*. Ils ont pris un développement immense ; à Londres, ils occupent plusieurs lieues carrées. Les Anglais y trouvent de nombreux avantages : — d'abord ces magasins leur épargnent les frais de garde et les risques de vol ou d'incendie ; — ensuite ils permettent aux négociants de faire un commerce souvent très considérable sans magasins, avec un simple bureau dans la Cité et des échantillons ; — enfin ils permettent de disposer des marchandises sans déplacement, en transférant un simple bulletin donnant droit de les retirer, ou de constituer un gage dans des conditions analogues.

Les docks ont pris aussi un grand développement en Hollande et en Allemagne.

En France ils furent inaugurés par le décret du 21 mars 1848, rendu sur l'initiative de MM. Marie et Garnier-Pagès, pour subvenir aux difficultés que la crise politique faisait subir au com

merce. Cette organisation était encore imparfaite ; pourtant elle donna lieu à un développement remarquable de cette institution dans dix villes. — Enfin on vota la

L. 28 mai 1858, sur la négociation des marchandises déposées dans les magasins généraux, qui organisa notamment une mobilisation plus commode des marchandises, et facilita la réalisation du gage en inaugurant sur ce dernier point le système généralisé ensuite par la loi du 23 mai 1863. — Elle a été complétée par le décret réglementaire du 12 mars 1859.

Quatre paragraphes : — 1° Fonctionnement général ; — 2° Modes de négociation des titres qu'ils délivrent ; — 3° Effets de cette négociation ; — 4° Dispositions diverses.

§ 1er

Fonctionnement général.

499. L'a. 1er de la loi donne la définition de ces magasins généraux.

Ils sont dépositaires, tenus de la garde, responsables des pertes et avaries survenues dans le magasin. Premier grand avantage pour les commerçants ; mais on n'en tire pas en général le même parti qu'en Angleterre. — Les conditions d'établissement, réglées par l'a. 1er, 2e al., ont été légèrement modifiées par la L. 31 août 1870, art. 5 ; l'autorisation est donnée maintenant par le préfet.

500. On délivre aux déposants un *récépissé* qui servira à transférer la propriété des marchandises vendues (a. 1er, 3e al.) ; et un *warrant* ou *bulletin de gage* qui servira à les donner en gage (a. 2). Cela procure une mobilisation très facile de la marchandise ; deuxième avantage, très considérable pour le commerce. — La transmission du récépissé accompagné du warrant donne au cessionnaire un plein droit de disposition sur la chose (a. 4, 2e al.) ; elle opère délivrance, puisque les marchandises ne peuvent être remises qu'au porteur de ces titres (cf. n. 480). Celui-ci peut les céder de même. — La transmission du warrant

seul met le créancier gagiste en possession du gage et lui donne le droit de le réaliser à l'échéance (a. 4, 1er al.) (cf. n. 493). — La transmission du récépissé seul transfère au cessionnaire les droits qui restaient au propriétaire après la constitution du gage (art. 4, 2e al.).

Ajoutons un dernier avantage, la possibilité de fractionner les titres, en obtenant des magasins généraux plusieurs titres au lieu d'un, pourvu qu'on soit encore porteur du récépissé et du warrant réunis ; — et, même avec un récépissé unique, de ne faire que des retraits partiels (décr. 12 mars 1859, art. 15).

Formes de ces titres.

501. La loi n'a imposé aucune forme ; mais les formes usitées ont été adoptées sur les indications de la Banque de France : — le *récépissé* et le *warrant*, facilement séparables, sont rédigés sur une seule feuille, détachée elle-même d'un registre à souche (décr. 12 mars 1858, art. 2). Sur la souche, qui reste entre les mains du magasin, sont reproduites les principales mentions des deux bulletins, et une place est réservée pour la transcription des endossements du warrant. Les bulletins contiennent tous deux l'indication précise du déposant (a. 1, 3e al.), des marchandises déposées (en détail), la date du dépôt, et la signature de l'administrateur et du directeur du magasin général. En outre, si les parties le veulent, on y indique la *valeur* des marchandises déterminée par un courtier. L'un porte en tête *récépissé à ordre ;* l'autre, *warrant à ordre.*

§ 2

Modes de négociation des bulletins.

502. Ils sont créés à ordre pour pouvoir se transmettre par un simple endossement.

Conditions de l'endossement (v. a. 5).

Voici les formules usitées : — Pour le récépissé : *livrez à l'ordre de M...* (date et signature). — Pour le warrant : *Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de M... pour garantie de la somme de... payable le...* (date de l'endossement et signature).

Pour le *récépissé* il faut remarquer que la loi n'exige pas dans l'endossement la mention de la valeur fournie. Il ne faut pas, en argumentant de l'art. 137, C. com., suppléer cette exigence : — la loi nouvelle a voulu être complète dans ses indications ; — il n'y a pas non plus les mêmes motifs, car le récépissé n'est pas un instrument de crédit ; mais seulement un mode abrégé de transmission des marchandises ; ou même un simple mandat d'en prendre livraison (v. n. 504). — La *date* est nécessaire (a. 5, 1er al.) pour permettre d'apprécier la validité du contrat ; par exemple, la capacité des parties.

Pour le *warrant*, la loi exige de plus des indications précises spécifiant *la créance garantie* (v. l'a. 5, 2e al.). C'est ce qui remplace en notre matière l'indication de la valeur fournie exigée par l'art. 137 dans l'endossement des lettres de change ; c'est bien en effet ce que le débiteur a reçu de son créancier gagiste pour lui donner ce gage. — Cette mention n'est exigée que pour l'endossement du warrant seul ; car c'est alors seulement qu'il constitue un gage. Autrement il n'est encore que l'accessoire du récépissé, l'accessoire de la cession des marchandises. — Cette indication devra être reproduite dans tous les endossements successifs ; car, si le créancier gagiste ne peut engager les marchandises pour une somme plus forte que sa propre créance, il peut le faire pour une somme plus faible ; la première indication ne suffit donc pas pour tous les endossements successifs.

503. L'a. 5, 3e al. exige pour le premier endossement du warrant la *transcription* sur les registres du magasin, c'est-à-dire sur la souche d'où les bulletins ont été détachés, et mention de cette transcription au-dessous de l'endos du warrant. Cette formalité a pour but, que, si l'on veut céder le récépissé, le cessionnaire puisse savoir pour quelle somme les marchandises sont grevées d'un gage. — La transcription n'est exigée que pour le premier endossement. Cependant les autres cessionnaires du warrant *peuvent* faire transcrire leur endos, s'ils le veulent (décr. 12 mai 1859, art. 16). — *Sanction de la transcription* : le premier endossement non transcrit n'est pas opposable aux tiers ; ainsi, dans le cas où un créancier du premier propriétaire des marchandises aurait fait

une saisie-arrêt sur elles avant la transcription du premier endossement, il passerait avant le porteur du warrant.

Enfin ordinairement on mentionne sur le récépissé la négociation du warrant, et la somme que ce warrant est destiné à garantir.

§ 3

Effets de la négociation.

I. — Droits du porteur du récépissé.

504. Si le warrant est encore joint au récépissé, le porteur a un droit de disposition absolu sur les marchandises; il en a ordinairement la propriété libre; il pourra les transmettre en endossant lui-même les deux titres réunis; il pourra aussi les donner en gage en endossant le warrant tout seul. — L'art. 4 a évité de dire qu'il est cessionnaire; on a expliqué, dans le rapport au Corps législatif, que « le récépissé doit pouvoir être transmis à un autre titre qu'à titre de vente, et par exemple à titre de mandat pour vendre ou pour retirer la marchandise »; il équivaudra alors à un ordre de livraison. C'est ainsi que l'endossement d'un effet de commerce peut n'être qu'un endos de procuration. Dans la pratique on transfère très ordinairement les deux titres ensemble pour constituer un simple gage. Il faut suivre en cela uniquement la volonté des parties, du moins *inter partes*; à l'égard des tiers, il faudrait que les termes de l'endossement limitassent sa portée.

Si le warrant est détaché, le porteur du récépissé ne peut disposer des marchandises qu'avec la charge de les dégrever par le paiement de la somme portée au warrant (art. 4, 2e al.).

505. « Le porteur du récépissé séparé du warrant peut, même avant l'échéance, payer la créance garantie par le warrant » (a. 6).

En effet, le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur (C. civ., art. 1187); le porteur du récépissé peut avoir le plus grand intérêt à vendre et à livrer immédiatement; d'ailleurs le créancier gagiste n'a pas d'intérêt contraire. Si le porteur du warrant n'est pas connu, aux termes de l'a. 5, 2e al.,

on consigne la somme entre les mains de l'administration du magasin général. Cette consignation garantit tous les droits du porteur du warrant. La marchandise n'est libérée que par la consignation de la somme tout entière; c'est l'application de l'indivisibilité du gage. — Il faut consigner aussi tous les intérêts jusqu'à l'échéance (a. 6, 2e al.) : le créancier avait peut-être consenti le prêt à titre de placement.

II. — **Droits du porteur du warrant.**

506. Il a les droits d'un créancier gagiste. S'il est payé à l'échéance, il rend le warrant et tout est dit; s'il n'est pas payé, il a droit de faire vendre le gage (a. 7), huit jours après le protêt, et sans autorisation de justice.

Le débiteur, qui a remboursé le warrant, peut faire vendre la marchandise à l'échéance primitive de sa dette, même contre le porteur du récépissé (a. 7, 2e al.). On aurait pu en douter, à raison de l'obligation de garantie qu'il a contractée, si le porteur du récépissé est son acheteur ou un ayant cause de son acheteur, comme c'est le cas ordinaire. Mais il faut remarquer que cet acheteur, en présence du gage dont étaient grevées les marchandises par la négociation du warrant, n'aura payé que le surplus de leur valeur; son vendeur se trouve alors créancier de la portion du prix que représentait le montant du warrant, si l'acheteur veut avoir les marchandises libres entre ses mains, il doit rembourser au vendeur cette portion du prix; sinon il y aura une sorte de résolution de la vente, au moins quant à cette partie-là.

L'art. 8, 1er al., reconnaît au porteur du warrant le privilège de créancier gagiste. Il est primé par les taxes et les frais de conservation, comme en droit commun. — Le deuxième alinéa suppose l'hypothèse inverse de l'art. 6 (v. n. 505), et donne une solution analogue.

507. Le *warrant* contient virtuellement l'obligation, par le premier endosseur, de payer la somme à l'échéance, et, comme il est à ordre, il constitue un véritable billet à ordre. Or, les endosseurs successifs d'un billet à ordre se rendent garants du paiement à l'échéance, il en est donc ainsi des endosseurs du warrant (a. 9, 1er al.). Mais cette obligation n'est qu'en second ordre;

le débiteur principal de la somme, c'est la marchandise ; ils ne sont obligés à payer que si le prix de vente est insuffisant (a. 9, 1er al.). Aussi les délais des recours contre eux ne courent que du jour de la vente (2e al.) ; car c'est seulement alors qu'on connaît l'insuffisance du gage. Seulement, le 3e al. oblige à faire vendre dans le mois pour qu'on ne puisse pas allonger indéfiniment les délais en retardant la vente. L'expiration des délais fait perdre le recours contre les endosseurs (3e al.), mais non pas contre l'emprunteur primitif, qui s'enrichirait indûment par cette déchéance, puisqu'il a reçu la somme prêtée et ne l'a jamais remboursée, tandis que les endosseurs n'ont reçu la valeur de l'effet, en aliénant celui-ci, qu'après l'avoir d'abord fournie en recevant l'effet (cf. art. 170).

§ 4

Dispositions diverses.

508. Art 10. « Les porteurs de récépissés et de warrants ont sur les indemnités d'assurance, dues en cas de sinistre, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée. »

La loi tranche en leur faveur une question très controversée, que nous résoudrons, comme règle générale, en sens inverse (V. n. 1320, 1143).

Art. 11. « Les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts. »

Obs. La loi traite ici les récépissés et warrants comme des effets de commerce. Mais il ne s'ensuivra pas nécessairement qu'on doive les considérer comme tels à tous égards, notamment pour l'application de l'article 446, 2e al., en matière de faillite (v. n. 951, 953).

L'art. 12 organise le moyen de remplacer les récépissés ou warrants en cas de perte.

V. dans l'art. 13 les droits fiscaux auxquels ces titres sont soumis. Le timbre pour les warrants était de 50 cent. par 100 fr. ; il a été élevé à 1 fr. 50 p. 100 fr. par la L. 19 fév. 1874, art. 2.

509. Le *décret du 12 mars* 1859, déjà cité souvent a réglé les détails d'application de la loi. Nous mentionnerons seulement ici les règles sur la *responsabilité de l'administration des magasins généraux*. Elle répond de la garde et de la conservation des marchandises qui lui sont confiées; de l'exactitude des mentions contenues aux récépissés et warrants; enfin de ses fautes, par exemple pour avoir laissé vendre une marchandise par le porteur du récépissé ou du warrant, sans faire consigner la somme revenant au porteur de l'autre titre correspondant; ou pour avoir laissé vendre au préjudice d'une saisie-arrêt, opposable à celui qui a fait vendre. Cette responsabilité est garantie par un cautionnement (Décr., art. 2), qui peut varier de 20, 000 à 100, 000 fr. (L. 31 août 1870, art. 2).

En outre, il lui est interdit de faire aucune spéculation sur les marchandises pour son propre compte, afin qu'elle ne soit pas tentée d'abuser des dépôts (Décr. art. 4). Mais la loi du 31 août 1870, art. 3, lui permet de prêter sur les marchandises déposées et de négocier les warrants.

Enfin elle est obligée de mettre ses magasins à la disposition de toute personne sans préférence, ni faveur (Décr. art. 6). C'est une condition imposée à tout établissement qui a un monopole concédé par l'État (cf. les chemins de fer).

CHAPITRE II.

CONTRAT DE COMMISSION.

Cinq sections: — 1° Définition du contrat de commission; — 2° Formation et fin du contrat; — 3° Obligations des parties; — 4° Effets des actes passés par le commissionnaire avec les tiers; — 5° Privilège du commissionnaire.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION DU CONTRAT DE COMMISSION.

510. Tout le monde reconnaît que le contrat de commission

correspond en droit commercial à ce qu'est le mandat en droit civil; on n'est pas d'accord sur les caractères distinctifs de ces deux contrats. De plus, parmi les relations même que crée le commerce, plusieurs sont assez difficiles à distinguer de la commission. — La définition suivante établira pour nous la distinction entre la commission et tout ce qui peut lui ressembler :

La commission est un contrat par lequel un commettant charge un commissionnaire de faire un ou plusieurs actes de commerce déterminés, soit en agissant au nom du commettant, soit en agissant en son propre nom.

C'est en ce qu'elle a pour objet *un acte de commerce*, que la commission diffère du mandat civil; c'est en ce qu'elle a pour objet des actes de commerce *isolés et déterminés*, qu'elle se sépare des autres relations commerciales qui lui ressemblent. Ce sont ces deux points que nous allons développer.

Mais auparavant il faut, en expliquant la fin de la définition, constater que le commissionnaire, chargé de faire une affaire pour le compte d'autrui, peut recevoir mission de la traiter en son propre nom, ou bien de la faire expressément au nom de son commettant, en faisant connaître celui-ci (art. 94). La première manière de procéder est de beaucoup la plus fréquente dans le commerce; et dans la pratique le mot *commission* est très souvent pris dans ce sens spécial et plus étroit.

I. — Distinction de la commission et du mandat.

511. Q. *En quoi la commission diffère-t-elle essentiellement du mandat ?* — Intérêts de la question : 1° le commissionnaire a un privilège (art. 95) que n'a pas le mandataire; 2° la commission est, de sa nature, salariée, tandis que le mandat est gratuit; de sorte que si l'on n'a rien dit, un salaire sera dû s'il y a commission, ne sera pas dû s'il y a mandat. — 1er S. *C'est que le commissionnaire agit en son nom*, tandis que le mandataire agit au nom du mandant : — l'art. 94, 1er al., donne très nettement cette définition du commissionnaire, et le 2e al. renvoie au code civil, aux règles du mandat, pour celui qui agit au nom du commettant; — le projet du Code mettait dans la définition les

deux manières de procéder; il a été changé sur l'observation du tribunal de Marseille. — 2° S. *C'est que la commission a pour objet de faire un acte de commerce*, de quelque manière qu'il soit traité : — l'art. 94 appelle commissionnaire, non seulement celui qui agit en son propre nom (1er al.), mais aussi celui qui agit au nom du commettant (2e al.); réciproquement l'article 1997, *in fine*, C. civ., admet que le mandataire peut agir quelquefois en son nom, c'est ce qu'on appelle le *contrat de command;* donc la manière de traiter l'affaire ne peut à aucun point de vue, servir à distinguer le mandat et la commission; — d'autre part, l'art. 95 qui établit le privilège du commissionnaire, commence par ces mots : *tout commissionnaire*, et il vient immédiatement après l'art. 94, 2e al., qui parle du commissionnaire agissant au nom du commettant; il semble donc impossible de soutenir que le privilège n'existe pas pour ce dernier; la question est donc tranchée quant à son premier intérêt; — quant au second intérêt, le salaire est fondé sur une convention tacite; il faut donc rechercher quelle est l'intention des parties; or, en matière commerciale, on présumera toujours qu'un salaire aura dû être payé; ce n'est pas seulement l'intention probable du commissionnaire de ne donner ses services que moyennant un salaire, c'est aussi l'intérêt du commettant, parce que le commissionnaire salarié est responsable plus rigoureusement de ses fautes (C. civ., art. 1994); aussi tout commerçant prudent préférera devoir un salaire à celui qu'il emploiera pour faire un acte de commerce. Ce système se trouve ainsi démontré dans ses deux conséquences pratiques.

512. Mais à quoi reconnaîtra-t-on que l'acte dont est chargé le commissionnaire est un acte de commerce? A l'intention du commettant (v. n. 30 et 34).

II. — **Distinction entre la commission et d'autres relations analogues.**

513. On pourrait confondre avec le commissionnaire, le préposé ou facteur, le commis placier, le commis voyageur, le représentant de commerce et le courtier.

Les quatre premières fonctions se distingueront de la commission par un certain caractère de généralité, tandis que la

commission est toujours donnée pour des actes spécialement déterminés; il y aura encore d'autres différences particulières à chacune d'elles: — Le *préposé* ou *facteur* est mis à la tête d'une maison ou succursale d'un commerçant; il a un *mandat général* pour tous les actes du commerce de ce commerçant, ou d'une certaine branche de ce commerce; il agit au nom de son patron, oblige celui-ci envers les tiers et ne s'oblige pas envers eux (comme art. 94, 2e al).; il est lié à son patron par un contrat permanent, avec appointements fixes ordinairement, plus peut-être un tant pour 100 sur les affaires, de sorte qu'il y a louage de service en même temps que mandat. — Le *commis placier* a des fonctions plus restreintes; il est chargé uniquement de vendre des marchandises; mais il a pour cela un mandat général; en outre il traite au nom de son patron et non en son propre nom, et, de plus, il est toujours attaché à une seule maison, par *un contrat permanent*, moyennant des appointements fixes (ordinairement), plus peut-être un tant pour 100 sur les opérations; il y a aussi là un louage de service. — Le *commis voyageur* a les mêmes caractères, seulement il voyage de ville en ville; c'est un préposé ambulant. — Le *représentant de commerce* ne fait comme le commissionnaire, que les affaires qui lui sont confiées par un *ordre spécial* du représenté; il est rétribué à tant pour 100; il y a là un simple mandat salarié. Mais il a ordinairement *une attache fixe* à une maison, ou à certaines maisons faisant des commerces analogues; il n'agit jamais en son nom, mais au nom du représenté.

Le *courtier de marchandises* diffère du commissionnaire par la manière dont il opère : en principe, il *s'entremet* seulement entre les parties, les met en rapport, fait qu'elles contractent ensemble, mais *ne contracte pas lui-même* ni en son propre nom, ni au nom d'autrui. Il peut seulement y avoir des points de contact délicats entre les deux professions; nous expliquerons ce point en parlant des courtiers (v. tit. 5, *infrà*, ch. 1er).

SECTION II.

FORMATION ET FIN DU CONTRAT DE COMMISSION.

514. La commission se forme comme tout contrat par le consentement des parties, et ce consentement n'est ici soumis à aucune forme spéciale ; la preuve peut s'en faire par tous les modes usités en droit commercial, suivant ce que nous avons dit plus haut.

Si elle est donnée par lettre, il faut qu'elle soit *acceptée* par le commissionnaire, pour que celui-ci soit obligé. Mais cette acceptation peut être tacite et elle se présumera assez souvent : par exemple, s'il s'agit d'un commissionnaire de profession ou d'un correspondant avec lequel le commettant est en rapports suivis, la commission sera présumée acceptée si elle n'est pas expressément et immédiatement refusée, car le commettant à raison des circonstances a dû compter sur l'acceptation. De plus, s'il y a urgence et si l'accomplissement de la commission ne leur fait pas courir un risque trop sérieux, les personnes dont nous venons de parler ne devront même pas refuser ; elles devront exécuter la commission, sauf dans des cas très exceptionnels.

515. La commission cesse d'abord par les mêmes causes que tout contrat, notamment par l'expiration du terme, s'il y en a un, ou par la consommation de la négociation. Mais de plus, étant, comme le mandat, formée des deux côtés en considération de la personne, elle finit par la mort, l'interdiction, la déconfiture, la faillite de l'un des contractants (C. civ., art. 2003) ; par la révocation émanée du commettant, et par la renonciation du commissionnaire, pourvu qu'elles ne soient pas déloyales (v., dans les art. 2004-2007, C. civ., les conditions dans lesquelles elles peuvent légitimement se produire).

516. **Qui peut donner et accepter une commission.**

Toute personne, qui peut faire un acte de commerce, peut donner et recevoir une commission. Cela s'applique non seulement aux individus, mais encore aux sociétés ; l'art. 94 indique

formellement que la commission peut être acceptée *sous un nom social*. Ces mots pourraient paraître exclure la société anonyme qui n'a pas de raison sociale; mais on est d'accord pour reconnaître que cette exclusion n'a pas été dans la pensée du législateur, et d'ailleurs on peut faire remarquer que, si la société anonyme n'a pas de raison sociale, elle a toujours un *nom social* (v. n. 304).

Il faut pouvoir faire un acte de commerce pour pouvoir donner une commission, puisque le commettant veut faire un acte de commerce pour son compte. Il faut aussi la même capacité au commissionnaire pour accepter la commission de traiter une affaire en son propre nom; car alors, vis-à-vis des tiers, c'est lui qui en subira toutes les conséquences. Si au contraire le commissionnaire doit traiter au nom du commettant, il n'a pas besoin de cette capacité.

Appliquant ces idées à ceux qu'on appelle proprement des *incapables*, nous dirons qu'un mineur émancipé, une femme mariée, autorisés à faire le commerce, peuvent donner une commission pour un acte relatif à leur commerce, mais pour leur commerce seulement. Mais ils ne peuvent pas en principe recevoir une commission, parce que l'acte de commerce qu'il s'agira de faire alors ne sera plus un acte de *leur* commerce. Il n'y aurait d'exception que si la commission leur était donnée par un de leurs correspondants commerciaux, auquel ils ne pourraient refuser, à raison des relations mêmes qu'ils ont avec lui. Bien évidemment s'ils étaient autorisés pour faire le commerce de commission, aucune restriction ne les arrêterait.

D'ailleurs la commission peut être donnée à un commerçant ou à un non commerçant; — à un commissionnaire de profession ou non.

517. **Objet de la commission.** — La commission peut avoir pour objet tout acte de commerce, pourvu qu'il soit possible et licite. D'abord l'achat et la vente; les commissionnaires qui s'en chargent s'appellent *commissionnaires en marchandises*. Puis on peut donner commission de faire un contrat de transport, c'est l'office des *commissionnaires de transport*, qui mêlent d'ailleurs ordinairement d'autres opérations à celle-là (v. chap. 3,

infra). On peut faire par commission des affaires de banque, des négociations à la Bourse ; les banquiers de province font faire souvent ainsi les opérations de bourse pour leurs clients à la Bourse de Paris ; les trésoriers généraux en font autant, du moins pour les achats ou ventes de rentes françaises ; enfin ceux qu'on appelle les *remisiers* à la Bourse, apportent aussi de la même façon des affaires aux agents de change (v. au tit. 5). Le commissionnaire peut aussi être chargé de tirer une lettre de change ; on l'appelle alors *tireur pour compte* (v. article 118, au titre 8) ; ou de la négocier, de l'escompter, de l'accepter, etc. — Enfin on peut donner commission pour faire tous les contrats maritimes, p. ex. pour fréter un navire ; pour l'assurer (art. 232).

518. Insistons un peu sur les **commissionnaires en marchandises.** La commission pour acheter ou vendre présente d'abord les avantages généraux de cette manière d'opérer : le secret pour les affaires du commerçant et la possibilité de traiter à distance sans se déplacer.

Outre ces avantages, les *commissionaires-vendeurs* offrent à leurs commettants celui de recevoir dans leurs magasins les marchandises à vendre. On dit qu'ils les reçoivent *en consignation*. Elles sont ainsi plus à la portée des acheteurs qui désirent les voir avant d'acheter. En outre, les commissionnaires qui ont reçu des marchandises avancent souvent à leurs commettants une partie de leur prix, soit en argent, soit en payant pour eux, soit en leur fournissant du crédit, par exemple en acceptant pour eux des lettres de change.

L'intervention des *commissionnaires-acheteurs* présente aussi de grands avantages surtout dans les achats à crédit ou à terme, parce que les vendeurs qui traitent avec eux n'ont pas besoin de s'assurer de la solvabilité du commettant, peut-être fort éloigné ; leur débiteur direct est le commissionnaire ; ils suivent sa foi ; il suffit qu'ils le connaissent. Souvent aussi ils obtiennent des vendeurs des prix plus avantageux, par suite de leurs relations, de l'étendue de leurs affaires, et ils en font profiter leurs commettants. Enfin ils font souvent des avances aux commettants en payant le tiers vendeur par anticipation. — Le commission-

naire-acheteur traite habituellementen son nom ; mais cela n'empêche pas qu'il ne puisse être accompagné du commettant pour que celui-ci puisse faire ses choix. Les tiers peuvent toujours, malgré cela, suivre sa foi et non celle du commettant; surtout si celui-ci n'est même pas nommé aux vendeurs, comme cela arrive souvent. — En général aussi, quoique les tiers suivent la foi du commissionnaire, les marchandises sont envoyées par eux directement aux commettants; il n'y aurait aucun avantage à les faire passer entre les mains du commissionnaire, qui serait obligé d'avoir des magasins pour les recevoir.

SECTION III.

OBLIGATIONS DES PARTIES.

Nous étudierons : — 1° les obligations du commissionnaire ; — 2° les obligations du commettant ; — 3° les effets de la convention appelée *du croire*.

I. Obligations du commissionnaire.

519. L'obligation fondamentale du commissionnaire est d'exécuter exactement la commission dans les conditions fixées par le commettant : notamment quant à la qualité, à la quantité, au prix de la marchandise qu'il doit acheter ou vendre ; et quant au moment précis indiqué pour l'opération qu'il doit faire (ce moment peut avoir une très grande importance pour le commettant).

Mais il ne doit pas être pourtant un instrument aveugle : si l'ordre qu'il a reçu n'exige pas une exécution immédiate, il doit transmettre à son commettant tous les renseignements qui peuvent intéresser l'exécution de son ordre et l'amener peut-être à le modifier.

520. Le commissionnaire doit garder le *secret* des opérations qu'il fait pour le commettant, puisque c'est souvent en vue de ce secret qu'on emploie son entremise. — Mais réciproquement, il a droit de garder, à l'encontre du commettant, le *secret* du nom de ses clients, pour empêcher que le commettant ne se passe

de son entremise en s'adressant directement à ceux dont le commissionnaire lui aurait procuré la pratique.

Il répond vis-à-vis du commettant de ses fautes dans l'accomplissement de la commission. La diligence qu'il doit apporter est celle d'un bon père de famille (C. civ., art. 1137), c'est-à-dire celle d'un *commerçant soigneux* ; mais elle s'apprécie plus rigoureusement s'il est commissionnaire de profession, puisqu'il se présente au public comme versé spécialement dans les opérations qu'il fait. — Ainsi le commissionnaire acheteur est garant des vices de la chose, soit des vices apparents, soit même des défauts cachés, pourvu qu'ils pussent être découverts avec beaucoup de soin. Il est tenu, vis-à-vis du commettant, beaucoup plus rigoureusement qu'un vendeur, parce qu'il doit prendre les intérêts de son commettant, et, comme nous le disions, parce qu'il fait profession d'avoir des connaissances spéciales relativement aux marchandises qu'il achète.

Tout commissionnaire répondra, par suite des mêmes principes, de la perte des objets à lui confiés ou qui lui ont été remis dans l'exécution de sa commission, à moins que leur perte n'ait eu lieu par cas fortuit ou force majeure (v. anal., art. 98 et 103) ; et à la condition que le cas fortuit n'ait pas été précédé d'une faute de sa part (C. civ. art. 1302). C'est à lui de prouver le cas fortuit qu'il allègue (mêmes art. 1302, C. civ. ; 98,103, C. com.) ; il doit prouver aussi qu'il a fait toutes ses diligences pour empêcher le sinistre ou en diminuer les conséquences ; mais il n'a pas à prouver qu'il n'avait pas commis de faute.

Enfin il doit continuer sa gestion jusqu'à la fin, et ne pas laisser en souffrance les affaires dont il s'est chargé (C. civ., art. 1991). Il peut cependant renoncer à la commission (v. n. 515). Mais, outre qu'il ne doit pas le faire en un moment inopportun, il doit continuer ses soins à l'affaire jusqu'à ce qu'il soit efficacement remplacé (v. art. 1991, 2e al., C. civ.).

Ces obligations du commissionnaire envers le commettant seront commerciales sans difficulté s'il s'agit d'un commissionnaire de profession ; car l'art. 632, 2e al., qualifie d'acte de commerce toute *entreprise* de commission. En dehors de ce cas, elles ne seront pas commerciales, si elles ne se rattachent pas d'ail-

leurs à des actes de commerce entre les parties : cela résulte *à contrario* de l'art. 632 qui ne qualifie pas d'acte de commerce un *acte* isolé de commission : d'ailleurs il y a là un louage de services, salarié, sans doute, mais sans spéculation ou entremise proprement dite (v. n. 44). Il en sera autrement des obligations contractées avec les tiers par le commissionnaire agissant en son propre nom (v. n. 531).

521. Sur la possibilité pour le commissionnaire de se *substituer* une autre personne pour l'exécution de la commission. V. notre *Cours*. — V. également le nº 522.

523. S'il y a plusieurs mandataires, en droit civil, ils ne sont pas solidaires, à moins d'une stipulation formelle (C. civ., art. 1995). Il en sera de même pour les commissionnaires dans deux cas : d'abord, sans aucun doute, s'ils ont été chargés de la même affaire séparément, quoique le commettant ait dû prévenir chacun d'eux qu'il donnait la même commission aux autres ; ensuite si le commettant a été les chercher et les prier de se réunir pour faire l'opération dont il veut les charger. Mais, au contraire, ils seraient solidaires, d'après les principes établis plus haut, au nº 435, s'ils s'étaient présentés ensemble au commettant pour demander la commission, car alors ils seront présumés avoir un intérêt commun.

II. — **Obligations du commettant.**

524. La première obligation du commettant est de payer au commissionnaire son *salaire*. Le salaire est dû lors même que l'affaire n'aurait pas bien tourné pour le commettant, car c'est lui qui l'a voulue dans les conditions où elle s'est faite (C. civ., art. 1999).

Ce salaire est habituellement fixé à tant pour cent du chiffre de l'opération faite, suivant les usages. A défaut de convention formelle, ce sont les usages de la place où opère le commissionnaire qui en déterminent le taux. Le tant pour cent doit être plus fort toutes les fois que le commissionnaire doit se livrer à des démarches exceptionnellement compliquées ou onéreuses, soutenir des procès, etc.

Le commettant doit ensuite, comme le mandant, rembourser au commissionnaire toutes ses avances, toutes les dépenses

qu'il a faites pour la négociation (C. civ., art. 1999). — Il lui doit aussi de plein droit l'intérêt de ses avances (C. civ., art. 2001).

Enfin il doit indemniser le commissionnaire de toutes les pertes que peut lui avoir causées l'exécution de la commission.

Ces obligations du commettant sont toujours commerciales, qu'il ait traité ou non avec un commissionnaire de profession ; car elles sont au moins l'accessoire de l'acte de commerce qui a été traité pour son compte par le commissionnaire, et nous savons que dans la commission il s'agit toujours de faire un acte de commerce pour le commettant (v. n. 511).

525. ❹. *Dans le cas où le commissionnaire a traité en dehors des conditions primitivement fixées, le commettant est-il obligé de prendre l'opération au moins aux conditions fixées?* — Nous supposons p.ex. un commissionnaire ayant commission d'acheter à 100, il a acheté à 120 ; peut-il forcer le commettant à prendre pour 100? (La question serait la même en sens inverse dans le cas de vente). — La question n'est pas nouvelle, elle se posait pour le mandataire romain : les Sabiniens disaient non ; les Proculiens disaient oui, et Justinien adopte cette dernière opinion (Inst., L. 3, tit. 26, § 8). La controverse existe encore chez nous. — Nous admettrons, en principe, la négative, car autrement le commissionnaire aurait toutes les bonnes chances et rejetterait toutes les mauvaises sur le commettant : en effet, il a acheté à 120 parce qu'il croyait l'affaire bonne malgré la hausse ; il n'a pas pu compter que le commettant prendrait à 120, mais il a cru que la hausse continuerait, et alors il aurait pu revendre en son propre nom, peut-être à 150, et gagner pour lui la différence, 30 ; — maintenant, il veut forcer le commettant à prendre à 100 ; pourquoi insiste-t-il ? Evidemment parce que la marchandise ne vaut même plus 100, elle vaut peut-être 80. Sans cela, il la revendrait facilement, et ne poursuivrait pas le commettant. Alors il sacrifie 20 sans doute ; mais, pour ne pas perdre 40, et il veut faire retomber la perte de 20 (différence entre 100 et 80) sur le commettant. Nous ne pouvons admettre que celui-ci soit ainsi à sa merci.

Il faudrait seulement réserver le cas où il démontrerait par

ses livres et par sa correspondance qu'il a entendu agir au mieux des intérêts de son commettant, qu'il a entendu faire l'affaire pour celui-ci, en se portant gérant d'affaire. Alors on ne devra admettre aucune des deux solutions mises en présence dans l'alinéa précédent : le commettant aura le choix de ratifier l'affaire ou de la repousser; mais, s'il l'accepte, il devra rembourser, non pas le prix primitivement fixé, mais le prix plus fort réellement payé.

526. ¶. *Le commissionnaire acheteur peut-il facturer à son commettant au dessus du prix payé?* C'est ce qu'on appelle la question des *doubles factures*, parce que le commettant se fera donner par le vendeur deux factures : l'une pour lui au prix convenu, l'autre pour le commettant à un prix supérieur. — 1er S. *Il le peut* : — si, à raison de sa situation sur la place, à raison de ses relations, de son crédit, de ses achats par grandes masses, il obtient des conditions plus favorables, des remises ou escomptes, il est juste qu'il les garde pour lui; — ayant acheté du tiers, il revend à son commettant au prix débattu entre eux. — 2e S. *Il ne le peut pas* (!) : — il n'a pas acheté pour revendre au commettant; il a acheté directement pour celui-ci, la fixation du prix est donc acquise à ce dernier ; — c'est précisément à raison des avantages qu'il peut obtenir qu'on s'adresse à lui; — il doit la plus entière bonne foi ; — s'il veut se réserver les bonifications qu'il obtient, il peut le faire par une stipulation expresse et ostensible.

Il en serait de même de tous les profits qui pourraient être obtenus au cours de l'opération ; le commissionnaire doit en faire profiter le commettant; il manque à la bonne foi en se les attribuant sous le prétexte que le commettant obtient d'ailleurs tout ce qu'il avait compté avoir, et n'a jamais espéré ces avantages accidentels.

527. S'il y a plusieurs commettants, ils sont solidaires dans leurs obligations envers le commissionnaire : c'est la règle pour les mandants en droit civil (C. civ., art. 2002); à plus forte raison doit-on en dire autant en droit commercial, car ils se présentent au commissionnaire comme ayant un intérêt commun.

III. — De la convention de du-croire.

528. En principe, le commissionnaire n'est pas garant envers le commettant de l'exécution par les tiers du contrat qu'il a passé avec eux en vertu de la commission; il s'est obligé seulement à procurer au commettant le bénéfice du contrat qu'il a été chargé de faire, il s'acquitte en lui présentant l'engagement du tiers. C'est au commettant à poursuivre lui-même l'exécution ou à donner une autre commission pour le faire.

Mais le commissionnaire peut promettre au commettant sa garantie personnelle pour l'exécution de tous les engagements obtenus par son entremise; c'est cette convention qu'on a appelée en italien *del credere* (de la confiance) et en français du nom assez barbare de **du-croire**. — Ce mot, d'ailleurs, désigne à la fois la *convention* dont nous parlons, le *commissionnaire* qui traite dans ces conditions (il est du-croire), et enfin le *prix* payé pour cette garantie (payez-moi mon du-croire). — Ce prix est ordinairement un double droit de commission.

529. Pour expliquer exactement les effets attachés par l'usage à la convention de du-croire, il faut la considérer comme quelque chose de mixte entre le cautionnement et le contrat d'assurance. La ressemblance avec le cautionnement est évidente. Mais cette convention peut aussi s'analyser en un contrat d'assurance, puisqu'il y a une *chose assurée*, le prix de la vente; des *risques*, l'insolvabilité de l'acheteur, et un *prix* de ces risques, l'augmentation du droit de commission. — D'autre part, les règles suivantes, reconnues par la pratique, appliquent au *du-croire* les principes de l'assurance et écartent ceux du cautionnement : — le commissionnaire du-croire répond de l'inexécution, même résultant de force majeure; il répond de tout refus de prendre livraison, de payer le prix ou de livrer; pourvu que ce refus ne provienne pas du fait du commettant; — il ne peut pas opposer les exceptions du chef du tiers (à la différence de la caution, C. civ., art. 2036); — il ne peut invoquer le bénéfice de discussion (C. civ., art. 2031); — il n'est pas subrogé contre le tiers, il n'a même pas contre lui un recours pour tout ce qu'il a pu payer au commettant; mais seulement l'exercice de son action de vendeur, d'acheteur, etc. — Le du-croire diffère à la

fois du cautionnement et de l'assurance, en ce que le commissionnaire doit payer au commettant, sans même que celui-ci se soit adressé au tiers, tandis qu'ordinairement l'assureur ne paie que si l'assuré prouve qu'il a subi une perte ; le commissionnaire du-croire garantit l'exécution exacte au terme convenu, et peut être poursuivi en exécution dès que le terme est arrivé. — Enfin cette convention diffère encore de l'assurance seule, en ce qu'elle peut être prouvée par tous les moyens possibles, tandis que l'assurance maritime, au moins, ne peut s'établir que par écrit (C. com., art. 332).

SECTION II.

EFFETS DES CONTRATS PASSÉS PAR LE COMMISSIONNAIRE AVEC LES TIERS.

530. Pour le **commissionnaire agissant au nom du commettant,** (art. 94, 2e al.) le résultat des contrats faits par lui passe immédiatement sur la tête du commettant ; le commissionnaire s'efface, ou plutôt n'a jamais été que le porte-parole du commettant ; c'est celui-ci qui est devenu directement créancier et débiteur des tiers avec lesquels le commissionnaire a contracté ; toutes les actions actives ou passives seront données pour ou contre lui et pas du tout pour ou contre le commissionnaire. Et celui-ci ne sera jamais tenu commercialement.

531. Quant au **commissionnaire agissant en son nom,** il faut distinguer les effets à l'égard des tiers et entre les parties :

A l'égard des tiers, le commissionnaire qui a traité en son nom est seul personnellement créancier et débiteur de celui avec lequel il a contracté ; celui-ci a tous les droits qu'il aurait si le commissionnaire avait fait l'affaire pour lui-même ; car il a suivi sa foi, et ne connaît que lui. — S'il a acheté du commissionnaire, c'est à celui-ci qu'il demandera la livraison, et c'est lui qu'il fera condamner à des dommages-intérêts s'il ne livre pas ; c'est à lui qu'il devra le prix. A raison de ce droit reconnu au tiers, il faut décider sans hésiter, qu'à la différence du mandat civil, la commission de vendre comprend le pouvoir de li-

vrer et de réclamer le prix. Le tiers se libérera très valablement entre les mains du commissionnaire; il pourra toujours invoquer les exceptions qu'il aurait pu opposer à celui-ci, p. ex. s'il existait entre eux une cause de compensation; — s'il est vendeur, c'est au commissionnaire et à lui seul qu'il aura à réclamer le prix; la compensation pourra s'opérer contre lui du chef de celui-ci, et toutes les exceptions existant au profit de celui-ci lui seront opposables. — Toutes ces actions seront commerciales contre le commissionnaire, car il s'agit d'un acte de commerce (v. n. 511), et, à l'égard du tiers, le commissionnaire est censé l'avoir fait pour lui-même.

Dans le cas de faillite du commettant ou du commissionnaire, le tiers invoquera les avantages ou subira les inconvénients de cette situation ainsi définie. — La faillite du commettant lui sera tout à fait indifférente; il obtiendra du commissionnaire tout ce qui lui est dû, quoique celui-ci ait la perspective de ne pas pouvoir recouvrer du commettant ce qu'il aura ainsi payé. Mais aussi, il n'a que le commissionnaire pour débiteur; et si celui-ci est en faillite tandis que le commettant est solvable, il n'aura qu'un dividende dans la faillite du commissionnaire; il n'aura pas d'*action directe* contre le commettant. Sans doute il peut atteindre celui-ci en exerçant les droits de son débiteur, par l'action oblique de l'art. 1166; mais cette action sera exercée par les syndics au nom de tous les créanciers du commissionnaire, ou, si elle avait été exercée par le tiers, son bénéfice devrait être versé dans la masse commune pour être partagé au marc le franc.

532. **Entre les parties,** c'est-à-dire dans les rapports du commissionnaire et du commettant, le résultat de l'opération est transféré immédiatement, dès qu'elle est conclue, sur la tête du commettant; et elle n'a jamais résidé sur la tête du commissionnaire; c'est *ab initio* le commettant qui est devenu seul propriétaire des choses acquises, seul créancier des choses promises, et seul débiteur du tiers. A l'égard des tiers, c'est le commissionnaire qui est acheteur ou vendeur; mais *inter partes*, c'est le commettant qui a ces deux qualités, et les droits qui en découlent. Sous ce rapport il n'y a pas de différence entre les droits

de notre commettant et ceux d'un mandant en droit civil. Sans doute il est obligé vis-à-vis des tiers de respecter les droits résultant de la fiction inverse dont nous avons parlé au n° précédent, de subir notamment toutes les exceptions que le tiers pouvait opposer au commissionnaire, de reconnaître comme valables les paiements faits à celui-ci. Mais, si les tiers sont désintéressés dans la question, s'ils n'ont aucune exception à faire valoir, il peut, à l'encontre du commissionnaire et de ses ayant-cause, se comporter comme seul propriétaire, créancier ou débiteur par l'effet du contrat ; et réciproquement ceux-ci peuvent argumenter contre lui, de ce qu'en réalité c'est lui seul qui a ces qualités.

Ainsi le commissionnaire acheteur pourra, en se fondant sur ce que le commettant est le véritable débiteur du prix, soutenir qu'il n'est pas, lui, tenu d'en faire l'avance pour le commettant, s'il ne l'a pas promis dans le contrat de commission. Si donc il n'a pas reçu la somme nécessaire au moment de la livraison par le vendeur, comme il est tenu personnellement vis-à-vis de celui-ci, il peut pour la réaliser faire revendre les marchandises achetées, sans autorisation du juge, après une simple mise en demeure, en reportant au commettant le bénéfice ou la perte de cette réalisation.

Le commettant pourra aussi, en se faisant donner par le commissionnaire l'attestation que l'affaire avait été faite pour son compte, demander directement au tiers, acheteur ou vendeur, l'exécution de toutes ses obligations et le poursuivre en justice à cet effet; car, s'il n'a pas d'exceptions à invoquer, il est tout à fait indifférent pour ce tiers de s'acquitter entre les mains du commissionnaire ou dans celles du commettant. — Seulement cette faculté est limitée par le droit qu'a le commissionnaire de garder le secret du nom des clients avec lesquels il a contracté (v. n. 520) et par l'intérêt qu'il a à conserver le privilège qui lui appartient sur le prix des marchandises vendues.

533. Les règles que nous avons posées trouveront surtout une application remarquable en cas de faillite, soit du commissionnaire, soit du tiers avec lequel il a traité. — La faillite du commissionnaire sera tout à fait indifférente au commettant ; car

il aura une action directe contre le tiers, sans partager le bénéfice avec les créanciers du commissionnaire (v. art. 575, 2e al.). Mais réciproquement en cas de faillite du tiers, le commettant en subit seul les conséquences et voit sa créance réduite à un marc le franc. Il n'a rien à demander au commissionnaire, qui s'est libéré vis-à-vis de lui en lui transmettant la créance née du contrat, avec sa valeur telle quelle ; pourvu toutefois que le commissionnaire ne soit pas en faute d'avoir traité avec un individu déjà connu comme peu solvable, ou qu'il ne soit pas *du-croire* (v. n. 528, 530).

SECTION V.

DU PRIVILÈGE DU COMMISSIONNAIRE.

534. Ce privilège consacré par l'art. 95, est fondé sur un gage tacite.

Assiette du privilège. Il frappe (art. 95) les marchandises *consignées*, c'est-à-dire déposées avec mandat de vendre (v. n. 518) ; — *déposées*, sans mandat de vendre du moins actuellement ; — *expédiées*, mais à la condition qu'il soit nanti par la possession de la lettre de voiture ou du connaissement (art. 95, 2e al., et 92, *in fine* ; v. n. 493).

Créance privilégiée. Le privilège existe pour toutes les avances faites par le commissionnaire au commettant : ce que le Code indique en énumérant les *prêts*, *avances*, *paiements*, (art. 95, 1er al.), puis les *intérêts* de ces capitaux (art. 95, 3e al.) ; — les *frais*, par exemple, assurances, salaires des commis ; fret payé pour le transport par mer, droits de douane ; — et enfin les droits de *commission*.

Peu importe, d'après l'article, que les avances ou frais aient été faits « *avant la réception des marchandises.* » On doutait autrefois, parce que, le privilège étant fondé sur un gage tacite, on disait qu'il fallait que le commissionnaire fût en possession au moment où il a fait les avances. Mais en 1863, on a considéré qu'en pratique il n'y a jamais dans l'intention des parties une pareille spécialité ; le commissionnaire compte, pour son rem-

boursement, non seulement sur les marchandises qu'il a actuellement, mais aussi sur celles qui lui seront expédiées par la suite; il est même plus exact de dire qu'il compte surtout sur ces dernières; car il sait que très probablement il se dessaisira des marchandises qu'il a, avant d'être rentré dans ses avances; il faut qu'il puisse les vendre sans craindre de perdre son privilège; on a dit dans les travaux préparatoire de la L. de 1863, qu'il faut qu'il puisse faire un *courant d'avances* en comptant sur un *courant d'envois*, sans se préoccuper des opérations spéciales auxquelles s'appliquerait chaque avance.

Droits du commissionnaire privilégié. Si les marchandises sont vendues par lui ou par les autres créanciers du commettant, il exerce son droit de préférence sur le prix à l'encontre des créanciers du commettant (a. 95, 4e al.).

535. **Quel commissionnaire est privilégié ?** Tout ce que nous venons de dire s'applique sans difficulté au **commissionnaire-vendeur** et nous avons raisonné au numéro précédent sur cette hypothèse de la commission pour vendre.

Q. *Le même privilège existe-t-il au profit du* **commissionnaire-acheteur ?** — 1er S. *Oui :* — l'art. 95 dit *tout commissionnaire ;* — il n'y a pas de raison pour favoriser plus le commissionnaire-vendeur que le commissionnaire-acheteur. — 2e S. *Non* (1) : — Valin ne parle que du vendeur pour ce privilège ; — l'ancien art. 93 (avant 1863) était très formel puisqu'il parlait de marchandises expédiées « pour être vendues pour le compte d'un commettant ; » il se limitait donc au commissionnaire-vendeur ; — l'art. 95 nouveau, 1er al., suppose aussi des marchandises confiées au commissionnaire par le commettant, car il parle de marchandises *consignées ;* or, la consignation n'a lieu que pour le commissionnaire-vendeur ; — partout, dans les travaux préparatoires de la loi de 1863, on a parlé du commissionnaire-vendeur, on a cité l'exemple de la consignation ; jamais on n'a parlé du commissionnaire-acheteur ; — l'art. 95, 4e al., se réfère très formellement au commissionnaire vendeur, puisqu'il dit : « Si les marchandises ont été vendues pour le compte du commettant ;... » — si le commencement de l'article dit *tout commissionnaire,* c'est pour se référer à la distinction contenue dans l'art. 94,

et repousser toute différence tirée de la manière dont traite le commissionnaire (v. n. 511) ; — enfin dans l'usage le commissionnaire-acheteur n'est pas mis en possession des marchandises, qui sont expédiées directement au commettant par le tiers vendeur (v. n. 518) ; par conséquent, on ne peut pas dire que les usages impliquent ici la constitution d'un gage tacite.

Si le commissionnaire-acheteur était en possession, nous admettrions qu'il aurait le *droit de rétention*, (v. analog. art. 577, C. comm.).

CHAPITRE III.

DU CONTRAT DE TRANSPORT.

536. Cette matière est traitée dans les sections 3 et 4 du code, qui n'ont pas en réalité des objets distincts. Il faut y ajouter comme sources du droit sur ce contrat : le code civil, art. 1782-1786 ; la L. sur les chemins de fer, 15 juillet 1845, avec l'ordonnance réglementaire du 15 novembre 1846 ; enfin, le cahier des charges modèle des Compagnies de chemin de fer, auquel ont été soumises toutes les Compagnies depuis 1857 et 1858 (On le trouvera dans Dalloz, *v° Voirie par chemin de fer*, n° 97, en note).

Le contrat de transport est un contrat par lequel un **voiturier** *reçevant une chose d'un* **expéditeur** *s'oblige à la faire voyager et à la remettre à un* **destinataire**. Le *voiturier* prend spécialement le nom de *batelier*, quand le transport a lieu par eau douce (v. art. 107), et de *capitaine*, quand il a lieu par mer. — L'*expéditeur* s'appelle aussi le *chargeur*. — L'expéditeur et le destinataire peuvent être une même personne ; par exemple, si un négociant expédie une marchandise d'une de ses maisons à une autre, si un voyageur s'adresse des colis à l'endroit où il se rend.

Nous ne parlerons pas ici des transports par mer, qui font l'objet du livre 2 du code, que nous expliquerons plus tard.

537. Le code rattache cette matière à celle des commission-

naires par les *commissionnaires de transport*. Mais les commissionnaires de transport ne sont pas des commissionnaires dans le même sens exactement où ce mot est pris dans la deuxième section, car ordinairement les commissionnaires traitent à forfait avec l'expéditeur pour un prix fixé, et dirigent le transport comme ils le veulent, en s'arrangeant pour gagner en traitant avec les voituriers. Alors ils traitent avec ceux-ci, non plus *pour le compte* de l'expéditeur, mais *pour leur propre compte ;* et, puisqu'ils se sont engagés personnellement envers l'expéditeur à faire faire le transport, ils sont garants de tous les risques de ce transport ; ils sont toujours *du croire* (art. 97). Ce sont proprement des *entrepreneurs* de transport (cf. a. 107). Enfin, le plus souvent, ils se chargent eux-mêmes d'une portion du trajet, au moins du camionnage depuis le domicile de l'expéditeur jusqu'à la gare. Alors leur nom exact est celui d'*entrepreneurs de roulage* (v. art. 1785, 1786, C. civ.).

En pratique on trouve toujours ces fonctions mélangées, et l'on confond toutes ces fonctions sous le nom de commissionnaire de transport. Le code adopte cette nomenclature ; car il parle, dans l'art. 96 du commissionnaire qui *se charge* d'un transport.

Nous aurons trois sections : — 1° Formation et preuve du contrat de transport ; — 2° Obligations de l'expéditeur ou du destinataire ; — 3° Obligations du voiturier.

SECTION PREMIÈRE.

FORMATION ET PREUVE DU CONTRAT DE TRANSPORT.

538. Nous avons vu qu'il y a naturellement trois personnes engagées dans ce contrat : l'*expéditeur*, le *voiturier* et le *destinataire ;* quoique l'expéditeur puisse quelquefois être lui-même le destinataire. L'art. 101, qui énumère ces personnes, omet cependant de parler du destinataire.

Entre l'*expéditeur* et le *voiturier* le contrat se forme comme tout contrat par le consentement ; mais en y joignant la remise de la chose à transporter, car les obligations du voiturier ne

peuvent naître pleinement qu'à partir du moment où il a la marchandise entre les mains. Le contrat de transport est donc un *contrat réel* de même que le prêt, le dépôt, etc. — Mais il n'exige pas un écrit ; malgré les termes, un peu ambigus à ce point de vue, de l'art. 101, le législateur n'a pas voulu dire que le contrat ne se formait que par la rédaction de la lettre de voiture ; il a voulu signifier seulement que c'est son mode de constatation le plus habituel.

Le *destinataire* n'est pas directement partie au contrat ; pourtant ce contrat lui confère des droits, et tout le monde admet qu'il peut poursuivre directement le voiturier en cas de retard ou d'avarie. On explique juridiquement cette situation en faisant remarquer que l'expéditeur a stipulé pour le destinataire, comme condition du contrat qu'il faisait pour lui-même (C. civ., art. 1221, 1112). Le destinataire a le droit d'invoquer, dès qu'il le veut, le bénéfice du contrat. — Mais la réciproque n'est pas exactement vraie : le destinataire n'est pas de plein droit obligé envers le voiturier, car il ne peut pas être tenu de recevoir ce qu'il peut plaire à n'importe qui de lui envoyer. C'est seulement lorsqu'il accepte la marchandise, que prenant le bénéfice du contrat, il s'oblige à payer le prix du transport, et à satisfaire à toutes les conditions promises par l'expéditeur.

Si l'expéditeur a traité avec un commissionnaire de transport, il y a au moins quatre personnes intéressées dans le contrat (v. le même art. 101, en ajoutant toujours le destinataire). — On eut se demander s'il y aura *action directe* de l'expéditeur (ou du destinataire) contre le voiturier avec lequel le commissionnaire a traité. Ceci est admis sans difficulté : — c'est le principe ordinaire de la commission, et l'on doit l'appliquer tant qu'il n'y a pas de dérogation formelle par les textes ou les usages ; — d'après l'art. 101, le contrat se forme entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ; donc entre l'expéditeur et le voiturier ; — l'art. 1994, 2e al., C. civ., dit que, si le mandataire s'est substitué une autre personne (ici le voiturier), le mandant a une action directe contre le mandataire substitué.

639. La **forme** traditionnelle du contrat de transport est la

lettre de voiture [1], c'était autrefois la seule forme usitée. C'est un titre ouvert, sous forme de lettre adressée au destinataire par l'expéditeur ou le commissionnaire, indiquant les conditions du contrat.

Les énonciations de la lettre de voiture sont énumérées en détail par l'a. 101. Elles se réfèrent à trois ordres d'idées ; désignation exacte : 1° des parties ; 2° des objets à transporter ; 3° des conditions du transport. — Remarquons seulement que la loi n'exige pas la signature du voiturier, quoiqu'il soit un des principaux obligés ; c'est que souvent le voiturier ne sait pas signer, et que d'ailleurs il s'oblige *re*, par le fait de la réception de la marchandise. — Elle doit comme tout acte être datée ; d'ailleurs la date peut avoir ici une importance spéciale, pour préciser le détail du transport.

Du reste la lettre de voiture n'a rien de solennel ; aucune mention n'est exigée à peine de nullité ; si elle est incomplète, elle n'en vaut pas moins, et fait preuve des mentions qu'elle contient, sauf à prouver par d'autres moyens les clauses ou conditions qui ont été omises.

540. Elle n'est pas nécessairement faite en plusieurs doubles, puisque cette formalité, suivant notre doctrine, n'est pas exigée pour la preuve des actes commerciaux. Cependant, pour avoir tous les avantages qu'on peut en attendre, il faudrait un exemplaire pour l'expéditeur, signé du voiturier, et un pour le voiturier, signé de l'expéditeur. — Voici les avantages qu'on aura, outre la facilité de faire preuve.

La lettre de l'expéditeur pourra être envoyée au destinataire, pour l'avertir d'avance des conditions du transport, et lui permettre d'agir en cas de retard ou de perte des marchandises. Le voiturier ne pourra remettre les marchandises qu'au porteur régulier de ce double ; s'il agissait autrement il s'exposerait à se voir demander une seconde fois les marchandises et condamner à des dommages-intérêts faute de les livrer. Aussi cet exemplaire servira à mettre le destinataire en possession immé-

1. Le mot *voiture* signifie étymologiquement le transport lui-même, *vectura*. C'est dans le même sens que l'art. 102 dit *le prix de la voiture*.

diate, soit pour lui conférer le droit de gage s'il fait des avances à l'expéditeur (art. 95; v. n. 634); soit pour lui permettre de transférer lui-même cette possession, p. ex. à titre de vente (art. 576, 2e al; v. n. 480), ou de gage (art. 92; v. n. 493).

Pour pouvoir produire ces avantages, la lettre de voiture doit être cessible. On conçoit qu'elle soit *à personne dénommée* et alors cessible par les voies civiles, ou *à ordre* et cessible par endossement, ou *au porteur* et transmissible par simple tradition : ce sont les formes que l'art. 281 admet pour le connaissement, qui est en matière maritime ce qu'est la lettre de voiture pour les transports terrestres. — Il est même reçu dans tout le commerce que la lettre de voiture est négociable par endossement, lors même qu'elle ne contient pas la clause à ordre, qu'elle est à personne dénommée, si rien n'indique la pensée chez le rédacteur de la rendre non négociable [1]. Nous pensons que l'on doit suivre l'usage sur ce point, car il ne s'agit là que d'une interprétation de volonté puisque nous admettons (v. n. 746) qu'il dépend des parties d'insérer la clause à ordre, et nous savons que l'usage est souverain pour interpréter la volonté des parties.

La *lettre remise au voiturier* lui servira d'instruction, de feuille de route : elle sera surtout utile, quand la marchandise devra passer entre les mains de plusieurs voituriers successifs, pour qu'ils sachent où la diriger. De plus, accompagnant toujours la marchandise, elle servira à vérifier à tout moment le nombre et la nature des colis. Présentée au destinataire à l'arrivée, elle lui permettra, s'il n'a pas reçu l'autre exemplaire, de constater toutes les conditions du transport. Pour jouer ce rôle, on supplée souvent au double de la lettre par une simple copie, non signée des parties, qu'on appelle la *fausse lettre de voiture*, par opposition à la *bonne lettre de voiture*.

541. En pratique, on remplace souvent la lettre de voiture par un simple **récépissé** remis par le voiturier à l'expéditeur,

1. Parère d'un grand nombre de négociants de Paris (entre autres plusieurs anciens présidents du tribunal de commerce) des 7 et 8 janv. 1847, cité dans D. P. 47. 1. 59; ces messieurs déclarent n'avoir jamais vu une lettre de voiture à ordre, et avoir toujours vu l'endossement considéré comme transmettant tous les droits du porteur.

et qui ne diffère guère de la lettre de voiture que par la formule employée. Les compagnies de chemins de fer sont obligées de remettre un récépissé à l'expéditeur, même lorsqu'il ne le demande pas (cah. des ch., art. 49), avec l'indication du prix du transport.

Ces récépissés sont complètement assimilés aux lettres de voiture, depuis la L. 30 mars 1872. Il faut donc admettre qu'ils en produisent tous les effets ; notamment que le voiturier ne peut valablement remettre les marchandises qu'au porteur régulier du récépissé.

542. La lettre de voiture et le récépissé sont soumis à un droit de timbre, de 70 c. (Loi 30 mars 1872, art. 1.)

543. A défaut de ces titres, on pourrait prouver par les registres du commissionnaire, qui sont les mêmes que ceux de tout commerçant (a. 96); — ou, si la lettre a été rédigée, mais perdue, par le registre sur lequel elle a dû être copiée (art. 102 *in fine*) ; — ou par le registre spécial que les voituriers sont obligés de tenir pour enregistrer tous les colis dont ils se chargent: C. civ., art 1785 ; décr. 10 août 1852, sur la police du roulage, et cahier des charges, art. 49, 2e al. Enfin, à défaut de ces modes de preuve, on pourrait prouver par tous les moyens possibles (C. comm., art. 109).

SECTION II.

OBLIGATIONS DE L'EXPÉDITEUR ET DU DESTINATAIRE.

544. La principale obligation de l'expéditeur, et du destinataire quand il accepte les marchandises, c'est de *payer le prix* du transport avec les frais accessoires qu'a pu faire le voiturier: frais de douane, d'entrepôt, d'octroi, de magasinage, etc. — Ce prix peut être payé d'avance par l'expéditeur, alors l'envoi est fait, *franco* ou *en port payé* ; ou à la réception par le destinataire, sauf règlement peut être avec l'expéditeur, alors l'envoi est fait *en port dû* ; dans ce cas, si le destinataire refuse la marchandise ou ne peut être trouvé, ou s'il est insolvable, le voiturier se retourne contre l'expéditeur.

De plus, comme garantie de sa créance, le voiturier a le **droit de rétention** (cf. art. 106), et un **privilège** sur la chose voiturée (C. civ., art. 2102, 6°). Nous renvoyons, pour les détails, aux cours de code civil; et spécialement pour la question de savoir si ce privilège est fondé sur le nantissement et s'éteint dès que le voiturier s'est dessaisi des objets transportés. — L'article 106, 3e al., C. comm., consacre, dans un cas particulier, une des conséquences de ce privilège : le droit, pour le voiturier, de faire vendre les marchandises afin de se payer sur le prix.

Le prix du transport est fixé à l'amiable entre le voiturier et l'expéditeur au moment de l'expédition, excepté pour les compagnies de chemin de fer, qui n'ont pas le droit de sortir de leurs tarifs dont nous allons parler immédiatement.

En cas d'expédition *contre remboursement*, le destinataire doit, en outre, payer entre les mains du voiturier le prix de la marchandise que le voiturier est chargé de recouvrer pour le compte de l'expéditeur.

Si le transport a été opéré par plusieurs voituriers successifs, le dernier a le droit d'agir au nom de tous, et d'exiger tout ce qui leur est dû avant de remettre la marchandise.

545. **Règles relatives aux compagnies de chemin de fer.** Ces compagnies ont un monopole pour les transport par la voie de fer ; de plus, elles exploitent une voie du domaine public. A ces deux titres, l'État doit contrôler leur exploitation dans l'intérêt général. Aussi les prix sont fixés pour les voyageurs et les marchandises, par des **tarifs** proposés par la compagnie et approuvés par l'administration, le ministre du commerce, dans les limites générales du cahier des charges (art. 42-53).

Ces tarifs ont **force de loi** entre les compagnies et le public. Cette autorité leur appartient en vertu de l'art. 1786, C. civ., annonçant d'une manière générale que les entrepreneurs de transport « sont, en outre, assujettis à des règlements particuliers qui *font la loi* entre eux et les autres citoyens » ; aussi cette règle est consacrée par d'innombrables arrêts de la cour de cassation. Il en résulte notamment que les compagnies ne peuvent déroger à leurs tarifs par des conventions particulières, quelque expresses qu'elles soient.

Les tarifs doivent être affichés dans toutes les gares pour le public. Mais comme ils sont très volumineux, en général l'affichage n'est pas possible : ils sont sur des cahiers imprimés, tenus, dans les gares, à la portée de tous.

546. Une règle très importante est *l'interdiction de toute faveur* à aucun des clients de la compagnie (ord. 15 nov. 1846, art. 50; cah. des ch., articles 48 et 53). C'est la conséquence de ce que les compagnies font un service public; c'est aussi pour empêcher qu'elles ne puissent arbitrairement détruire entre les commerçants les lois ordinaires de la concurrence.

Ces tarifs se divisent en quatre grandes classes : — 1° tarifs généraux; — 2° tarifs exceptionnels; — 3° tarifs différentiels; — 4° tarifs spéciaux ou conditionnels. Nous parlerons ensuite : — 5° du transport des bagages avec les voyageurs ; — 6° de la sanction des tarifs.

I. — **Tarifs généraux.**

547. Ces tarifs forment la règle. Tous les autres sont l'exception ; ils ne sont applicables que dans les cas spécialement indiqués.

Les tarifs généraux sont établis à tant par kilomètre, et par tête, pièce ou tonne (cah. des ch., art. 42). — Ils varient suivant que les objets voyagent en grande ou en petite vitesse, et suivant la nature de ces objets.

Conditions de la grande et de la petite vitesse (cah. des ch., art. 50).

En grande vitesse, la compagnie est obligée d'expédier les marchandises par le premier train-omnibus desservant la gare où elles sont adressées, pourvu qu'elles aient été remises à la compagnie trois heures avant le départ du train. Elles doivent être délivrées en gare dans le délai de deux heures de l'arrivée de ce train.

En petite vitesse, elles doivent être expédiées dans le jour qui suit leur remise à la compagnie. Le délai maximum du transport est de vingt-quatre heures par 125 kilomètres ou fractions de 126 kilomètres. Elles doivent être délivrées en gare le jour qui suit leur arrivée.

Le destinataire est obligé d'enlever les marchandises dans les

quarante-huit heures de l'expédition par la compagnie de la lettre d'avis de leur arrivée, sous peine de payer des **droits de magasinage** fixés à tant par chaque jour de retard.

Pour les Voyageurs, toujours en grande vitesse, il y a trois séries de prix suivant la classe de wagons où l'on veut être admis; demi-place pour les enfants.

Pour les Marchandises, il y a un tarif unique pour la grande vitesse; et, pour la petite vitesse, quatre classes différentes[1], suivant la valeur des marchandises sous un même poids; les marchandises très lourdes et de peu de valeur, ne pouvant payer autant que celles qui valent beaucoup plus; — tarifs à tant par tonne et par kilomètre.

549. Pour les marchandises tarifées au poids, les prix ne varient que de 10 en 10 kil., toute fraction de 10 kil. comptant pour 10; sauf en grande vitesse où l'on admet le fractionnement de 0 à 5 kil. et de 5 à 10, mais non au delà. — Au-dessous de 40 kil., on n'applique pas le tarif général, mais un tarif plus cher (cah. des ch., art. 47, 50).

De là résulte l'avantage qu'il y a au **groupage** des colis qu'on veut expédier. En effet, on évite par là de payer plusieurs fois des fractions de dizaines de kilogrammes pour des dizaines entières : en réunissant les colis, ces fractions de dizaines s'additionnent dans un même total, et on n'est exposé qu'une fois à payer pour un kil. comme pour 10. Soit, par exemple, onze colis pesant chacun 61 kil.; au lieu de payer pour onze fois 60 kil., c'est-à dire pour 660 kil., en les groupant, on ne paiera que pour 570 kil., car le poids total sera de 661 kil. — D'autre part, si l'on a plusieurs colis pesant chacun moins de 40 kil., en les groupant, on aura l'avantage d'un tarif moins élevé, puisque au-dessous de 40 kil. le tarif est, nous l'avons vu, relativement plus cher.

Le cahier des charges modèle de 1857, admet le *groupage*, mais avec des distinctions (art. 47, 6e al.) : — pour tout autre qu'un commissionnaire de transport, il admet le *groupage à décou-*

1. Les tarifs, approuvés par l'administration, établissent un grand nombre de *séries* à la place de ces quatre classes organisées par le cahier des charges.

vert ou *groupage fictif*, qui a lieu sans aucune réunion matérielle des colis, par le simple fait d'une adresse pareille, portant le nom du même expéditeur et du même destinataire ; — au contraire, pour les commissionnaires de transports, on n'admet que le *groupage réel* et *à couvert*, c'est-à-dire la réunion des colis, sous un même emballage ; tout colis séparé doit, dès lors, payer comme s'il était seul.

II. — **Tarifs exceptionnels.**

550. Ce sont des tarifs *plus chers* que les tarifs généraux. — V. cah. des ch., art. 46. — Cette augmentation tient aux difficultés, ou aux risques plus grands du transport, ou bien à la valeur des marchandises, dont répond la compagnie.

III. — **Tarifs différentiels.**

551. Ces tarifs sont *moins chers* que les tarifs généraux. L'abaissement est fondé sur divers motifs :

1° *A raison de la distance* : les tarifs sont diminués proportionnellement à mesure que la distance augmente ; ainsi, ce serait, par exemple, 6 c. par tonne et par kilomètre de 0 à 100 kil.; 5 c., de 101 à 300 ; 4 c. au-dessus de cette distance. — Le motif en est que les frais généraux, la manutention, n'augmentent pas avec le parcours; — c'est aussi que, dans tout commerce, plus un client fait travailler, meilleures sont les conditions qu'il obtient ; — c'est enfin qu'on a voulu un peu améliorer la situation des industries éloignées des matières premières ou des consommateurs.

A cette idée se rattachent les **tarifs communs** (ne pas entendre ordinaires), c'est-à-dire communs à plusieurs réseaux différents : lorsque le trajet se fait sur deux ou plusieurs réseaux, on additionne toutes les distances parcourues sur chacun, pour appliquer le tarif différentiel sur la distance totale.

2° *A raison du poids* : pour ceux qui envoient beaucoup à la fois ; mêmes raisons que ci-dessus. Ces tarifs sont facultatifs pour les compagnies.

3° *A raison du sens du transport* : lorsque le trafic est plus actif dans un sens que dans l'autre, les compagnies, pour attirer des expéditions et éviter les retours à vide, abaissent les tarifs dans le sens où le trafic est le moins actif.

4° *A raison du détournement.* Lorsqu'il n'y a pas de ligne directe d'un point à un autre, on ne fait pas payer pour le trajet réellement parcouru ; mais seulement pour le trajet utile, c'est-à-dire environ pour la distance directe entre les deux points. C'est ce qui a lieu entre Nantes et Lyon, par exemple.

5° *A raison de la destination.* Ce sont les *tarifs de transit* abaissés pour attirer les marchandises étrangères sur les lignes françaises ; par exemple pour que les marchandises de l'Angleterre pour l'Inde passent par la ligne de Calais à Marseille, plutôt que de passer par la Belgique et l'Allemagne. — Ce sont aussi les *tarifs d'exportation*, destinés à faciliter la sortie des marchandises françaises, et à leur permettre de lutter sur les marchés étrangers avec les marchandises étrangères.

VI. — Tarifs spéciaux ou conditionnels.

552. Ce sont encore des tarifs moins chers que les tarifs généraux, mais que les expéditeurs doivent acheter en consentant à certaines conditions favorables à la compagnie : — comme de renoncer au délai de la petite vitesse (cah. des ch., art. 50) ; — ou à la garantie des avaries de route ; — ou d'expédier par wagons entiers ; — ou d'expédier journellement ou annuellement un certain tonnage.

Ils doivent être expressément demandés chaque fois par l'expéditeur ; ceci est important, et l'ignorance de cette règle a amené bien des déceptions. La raison de la règle est que si les compagnies n'avaient pas la renonciation écrite de l'expéditeur, celui-ci pourrait vouloir plus tard lui imposer les obligations de droit commun.

Il faut encore compter comme des tarifs spéciaux, applicables aux *voyageurs*, les billets d'*aller et retour* et les *billets circulaires* offrant des réductions de prix moyennant certaines conditions déterminées ; ainsi que les *trains de plaisir* offrant de même des réductions, mais à d'autres conditions et en général pour une seule circonstance donnée.

V. — Transport des bagages avec les voyageurs.

554. Tout voyageur a droit au transport en franchise de 30 kil. de bagage ; et les enfants payant demi-place à 20 kil. (cah. des ch., art. 44). — On peut trouver de l'avantage à se réunir pour faire pro

fiter celui qui a plus de 30 kil. de la franchise de celui qui en a moins. Cette combinaison est très permise entre les membres d'une même famille ou entre amis voyageant ensemble. Mais entre étrangers cela est certainement contraire à l'esprit du cahier des charges, qui fait du transport des bagages un appendice personnel du transport du voyageur. Il est donc incontestable que ce fait pourrait donner lieu à des dommages-intérêts pour les compagnies. Mais ce fait est-il puni correctionnellement ? C'est ce que nous allons examiner dans un instant.

VI. — **Sanction de l'observation des tarifs.**

555. Les tarifs formant la loi pour les compagnies comme pour le public, nous avons déjà dit que leur inobservation, lors même qu'elle aurait été consentie par la compagnie, devrait toujours donner lieu à une rectification, et qu'à tout moment on peut demander la correction et le paiement du prix réellement dû. Ce droit existe pour les expéditeurs ou destinataires si le prix a été exagéré ; pour les compagnies, si le prix a été trop abaissé.

On peut avoir cherché à échapper à l'application des tarifs par des déclarations inexactes ou par d'autres moyens ; spécialement pour les voyageurs, si l'on a essayé de voyager sans billet, ou bien avec un permis de circulation appartenant à autrui, ou avec un billet d'aller et retour périmé ; ou si l'on a voyagé avec le coupon de retour d'un billet délivré à un autre voyageur ; ou enfin si l'on a emprunté le billet de place d'un autre voyageur pour profiter de sa franchise de bagage (n. 554). Dans tous ces cas, il est absolument incontestable qu'on a causé un tort à la compagnie et qu'on lui en doit au moins la réparation civile (C. civ., art. 1382). — Mais cette réparation ne consistera en général que dans le paiement de la taxe à laquelle on avait indûment échappé ; de sorte que, si l'on s'en tenait là, les coupables ne risqueraient absolument rien en tentant ces manœuvres frauduleuses. Aussi les compagnies, ne se sentant pas suffisamment protégées par cette responsabilité civile, ont cherché à donner à leurs droits une sanction pénale et à faire condamner les coupables correctionnellement : de là la question suivante.

556. ❶. *Ces faits sont-ils punis correctionnellement ?* — Ils ne ren-

trent ni dans la définition du vol (C. P., art. 379), puisqu'il n'y a pas l'appréhension frauduleuse; ni dans celle de l'escroquerie (C. P., art. 405), puisqu'il n'y a pas proprement de manœuvres frauduleuses. Mais il y a des textes qui punissent de 16 fr. à 3,000 fr. d'amende les infractions aux règles sur la police, la sûreté et l'*exploitation* des chemins de fer (L. 15 juillet 1845, art. 21, et ord. 15 nov. 1846, art. 70). Malgré une jurisprudence constante, nous repoussons l'application de ces textes, qui ne s'y prêtent nullement, et qui en matière pénale doivent être entendus restrictivement.

Il faudra faire exception pour certains faits qui ne sont pas seulement contraires aux cahiers des charges, mais qui sont prohibés par d'autres textes formels : ainsi l'ordonnance de 1846 défend (art. 63) : 1° d'entrer sans billet dans un train, ou avec un billet dans une voiture d'une autre classe que celle indiquée sur le billet ; 2° d'entrer dans les wagons et de sortir autrement que par la portière et du côté extérieur de la voie ; 3° de passer d'une voiture dans l'autre, et de se pencher au dehors. Ces faits tomberaient sous le coup de l'art. 70 de la même ordonnance. Ainsi encore un arrêté du ministre des travaux publics ordonne de déclarer la valeur des lots de finances confiés aux compagnies ; l'absence de déclaration ou la déclaration fausse tomberait sous le coup du même art. 70, qui punit expressément les contraventions aux décisions rendues par le ministre des travaux publics pour l'exécution de l'ordonnance.

SECTION III.

OBLIGATIONS DU VOITURIER ET DU COMMISSIONNAIRE.

557. Nous réunissons ce qui concerne ces deux classes d'intermédiaires, quoiqu'ils soient séparés par la loi, parce que les mêmes règles leur sont applicables, comme il est facile de s'en convaincre en comparant les art. 97 et 98 avec les art. 103 et 104. Ces règles sont aussi, sans difficulté possible, applicables aux compagnies de chemins de fer.

Quatre paragraphes : — 1° Responsabilité de ces personnes ; — 2° Moyen de défense qu'elles peuvent invoquer ; — 3° Répartition de la responsabilité entre les divers agents du transport ; — 4° Atténuations légales de la responsabilité.

§ 1er

Responsabilité du commissionnaire et du voiturier.

Leur obligation essentielle est de remettre la marchandise à sa destination. Ils ne doivent en principe la remettre qu'au *destinataire*, désigné par la lettre de voiture ; et ils ont droit de ne la remettre qu'à lui, car la lettre de voiture fait la loi du contrat (C. civ. a. 1134). Ils seraient donc responsables des erreurs qu'ils commettraient à cet égard.

De cette obligation dérivent plusieurs autres :

558. En vertu des art. 97-98, et 103-104, leur responsabilité a trois chefs principaux : 1° *La perte* totale ou partielle ; 2° *les avaries*, apparentes ou non apparentes ; 3° *le retard*.

En cas de *perte*, ils doivent la valeur des objets. Sur les conditions de temps et de lieu auxquelles il faut se référer pour apprécier cette valeur ; v. notre *Cours*.

En cas d'*avaries*, ils répondent de la destruction ou perte partielle des objets et de leur détérioration.

559. ◑. *En cas de retard, a-t-on droit à une indemnité pour le seul fait du retard sans prouver qu'on ait subi un préjudice?* Nous décidons pour la négative en vertu des principes généraux (a. 1382, C. civ.) auxquels il n'est pas assez formellement dérogé ici.

Souvent il y a dans les lettres de voiture un forfait pour le cas de retard, qui fixe l'indemnité à 1/3 du prix du transport ; c'est là un usage constant qui supplée à la clause prévue par l'art. 102, 11e al., et qui fait la loi dans le silence des parties. Dès lors on a droit à cette indemnité, sans prouver la quotité du dommage, et, en principe, on n'a pas droit à une indemnité plus forte, quand même le dommage serait plus considérable, car c'est une clause pénale (C. civ., art. 1152). Mais il ne faut appliquer ce forfait qu'aux petits retards qui se produisent fré-

quemment, et qui ont pu être prévus par les parties. On doit accorder de plus fortes indemnités pour les retards plus considérables, qui sont exceptionnels et n'ont pas apparemment été prévus par les contractants. Cette doctrine n'est pas contraire à l'art. 1152, C. civ. Elle ne fait qu'interpréter la volonté des parties en précisant le cas en vue duquel la clause pénale a été insérée. Il en serait de même inversement en cas de retard insignifiant.

Cette clause ne saurait être sous-entendue contre les compagnies de chemins de fer qui ne peuvent consentir à aucune clause en dehors de leur cahier de charges.

§ 2.

Moyens de défense du voiturier et du commissionnaire.

560. Il résulte des articles 97, 98, 103, 104, ainsi que de l'art. 1784, C. civ., que l'obligation aux dommages-intérêts incombe en principe au commissionnaire et au voiturier, par le seul fait de la perte, de l'avarie ou du retard, sans qu'on ait à prouver qu'il y a une faute de leur part. Ce sera au contraire à eux de faire la preuve des faits qui peuvent les décharger de cette responsabilité. — Il existe en résumé contre eux une double présomption : — 1° présomption que le fait dommageable a eu lieu pendant que l'objet a été entre leurs mains ; en cas de perte ou de retard, la conformité de cette présomption avec les faits est évidente ; en cas d'avarie, la présomption est fondée sur ce qu'ils n'ont pas dû se charger d'un colis, sans en vérifier le bon état; — 2° présomption que le fait dommageable a eu lieu par leur faute.

561. Voici les faits qui peuvent exonérer le commissionnaire ou le voiturier.

1° *La force majeure* (art. 97, 98, 103, 104), et nous ajouterons le *cas fortuit* qui doit être mis sur le même rang (C. civ., art. 1784). — A moins que ce fait n'ait été précédé d'une faute de sa part : par exemple, s'il a pris une route mauvaise ou sim-

plement une voie, un mode de transport, autres que ceux qui étaient naturellement indiqués ; s'il n'a pas pris tous les moyens d'empêcher le mal ; s'il a dû prévoir l'événement en contractant. — Il peut, du reste, se borner à prouver qu'il a pris toutes les précautions utiles ; de là résultera que le désastre n'a pu avoir lieu que par force majeure, sans qu'il ait à prouver la cause exacte de ce désastre. — Il fera sa preuve par tous les moyens possibles.

2° *La faute de l'expéditeur ;* par exemple si l'emballage était mal fait ; s'il n'a pas suffisamment déclaré la nature fragile des objets ; s'il a fait lui-même le chargement ; s'il n'a pas fait enregistrer ses colis.

3° *Le vice propre de la chose* (art. 103), soit l'avarie existant lors de l'expédition, soit l'altération causée par la nature même de la chose, sans la supposer défectueuse ; p. ex. pour des vins, des pelleteries.

562. 4° *Une stipulation formelle peut-elle l'exonérer par avance?* Cela est certain pour le commissionnaire; l'art. 93 est formel. Mais nous l'admettons aussi pour le voiturier quoique la jurisprudence et la majeure partie des auteurs soient contraires : le silence de l'art. 103 ne nous paraît pas suffisant pour porter atteinte à la liberté des conventions dans une matière qui ne tient pas à l'ordre public; seulement il ne peut s'exonérer d'une faute intentionnelle.

563. Les compagnies, suivant l'exemple donné autrefois par les voituriers et les messageries, insèrent souvent au dos des bulletins de bagage, la clause qu'en cas de perte, elles ne répondront pas au delà de 150 fr. (ou même quelquefois 75 fr.). Q. *Cette clause est-elle opposable au voyageur?* Nous répondrons négativement sans hésiter : — d'abord cette clause n'est jamais lue, surtout elle n'est pas lue avant que l'on ne confie son bagage à la compagnie, car le bulletin n'est remis au voyageur qu'après l'enregistrement, au moment où il vient de payer le prix; elle n'est donc jamais volontairement acceptée.

564. Q. Mais réciproquement, *l'expéditeur dont le colis est perdu peut-il prétendre qu'il contenait des valeurs considérables?* — La compagnie en cas de simple faute ne répond que du dommage

qu'on a pu prévoir lors du contrat (C. civ., art. 1150). — Mais s'il y avait eu un dol, à plus forte raison soustraction par un agent de la compagnie, elle répondrait même du dommage non prévu (C. civ. a. 1151),

565. Supposons que le voiturier et le commissionnaire s'exonèrent de la responsabilité. Sur qui retombera la perte? Sur le destinataire ou sur l'expéditeur? L'art. 100 répond : sur le propriétaire. Mais cet article est peu catégorique; il s'agit encore de savoir qui est propriétaire des marchandises. Voici ce qui résulte des principes déjà posés par nous (n. 451): — si les marchandises ne sont pas vendues au destinataire, mais envoyées en dépôt ou en consignation, l'expéditeur en est toujours propriétaire; — si elles sont vendues et sont des corps certains, le destinataire en est devenu propriétaire dès la vente; — si elles ne sont pas des corps certains et étaient livrables chez l'acheteur, c'est l'expéditeur qui est propriétaire jusqu'à l'arrivée; — si elles étaient livrables chez le vendeur ou entre les mains de l'agent du transport, c'est le destinataire qui est propriétaire dès le jour de l'expédition, pourvu seulement que la marchandise soit conforme à la commande. C'est cette dernière forme de livraison qui doit toujours se présumer dans le silence des parties : — c'est le cas habituel; — cela a été dit dans les travaux préparatoires.

§ 3

Partage de la responsabilité entre les divers agents du transport.

566. Nous supposons que le transport a été effectué par plusieurs commissionnaires ou voituriers. Quelles seront les obligations de chacun?

Q. D'abord, *le destinataire aura-t-il une action directe contre chacun d'eux?* Nous supposons, pour le moment, qu'on sait positivement quel est celui qui est responsable du dommage; celui-là pourra-t-il être poursuivi directement par le destinaire, quel que soit son ordre dans la chaîne des agents du transport? —

Nous répondons affirmativement : — car il a traité avec chacun d'eux par l'entremise du commissionnaire, ou des voituriers précédents, qui ont aussi joué le rôle de commissionnaires en remettant la marchandise aux subséquents; — cette doctrine paraît bien consacrée par l'art. 101, qui admet que le contrat se forme entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier; donc il y a obligation directe du voiturier envers l'expéditeur.

567. ❡. *Le destinataire a-t-il action contre d'autres que l'auteur du dommage?* Oui; les divers agents du transport sont garants les uns des autres envers le destinataire. Car chacun joue le rôle de commissionnaire vis-à-vis des subséquents en leur remettant les marchandises (art. 99); sauf dans le cas où les voituriers subséquents auraient été désignés d'avance par l'expéditeur.

Il pourra donc fréquemment arriver que les premiers voituriers soient garants des voituriers postérieurs; mais jamais il n'arrivera que ceux-ci soient garants des faits certainement imputables aux premiers. — Bien entendu, ceux qui auront ainsi répondu du fait des autres porront o poser les exceptions du chef de ceux-ci. Ils pourront aussi recourir contre les auteurs du dommage.

568. Mais il arrivera souvent que l'on ne reconnaîtra pas facilement, parmi les agents successifs du transport, à qui le dommage est imputable. — Alors seront-ils tous sous le coup de la double présomption que nous avons fait ressortir au n. 560? — La seconde s'appliquera toujours sans difficulté à chacun d'eux: s'il est prouvé que le fait dommageable a eu lieu entre ses mains, il sera présumé avoir été causé par sa faute, à moins de preuve contraire à faire par lui (art. 102, 103.)

La première présomption s'appliquera-t-elle toujours? ❡. *Seront-ils tous et chacun présumés avoir reçu la marchandise en bon état?* Non; car, s'il n'est pas supposable qu'on reçoive au départ une marchandise avariée, il peut bien arriver qu'elle continue à voyager quoique avariée; — il serait tout à fait contradictoire de présumer que tous l'ont reçue intacte et sont en faute; car si l'un est en faute pour une avarie déterminée, les autres n'y sont pas; cela est certain *à priori*.

550. Q. *Alors quels sont ceux qui seront présumés en faute?* — 1er S. *Ce seront les derniers plutôt que les premiers*; car, à l'égard du second, par exemple, le premier est comme un expéditeur; le second à l'égard du troisième, ainsi de suite; aussi les premiers sont couverts par la présomption que l'objet était intact (art. 98, 99, 102, 103, C. comm.; art. 1784, C. civ.), et en tout cas sont déchargés par la réception de l'objet, faite par les voituriers ultérieurs (art. 105). — Mais il n'est pas vrai que le premier soit un expéditeur à l'égard du second; celui-ci ne s'oblige pas envers lui, mais envers l'expéditeur véritable et le destinataire. Il n'est pas exact non plus que le second voiturier soit un destinataire et puisse invoquer l'art. 105. — 2e S. *Il faut distinguer* (1); s'il s'agit d'une avarie non apparente, ce sera le premier voiturier qui sera présumé en faute; car il a eu le temps de vérifier avec soin la marchandise et est présumé l'avoir reçue en bon état; mais les voituriers subséquents n'ont pas pu faire cette vérification attentive et intérieure, car cela amènerait des retards infinis; il n'y a donc pas la même présomption contre eux ‖; ils peuvent au contraire invoquer contre le premier la présomption que nous venons de rappeler; — si, au contraire, l'avarie était apparente, ou s'il s'agit d'un retard, le second voiturier a dû découvrir le fait, et a dû le faire constater s'il existait au moment où il a reçu la marchandise; sinon, on doit présumer que le fait s'est produit entre ses mains. — Il en serait de même pour une avarie non apparente, s'il était prouvé en fait qu'il y a eu vérification sérieuse entre le premier et le second voiturier. — Dans le cas de perte, la solution sera en général très simple, car une fois l'objet perdu, personne ne peut plus le recevoir; la présomption sera donc que c'est le dernier qui l'a reçu qui est en faute.

570. V. à notre *Cours*, une question subsidiaire.

571. Enfin, il faut faire une dernière réserve générale. Nous avons toujours supposé, jusqu'ici qu'il n'y avait eu qu'un seul contrat de transport exécuté par plusieurs agents successifs. Les solutions que nous avons données ne s'appliqueraient plus s'il y avait eu plusieurs contrats de transport distincts, plusieurs lettres de voiture, parce que l'expéditeur aurait traité

lui-même directement avec chaque voiturier pour une portion du trajet. Alors les règles des art. 97, 98, 102, 103, s'appliqueraient divisément à chaque voiturier.

§ 4

Atténuations légales à la responsabilité du voiturier.

572. La responsabilité des voituriers est très lourde, surtout si l'on réfléchit à la grande quantité de transports qu'ils effectuent chaque jour. Aussi le Code leur accorde deux modes de libération très rapides : — 1° une décharge immédiate par la réception de la marchandise et le paiement du prix ; ce que le Code, au titre XIV du livre II, appelle en matière maritime une *fin de non-recevoir* ; — 2° une prescription très abrégée.

I. — Fin de non-recevoir.

573. Elle a lieu par la réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture. Ces deux conditions doivent être réunies ; l'une sans l'autre ne suffirait pas. Pourtant il faut remarquer que la réception seule rendrait beaucoup plus difficile la preuve que l'avarie a eu lieu avant cette réception ; aussi fera-t-on bien de ne pas recevoir les colis sans les vérifier, lors même qu'on ne paierait pas le prix.

La *réception* produira son effet, qu'elle ait été faite par le destinataire même ou par un mandataire, par ex. un camionneur envoyé par lui. Mais la réception par un voiturier ultérieur n'éteint pas le droit du destinataire, à moins qu'il n'y ait eu plusieurs contrats de transports séparés.

Le *paiement du prix* doit, pour pouvoir servir à la libération du voiturier, avoir été fait au moment de la réception : — c'est ce qui résulte du sens naturel du texte ; — c'est seulement dans ces conditions qu'on peut l'interpréter comme une renonciation à toute réclamation. — D'où il suit que l'art. 105 est inapplicable à toute expédition en port payé.

Cette libération est très grave pour le destinataire ; aussi celui-ci a le droit de vérifier l'état des marchandises devant le

voiturier; — et cela même à l'intérieur, quoiqu'on l'ait contesté. — S'il y a contestation sur l'état des marchandises, l'art. 106 organise un moyen rapide de le constater; v. cet article.

574. Mais il faut admettre, en vertu des principes généraux, des exceptions à la règle de l'art. 105 :

1° Si le destinataire a fait des réserves formelles en recevant la marchandise, et en signant le certificat de décharge. Mais alors le voiturier peut légitimement refuser de laisser le colis;

2° Si le voiturier a commis une vraie fraude : car la loi ne parle, dans les art. 103 et suiv., que de la faute : et il y a aussi l'analogie de l'art. 108, qui excepte formellement le cas de fraude. — Cela s'appliquerait spécialement, si le voiturier avait déguisé l'avarie, ou avait empêché la vérification.

3° S'il s'agit d'une simple répétition sur le prix du transport mal calculé. C'est ce qu'on appelle l'action *en détaxe*.

4° On exceptait encore autrefois le cas où l'avarie n'est pas apparente; mais l'art. 105 ne distingue pas; aussi cette jurisprudence est abandonnée; seulement il faut admettre que le destinataire peut vérifier la marchandise même à l'intérieur avant de la recevoir (v. n. 573).

Ces règles ne s'appliquent pas aux transports maritimes, dans lesquels on a vingt-quatre heures pour vérifier (art. 436).

II. — **Prescription.**

575. Pour que la prescription soit utile, il faut supposer qu'il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 105 ; car si le voiturier est déchargé immédiatement, il n'a plus besoin de la prescription. Nous raisonnons donc dans l'une des hypothèses suivantes : ou la marchandise a été refusée; ou elle a été reçue, mais le prix n'a pas été payé (ce que le voiturier acceptera difficilement) ; ou enfin l'expédition ayant été faite *franco*, la réception n'établit aucune fin de non-recevoir contre le destinataire.

La prescription est de six mois (a. 108); elle est prolongée jusqu'à un an, si la marchandise va à l'étranger, parce qu'il faut plus de temps pour agir à l'étranger, ou pour recevoir la nouvelle de la non-arrivée ou de l'avarie. Cette dernière prescription

d'un an s'appliquera même aux agents qui n'auraient fait qu'une partie du trajet antérieurement opérée en France, parce qu'il faut toujours qu'on ait le temps de recevoir des nouvelles du lieu de destination avant de commencer à agir. — La règle est la même pour les expéditions faites de l'étranger en France : les termes de l'article sont assez larges pour les comprendre ; et les motifs sont identiques.

Notre article s'appliquera à toute espèce de perte ou d'avarie, quelle que soit sa cause ; hors les cas de fraude réservés expressément par la fin de l'article, et pour lesquels il n'y aura que la prescription de trente ans.

576. L'art. 108 ne parle que de la perte ou de l'avarie ; il ne parle pas du retard. D'où il faut conclure qu'en cas de retard notre prescription ne s'appliquerait pas et qu'il n'y aurait lieu qu'à la prescription de trente ans. Cette différence est tout à fait inexplicable.

577. Notre article ne s'applique qu'aux actions en dommages-intérêts contre le voiturier. Par conséquent il ne s'applique pas à la prescription acquisitive ; si l'objet perdu se retrouve, le propriétaire pourra le revendiquer pendant trente ans entre les mains de tout possesseur de mauvaise foi, notamment entre les mains du voiturier.

Il serait aussi inapplicable à l'action en paiement du prix intentée par le voiturier contre le destinataire.

Mais alors un résultat inique pourrait se produire : le voiturier attendra six mois pour réclamer son prix, et alors le destinataire ne pourra plus lui opposer la perte ou l'avarie même pour diminuer le prix dû. — Certains auteurs acceptent cette conséquence de notre article. Pour nous, nous répondons que cet article fait prescrire l'action et non l'exception, et nous nous en tenons rigoureusement à son texte : — nous admettons ici, comme nous l'admettons d'une manière générale en droit civil, la maxime : *quæ temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum ;* — et nous lui trouvons ici le même motif rationnel : le destinataire qui avait refusé de payer le prix n'est pas coupable d'être resté dans l'inaction ; il a dû croire qu'on renonçait à le lui réclamer. — Aussi, dans la mesure de ce prix, il pourra encore,

après six mois, invoquer, par voie d'exception, la perte ou l'avarie ; mais il ne pourrait plus réclamer par voie d'action des dommages qui excéderaient ce prix.

578. Ce délai est-il susceptible d'augmentation ? C'est une véritable prescription et non un délai préfix ; donc il est susceptible des causes d'interruption, et des causes de suspension du chef du destinataire.

Mais l'interruption donne lieu à une difficulté : Q. *La poursuite contre l'un des voituriers ou commissionnaires interrompait-elle la prescription au profit du destinataire à l'égard de tous ?* — 1er S. *Oui* ; et, à partir de chaque acte de poursuite, il faudra recommencer un nouveau délai de six mois, car ils sont codébiteurs solidaires. — 2e S. *Non* (1) : la loi ne dit nulle part qu'ils soient codébiteurs solidaires ; nous avons vu, d'une manière générale, que la tradition et l'usage ne font présumer la solidarité, en matière commerciale, que si l'on a pu croire à une communauté d'intérêt entre les coobligés ; or, ici l'on n'a pu croire à rien de semblable ; — l'art. 108 est formel, puisqu'il dit que toutes les actions sont individuellement prescrites par six mois, sans établir aucune corrélation entre elles.

579. Q. Une autre question très controversée est celle de savoir *si le point de départ de la prescription sera le même pour tous les intéressés, notamment pour celui des agents du transport qui aura été condamné envers le destinataire et qui recourra contre un autre agent*. La difficulté vient de ce que cet agent condamné a pu être poursuivi à la fin du délai de la prescription, et ne pourra plus alors recourir contre l'auteur véritable du dommage. — 1er S. *Chacun jouira d'un délai de six mois à partir de la poursuite dirigée contre lui-même*, parce qu'il y a solidarité et que la prescription est interrompue à l'égard de tous par la première poursuite ; — nous avons déjà écarté ce système. — 2e S. *Chacun jouira pour son recours en garantie d'un délai de six mois à partir de sa condamnation* : il est impossible de faire courir la prescription contre celui qui ne pouvait pas agir ; or, celui qui a été poursuivi ne pouvait pas agir avant d'être poursuivi, lors même qu'il aurait connu le fait dommageable ; on lui aurait répondu qu'il n'avait pas d'intérêt ; donc la prescription n'a pu commencer à courir

contre lui (jurisprudence.) — 3° S. *Toutes actions sans exception seront prescrites après les six mois* (1): le texte de l'art. 108 est aussi formel que possible; — le Code veut que le voiturier soit à l'abri de toute action après six mois, sauf le cas de fraude; — celui qui aura ainsi perdu son recours ne peut pas se plaindre, car il pouvait et devait agir auparavant; en effet, d'après la doctrine exposée aux n. 567 et 569 il ne peut se trouver garant du fait d'autrui que s'il a joué le rôle de commissionnaire; dès lors il a le droit, sans être poursuivi, de demander compte aux voituriers subséquents de l'exécution de la commission; et c'est d'une prudence tout élémentaire pour lui de se faire tenir au courant du résultat final du transport, de se faire envoyer le certificat de décharge émané du destinataire; le Code n'a donc pas été trop rigoureux envers lui en l'obligeant à le faire, et à agir dans les six mois sous peine de déchéance, et l'on ne peut pas dire : *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

TITRE V.

DES BOURSES DE COMMERCE, AGENTS DE CHANGE ET COURTIERS.

580. Cette matière incomplètement traitée par le Code, est encore régie par des textes antérieurs : notamment la L. 28 ventôse an IX, l'arrêté du 29 germinal an IX, et l'arrêté du 27 prairial an X. La L. 2 juillet 1862, et celle du 28 mars 1885 ont aussi réglementé quelques détails.

581. Qu'est-ce d'abord qu'une **Bourse de commerce?**

D'après l'a. 71 « c'est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du roi, des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers. »

C'est là un premier sens du mot *bourse*. — Il signifie aussi le *local* où se tient cette réunion (v. art. 613), et qui ne peut être ouvert sans l'autorisation du gouvernement (L. 28 vent. an IX, art. 1-5; arrêté du 29 germinal an IX); il en existe dans soixante-huit villes de France. — Ce mot désigne aussi l'ensemble des opérations faites dans la réunion d'un même jour; ainsi l'on dit : *la bourse a baissé;* telle chose se fait *d'une bourse à l'autre.*

L'avantage que l'on recherche par la création des bourses, c'est d'assurer aux commerçants un local où ils soient sûrs de se rencontrer à certaines heures; cela réalise pour eux une grande économie de temps.

La plus ancienne bourse de France est celle de Lyon, antérieure à 1549; époque où fut créée celle de Toulouse. Celle de Paris ne date que de 1724; elle fut constituée par un arrêté ou arrêt de règlement, qui a encore beaucoup d'importance.

Les bourses sont, en principe, ouvertes à tous *les citoyens* (arrêté 27 prairial an X, art. 1). En sont exclus : — 1° les mineurs

non commerçants; arg. du mot *citoyens* mais on n'étend généralement pas l'exclusion aux mineurs commerçants qui sont réputés majeurs pour ce qui concerne leur commerce (art. 2); — 2° les femmes, même marchandes (arg. du même mot *citoyens*, et arrêté de 1724, art. 11); — 3° les individus condamnés à une peine afflictive ou infamante (Ord. de police du 1er thermid. an IX, art. 6); — 4° les faillis non réhabilités (art. 613); — 5° ceux qui ont été condamnés pour immixtion dans les fonctions d'agent de change ou de courtier, *peuvent* en être exclus (arr. 27 prairial an X, art. 5).

582. On fait, à la Bourse, deux classes de négociations : — 1° sur les marchandises; — 2° sur les effets publics.

CHAPITRE PREMIER.

DES BOURSES DE MARCHANDISES ET DES COURTIERS.

SECTION PREMIÈRE.

TENUE DE CES BOURSES.

583. La tenue de ces bourses est bien différente de celles que nous décrirons pour les bourses d'effets publics : il n'y a pas de négociations publiques criées à haute voix, mais des conversations particulières, des marchés traités en particulier avec ou sans l'entremise des courtiers.

Les commerçants importants y vont tous les jours pour s'y rencontrer, se faire connaître, se renseigner. — C'est là souvent qu'ils concluent les affaires qu'ils ont entamées ailleurs, afin d'avoir les derniers renseignements.

On y fait toutes les opérations de commerce : — 1° achats et ventes de marchandises, ordinairement sur échantillons ; au comptant ou à terme ; — 2° contrats de transport par terre, par eau ou par mer; — 3° assurances maritimes; — 4° opérations de change, achats et ventes de matières d'or et d'argent.

SECTION II.

DES COURTIERS.

584. Le nom des courtiers vient de *courratiers*, parce qu'ils circulent très activement, allant de l'un à l'autre pour faire conclure des marchés.

Leur rôle essentiel est de *s'entremettre* entre les parties, de les mettre en rapport pour qu'elles contractent, de faciliter leur accord par des renseignements, des conseils, etc., et de constater la convention intervenue. Mais jamais ils ne contractent eux-mêmes, soit en leur nom, soit au nom d'un mandant. C'est ce qui les distingue essentiellement des commissionnaires.

Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse (art. 74, 2e al.); mais il y en a aussi dans d'autres.

585. Ils ont un **monopole** (L. 28 ventôse an IX, art. 7; arrêté 27 prairial an X, art. 4-7), sauf les courtiers de marchandises depuis la L. du 18 juillet 1866 (v. n. 593). — La sanction de ce monopole est dans des peines correctionnelles et dans la nullité des opérations faites (arr. an X, art. 7).

Ce monopole consiste en ce que, si l'on veut se servir de l'*entremise* d'un agent pour trouver un acheteur, un vendeur, un assureur, un chargeur, etc., on *doit* s'adresser à eux. Mais rien n'empêche de traiter directement sans eux, même à la Bourse, si les deux parties se mettent en rapport directement; ou même de traiter par un intermédiaire d'un autre genre, contractant lui-même au lieu de s'entremettre seulement, comme un commissionnaire, un représentant de commerce, etc. (v. n. 596).

D'ailleurs, bien entendu, ce monopole n'existe que sur les places où le gouvernement a institué des courtiers. Ailleurs toute personne peut s'entremettre comme ils le font (Av. cons. d'Et. 23 mai 1802).

Ils sont salariés. Sur chaque place le tarif de leurs salaires est fixé par les usages, des règlements ou des décrets; ils ne peuvent excéder ces tarifs.

586. Les courtiers sont **officiers publics** (sauf les courtiers

de marchandises depuis 1866) : — 1° pour la constatation des contrats où ils s'entremettent; — 2° pour la constatation des cours.

Ils constatent les contrats de quatre manières : — 1° *Par leur carnet*, sur lequel ils doivent inscrire chaque opération faite par leur entremise, aussitôt qu'elle est conclue; — si le marché a été conclu par l'intermédiaire de deux courtiers, ils doivent se montrer respectivement leurs carnets (arr. 27 prairial an X, art. 11 et 12); — 2° *Par leur livre-journal*, sur lequel ils doivent faire le relevé de leur carnet (a. 84; cf. arrêté 27 prairial an X, art. 11). Quoiqu'ils soient officiers publics, leur registre n'a pas l'authenticité, puisque la loi ne la lui donne nulle part. Il s'ensuit que s'ils y portaient des mentions inexactes, ils ne pourraient être condamnés pour faux en écriture publique. — 3° *Par leurs bordereaux signés des parties* (v. n. 441). Nous avons admis qu'ils font foi, mais non jusqu'à inscription de faux. Ils sont soumis, à un droit de timbre de 50 cent. jusqu'à 10,000 fr., et de 1 fr. 50 au-dessus (L. 2 juill. 1862, art. 19). — 4° *Par leur témoignage* oral en justice (L. 28 ventôse an IX, art. 7).

587. Ils constatent les cours (a. 73) dans un *bulletin* rédigé diversement suivant les divers genres de négociations. A Paris, ce sont seulement les syndics et leurs adjoints qui constatent les cours (v. arrêté 27 prairial an X, art. 26, et règlement de la corporation (1844), art. 41).

Comment sont déterminés ces cours ?

Par le résultat des opérations faites à la bourse (a. 72). Mais ce résultat ne fournit pas une donnée parfaitement absolue pour les opérations faites dans les bourses de marchandises; car il y a beaucoup de transactions sur les mêmes objets qui se font en dehors de la bourse, ce qui n'a pas lieu pour les effets publics. — Ces cours ne sont pas constatés tous les jours, mais seulement toutes les semaines à Paris (Règlem. de 1844, Décr. 22 déc. 1866). — Ils ont une grande importance : car en dehors de la Bourse, on fait beaucoup de marchés *au cours*, c'est-à-dire en s'en référant simplement pour les prix aux cours portés au dernier ou au prochain bulletin. — Les courtiers s'occupent, concurremment avec les agents de change, de la négociation des matières métalliques

(art. 78, *in fine*); mais ils n'en constatent pas les cours (art. 76, *in fine*).

588. Comme officiers publics, ils sont nommés par le gouvernement, sur la présentation du titulaire précédent ; — s'il s'agit d'un office nouvellement créé ou vacant par la destitution du précédent titulaire, l'arrêté du 20 germinal an IX, art. 5, règle le mode des présentations qui doivent avoir lieu. Leur aptitude est vérifiée par un examen (Règl. et ord. 23 déc. 1844, art. 23, n° 8). — Ils prêtent serment et ils sont soumis au cautionnement (L. 28 vent. an IX, art. 8 ; arr. 29 germ. an IX, art. 11 et 12).

Obligations professionnelles.

589. Ayant une charge publique, ils ne peuvent refuser leur ministère à ceux qui le réclament. Ils ne peuvent non plus rien faire qui en gêne pour eux l'exercice, p. ex. s'interdire par convention certaines de leurs fonctions, ni s'associer ensemble de manière à réduire deux charges à une seule exploitée en commun, ni s'associer à d'autres personnes, même comme commanditaires. La loi du 2 juillet 1863, qui a autorisé cette association pour les agents de change avec des conditions restrictives, démontre que ce droit n'appartient pas en principe aux officiers dont nous nous occupons.

Le Code leur interdit de faire des opérations de commerce ou de banque pour leur compte. — Ils ne peuvent s'intéresser directement ni indirectement, dans aucune entreprise commerciale (a. 85, 1^er^ et 2^e^ al.) Cf. arr. 27 prairial an X, art. 10. — Cette prohibition a pour motif d'empêcher qu'ils n'abusent de leur situation pour tromper les parties, ou surprendre leurs secrets et les supplanter.

Il leur était aussi interdit de recevoir ou payer pour le compte de leurs commettants, de se rendre garants de l'exécution des marchés (a. 85, 3^e^ al. et 86). Cette prohibition a été abrogée par la L. 28 mars 1885. — D'ailleurs elle n'empêchait pas qu'ils ne fussent responsables, même sans stipulation, envers ceux qui ont employé leur ministère, car ils sont mandataires et même mandataires salariés (C. civ., art. 1992). Mais leur responsabilité ne porte pas sur l'exécution des marchés, sur la solvabilité

des parties contractantes ; elle ne porte que sur l'exactitude des renseignements fournis aux parties, des bordereaux qu'ils rédigent, et de l'identité des parties (Arrêté 27 prairial an X, art. 14 et 16).

Nous verrons bientôt que ces prohibitions ne sont plus applicables aux courtiers de marchandises, depuis 1865.

590. La sanction de ces prohibitions est l'amende, la destitution ; — et la banqueroute, s'ils tombent en faillite (v. a. 87, 88, 89). Il faut ajouter que la peine de la banqueroute, même simple est aggravée pour eux ; elle est toujours des travaux forcés (C. P., art. 404).

Q. *Les courtiers sont-ils commerçants ?* — 1er S. *Non*, puisque le Code leur interdit précisément de faire aucune opération commerciale pour leur propre compte. — 2e S. *Oui* : (l) l'art. 632, 5e al., C. com., déclare acte de commerce toute opération de change, banque ou *courtage ;* or, ils font leur profession habituelle des opérations de courtage ; donc ils sont commerçants (art. 1) ; — l'art. 89, suppose qu'ils peuvent être en faillite ; or, la faillite est spéciale aux commerçants (art. 437). — Nous ferions seulement une exception pour une des conséquences de la qualité de commerçant : les billets faits par eux ne seront pas présumés faits pour leur commerce (art. 638, 2e al.), puisqu'ils ne doivent pas s'obliger personnellement pour l'exercice de leur profession (art. 85 et 86). Cette exception sera inapplicable aux courtiers de marchandises depuis 1866.

Diverses espèces de courtiers.

591. Il y a des courtiers de marchandises, des courtiers d'assurances, des courtiers interprètes et conducteurs de navires, des courtiers de transport par terre ou par eau (a. 77).

Ces diverses fonctions sont souvent séparées et même subdivisées par des spécialisations volontaires sur les grandes places. Elles peuvent être réunies (a. 81). Il y a exception pour les courtiers de transport, cf. art. 82 ; mais on ne sait pourquoi. — Depuis 1866, il faut aussi excepter le courtage des marchandises, qui est devenu un commerce ordinaire, et tombe par conséquent pour tous les autres courtiers sous la prohibition de l'art. 85.

I. — Courtiers de marchandises.

592. Ils sont souvent appelés *courtiers de commerce*, en prenant ce mot dans un sens plus étroit.

Sur les grandes places, la plupart se spécialisent volontairement : tel ne fait que les sucres, les laines, les cafés, etc. — Il y a une de ces spécialisations organisée par un décret du 15 décembre 1813 : c'est celle des *courtiers gourmets piqueurs de vins*, chargés de faire les ventes de vins, et de les goûter et apprécier toutes les fois que cette appréciation est demandée par un service public.

La fonction principale des courtiers de marchandises est de *s'entremettre pour les ventes à l'amiable et privées*. Ils avaient un monopole pour cela, d'après l'art. 78 (v. *suprà*, n. 585). On appelait *courtiers marrons* les individus qui, sans nomination gouvernementale, faisaient les mêmes fonctions qu'eux, en violant le principe de leur monopole.

Mais, dans certains cas, la ligne de démarcation était très délicate entre leur rôle et celui des commissionnaires. Ceux-ci, en principe, contractent eux-mêmes, et ordinairement en leur nom, et ne se bornent pas à s'entremettre. Cela est bien net en théorie. Mais il peut arriver qu'ils ne trouvent pas à traiter aux conditions qui leur ont été fixées dans la commission ; ils ne trouvent à acheter que plus cher, ou à vendre que moins cher. Alors ils en réfèrent à leurs commettants, qui, s'ils le jugent à propos, les autorisent à traiter dans les conditions qu'ils trouvent. Dans ce cas, les courtiers prétendaient que les commissionnaires empiétaient sur leur monopole ; car ils ne contractaient plus eux-mêmes ; c'étaient en réalité leurs commettants qui traitaient par leur entremise, et la Cour de cassation, trop sévère à notre avis, leur avait donné gain de cause. — Cette décision souleva des réclamations unanimes dans le commerce ; car elle rendait impossible l'emploi des commissionnaires, puisqu'on n'est jamais sûr qu'ils ne seront pas obligés de prendre à nouveau les ordres de leurs commettants pour traiter une affaire déterminée. De plus, on faisait remarquer qu'il était impossible de traiter toutes les affaires par l'entremise des courtiers dont le nombre était tout à fait insuffisant : ainsi il n'y

avait à Paris que deux courtiers pour les cafés, tandis qu'au Havre seulement il y a vingt-deux grandes maisons qui ont besoin de se faire représenter à Paris pour ce commerce.

593. De là sortit la *L.* 18 *juillet* 1866 *sur les courtiers de marchandises*. Elle supprime leur monopole (art. 1er) moyennant une indemnité dont les bases sont fixées dans le titre 2, art. 10-15.

Elle conserve seulement la possibilité de dresser une liste de *courtiers inscrits* (art. 2), à qui sont réservées certaines attributions des anciens courtiers, notamment : 1° la nomination de la chambre syndicale (art. 3); 2° les ventes publiques (art. 4,); 3° l'estimation des marchandises déposées dans les magasins généraux lorsque les parties ont besoin de cette estimation et qu'elles n'ont pas nommé d'experts (art. 5); 4° ils ont une prédominance, mais non un monople pour la constatation des cours; ils en sont en principe chargés, mais on peut leur adjoindre des courtiers non inscrits et même des commerçants notables (art. 9); en effet, il est très possible que les courtiers inscrits ou même les autres n'embrassent pas tous les genres de négociations dont on a besoin de constater le cours.

Dès lors, il n'y a plus de démarcation nette, en fait du moins, entre les fonctions de courtier de marchandises et celle de commissaire ou de représentant de commerce. — Il résulte aussi de la loi nouvelle l'abrogation, même pour les courtiers inscrits, des art. 85, 86 et 89, puisque ces articles étaient fondés sur leur monopole et sur leur caractère d'officiers publics. C'est, du reste, ce qu'indique presque formellement l'art. 7 de la loi, en supposant qu'ils peuvent avoir un intérêt personnel dans une affaire où ils s'entremettent, et en les obligeant seulement à en prévenir les parties sous une peine très sévère. — Mais l'art. 84 qui les oblige à tenir un registre des négociations qu'ils font leur reste applicable. Et l'art. 83 s'appliquera encore aux courtiers inscrits; les faillis ne pourront l'être; la L. 1866 le dit expressément (art. 2).

Droit de participer aux ventes publiques.

594. Les courtiers inscrits ont le droit de participer à certaines ventes publiques. Il faut en distinguer trois catégories :

1° **Ventes forcées sur saisies.** Celles-ci restent soumises aux règles du code de procédure, et les courtiers n'y ont aucun

droit, quelle que soit la nature des objets vendus (L. 25 juin 1841, art. 2 et 3).

2° **Les ventes volontaires**. Parmi celles-ci il faut encore exclure de la compétence des courtiers celles de meubles et effets mobiliers autres que les marchandises, et, parmi les marchandises, celles de marchandises non neuves faites par un particulier non marchand, lesquelles sont réservées aux *commissaires-priseurs*, notaires, huissiers ou greffiers (C. pr. civ., art. 625, 945; L. 25 juin 1841, art. 3, et art. 4, § 2). — Les courtiers ne peuvent donc faire parmi les ventes publiques volontaires que celles de marchandises neuves, dans la mesure où elles sont permises, par la L. 28 mai 1858, avec le déc. 30 mai 1863, et la L. 3 juillet 1861. V. ces lois.

II. — **Courtiers d'assurances.**

598. Ils n'existent que pour les assurances contre les risques de la navigation. Rien de pareil n'a été organisé par aucune loi pour les assurances terrestres.

Ils ont conservé leur monopole. — Ils exercent trois fonctions (a. 79) que nous avons décrites dans notre partie générale.

1° *Entremise*. Elle est surtout utile ici, parce que souvent, pour un même navire, il faut plusieurs assureurs, aucun ne voulant s'engager pour une très forte somme; alors on fractionne l'objet assuré, et l'on assure séparément le corps du navire, les facultés ou le chargement, etc.; ou l'on fractionne la somme assurée pour l'ensemble. Le courtier colporte sa police chez les assureurs jusqu'à ce que la somme entière soit couverte.

2° *Constatation des contrats* d'assurance par des *polices*. Ces polices sont souvent imprimées d'avance; on remplit certains blancs qui y sont laissés pour fixer les conditions de chaque contrat; et l'on ajoute les clauses spéciales, dont conviennent les parties. — V. d'ailleurs au n. 441, et sous l'art. 332, C. com.

Ils les constatent « *concurremment avec les notaires.* » En fait, les notaires ne s'occupent de cela qu'à Marseille.

3° *Constatation du taux* des assurances. L'art. 79 ne dit pas : le cours. C'est l'effet d'un scrupule du législateur, qui a considéré que le taux varie peu par les rapports de l'offre et de la demande,

mais surtout par la différence des risques suivant les saisons, les mers où l'on doit naviguer, l'état de paix ou de guerre, etc. Cependant on peut aussi faire ressortir de ces prix un cours, l'art. 72 le suppose; il est constaté à Paris toutes les semaines (Règl. des courtiers et ord. 23 déc. 1844, art. 45).

III. — **Courtiers maritimes.**

596. On les appelle « *courtiers interprètes-conducteurs de navires* ». Cela ne veut pas dire qu'ils conduisent les navires à l'entrée ou à la sortie des ports; ceci est l'office des *pilotes-lamaneurs*. Mais ils sont conducteurs des patrons de navire; ou bien on peut interpréter le mot *conducteur* suivant son étymologie : *conductor*, locataire; ils font faire les contrats de louage des navires.

Ils exercent cinq fonctions (a. 80) pour lesquelles ils ont un *monopole* : — 1° *Courtage d'affrètement* ou *nolissement* ; ils cherchent des navires pour les chargeurs qui ont des marchandises à expédier par mer, ou du *fret* pour les capitaines; — 2° *Constatation officielle* des cours d'affrètement, ou des prix moyens des transports; — 3° Ils font des démarches pour les capitaines ou avec les capitaines, qui ont à régler avec la douane ou l'octroi, à faire viser leurs papiers, à s'adresser à diverses autorités dans des villes que souvent ils ne connaissent pas; — 4° Ils traduisent les pièces écrites, ou servent d'interprètes oraux aux capitaines; — 5° Ils vendent les navires et les débris de navires (L. 28 mai 1858, et Décr. 30 mai 1863).

Leur monopole sur tous ces points n'empêche pas que ces démarches et les contrats d'affrètement soient faits par le capitaine s'il en est capable, ou même par le propriétaire du navire ou l'armateur ou le chargeur à la place du capitaine; car alors on n'ajoute pas un intermédiaire, on en supprime au contraire un, puisque le capitaine n'est que le mandataire du propriétaire ou de l'armateur ou du chargeur.

Ils ne peuvent refuser leur ministère pour le motif qu'on ne leur confierait pas toutes les démarches à faire.

L'ordonnance de 1681 (L. I, tit. 7, art. 11) leur défendait de se rendre à bord d'un navire encore en marche, pour éviter trop d'empressement à solliciter le capitaine, ce qui manque de dignité, et ce qui pourrait faire arriver des accidents dans les ma-

nœuvres difficiles de l'entrée du navire au port. Il a été jugé que l'ordonnance est encore en vigueur sur ce point ; en effet, cette question rentre dans la police des ports, quoiqu'elle ne fût pas traitée sous cette rubrique, qui est celle du livre 4, et l'ordonnance est toujours la base de notre droit sur cette matière.

IV. — Courtiers de transports.

597. L'art. 82 défend de cumuler ces fonctions avec celles des autres courtiers. Cette prohibition n'a jamais été expliquée. Du reste, en fait, il n'existe pas de courtiers de transports : les commissionnaires les remplacent.

CHAPITRE II.

DES BOURSES D'EFFETS PUBLICS ET DES AGENTS DE CHANGE.

598. La tenue des bourses d'effets publics est bien différente de celle des bourses de marchandises. — Comme public, il y a très peu de commerçants proprement dits ; il y a seulement les représentants des maisons de haute banque qui trafiquent sur les effets publics. La masse du public est composée de spéculateurs appartenant à toutes les professions et souvent sans autre profession que celle de spéculateurs. Les *agents de change*, au nombre de soixante, se tiennent en vue du public dans le *parquet*, un peu élevé au-dessus du sol général de la bourse, entouré d'une balustrade, où ils ont seuls entrée (Arr. 27 prair. an X, art. 23). Au milieu du parquet est la *corbeille*, espace circulaire, entouré d'une balustrade absolument fermée, et qui reste toujours vide ; les agents de change forment le cercle autour de la corbeille, de façon à se voir et à s'interpeller facilement. C'est là que se font toutes les négociations : l'opération est immédiatement inscrite par les agents de change sur leurs carnets (arrêté 27 prairial an X, art. 24), et ils donnent le cours à un crieur qui l'annonce sur-le-champ au public (même art.).

Les particuliers acheteurs ou vendeurs n'interviennent nullement ; ils ne sont pas connus du public ; l'agent de change leur doit même le secret absolu (arr. 27 prairial an X, art. 6)

(v. n. 658). Le plus souvent, ils ont donné leurs ordres aux agents de change, par lettre ou oralement, avant la bourse. Pendant la bourse, les clients communiquent avec leurs agents au moyen de petits papiers qui leur sont transmis par leurs associés ou leurs commis, qui circulent pour recueillir des ordres dans l'enceinte de la bourse. — Il y a, en outre, des *courtiers d'agents de change* ou *remisiers*, qui, sans attache particulière à aucun agent, recherchent des ordres et les apportent aux agents, moyennant une certaine remise ou droit de commission.

Enfin, il y a encore à la bourse les *coulissiers*, qui se tiennent dans un endroit resserré entre le parquet et les murs de la bourse, et qu'on appelle la *coulisse*. On y fait les mêmes opérations qu'au parquet, et aussi les opérations qui reviendraient aux agents de change et que ceux-ci dédaignent. Le nom de coulissier désigne à la fois ceux qui dans la coulisse font l'office d'intermédiaires en empiétant ainsi sur le monopole des agents de change ; et ceux qui les emploient. D'ailleurs, ils opèrent même en dehors de la bourse aux heures où elle est fermée. Ils violent ainsi plusieurs textes de loi. En effet, l'arrêté du 27 prairial an X, défend de se réunir en dehors de la bourse (art. 3) ; il défend aux agents de change eux-mêmes de négocier les effets publics ailleurs qu'au parquet de la bourse (même art. 3) ; enfin il défend à toute personne de négocier les effets publics par l'entremise d'autres que les agents de change.

899. La fermeture de la bourse est annoncée par une cloche à trois heures. Toutes les opérations cessent instantanément. Les agents de change se réunissent alors dans leur *cabinet*, sous la présidence du *syndic*, pour rédiger le bulletin officiel des cours, en les relevant sur leurs carnets. Sur ce bulletin sont mentionnés tous les cours successifs au comptant ; pour les marchés à terme, on ne mentionne que le premier et dernier, le plus haut et le plus bas. Le bulletin indique encore le cours du change et le cours des matières métalliques.

Deux sections : — 1° opérations qui se font à la Bourse ; — 2° office des agents de change.

SECTION PREMIÈRE.

OPÉRATIONS QUI SE FONT A LA BOURSE.

Nous étudierons dans quatre paragraphes : — 1° Les valeurs qui s'y négocient ; — 2° Les opérations dont ces valeurs peuvent faire l'objet ; — 3° La formation et l'exécution des marchés ; — 4° La question de la validité des marchés à terme.

§ Ier

Valeurs qui se négocient à la Bourse.

600. Ces valeurs sont appelées des *effets publics* : un grand nombre d'entre elles, étant émises par des Etats ou par des villes, ont bien un caractère public ; d'autres sont émises par de grandes compagnies financières et ne présentent plus ce caractère public. Lorsque ces sociétés étaient soumises à l'autorisation du gouvernement, on pouvait dire que leurs titres avaient une certaine attache à l'Etat ; actuellement, elles n'ont plus ce caractère. On peut dire que toutes les valeurs des sociétés ne sont pas cotées à la Bourse ; mais seulement celles qui ont une certaine importance par elles-mêmes ou par la spéculation dont elles sont l'objet, en même temps qu'une valeur sérieuse ; l'*admission à la cote* est faite par le *syndicat des agents de change* ; cela donne à ces valeurs un certain caractère officiel. On les appelle quelquefois *effets semi-publics*. — Autrefois il était défendu de coter les *effets étrangers* (arr. du conseil du 7 août 1785). Cela a été autorisé par la L. 12 nov. 1823.

Toutes les valeurs comprises sous le nom d'effets publics sont des formes diverses de **crédit à long terme** ; elles sont fournies en échange de fonds dont l'exigibilité est plus ou moins retardée, et, pour plusieurs (les rentes), indéfiniment reculée. Comme élément de crédit, elles rentrent dans la matière du commerce de l'argent ou de signes représentatifs, dont nous parlerons à propos du titre 8° ; elles seront donc pour nous la

transition entre le commerce des marchandises et le commerce de l'argent.

Nous les diviserons d'abord quant au fond, et ensuite quant à la forme.

I. — **Division quant au fond.**

Quant au fond, les effets publics rentrent dans trois grandes catégories : — 1° Rentes d'Etat, françaises ou étrangères; — 2° Actions des grandes compagnies; — 3° Obligations des villes, du trésor français ou d'Etats étrangers.

1. — **Rentes d'Etat** (nous ne parlerons que des rentes françaises).

601. Les rentes sur l'Etat sont caractérisées, comme les rentes sur particuliers, parce que le capital n'est jamais exigible; le crédi-rentier n'a droit qu'à des arrérages; l'Etat a seulement *la faculté* de rembourser le capital.

C'est ce qu'on formule en distinguant la *dette flottante* et la *dette consolidée* de l'Etat. La dette flottante est la dette qui est exigible, soit actuellement, soit à un terme plus ou moins court; elle est représentée notamment par les bons du Trésor produisant des intérêts variables suivant le terme du remboursement, et par le compte de l'Etat à la Banque de France. La dette *consolidée*, appelée aussi *dette perpétuelle*, *dette inscrite*, est celle qui a cessé d'être exigible parce qu'elle est convertie en rentes.

La rente est en 3 %, 4, et 4 1/2. Cela ne veut pas dire que l'on paie sur le marché 100 fr. pour avoir 3 fr. ou 4 fr. de rentes, ni même que l'Etat ait touché 100 fr. en promettant 3 fr. ou 4 fr. de rente. Cela n'indique pas du tout un taux de vente ou un taux d'émission, mais un *taux de remboursement*; c'est-à-dire que l'Etat, s'il veut racheter les rentes, sera obligé de donner 100 fr. pour se libérer, dans un cas de 3 fr. de rente, dans l'autre cas de 4 fr. On voit que le 5 %, p. ex., est plus avantageux à l'Etat que le 3 %, puisque, pour se libérer d'une somme donnée de rentes, il devra, dans le premier cas, donner autant de fois 100 fr. que cette somme contient le nombre 5, tandis que dans le second cas, il devra donner autant de fois 100 fr. qu'elle contient le nombre 3. Réciproquement, le 3 % est, pour la

même raison, plus avantageux au public que le 5 %; aussi est-il, toutes choses égales d'ailleurs, coté plus haut.

Pour les émissions ou les négociations, elles se font de façon que l'argent versé produise toujours environ 5 % d'intérêt, plus ou moins suivant le crédit de l'Etat et l'abondance des capitaux. Elles oscillent autour du *pair*. Le *pair* est un taux calculé de façon que l'argent versé produise 5 % : ce sera pour le 3 %, 60 fr.; pour le 4 %, 80 fr.; pour le 4 1/2, 90 fr., pour le 5, 100 fr. — De la sorte, si l'Etat émet du 5 % au pair, il recevra 100 en promettant de rembourser 100, il ne perdra rien à l'opération; si, au contraire, il émet du 3 % au pair, il recevra 60 fr., en promettant de rembourser 100, il fera une mauvaise affaire.

Le 4 % est exceptionnel maintenant à raison de la conversion offerte aux rentiers par l'Empire, pour unifier la dette en 3 %. — Le 5 % provenait des derniers emprunts de 1871 et 1872, qui ont été très sagement faits en cette valeur. La conversion opérée en vertu de la L. 27 avril 1883 [1] a réduit ces rentes au 4 1/2, qui est devenu avec le 3 % le type le plus répandu.

602. Les *arrérages* des rentes sont payés par semestres ou par trimestres, sur la présentation d'un coupon pour les titres au porteur, et pour les titres nominatifs moyennant l'apposition d'une estampille au dos du titre lors de chaque paiement. L'Etat donne pour les derniers emprunts des *titres mixtes*, qui sont nominatifs, mais présentent des coupons détachables pour le paiement des arrérages. — Ceux-ci sont payables à des dates diverses pour les différentes émissions. Le coupon est détaché quinze jours avant le moment où l'on doit toucher. On indique cette époque au bulletin des cours, en mettant : *jouissance 22 du mars*; *jouissance du 16 février*, etc. — Naturellement tous les fonds tendent à monter, à mesure que l'on approche de l'échéance du coupon, puisque l'acheteur profite des intérêts accumulés depuis

1. Pour faire la conversion, l'Etat offre aux rentiers qui ne veulent pas se contenter dorénavant de 4 1/2 %, de rembourser la rente 5 % à 100 fr., comme c'est son droit. Sans doute, il ne serait pas en mesure de rembourser tout ce qu'il a emprunté en 5 %; mais comme le 4 1/2 % est au-dessus du pair, par exemple à 110, il est sûr que fort peu de rentiers demanderont leur remboursement à 100, quand ils peuvent vendre leur titre à 110 sur le marché.

la dernière échéance, et ils tendent à redescendre brusquement après le détachement du coupon.

602 *bis*. La L. 12 juin 1878 a autorisé la création d'un nouveau type de rentes, *le* 3 % *amortissable*. Ce sont des titres dont le remboursement doit avoir lieu par voie de tirage au sort en 75 ans. Le mode de remboursement est réglé par le décr. 16 juill. 1878. Les titres émis sont nominatifs ou au porteur, au choix de leurs propriétaires. — Ces titres sont qualifiés de rentes par la loi et le décret, ainsi que par l'usage. Cette qualification est impropre; car le remboursement n'est pas facultatif pour l'Etat débiteur; ce sont des obligations exigibles quoique à un terme éloigné, et dont l'échéance est aléatoire pour chaque titre.

603. Les rentes sur l'Etat sont déclarées **insaisissables** (lois du 8 niv. an VI, et du 22 flor. an VII, et L. 12 juin 1878, a. 3, 2e al., pour l'*amortissable*), ce qui veut dire qu'on ne peut pas faire saisie-arrêt ou opposition entre les mains des comptables du Trésor pour s'opposer au paiement des arrérages. Le but de ces dispositions est de simplifier les comptes du Trésor, et de permettre de payer partout les arrérages à bureau ouvert, ce qui ne serait pas possible si l'Etat devait tenir compte des oppositions; le tout dans l'intérêt du crédit de l'Etat. — Cette insaisissabilité peut causer un grand dommage aux créanciers en soustrayant à leur gage une partie de la fortune de leur débiteur. On peut échapper à cet inconvénient dans certaines situations spéciales, notamment dans le cas de faillite qui nous intéresse spécialement et dont nous parlerons en son lieu et place (v. n. 907 et 1076); il en serait de même en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, car, faute par l'héritier de vendre de bon gré les rentes de la succession, on le ferait déclarer héritier pur et simple. — La vente forcée n'est pas admise, même de la part d'un créancier gagiste.

2° — Actions.

604. Ce sont les actions émises par de grandes sociétés; les principales sont celles des *sociétés de crédit*, et des *compagnies de chemin de fer* (v. n. 220 et suiv.).

Presque toutes les actions sont d'une valeur uniforme de

500 fr. Souvent tout le capital n'est pas versé; alors sur la cote à côté du nom de l'action, on met : 125 versés ou 250 versés, etc. Mais un point important à noter c'est que le taux est toujours indiqué comme si tout était versé; il faut déduire ce qui est à verser pour savoir le taux véritable; soit une action de 500 fr., 125 versés, cotée à 545 fr.; elle se paie en réalité 170 fr., c'est-à-dire les 45 fr. de plus value que représente le taux actuel, et qu'on appelle la *prime*, et les 125 versés qui dans la cote comptent pour 500.

3° — Obligations.

605. Elles présentent deux types principaux :

1° *Obligations à tant pour cent avec lots.* Ce sont surtout les obligations des villes qui affectent cette forme; cependant le Crédit foncier en a émis aussi dans ces conditions.

2° *Obligations de* 500 *fr.* (ordinairement), c'est-à-dire remboursables à 500 fr., produisant 15 fr. d'intérêt, et émises aux environs de 300 fr., de façon à ce que l'argent versé rapporte 5 °/°. — Le remboursement se fait au moyen de tirages annuels dans un certain délai variant de soixante à quatre-vingts ans. Le public est attiré par l'espoir d'être remboursé promptement et de gagner ainsi les 200 fr. de différence entre 300 fr. et 500 fr. qu'on appelle *la prime de remboursement.*

II. — **Division quant à la forme.**

606. Ces valeurs sont *nominatives, à ordre* ou *au porteur.*

Un principe important est la liberté assurée au public de convertir ses titres nominatifs en titres au porteur ou réciproquement, lorsque tous deux existent pour la même valeur (L. 23 juin 1857, art. 8). En général, les deux formes existent; il y a exception pour les actions de la Banque de France qui sont toujours nominatives.

607. **Avantages respectifs des titres nominatifs et des titres au porteur :**

1° *Pour la cession ou l'engagement,* nous avons vu que pour les titres nominatifs il faut un transfert, tandis que pour les titres au porteur il suffit de la tradition. Pour les titres à ordre l'endossement offre presque autant de commodité que la tradition pour les titres au porteur.

2° *Pour la spéculation* : elle ne se fait que sur les titres au porteur, à cause de la lenteur du transfert pour les autres. Aussi quand la loi a voulu empêcher la spéculation à certains moments sur certains titres, elle a prohibé les titres au porteur (L. 1867, art. 3).

3° *Pour l'impôt de transmission*, qui est payé simplement à chaque transmission pour les titres nominatifs, et transformé en abonnement annuel pour les titres au porteur (v. n. 611). Nous verrons que les titres à ordre sont assimilés en cela aux titres au porteur.

4° *Dans le cas de perte*, on peut très facilement obtenir de la société un autre titre si le titre perdu était nominatif, car le droit de propriété est constaté par les registres de la société. Il faut seulement avoir la précaution de faire opposition au paiement des coupons, car ceux-ci se paient au porteur, même quand le titre est nominatif. Pour les titres au porteur, la perte soulève beaucoup de difficultés, comme on va le voir. — Quant aux titres à ordre, on a la ressource indiquée aux art. 149 et suiv., C. com. (v. n. 806 et suiv.).

Il résulte de ces observations qu'un titre nominatif est préférable si l'on veut le garder, parce qu'on évite des risques de perte et qu'on ne paie pas l'impôt de transmission tant qu'on le garde. Au contraire, un titre au porteur doit être préféré s'il est destiné à circuler beaucoup, parce que, moyennant un faible abonnement annuel, on est dispensé de rien payer au moment des transmissions.

Nous traiterons dans trois subdivisions : — 1° de la transmission de ces titres; — 2° des impôts; — 3° du cas de détournement des titres au porteur.

1° — Transmission.

608. Nous avons déjà parlé de la transmission des actions suivant leur forme aux nos 236, 237; et de leur engagement aux nos 491, 492. Ce que nous avons dit s'applique aussi aux autres titres, rentes et obligations. Il nous suffira ici de reprendre les principes à un point de vue un peu plus général.

La *transmission* et l'*engagement* de ces titres sont parfaitement valables *inter partes* par le seul consentement des parties (C.

civ., art. 1137, auquel aucun texte n'a dérogé). Les formalités du transfert, de l'endossement ou de la tradition, qu'il sera cependant plus naturel d'employer même *inter partes*, ne sont en principe *nécessaires* qu'à l'égard des tiers.

Pour les rentes sur l'Etat le transfert, même après cession directe entre les parties, ou après une transmission légale, exige toujours le concours d'un agent de change pour certifier l'identité des parties (arrêté 27 prairial an X, art. 15 et 16).

Pour les titres au porteur, il faut appliquer purement et simplement les règles sur la *tradition des meubles*. Quant à la transmission, elle est valable *erga omnes* par le seul consentement (C. civ., art. 1137, *nec obstat* 1141) (v. n. 460), sauf le droit d'un nouvel acquéreur mis en possession et de bonne foi (art. 1141 et et 2270, C. civ.). Quant à l'engagement il n'est jamais valable à l'égard des tiers que par la tradition faite au créancier gagiste (C. civ., art. 2075, et C. com., art. 94).

Pour les titres à ordre, v. n. 740 et suiv.

2° — Impôts.

609. Trois impôts frappent les valeurs de bourse, à l'exception des rentes, qui dans l'intérêt du crédit de l'Etat, ne sont jamais imposées.

1° *Timbre*. Ces effets doivent être timbrés et paient à ce moment 1 °/₀ du capital nominal ; 50 c. °/₀, si leur durée n'excède pas dix ans (L. 5 juin 1850, a. 14 et suiv.). Mais ce droit peut être converti en un abonnement annuel fixe de 5 c. °/₀, ce qui, avec les décimes, fait 6 c. (L. 1850, a. 22, 31). — Cet impôt portant sur le capital nominal n'augmente pas lors même que la valeur fait prime, valût-elle 1000 fr. au lieu de 500 fr.; mais il ne diminue pas, si elle est au-dessous du pair, et ne donne même aucun revenu. Mais il n'est pas dû sur les actions quand la société ne distribue pas de dividendes (L. 1850, a. 24).

610. 2° *Droit de transmission*. Ce droit est appliqué purement et simplement aux *titres nominatifs* ; il se paie au moment du transfert. Après plusieurs variations, il est fixé actuellement (L. 20 juin 1872, art. 3) à 50 c. °/₀, décimes compris, non de la valeur nominale, mais du prix de la négociation; c'est-à-dire qu'il varie suivant que la valeur est cotée haut ou

bas. — De plus, depuis la loi du 30 mars 1872, encore en vigueur sur ce point, il est perçu seulement sur la valeur négociée, *déduction faite des sommes non versées* pour les titres non libérés. Ceci est de toute justice, car les sommes non versées ne représentent aucun droit; il n'y a donc rien de transmis quant à elles. Ainsi, un titre de 500 fr., 125 versés, coté 545 fr., ne paiera que sur 170 fr.

Il n'est pas payé pour les transferts de garantie, ni les transferts d'ordre, qui ne représentent pas une transmission réelle de la propriété.

Le même impôt est dû pour la conversion des titres au porteur en titres nominatifs ou réciproquement. Il est calculé (puisqu'il n'y a pas de prix payé dans cette opération) sur le cours moyen du jour.

611. *Pour les titres au porteur*, comme on ne peut saisir les transmissions faites de la main à la main, ce droit est transformé en un abonnement annuel, et retenu sur le dividende ou l'intérêt que paient les compagnies. Il est actuellement (L. 29 juin 1872, art. 3) de 20 c. %, décimes compris, du *cours moyen* de l'année précédente. Ce cours moyen se calcule aussi sur la valeur négociée *déduction faite des sommes non versées* (L. 30 mars 1872).

Pour les *titres à ordre*, il n'y a pas de texte formel, mais ils doivent être assimilés aux titres au porteur; car la L. de 1857, qui a établi ces impôts vise en même temps les *titres au porteur*, et « *ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert* »; les titres à ordre rentrent évidemment dans cette dernière catégorie, et le motif est le même; on ne peut saisir les transmissions pour les frapper de l'impôt; il faut donc transformer le droit en abonnement; les lois de 1871 et de 1872 en parlant des droits sur les titres au porteur de toute nature établis par la loi de 1857 ont certainement voulu comprendre dans leurs dispositions tout ce que comprenait la disposition visée de la loi de 1857.

612. 3° *Impôt sur le revenu*. Il est fixé à 3 % du revenu annuel (non plus du capital), et avancé par la compagnie (L. 29 juin 1872, art. 3). Son assiette est indiquée dans l'article 1, et la base du calcul dans l'art. 2 de la même loi.

3° — Détournement des titres au porteur.

613. Sous ce mot *détournement*, nous comprenons la perte, le vol et l'abus de confiance.

Ces faits sont prévus par la **L. 15 juin 1872.**

Le propriétaire a trois intérêts à protéger, auxquels répondent trois ordres de formalités : — 1° toucher ses revenus, ou même le remboursement de son titre, s'il y a lieu; — 2° sauvegarder sa propriété : empêcher les transmissions du titre, qui pourraient en faire perdre la trace et le faire passer entre les mains d'un possesseur de bonne foi pouvant invoquer l'art. 2279, C. civ.; — 3° obtenir un titre nouveau, pour pouvoir le négocier s'il en a besoin.

614. **1er intérêt.** — *Toucher les sommes payables sur son titre.*

Il y a *trois formalités* à remplir : — 1° Faire entre les mains de la compagnie une signification valant opposition (v. les détails dans l'art. 2). — 2° Obtenir l'autorisation de toucher, par ordonnance du président du tribunal civil, cette autorisation ne pouvant être donnée qu'un an après la signification, et lorsqu'il y a eu depuis la même époque deux répartitions au moins de dividendes ou d'intérêts (voir aussi l'art. 7). — 3° Donner caution (art. 4 et 5) pour les annuités échues et pour les sommes qui peuvent être mises en distribution pendant les deux années qui vont suivre (art. 6, 1er al.). La caution peut être remplacée par un nantissement (art. 6, 2e al.), ou par le dépôt à la Caisse des dépôts et consignations des sommes à toucher (art. 4 et 5). — Ces garanties ne persistent que pendant deux ans à partir de l'autorisation du président, pour les annuités; — et, pour le capital, s'il vient à remboursement, pendant dix ans à partir de son exigibilité, et cinq ans à partir de l'autorisation du président, ce qui suppose que celle-ci a été donnée après les cinq premières années de l'exigibilité.

615. *Effets de l'accomplissement de ces formalités.* — L'opposant a le droit de toucher les intérêts et dividendes échus lors de l'autorisation ou échéant depuis, et même le capital de son titre s'il devient exigible. — Et ce paiement est immédiatement libératoire pour la compagnie (art. 9). Si au contraire la compagnie payait au porteur, elle ne serait pas libérée (C. civ., art. 1242).

Dès lors, le porteur du titre, s'il se prétend légitime propriétaire, n'a plus, pour ces arrérages ou ce capital payé, que le droit de poursuivre l'opposant, et la caution ou le gage dans le délai de deux ans (même art. 9). — L'art. 10 organise une procédure pour mettre en présence le porteur et l'opposant.

Si ce sont des coupons, détachés du titre, qui ont été volés ou perdus, on peut les toucher trois ans après l'opposition, si celle-ci n'a pas été contredite, et l'on n'a pas d'autorisation à obtenir, ni de caution à donner (L. 1872, a. 8).

616. **2° Intérêt** de l'opposant. — *Sauvegarder sa propriété.*

La *formalité* à remplir est une *opposition* au syndicat des agents de change de Paris, avec réquisition de la publication de cette opposition (v. les détails à l'art. 11, 1er al.). Pour cette publication, on a créé un bulletin quotidien (art. 11, 2e et 3e al.).

De plus la loi impose aux agents de change l'obligation de noter sur leurs livres les numéros des titres qu'ils achètent ou qu'ils vendent (art. 13). — C'est afin que l'on puisse retrouver la trace des titres.

617. *Effets de l'accomplissement de cette formalité.* C'est *l'intransmissibilité du titre*, dans chaque localité à partir du moment où le bulletin y est arrivé, « *ou aurait pu y parvenir* », ajoute la loi; c'est-à-dire aurait pu parvenir si l'on y avait été abonné. A partir de ce moment, elle prohibe toute négociation; non seulement à Paris, mais encore en province; non seulement à la Bourse, mais encore à l'amiable.

Au contraire, avant le délai de l'art. 12, le titre n'était pas intransmissible, et l'art. 14 laisse les négociations dont il peut avoir été l'objet sous l'empire du droit commun, notamment des art. 2279 et 2280, C. civ. (v. ces articles).

618. Sur l'application de ces règles aux changeurs, v. notre *Cours*.

619. *Droits du tiers porteur* : — 1° *Contester l'opposition* (art. 12, 1er al. *in fine*) : soit comme « *irrégulière en la forme* », on retombe alors dans le cas de l'art. 14 (v. n. 617); soit comme « *faite sans droit* », c'est la question de fond, de propriété du titre; l'opposant devra alors prouver, par les modes ordinaires, qu'il était propriétaire du titre, et le tiers porteur pourra se défen-

dre en prouvant qu'il a acquis ou que son auteur a acquis avant la publication de l'opposition, pour invoquer l'art. 14 de la loi et les art. 2270 et 2280, C. civ. — 2° *Recourir contre son vendeur* (art. 12, 1er al.) par l'action en garantie de droit commun (C. civ., art. 1599, 1626, et suiv.). — 3° *Recourir contre son agent de change* (art. 12, 2e al.), mais seulement lorsque celui-ci est en faute, c'est-à-dire si, avant l'achat, la publication avait eu lieu dans le bulletin (auquel il doit être abonné), ou s'il avait reçu personnellement signification de l'opposition.

620. 3° **Intérêt** de l'opposant: *Obtenir un titre nouveau*, pour pouvoir négocier son titre, s'il a besoin de ses fonds.

Il pourra en obtenir un de la compagnie, mais seulement dix ans après l'autorisation du président du tribunal, et si personne ne s'est présenté dans l'intervalle pour toucher les annuités; le temps pendant lequel l'établissement n'a pas mis de dividendes en distribution ne sera pas compté dans le délai de dix ans (art. 16). De plus, l'opposant doit garantir, par un dépôt ou par une caution, que le numéro du titre frappé de déchéance, sera publié pendant dix ans avec une mention spéciale au bulletin quotidien.

Le titre nouveau porte le même numéro que l'ancien, avec la mention qu'il est délivré en duplicata ; il confère les mêmes droits que l'ancien ; — et le titre primitif est frappé de déchéance (art. 15).

621. *Droits du tiers porteur*. Il n'a plus qu'une action personnelle contre l'opposant qui aurait fait opposition sans droit (a. 15, 4e al.); c'est-à-dire la revendication du titre donné en duplicata.

622. L'art. 16 de la loi exclut de son application les *billets de banque*; mais cela n'était pas nécessaire : quoiqu'ils soient au porteur, ce ne sont pas proprement des *titres au porteur* ; ils en diffèrent essentiellement parce qu'ils sont immédiatement exigibles. — Il exclut aussi les *rentes sur l'Etat* ; c'est qu'elles sont insaisissables (v. n. 603). Si des titres de rentes au porteur sont perdus, le Trésor ne délivre de duplicata que moyennant un cautionnement d'égale valeur. La L. de 1872, a. 16, 2e al., crée encore une certaine faveur; elle autorise la restitution du cau-

tionnement après 20 ans seulement, au lieu de 30 ans, et déclare alors l'Etat libéré envers les tiers.

Elle n'est pas applicable aux valeurs étrangères ; l'opposition n'empêcherait pas même leur négociation en France. L'opposition est néanmoins utile pour engager la responsabilité des agents de change.

§ 2

Opérations sur les effets publics.

Elles se divisent en opérations au comptant et opérations à terme.

I. — Opérations au comptant.

623. Dans ces marchés, tout doit s'exécuter immédiatement, livraison du titre et paiement du prix. C'est le contrat pur et simple du droit civil, celui qui n'est ni à terme ni conditionnel.

Ces opérations ont souvent pour cause un placement sérieux ou définitif. Alors l'opération n'a rien de commercial. — On dit qu'une valeur est *classée* quand la masse principale des titres qui la représentent est entre les mains de capitalistes qui entendent les garder, et non de spéculateurs qui ont l'intention de les revendre.

Les opérations au comptant peuvent avoir aussi pour objet une *spéculation* : ce sera un achat pour revendre avec l'espoir de revendre plus cher que l'on n'a acheté. Alors l'opération est commerciale (C. com. art. 632) (cf. n. 46). — Ou bien ce sera une vente pour racheter immédiatement ou un peu plus tard une autre espèce de titres, c'est ce qu'on nomme un *arbitrage* à la Bourse.

II. — Opérations à terme.

624. Elles sont l'analogue des ventes à livrer dont nous avons parlé pour les marchandises (v. n. 462). — Ainsi l'on achète le 2 mars des titres livrables et payables seulement le 31 ; et le prix est immédiatement fixé au jour de la vente. Ces opérations peuvent *quelquefois* constituer des opérations définitives : on peut placer d'avance de l'argent qu'on doit recevoir, ou vendre des titres qui ne sont pas actuellement disponibles.

Presque toujours les marchés à terme ont pour objet une spé-

culation. Cela peut être une spéculation sérieuse ; ainsi une maison de banque peut acheter à terme pour s'assurer, à un taux favorable, des titres dont elle a besoin pour satisfaire les demandes probables de sa clientèle au terme choisi ; elle peut aussi vendre à terme pour assurer l'écoulement des titres qu'elle prévoit avoir à vendre.

625. Mais le plus souvent ces marchés déguiseront de véritables **jeux** ; ils permettront de spéculer sans capitaux ou sans titres. Dans les marchés au comptant, si je veux acheter une valeur dans l'espoir de la revendre plus cher, je suis obligé d'avancer tout le prix de cette valeur pour le recouvrer seulement lorsque je revendrai. Par le marché à terme, j'évite cette nécessité : j'achète aujourd'hui au cours du jour, mais je ne devrai payer qu'en prenant livraison au terme ; or, j'ai l'intention de revendre à ce terme; aussi, le jour du terme, vendant ces valeurs j'en recevrai le prix avec lequel je paierai mon achat; je n'aurai qu'à garder ou à fournir la différence des deux prix. Et réciproquement en cas de vente à terme.

626. Les marchés à terme ont été l'objet d'une réglementation spéciale par le syndicat des agents de change (cf. n. 600).

1° Le terme ne peut pas excéder *deux mois*.

2° Le choix du terme n'est pas libre (même dans la limite des deux mois) ; il est nécessairement placé à la fin du mois actuel ou du mois prochain ; *fin courant* ou *fin prochain*. Pour certaines valeurs seulement, il y a une liquidation de quinzaine, qui a lieu le 16 du mois.

3° La quantité à négocier n'est pas libre ; on n'admet que de grosses masses, déterminées d'avance ; c'est, par exemple, 1,500 fr. de rente 3 °/₀, 2, 000 fr. de 4 °/₀ ; 2, 250, de 4 1/2°/₀ ; 2, 500 de 5 °/₀ ; ou 25 actions des compagnies, etc. ; ou bien des multiples de ces sommes.

4° Certaines valeurs seulement sont admises à la cote à terme : ce sont les valeurs de spéculation, dont les cours sont soumis à des variations notables et fréquentes. Ainsi l'on n'y admet pas les obligations, qui donnent un revenu fixe et dont le cours ne peut varier beaucoup ; ni les actions de jouissance ; ni les actions, même de capital, des petites compagnies.

627. *Remarque générale.* Il y a souvent différence entre le cours au comptant et à terme : — si le terme est plus cher on dit qu'il y a *report* ; — s'ils sont tous deux au même prix, on dit que le report est au pair ; — si le terme est au-dessous du comptant, il y a *déport*. — Normalement il doit y avoir report, parce que le titre marchant vers le détachement du coupon, les intérêts s'accumulent jusqu'au terme; le titre vaut donc intrinsèquement plus à terme qu'au comptant. Le déport ne peut résulter que de circonstances extrinsèques, comme de beaucoup d'achats au comptant nécessités par certaines manœuvres de bourse, ou des circonstances politiques.

628. **Diverses espèces de marchés à terme :** — Il y a : 1° les *marchés fermes*, appelés souvent simplement marchés à terme ; ce sont les marchés à terme ordinaires ; — 2° les *marchés à prime* ou *marchés libres*, présentant un dédit pour l'acheteur; — 3° les *marchés-reports*, combinant le marché à terme et le marché au comptant.

1° Marchés fermes.

629. Les deux parties sont liées d'une manière absolue et aucune d'elles ne peut se délier du contrat.

Tout acheteur spécule à la hausse, car il espère qu'au moment où le marché s'exécutera le titre vaudra plus qu'il ne l'a payé; tout vendeur spécule à la baisse, car il espère qu'au moment où le marché s'exécutera le titre vaudra moins que le prix qu'il recevra.

630. En faveur de qui est le terme? — Dans la pratique, il est toujours présumé en faveur de l'acheteur (Régl. des ag. de ch., tit. 5, sect. 3, art. 5 *in fine*). L'acheteur peut donc exiger la livraison avant le terme en payant le prix immédiatement : c'est ce qu'on appelle *escompter* son marché.

2° Marchés libres ou à prime.

631. En France, ils sont libres seulement pour l'acheteur.

L'acheteur paie, au moment du marché, une faible portion du prix appelée *prime;* et il pourra toujours se libérer du marché en abandonnant sa prime. C'est, en définitive, une vente avec arrhes (cf. C. civ., art. 1590), mais seulement en faveur de l'acheteur, le marché étant ferme pour le vendeur. — Voici com-

ment on exprime cette convention à la Bourse et sur la cote des valeurs; on dit qu'on achète de la rente 4 1/2 à 100 50 *dont* 25 *c.*, ou *dont* 1 *fr.*, etc., c'est-à-dire que sur les 100 fr. 50 c. on paie immédiatement 25 c. ou 1 fr., qui seront un acompte à déduire plus tard sur le prix si le marché est maintenu, mais que l'acheteur pourra abandonner pour être absolument délié de son marché.

Cette position est très avantageuse pour l'acheteur, puisqu'il a la chance de gagner indéfiniment, si la valeur monte; tandis qu'en cas de baisse, il ne peut pas perdre plus que sa prime. Mais cet avantage est compensé par un prix d'achat plus élevé à un même moment et pour un même terme. Cette différence entre le marché ferme et le marché à prime s'appelle l'*écart des primes*. Cet écart sera d'autant plus grand qu'il y aura plus de chances de variations des cours.

632. Au dernier jour du mois, à deux heures, a lieu la *réponse des primes*. On suspend un moment les marchés pour établir, d'après le taux des opérations faites jusqu'alors, un *cours de compensation* auquel devra se faire la liquidation. — Alors les acheteurs interpellés déclarent, par l'organe de leurs agents de change, s'ils *lèvent les titres*, c'est-à-dire demandent l'exécution du contrat, ou s'ils *abandonnent la prime*, c'est-à-dire en demandent la résolution.

633. La prime pourrait être exceptionnellement stipulée en faveur du vendeur; on l'appelle alors *prime pour recevoir*, et on l'indique dans le marché ou à la cote en mettant : *dont* 1 *fr. pour recevoir*; *dont* 25 *c. pour recevoir*. Mais cette prime n'est pas en usage chez nous, si ce n'est parmi les coulissiers; elle est toujours beaucoup plus rare que la prime en faveur de l'acheteur.

3° **Marchés-reports.**

634. Ces marchés combinent les opérations au comptant et les opérations à terme. Une même personne, par le même contrat, achète au comptant et revend à terme, ou vend au comptant et rachète à terme. — Voici l'avantage qu'on peut trouver à cette opération : Supposons qu'il y a *report*, c'est-à-dire que le 4 1/2 0/0, par exemple, valant 100 fr. au comptant, vaut 100 50

à terme; un capitaliste peut aujourd'hui acheter au comptant à 100 fr., en payant tout de suite, et revendre fin du mois à 100 50; à la fin du mois il rentrera dans son argent, augmenté de 50 c. pour chaque 4 fr. 50 de rentes sur lesquels il aura opéré. Et inversement en cas de *déport*.

635. Mais comment peut-il se faire que le capitaliste trouve une partie qui veuille traiter avec lui dans ces conditions onéreuses? Supposons un acheteur à terme. Arrivé au terme, il peut liquider son opération en revendant les titres achetés, et en encaissant ou déboursant les différences. Tout sera fini alors. — Mais (quel que soit le résultat favorable ou défavorable de cette première opération), s'il continue à croire à la hausse, il désirera *reporter* son opération à la fin du mois suivant, pour poursuivre les mêmes chances. Pour cela, tout en vendant au comptant pour solder sa première opération, il pourra, d'un autre côté, racheter à terme fin prochain, pour en entamer une seconde. De même le vendeur à terme, s'il continue à croire à la baisse, pourra, tout en rachetant au comptant, pour liquider sa première opération, revendre à terme pour en entamer une dans le mois prochain. Alors, les acheteurs primitifs (haussiers) voulant vendre au comptant et racheter à terme, rencontreront leur contre-partie dans les vendeurs primitifs (baissiers) qui désirent acheter au comptant et revendre à terme. Ils s'entendront naturellement ensemble et nous aurons le *marché-report* proprement dit, réunissant dans un même contrat, entre les mêmes personnes, achat et vente au comptant et à terme. S'il y a le même nombre de haussiers et de baissiers et que chacun persiste dans sa voie, ils se reporteront les uns les autres et le *report* (prix du report) sera gratuit, sera au pair.

636. S'il n'y a pas égalité entre l'offre et la demande, c'est alors qu'interviendront les capitalistes ayant en main de l'argent ou des titres, et désirant en faire un placement avantageux, à court terme, et parfaitement sûr. Aux acheteurs, ils achèteront leurs titres au comptant, et, comme il y a report, les leur revendront plus cher à terme. Cela revient pour eux à prêter leur argent sur gage de titres. Aux vendeurs, ils vendront les titres au comptant et les leur rachèteront à terme. Cela revient à

les leur prêter contre une somme qu'ils remettent en gage. Comme il y a *déport*, ils vendent au comptant plus cher qu'ils ne rachètent à terme.

Donc, en général, pour le capitaliste, placer ses fonds en reports revient à prêter ses capitaux sur nantissement à court terme (fin courant ou fin prochain), et à gros intérêts.

§ 3

Formation et exécution des marchés.

637. L'ordre de faire telle ou telle opération est donné aux agents de change avant la Bourse par lettre ou de vive voix, ou bien leur est transmis pendant la Bourse, au moyen des petits papiers par lesquels leurs associés ou commis communiquent avec eux.

L'ordre peut être donné de différentes manières qui toutes ont des avantages ou des inconvénients. On peut donner l'ordre d'acheter et de vendre à un prix fixé d'avance; ou bien *au plus haut*, *au plus bas*, *au premier*, *au dernier cours*, ou enfin *au cours moyen* du jour, ce qui est très fréquent; on prendra alors la moyenne entre le plus haut et le plus bas cours de la journée.

L'ordre est exécuté à la Bourse, c'est-à-dire que la vente est consommée entre les agents de change de la façon décrite plus haut au n° 598.

Mais comment l'opération sera-t-elle exécutée? Il faut faire plusieurs distinctions.

I. — Exécution des marchés au comptant.

638. Puisque les agents de change ne doivent pas nommer leurs clients, l'exécution doit avoir lieu, d'une part, entre les deux agents de change; d'autre part, entre chaque agent et son client.

1° Entre les agents de change.

639. *Les effets au porteur* doivent être livrés et le prix payé d'une bourse à l'autre (arrêté de l'an X, art. 13).

Si les effets sont nominatifs, par suite de la nécessité du secret, il faut faire d'abord un *transfert d'ordre* (non soumis aux droits

de mutation) du client vendeur à l'agent de change acheteur; puis un *transfert réel* (soumis aux droits de mutation) de celui-ci au client acheteur.

2° Entre chaque agent et son client.

640. Dès que l'opération est faite, l'agent de change envoie à son client un *bordereau* constatant les obligations nées de l'opération : obligation de l'agent de change de livrer l'argent ou les titres provenant de la vente; obligation du client de lui livrer les titres ou d'en payer le prix, s'il ne l'avait pas fait d'avance en donnant l'ordre. Le client, constitué créancier de l'argent ou des titres, a pour l'exécution de cette obligation un privilège de premier ordre sur le cautionnement de l'agent de change (C. civ. art. 2102, 7°; L. 25 niv. an XIII, art. 1). D'autre part, si le client mis en demeure refuse le paiement ou la livraison des titres, on l'exécute à la Bourse en revendant ou en rachetant les titres pour accomplir le premier marché; et il devient débiteur des différences.

Q. *L'agent de change aurait-il une action pour se faire payer par son client?* — 1er S. *Non* : il devait se faire garnir les mains d'avance : arrêté 27 prairial an X, art. 13; et C. comm., art. 86; s'il a manqué à son devoir, il n'a plus d'action. — 2e S. *Oui* (1) : l'arrêté de l'an X indique la sanction de son obligation de se faire garnir les mains; c'est la responsabilité de l'exécution immédiate, avec garantie sur son cautionnement; mais nulle part le législateur n'a établi cette sanction rigoureuse du refus d'action; et on ne peut la suppléer; — ce serait retourner l'art. 86 contre le but du législateur : il défend à l'agent de se rendre garant, et, parce qu'il se serait exposé à un certain risque d'être garant, on mettrait à sa charge définitivement l'exécution du contrat tout entier! — Cette action sera commerciale si le client a fait acte de commerce (v. n. 623); sinon non.

641. *A quel moment le client devient-il propriétaire des titres achetés?* — Pour les titres au porteur, s'ils ne sont pas spécifiés, il ne deviendra propriétaire que par la tradition que lui en fera son agent; s'ils sont spécifiés, il en devient propriétaire immédiatement; or ils seront spécifiés, presque toujours par l'indi-

cation des numéros dans le bordereau (L. 15 juin 1872, art. 13).

Pour les titres nominatifs, le client ne devient propriétaire à l'égard des tiers qu'au moment où le transfert est opéré en son nom.

II. — **Exécution des marchés à terme.**

642. Ils sont constatés entre les agents de change par un acte fait double; chacun d'eux signe l'un des doubles et le remet à l'autre le lendemain du marché.

Voyons comment ces obligations s'exécutent.

1° **Entre agents de change.**

643. Nous savons qu'il n'y a qu'une liquidation par mois, le terme étant toujours *fin courant* ou *fin prochain* (sauf pour les valeurs qui ont une liquidation de quinzaine); cette liquidation est centralisée au syndicat des agents de change; elle dure cinq jours. Les titres doivent être remis à l'agent comptable de la liquidation, le cinquième jour; l'argent doit être versé à la Banque, et le bulletin de ce versement doit être remis à l'agent comptable avant midi.

2° **Entre chaque agent et son client.**

644. Nous savons que l'agent n'a pas exigé d'avance la remise des titres ou de l'argent, mais seulement une couverture pour les différences probables. Au terme, le client doit lui fournir les moyens d'exécuter son marché, soit en lui envoyant les titres ou l'argent, soit en lui ordonnant de se les procurer en revendant ou en rachetant au comptant, soit en se faisant reporter. Si le client ne fournit pas ces moyens avant le cinquième jour du mois, il est exécuté à la Bourse par décision du syndic ou de son adjoint (cf. n. 640). Mais il ne doit être exécuté ainsi qu'après avoir été mis en demeure au moins par une lettre.

§ 4

Question de la validité des marchés à terme.

645-649. On a pu soutenir jusqu'en ces derniers temps que tous les marchés à terme étaient prohibés par presque tous les textes (arrêtés du conseil, lois et arrêtés) qui depuis 1724 se sont

occupés des opérations de bourse. Nous ne l'aurions pas admis. Mais il fallait suivant nous reconnaître, avec la jurisprudence qu'ils tombaient sous le coup de l'art. 1965 c. civ., quand ils étaient purement fictifs, et se ramenaient à des jeux ou à des paris. L'art. 1965 refusant toute action pour les dettes de jeu, il résultait de l'application de cet article, que les joueurs de mauvaise foi ne pouvaient être contraints à payer les différences, ni même le courtage de leur agent de change si celui ci avait connu le fait du jeu. Les rigueurs de la loi tournaient au profit des malhonnêtes gens, et encourageaient le jeu au lieu de le combattre.

Aussi la L. 28 mars 1885, a. 1er, reconnaît formellement la légalité de tous marchés à terme sur effets publics ou autres, de même que celle des marchés à livrer sur denrées et marchandises. Le 2e alinéa ajoute : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 c. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. » — L'art. 2 et l'art. 3 abrogent tous les textes qui avaient fourni des arguments contre la validité des marchés à terme, ainsi que les art. 421 et 422 du Code pénal qui punissaient formellement les paris sur la hausse et sur la baisse des effets publics. Enfin l'art. 6 supprime dans l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, l'obligation pour l'agent de change de se faire remettre d'avance par les clients les effets qu'il est chargé de vendre et les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il doit acheter ; cette obligation avait été souvent invoquée comme empêchant absolument les marchés à terme.

SECTION II.

DES AGENTS DE CHANGE.

660. L'origine des agents de change est très ancienne. On les trouve, sous Philippe le Bel, établis au Pont-au Change, faisant toutes les opérations de change et les négociations des valeurs commerciales. — Ils furent supprimés en 1791, par suite d'une réaction trop violente contre l'agiotage ; mais ils furent rétablis

par la L. 28 vendémiaire an IV, avec des précautions très sévères dans le but d'empêcher l'agiotage.

Trois paragraphes : — 1° fonctions et mode de nomination des agents de change ; — 2° obligations professionnelles ; — 3° monopole des agents de change.

§ 1er

Fonctions et mode de nomination.

651. Ils ont quatre fonctions officielles :

1° *Ils sont intermédiaires pour certaines négociations.*

Ce sont (a. 76) : 1° *les effets publics*, pour lesquels ils ont un monopole ; à Paris ils ne s'occupent que de cela ; — 2° les *lettres de change et effets de commerce* ; c'est cette fonction qui leur a valu leur nom ; mais, à Paris, ils l'abandonnent à des courtiers libres appelés *courtiers de change* ; — 3° *les achats et ventes de matières métalliques*, c'est-à-dire des monnaies d'or et d'argent et des lingots. Mais ici le Code les met en concurrence avec les courtiers de marchandises ; et, le courtage de marchandises étant devenu libre depuis 1866, il n'y a plus aucun monopole sur ce point.

2° *Constatation officielle des cours* des valeurs (a. 76). Le bulletin est rédigé, pour les effets publics, quotidiennement après la Bourse par la compagnie entière réunie sous la présidence des syndics.

3° *Certification de la signature des parties* en cas de transfert de rentes françaises avec responsabilité pendant cinq ans de l'identité des parties, de leurs signatures et de la sincérité des pièces produites (Arr. an X, art. 13 et 16) ; de même pour la dernière signature des effets de commerce qu'ils négocient (*ibid.*, art. 14).

4° *Certification des comptes de retour des lettres de change*. V. art. 181 et 186, au titre 8, *infra*.

652. Ils ne sont plus, dans l'état actuel de la pratique, officiers publics pour la *constatation des contrats* passés par leurs soins ; car les écrits qu'ils rédigent n'ont pas, à raison de l'obligation

au secret, les formes voulues pour avoir la force des bordereaux prévus par l'art. 109, C. com. (v. n. 640, 641).

Ils opèrent moyennant un courtage de tant pour cent, très modéré, fixé par leurs tarifs, qui est ordinairement de 1/8 °/₀ des valeurs engagées dans la négociation ; et ils ne peuvent sous peine de concussion recevoir plus que ce qu'indiquent les tarifs (Arr. an X, art. 20). Seulement ils prennent pour base le cours nominal des titres ; de sorte que, pour les titres non libérés, on paie même sur la partie du capital qui n'est pas versée. Ainsi, pour une action de 500 fr., 125 versés, vendue à 545 fr., on paiera le courtage sur 545 fr., quoiqu'on ne paie, en réalité, le titre que 170 fr.

Nomination des agents de change.

653. Ils sont nommés par décret du chef du gouvernement (a. 74) sur la présentation du titulaire précédent, après cession de l'office.

Les conditions de la nomination sont : — 1° L'*agrément du ministre* : ministre des finances pour les bourses pourvues d'un parquet ; ministre du commerce pour les autres ; et en même temps, l'*agrément de la chambre syndicale* de la bourse à laquelle l'agent de change doit être attaché ; — 2° *avoir vingt-cinq ans et être Français* ; — 3° présenter un *certificat d'aptitude et de moralité* délivré par le chef d'une maison de banque ou de commerce ; — 4° ne pas être *failli*, ou avoir été réhabilité (art. 83) ; ne pas avoir été destitué en vertu de l'art. 87, C. com. (article 88) ; ni condamné en récidive pour immixtion dans les fonctions d'agent de change ; — 5° fournir un *cautionnement* pouvant aller aujourd'hui jusqu'à 250,000 fr. : C. com. art. 90, modifié par la L. 2 juill. 1862. En outre, l'agent de change doit verser une somme à la bourse commune de la chambre syndicale ; à Paris, cette somme est de 100, 000 fr.

654. Les agents de change peuvent-ils, pour trouver les fonds nécessaires, mettre leur charge en société ? — La question a été résolue formellement par la L. 2 juillet 1862, modifiant le C. de com., a. 75. Cet article admet l'association ; mais à quatre conditions : — 1° *Qu'il y ait un parquet*, c'est-à-dire une place spéciale pour les agents de change à la Bourse, un crieur, une

cote officielle. — 2° *Qu'il y ait un titulaire unique*, personnellement responsable, propriétaire d'un quart au moins du capital, pour assurer sa responsabilité. Il ne peut céder cette part ; s'il l'avait cédée, la société serait nulle et devrait être liquidée comme une simple société de fait. — 3° *Que les autres associés soient seulement commanditaires*, car le titulaire de l'office peut seul opérer. — 4° *Publication de la société* ; dans les formes de la loi du 24 juillet 1867, et avec la même nullité comme sanction.

§ 2

Obligations professionnelles.

655. Les deux premières leur sont imposées par le Code de commerce, et leur sont communes avec les courtiers.

1° *Tenir un livre-journal*, art. 84, où ils inscrivent, non pas les opérations faites pour leur compte comme tous les commerçants (ils ne peuvent faire le commerce ; v. n. suivant), mais celles faites pour leurs clients. — Ils sont aussi obligés d'avoir un *carnet* sur lequel ils inscrivent les opérations à mesure qu'ils les font (arrêté 27 prairial an X, art. 11 et 12). La L. 15 juin 1872 art. 13, sur les titres au porteur, les oblige d'une manière générale à indiquer les numéros des titres sur leur livre-journal et sur les bordereaux qu'ils délivrent aux parties, moyennant une rétribution spéciale.

Ils doivent donner un reçu des sommes et des titres qui leur sont remis ; mais ils mettent une sorte de point d'honneur à ne pas le faire.

656. 2° *Interdiction de faire le commerce pour leur compte*, et de s'intéresser directement ou indirectement dans une entreprise commerciale ; art. 85, 1^er^ et 2° al. En effet, d'une part, ils connaissent le secret d'une foule d'opérations et pourraient en abuser pour supplanter leurs clients ; d'autre part, s'ils tombaient en faillite, ils compromettraient une foule d'intérêts qui leur sont confiés. — La sanction est dans les art. 87, 88 et 89 ; c'est l'amende, la destitution et la poursuite en banqueroute, s'ils

tombent en faillite. Mais les opérations faites par eux ne sont pas nulles, puisque la loi n'a pas prononcé cette nullité.

657. Il y avait autrefois *interdiction de payer ou de recevoir pour leurs clients, de se rendre garants de l'exécution des marchés* : art. 85, 3e al., et 86 ; sanction, art. 87, 88, 89 (cf. n. 589, 590). Ces dispositions ont été abrogées par la L. 28 mars 1885, a. 53.

658. 3° *Obligation à un secret inviolable* : arrêté du 27 prairial an X, article 10. Il y a exception à cette règle : 1° en cas de consentement du client ; 2° à raison de la nature des négociations, p. ex., pour les ventes de rentes de mineurs ou d'incapables, autorisées par justice. — Comme sanction, il n'y a plus actuellement de peine édictée ; mais ils seraient condamnés à des dommages-intérêts.

Pour respecter cette règle, les agents de change contractent entre eux pour leurs clients sans les nommer, comme de véritables *commissionnaires* ; dès lors ils se trouvent obligés personnellement à l'exécution du marché, l'un envers l'autre, sans pouvoir exciper de ce que le client ne leur en aurait pas fourni les moyens. Les clients n'ont pas d'action les uns contre les autres. — Pour éviter les dangers des obligations personnelles si étendues et si nombreuses qui leur incomberaient ainsi, ils se font remettre préalablement une *couverture* par leurs clients ; cette couverture consiste, pour les marchés au comptant, dans les titres qu'il s'agit de vendre ou la somme totale nécessaire pour payer les titres à acheter ; pour les marchés à terme, elle consiste uniquement dans une somme suffisante pour payer les différences probables ; en effet, si au terme le client ne fournit pas les moyens d'exécuter le contrat, ils revendront ou rachèteront des titres pour exécuter le marché ; ils ne courent qu'un danger : c'est de revendre moins cher ou de racheter plus cher ; ils seront à couvert s'ils ont de quoi payer ces différences.

659. 4° *Interdiction d'avoir sur une autre place en France ou à l'étranger des agents chargés de leur transmettre les ordres* (décr. 1er oct. 1862, art. 7).

660. 5° *Obligation de prêter leur ministère à tous ceux qui le requièrent*, pourvu qu'ils se présentent dans les conditions voulues. — C'est la conséquence du monopole qui existe pour eux

(v. anal., n. 509, *in fine*, n. 546). La sanction serait dans un recours à la chambre syndicale, qui pourrait prendre des mesures disciplinaires, et aux tribunaux, qui prononceraient des dommages-intérêts.

Mais il leur est *défendu* de faire des négociations pour des particuliers non connus et non domiciliés ; ou pour des faillis non réhabilités, sous peine de destitution et de 3, 000 fr. d'amende ; ou pour des incapables (C. civ., art. 1125).

661. Q. *L'agent de change est-il commerçant ?* (v. la même question pour les courtiers, n. 501.) — 1er S. *Non* : — c'est un officier public ; l'article 85, C. comm., lui défend de faire le commerce. — 2e S. *Oui* (1) — : il fait habituellement (art. 1) des actes de courtage, déclarés commerciaux par l'art. 632, 5e al. ; il ne peut pas faire les autres actes de commerce (art. 85), mais les opérations de sa charge sont des actes de commerce ; cela a été dit formellement dans l'exposé des motifs de la loi de 1862 ; — cela résulte aussi du texte de cette loi de 1862, car le nouvel art. 75, *in fine*, oblige à publier la société fondée pour l'exploitation de la charge d'agent de change ; or les sociétés commerciales seules doivent être publiées.

§ 3

Monopole des agents de change.

662. Leur monopole est consacré par l'art. 76 pour les opérations énumérées dans cet article et que nous avons expliquées. Il consiste en ce que, si un marché doit se faire par un intermédiaire, on ne peut pas s'adresser à un autre qu'à eux. Mais il ne va pas jusqu'à empêcher que deux parties d'accord, l'une pour vendre, l'autre pour acheter certains titres, ne puissent faire à elles seules le marché et le consommer entre elles (arrêté 27 prairial an X, art. 4, 2e al.). Seulement, s'il s'agissait de rentes nominatives sur l'État, elles ne pourraient en opérer le transfert sans le concours d'un agent de change, qui seul peut certifier l'identité des parties (arrêté an X, art. 15 et 16). — Leur monopole n'existe que dans les villes où il a été établi des

agents de change ; partout ailleurs on a toute liberté (Avis Cons. d'Et. 23 mars 1802).

La sanction de leur monopole consiste dans des dommages-intérêts d'abord, ensuite dans la nullité des opérations (arr. an X, art. 7), et en outre dans des peines correctionnelles fixées par la L. 28 ventôse an IX, art. 8, à laquelle renvoie l'arrêté de l'an X, art. 4; c'est une amende dont le maximum est de 1/6 du cautionnement et qui frappe à la fois ceux qui usurpent les fonctions d'agent de change et ceux qui les emploient (arr. an X, art. 6). — 4. Mais le cautionnement ayant augmenté à Paris de 60, 000 fr. à 250,000 fr., le *maximum de l'amende est-il augmenté en proportion* ? Nous admettons l'affirmative : le législateur de l'an IX a évité de poser un maximum fixe ; il s'est référé à l'importance du cautionnement ; et cela est rationnel parce que la gravité de l'infraction augmente à mesure que les fonctions s'étendent.

En cas de récidive, le coupable est en outre frappé de l'incapacité de devenir agent de change ou courtier (arrêté de l'an X, art. 5).

663. Les agents de change ont eu à défendre leur monopole contre un grand nombre d'empiétements.

Contre les coulissiers, qui violent deux prescriptions légales ; d'abord l'interdiction de négocier des effets publics par d'autres que par les agents de change, et ensuite l'interdiction de faire ces négociations ailleurs qu'à la Bourse (arrêté 27 prairial an X, art. 3). Ils ont été traqués par la police, puis poursuivis devant les tribunaux, et la Cour de cassation a donné pleinement gain de cause aux agents de change. Mais ils ont repris leurs opérations, et les continuent aussi ostensiblement et aussi tranquillement que jamais.

Contre les notaires, pour les titres susceptibles d'être cotés, mais non encore cotés à la Bourse ; il a été jugé que les notaires ne pouvaient se charger de négocier ces titres ; on le leur a permis seulement pour les valeurs ignorées, non susceptibles d'être cotées. — Pour les ventes publiques aux enchères d'effets publics appartenant aux incapables, la Cour de cassation autorise les notaires à les faire, parce que l'art. 76, C. comm., ne

parlo que dos *négociations*, co qui supposo dos vontes amiablos.

Contre les banquiers, qui, chargés par leurs clionts do transmettre deux ordres inverses, font eux-mêmes l'opération ; ceci est contraire à l'art. 76, quoique la tentation soit, en effet, bien forte dans ce cas. — Les agents de change de province ont prétendu aussi que les banquiers de province empiétaient sur leur monopole en transmettant des ordres aux agents de change de Paris, parce qu'alors ils servaient d'intermédiaires pour ces négociations. Mais cette prétention a été repoussée à bon droit, parce que la défense de la loi s'adresse seulement à ceux qui voudraient consommer eux-mêmes les marchés pour autrui sans l'intermédiaire d'agents de change; mais, du moment que des agents de change sont employés, la loi est satisfaite.

Contre les trésoriers-payeurs généraux la même difficulté a été soulevée à raison de l'autorisation qui leur est donnée par le ministre des finances de transmettre à la Bourse de Paris les ordres des particuliers; elle doit être résolue de la même façon.

INTRODUCTION AU TITRE VIII.

DE LA CIRCULATION DES CAPITAUX.

664. Le mot **capitaux** dans son sens usuel, indique la monnaie et les signes qui la représentent.

Nous avons montré (n. 434) que, parallèlement à la circulation des marchandises, il y a une circulation inverse des capitaux; c'est de celle-ci que nous allons nous occuper. Mais cette circulation a besoin d'être facilitée au moyen du *crédit commercial*, qui permet à chaque commerçant de retarder le paiement des marchandises achetées, de manière à le rapprocher du moment où, ayant revendu lui-même, il aura à recevoir le prix des mêmes marchandises. Ce crédit n'est jamais fait pour une bien longue durée; il est de quelques mois au plus; on l'appelle *crédit à court terme*, par opposition au *crédit à long terme*, qui se réalise par l'émission de rentes, d'actions, d'obligations, et dont nous avons parlé à propos des effets publics.

Nous avons donc deux classes de circulations pour les capitaux : — 1° la *circulation monétaire*; — 2° la *circulation fiduciaire*.

665. I. — **La circulation monétaire** se fait au moyen de la monnaie, et au moyen des instruments de circulation.

Sur l'organisation économique de la **monnaie**, v. notre *Cours* n. 665-671.

668. Notons seulement qu'au-dessous des monnaies légales d'or et d'argent, il y a la *monnaie de billon*, ordinairement en bronze, nécessaire pour suivre les plus faibles fractionnements des sommes. D'ordinaire, elle n'a pas intrinsèquement sa valeur nominale, parce qu'elle serait trop lourde. Aussi, elle n'a cours que comme appoint de la monnaie légale. En France, la mon-

naie de bronze ne peut être imposée en paiement que pour l'appoint de la pièce de 5 fr., c'est-à-dire tout au plus 4 fr. 99 c. (Décr. 18 août 1810, art. 2). — A la monnaie de billon sont assimilées les nouvelles pièces d'argent de 20 c., 50 c., 1 fr. et 2 fr., auxquelles, pour éviter l'exportation, on n'a pas donné le titre légal; elles ne sont qu'au 0,835, au lieu d'être au 0,900, c'est-à-dire à 9/10 (L. 25 mars 1864, art. 2, et L. 14 juill. 1866, art. 1). Aussi, elles ne peuvent être imposées dans les paiements pour plus que l'appoint de 50 fr.; l'État seul les reçoit indéfiniment (même L. 14 juill. 1866, art. 6).

669. Les monnaies légales ont **cours forcé**, c'est-à-dire que l'on ne peut refuser de les recevoir en paiement (art. 475, 11°, C. pénal).

Ce principe s'applique, sans difficulté, au cas où, lors de l'obligation, rien n'a été spécifié sur le mode de paiement. — Mais, 1°, *peut-on stipuler expressément que le paiement sera fait en telle monnaie?* — Nous admettons sans hésiter l'affirmative avec la grande majorité des auteurs : — en effet, nulle part la loi n'a prohibé cette stipulation, et il faut toujours décider dans le sens de la liberté (C. civ., art. 1243); le code de commerce l'autorise spécialement en matière de lettres de change (art. 143); et puisqu'il n'y a aucune raison spéciale pour ce cas, il faut considérer l'art. 443 comme l'application d'une règle générale; — d'autre part, on peut avoir un intérêt très légitime à stipuler qu'un paiement sera fait en une monnaie plutôt qu'en une autre; et cela, non seulement si la monnaie stipulée vaut plus que l'autre, mais même si elle vaut moins : par exemple, je puis avoir besoin de petite monnaie, même de monnaie de billon, pour payer des ouvriers; — on ne peut pas raisonnablement m'empêcher de stipuler un paiement en une monnaie étrangère dont j'ai besoin pour payer à l'étranger, et, cependant, il faudrait l'interdire dans le système contraire.

671. Chaque négociant paie naturellement à sa caisse ce qu'il doit, et il fait faire ses recouvrements chez ses débiteurs de la même place par ses employés, garçons de caisse, etc. Ces opérations peuvent nécessiter des frais assez considérables pour les salaires des caissiers, des employés, etc. Le négociant peut

éviter ces frais au moyen des *banques de dépôt* qui se chargent de faire son service de caisse en opérant pour lui ses recouvrements, en payant ses dettes, pourvu qu'il ait eu soin de *domicilier* ses billets à leur caisse, c'est-à-dire d'indiquer que ces billets sont payables à telle banque. Elles donnent même un certain intérêt des capitaux qui restent quelque temps entre leurs mains. Si les recouvrements sont à faire sur une autre place, on peut de même les faire faire par un banquier de cette place. — La Banque de France fait gratis ces recouvrements pour ses clients partout où elle a une succursale, moyennant qu'elle ne paie pas l'intérêt des fonds qu'elle a en dépôt.

672. En dehors de son rôle principal dans les paiements, la monnaie fait aussi l'objet d'un commerce spécial, pour lequel elle est véritablement une marchandise. Ce commerce est le *change des monnaies* ou *change manuel;* c'est l'office des *changeurs*.

Ils échangent des monnaies les unes contre les autres, par exemple les monnaies de diverses nations, les divers types d'un même État; les billets de banque, les effets publics contre la monnaie, ou réciproquement.

673. **Les instruments de circulation** sont les *billets de banque*; les *dépôts dans les banques*, *les virements en banque*; *la lettre de change à vue et avec provision préalable*. Sur tous ces points, v. notre *Cours*, n. 673-679.

680. II. — La **circulation fiduciaire** s'opère au moyen des *instruments de crédit*, qui sont les *ventes à crédit* (v. n. 460), le *billet à ordre*, la *lettre de change à terme* ou *sans provision préalable;* l'*escompte;* les *avances sur nantissement* (v. n. 496 bis), et l'émission des *billets de banque*, pour la Banque qui les émet. Sur tous ces points, v. notre *Cours*, n. 680-705.

Dans toutes ces opérations, sauf la dernière, celui qui fait crédit à l'autre perçoit ordinairement un **intérêt**. Cet intérêt était limité à 6 % par la L. 3 septembre 1807; il est libre depuis la L. 14 janvier 1886. — Cette loi donne cette liberté « *en matière de commerce* ». Comme nous supposons en général que les opérations mentionnées plus haut ont lieu entre commerçants et pour faits de commerce, il n'y aura pas de difficulté pour leur appliquer la loi de 1886. Mais si l'une d'elles (comme une vente à cré-

dit, une avance sur nantissement) était faite entre un commerçant et un non-commerçant, plus généralement, si un non-commerçant empruntait à un commerçant, il y a lieu de se demander si le commerçant pourrait stipuler un intérêt supérieur à 5 %. — *Est-on alors en matière de commerce?* Lors de la discussion de la loi de 1886, on avait demandé au Sénat de définir ce qu'il faut entendre par matière de commerce, et un amendement dans ce sens a été renvoyé à la commission ; mais la rédaction de celle-ci ne fut pas admise et la définition fut laissée de côté. Les rapporteurs, à la chambre et au Sénat, MM. Labiche et Jozon, avaient déjà, en constatant la difficulté de la définition et l'importance des éléments de fait, déclaré que le mieux était de s'en référer à la jurisprudence établie, sans rien innover sur ce point. Or la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Req. 10 janv. 1870, D.P.70. 1.60,etc.) malgré l'opposition de quelques cours d'appel (Limoges, 25 juill. 1865, D.P. 65. 2. 287), admet que le prêt fait par un commerçant, notamment par un banquier,à un non-commerçant est commercial, parce que le prêteur se prive des profits qu'il pouvait retirer de son argent s'il le plaçait dans son commerce ; l'argent vaut donc plus pour lui que pour une autre personne. — Nous ne pensons pas que les déclarations d'un rapport de commission aient pu donner à la jurisprudence (fût-elle absolument unanime) force de loi, et lui imposer une fixité qui n'est pas dans sa nature. Aussi, malgré la grave présomption qui existe en faveur du système de la Cour de cassation, nous admettons que la jurisprudence pourrait montrer plus de sévérité si des abus se produisaient, comme cela est à craindre, et que le législateur, en refusant de définir la matière commerciale, a entendu lui laisser une grande latitude pour parer aux abus, auxquels une définition légale aurait pu donner trop libre carrière. — Partant de ces données, nous poserions en règle que pour apprécier si un prêt est commercial, il faut s'attacher à l'emploi, commercial ou non, que l'emprunteur doit faire des fonds empruntés; car c'est l'emploi plus ou moins fructueux de ces fonds qui lui permettra d'en payer un intérêt plus ou moins fort. Nous admettrions seulement que si l'emprunteur a fait appel aux moyens de crédit

commerciaux, p. ex. en s'adressant à un banquier, à un commissionnaire de profession, en négociant des effets de commerce, on peut stipuler de lui un intérêt supérieur à 5 %. En effet la différence capitale que l'on a faite dans les travaux préparatoires de la loi de 1886 entre l'emprunt civil et l'emprunt commercial; c'est que le second s'adresse au grand marché des capitaux, représenté notamment par les banquiers, la Banque de France en tête, et que la concurrence y fait baisser le prix de l'argent au minimum compatible avec l'état économique du pays, tandis que l'emprunt civil ne peut en général puiser qu'à des sources beaucoup plus limitées, que le petit cultivateur, l'ouvrier, est à la merci des capitalistes obscurs de son voisinage. Si donc, pour un emprunt civil, on a pu s'adresser au grand marché commercial, il est conforme à la pensée des rédacteurs de la loi de 1886, qu'on puisse se passer de la protection spéciale du maximum légal.

Cette doctrine s'appliquera spécialement à *l'escompte* d'un effet de commerce demandé à un banquier par un non-commerçant.

L'escompte se présente lorsqu'une personne, ayant en main un effet de commerce (lettre de change ou billet à ordre) et désirant le toucher avant l'échéance, remet l'effet à un capitaliste qui lui en compte le montant, en retenant les intérêts jusqu'à l'échéance. — Plusieurs questions juridiques relatives à l'escompte et au droit de commission (de 1/4 à 1/10 %), que les banquiers perçoivent en outre pour les négociations des effets de commerce, ne peuvent plus se discuter sous l'empire de la loi nouvelle.

L'escompte est d'autant plus facile que l'effet escompté a davantage circulé et porte un plus grand nombre de signatures; attendu que chaque nouveau signataire devient garant du paiement à l'échéance (v. n. 753), et ajoute une sûreté nouvelle au profit du dernier porteur. La Banque de France ne prend à l'escompte que du papier à trois signatures. Les autres banquiers, et notamment le *Comptoir d'escompte* prennent du papier à deux signatures qu'ils vont réescompter à la Banque de France en ajoutant la garantie de leur propre signature.

TITRE VIII.

DE LA LETTRE DE CHANGE, DU BILLET A ORDRE ET DE LA PRESCRIPTION.

Après avoir, dans un chapitre préliminaire, donné quelques notions pratiques sur le change, nous prendrons comme têtes de chapitres les sections du titre dans le code de commerce.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

PRATIQUE DES CHANGES.

706. Nous avons à étudier d'une manière approfondie le change, qu'on appelle le *change tiré* par opposition au *change manuel* ou *local*, qui est l'échange des monnaies, et qui constitue l'office des changeurs. Ce change tiré s'appelle dans le latin moderne : *cambium trajectitium ;* ce nom a donné en français l'adjectif *cambiste ;* on dit : *les auteurs cambistes*, ceux qui ont traité des changes ; une *place cambiste*, une place de commerce qui fait le change sur une grande échelle.

Supposons, qu'étant commerçant j'aie un paiement à faire à Londres. Pour éviter un transport d'argent, si j'ai sur cette place un débiteur de la même somme, j'écrirai à mon débiteur de payer cette somme à mon créancier ; on dit alors que je *tire* sur mon débiteur ; celui-ci est le *tiré* ; je suis le *tireur*, et mon créancier est le *preneur* ou *bénéficiaire*. J'envoie cette lettre à mon créancier qui va toucher chez mon débiteur. — Si je n'ai à Londres qu'un créancier sans y avoir de débiteur, je cherche à Paris quelqu'un qui y ait un débiteur ; je le prie de tirer sur son débiteur ; j'achète sa traite en lui en payant le montant, et je l'envoie à mon

propre créancier, qui ira se faire payer chez le débiteur tiré. — La plupart du temps, au lieu de chercher lui-même une traite, le négociant s'adresse à un banquier qui en fait le commerce, qui centralise l'offre et la demande, achète aux uns les effets de commerce pour les revendre aux autres, et retient sur les achetours et les vendeurs, outre l'escompte (v. n. 680), un droit de commission, qui est ordinairement de 1/4 p. 100 du montant de l'effet, et qui constitue son profit.

Indépendamment du droit de commission et de l'escompte, le prix de la lettre de change ne sera pas toujours égal au montant nominal de l'effet, il le sera même rarement; car il dépendra de *l'offre* et de *la demande*.

707. La *demande* de papier augmentera sur l'une des deux places lorsqu'elle aura beaucoup à payer à l'autre; l'*offre* augmentera lorsqu'elle aura beaucoup à recevoir de l'autre. Prenons l'ensemble des négociants de deux mêmes places, et supposons que Paris doive 100 à Londres, et Londres 100 à Paris; alors la demande égalera l'offre; les débiteurs qui, à Paris, chercheront du papier sur Londres, en trouveront juste autant qu'il leur en faut; ils n'auront aucun sacrifice à faire pour en avoir; le change sera *au pair*. Une lettre de change de 1 livre sterling se paiera 25 fr. 21 c. — Mais supposons que Paris doive 150, et que Londres ne lui doive que 100; les débiteurs de Paris demandant 150; les créanciers de Paris sur Londres n'offrant que 100, le prix du papier montera; et, par exemple, une lettre de change de 1 livre sterling se paiera 25 fr. 25 c., 25 fr. 35 c. On dira alors que le change est *haut* de Paris sur Londres; qu'il est *défavorable* à Paris. En effet, les débiteurs de Paris ne se libéreront à Londres qu'en payant plus cher; en payant, par exemple, 25 fr. 30 c. pour chaque livre sterling qu'ils doivent, au lieu de 25 fr. 21 c. — Il y aura, cependant, une limite à cette hausse du papier sur Londres : ce sera le moment où le sacrifice à faire pour en avoir égalerait le prix du transport réel du numéraire; on a calculé que ce fait se produirait aux environs du cours de 25 fr. 35 c., parce que les frais de transport d'une livre sterling de Paris à Londres sont environ de 14 c.

Mais comment paiera-t-on les 50 qui, dans l'espèce précédente,

no pouvont pas so composor on papior? v. notro *Cours* au n. 708. v égalomont au n. 709 l'oxplication dos tabloaux du cours dos changos.

Change à l'intérieur de la France.

711. Co change no présonto pas do négociations assoz importantos pour qu'il y ait un cours.

Pour négocior ou recouvror uno lottro do change sur uno autro placo, on gónóral lo portour s'adrossora à un banquior, qui, outro l'oscompto ot la commission ordinairo, rotiondra uno *commission de recouvrement* ou *change* roprósontant la commission do l'autro banquior ot lo prix du rotour d'argont. Cotto dornièro commission n'ost pas dótorminóo par lo rapport do l'offro ot do la domando : ollo ost fixóo suivant un tarif imprimó, établi d'accord oncoro los différontes maisons do banquo.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA LETTRE DE CHANGE.

712. La lottro do change prósupposo un *contrat de change* dont ollo ost un modo d'oxócution.

Lo contrat do change *est un contrat par lequel je vous donne ou promets de vous donner une certaine valeur en un lieu, et vous vous obligez de me donner une certaine somme d'argent en un autre lieu.* — Lo but ossontiol do co contrat ost do so procuror uno sommo d'argont dans un liou éloignó ; aussi la douxièmo valour promiso doit consistor *en argent*, ot ollo doit êtro payablo dans un liou différont do colui où so fait la convention ; c'ost co qu'on appollo la *remise de place en place*.

On a boaucoup discutó si l'on dovait faire rontror co contrat dans la vonto ou dans lo prêt ; on pout lui trouvor aussi dos analogios avoc l'échango, lo mandat, lo cautionnomont. Nous pensons quo c'ost un contrat, *sui generis*, parco qu'il a un but ossontiollomont différont do tous los autros ; co n'ost pas, comme dans la vonto p. ox., d'acquérir un objot dótorminó, ni, commo dans lo prêt, d'avoir la jouissanco d'uno sommo pondant un certain tomps. C'ost d'avoir uno sommo d'argont à distanco. Du

reste, la question n'a plus d'intérêt actuellement. — Seulement cette discussion nous fait comprendre pourquoi toute opération de change est toujours un acte de commerce (art. 632, 4e al.), et pourquoi le contrat de change doit être regardé comme un contrat essentiellement *commercial*. C'est que celui qui reçoit la valeur la reçoit, non pas à titre définitif, mais pour la faire passer sous forme de somme d'argent dans un autre lieu ; c'est là l'objet principal de son obligation ; cela lui attribue forcément la qualité d'intermédiaire, et, comme il se fait payer son entremise, il est intermédiaire spéculant, il fait acte de commerce (v. n. 29, 30, et 46).

Il y a plusieurs manières d'exécuter ce contrat : celui qui a promis la somme à distance peut l'y transporter lui-même s'il a l'occasion d'y aller. Il peut écrire par la poste à un correspondant de payer la somme ; ce n'est pas encore une lettre de change, parce que cet écrit n'est pas remis au créancier. Il peut encore lui donner une *lettre de crédit* d'un banquier pour un banquier de la place où il doit, autorisant celui-ci à lui faire des avances jusqu'à concurrence d'une certaine somme et à les recouvrer ensuite sur lui-même ; ici la somme à payer ne serait pas déterminée, un maximum seulement serait fixé. On peut aussi donner une *délégation en banque*, c'est-à-dire une lettre, remise ici au créancier, mais ne présentant aucune des formalités de la lettre de change, et, par conséquent, ne pouvant pas circuler comme celle-ci, devant être touchée par celui même qui y est désigné.

Enfin, on peut délivrer au créancier une véritable lettre de change : celui qui doit payer sur une place tirera sur un correspondant de la place, au profit de son créancier qui sera le *preneur* ou le *bénéficiaire* de la lettre de change. — Ainsi la lettre de change n'est qu'un des modes d'exécution du contrat de change, le plus fréquent ; mais il y en a bien d'autres.

713. La **lettre de change** *est un écrit par lequel le* **tireur** *donne l'ordre au* **tiré** *de payer au* **preneur** *ou* **bénéficiaire**, *ou à son ordre, une certaine somme d'argent dans un lieu différent de celui de l'émission.*

Différences entre la lettre de change et le contrat de change. — Le contrat est consensuel ; la lettre de change est solennelle,

soumise à des formalités rigoureuses que nous étudierons bientôt ; — le contrat est de bonne foi ; la lettre de change est de droit strict, ce qui ne veut pas dire que les parties ne puissent, par des clauses suffisamment claires, en modifier certains effets ; — le contrat est souvent *synallagmatique* ; la lettre de change est essentiellement *unilatérale*, car elle exécute l'une des obligations nées du contrat de change, mais elle suppose nécessairement l'autre exécutée, puisqu'elle doit indiquer la *valeur fournie* par l'autre contractant.

Dans la pratique, la lettre de change est très souvent employée sans idée de transport d'argent, comme simple moyen de circulation ou de crédit. Mais les règles de la loi ont été établies en vue de cet objet originaire, et doivent être respectées pour qu'il y ait une véritable lettre de change. C'est de là que vient pour la lettre de change la nécessité de la remise de place en place, la nécessité de lui donner pour objet une somme d'argent, et enfin son caractère toujours commercial. — D'autre part, la loi a aussi considéré la lettre de change comme un moyen de circulation ; c'est pour cela qu'elle a exigé que la lettre de change contînt la clause à ordre, qui n'était pas imposée par l'ord. de 1673.

714. **L'origine** de la lettre de change est très discutée ; la question ne repose pas sur des éléments assez précis pour qu'une étude approfondie présente quelque utilité.

715. **Marche générale d'une lettre de change.** Nous devons jeter une vue d'ensemble sur la matière, parce que nous aurons souvent à faire allusion à des points que nous n'aurons pas encore expliqués complètement.

Par l'effet direct et immédiat de la lettre de change, le *tireur* seul est obligé envers le preneur, il est obligé à faire payer la lettre à l'échéance par le tiré, et pour cela à envoyer une *provision* entre les mains de celui-ci ; il est aussi obligé à procurer au preneur l'*acceptation* du tiré avant l'échéance. — Le *tiré* n'est pas obligé envers le preneur en vertu de la lettre, car il ne peut pas être obligé sans son consentement ; il sera seulement obligé quand il aura *accepté* la lettre, s'il consent à l'accepter. De plus, quand il aura reçu provision du tireur, il se trouvera obligé au paiement envers celui-ci, et le porteur sera subrogé à cette

créance. — Le porteur a le droit, purement facultatif pour lui, de *présenter l'effet à l'acceptation* avant l'échéance ; et, si elle n'est pas donnée, de faire *protêt faute d'acceptation*, et de demander une caution au tireur. — Etant à ordre, la lettre de change sera cédée par voie d'*endossement*, et chaque endosseur deviendra garant du paiement à l'échéance. De plus, contrairement à la règle ordinaire en matière de vente de créance, on ne pourra pas opposer au cessionnaire les exceptions du chef du cédant.

A l'échéance le *porteur* devra se présenter le jour même pour demander le paiement, et, s'il n'est pas payé, faire *protêt* dès le lendemain, sous peine de perdre tout recours contre les endosseurs, et même contre le tireur, si celui-ci avait fait provision. Il doit, sous la même peine, agir en justice dans la quinzaine.

716. A côté de la lettre de change, nous trouverons, au chapitre 2, le *billet à ordre*, par lequel le *souscripteur* promet de payer lui-même la somme à l'échéance, et confond, par conséquent, dans sa personne les deux rôles de tireur et de tiré. Voici les traits communs à ces deux effets de commerce : — 1° ils portent la clause à ordre ; donc, ils se transmettent par endossement, et les endosseurs sont garants solidaires du paiement ; — 2° le porteur doit pour tous deux faire protêt à l'échéance, sous peine de perdre son recours contre les endosseurs ; — 3° les actions se prescrivent par cinq ans pour les lettres de change, et pour les billets à ordre, lorsque ceux-ci sont commerciaux. — Voici, au contraire, les différences entre les deux titres : — 1° la lettre de change suppose trois personnes : le tireur, le tiré et le preneur ; tandis que le billet à ordre n'en suppose que deux : le souscripteur et le preneur ; et par conséquent il ne peut être question, ni d'*acceptation*, ni de *provision*, ni des conséquences de leur réalisation ou de leur absence ; — 2° la lettre de change est commerciale par elle-même, quelle que soit sa cause (a. 632 in fine), tandis que le billet à ordre peut être purement civil et alors ne donne pas lieu à la prescription de cinq ans ; — 3° la remise de place qui est essentielle dans la lettre de change ne l'est pas dans le billet à ordre.

Nous diviserons notre chapitre I^er^ en quatre sections : — 1° Création de la lettre de change ; — 2° Transmission de la lettre ;

3° Obligations des parties et garanties du paiement ; — 4° Paiement et refus de paiement avec leurs conséquences.

SECTION PREMIÈRE.

CRÉATION DE LA LETTRE DE CHANGE.

Quatre paragraphes : — 1° conditions essentielles de la lettre de change ; — 2° conditions accidentelles ; — 3° incapacité en matière de lettre de change ; — 4° conditions fiscales.

§ Ier

Conditions essentielles.

717. Il est à peine nécessaire de faire remarquer tout d'abord que la lettre de change, étant un moyen de contracter des obligations, doit avant tout présenter les conditions exigées en droit commun pour la validité des contrats (C. civ., art. 1108 et suiv.). Nous traiterons plus loin des conséquences de l'absence de ces conditions (v, n. 726, 731, et surtout n. 755 et suiv.).

Pour le moment nous ne parlons que des conditions *spéciales* à la lettre de change.

Le premier alinéa de l'a. 110 vise une condition qui n'est pas seulement une condition de forme, mais une condition de fond. C'est la *remise de place en place* (art. 632, dern. al.) ; ce qui veut dire que la lettre de change remise sur une place doit être payable sur une autre. Seulement cette condition de fond doit se traduire dans la forme, car les deux lieux doivent être indiqués dans la lettre.

Le motif de cette exigence de la loi, c'est que la lettre de change est présumée être l'exécution d'un contrat de change ; mais nous avons vu que cette présomption n'est plus conforme à la réalité des choses. Aussi cette exigence n'existe pas en Angleterre, et elle a été supprimée par un grand nombre de législations modernes.

Il n'est pas nécessaire que les deux lieux dont nous venons de parler soient des *places* de commerce, l'art. 110, 1^er^ al., dit seulement que la lettre doit être tirée d'un *lieu* sur un autre ; les travaux préparatoires montrent que c'est à dessein. — Mais quelle distance ou quelle distinction doit exister entre les deux endroits pour qu'ils constituent deux lieux différents dans le sens de l'art. 110 ? Nous admettrons qu'il faut se référer aux distinctions administratives, et qu'il suffira que les deux endroits fassent partie de deux communes distinctes, lors même qu'ils seraient très voisins.

Il suffit que cette condition existe au moment de la création de la lettre de change ; il n'est pas nécessaire qu'elle se représente pour chaque endossement.

718. Voyons maintenant les conditions de forme proprement dites. — Faisons observer, d'abord, que la lettre de change doit être **écrite** ; et cela par définition même : le contrat de change peut se constater autrement : mais évidemment il n'y a *lettre* de change qu'autant qu'il y a un écrit.

La forme authentique est possible pour la lettre de change. Mais la loi ne la suppose pas et elle se présentera très rarement.

Voici la rédaction la plus simple d'une lettre de change :

B. P. F. 1000

A... (telle époque) il vous plaira payer à l'ordre de Secundus mille francs, valeur reçue... (comptant, en marchandises, etc.).

Paris, le 3 mars 1877.

PRIMUS.

A TERTIUS,
négociant au Havre.

Les diverses mentions nécessaires sont énumérées par l'article 110 ; elles se réfèrent à trois points : — 1° la désignation des personnes ; — 2° la désignation de l'obligation ; — 3° la constitution du titre lui-même.

I. — Désignation des personnes.

719. Le *tireur* est désigné par sa signature ; le *preneur* dans le corps de la lettre ; le *tiré* par l'adresse au bas à gauche. Chacun d'eux doit être désigné aussi exactement que possible, surtout par la raison sous laquelle il est connu dans le commerce.

Il est essentiel qu'il y ait trois personnes pour qu'il y ait lettre de change : si l'on disait *je paierai...* même avec remise de place en place, il n'y aurait qu'un billet à domicile (v. au chap. II). — Un commerçant ne pourrait pas non plus tirer sur soi-même, fût-ce d'un autre lieu, ni d'une de ses maisons sur une autre. — Dans le cas où la lettre est à l'ordre du tireur lui-même, il n'y a pas de preneur ; nous nous expliquerons bientôt sur ce cas (n. 732).

720. Le nom du preneur doit être accompagné de la **clause à ordre**, pour que l'effet puisse circuler par voie d'endossement. Sous l'ordonnance, au contraire, la lettre de change pouvait être *à personne dénommée*, ou *en droiture*, comme on disait. — Il n'est pas dit dans l'a. 110 que les mots *à ordre* soient sacramentels, et on ne peut poser en principe qu'aucun autre terme ne puisse être employé. Mais on n'en conçoit pas d'autre qui soit bien clair.

II. — Désignation de l'obligation.

721. 1° **Indication de la somme due.** L'objet de l'obligation doit être nécessairement une somme d'argent. On peut indiquer en quelle monnaie elle devra être payée (art. 143).

La somme est ordinairement indiquée, en toutes lettres dans le corps de l'effet ; cela est plus sûr pour éviter les falsifications ; mais cela n'est pas exigé par la loi. En outre on l'indique ordirement en chiffres, au haut à droite, en la faisant précéder des lettres B. P. F. (Bon pour francs).

Il n'est pas nécessaire que la somme soit écrite de la main du signataire de la lettre et accompagnée du *bon* ou *approuvé* : — l'art. 1326 dispense de cette formalité les commerçants ; — et, pour les non-commerçants, il faut dire que l'art. 110, dans la pensée du législateur, présente une indication complète des formes exigées, et ne parle pas de celle-là ; — enfin, l'art. 1326 ne parle que des simples billets ; or, la lettre de change est quelque chose de plus complexe qu'un billet.

L'exigence de l'art. 110, quant à la détermination de la somme, n'empêche pas qu'on ne puisse stipuler un intérêt sans le comprendre dans le montant du billet ; en disant, par exemple, il vous plaira payer 1,000 fr. avec les intérêts à 6°/₀ ; car ce

qu'il y aura à payer est facile à connaître par un calcul très simple.

722. 2° **Indication de l'époque du paiement.** V. l'a. 129.

La lettre de change peut être *à vue* ; elle représente alors une obligation pure et simple (a. 130), mais la lettre à vue est rare ; — *A un certain délai de vue ;* qui court du jour de l'acceptation, ou, à défaut, du jour du prôtet fuate d'acceptation (a. 131). On pourrait, sans accepter la lettre, mettre seulement *vu* ; et par là, on ferait courir le délai de vue (v. n. 781, l'effet de l'emploi de ce mot *vu*) ; — *A un certain délai de date.*

723. **Manière d'exprimer ces délais** (de vue ou de date) : — *Par jours*, cela se comprend facilement, le calcul est simple ; il suffit de se rappeler qu'on ne compte pas dans le délai le jour du point de départ de ce délai (v. anal., art. 132, 1er al.).

— *Par usances*, délai uniforme de trente jours, (a. 132, 1er al.). Pour une lettre payable à l'étranger, l'usance pourrait être différente ; car elle est fixée *par l'usage.*

— *Par mois*, compté d'après le calendrier grégorien (a. 132, 2e al.).

Règle commune. « Si l'échéance d'une lettre de change est à un jour férié légal, elle est payable la veille » (a. 134).

Deux petites difficultés peuvent se présenter :

1° ❧. *Quelle sera l'échéance, si le mois, où elle aboutit, n'a pas de date correspondante?* Exemple : une lettre tirée le 31 janvier à trois mois de date (avril n'a que trente jours), ou à un mois (février n'en ayant que vingt-huit). — Il faut dire que l'échéance sera le dernier jour du mois, quel que soit son numéro : — il y a lieu d'argumenter par analogie de l'art. 134, qui reporte à la veille l'échéance tombant un jour férié légal ; il doit en être ainsi, *à fortiori*, lorsque le jour n'existe pas du tout. — Cela est très important, car le protêt doit être fait le lendemain de l'échéance sous des peines rigoureuses.

2° ❧. *Quid si le mois de l'échéance est plus long ?* Exemple : une lettre tirée le 30 avril à trois mois ? Nous pensons que l'échéance sera le 30 juillet ; sans cela, on aurait dû mettre *fin juillet* ; — du reste, tirée le 29 avril, elle échoirait le 29 juillet, pourquoi n'en serait-il pas de même pour le 30? — Le plus sûr serait de

demander le paiement deux fois, le 30 et le 31 juillet, et de faire deux protêts, le 31 juillet et le 1er août.

— *A jour fixe* : rien n'est plus simple.

— *En foire* : ce cas est rare maintenant. Elle échera dans ce cas la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, ou le jour de la foire si elle ne dure qu'un jour (a. 133).

La lettre de change ne peut être tirée à un terme incertain ; par exemple, à la mort de telle personne ; car on ne pourrait pas, dans ce cas, se présenter le jour même de l'échéance. Il en serait de même, pour le même motif, de la condition, et de tous les cas où l'échéance dépendrait des circonstances.

Dans la lettre *à vue* ou *à un certain délai de vue*, le terme est indéterminé ; mais il ne l'est pas pour le preneur qui peut se présenter quand il veut ; il n'y a donc pas l'inconvénient que nous signalions. D'autre part, la loi a pris des précautions pour qu'il ne puisse pas tenir indéfiniment en suspens les différents signataires ; il doit se présenter dans les trois mois de l'émission de la lettre, plus les délais de distance (art. 160).

724. 3° **Indication du lieu du paiement.**

C'est ordinairement le domicile du tiré ; à moins que l'on n'indique un domiciliataire (v. au § 2).

III. — **Mentions relatives au titre même.**

725. 1° **La date ;** c'est-à-dire le *jour* et le *lieu* de la création de la lettre. Elle est exigée ici à peine de nullité, ce qui n'existe ailleurs que pour le testament olographe.

Elle a cinq utilités : — 1° si la lettre est payable à un certain délai de date, pour fixer l'échéance ; si elle est à vue ou à un certain délai de vue, pour appliquer l'art. 160 (v. n. 723) ; — 2° pour apprécier la capacité du tireur, soit la capacité de droit commun, soit la capacité dont la faillite peut le priver (art. 443) ; — 3° pour voir s'il y a remise de place en place ; — 4° si la lettre est tirée ou circule à l'étranger, pour l'application de la règle *locus regit actum* ; — 5° pour vérifier l'*alibi* du tireur, s'il était allégué.

726. 2° **La valeur fournie** ou **la cause** de l'obligation. Il est nécessaire, non seulement que l'obligation ait une cause, ce qui est le droit commun ; mais de plus que la cause soit expri-

mée, ce qui n'est pas exigé en général (C. civ., art. 1132). Cela tient à ce que le titre est destiné à circuler : la loi a voulu que l'on pût savoir, à la seule inspection, quel crédit on peut lui accorder, et que l'on pût contrôler, dans une certaine mesure, la sincérité de la déclaration.

Aussi la loi exige, non seulement qu'on indique que la valeur a été fournie, mais *quelle* valeur a été fournie. L'art. 110 admet les mentions suivantes : — *valeur en espèces* ; on regarde comme équivalent le mot *valeur reçue comptant*, car ces mots ont un sens dont en pratique on ne peut douter ; et de même toute expression suffisamment claire ; — *valeur en marchandises*, la lettre représente alors un prix de vente ; — *valeur en compte*, c'est-à-dire due en vertu d'un compte entre les parties ; — ou *de toute autre manière*, par exemple valeur en bons offices, en droits de commissions ou de courtage, valeur en renouvellement de traites antérieures.

Mais on ne saurait se contenter des mots *valeur entendue*, *valeur suivant nos conventions de ce jour*, *valeur entre nous connue*, *valeur en contractant*, *valeur reçue à ma satisfaction* ; car ils n'expliquent pas la nature de la valeur fournie ; encore moins suffirait-il de mettre *valeur reçue*.

Les mots *valeur en moi-même* sont admis pour la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même ; mais nous verrons que le premier endossement est nécessaire pour qu'il y ait une véritable lettre de change, et que la valeur fournie devra y être indiquée, ce qui satisfera à la loi.

Sanction des conditions essentielles.

727. 1° *En cas d'omission* des énonciations exigées, il y aura nullité de l'effet comme lettre de change.

Cette nullité est une nullité absolue que tout le monde peut invoquer, car elle est fondée sur un vice inhérent au titre et non sur la qualité des personnes. De plus, elle est opposable à tout le monde, parce qu'elle est facile à constater, et qu'il ne peut, par conséquent, y avoir un porteur de parfaite bonne foi.

728. 2° *En cas de suppositions*, c'est-à-dire de déclarations mensongères faisant croire à quelque chose qui n'existe pas ; ici

l'énonciation existe, mais elle est inexacte. La loi répute la lettre *simple promesse* (a. 112).

Le Code prévoit les suppositions *de lieu et de domicile* qui ont pour effet direct de cacher le défaut de remise de place en place. Il parle aussi de suppositions *de nom* et *de qualité*, qui amènent le même résultat, lorsque l'on tire sur une personne qui n'existe pas, ou sur un homme de paille, à qui l'on donne une qualité imaginaire.

729. L'effet de ces suppositions, c'est de faire dégénérer le titre « *en simple promesse* » (art. 112) ; la loi ne dit pas que ce ne sera pas une obligation valable, ni même que ce ne sera qu'une obligation civile ; on a fait exprès de ne pas préciser son caractère pour réserver la question de fait. Donc, *ce n'est pas une lettre de change*, voilà tout ce qu'on peut affirmer ; en cela, les suppositions produisent le même effet que les omissions.

Elles se ressemblent encore en ce que la nullité est absolue, puisqu'elle vicie le titre.

Mais les suppositions diffèrent des omissions en ce qu'elles ne peuvent pas être invoquées *contre* toute personne : contre un tiers-porteur de bonne foi, parce qu'elles ne sont pas apparentes comme les omissions.

Les suppositions peuvent être prouvées par tous les moyens possibles, même par témoins (C. civ., art. 1348), et par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353).

730. 3° *Conséquences de la nullité* pour omissions ou pour suppositions.

D'abord, le titre n'est pas une lettre de change ; il s'ensuit au moins trois conséquences : — 1° Le porteur n'a pas le droit de demander caution au tireur faute d'acceptation par le tiré ; — 2° Le titre ne sera pas *présumé commercial* par lui-même (art. 632, *in fine*) ; il n'aurait pas autrefois entraîné la contrainte par corps (art. 637) ; il ne sera pas aujourd'hui nécessairement de la compétence des tribunaux de commerce (C. comm., art. 636) ; il ne donnera pas lieu à la prescription de cinq ans. Mais il *pourra* être jugé commercial, si l'on reconnaît en fait qu'il a été souscrit pour des opérations de commerce (art. 637 *in fine*) ; il ressemblera, en cela, à un billet à ordre. — 3° Il ne jouira pas des faveurs faites

à la lettre de change, en matière d'enregistrement (v. n. 75), à moins qu'il ne puisse être traité comme un billet à ordre.

Mais s'il n'est pas une lettre de change, qu'est-ce qu'il sera ? Ceci est essentiellement une question de fait, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires ; sa nature dépend uniquement de ce qu'il contiendra une fois qu'on aura supprimé les énonciations fausses. — Il peut se faire qu'il reste un billet à ordre, si par exemple la supposition n'a porté que sur la personne du tiré, et si le tireur est en réalité celui qui doit payer, ou si, le tireur étant imaginaire, le tiré a accepté ; alors il faudra appliquer les règles du billet à ordre, et notamment la dispense du *bon* ou *approuvé* la cessibilité par la voie d'endossement, la solidarité des endosseurs moyennant protêt à l'échéance, et l'impossibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions personnelles opposables à l'endosseur. — Il peut se faire que le titre ressemble à une lettre de change, parce qu'il y aura trois personnes sérieusement indiquées, mais qu'il lui manque seulement la remise de place en place. Dans ce cas, ce sera un mandat donné au tiré de payer la somme ; mais, suivant nous, la clause à ordre y serait valable, ce mandat pourrait être endossé, et l'endossement produirait les effets que nous venons de rappeler. — Enfin, la prétendue lettre de change pourrait peut-être valoir comme un chèque, ou comme une simple obligation, soit commerciale, soit civile.

731. Il faut remarquer que la loi ne parle pas de supposition de la date, ni de la valeur fournie ; il s'ensuit que la seule fausseté des énonciations, sur ces deux points, n'entraînera pas par elle-même la nullité de l'écrit comme lettre de change — tandis que l'omission de ces deux mentions entraînerait la nullité. Mais les suppositions sur ces deux points *pourraient* entraîner la nullité, si elles voilaient l'absence d'une condition de fond.

§ 2

Mentions accidentelles.

732. Ce sont des mentions facultatives qui peuvent souvent ne

pas se rencontrer dans une lettre de change. Elles se réfèrent soit au tireur, soit au tiré, soit aux choses.

I. **Mentions facultatives quant au tireur.**

1° **Lettre à l'ordre du tireur** (v. art. 110, 8° al.).

Elle est ainsi conçue : *Il vous plaira payer à mon ordre... valeur en moi-même.* — On l'emploie lorsque l'on n'a pas encore trouvé de preneur, et que l'on veut faire accepter la lettre par le tiré pour trouver un preneur plus facilement ; ou bien lorsqu'on veut emporter en voyage des lettres de change acceptées pour trouver du crédit en route.

Dans cette formule, il n'y a que deux personnes en jeu, un tireur et un tiré ; il n'y aura de troisième personne qu'au moment du premier endossement.

Q. *Y a-t-il lettre de change avant le premier endossement?* — 1er S. *Oui* : l'art. 110 dit formellement que la lettre de change à l'ordre du tireur est une lettre de change. — 2e S. *Non* (1) : il ne saurait y avoir un contrat de change sans un bénéficiaire ; il n'y a donc pas lettre de change ; — l'art. 110 qualifie cet écrit de lettre de change pour indiquer qu'il y a le germe d'une lettre de change valable, qu'une fois complétée par l'adjonction d'une troisième personne on ne pourra pas soutenir qu'elle est nulle, comme n'ayant pas reuni *ab initio* toutes les conditions voulues.

De ce système, on conclut : — 1° que jusqu'au premier endossement le titre n'est pas absolument présumé commercial ; — 2° que le premier endossement doit présenter les conditions exigées pour la validité de la lettre de change, c'est-à-dire être fait dans un lieu autre que celui où le paiement doit avoir lieu ; — 3° qu'il suffira que les conditions essentielles existent à ce moment.

733. 2° **Tireur pour compte** (a. 111, 2° al.).

Une personne tire *en son propre nom* une lettre de change pour le compte d'autrui. Il y a alors quatre personnes en jeu.

On pourrait faire tirer une lettre de change par un mandataire agissant au nom du mandant. Ce sera, par exemple, un commis, la femme d'un commerçant, qui signera des lettres de change pour lui, en mettant : *Par procuration de M...* Alors ce sera le

négociant-mandant qui sera obligé seul, et rien ne sera changé aux rapports ordinaires. Il n'y a pas encore là un tireur pour compte.

Il y a tireur pour compte lorsqu'on tire pour une autre personne, comme un commissionnaire proprement dit, sans la nommer; le commettant s'appelle le *donneur d'ordre*. Voici l'avantage que l'on peut avoir à procéder ainsi : Je puis écrire à un de mes créanciers de tirer pour mon compte sur un de mes débiteurs, en prévenant celui-ci et en lui indiquant un signe qui devra être mis sur la lettre pour l'avertir de son origine ; et cela pour simplifier les rapports, pour ne pas figurer dans la lettre, si j'ai quelque raison de ne pas me faire connaître, surtout peut-être à raison des convenances du change. Je puis aussi faire tirer une lettre par une personne mieux connue dans le lieu où la lettre doit circuler, afin d'y trouver plus de crédit.

Le tireur pour compte est un véritable commissionnaire : vis-à-vis des tiers il est réputé être le tireur; c'est lui seul dont on suit la foi ; il est seul exposé aux recours du porteur et des endosseurs, si le tiré ne paie pas à l'échéance : v. art. 115, *in fine*. — Mais, toujours d'après les principes du contrat de commission (v. n. 582), *inter partes*, il n'est réputé que mandataire; et il oblige son mandant sans s'obliger lui-même. Cela s'applique même à l'égard du tiré, qui est dans le secret : vis-à-vis de celui-ci, c'est le donneur d'ordre qui a les obligations de tireur, qui doit faire provision entre ses mains, et contre qui le tiré aura recours s'il paie à découvert (art. 115, mod. par la L. 19 mars 1817). — Réciproquement, le tiré, s'il a été prévenu avant d'accepter ou de payer, n'a pas de recours contre le tireur pour compte ; il pourrait seulement s'en ménager un en refusant de payer comme tiré et en payant par intervention (v. n. 825) pour le tireur pour compte.

II. Mentions facultatives quant au tiré.

734. 1° Recommandataire ou besoin.

C'est une personne indiquée comme devant payer à défaut du tiré, lorsqu'on n'est pas bien sûr que le tiré paiera, et que l'on connaît sur la place quelqu'un qui voudra certainement faire honneur à la signature du tireur. On met sur la lettre *A M...*

et au besoin à M. N. — Cette personne est appelée, dans la pratique, *un besoin*.

Cette mention peut être ajoutée aussi par un endosseur dans un endossement.

735. 2° **Domiciliataire.**

C'est une personne, autre que le tiré, au domicile de laquelle la lettre est payable (a. 111, 1er al.).

Le tiré s'arrangera pour que les fonds soient chez le domiciliataire à l'échéance. — On se sert de ce moyen lorsqu'on a à faire payer de l'argent sur une place où l'on n'a personne sur qui l'on puisse tirer, mais où l'on connaît quelqu'un qui se chargera bien de payer si on lui envoie les fonds. — Souvent aussi la lettre ne précise pas le domiciliataire ; elle indique seulement une place autre que la résidence du tiré ; c'est celui-ci qui indiquera le domicile précis dans son acceptation (a. 123). Cela se fait quand le tireur ne connaît personne sur la place où il veut payer ; il tire sur un banquier d'une ville voisine, qui, lui, y connaîtra quelqu'un et le désignera en acceptant.

Enfin, même quand la lettre de change est muette sur ce point, le tiré peut *domicilier ses acceptations* chez son banquier, pour éviter de faire venir les fonds dans sa caisse à l'échéance ; il met alors : *Accepté, mais payable chez un tel.*

III. — **Mentions facultatives quant aux choses.**

736. 1° **Suivant avis, ou sans autre avis.**

Selon qu'on compte ou non avertir le tiré avant l'échéance. — Si rien n'est dit sur la lettre, le tiré, suivant l'opinion commune, ne doit payer que s'il a été avisé, excepté si les circonstances expliquent à ses yeux l'arrivée de la traite sans avis préalable.

737. 2° **Retour sans frais.**

Cette clause, qui n'a rien de sacramentel dans les termes, dispense le porteur du protêt le lendemain de l'échéance, et de l'assignation en justice dans la quinzaine ; de sorte qu'il n'encourra aucune déchéance pour n'avoir pas rempli ces formalités ; il est ainsi relevé de ces déchéances contre tous les signataires qui, par leur signature sur la lettre, se sont approprié cette clause, insérée originairement par le tireur. Réci-

proquement, il *ne doit pas* faire ces frais, sous peine de ne pouvoir les recouvrer contre les garants

738. 3° **Lettre à plusieurs exemplaires**; v. art. 110, dernier al.

On met sur l'un des exemplaires : *Payez par cette première de change, la deuxième, troisième et quatrième ne l'étant...* ; sur l'autre : *Payez par cette deuxième de change, la première, troisième et quatrième ne l'étant...* ; et ainsi pour les autres, afin de bien indiquer que le paiement fait sur un exemplaire annulera les autres.

Quelle est l'utilité de ces doubles ? On peut se le demander, car ils ne représentent qu'une seule lettre, et il est bien évident qu'ils devront être tous entre les mains du même porteur ; sans cela personne ne voudrait prendre un exemplaire lorsqu'on peut déjà avoir payé sur un autre. Mais on peut vouloir éviter les risques de perte en envoyant les divers exemplaires à la même personne par des voies différentes. On peut aussi vouloir envoyer un exemplaire à l'acceptation pour pouvoir le négocier plus facilement, pendant qu'on se réserve de négocier l'autre en attendant, si l'on trouve du crédit personnel : ou bien on veut éviter de faire circuler l'exemplaire accepté, pour ne pas l'exposer aux risques de perte, on envoie alors un exemplaire à un banquier du lieu du paiement, qui le fait accepter et le garde, et on négocie l'autre, qui n'est en réalité qu'un bon pour aller retirer chez le banquier l'exemplaire accepté; sur l'exemplaire qui circule, on met : *Seconde pour l'acceptation chez M...* Une simple copie de la lettre pourrait remplacer l'exemplaire qui circule.

Un endosseur peut aussi s'assurer ces avantages, en copiant la lettre de change, avec ses endossements, en terminant par ces mots : *Jusqu'ici copie*, et en endossant cette copie.

Il y a encore d'autres clauses que nous examinerons à propos des règles qu'elles ont pour but de modifier, comme la clause *sans garantie, non acceptable*, etc.

§ 3

Incapacités en matière de lettres de change.

I. Incapacité des femmes.

739. Si les femmes sont commerçantes, la lettre tirée par elles pour leur commerce est parfaitement valable ; il faut même présumer que les lettres souscrites par elles ont pour cause leur commerce ; art. 638, 2e al.

Si elles ne sont pas commerçantes, et si elles sont mariées et non autorisées, leur lettre de change ne vaut même pas comme simple promesse (C. civ., art. 218, 1125).

L'art. 113 suppose qu'elles ne sont pas mariées ou qu'elles sont autorisées de leurs maris ; et il établit une incapacité spéciale qui n'est pas de droit commun et qui résulte uniquement du sexe.

En disant que leur signature surune lettre de change ne vaut que *comme simple promesse*, il avait eu au moins pour but de leur épargner la contrainte par corps, qui, d'après la loi de 1832, art. 2, ne devait jamais être prononcée contre les femmes ou les filles non légalement réputées marchandes publiques.

Q. *Mais cette lettre, réputée simple promesse à l'égard de la femme, produira-t-elle les autres effets d'une lettre de change* ? — Il nous paraît certain qu'elle produira au moins les effets d'un billet à ordre ; car la femme est parfaitement capable de s'obliger par un billet à ordre ; et nous avons admis, sous l'art. 112, que la dégénérescence de la lettre en simple promesse ne l'empêchait pas de valoir comme billet à ordre, si elle en contient les éléments : or c'est bien le cas ici.

La question est plus discutable relativement aux effets spéciaux de la lettre de change : à la possibilité pour le porteur de se retourner contre la femme-tireur faute d'acceptation par le tiré, à la présomption de commercialité entraînant la compétence commerciale et la prescription de cinq ans, à l'admissibilité de la saisie conservatoire organisée par l'a. 172. Q. *Ces effets se produiront-ils dans notre hypothèse* ? — Nous admettons

l'affirmative : — l'art. 636, qui pose le principe de la compétence civile en matière de lettres de change réputées simples promesses, ne renvoie qu'à l'art. 112 et non à l'art. 113 ; il paraît donc bien indiquer la pensée du législateur de conserver la présomption de commercialité dans l'hypothèse de ce dernier article ; — en allant au fond des choses, il y a une grande différence entre l'hypothèse de l'art. 112 et celle de l'art. 113 ; dans la première, il manque des éléments essentiels de la lettre de change ; ici, tout y est, même le consentement plein et entier de la femme, qui, en droit commun, produirait toutes les obligations auxquelles elle aurait voulu se soumettre ; qui l'obligerait même dans un acte isolé de commerce ; pourquoi ne pas laisser ce consentement produire ici son effet ?

II. — **Incapacité du mineur.**

740. *Le mineur commerçant* a pleine capacité pour souscrire une lettre de change, pourvu qu'elle concerne son commerce, art. 2. Nous lui appliquerions même la présomption de l'art. 638, 2e al., présomption que la lettre concerne son commerce (n. 87).

Pour le mineur non commerçant, l'art. 114 dit que l'obligation est nulle ; elle ne vaut pas même comme simple promesse. En effet, le mineur est incapable de s'obliger même civilement sans l'autorisation de son tuteur. — L'article réserve l'application de l'art. 1312, d'après lequel tout mineur est au moins tenu dans la mesure de ce dont il s'est enrichi.

Si le mineur non commerçant avait souscrit une lettre de change avec l'autorisation de son tuteur (ce qui sera bien rare), ou si un mineur émancipé en avait souscrit une pour son administration, l'obligation serait aussi valable ; car rien n'indique que le législateur ait entendu créer en cette matière une incapacité en dehors du droit commun.

Si la lettre de change souscrite par le mineur est confirmée après sa majorité elle vaudra alors comme lettre de change parfaite.

741. Quant à l'**interdit**, une lettre de change souscrite par lui serait toujours nulle, d'après le droit commun (C. civ., art. 502). — L'individu pourvu d'un **conseil judiciaire** ne pour-

rait pas valablement tirer une lettre de change sans l'assistance de son conseil, puisqu'il ne peut s'obliger seul (C. civ., art. 400 et 513).

742. Deux observations générales :

1° Ces incapacités produisent leur effet, quant à l'incapable, quel que soit le rôle qu'il a joué dans la lettre : celui de tireur, de tiré-accepteur, d'endosseur, de donneur d'aval.

2° Leur effet est purement relatif; il ne se produit qu'à l'égard des incapables; les autres signataires de la lettre de change restent obligés comme en droit commun, arg. art. 113 : « *à leur égard*; » cf. art. 1125, C. civ. — Mais il est opposable par eux à toute personne, même à des tiers porteurs de bonne foi : — le texte des art. 113 et 114 est absolu; — c'est, du reste, l'effet ordinaire des incapacités; sans doute il sera plus grave en matière de lettre de change, parce que le porteur ne peut pas connaître tous les signataires antérieurs; mais autrement la protection des incapables ne serait plus efficace

§ 4

Conditions fiscales.

743. Les lettres de change sont soumises à deux impôts : le timbre et l'enregistrement.

I. — Timbre.

L'impôt du timbre dont elles sont frappées est proportionnel, de 5 c. par 100 fr. ou fraction de 100 fr. : L. 23 déc. 1873; L. 29 juill. 1884, a. 5, 2° al.

En cas de plusieurs exemplaires, un seul, le premier, est à timbrer (L. 1850, art. 10), et les autres peuvent être enregistrés sans timbre si l'on représente le premier ; excepté si l'on veut en mettre un autre en circulation.

Ce droit est payé non seulement par les effets tirés de France sur la France, mais même par ceux tirés de France sur l'étranger, ou de l'étranger sur la France (L. 1850, art. 3 et 9). Ces derniers acquittent le droit au moyen de timbres mobiles qui doivent être apposés avant qu'ils ne circulent en France (L. 11

juin 1850). Quant aux effets tirés de l'étranger sur l'étranger et circulant en France, en vertu de la L. 20 déc. 1872, ils paient 50 c. par 2000 fr. ou fraction de 2000 fr.

Les sanctions de ces lois sont toujours celles édictées en 1850. C'est d'abord une amende de 6 % du montant de la lettre, pour le tireur, le preneur et l'accepteur (L. 5 juin 1850. art. 4.) ; avec solidarité entre eux, ce qui les expose à payer 18 % (art. 6); — et la même amende, mais sans solidarité, pour celui qui encaisse ou fait encaisser l'effet non timbré (art. 7). —Une autre sanction consiste en une restriction dans les recours faute de paiement (art. 5) ; nous en parlerons à propos de ces recours. -- Une dernière est l'annulation de la clause de *retour sans frais*, qui sert souvent à déguiser la fraude, en dispensant de présenter la lettre en justice (art. 8).

Comme compensation de ces droits très forts, les lettres de change sont dispensées du droit de quittance de 10 c. au moment où elles sont payées (L. 23 août 1871, art. 20, 1°) ; et du même droit de quittance pour les reçus d'effets *à négocier*, *à accepter* ou *à encaisser* (L. 30 mars 1872, art. 4).

744. La L. 19 février 1874, dans son art. 4, assimile, pour le timbre, aux lettres de change, « *les billets, obligations, délégations et tous mandats, non négociables, quelle que soit d'ailleurs leur forme ou leur dénomination, servant à procurer une remise de fonds de place en place.* » Cet article a pour but de déjouer une fraude qui consistait, pour les grosses sommes, à rédiger un écrit qui ne renfermait pas toutes les conditions de la lettre de change ou du billet à ordre, mais qui jouait le même rôle. Le plus souvent, cet écrit était à personne dénommée, et ne pouvait, par conséquent, être endossé ; c'est pour cela que l'article vise les effets *non négociables*.

II. — **Enregistrement.**

745. Trois faveurs sont faites aux lettres de change ainsi qu'aux billets à ordre: — 1° *Pour le taux :* Les lettres de change ne payaient rien d'après la L. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 15°; elles paient actuellement 50 c. %, comme les billets à ordre (L. 28 fév. 1872, a. 10); tandis que les autres billets paient 1 % (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § III, 3°). —

2° *Pour la perception :* l'impôt n'est pas perçu lors de la création de l'effet, mais seulement avec le protêt, quand le tiré a refusé le paiement ou l'acceptation (L. 28 avril 1816, art. 50, et L. 28 fév. 1872, art. 10). — 3° Dispense du droit de mutation pour les endossements, et du droit de quittance pour le paiement (L. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 15°).

SECTION II.

TRANSMISSION DE LA LETTRE DE CHANGE

746. Elle se transmet par voie d'endossement (a. 136), comme tous les titres à ordre. La théorie que nous allons exposer s'applique donc à tous les actes contenant la clause à ordre; ce sont les actes suivants : — 1° la *lettre de change* (art. 136); — 2° le *billet à ordre* (art. 187); — 3° le *billet de grosse* (art. 313); — 4° le *connaissement* (art. 281), facultativement; — 5° les *récépissés* et *warrants* des magasins généraux (L. 28 mai 1858, art. 3); — 6° les *chèques*, facultativement (L. 14 juin 1865, art. 1); — 7° la *lettre de voiture*; — 8° la *police d'assurance*; — 9° la *facture* (n. 442); — 10° les *actions et obligations* des sociétés (n. 238).

La clause à ordre consiste à écrire : *payez à l'ordre de M...* ou bien : *payez à M... ou à son ordre*, c'est-à-dire : payez à celui à qui M... ordonnera de payer. Par l'insertion ou l'acceptation de cette clause, le débiteur de l'effet s'oblige à payer à celui qui en sera porteur à l'échéance en vertu d'un endossement régulier. Aussi cet *ordre*, c'est-à-dire la faculté de disposer du titre, se transmet par endossement. Le mot *ordre* est donc aussi synonyme de la propriété du titre. Il signifie aussi l'endossement lui-même (v. art. 139).

On a soutenu que cette clause ne pouvait être insérée que dans les titres où la loi l'autorisait expressément. Mais il est à peu près universellement admis aujourd'hui qu'on peut l'insérer dans tous les titres; en effet cette clause n'a rien d'illicite en elle-même; elle est l'acceptation, *anticipée* seulement, de la cession qu'autorise l'art. 1295, C. civ.

Il y a trois espèces d'endossement : — 1° endossement ou endos translatif de propriété, ou endossement régulier ; — 2° endos de procuration, appelé assez souvent endossement irrégulier ; — 3° endossement de garantie, ou endossement pignératif.

§ 1er

Endossement translatif de propriété.

747. Cette formalité simple remplace les conditions ordinairement nécessaires pour que la cession de créance soit opposable aux tiers, c'est-à-dire la signification au débiteur cédé, ou son acceptation dans un acte authentique (C. civ., art. 1690). Les signataires, en acceptant la clause à ordre, s'obligent, non pas envers une personne déterminée, mais envers l'inconnu qui sera porteur régulier de la lettre de change à l'échéance.

On pourrait, du reste, céder valablement ces titres par une cession ordinaire, c'est-à-dire *inter partes* par une simple convention (C. civ., article 1583). Mais cette cession ne serait pas valable par elle-même à l'égard des tiers et ne produirait pas les autres effets de l'endossement (v. n. 753 et 754). Il n'est pas douteux que ces titres ne puissent se transmettre, sans formalités spéciales, par succession ou par legs.

Trois divisions : — 1° formes de l'endossement ; — 2° effets ; — 3° clauses accidentelles.

I. — Formes de l'endossement.

748. D'abord il doit être **écrit** sur le titre et habituellement au dos comme son nom l'indique. Mais on pourrait commencer les endossements sur le recto de la feuille, et, d'autre part, quand le verso est entièrement couvert, on les continue sur une *allonge* fixée au titre et qui est censée être la suite du verso. — C'est là une formalité essentielle ; sans cela quelle que fût la formule employée, il n'y aurait qu'une cession civile soumise aux formes et produisant les effets des art. 1690 et suiv. du C. civ. — Il n'y a pas lieu de se demander si l'endossement doit être fait par écrit ; il est un écrit par définition même.

Voici la formule usitée :

Payez à l'ordre de M... valeur reçue...

Le 6 mars 1874.

Signé : SECUNDUS.

740. L'énumération des diverses **mentions nécessaires** est dans l'art. 137. — Ce sont :

1° le *nom du cédant*, qui devient *endosseur* (quoique l'article 137 omette de le mentionner) ; il est désigné par sa signature. — Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit accompagnée du *bon* ou *approuvé* (C. civ., a. 1326).

2° Le *nom du cessionnaire* : on l'appelle quelquefois *endossataire*.

3° La *transmission de l'ordre*, c'est-à-dire l'indication que l'effet est mis *à l'ordre* du cessionnaire, que celui-ci pourra le céder de nouveau par un autre endossement. Sous l'empire de l'ordonnance, au contraire, l'endos, comme la lettre de change elle-même, pouvait être à personne dénommée ; dès lors, après un endos de ce genre, aucun nouvel endossement ne pouvait avoir lieu. Le Code veut que la lettre de change soit toujours un moyen de circulation.

4° *L'indication de la valeur fournie*. Elle est exigée, comme lors de la création de la lettre de change, pour qu'on puisse voir quelle opération cet endossement représente et quelles garanties offre cette opération. De plus, ici elle servirait à indiquer que l'endossement n'est pas à titre de procuration seulement. Mais il faut reconnaître que dans la pratique on n'attache pas d'importance à cette indication, souvent mise à la légère. — Elle peut être exprimée de toutes les manières admises dans le corps même de la lettre, lors de son émission (art. 112 ; v. n. 726).

5° *La date*, qui est nécessaire pour les questions qui peuvent s'élever sur la capacité de l'endosseur. Mais il n'est pas nécessaire que la date porte l'indication du lieu où l'endossement est fait, parce qu'il n'est pas nécessaire que cet endossement contienne une remise de place en place. Il faut excepter le cas d'une lettre à l'ordre du tireur lui-même, où cette remise doit exister, nous l'avons vu, dans le premier endossement.

L'endossement non daté ne produirait pas son effet translatif de propriété quand même on pourrait prouver autrement la date exacte (v. art. 138).

750. De plus la loi punit les antidates de la peine du faux. (a. 139).

Q. *L'art.* 139 *est-il applicable à l'antidate de la lettre elle-même?* — On le soutient en argumentant *à fortiori* de l'art. 139. Mais nous ne l'admettrons pas, parce que les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie et que l'art. 139 ne parle que des endossements ; de plus, l'antidate de la lettre offre ici moins de dangers : celui qui est à la veille de faire faillite trouvera facilement un preneur pour un effet qu'il endossera, parce que le paiement en sera garanti par les signataires antérieurs; mais il trouverait bien difficilement un preneur qui se contenterait de sa seule signature sur un effet souscrit au moment même, et dans ce cas l'antidate même de cet effet devrait éveiller la méfiance de ce tiers.

Il faut d'ailleurs appliquer, en matière d'endossement, la règle *locus regit actum* ; il suffira que l'endossement soit rédigé conformément à la loi du pays où il sera fait. Beaucoup de législations se contentent d'une simple signature au dos du titre.

751. V. notre *Cours*.

II. — **Effets de l'endossement régulier.**

752. L'effet principal de l'endossement régulier est la **translation de la propriété** du titre à ordre : art. 136. — Ce titre est transféré ainsi avec ses accessoires, d'après la règle générale que la cession d'une créance comprend tous ses accessoires ; si la créance à ordre est garantie par des cautionnements ou des hypothèques, ces garanties seront acquises au cessionnaire. C'est du moins l'opinion très généralement admise aujourd'hui.

Outre la transmission de la propriété, l'endossement produit deux effets exorbitants du droit commun, en faveur du cessionnaire :

753. 1° **Garantie complète du paiement par l'endosseur.** En droit commun le vendeur de créance ne garantit que l'existence juridique de la créance, non la solvabilité actuelle ou future du débiteur cédé, et cela seulement jusqu'à concurrence du prix (C. civ., art. 1693 et 1694). Ici, au contraire, l'endosseur

garantit au nouveau preneur et à ses ayants cause le paiement de l'effet à l'échéance; même, dans la lettre de change, il garantit pareillement l'acceptation du tiré avant l'échéance, et cette garantie va jusqu'à lui devoir tous les dommages, qu'il subit, sans aucune limitation. Le motif de cette règle spéciale, c'est que les effets de commerce doivent pouvoir circuler comme une véritable monnaie et être reçus partout pour leur valeur nominale (sauf l'escompte); il ne faut pas que l'on soit obligé d'évaluer la solvabilité du débiteur pour diminuer proportionnellement la valeur de l'effet, en tenant compte des risques; la rapidité de la circulation de ces effets rendrait impossible toute recherche de la solvabilité des parties; chacun, en prenant un effet, suit seulement la foi de son cédant, et il faut qu'il puisse compter sur sa solvabilité qu'il connaît.

De la sorte, chaque endosseur est garant du paiement envers tous les porteurs ultérieurs de l'effet; et il a lui-même pour garants tous les endosseurs antérieurs et le tireur. Le Code de commerce exprime cette garantie, en disant que tous les signataires sont garants solidaires envers le porteur (art. 140). Mais nous verrons que cette garantie diffère sur plusieurs points de la solidarité ordinaire.

754. 2° **Les exceptions personnellement opposables au cédant ne sont pas opposables au cessionnaire.**

En règle générale, toute exception opposable au cédant est opposable au cessionnaire, par la raison élémentaire qu'on ne peut céder plus de droits qu'on n'en a soi-même. Cette règle s'appliquerait même aux titres à ordre, s'ils étaient cédés par les modes civils.

Au contraire, pour les titres à ordre cédés par voie d'endossement, certaines exceptions opposables à l'endosseur ne sont pas opposables au cessionnaire. La *raison pratique* est dans la fréquence et la rapidité nécessaire des transmissions, qui ne permettent pas au cessionnaire de s'informer des relations qui ont pu exister entre le débiteur, le cédant et tous les propriétaires antérieurs de la créance. La *raison juridique* qui explique cette règle, malgré le principe qu'on ne peut céder plus de droits qu'on n'en a, c'est que, par la clause à ordre, le signataire s'est obligé,

non pas envers un créancier dénommé, mais *in rem* et directement envers celui qui sera porteur de l'effet à l'échéance, en vertu d'un endossement; de sorte que celui-ci n'est pas seulement l'ayant cause de l'endosseur, il a de plus un droit propre auquel les faits personnels à l'endosseur ne peuvent porter atteinte.

Cette règle paralyse le droit d'opposer ces exceptions, chez tous ceux qui en s'obligeant ont inséré ou accepté la clause à ordre : le *souscripteur* d'un billet à ordre, le *tiré accepteur* d'une lettre de change, à qui on demande le paiement ; le *tireur* ou les *endosseurs* contre qui on recourt en garantie.

Mais cette règle ne s'applique pas à toutes les exceptions.

755. Celles pour lesquelles **la règle s'applique absolument**, même au profit d'un cessionnaire de mauvaise foi, sont les exceptions *nées de faits personnels au créancier* à qui on les oppose : comme l'*exception de compensation*, l'*exception de garantie*, l'*exception de dol*.

756. Au contraire **la règle ne s'applique pas** aux exceptions (autres que l'exception de dol) fondées sur la nullité de l'acte parce que la renonciation qui résulte de l'adoption de la clause à ordre est affectée de la même nullité que l'engagement lui-même. Par exemple pour *absence totale de consentement* en cas de *signature fausse* ; pour *violence*, pour *incapacité* du signataire.

757. Pourtant si la nullité est accompagnée d'une faute imputable au signataire, celui-ci ne peut pas invoquer l'exception contre un porteur de bonne foi, p. ex. en cas de *défaut de cause*, ou d'*abus de blanc seing*.

III. — Clauses accidentelles.

758. Toute clause restreignant les obligations de l'endosseur ou les rendant conditionnelles est licite pourvu qu'elle soit claire.

La clause la plus usitée dans les endossements est la clause *sans garantie* ; elle supprime l'effet que nous avons signalé quant à l'obligation de garantie. On met : *Endossé à forfait et sans garantie*.

Cette clause ne dispense que de la garantie de la solvabilité actuelle et future, mais non de l'existence de la créance ; car si

l'on ne garantissait pas au moins cela, l'endosseur ne céderait rien.

Elle ne s'applique qu'à l'endosseur qui l'a insérée, mais non aux subséquents qui ne l'ont pas reproduite.

§ 2

Endossement de procuration.

759. C'est l'endossement fait avec l'intention de donner mandat de toucher pour le compte de l'endosseur ; il est employé surtout à l'égard des banquiers qui font les recouvrements pour leurs clients.

I — Endos de procuration expresse.

760. On indiquera formellement que cet endossement n'a pour but que de donner le mandat de toucher ; par exemple : *Payez pour mon compte à l'ordre de...* Bien entendu, on n'aura pas à indiquer alors la valeur reçue ; car au moment où l'on donne un mandat de ce genre, on ne reçoit rien en échange.

Quels seront alors les droits de l'endossataire ? Il aura, comme le porteur en vertu d'un endossement translatif, le droit de présenter l'effet à l'acceptation, de le toucher à l'échéance, d'en donner quittance, et, faute de paiement, de faire le protêt ; car c'est précisément là le but que l'on se propose en donnant la procuration ; il aura, en outre, le *devoir* de faire tous les actes conservatoires. Seulement il y aura les différences suivantes, avec l'hypothèse d'un endossement translatif de propriété : — le mandataire devra rendre compte à son mandant de ce qu'il aura touché ; — le mandat pourra être révoqué expressément, et il sera révoqué tacitement par la mort, la faillite, la déconfiture de l'endosseur ; — en cas de faillite du mandataire, l'endosseur reprendra son effet par revendication, sans être réduit au rôle de créancier de la faillite ; — enfin, le tiré ou le souscripteur de l'effet pourront opposer à l'endossataire les exceptions personnelles du chef de l'endosseur, puisque l'endossataire n'agit qu'au nom de l'endosseur, comme son représentant.

Celui qui a reçu un endossement de procuration a-t-il le droit de céder la propriété de l'effet par un endossement translatif? — La question était discutée autrefois ; Savary et Pothier tenaient pour la négative, en invoquant la règle : *Nemo dat quod non habet ;* il ne peut céder une propriété qu'il n'a pas. Mais cet argument n'est nullement concluant, car on peut donner à une personne le mandat d'aliéner un objet, et elle peut dès lors transférer une propriété qu'elle n'a pas; toute la question revient à chercher l'étendue du mandat. Dans notre hypothèse, si rien n'a été spécifié, il faut, d'après l'intention ordinaire des parties, décider que l'endossataire aura le droit de transférer la propriété de l'effet endossé. Sans doute, en droit commun, le mandat conçu en termes généraux ne comprend pas le pouvoir d'aliéner (C. civ., art. 1988). Mais ici, l'intention des parties est de faire toucher le montant de l'effet par l'endossataire, et cela d'une manière quelconque, non seulement en se présentant au débiteur à l'échéance, mais encore en négociant l'effet, en l'escomptant, s'il en trouve l'occasion; et, pour cela, il faut qu'il puisse le transférer valablement à l'escompteur. Seulement il ne faut pas que le mandat ait été révoqué, au moment du nouvel endossement, par la mort ou la faillite de l'endosseur qui n'avait donné qu'une procuration.

761. Sauf dans ce dernier cas, le nouvel endossataire aurait une propriété incommutable de l'effet; peu importerait que la procuration antérieure fût, après le nouvel endossement, révoquée expressément ou tacitement. — Il est exactement dans la situation où il serait si tous les endossements antérieurs étaient translatifs de propriété.

Mais en cas de non-paiement, aura-t-il les mêmes recours que si tous ces endossements étaient translatifs? Il pourra certainement recourir contre l'endosseur qui avait signé l'endossement de procuration; celui-ci est tenu comme mandant de toutes les suites de l'acte fait par le mandataire; d'ailleurs il ne s'efface pas ici comme un commettant ordinaire, puisqu'il a signé sur la lettre de change.

Q. *Pourra-t-il recourir contre le mandataire lui-même qui a signé l'endossement translatif à son profit?* — Non, si celui-ci a endossé

expressément *pour le compte* du premier; alors il a bien clairement maintenu sa position de mandataire; il s'est mis à couvert sous la règle de droit commun, que le mandataire oblige le mandant et ne s'oblige pas lui-même. — Mais s'il avait endossé sans rien dire, nous pensons qu'il sera personnellement exposé au recours en garantie des portours ultérieurs : — car, il a alors agi, comme commissionnaire, et nous avons admis que dans un contrat formé par le commissionnaire, la simple indication du *pour compte*, n'empêche pas celui-ci d'être tenu (v. n. 530); — d'ailleurs, il serait au moins obligé, comme étant l'un des signataires de la lettre de change (C. com., art. 140).

II. — **Endos de procuration tacite.**

Il y a deux espèces d'endossements de procuration tacite : l'endossement irrégulier et l'endossement en blanc.

762. 1° *Endossement irrégulier* (a. 138); il ne vaut que procuration. Il y a là une présomption de la loi. Cette présomption se comprend lorsque l'omission porte sur la mention de la valeur fournie; car, puisqu'on n'indique pas de prix payé, on peut dire qu'il n'y a pas eu de vente; donc, pas de translation de propriété. Et encore il faut supposer que cette omission ne soit pas l'effet d'une simple inadvertance, ce qui arrive très souvent. — Mais on ne peut plus justifier la présomption de la loi, lorsque l'omission porte sur la date, et lorsque l'on a mis *valeur reçue comptant*; on ne peut plus l'expliquer que comme une peine pour la négligence des formalités demandées par la loi.

L'art. 138 amène ce résultat qu'on appelle l'endos de procuration, *un endossement irrégulier*. Cette expression est très bizarre; car qu'y a-t-il d'irrégulier, lorsqu'on ne veut donner qu'un mandat, à ne pas mentionner la valeur fournie, puisqu'il n'en est pas fourni?

763. 2° *Endossement en blanc*.

C'est un endossement qui ne contient que la signature de l'endosseur. Très souvent, dans la pratique, on se contente, en remettant l'effet à celui à qui on le passe, de mettre sa signature au dos. Le plus souvent on fait cela pour abréger, mais avec l'intention de transférer la propriété. Ce mode est admis comme suffisant par beaucoup de législations étrangères, par exemple

en Angleterre, en Belgique et en Italie. Et la loi française admet elle même qu'il suffit pour transférer la propriété des *chèques à ordre* (L. 14 juin 1865, art. 1). — L'endossement en blanc offre un autre avantage; c'est que l'effet, une fois endossé ainsi, présente les facilités de circulation d'un titre au porteur; mais avec les risques de cette circulation.

764. 3° *Effets des endossements irréguliers ou en blanc.* Ces deux espèces d'endossement produisent les mêmes effets. Sans doute l'endossement en blanc présente un certain avantage sur le premier, en ce que l'on peut remplir les blancs et faire disparaître l'irrégularité, ce que l'on ne peut en général pas faire pour le premier; car pour celui-ci la présence de certaines mentions doit souvent faire supposer que c'est volontairement qu'on a omis les autres. Mais nous allons voir que cet avantage n'est pas bien considérable.

765. Il arrive souvent qu'ils sont faits avec l'intention de transférer la propriété et qu'il y a une série d'endossements irréguliers faits avec la même pensée. Faut-il renoncer à faire triompher cette volonté des parties?

766. La difficulté ne se présentera que si, avant l'échéance, ou avant un endossement régulier, ou avant le remplissage des blancs (v. notre *Cours*, n. 765), il y a eu un fait de nature à révoquer la procuration, la mort ou la faillite d'un des endosseurs irréguliers, ou lorsqu'il est né au profit du débiteur une cause de compensation contre le premier endosseur irrégulier. Q. *Dans ce cas, pourra-t-on prouver, contre la présomption de l'art.* 138, *que l'endossement irrégulier a été fait avec l'intention de transférer la propriété?* — 1er S. *Oui*, absolument : — l'art. 138 pose une présomption, mais il ne proscrit pas formellement la preuve contraire; — l'ordonnance de 1673 (art. 25) était très formelle sur ce point, et cependant la volonté des parties avait triomphé contre son texte; le Code, qui est moins explicite, n'a pas voulu être plus rigoureux; — enfin la L. 14 juin 1865, admet formellement l'endos en blanc, comme suffisant pour transmettre les chèques; le législateur a voulu se mettre à l'unisson de la pratique. — 2e S. *Non* : en principe, il ne sera pas translatif de propriété; le texte de l'art. 138 est trop formel pour cela, et il rentre

tout à fait dans les termes de l'art. 1352, C. civ., qui défend la preuve contre les présomptions légales lorsque sur le fondement d'une présomption la loi annule certains actes : ici l'endossement est annulé formellement en tant qu'on voudrait lui faire opérer une cession; — *mais il peut valoir comme procuratio in rem suam* pourvu que l'on prouve que telle a été l'intention des parties et que la valeur a été fournie, car on ne peut forcer l'acheteur de l'effet à le payer deux fois; — dès lors le mandat sera irrévocable, soit par la volonté de l'endosseur, soit par sa mort ou sa faillite, et il équivaudra *inter partes* à une translation de la propriété; car entre elles le consentement suffit. Mais il n'en sera pas de même à l'égard des tiers, à l'égard de qui l'intention sans les formes voulues ne suffit pas (et c'est en cela que ce second système différera du premier); ceux-ci pourront soutenir qu'à leur égard il y a toujours une procuration, et qu'ils peuvent opposer à l'acquéreur la compensation du chef de l'endosseur; en effet, ces tiers ne sont pas prévenus et ne doivent croire que ce qu'ils voient.

§ 3

Endossement de garantie.

769. On l'appelle aussi *endossement pignératif*. Nous l'avons expliqué sous l'art. 91, 2e al., qui en parle. Nous avons dit qu'il est valablement causé *valeur en garantie*. — Les droits de l'endossataire sont : — de toucher et de donner quittance à l'échéance de l'effet, s'il l'a encore en mains à ce moment (art. 91, *in fine*; v. n. 494); — de transférer lui-même la propriété complète de l'effet par endossement; mais non pas à l'amiable (art. 93, *in fine*); seulement en exécution d'une vente publique faite dans les conditions de l'art. 93, c'est-à-dire par le ministère des courtiers et huit jours après sommation faite à son débiteur (v. n. 494, 495).

SECTION III.

GARANTIES DU PAIEMENT.

Ces garanties sont au nombre de quatre : — 1° Provision; — 2° Acceptation; — 3° Aval; — 4° Solidarité.

§ Ier

Provision.

770. Par la souscription de la lettre de change, le *tireur seul* s'est obligé envers le preneur. Il s'est obligé principalement à lui faire payer la somme convenue à l'échéance par le tiré; il est aussi obligé en outre à lui procurer avant l'échéance l'acceptation du tiré. — Pour déterminer le tiré à payer à l'échéance et à accepter la lettre avant ce moment, le tireur doit lui fournir les moyens d'exécuter cet engagement; ces moyens sont ce que l'on appelle la **provision** (a. 115).

Si le tireur ne fait pas provision, et que la lettre ne soit pas payée, le preneur et tous les porteurs successifs, qui sont les ayants cause du preneur, ont le droit de demander au tireur des dommages-intérêts pour cette inexécution; et cela quand même ils n'auraient pas été eux-mêmes parfaitement diligents. Au contraire, s'il y avait eu provision faite, ils ne pourraient recourir contre le tireur que s'ils n'avaient commis eux-mêmes aucune négligence (a. 170).

A l'égard du tiré, la provision fournie produit cet effet que le tiré n'a aucune bonne raison pour refuser de faire le paiement que le tireur le charge de faire, et qu'il se trouve par conséquent obligé *envers le tireur* à faire honneur à sa signature, sous peine de dommages-intérêts envers le tireur s'il ne le faisait pas. Et à l'échéance, le porteur, subrogé aux droits du tireur, pourrait exercer cette action contre le tiré, lors même qu'il n'aurait pas fait toutes les diligences que lui impose le Code (art. 170, 2e al.).

Par conséquent, la provision produit deux effets : — 1° Acquitter une partie des obligations du tireur et rendre plus difficile le recours du porteur contre lui; — 2° Obliger le tiré envers le tireur à accepter le mandat de payer que lui donne la lettre de change. — Un troisième effet est controversé; on se demande, si, dès qu'elle existe, elle devient la propriété du porteur.

Nous examinerons deux questions : — 1° Quand y a-t-il provision; — 2° Quels sont les droits du porteur sur cette provision.

I. — **Quand y a-t-il provision?**

771. Il faut, et il suffit que le tiré soit redevable au tireur de la somme voulue (a. 116). Ceci se produira, non seulement si la somme a été envoyée par le tireur au tiré pour payer la lettre, mais aussi toutes les fois que le tireur sera créancier du tiré pour une cause quelconque, par suite d'une vente, d'un transport, etc. Le plus souvent, dans la pratique commerciale, le tireur émet la lettre pour se rembourser sur le tiré de ce que celui-ci lui doit déjà; de sorte que la provision n'est pas faite après coup en vue du paiement de la lettre; c'est, au contraire, la lettre, qui est tirée comme moyen de faire payer la créance qui sert de provision. — En général un créancier ne peut tirer sur son débiteur qu'avec le consentement de celui-ci, car il est plus grave d'être tenu en vertu d'une lettre de change qu'en vertu d'une simple créance ordinaire. Mais sur beaucoup de places il est reçu qu'entre commerçants l'autorisation existe tacitement; c'est une question de fait à résoudre.

Pour qu'il y ait provision, produisant les deux effets que nous avons signalés, il faut que la dette du tiré soit *exigible*; car autrement il pourrait se refuser de payer ou d'accepter avant son terme, et le tireur n'aurait en rien préparé le paiement de la lettre, comme il le doit.

Il faut que la créance qui constitue la provision soit « *au moins égale au montant de la lettre de change* » (a. 116). Sans cela, le tireur ne pourrait prétendre avoir rempli son obligation, et ne pourrait pas opposer les déchéances au porteur ou aux endosseurs négligents. Mais la provision même insuffisante devrait toujours être affectée par le tiré au paiement de la lettre de change, si le porteur acceptait un paiement partiel, ou s'il y avait plusieurs lettres de change tirées entre les mêmes parties.

II. — **Quels sont les droits du porteur sur la provision?**

772. On se demande si le porteur est devenu **propriétaire de la provision** par le fait seul de la souscription de la lettre de change, ou bien si elle continue toujours à faire partie du patrimoine du tireur. L'intérêt de la question se présente lorsque le tireur est tombé en faillite avant l'échéance; alors il s'agit de savoir si la provision doit être payée intégralement au porteur,

ou bien si les syndics de la faillite du tireur ont le droit de la reprendre des mains du tiré, de façon que le porteur soit réduit au rôle de créancier du tireur, venant prendre seulement un dividende dans sa faillite. — Il faut bien accepter la question dans les termes où elle est posée par un usage absolument constant; et parler de la *propriété* de la provision. Mais cette expression est impropre et pourrait tromper : au moins dans le cas le plus ordinaire, où la provision consiste en une somme d'argent due par le tiré au tireur, il ne peut pas être question de la propriété des deniers qui forment cette somme; car ces deniers ne sont nullement individualisés dans la caisse du tiré; il y a tout simplement créance du tireur contre le tiré; il s'agit de savoir si cette *créance* est restée dans le patrimoine du tireur, ou si elle est passée dans celui du porteur; qu'on parle, si l'on veut, de la propriété du porteur, mais qu'il soit bien entendu qu'au moins dans les cas les plus fréquents, c'est la *propriété d'une créance*.

Il faut distinguer tout d'abord deux hypothèses :

1° **si le tiré a accepté;** il s'est personnellement obligé à payer intégralement le montant de la lettre de change; il a contracté cette obligation en vue de la provision qu'il avait et sur laquelle il a compté pour payer : c'est son gage qu'il détient. Il la gardera donc à l'encontre de la faillite du tireur, et il la remettra intégralement au porteur. Tout le monde est d'accord sur ce point. Il y a donc un grand intérêt pour le porteur à demander cette acceptation.

773. 2° **si le tiré n'a pas accepté.** C'est dans ce cas qu'il y a une grande controverse. — Nous admettons que *le porteur est propriétaire de la provision* : S'il se fait payer sur la provision à l'exclusion des créanciers du tireur, ce n'est nullement en vertu d'un privilège, qui ne pourrait être établi que par une loi. Il n'agit pas comme créancier du tireur, passant avant les autres créanciers du même débiteur. Il prétend que cette créance est sortie du patrimoine du tireur pour entrer dans le sien. Il prétend qu'il est *cessionnaire de la créance* du tireur contre le tiré. — En effet la lettre de change est plus qu'une promesse; c'est un *commencement d'exécution* du contrat de change : le tireur ne se borne pas à dire, comme dans le contrat de change : je

vous promets de m'arranger pour vous faire payer telle somme à tel en droit; il fournit par avance au preneur le moyen de se la faire payer, et ce moyen c'est l'ordre donné au tiré de payer entre ses mains; — dans la rédaction de l'écrit, le tireur ne dit pas : *Je promets de payer* ou *de faire payer*, ce qui constituerait un billet à ordre ou à domicile; mais il s'adresse au tiré et lui dit : *Payez à l'ordre de M...*; ou bien les mots ne signifient rien, ou bien il y a dans cette seconde formule quelque chose de plus que dans la première ; d'où nous devons conclure que, si la lettre de change diffère du billet à ordre, c'est parce qu'elle ne contient pas seulement un engagement personnel du tireur ; elle contient la constitution d'un droit certain et positif pour le preneur, auquel le tireur délègue son débiteur, le tiré ; le preneur est cessionnaire de la créance du tireur. On objectera peut-être qu'il peut n'y avoir aucune créance du tireur contre le tiré au moment de l'émission de la lettre de change ; il faut répondre qu'il y en aura toujours une au moment de l'échéance (C. comm., art. 116) et que cela suffit; aussi nous disons que le tireur cède au preneur sa créance actuelle *ou éventuelle* contre le tiré. — Dupuys de la Serra disait formellement que la lettre de change est une cession de créance; et quoiqu'on ne fût pas d'accord dans l'ancien droit, il est permis de croire que les rédacteurs du Code ont adopté de préférence cette doctrine. — L'art. 149 défend toute opposition au paiement de la lettre de change en dehors des deux cas de perte ou de faillite du porteur ; il la proscrit donc en cas de faillite du tireur; or c'est seulement par une opposition, que les syndics de la faillite du tireur pourraient reprendre la provision [1] ; donc la loi leur interdit de le faire; — l'opinion contraire répond qu'il ne se préoccupait que de l'opposition venue des

1. Car si l'on ne fait pas opposition entre les mains du tiré, on est exposé à tout instant à ce qu'il paie ou au moins à ce qu'il accepte, et anéantisse ainsi les droits qu'on veut réclamer. En tout cas, l'opposition est renfermée implicitement dans toute demande en paiement ou en revendication dirigée contre le tiré. Le Code, en prescrivant l'opposition du chef de la faillite du tireur, a donc proscrit tout réclamation qui voudrait venir de ce côté ; il a donc consacré un droit de propriété pour le porteur à l'encontre de cette faillite.

créanciers du porteur ; mais il est par trop facile d'éluder un texte restrictif en disant que le législateur n'a pas pensé aux cas qu'il exclut.

La jurisprudence, après des hésitations, s'est définitivement fixée dans ce sens de 1830 à 1834, et depuis cinquante ans elle maintient unanimement cette propriété du preneur sur la provision ; Cass. 10 août 1873, D. P. 73. 1. 450.

774. Voici les conséquences de ce système : — en cas de faillite du tireur, le porteur a un droit exclusif sur la provision ; c'est sur cet intérêt de la question que nous avons raisonné ; — les créanciers du tireur ne peuvent faire aucune saisie-arrêt sur la provision après l'émission de la lettre ; c'est une seconde conséquence de l'art. 149 ; le porteur, pour empêcher que le tiré ne dispose de la provision à son préjudice, qu'il la rende au tireur, n'a pas besoin de faire une saisie-arrêt entre ses mains ; il suffit qu'il lui fasse une simple défense (C. civ., art. 1690) ; — s'il y a plusieurs traites sur la même personne et qu'aucune n'ait été acceptée, les premières tirées doivent être payées les premières ; en supposant la provision insuffisante, elles l'ont attribuée aux premiers bénéficiaires, à l'exclusion des subséquents (n. 771) ; — si c'est une créance hypothécaire qui sert de provision, les hypothèques sont cédées en même temps que la créance, et passent par les endossements aux porteurs successifs jusqu'à concurrence de la provision ; et le porteur, dans la répartition des deniers hypothécaires, primera le tireur, qui lui doit garantie comme vendeur (attendu qu'il y a cession de créance et non subrogation, on n'applique pas l'art. 1252, C. civ.).

775. Nous avons supposé jusqu'ici que la provision consistait uniquement, et sans méprise possible, en une somme d'argent due par le tiré au tireur. Nous devons maintenant parler du cas où l'on dit (improprement, suivant nous) que la provision *consiste en marchandises*. Il faut supposer que le tireur pour faire la provision de sa traite (avant ou après son émission, peu importe), a envoyé des marchandises au tiré, soit qu'elles aient été achetées par celui-ci, soit qu'elles lui soient adressées avec la commission de les vendre et d'en tenir le prix à la disposition du

tireur. Celui-ci peut se dire qu'il a fait sa provision en marchandises. — Mais faut-il dire que la provision *consiste en marchandises*? On l'a soutenu; mais il y a là une grande inexactitude suivant nous : la provision, ce sont, avons-nous dit (n. 770), les moyens fournis au tiré pour payer la lettre de change; c'est *ce qui doit servir* au paiement de la lettre. Or la lettre par essence ne peut être payée qu'en argent (n. 712, 721). Par conséquent ce ne sont pas proprement les marchandises qui constituent la provision ; ce qui la constitue c'est la créance du prix résultant de leur réception. L'article 116 nous commande aussi la même solution, puisque, suivant cet article, il y a provision quand le tiré se trouve redevable envers le tireur « *d'une somme* » au moins égale au montant de la lettre de change. D'après cet article aussi la provision consiste essentiellement dans une dette du tiré envers le tireur, or le tiré dans les hypothèses sur lesquelles nous raisonnons n'est pas débiteur des marchandises; il n'est débiteur que de leur prix; la provision consiste donc, non dans les marchandises, mais dans le prix des marchandises.

Cette observation est extrêmement importante dans le système (admis par nous) qui attribue au porteur la propriété de la provision. Elle empêche qu'on ne puisse en tirer les conséquences suivantes. On ne devra pas dire qu'à l'échéance le porteur pourrait prendre en paiement les marchandises envoyées au tiré et les prendre à titre de propriétaire (v. art. 143); encore moins qu'il était dès avant l'échéance propriétaire de ces marchandises, qu'elles étaient à ses risques (C. civ., art. 1138).

776. Souvent lorsque la provision est faite au moyen de marchandises envoyées au tiré, pour donner une garantie de plus au porteur, et négocier plus facilement la traite, le tireur endosse en faveur du porteur le *connaissement*, délivré par le capitaine du navire qui transporte les marchandises; la traite accompagnée ainsi du connaissement est appelée *traite documentaire*. Le connaissement sera endossé de proche en proche avec la traite; le dernier porteur se trouvera ainsi nanti du titre nécessaire pour se faire délivrer les marchandises par le capitaine; et il aura le droit de retenir ce titre jusqu'au moment

où le tiré lui aura payé la traite. Cela lui donne au moins un *droit de rétention* sur les marchandises jusqu'au paiement du prix ; cela lui confère aussi sur elles un *droit de gage* (art. 91 et 92 nouveaux), par conséquent le droit, en cas de non paiement de la lettre de change, de faire vendre les marchandises pour se faire payer par préférence de sa créance sur le prix de la vente, ou de se faire payer également sur le prix, si les marchandises sont vendues par le consignataire.

777. Quelle serait l'influence de la faillite du tiré sur les droits du porteur? — Il faut distinguer : Si la provision consiste dans des objets déterminés et reconnaissables envoyés au tiré avec affectation spéciale au paiement de la lettre de change, elle constitue un dépôt proprement dit dont le tiré n'est pas devenu propriétaire; ses créanciers n'y ont aucun droit; le porteur, qui est aux droits du déposant, le tireur, les revendiquera en vertu de l'art. 574, *in fine*, C. comm., soit pour se les attribuer en nature s'ils consistent en une somme d'argent, soit pour se faire payer sur le prix s'ils consistent en marchandises. Dans tous les autres cas, lorsque la provision consiste dans une simple créance du tireur contre le tiré, le preneur figurera comme un créancier ordinaire dans la faillite du tiré, n'aura qu'un dividende et recourra contre ses garants (art. 170).

§ 2

De l'acceptation.

778. *L'acceptation est l'engagement pris par le tiré* **envers le porteur** *de payer la lettre de change à l'échéance.*

Pour bien comprendre l'effet de l'acceptation, il faut préciser quelle est la situation du tiré après l'émission de la lettre de change, mais avant d'avoir accepté. — Par l'émission de la lettre, le tireur donne mandat ou plutôt *commission* au tiré d'en payer le montant; plus exactement encore il n'y a là que l'*offre* d'une commission, qui ne lie aucunement le tiré tant qu'elle n'est pas acceptée expressément ou tacitement. Mais, ce qui est très remarquable, cette commission ou cette offre

(contrairement aux principes, soit en matière de pollicitation, soit en matière de commission), est immédiatement *irrévocable*. Elle ne pourrait être révoquée par la volonté du tireur, puisque le porteur a en mains le titre qui la contient, qu'il l'a payé et qu'il a droit acquis à le garder, ce qui le constitue *procurator in rem suam*. Elle ne serait pas non plus révoquée par la mort ou la faillite du tireur; l'art. 121, 2e al., le dit expressément pour le cas de faillite; il faut évidemment en dire autant pour le cas de mort. En effet ce mandat est la condition d'un contrat ordinaire entre le tirèur et le preneur (le contrat de change ou un contrat analogue), dont le tireur touche immédiatement le prix (*valeur reçue*), et qui, par conséquent, ne peut être qu'irrévocable.

Tant que le tiré n'a pas accepté ce mandat et qu'il n'a pas provision, il n'est tenu envers personne, ni envers le porteur, ni envers le tireur, sauf l'intérêt de bonnes relations habituelles entre commerçants qui peuvent créer une simple obligation de convenance. Mais, s'il a promis de quelque façon au tireur qu'il paierait, ou s'il a provision, il est devenu *débiteur du tireur* (cf. art. 116). Dès lors le porteur aura action contre lui du chef du tireur, plus ou moins exclusivement suivant qu'on admettra qu'il est ou non propriétaire de la provision : si on admet qu'il ne l'ost pas, il agira comme pourrait le faire tout créancier du tireur, en vertu de l'art. 1166; si on admet qu'il est propriétaire de la provision, il agira exclusivement comme cessionnaire spécial de cette créance du tireur. Mais alors il sera obligé de subir toutes les exceptions que le tiré pouvait opposer au tireur, le tiré pourra même lui objecter qu'il n'est pas prêt à payer, parce qu'il comptait sur des délais, parce qu'il n'avait jamais autorisé le tireur à recouvrer sa créance par la voie d'une lettre de change, etc.

Par l'acceptation de la traite, le tiré renonce précisément à invoquer ces exceptions actuelles ou futures, de même que le débiteur qui accepte la cession de la créance qu'on a contre lui (C. civ., art. 1295); il consent à être traité comme débiteur direct et personnel du porteur. L'acceptation augmente donc la sécurité du porteur, en lui donnant la garantie d'une nouvelle

solvabilité, et elle facilite beaucoup la circulation de la lettre de change.

779. En principe, le tireur est obligé de procurer cette acceptation au preneur; il ne pourrait pas lui dire : Vous serez payé à l'échéance, je vous le garantis; c'est tout ce que je vous ai promis. Les endosseurs aussi, en négociant la lettre de change, ont pris sur eux la même obligation : ils sont garants solidaires (a. 118.)

Cet engagement est de la nature de la lettre de change, mais il n'est pas de son essence; on pourrait stipuler le contraire lors de l'émission de la lettre; en mettant par exemple *non susceptible d'acceptation* ou *non acceptable*. Dans l'usage de plusieurs places, surtout dans le Midi, on appelle alors la lettre de change un *mandat*.

L'acceptation étant un acte purement conservatoire peut être demandée par tout détenteur du titre sans qu'il ait à faire aucune justification.

Le droit pour le porteur de demander l'acceptation, et à défaut une caution, est une pure faculté; on n'encourt aucune déchéance pour ne l'avoir pas exercé (C. civ., art. 2232; trav. prép. sur l'art. 110); à moins qu'on ne s'y soit spécialement engagé. — Il y a exception pour la lettre payable à un certain *délai de vue*, qui doit être présentée dans les trois mois de sa date (C. comm., art. 160); mais nous verrons (n. 782) que le porteur pourrait alors, sans inconvénient, se contenter d'un simple visa sans acceptation. Il y a encore exception lorsque le domicile est insuffisamment indiqué dans la lettre de change; il faut alors qu'il soit précisé dans l'acceptation (art. 123).

Il y a un cas où le porteur *ne doit pas* demander l'acceptation. C'est quand la lettre est *à vue;* car il doit, en la présentant, demander immédiatement le paiement, et non l'acceptation; et il doit, dès le lendemain, faire le protêt faute de paiement; s'il ne le faisait pas, il encourrait les déchéances de l'art. 168; v. n. 818.

780. De son côté le tiré n'est pas tenu d'accepter s'il n'a pas d'ailleurs promis au tireur d'accepter la commission à lui donnée par la lettre. Le fait même qu'il aurait provision ne l'y

oblige pas, lors même qu'il serait négociant, car l'acceptation aggrave sa position, comme nous l'avons vu ci-dessus (n. 778).

Nous examinerons trois points : — 1° formes de l'acceptation ; — 2° effets ; — 3° refus d'acceptation et ses suites.

I. — **Formes de l'acceptation.**

781. D'abord il résulte évidemment de l'article 122 que l'acceptation doit être *écrite*.

La signature de l'accepteur est essentielle (a. 122) ; et suffirait même seule pour l'engager, si elle était mise sur la lettre de change : il est impossible d'en douter, en présence de l'article 140, qui oblige à la garantie solidaire tous ceux qui ont *signé* la lettre de change.

Le mot *accepté* rend l'acceptation tout à fait formelle. — Il pourrait être remplacé par tout autre équivalent comme : *je paierai, j'acquitterai, je ferai honneur*.

Q. *Le mot* vu *suivi de la signature emporterait-il acceptation?* On peut être tenté de l'admettre puisque la signature seule suffit pour obliger le tiré. Mais je ne l'admettrais pas ; car le mot *vu* précise et *limite* la portée de la signature ; et d'ailleurs l'art. 122, 2e al., indique que c'est le mot *accepté* qui pourrait engager le tiré ; on peut ne rien ajouter à la signature, mais si l'on ajoute quelque chose, il faut que les mots indiquent la volonté d'accepter. — Il est certain que le plus sûr serait toujours de mettre *vu sans acceptation*.

L'indication de la *somme* n'est pas nécessaire, car l'acceptation se réfère à celle indiquée au titre même. Mais il serait plus sûr de l'indiquer pour éviter les faux. — En tous cas, elle n'a certainement pas besoin d'être accompagnée du *bon* ou *approuvé*.

782. La *date* (art. 122, 3e al.) n'est indispensable que pour faire courir le délai de vue ; et il suffirait pour cela du simple visa daté sans acceptation. Si le tiré ne voulait même pas mettre son visa, le porteur ferait un protêt faute d'acceptation, qui ferait courir ce délai de vue (art. 131, dern. al.).

Si l'on a omis la date, ce délai courra du jour de l'émission de la lettre de change (art. 122, 4e al.). Cette règle est souvent bien rigoureuse ; elle peut faire déchoir le porteur de tout recours ; s'il a présenté la lettre à la fin du délai de trois mois accordé par

l'art. 160, et que le délai de vue soit plus court que trois mois, ce délai sera censé expiré avant le moment de la présentation. C'est au porteur à veiller avec soin à ce que l'acceptation soit datée, et si l'on refuse de la dater, à faire le protêt faute d'acceptation; car il ne peut pas se contenter de l'acceptation qu'on lui offre sans date.

783. Régulièrement l'acceptation est mise sur le titre même; l'art. 125 le suppose, et aucune disposition ne dit, comme pour l'aval, qu'elle peut être donnée par acte séparé. — Q. *Peut-elle être donnée par acte séparé?* par exemple par lettre missive. Puisqu'il n'y a aucune interdiction formelle, il faudra suivre la volonté certaine des parties; dans les travaux préparatoires, on a jugé inutile de le dire. — Mais il faudra que cette volonté soit bien claire, car l'acceptation par acte séparé n'a pas nécessairement un sens aussi précis que l'acceptation faite sur le titre même : — ainsi, même adressée au porteur, elle peut s'interpréter comme n'engageant le tiré qu'envers ce porteur et non envers les porteurs subséquents; — à plus forte raison si elle est adressée au tireur, elle pourrait ne l'engager qu'envers celui-ci.

Q. *Dans le cas d'acceptation par acte séparé, l'obligation du tiré sera-t-elle commerciale quelle que soit sa cause?* J'admettrais qu'elle ne sera pas commerciale par elle-même, si elle n'a pas pour cause un acte de commerce : — le tiré est sans doute obligé, mais il n'est pas obligé *par lettre de change;* nous n'avons pas ici un texte semblable à l'art. 142 en matière d'aval.

784. *Comment l'acceptation est-elle demandée et donnée?* — Elle doit être demandée au domicile du tiré, et non au lieu désigné pour le paiement. On remet la lettre entre les mains du tiré, moyennant un récépissé, et celui-ci peut la garder pendant vingt-quatre heures (a. 125). Les vingt-quatre heures doivent se compter *de momento ad momentum.* — Le tiré qui refuserait de la rendre encourrait, outre des dommages-intérêts, les peines de l'abus de confiance.

II. — **Effets de l'acceptation.**

785. 1° *Elle oblige le tiré* (a. 121). Cette obligation devient une obligation par lettre de change et à ce titre est essentiellement commerciale (art. 632, dern. al.).

Pourrait-il biffer son acceptation après l'avoir mise sur le titre? D'après les principes généraux il faut décider qu'il n'est pas lié tant qu'il n'y a pas concours de volontés, tant que le porteur n'a pas pu prendre acte de cette acceptation, tant que la lettre acceptée ne lui a pas été remise; jusque-là l'acceptation n'est qu'un simple projet. — Après ce moment le tiré ne pourrait effacer son acceptation que d'accord avec le porteur qui consentirait à le dégager de son engagement. Mais alors celui-ci ne pourrait plus recourir contre ses garants faute d'acceptation; car il y a eu droit acquis pour ceux-ci, ils sont libérés de leur obligation par le fait qu'une acceptation sérieuse avait été donnée.

786. Cette obligation peut-elle être arguée de **nullité**? — L'art. 121, 2e al., paraît l'interdire. Mais ce texte ne doit pas être entendu comme proscrivant toute restitution. Il a voulu seulement proscrire cette restitution dans le cas dont il s'est occupé, dans le cas de faillite du tireur ignorée par le tiré; et cela, parce que dans cette hypothèse l'*erreur* n'est pas considérée comme *substantielle*. En effet cet événement ne fait pas que la lettre ne soit pas celle qu'il a entendu accepter.

Il est impossible de ne pas admettre la nullité d'un consentement qui aurait été extorqué par **violence**. — Il faudrait l'admettre même si le consentement avait été obtenu par **dol**, pourvu, dans ce dernier cas, que l'auteur du dol fût resté porteur à l'échéance, car le dol ne vicie le contrat qu'à l'égard de l'auteur du dol (C. civ., art. 1116). Si au contraire il avait cédé le titre à un tiers porteur de bonne foi, le tiré devrait payer entre ses mains, sauf son recours contre l'auteur du dol. — Même une **erreur** du tiré pourrait être suffisante parce que ce serait une erreur *substantielle*; par exemple dans le cas où la signature du tireur serait fausse; car alors l'effet qu'il a accepté est tout autre que celui pour lequel il a entendu s'obliger.

Enfin l'acceptation pourrait encore être annulée pour **incapacité** du tiré. Il faut, pour accepter, la même capacité que pour tirer une lettre de change (v. n. 739 et suiv.).

787. 2° *Elle fait présumer l'existence de la provision* entre les mains du tiré, au profit du tireur ou du donneur d'ordre: art. 117.

Nous expliquerons cet article à propos des recours (v. n. 826).

3° *Elle fait courir le délai de vue;* mais sans que l'acceptation soit nécessaire pour cela : un visa suffirait (v. n. 779).

4° *Elle saisit le porteur de la provision*, quel que soit le système que l'on admette sur la propriété de celle-ci en général (v. n. 772).

II. — **Refus d'acceptation et ses conséquences.**

788. Les mêmes effets sont produits par le refus complet d'acceptation, et par une acceptation dont le porteur ne peut se contenter.

« *Elle ne peut être conditionnelle* » (a. 124); c'est-à-dire qu'en présence d'une acceptation conditionnelle, le porteur ne perd pas le droit de demander une caution à ses garants; car, si la condition ne se réalise pas, il n'aurait pas l'engagement personnel auquel il a droit. Mais cela n'empêche pas que le tiré ne soit tenu dans les termes de son acceptation conditionnelle si le porteur l'a agréée. — Elle ne pourrait pas être non plus à une échéance plus éloignée que celle de la lettre; car le porteur doit être assuré du paiement à l'échéance.

L'*acceptation partielle* est admise par la loi; c'est une exception à l'art. 1244, C. civ. Elle est fondée sur ce que le porteur ne compromettrait pas seulement ses droits en refusant le paiement partiel; il compromet surtout ses garants; et ceux-ci ont intérêt à être au moins déchargés de leurs obligations pour partie. — L'art. 124 ajoute que le porteur est tenu de faire protêt pour le surplus. Cela doit s'entendre qu'il doit le faire s'il veut recourir contre ses garants. Mais il ne peut pas y être plus tenu qu'au cas de refus d'acceptation.

789. *Constatation du refus d'acceptation*, par un protêt faute d'acceptation (a. 119). Le protêt est un acte d'huissier; il y a le protêt faute d'acceptation et le protêt faute de paiement; nous en étudierons les formes simultanément, à propos du refus de paiement.

D'ailleurs ce protêt n'a rien d'obligatoire. Si le porteur ne veut pas recourir immédiatement, il peut négliger de faire le protêt faute d'acceptation; et cela ne pourra nullement lui être reproché plus tard si l'on ne paie pas et qu'il recoure contre ses garants,

après protêt faute de paiement. — Par la même raison aucun délai n'est imposé pour que ce protêt puisse être utilement fait, ni pour l'exercice du recours dont nous allons parler.

790. **Recours du porteur,** muni du protêt faute d'acceptation.

Le porteur et les endosseurs sont tous tenus de lui donner caution (a. 120); ils sont solidaires (art. 118) ; mais on ne peut l'obtenir que de l'un d'entre eux ; le texte est bien clair en ce sens, et il est d'ailleurs expliqué par une observation du Tribunat. — Ils en sont tenus *respectivement*, c'est-à-dire que celui qui l'aura fournie aura recours contre ses garants pour en demander aussi une. Cette *caution* a pour but de remplacer la garantie personnelle du tiré qu'on avait promis de fournir et qu'on n'a pas fournie.

A l'échéance, le porteur devra toujours se présenter chez le tiré, même s'il a refusé d'accepter (art. 163), car il est toujours le principal chargé du paiement, et il peut avoir changé d'avis, notamment parce qu'il peut avoir reçu la provision dans l'intervalle. S'il n'est pas payé, le porteur se retournera contre les endosseurs et le tireur, et, de plus, contre la caution. Celle-ci est, dans l'ordre des recours divers, au rang de celui qu'elle a cautionné (art. 120, 2e al.) ; elle peut être actionnée par les endosseurs postérieurs à celui-ci et par le porteur. Si elle paie, elle a recours contre celui qu'elle a cautionné et contre les endosseurs précédents.

791. Q. *Si le garant poursuivi ne trouve pas de caution, pourra-t-il donner un gage en nantissement suffisant*, ce qui est permis en général par l'art. 2041, C. civ. ? On l'admet ordinairement, moyennant un dépôt à la caisse des dépôts et consignations (Ord. 3 juill. 1816, art. 2) ; mais pourtant on peut en douter sérieusement, car le gage ne ne réalise pas aussi promptement que le paiement par la caution ; et l'art. 120, 1er al., *in fine*, indique un autre moyen et ne parle pas de celui-là.

L'autre moyen qu'offre l'art. 120, c'est le *paiement anticipé* de la lettre de change. Mais ce paiement est purement *facultatif* pour le garant, s'il le trouve plus commode. — Il doit payer : — 1° le capital, sans avoir droit de retenir l'escompte, car ce n'est pas

le portour qui demando à toucher lo billot immédiatomont ; on no pout donc pas lui imposor co sacrifico, ot l'on a formollomont rojoté cot oscompto lors do la discussion du Codo ; — 2° los frais, tols quo frais do protêt, ports do lottros, commissions ; — 3° lo rochango ; nous on parlorons à propos du rofus do paiomont ; disons soulomont quo lo paiomont n'étant pas fait au lion indiqué, lo portour, s'il a bosoin d'argont dans cot ondroit, dovra chorchor du papior sur cotto placo ot on payor lo chango ; c'est là lo rochango.

L'ondossour qui a fait cotto avanco a rocours contro sos garants, mais il no pout lour domandor aussi quo la caution ; pour eux, commo pour lui, lo paiomont anticipé ost facultatif, ot on choisissant co dornior parti, il n'a pas pu lour onlovor lour option.

702. **Acceptation par intervention.**

C'est l'intervention d'uno caution volontairo ; on l'appollo encoro *acceptation par honneur* ou *sous protêt*.

Il faut trois conditions (a. 126) : — 1° quo l'acceptour par intervention no soit pas déjà tonu au paiomont ; sans cola, il n'apporterait aucuno garantie nouvollo ; — 2° quo lo protêt soit fait : il faut qu'on soit sûr quo lo tiré n'acceptora pas, ot no pas lui suggérer l'idéo d'un rofus ; — 3° quo l'acceptation soit montionnée dans lo protêt ot signée par l'intervonant. — Si ces conditions n'étaient pas réunies, sa promosso do payer constituerait un aval et non uno acceptation.

Si plusieurs personnes se présentent pour accepter par intervention, cela fait naître une question que nous examinerons plus bas au n° 824.

L'intervenant est caution solidaire de celui pour qui il intervient, de même qu'un donneur d'aval (v. n. 797) ; il doit donc désigner celui pour qui il intervient. S'il paie, il a recours contre lui et contre ses garants, soit par l'action do mandat, s'il était désigné comme besoin, soit par l'action de gestion d'affaires. S'il n'avait pas désigné celui pour qui il intervient, il serait censé intervenir pour tous les signataires, aurait recours contre eux tous, et devrait leur faire à tous la notification de l'art. 127.

L'intervenant est tenu de notifier sans délai son intervention à celui pour qui il est intervenu (a. 127); car celui-ci peut avoir à demander des sûretés à ses garants, ou, si c'est le tireur, il n'enverra pas la provision, ou la réclamera au tiré qui a refusé d'accepter.

703. L'acceptation par intervention n'enlève pas au porteur les recours qui lui appartiennent faute d'acceptation (a. 128). Cette règle peut paraître singulière ; puisque le porteur a une garantie personnelle, comme il y avait droit, comment peut-il encore demander une caution ? C'est que l'intervenant peut être peu solvable ; et que les divers garants pourraient envoyer un homme de paille accepter par intervention afin d'éviter de fournir une caution sérieuse.

Mais alors quelle utilité présente l'intervention ? Cette utilité est restreinte, mais elle existe : on trouvera plus facilement une caution en présence de la garantie présentée par l'intervenant ; d'autre part le porteur, en pratique, ne demandera pas une caution si l'intervenant est solvable.

704. Le tiré pourrait, en refusant l'acceptation simple, et après protêt fait, accepter par intervention. Il peut y avoir intérêt dans deux cas : — 1° S'il n'a pas provision, pour s'assurer un recours en intervenant pour l'un des endosseurs, tandis que comme tiré il n'aurait de recours que contre le tireur ; — 2° même en intervenant pour le tireur, si c'est un tireur pour compte, afin de s'assurer un recours contre celui-ci, tandis qu'en acceptant purement et simplement, il n'aurait de recours que contre le donneur d'ordre (art. 115). — On ajoute souvent un troisième intérêt : ce serait pour ne pas établir contre lui-même la présomption de provision (art. 117) ; mais il n'est pas nécessaire pour cela de laisser faire le protêt : il suffit d'accepter en mettant : *accepté sans provision*.

Dans ces cas, il semble que l'art. 128 ne devrait pas s'appliquer, car le porteur a bien ce qui lui a été promis, l'engagement personnel du tiré. Pourtant l'article est tout à fait général, et nous l'appliquerons ici ; on peut dire que cette acceptation restreinte rend douteuse la solvabilité du tireur ou du donneur d'ordre, et peut donner au porteur droit à une autre garantie.

§ 8

De l'aval.

705. L'*aval* est le cautionnement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (a. 141) ; car, à la différence de la provision et de l'acceptation dont nous venons de parler, l'aval peut s'appliquer aussi à un billet à ordre. — Le mot vient des deux mots *à valoir*, qui ont servi et peuvent servir encore à exprimer l'engagement du donneur d'aval.

Cet aval doit être donné par un *tiers* (art. 142, 1er al.), c'est-à-dire par une personne non déjà obligée au paiement, car sans cela son aval ne servirait à rien.

706. **Formes de l'aval.** — L'écriture est essentielle pour l'aval ; car l'article 142, 1er al., suppose toujours qu'il est écrit, ou sur la lettre ou ailleurs : on pourrait bien s'engager verbalement envers une personne à lui garantir le paiement d'un effet de commerce ; mais cette garantie serait toute personnelle et ne produirait pas les effets de l'aval.

Souvent l'aval est donné sur la lettre même (a. 142, 1er al.). Les mots *aval* ou *bon pour aval* ne sont pas sacramentels ; on pourrait mettre *cautionnement*, ou *bon pour la somme de...* ou *bon pour la garantie du montant d'autre part*. Il suffirait même simplement de mettre sa signature auprès de celle qu'on veut garantir (art. 140).

Il peut être donné par acte séparé (art. 142, 1er al.), notamment par la correspondance. C'était discuté sous l'empire de l'ordonnance, mais déjà très usité ; et on l'a admis dans les travaux préparatoires. Aujourd'hui encore on emploie beaucoup ce mode, parce que l'aval inspire des soupçons sur la solvabilité des parties ; aussi on évite de l'inscrire sur la lettre. — Mais alors il faut que l'effet que l'on veut garantir soit parfaitement spécifié. Le mieux est de copier complètement l'effet, et d'ajouter : *je soussigné déclare garantir le paiement de la lettre de change ci-dessus transcrite.*

797. **Effets de l'aval.** — Le donneur d'aval est une caution *solidaire* (a. 142, 2°), qui ne peut invoquer, ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division, mais qui néanmoins, n'étant que caution, peut invoquer les exceptions du chef du débiteur principal qu'elle a cautionné. — Il est tenu « *par les mêmes voies* » (a. 142, 2° al.), c'est-à-dire devant la juridiction commerciale, et autrefois avec la contrainte par corps. — Il en résulte que l'aval est un acte essentiellement commercial, quelque, en général, celui qui cautionne même une dette commerciale s'oblige civilement. — Cet effet se produit aussi bien lorsque l'aval est donné par acte séparé, puisque le second alinéa de l'art. 142 se réfère par sa généralité aux deux cas du premier.

« *Sauf les conventions contraires des parties* » (a. 142, 2° al.).

Le donneur d'aval doit indiquer quel est celui des signataires qu'il veut cautionner, soit expressément, soit par le rapprochement des deux signatures. Alors, il est obligé au rang de celui qu'il a cautionné, il est libéré, si on le libère, et, s'il paie, il a recours contre lui et ses garants (analogie de l'art. 120, 2° al.). — S'il n'a pas déterminé celui qu'il cautionnait, il sera censé avoir cautionné le tireur, n'aura de recours que contre lui, sera exposé au recours de tous les endosseurs, et ne pourra leur opposer les déchéances de l'art. 170 s'il n'y avait pas provision ; il sera même exposé au recours du tiré qu'il aurait payé à découvert. — Il est obligé comme ceux qu'il garantit, par conséquent, il ne peut opposer le défaut de protêt si le porteur en avait été dispensé par ceux-ci, ou s'il a cautionné le souscripteur d'un billet à ordre (cf. n. 838). — Mais, en général, le protêt doit lui être dénoncé comme aux autres garants, et il pourrait invoquer les déchéances des art. 168-170, et la prescription de cinq ans.

§ 4

De la solidarité.

798. Nous en avons indiqué le principe à l'égard des endos-

seurs ; elle s'applique aussi à tous les signataires : tireur, accepteur et donneur d'aval (n. 140).

Il y a solidarité entre eux ; mais c'est une *solidarité imparfaite* qui s'écarte en plusieurs points de la solidarité ordinaire : — 1° Les interpellations adressées à l'un des codébiteurs ne produisent pas d'effet à l'égard des autres, contrairement à la règle des art. 1206 et 1207, C. civ. ; cette exception résulte de l'art. 167, 1er al., C. com., d'après lequel les délais pour agir contre chacun d'eux partent du même moment, le protêt, et ne sont pas prolongés par les poursuites dirigées contre les autres ; — 2° le porteur *doit* s'adresser d'abord à l'un des codébiteurs déterminé, le tiré dans la lettre de change, le souscripteur dans le billet à ordre, tandis qu'en droit commun, le créancier peut s'adresser à l'un quelconque des codébiteurs solidaires (C. civ., art. 1202, 2021) ; c'est seulement après le protêt fait contre le tiré ou le souscripteur, que le porteur a le choix pour son recours entre tous les garants ; — 3° le codébiteur qui a payé a recours contre ses coobligés, non pas divisément comme en droit commun (C. civ., art. 1213) ; mais solidairement contre chacun des endosseurs antérieurs, qui a garanti pour le tout la créance cédée.

En somme il serait plus exact de dire qu'ils sont garants les uns des autres dans l'ordre que nous avons établi entre eux.

Cette espèce de solidarité pourrait cesser en vertu d'une clause formelle ; p. ex. en cas d'*endos sans garantie*, mais au profit seulement de celui qui aurait inséré cette clause (v. n. 758) ; ou bien si la traite avait été stipulée par une clause de son texte *transmissible sans garantie*, et alors cette clause profiterait à tout le monde.

Tous les recours solidaires sont supprimés pour tous les effets non timbrés ou non visés pour timbre ; L. 5 juin 1850, art. 5. — Mais cet article ne parle pas du recours contre le donneur d'aval aussi l'on a jugé qu'il ne serait pas perdu.

SECTION IV.

DU PAIEMENT ET DU REFUS DE PAIEMENT.

Quatre paragraphes ; — 1° Paiement normal ; — 2° Non-paiement et ses conséquences immédiates ; — 3° Déchéances du porteur négligent ; — 4° Recours des coobligés entre eux.

§ Ier

Paiement normal.

Quatre divisions : — 1° Conditions du paiement ; — 2° Questions de validité du paiement ; — 3° Du cas de perte de la lettre de change ; — 4° Du cas d'une lettre de change fausse.

I. — **Conditions du paiement.**

709. Le paiement doit avoir lieu en espèces, puisque la lettre de change doit nécessairement avoir pour objet une somme d'argent (v. n. 712, 713, 721). — On pourrait seulement, avec le consentement mutuel des parties, donner en paiement autre chose, ou régler la lettre en effets de commerce, ou, enfin, la solder par compensation avec une dette du porteur actuel. — Revenons au paiement en argent.

L'article 143 suppose qu'on a indiqué en quelle monnaie la lettre serait payée, en or ou en argent, en monnaie française ou étrangère. Il décide qu'on doit payer en cette monnaie. C'est l'application du droit commun de l'art. 1243, C. civ. — Nous avons argumenté de cet article (v. n. 669) pour établir que malgré le cours forcé des monnaies françaises (C. pén., art. 475, 11°), on peut très valablement stipuler un paiement en monnaie étrangère, et à plus forte raison un paiement en un métal plutôt qu'en un autre.

La simple énonciation de la somme en monnaie d'un pays n'impliquerait pas nécessairement que le paiement devrait se faire en cette monnaie ; on peut en effet n'avoir eu la pensée que d'indiquer la quotité de ce qui serait payé. Tout dépendra

des circonstances, et nous pensons qu'on devrait présumer en général que le paiement devrait être fait dans la monnaie du pays où il aura lieu.

Si rien n'a été stipulé, la lettre devra être payée dans la monnaie du temps et du lieu du paiement (cf. C. civ., art. 1895).

Dans tous les cas où l'on offre au porteur une monnaie qu'il n'est pas tenu d'accepter, il a le droit de faire protêt et de recourir contre ses garants.

800. Le tiré qui paie doit exiger qu'on lui remette la lettre de change et qu'on la revête de l'*acquit* du porteur.

En cas de lettre à plusieurs exemplaires, on peut se contenter de la présentation et de la remise d'un seul, à moins que l'acceptation du tiré ne se trouve sur un autre (art. 147, 148).

Exceptions au droit commun.

801. 1° *Possibilité d'un paiement partiel* (a. 156).

On peut supposer d'abord que ce paiement est agréé par le porteur ; alors celui-ci ne peut évidemment recourir que pour le surplus (a. 156). — *b. Mais est-il forcé de l'accepter*, malgré l'art. 1244, 1er al., C. civ. ? Il faut répondre affirmativement : — d'abord l'acceptation peut être partielle (article 124) ; dans ce cas, aucun doute qu'on ne puisse payer ce qu'on a uniquement promis ; — mais, même dans le cas où l'on a accepté purement et simplement, ou bien où l'on n'a pas accepté du tout, il faut admettre la même solution : l'art. 156 paraît bien dire que le paiement partiel doit être accepté par le porteur : en disant qu'il est à la décharge du tireur et des endosseurs, il paraît bien vouloir signifier qu'il y a droit acquis pour eux à ce que le porteur le reçoive ; — si la loi autorise l'acceptation pour payer partiellement (art. 124), il est impossible qu'elle prohibe le paiement partiel ; — le porteur qui refuserait ne compromettrait pas seulement ses intérêts, mais encore ceux de ses garants, dont il n'a pas le droit de disposer ; — enfin, en droit civil, les juges peuvent au moins autoriser un paiement partiel (C. civ., art. 1244, 2e al.) ; mais ici cela ne serait pas possible (C. comm., art. 157) ; la position serait donc plus rigoureuse, si l'on ne regardait pas ce paiement comme permis.

802. 2° *Le porteur ne peut être forcé à recevoir un paiement anticipé*,

(a. 146). Ceci est contraire à l'art. 1187, C. civ. : en général le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme qui est toujours présumé stipulé en sa faveur. Ici, au contraire, le terme est censé stipulé en faveur des deux parties, parce que le porteur peut avoir intérêt à recevoir son argent au lieu dit et à l'échéance fixée. — Il y a une seule exception ; c'est dans l'art. 120 ; en cas de recours faute d'acceptation, le garant poursuivi peut, pour se dispenser de trouver une caution, payer immédiatement la lettre de change.

II. **Questions de validité du paiement.**

Il y a en cette matière deux dérogations au droit commun.

803. 1° *Le tiré qui paie normalement est présumé valablement libéré.* — En général, le débiteur, qui paie à un incapable ou à celui qui n'est pas propriétaire de la créance, est obligé de payer de nouveau au véritable créancier ou à celui qui a la capacité de recevoir pour le créancier (C. civ., art. 1240). Ici le tiré n'encourt cette responsabilité que s'il paie avant l'échéance (a. 144). Mais s'il paie après, il n'est plus responsable (a. 145). C'est que le porteur est inconnu au tiré, et que celui-ci n'a pas le temps de vérifier sa qualité ou sa capacité, puisqu'il doit payer immédiatement sous peine de protêt. — Mais le tiré est seulement *présumé libéré* : cela veut dire qu'on peut prouver qu'il connaissait, soit l'incapacité du porteur, soit l'illégitimité de sa possession, ou qu'il aurait pu la connaître en vérifiant sur le titre les endossements, ou en lui faisant signer un acquit; ou enfin qu'il y a eu une opposition valablement faite entre ses mains.

804. 2° *Une opposition au paiement ne peut être fondée que sur deux causes rigoureusement limitées* (a. 149). En droit commun une *opposition* peut venir de toute personne intéressée à ce que le paiement n'ait pas lieu ; une *saisie-arrêt* est une espèce particulière d'opposition émanée d'un créancier, qui veut se faire payer à la place de son débiteur (art. 1166, C. civ.) Ici, l'opposition ne peut venir que du véritable propriétaire qui avait perdu la lettre. Elle ne peut venir des créanciers du porteur qu'autant que celui-ci est en faillite, et alors elle est faite par les syndics de la faillite ; l'article 149 proscrit donc *toute saisie-arrêt* faite par un créancier du porteur non failli.

805. No faudrait-il pas ajoutor un cas à l'art. 140, colui où lo portour est dovonu *incapable* ? Est-co quo lo tuteur du portour intordit, ou lo mari do la femmo qui ost portour d'uno lottro do chango, no pourraiont pas faire opposition pour empêcher quo lo tiré no payât ontro los mains do l'incapablo ? On l'a soutonu. Mais l'a. 140 ost trop formol pour quo cotto opposition puisso êtro admiso. Soulomont il suffira quo lo tuteur ou lo mari avortisso lo tiré, par uno sommation, do l'incapacité du portour. Dès lors lo tiré, constitué do mauvaiso foi, no so libérora pas valablomont (v. n. 803), ot l'on pourra lo faire payor do nouvoau.

L'art. 149 n'autorise pas uno saisio-arrêt do la part des créanciers du tireur ; nous en avons argumonté pour conclure qu'on cas do faillito do colui-ci lo portour sera payé intégralement, qu'il est propriétaire do la provision (v. n. 773).

III. — Du cas de perte de la lettre de change.

806. Lo porteur qui a perdu uno lettre do change doit d'abord faire opposition au paiomont avant l'échéance, et cette opposition arrêtera lo paiomont (art. 149) ; si par hasard lo tiré avait payé avant l'échéance, il pourrait être obligé de payer de nouveau (art. 144). — Mais il ne suffit pas qu'il empêche de payer les autres, il faut qu'il puisso se faire payer. Pour cela, que doit-il faire ?

807. 1° **Précautions à prendre avant l'échéance.**

Il peut vouloir se procurer un nouvel exemplaire pour le négocier ou pour se faire payer plus facilement. Pour cela, il remonte la filière des endossements (a. 154), grâce à ce que chaque endosseur connaît au moins celui qui le précède. — C'est lui qui fait toutes les démarches et paie tous les frais (a. 154), car c'est par sa faute que la lettre s'est perdue. Il obtiendra du tireur un nouvel exemplaire, qualifié de deuxième de change, avec mention que le paiement sur cet exemplaire annule le premier. Puis il redescendra la filière pour faire rétablir les endossements ; et alors le tiré pourra sans crainte payer sur cet exemplaire (art. 147 et 150). A moins, toutefois, que l'exemplaire perdu ne fût revêtu de son acceptation ; car le tiré ne pourrait accepter ou payer le nouvel exemplaire sans s'exposer à payer deux fois. Dans ce cas, le porteur devra garantir

le tiré contre cette éventualité en donnant caution (a. 151).

2° Manière de procéder à l'échéance.

808. Il faut rassurer le tiré contre l'invalidité du paiement. Pour cela, deux règles.

1° *Celui qui a perdu la lettre doit justifier de sa propriété*, soit par un autre exemplaire, qui rétablit la filiation de sa propriété (a. 150), soit, à défaut, par ses livres (a. 152).

Il ne pourrait prouver sa propriété par sa correspondance seule; on a supprimé exprès cette faculté dans le projet, parce qu'on a dit qu'il devait avoir tenu ses livres régulièrement. Il faudrait évidemment en dire autant *à fortiori* de la preuve par témoins. — Son droit est constaté par le président du tribunal, qui, même en présence du témoignage de ses livres, ne lui donnerait pas nécessairement gain de cause; il pourrait tirer des circonstances, par exemple de son long silence, la présomption qu'il a été payé.

809. 2° *Il doit donner caution au tiré*, de l'indemniser s'il était obligé de repayer; ce qui ne peut se présenter qu'en cas d'acceptation (a. 151). Il faut une ordonnance du président du tribunal qui appréciera la valeur de la caution.

Au contraire, s'il n'y a pas eu acceptation et qu'on ait un autre exemplaire, la loi n'exige plus de caution, car le tiré peut toujours se refuser à payer sur l'exemplaire perdu : art. 150.

La même règle devrait s'appliquer toutes les fois qu'il n'y a pas eu acceptation, lors même que l'on n'a pas d'autre exemplaire : car le tiré ne peut toujours pas être forcé de payer de nouveau. Néanmoins la loi exige la caution quand il n'y a pas d'autre exemplaire sans distinguer entre le cas d'acceptation ou de non acceptation : art. 152. Il faudra se conformer à la loi; mais la caution ne s'engageant qu'à *indemniser* le tiré, sera d'avance à l'abri de toute poursuite, puisque le tiré ne peut jamais subir de dommage.

La caution n'est engagée que pendant trois ans, quoique le tiré soit exposé pendant cinq ans (art. 189). C'est qu'on a voulu faciliter la recherche d'une caution ; et déjà sous l'ordonnance on avait expérimenté qu'il n'y a pas de danger au delà.

Si le paiement est refusé malgré ces précautions, le porteur

doit faire un *acte de protestation* pour conserver ses droits (n. 153). L'acte de protestation diffère du protêt uniquement en ce qu'on n'y copie pas la lettre de change, ce qui serait impossible puisqu'elle est perdue.

IV. — **Du cas d'une lettre de change fausse.**

810. D'abord le tiré pourrait se refuser de payer, s'il s'aperçoit de la fausseté. Cela ne peut faire aucun doute s'il n'a pas accepté, car il n'est nullement lié. Mais, lors même qu'il aurait accepté, il pourrait encore refuser de payer ; car nous avons dit qu'il pourrait invoquer la nullité de son acceptation comme faite sur une fausse cause (n. 786).

S'il avait payé, — Q. *Pourrait-il réclamer au porteur ce qu'il lui a payé* ? Nous n'hésitons pas à l'admettre, quoique cette question ait donné lieu à beaucoup de controverses : car il a payé sans cause (C. civ., art. 1131) ; il a payé par erreur ce qu'il ne devait à aucun titre (C. civ., art. 1376). — On objecte que le porteur qui lui rendrait la somme payée serait privé de tout recours ; car il n'a pas fait le protêt le lendemain de l'échéance, et il ne pouvait pas le faire puisqu'on le payait. Nous répondrons qu'il n'y a pas lieu de lui appliquer cette déchéance de l'art. 168 : par la raison très simple qu'il n'y a jamais eu de lettre de change, puisque l'acte a été faux dès l'abord ; or l'art. 168 ne s'applique qu'aux lettres de change ou aux billets à ordre. Le porteur qui aura remboursé le prétendu tiré aura donc lui-même la *condictio indebiti* contre son endosseur, sans être assujetti à aucune forme, à aucun délai, autres que ceux du droit commun. Et de même tous les porteurs successifs. Les signataires sont dans la position de personnes ayant reçu une pièce de monnaie fausse, qui peuvent s'en demander de proche en proche le remboursement en remontant jusqu'au faussaire.

811. Nous admettrions la même solution dans le cas où une lettre de change aurait été altérée par l'exagération de la somme qui y était primitivement indiquée.

§ 2

Refus de paiement et ses conséquences immédiates.

812. Le refus de paiement donne au porteur le droit de recou-

rir solidairement contre ses garants (art. 164); ordinairement le porteur recourt contre son cédant immédiat qu'il connaît seul et dont il a suivi la foi.

Trois points : — 1° devoirs du porteur, diligences à faire ; — 2° droits du porteur, ce qu'il peut réclamer ; — 3° paiement par intervention.

I. — **Devoirs du porteur.**

813. Il doit d'abord se présenter exactement *à l'échéance* (a. 161).

Cette obligation ne lui est pas imposée dans l'intérêt du débiteur de l'effet (tiré accepteur, ou souscripteur du billet à ordre); car il pourrait toujours lui demander le paiement jusqu'à la prescription. Seulement le débiteur pourrait, s'il le voulait, se libérer, en consignant la somme à la caisse des dépôts et consignations, trois jours après l'échéance, et sans offres réelles préalables ; car le porteur lui est inconnu sans doute ; quand le porteur se présentera, le tiré se libérera en lui remettant l'acte de dépôt, au moyen duquel toute personne peut toucher (L. 6 therm. an III, et Ord. 3 juill. 1816).

Cette obligation est imposée au porteur dans l'intérêt des garants contre qui il voudra recourir. Elle a pour sanction que, s'il ne fait pas protêt le lendemain de l'échéance, il sera déchu de la plupart de ses recours (v. art. 168). — Mais cette menace ne l'oblige pas à se présenter le jour même de l'échéance. Il se mettrait en règle avec l'art. 168 en se présentant seulement le lendemain et en faisant protêt immédiatement. En effet, il n'encourra aucune peine pour avoir agi ainsi, si personne n'en souffre, si le tiré est aussi solvable le lendemain que le jour même.

814. Lorsque la lettre est à vue ou à un certain délai de vue, il a le choix de fixer cette échéance ; pourtant il n'a pas une liberté complète, il doit présenter la lettre dans les trois mois de sa date, sauf les délais de distance (a. 160). La loi l'exige pour qu'on ne laisse pas trop longtemps tous les intéressés dans l'incertitude. — Le premier alinéa de l'a. 160 s'applique aux lettres de change de France sur France ; il les comprend dans ses termes quoiqu'il ne les spécifie pas expressément, puisqu'il parle des lettres du *continent de l'Europe* sur la France. — Le dernier

alinéa permet de modifier ces délais par une stipulation expresse.

Tous ces délais une fois fixés sont de rigueur pour le débiteur (a. 135, 157). Ces articles font exception à l'art. 1244, 2e al., C. civ. relatif au terme de grâce. — En pratique, à Paris, du moins au-dessous de mille francs, les juges accordent un délai de vingt-cinq jours, et cela du consentement du créancier, parce que le débiteur en faisant défaut sur la poursuite, puis opposition au jugement, gagnerait au moins ce temps.

815. S'il y a **refus de paiement**, alors le porteur a trois obligations : — 1° protêt ; — 2° dénonciation du protêt et sommation de payer à ceux contre qui il veut recourir ; — 3° faute de paiement par eux, assignation en justice.

1° Protêt faute de paiement.

Le protêt est la constatation authentique du refus d'accepter ou de payer. — Il y a le protêt *faute d'acceptation* et le protêt *faute de paiement ;* tous deux se font dans les mêmes formes. Seulement aucun délai n'est fixé pour le protêt faute d'acceptation, et l'on n'encourt aucune déchéance en le retardant (v. n. 789).

Les protêts devaient être faits par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ou par un huissier et deux témoins (a. 173, 1er al.). La nécessité des témoins a été supprimée par un décret du 23 mars 1848.

Le protêt doit être fait (a. 173, 2e al.) : — 1° au *tiré*, lors même qu'il aurait refusé l'acceptation ; — 2° à l'*accepteur par intervention ;* — 3° aux *besoins*, s'il y en a. Il n'y a aucun doute pour les besoins indiqués par le tireur. Mais nous n'admettons pas qu'il faille sous peine de déchéance, faire le protêt aussi chez les besoins indiqués par les endosseurs ; car l'art. 173 parle seulement des besoins « *indiqués par la lettre de change* », ce qui exclut ceux indiqués après coup.

L'article dit que le protêt doit être fait *au domicile*. En général, les significations peuvent se faire aussi à personne ; mais il faut admettre que la loi exige rigoureusement que le protêt soit fait au domicile : — c'est là seulement que le tiré ou les autres personnes ont leurs livres pour vérifier immédiatement s'ils doivent et ce qu'ils doivent payer ; ils peuvent bien n'avoir pas ailleurs

la somme pour payer. — Pour les mêmes raisons, le domicile doit s'entendre du domicile commercial. — Si l'huissier ne trouve personne, il laissera le protêt à un voisin ou au maire, suivant l'art. 68, C. pr. civ. Si l'adresse est fausse, il fera un acte de perquisition (art. 173, *in fine*); puis remettra le protêt au parquet du procureur de la République, qui visera l'original, et fera afficher la copie (C. pr. civ., art. 69, 8°).

« *Par un seul et même acte* » (a. 173) : il y aura autant de copies que de parties, puisqu'il faut en laisser une à chacune d'elles (a. 176); mais il n'y aura qu'un original constatant toutes ces significations.

Les notaires et huissiers doivent aussi copier les protêts sur un registre (a. 176), parce que le protêt, voyageant chez les divers garants, est exposé à beaucoup de risques de perte.

« L'acte de protêt contient : — la transcription littérale de la lettre de change, de l'acceptation, des endossements, et des recommandations qui y sont indiquées, — la sommation de payer le montant de la lettre de change. — Il énonce : — la présence ou l'absence de celui qui doit payer, — les motifs du refus de payer, et l'impuissance ou le refus de signer » (art. 174). La loi ne dit pas que ces formalités soient exigées à peine de nullité : les tribunaux pourront donc reconnaître comme suffisant un protêt même incomplet, s'ils jugent que les omissions ne lèsent en rien ceux à qui on l'oppose.

En pays étranger on suivra les formes du pays.

816. *Quel jour doit être fait le protêt?*

« *Le lendemain de l'échéance* » (a. 162); en effet, le dernier jour du terme appartient tout entier au débiteur; s'il était fait le jour même, il serait nul. — Pour les lettres à vue, l'échéance est le jour même où on les présente; on doit donc faire protêt exactement le lendemain. — Si ce jour est un jour férié légal, le protêt est fait le jour suivant.

Le lendemain, au moment du protêt, le tiré peut encore payer; mais, pour empêcher le protêt, il doit offrir, outre le montant de l'effet, les frais de la sommation qui précède le protêt, car il faut payer l'huissier qu'on a dérangé; si l'on n'offre pas ces frais, le protêt est légitime.

Le protêt est une obligation stricte; rien ne peut y suppléer (a. 175).

Seulement en cas de perte de la lettre, on y supplée par un acte de protestation (a. 150), qui ne diffère du protêt qu'en ce qu'on n'y copie pas la lettre.

On n'en est pas dispensé en cas de protêt faute d'acceptation ; le tiré a pu se raviser ; peut-être a-t-il reçu la provision dans l'intervalle ; — ni en cas de mort du tiré, son héritier peut très bien payer ; — ni en cas de faillite du tiré ; alors ni le tiré, ni ses syndics ne peuvent payer ; on ne voit donc pas l'utilité du protêt ; mais c'est précisément le moyen, uniformément imposé par la loi, de constater l'impossibilité de payer ; de plus, le protêt peut provoquer, et en tout cas rend possible, le paiement par intervention.

Il n'y a d'exception que : — 1° en cas de force majeure, et encore à la condition que la force majeure n'ait pas été précédée d'une faute du porteur ; — 2° en cas de clause de *retour sans frais*, ou autre équivalente (v. n. 818).

En cas de faillite de l'accepteur avant l'échéance, il y a lieu à un protêt (a. 163, 2e al.), qui, pour nous, est un protêt faute d'acceptation, et le recours auquel il donne lieu n'a pour but que l'obtention d'une caution (v. n. 935).

817. 2° **Dénonciation du protêt,** par acte d'huissier ; et ensuite,

3° **Assignation en justice,** dans la forme des ajournements ; le tout adressé à ceux contre lesquels on veut recourir, dans un seul délai de quinze jours, plus les délais de distance (a. 168, et 160).

Le délai de quinzaine n'est pas allongé dans le cas où il viendrait à expirer un jour férié légal ; alors l'assignation devra avoir lieu au plus tard le quatorzième jour.

Ces délais sont individuels pour chaque coobligé (a. 167, 1er al.), et ont tous pour point de départ le protêt ; ce qui prouve que les poursuites contre l'un des coobligés n'interrompent pas la prescription à l'égard des autres, c'est-à-dire qu'il n'y a entre eux que solidarité imparfaite.

En pratique, la dénonciation et l'assignation en justice se font

par un seul et même acte, parce que l'on a préalablement demandé à l'amiable le remboursement.

818. S'il y a clause de **retour sans frais**, on est dispensé non seulement du protêt, mais encore des délais pour la dénonciation et l'assignation. Mais évidemment, on doit toujours prévenir ses garants à l'amiable.

II. — **Droits du porteur.**

819. Il a le droit de recourir contre ses garants solidairement. — Il peut les poursuivre (a. 164) : — soit collectivement, et alors il les assignera au domicile de l'un d'eux, à son choix (C. pr. civ., art. 59, 2e al.); — soit isolément, chacun à son domicile. Ordinairement, il recourt seulement contre son cédant immédiat qu'il connaît seul.

Il peut faire une **saisie conservatoire** sur leurs meubles avec permission du juge (a. 172). — Cette saisie a uniquement pour but d'empêcher le détournement des effets; elle ne donne pas le droit de vendre.

820. **Que va-t-il demander?** en justice, si l'on refuse; mais d'abord à l'amiable.

Il doit adresser à son garant (art. 181, 7e al.) : la lettre de change, le protêt ou une expédition du protêt, et le *compte de retour* (a. 180) ou compte de ce qui est dû. Ce **compte de retour** comprend (ancien art. 181, 1er, 2e, 3e al.,et nouvel art. 178) : — 1° le *principal* de la lettre; — 2° les *intérêts* de ce capital; — 3° les *frais* de protêt et de dénonciation.

Les *intérêts du capital* courent de plein droit du jour du protêt (a. 184). En cas de dispense de protêt, ils courent du jour de l'échéance. — En cas de protêt tardif, ils courraient toujours du jour du protêt : texte de l'a. 184.

Mais les intérêts des frais ne courent que de la demande en justice (a. 185).

821. Le mode ordinaire de recouvrer amiablement ces sommes est une nouvelle lettre de change tirée par le porteur sur son garant et causée *valeur en remboursement de l'effet ci-joint non payé*. On l'appelle une **retraite**, parce que c'est une traite en sens inverse de la première (a. 178).

Il y a lieu alors à un *nouveau change*; car le porteur escomp-

tera sa retraite au lieu où le paiement devait être fait; c'est un droit pour lui, puisque, en vertu du contrat de change primitif, il doit recevoir la somme *dans ce lieu même;* alors il subira la retenue du change de ce lieu sur celui où la retraite est payable; et par conséquent il le réclamera à ses garants, en grossissant d'autant le montant de sa retraite (nouvel art. 168, 4°). C'est ce qu'on appelle le **rechange** (a. 179). — On appelle aussi *rechange*, l'ensemble de l'opération faite par le porteur non payé (a. 177).

La retraite est à un délai très court, pour permettre au porteur, si elle n'est pas payée, d'assigner le garant dans la quinzaine du premier protêt. Le timbre de cette retraite [1] doit être aussi compris dans le compte de retour (nouvel a. 178, 5e al.).

Très souvent on crée la retraite sans l'escompter : on l'envoie à un correspondant qui la touchera, ou même au garant, qui devient le nouveau tiré, si l'on a confiance en lui. Alors quelle utilité y a-t-il à faire une retraite ? C'est l'usage; cela est considéré comme plus commercial; cela permet de fixer le jour du paiement, et de calculer les intérêts jusqu'à ce jour.

822. Il arrivait qu'on grossissait outre mesure le compte de retour; la garantie de l'agent de change qui devait le certifier (a. 181, 3e al.) sous peine de perte du droit au rechange (a. 186), était illusoire. Aussi un **décret du 21 mars 1848** modifia les art. 178 et 179, et suspendit l'exécution des art. 180, 181 et 186, dont une partie a été versée dans le nouvel art. 178. Ces décisions étaient rendues à titre provisoire, mais elles n'ont jamais été rapportées; il faut donc les considérer comme étant toujours en vigueur : en effet, elles rentraient dans la compétence du gouvernement provisoire qui exerçait le pouvoir législatif; et, dans la discussion de la L. 5 juin 1850 sur le timbre, on a dit formellement qu'elles s'appliquaient toujours. En pratique, elles sont toujours appliquées.

Par l'art. 179, tel qu'il est modifié dans ce décret, le rechange est réglé pour la France continentale uniformément comme suit : — un quart pour cent sur les chefs-lieux de département; — demi pour cent sur les chefs-lieux d'arrondissement; — trois

1. Egal à celui de la lettre de change, L. 5 juin 1850, a. 1er.

quarts pour cent sur toute autre place ; — en aucun cas, il n'y aura lieu à rechange dans le même département. L'uniformité des changes en France est la conséquence logique de ce qu'en fait il n'y a plus de change réel d'une place de France sur une autre place de France, mais seulement certains frais de recouvrement et de courtage. C'est pourquoi l'application du décret ne fait aucune difficulté dans la pratique. — Pour l'étranger, on conserve le change réel (nouvel art. 179, 6e al.).

823. Pour terminer avec le rechange, il nous faut empiéter un peu sur les recours des coobligés entre eux. — Supposons que le porteur a recouru contre le cinquième endosseur, *Quintus*; celui-ci veut recourir contre un endosseur précédent, *Tertius*. Il *ne devra pas* faire une retraite : — l'art. 178 du C. comm. ne parle que du porteur pour faire la retraite ; — et la pratique est d'accord avec le texte de cet article, dont l'usage fixe ainsi le sens restrictif ; — cela tient, suivant nous, à ce qu'il n'a pas comme le porteur un droit absolu à être remboursé à un endroit plutôt qu'à un autre, ni par conséquent à émettre une retraite pour l'escompter sur place : sans doute, s'il était encore porteur, il aurait le droit d'être payé au lieu où la première lettre de change était payable ; mais en endossant il a consenti à être payé ailleurs, puisqu'il a reçu la valeur de l'effet au lieu où il a endossé ; maintenant ce n'est pas au lieu d'échéance qu'il demanderait à être payé, c'est à l'endroit où il se trouve : il n'a pour cela aucun droit.

Il ne fera pas non plus un nouveau compte de retour (a. 182) ; il ajoutera seulement au compte qu'il a payé ses propres frais de correspondance, et les intérêts du capital, depuis le moment où il a remboursé jusqu'au moment où il touchera (nous l'admettons du moins).

D'après l'art. 183 : « Les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur. » On justifie cet article par un motif d'humanité : le législateur n'a pas voulu grever le dernier garant outre mesure. Mais nous dirions plutôt que, n'ayant pas le droit d'être payé dans un endroit déterminé, il n'a pas le droit de se faire tenir compte du change par cela seul qu'on le paie en un autre endroit. Il n'y

aura donc toujours qu'un seul rechange porté au compte de re tour.

Q. *Mais quel sera ce rechange*? Sera-ce le premier payé ou un autre? La question a encore de l'intérêt depuis le décret de 1848, si les places où demeurent les différentes parties ne sont pas toutes du même ordre. Nous admettons que ce sera *celui que le premier endosseur poursuivi a payé*, c'est-à-dire du lieu où le paiement devait avoir lieu sur son domicile à lui; ou, en d'autres termes, le même qui a été payé au porteur qui le premier a fait retraite. — C'est le système que paraît consacrer l'art. 182: après avoir dit qu'il ne sera fait qu'un seul compte de retour, il ajoute: « *Ce compte de retour* est remboursé d'endosseur en endosseur, » etc.; c'est donc le premier compte de retour, avec tous ses éléments, qui doit être remboursé par Tertius à Quintus dans notre espèce; donc, le rechange qui doit être payé entre eux, c'est *le même* qui a été payé la première fois et qui a figuré dans le premier compte de retour; autrement, ce ne serait plus *le même* compte de retour; — en raison, cette solution s'impose à nous, car l'endosseur Quintus, nous l'avons dit, n'a pas le droit d'être payé en un lieu plutôt qu'en un autre, ne doit pas faire retraite (v. n. 823) et, par conséquent, n'a pas droit à faire subir un change, en son nom personnel, à l'endosseur précédent (Tertius). — Pour les autres systèmes v. notre *Cours*.

III. — Paiement par intervention.

824. Nous trouverons ici beaucoup d'analogies avec l'acceptation par intervention. — On l'appelle aussi *paiement sous protêt* ou *par honneur*.

C'est seulement après le protêt et à la suite de cet acte, qu'on peut payer par intervention (a. 158); car c'est le tiré qui normalement doit payer, et ce paiement donnerait une solution plus prompte aux rapports qui existent entre toutes les parties; il faut que son refus soit d'abord constaté. Si l'intervenant payait avant cela, il ne serait pas subrogé aux droits du porteur; car cette subrogation étant exceptionnelle ne se produit que si l'on est exactement dans le cas prévu par la loi. — On peut payer « *pour le tireur ou pour un endosseur* » (a 158); le payeur par intervention doit bien indiquer celui pour lequel il paie, afin de se réser-

ver son recours contre lui. Du reste il peut intervenir pour l'un quelconque des obligés : tireur, endosseur-accepteur, donneur d'aval, caution de l'art. 120.

Le payeur est subrogé légalement dans les droits du porteur (a. 159, 1er al.). Cette disposition est une faveur spéciale faite pour encourager le paiement de la lettre de change; car, d'après le droit commun de l'art. 1251, C. civ., le payeur ne serait pas subrogé de plein droit, parce qu'il n'était pas tenu personnellement au paiement. — Cette subrogation a pour effet de lui permettre de recourir, non seulement contre celui pour lequel il intervient, ce qui résulterait des principes du mandat ou de la gestion d'affaires; mais encore contre les garants de celui ci, contre lesquels, sans cela, il n'aurait que l'action oblique de l'article 1166, C. civ., en concours avec tous ses créanciers. — Mais elle ne lui permet pas de recourir, comme le porteur, contre les signataires postérieurs à celui pour lequel il intervient ; car, en intervenant pour lui, il fait produire au paiement les mêmes effets que si c'était celui-ci qui le fit (a. 159, 2e, 3e al.).

S'il n'a pas déterminé pour qui il intervient, il a son recours contre tous.

Si plusieurs se présentent, on doit préférer celui qui opère le plus de libérations (a. 159, 4e al.). Cette règle n'a pas de sanction dans la loi ; il faut dire que, si le porteur acceptait le paiement de celui qui opère le moins de libérations, il ne pourrait pas recourir contre ceux qui auraient été libérés par un autre payeur; ceux-ci le repousseraient en lui opposant la faute qu'il a commise.

Q. *Faut-il appliquer cette règle à l'acceptation par intervention ?* Nous ne l'admettons pas : — en effet, un payeur en vaut un autre; au contraire, un débiteur n'en vaut pas un autre; il peut y avoir avantage, pour tous les signataires, à recevoir une obligation même moins libératoire plutôt qu'une autre beaucoup moins sûre.

Entre personnes opérant le même nombre de libérations, il faut préférer celui qui a mandat de payer, p. ex. un recommandataire, car on ne peut pas se porter gérant d'affaires quand une

autre personne a déjà mandat de faire l'acte exactement dans les mêmes conditions.

Le porteur ne pourrait refuser le payement par intervention ; cela résulte évidemment de ce qu'entre plusieurs payeurs par intervention la loi lui ordonne de préférer l'un aux autres ; d'ailleurs la subrogation légale édictée par l'art. 159, 1er al., rend tout à fait applicable ici l'art. 1236, C. civ.

825. Le tiré peut-il payer par intervention pour se réserver un recours, soit contre les endosseurs, soit contre le tireur pour compte ? Il ne le pourra pas, s'il a accepté la traite ; car il est dès lors obligé envers tous les endosseurs : en payant, il s'acquitte vis-à-vis d'eux et ne peut pas avoir la prétention de les obliger vis-à-vis de lui comme garants. — Il le pourra s'il n'a pas accepté (a. 159, dern. al.).

« *Il sera préféré à tous autres* ». Il faut ajouter : toutes choses égales d'ailleurs ; c'est-à-dire s'il opère autant de libérations qu'un autre. Alors il est naturel de le préférer, car on se rapproche de ce qui devait normalement avoir lieu ; c'est lui qui a, avant tout, mandat de tous les signataires pour payer (cf. n. 824).

§ 3

Déchéances du porteur négligent.

Plaçons le porteur négligent successivement en présence des différentes parties.

I. — A l'encontre du tireur.

826. Le porteur négligent sera déchu de son recours, mais seulement *s'il y avait provision* (a. 170, 1er al.) ; le tireur le renverra simplement à exercer son action contre le tiré, avec lequel il s'arrangera comme il pourra.

Il ne sera pas déchu *s'il n'y avait pas provision*. En effet, alors le tireur s'enrichirait aux dépens d'autrui : car il a reçu la valeur de la lettre de change au moment de son émission, et ne l'a jamais déboursée ; il garderait cette valeur sans cause ; à la différence des endosseurs, comme nous le verrons bientôt. Pour l'actionner, il faudra toujours que le porteur ait fait constater le

refus du tiré par un protêt même tardif : le seul avantage qu'ait le porteur, c'est qu'on ne peut pas lui opposer le retard.

A qui incombe la preuve qu'il y avait provision ? Au tireur, qui l'invoque comme moyen de défense, et doit établir le fondement de son exception (C. civ., art. 1315). Et l'art. 117 ne déroge pas au droit commun : sans doute, il dit que « *l'acceptation suppose provision*, » mais il ajoute que cette présomption ne peut pas être opposée par le tireur au porteur, ni aux endosseurs. En effet, le tireur peut bien facilement prouver qu'il a fait provision, car il a pu exiger un reçu. — Cette preuve, il la fera par tous les moyens, puisqu'il s'agit d'un acte commercial où la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme sont admises sans restriction. — Il n'y a pas de déchéance si le tireur a repris la provision d'une façon ou d'une autre, car il la garderait sans cause (a. 171). — Il n'y a pas non plus déchéance si la provision avait péri avant l'échéance ; car l'art. 170 exige qu'elle existe *à l'échéance*.

827. ❶. Si le tireur avait fait provision, *le porteur négligent peut-il le poursuivre en prouvant que le tiré était en faillite à l'échéance?* — 1er S. *Oui* : — car le retard ne cause aucun dommage au tireur, puisque le porteur, s'il s'était présenté à l'échéance, n'aurait pas été payé; — il n'y avait plus provision *à l'échéance*, puisque le tiré ne pouvait payer; or, le Code n'exonère le tireur que s'il y a provision à l'échéance ; v. art. 117, 3e al., et 170 (jurisprudence). — 2e S. *Non* (!) : — l'art. 160, 1er al., *in fine*, se référant à la même hypothèse que les art. 117 et 170, dit seulement « s'il *avait fait* provision », ce qui prouve que le législateur n'a pas ajouté une importance capitale aux mots « *à l'échéance* » dans les art. 117 et 170; il suffit, pour satisfaire à ces articles, que la provision n'ait pas péri et que le tireur ne l'ait pas reprise (art. 171); — d'après l'art. 116, il suffit pour qu'il y ait provision qu'il y ait à l'échéance dette du tiré envers le tireur ; la loi n'a pas dit qu'il fallût que le tiré fût solvable ; — l'art. 163 est très formel pour condamner le 1er système : le porteur *n'est pas dispensé du protêt par la faillite du tiré* ; la jurisprudence l'applique aux endosseurs seulement, et non au tireur; mais cette distinction est absolument divinatoire ; — la loi n'a pas voulu entrer dans les ques-

tions de préjudice; elle a imposé des devoirs faciles à remplir et prononcé la déchéance en cas d'inexécution; la jurisprudence ne tient pas compte du préjudice quand on poursuit les endosseurs, pourquoi en tenir compte à l'égard du tireur ? — la pensée de la loi est que ceux qui se sont mis en règle, le tireur comme les autres, ont dû, s'ils n'ont pas été poursuivis dans les délais, croire que la lettre avait été payée, et ont pu s'engager ailleurs; c'est ce qu'exige la rapidité des opérations commerciales.

Il n'y a pas de déchéances pour le porteur en cas de clause de *retour sans frais* ou autre équivalente; le tireur a renoncé d'avance à les opposer.

II. — **A l'encontre des endosseurs.**

828. Cette déchéance a lieu sans conditions à remplir par les endosseurs (a. 168) : c'est que chacun d'eux a sans doute reçu le montant de la traite en l'endossant, mais auparavant il l'avait lui-même déboursé en l'acquérant de l'endosseur précédent; — de plus, ils n'ont pas à faire provision, et n'ont pas pu se ménager la preuve qu'elle a été faite; — enfin, en voyant les délais expirés, ils ont dû se croire libérés et ont pu s'engager ailleurs. — Mais il faut que les endosseurs n'aient pas reçu d'une façon ou d'une autre la provision; ce qui du reste arrivera bien rarement (v. art. 171, et n. 826).

En présence de ce texte, il est impossible de tenir compte du préjudice causé aux endosseurs et d'écarter la déchéance, lors même que le tiré et le tireur seraient tous deux en faillite à l'échéance. La jurisprudence n'ose pas en tenir compte ; alors pourquoi s'en préoccuper lorsqu'il s'agit du tireur ? (v. au n. 827.)

820. Aux termes de l'a. 117, 2e al., l'acceptation établit la preuve de la provision à l'égard des endosseurs. Cette disposition n'a pas d'utilité, car jamais les endosseurs n'ont intérêt à prouver qu'il y avait provision : — si le porteur est négligent, l'art. 168 leur donne le droit de le repousser, quand même il n'y aurait pas provision; — si le porteur est diligent, ils auront beau établir qu'il y avait provision, ils n'échapperont pas à son recours; — enfin, s'ils veulent poursuivre le tiré accepteur, après avoir payé le porteur, auquel ils sont subrogés, ils le peuvent lors même qu'il

n'y aurait pas eu provision. L'art. 117 était déjà rédigé lorsque l'art. 168 en a supprimé l'utilité.

Cette déchéance ne sera pas encourue en cas de clause de *retour sans frais*.

L'endosseur qui a payé quoiqu'il pût invoquer la déchéance, ne pourra pas répéter, car il n'a pas pu ignorer cette exception que lui offrait la loi, et en ne l'invoquant pas il y a renoncé.

III. — **A l'encontre du tiré.**

830. Il n'y aura jamais de déchéance du porteur : — 1° Si le tiré n'a pas accepté et n'a pas provision, il peut refuser le payement même au porteur diligent. — 2° S'il a accepté, il ne peut jamais invoquer de déchéance contre le porteur même négligent : en effet, les autres obligés ont pu se croire libérés à l'expiration des délais fixés par la loi ; mais lui sait bien qu'il n'a pas payé. Il ne pourra donc opposer que la prescription de cinq ans (art. 189). — 3° S'il n'a pas accepté, mais s'il a provision, il est tenu vis-à-vis du tireur, et, par suite, vis-à-vis du porteur, même négligent, subrogé au tireur (a. 178, 2e al.). — Agissant comme subrogé au tireur, le porteur subira les exceptions du chef de celui-ci ; c'est la grande différence avec le cas d'acceptation (v. n. 778).

IV. — **A l'encontre des cautions**, c'est-à-dire des donneurs d'aval, des acceptours par intervention, de la caution donnée en vertu de l'art. 120.

831. On dit souvent que ces cautions ont les mêmes droits que les endossours. Il est plus exact de dire qu'elles sont au lieu et place de ceux qu'elles ont cautionnés ; il s'ensuit que les cautions du tireur ne pourront invoquer les déchéances contre le porteur négligent, qu'en prouvant l'existence de la provision, et que celles de l'acceptour ne pourront jamais les invoquer. Réciproquement il s'ensuit aussi que la caution sera libérée quand le cautionné le sera, lors même qu'elle n'aurait pas de moyens de défense à invoquer de son propre chef.

832. **Remarque générale ;** dans les billets à ordre le souscripteur, qui est à la fois tireur et tiré, et qui ne peut pas se décharger en faisant provision dans ses propres mains, ne peut jamais opposer les déchéances au porteur négligent. Les endossours le peuvent toujours.

833. Il y a en outre une **déchéance fiscale** pour les effets non timbrés; L. 5 *juin* 1850, art. 5 : le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, n'a d'action en cas de non acceptation que contre le tireur, et en cas d'acceptation contre l'accepteur et contre le tireur, si celui-ci ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance ; s'il s'agit d'un billet à ordre, il n'a d'action que contre le souscripteur. L'art. 8 ajoute la nullité de la clause de *retour sans frais* pour les effets non timbrés ; cette clause était un moyen d'éluder la loi sur le timbre en évitant la production de ces effets en justice.

§ 4

Recours des coobligés entre eux.

Quatre hypothèses sont à examiner :

I. — Le tiré a payé.

834. S'il avait provision, tout est fini ; la lettre de change a eu l'issue qu'elle devait avoir normalement.

S'il n'avait pas provision, il a recours contre le tireur sans avoir aucune formalité à remplir, sans qu'aucun délai lui soit imposé, autre que celui de la prescription de trente ans, car la prescription de cinq ans de l'art. 189 est, suivant nous, inapplicable à cette action : si elle est née à l'*occasion*, par suite d'une lettre de change, elle n'est pas *relative* à la lettre de change. — Il recourrait, non contre le tireur, mais contre le donneur d'ordre, si la lettre avait été tirée pour le compte de celui-ci par un autre (art. 115, 2e al.).

La preuve de la non existence de la provision incombera toujours au tiré ; car d'après l'art. 117, 1er al., l'acceptation suppose la provision ; il en doit être de même *à fortiori* du paiement, qui est une démarche encore plus grave que l'acceptation.

II. — Le tireur a payé.

835. S'il n'avait pas fait provision, tout est dit, car il devait en définitive payer le montant de la traite.

S'il avait fait provision, il aura recours contre le tiré en remboursement de la créance qui constituait la provision, et en ou-

tre, suivant les circonstances, action en dommages-intérêts, pour inexécution du mandat qu'il avait accepté en recevant la provision. Et aucune formalité, aucun délai ne lui sont imposés pour cette action, sauf l'effet de la prescription de trente ans, car cette action n'est pas née de la lettre de change; elle est née, au contraire, de ce que le tiré a voulu rester étranger à la lettre; elle ne se prescrira donc pas par cinq ans. — Si le tiré avait accepté, le tireur serait subrogé aux droits du porteur contre lui; car il aura payé comme tenu avec lui (C. civ., art. 1251, 3°); cette action du chef du porteur sera toujours commerciale; elle se prescrira par cinq ans.

Qui devra faire preuve que la provision existait ou n'existait pas? C'est là qu'opérera la présomption de l'art. 117, 1er al. : — si le tiré avait accepté, il y a, contre lui et au profit du tireur, présomption qu'il y avait provision; il devra faire la preuve du contraire; — s'il n'avait pas accepté, le tireur devra prouver le fait de la provision.

II. — **Un endosseur a payé.**

836. Il est subrogé aux droits du porteur. Il aura recours contre le tiré (s'il avait accepté), contre le tireur, et contre tous les endosseurs précédents qui sont ses garants (a. 164, 4° al.). Mais il n'aura ce recours qu'à deux conditions : — 1° Qu'il ait été forcé de payer au porteur diligent : s'il avait payé quoiqu'il pût lui opposer la déchéance (v. n. 820), il n'aurait pas de recours contre les autres endosseurs, c'est une libéralité de sa part; il ne peut par là compromettre les droits d'autrui (cf. C. civ., 2037). — 2° Qu'il soit lui-même diligent; il doit, en principe, avoir la même diligence que le porteur (a. 167, 2° et 3° al. ; a. 160).

Il y a trois différences entre cet endosseur et le porteur : — 1° pour le point de départ du délai, qui court pour l'endosseur du lendemain de la citation en justice (a. 167, 3° al.) ; s'il paie amiablement, il faut dire que le délai courra du lendemain de ce paiement; — 2° la distance à considérer pour l'augmentation du délai à raison de la distance est celle qui existe entre sa résidence et le domicile de son garant; — 3° lorsque la dénonciation du protêt a été faite à tous les signataires par le porteur, chaque endosseur n'a pas à renouveler ces dénonciations,

puisqu'il est subrogé dans tous les droits acquis au porteur.

L'endosseur négligent perd ses recours comme le porteur : absolument contre les endosseurs précédents; contre le tireur, seulement s'il avait fait provision.

Chaque endosseur pourra recourir à son tour contre son endosseur immédiat, jusqu'au tireur, qui devra se tenir sur ses gardes pendant un délai égal à quinze jours multipliés par le nombre des endossements, sans compter toutes les prolongations qui peuvent résulter des distances.

IV. — **Une caution a payé.**

837. Elle a recours contre celui qu'elle a cautionné, et ensuite contre ses garants, dans les mêmes conditions où celui qu'elle a cautionné pouvait les poursuivre. — Sous le nom de caution nous comprenons toujours : le donneur d'aval, l'accepteur par intervention, la caution fournie en exécution de l'art. 120.

CHAPITRE II.

DU BILLET A ORDRE.

838. *Le billet à ordre est un écrit par lequel une personne promet de payer à une autre ou* **à son ordre** *une certaine somme.* — C'est la clause à ordre qui est caractéristique, comme l'indique le nom même de ce titre; c'est par là qu'il diffère du simple billet. — Il ressemble par là à la lettre de change. Mais il présente avec elle trois différences indiquées au n. 716. — Nous avons vu qu'il n'est pas nécessairement commercial. Si la cause n'en est pas exprimée, et que le billet émane d'un commerçant, le Code établit une présomption de commercialité (a. 638, 2e al.). Cette présomption admet la preuve contraire. Pour le billet à domicile, c'est une question controversée que de savoir s'il n'est pas toujours un acte de commerce quelle que soit sa cause; nous examinerons cette question au § 4 ci-dessous.

Quatre paragraphes : — 1° Formes du billet à ordre; — 2° Effets; — 3° Compétence; — 4° Du billet à domicile.

§ Ier

Formes du billet à ordre.

839. L'écrit est essentiel: cela résulte de la définition même : qui dit billet, suppose un écrit. Cette forme est donc nécessaire pour la validité même du billet.

Voici tout d'abord un exemple de la rédaction de cet écrit :

Paris, le 26 mars 1877.

Au quinze juillet prochain, je paierai à Secundus, ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur reçue...

PRIMUS.

Le détail des mentions qu'il doit contenir est dans l'art. 188. Il faut ajouter la désignation du *souscripteur*, par sa signature. Cela fait six mentions : nom du souscripteur, nom du bénéficiaire, date, somme à payer, échéance, et valeur reçue. — Sur tous ces points, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit pour la lettre de change. Observons seulement pour la date, qu'il n'est pas absolument nécessaire d'y indiquer le lieu d'émission ; il suffira de la date proprement dite, millésime, mois et quantième.

La **sanction** de ces formalités est qu'en cas d'*omission*, il n'y aura pas proprement billet à ordre avec tous les effets que la loi y attache. Si l'on a omis la *clause à ordre*, alors aucun des effets ne se produira, notamment la cessibilité par voie d'endossement et toutes ses conséquences (v. n. 752 et suiv.). Si, ayant inséré la clause à ordre, on a omis une autre mention, comme l'indication de la valeur fournie, alors, suivant nous, tous les effets de la clause à ordre se produiront, même l'obligation de faire protêt et ses conséquences ; car nous avons admis que la clause à ordre pouvait être insérée dans un titre quelconque (v. n. 746); de même tous les effets résultant de l'intention des parties combinée avec les règles du droit commun. Mais le billet ne produira pas les effets exorbitants que le code y rattache, spécialement la subrogation légale au profit du payeur par inter-

vention, et le cours des intérêts de plein droit à partir du protêt.

Il ne faut pas exiger le *bon* ou *approuvé* écrit de la main du signataire, si le corps du billet n'ost pas rédigé en entier de sa main. Et cela, non seulement si le billet est émané d'un commerçant (art. 1326, C. civ.) ; mais encore s'il émane d'un non-commerçant, car l'art. 188 forme une législation spéciale que le législateur a voulu rendre complète.

Conditions fiscales.

840. 1° *Timbre* : le billet à ordre est soumis au même timbre proportionnel que la lettre de change, de 5 c. par cent fr. quel que soit le montant de l'effet (L. 29 juill. 1881, a. 5, 2° al.).

2° *Enregistrement* : le droit à payer est de 50 c. p. cent (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°), comme pour la lettre de change; pour les autres billets il est de 1 fr.

Le billet à ordre jouit aussi de deux autres avantages de la lettre de change : de pouvoir n'être présenté à l'enregistrement qu'après le protêt fait, et avec ce protêt (même L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°); d'être dispensé du droit de mutation pour les endossements et du droit de quittance (L. 23 août 1871, art. 20, 1°; L. 30 mars 1872, art. 4).

§ 2

Effets du billet à ordre.

841. Ce sont les effets de la lettre de change, sauf quelques exceptions résultant de la prétérition, dans l'art. 187, de certains paragraphes de la section 1re. Voici ces exceptions: — il n'y a pas lieu à *acceptation* ; puisque le tiré se confond avec le tireur dans la personne du souscripteur, et que celui-ci se trouve obligé autant qu'il peut l'être, par la signature du billet à ordre ; — il n'y a pas non plus lieu à *provision*, et cela pour la même raison; il s'ensuit que jamais le souscripteur ne pourra invoquer la déchéance contre le porteur négligent ; — il n'y a pas lieu à la prescription de cinq ans lorsque le billet est civil (art. 189) ; — dans le même cas, il n'y avait pas lieu autrefois à

la contrainte par corps. — Quant à la compétence, nous en parlerons au 3e paragraphe.

Il y a encore deux règles dont l'application est controversée *en cas de billet à ordre civil*.

1° Q. *Faut-il admettre l'interdiction des délais de grâce?* (art. 135 et 157.) Nous l'admettons: — l'art. 187 renvoie à toutes les règles des paragraphes de l'échéance et du paiement ; or les articles relatifs à ces délais sont dans ces deux paragraphes.

2° Q. *Faut-il admettre que les intérêts courront du jour du protêt?* (art. 184.) Nous l'admettons aussi pour la même raison.

§ 3

Compétence.

842. Il résulte de l'art. 636, que, si les billets à ordre sont souscrits par des commerçants et pour acte de commerce, ils sont de la compétence du tribunal de commerce. — L'article semble dire que, s'ils sont souscrits par des commerçants, mais pour actes purement civils, ils seront encore de la compétence commerciale. Nous ne pensons pas que l'article ait voulu poser en cela une règle absolue : il s'est référé à la présomption de l'art. 638, 2e al. ; il suppose, qu'en général les billets souscrits par un commerçant seront faits pour son commerce, et qu'on ne fera pas tomber la présomption de l'art. 638 par la preuve contraire. Mais, si elle se trouvait renversée en fait, l'art. 636 ne s'oppose pas à ce que le billet soit traité comme purement civil.

Enfin, l'article se réfère directement aux billets à ordre *purement civils*, c'est-à-dire souscrits pour cause civile ; et il décide qu'ils ne sont pas, en principe, de la compétence des tribunaux de commerce. — Mais il contient une disposition exceptionnelle : le tribunal de commerce ne devra se dessaisir que s'il en est requis par le défendeur. Pourtant, il s'agit là d'une question d'incompétence *à raison de la matière*, et, en principe, pour l'incompétence de ce genre, le tribunal doit se dessaisir

d'office (C. pr. civ., art. 170), parce qu'il y a là une question d'ordre public. Il y a exception dans notre hypothèse, parce qu'on a pensé que le tribunal de commerce avait une connaissance particulière sur cette espèce de billets, qui sont habituellement commerciaux; et, ensuite, parce qu'on a jugé qu'en adoptant cette forme empruntée aux usages du commerce, on avait voulu s'assurer les avantages de la célérité de la juridiction commerciale.

843. Art. 637. « Lorsque les billets à ordre porteront en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaîtra. » Il y a encore là dérogation au droit commun, en ce que le caractère mixte du billet ne permet pas de saisir le tribunal civil; la loi attribue absolument la juridiction au tribunal de commerce. Les raisons sont celles que nous venons de donner sous l'art. 636.

Q. *L'art. 637 s'appliquerait-il au cas où l'on aurait divisé son action, et où les non négociants seraient seuls poursuivis?* — Nous l'admettons : — l'art. 637 ne distingue pas, ni l'art. 636 ; — il y a toujours les raisons de connaissances spéciales dans le tribunal, et du désir de célérité.

Cela n'empêche pas le non négociant de rester tenu civilement, s'il n'a pas fait acte de commerce; ainsi, autrefois il n'aurait pas pu être contraint par corps (a. 637) ; aujourd'hui encore nous admettrons qu'il ne pourra pas invoquer la prescription de cinq ans.

§ 4

Du billet à domicile.

844. Le *billet à domicile* est une espèce particulière de billet à ordre où le souscripteur s'engage à payer en un lieu autre que celui de la souscription. — Il pourra payer soit par lui-même, soit par un correspondant.

On lui applique toutes les règles du billet à ordre, puisque le Code ne lui a pas consacré de dispositions spéciales.

Seulement on se demande 4. *si ce n'est pas un acte commercial par lui-même*. La question présentera un intérêt pour la compétence dans le cas de l'art. 636; et en outre, en toute hypothèse, pour savoir si le souscripteur peut invoquer la prescription de cinq ans; si le faux commis dans le billet est un faux en écriture de commerce (C. pén., art. 147); s'il y a lieu d'appliquer l'art. 420, C. pr. civ., pour régler la compétence *ratione personæ*. Le terrain de la discussion est l'art. 632, dernier al., du Code de commerce, qui classe parmi les actes de commerce, « *entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent de place en place.* » Il s'agit de savoir si le mot *ou* indique une simple synonymie entre les deux membres de phrase, le second n'étant que le développement du premier, ou si la loi a voulu ajouter aux lettres de change les autres remises d'argent de place en place. Nous admettons qu'il faut regarder les deux membres de phrase comme simplement synonymes : — si la loi avait voulu ajouter quelque chose au premier, elle n'aurait pas dit : les lettres de change ou remises d'argent de place en place ; elle aurait dit : les lettres de change ou *les* remises d'argent de place en place ; — d'ailleurs, dans le doute (et le doute est certainement possible), il faut admettre qu'il n'y a pas la présomption absolue de commercialité, par la raison que les présomptions sont exceptionnelles et doivent être entendues restrictivement ; — on objecte que le billet à domicile contenant une remise de place en place est l'exécution d'un contrat de change, lequel est essentiellement commercial ; nous avons admis, en effet, que le contrat de change est essentiellement commercial ; mais il n'est pas du tout sûr que l'objet principal du billet à domicile soit d'éviter le transport d'argent ; ordinairement le but principal de l'opération est, dans la pensée des parties, le paiement de la somme, et le lieu du paiement n'est qu'une considération très accessoire ; il y a bien dès lors remise de place en place, mais il n'y a pas une *opération de change*, parce que le change n'a pas été le but des parties ; — la L. 14 juin 1865, sur les chèques, art. 4, a dit formellement que le chèque tiré de place en place ne serait pas commercial par sa nature ; ce qui nous montre que, dans la pensée de nos législateurs, toute remise de place n'est pas nécessairement com-

merciale ; — enfin, si le code de commerce n'a pas parlé du billet à domicile, M. Bérenger en a donné pour raison qu'il suit en tout les règles du billet à ordre.

CHAPITRE III.

DE LA PRESCRIPTION.

845. Il s'agit, bien entendu, uniquement de la prescription en matière de lettres de change ou de billets à ordre. Elle est de cinq ans (a. 189, 1^er^ al.). Sans doute, la même prescription est applicable en matière de sociétés (art. 64) et en matière de contrat à la grosse ou d'assurance (art. 432). Mais il ne faudrait nullement généraliser ces dispositions pour tous les actes de commerce.

Cette prescription de cinq ans s'applique toujours aux lettres de change ; pour les billets à ordre, elle s'applique seulement quand ils ont un caractère commercial, et en faveur de ceux des signataires qui ont fait acte de commerce (a. 189, 1^er^ al.). Ainsi elle ne pourrait pas être invoquée par l'individu non négociant qui aurait endossé un billet primitivement souscrit par un négociant ; ni par l'individu non négociant qui aurait souscrit un billet pour acte civil, quoique ce billet ait été plus tard endossé par des négociants. — Si l'on admet que le billet à domicile est toujours commercial, il donnera toujours lieu à la prescription de cinq ans.

846. Elle ne sera pas utile à ceux qui peuvent invoquer les déchéances des art. 168, 169, 170 après un délai court (art. 165). Mais elle servira à ceux qui ne peuvent pas invoquer ces déchéances : tiré-accepteur, tireur qui n'a pas fait provision, ceux qui auraient donné l'*aval* pour l'un ou pour l'autre ; endosseurs même, dans le cas de clause de *retour sans frais*.

Elle n'éteint que les obligations nées directement de la lettre de change ou du billet à ordre ; c'est-à-dire les obligations de tous les signataires quelconques. Mais elle n'éteindrait pas, suivant nous, l'action du tireur contre le tiré qui, ayant provision, n'aurait pas accepté (v. n. 835) ; elle serait seulement opposable au

tireur qui, en cas d'acceptation du tiré, agirait comme subrogé aux droits du porteur. Elle n'éteindrait pas non plus l'action du tiré, ayant payé à découvert, contre le tireur (v. n. 834); sauf aussi s'il agissait comme subrogé au porteur, parce qu'il avait accepté avant de payer. — Elle n'éteindrait pas les obligations prises seulement *à l'occasion* d'une lettre de change ; par exemple, celles d'un banquier ayant promis à son client de faire toutes ses diligences pour la recouvrer.

847. Le **point de départ** est le *jour du protêt*. S'il n'y en a pas eu (ce qu'il faudra souvent supposer), il faudra faire courir le délai du lendemain de l'échéance. — Si la lettre était à vue, le délai courra, suivant nous, dès le jour où la lettre a pu être présentée, et non pas seulement de l'expiration du délai de trois mois imparti par l'art. 160; car, de droit commun, la prescription court dès que le créancier *a pu* agir, et non pas seulement du jour où il *aurait dû* agir; ici aussi il est naturel de croire que la présomption de paiement (v. n. 852) commence à s'établir dès le jour où le paiement a pu être demandé. — Si la lettre était à un *certain délai de vue*, on fera courir ce délai de vue du jour où elle *aura pu* être présentée, et le délai de cinq ans courra du lendemain de l'échéance ainsi calculée.

La **suspension** pour cause de minorité ou d'interdiction ne s'appliquera pas à cette prescription ; car, d'une manière générale, elle ne s'applique pas aux prescriptions abrégées (C. civ., art. 2278). Mais les autres causes de suspension pourraient s'appliquer.

848. L'**interruption** est très possible. — Quelles en seront les causes?

L'art. 189 l'indique en disant que les actions « se prescrivent par cinq ans à compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé ». Cette formule indique deux espèces d'interruption : l'une qui laisse encore après elle la possibilité d'une nouvelle prescription de cinq ans, p. ex. la poursuite juridique, et l'autre qui ne laisse plus place qu'à la prescription de trente ans, p. ex. la condamnation ou la reconnaissance par acte séparé.

Or en droit commun les causes d'interruption de la prescription libératoire peuvent se ramener à trois (C. civ., art. 2244 et suiv.) : un commandement ou une saisie, une poursuite en justice, la reconnaissance de la dette. Passons ces trois causes en revue en cherchant à préciser quels seront les faits qui iront jusqu'à substituer la prescription de trente ans, à celle de cinq.

849. 1° Un *commandement* ou une *saisie* ordinaire (C. civ., art. 2244) ne peuvent guère se concevoir comme interrompant la prescription de cinq ans; car ils supposent un titre exécutoire, et la lettre de change n'en est pas un; pour en avoir un, le porteur aurait dû obtenir un jugement, mais alors il y aurait eu *condamnation*, substituant la prescription de trente ans à celle de cinq. Le seul cas d'application sera la *saisie conservatoire* de l'a. 182 (v. n. 819).

Mais q. *Le protêt interrompra-t-il la prescription*? Il faut supposer un protêt tardif intervenant lorsque la prescription a commencé à courir. — Nous répondrons négativement : sans doute, l'art. 189 dit que la prescription commence à courir du jour du protêt, mais il suppose le protêt fait en temps normal, le lendemain de l'échéance; c'est alors le point de départ de l'action; tel est le seul sens naturel de l'article, il n'a pas pensé au protêt tardif; — en appliquant dès lors les principes du droit commun, nous trouvons que le protêt est analogue à une sommation et non pas à un commandement, qu'il n'est pas fait en vertu d'un titre exécutoire; or un commandement au moins est nécessaire pour interrompre la prescription (C. civ., art. 2244).

850. 2° *Une poursuite en justice* (C. civ., art. 2244 et suiv.); l'art. 189 ne fait courir les cinq ans que de la *dernière* poursuite juridique; c'est d'ailleurs le droit commun (C. civ., art. 2246); mais il résulte bien clairement de l'article que c'est la prescription de cinq ans qui recommencera après le dernier acte de procédure.

Si un jugement de condamnation intervient, il opère une nouvelle interruption. Mais, de plus, il emporte aussi *novation* de la créance, de sorte que dorénavant celle-ci ne sera plus prescriptible que par trente ans. C'est ce qui résulte encore du texte de l'article interprété comme nous l'avons fait ci-dessus.

Il y aurait exception seulement pour le jugement par défaut faute de comparaître, qui est nul s'il n'est pas exécuté dans les six mois (C. pr. civ., art. 156) ; dès lors la prescription de cinq ans aurait continué à courir malgré ce jugement.

S'il y a péremption d'instance, encourue par interruption des poursuites pendant trois ans, et prononcée (C. pr., art. 399, 400), toute l'instance est anéantie rétroactivement (C. pr. civ., art. 401), la prescription sera censée avoir continué à courir malgré les poursuites et aura pu s'accomplir dans l'intervalle.

851. 3° *La reconnaissance de la dette* (art. 2248, C. civ.). L'art. 189 ne parle que de la reconnaissance *par acte séparé*. Mais il résulte de l'analyse faite plus haut de l'article, que la reconnaissance par acte séparé a pour effet, non seulement d'interrompre la prescription, mais encore de substituer pour l'avenir la prescription de trente ans à celle de cinq ; d'où il suit forcément que l'exigence d'un acte séparé n'est pas imposée par l'article lorsqu'il s'agit d'une simple interruption laissant place pour l'avenir à la prescription de cinq ans. Il y aura dès lors deux espèces de reconnaissances : la *reconnaissance par acte séparé* interrompant la prescription et ne laissant plus place dorénavant qu'à celle de trente ans ; et la *reconnaissance simple* interrompant aussi la prescription, mais laissant la porte ouverte à la prescri tion de cinq ans.

Après la *reconnaissance par acte séparé*, il n'y aura plus lieu qu'à la prescription de trente ans. C'est que la rédaction d'un nouvel acte entre le débiteur et le créancier est interprétée par la loi comme emportant intention de nover la créance ; après cet acte, le débiteur ne pourra plus dire qu'il est débiteur en vertu d'une lettre de change, que l'action *est relative à une lettre de change*.

La *reconnaissance simple* résultera de tout fait impliquant un aveu du débiteur, sans acte rédigé à nouveau, p. ex. du paiement d'intérêts, ou d'un acompte, d'une demande d'un délai.

4. *L'admission au passif d'une faillite interrompait-elle la prescription*? Nous l'admettons sans hésiter : la procédure de la vérification des créances, qui précède leur admission, met le créancier en présence de tous ceux qui ont intérêt à les contester, le failli, le syndic et les autres créanciers ; et l'admission, sans

rendre impossible, suivant nous, toute contestation ultérieure, constitue une reconnaissance actuelle de la créance. — Nous pensons que le nouveau délai nécessaire alors pour prescrire sera de cinq ans seulement, car cette admission ne nove pas la créance, elle la maintient au contraire avec tous ses caractères. — Mais *quel sera le point de départ de cette nouvelle prescription?* Nous croyons que ce sera seulement la fin de la faillite, soit par un concordat, soit par la clôture de l'union (art. 539); car l'interruption ne se produit pas seulement au moment où la créance est admise au passif, mais, toutes les fois que le créancier est convoqué aux assemblées, vote au concordat, prend part aux distributions de deniers, autant de fois il fait acte de créancier avec le consentement de ses adversaires, et par conséquent interrompt la prescription.

Cette interruption de la prescription est essentiellement individuelle pour les différentes personnes obligées par un même effet de commerce; ainsi l'interruption faite contre un endosseur ne profiterait pas au souscripteur, ni réciproquement. Cela résulte de ce qu'il n'y a entre les différents signataires qu'une solidarité imparfaite (a. 107, 1er al.; n. 817).

852. **Portée de la prescription.** Elle n'est qu'une présomption de paiement. Celui à qui on l'oppose peut la combattre en déférant le serment à son adversaire (a. 189, 2e al.). — A la veuve et aux héritiers, on ne peut demander qu'un simple serment de crédibilité (v. conf., C. civ., art. 2275).

De ce que la prescription repose ici sur une présomption de paiement, il s'ensuit qu'elle ne peut être invoquée par celui qui a fait un aveu implicite de l'existence de la créance, par exemple en soutenant qu'il y avait novation; ou en offrant de payer le principal, quoiqu'il conteste sur les accessoires.

APPENDICE I AU TITRE VIII[1].

DES CHÈQUES.

855. Le chèque nous est venu de l'Angleterre. Dans ce pays, *le chèque est un écrit destiné à retirer les fonds qu'on a en dépôt dans une banque*. Il sert de moyen rapide et économique de paiement. Le débiteur remet un chèque payable à présentation, au moyen duquel le créancier ira toucher chez le banquier. Le créancier pourrait hésiter à accepter un chèque en paiement et à donner quittance, car il n'est pas absolument sûr que le banquier paiera. Aussi on ne lui demande pas une quittance tant qu'il n'a pas touché le chèque. Le débiteur, malgré cela, ne court aucun risque parce que le banquier qui aura payé le chèque devra le garder, pour sa décharge vis-à-vis de son client; celui-ci retrouvera donc toujours chez lui la preuve du paiement, s'il était contesté. A cet effet, le banquier qui paie un chèque, même au porteur (ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent), fait apposer par le porteur sa signature au dos du titre, pour établir que le chèque a réellement passé entre ses mains. — De plus celui qui reçoit le chèque a aussi un banquier qui fait son service de caisse; il n'ira pas lui-même toucher le chèque; il le remettra à son banquier, qui ne le touchera pas non plus en monnaie, mais le compensera dans ses comptes avec son collègue.

856. Ce fonctionnement des chèques est complété par l'institution du *clearing house* ou *chambre de compensation*. Une trentaine de banquiers centralisent entre leurs mains tous les chèques, et

1. Sur les billets au porteur, v. notre *Cours*, n. 883, 884.

les compensent journellement entre eux, en réglant seulement chaque soir les différences qu'ils peuvent se devoir une fois les compensations faites.

857. En France, le chèque est réglementé par la **loi du 14 juin 1865 sur les chèques**, modifiée au point de vue fiscal par la L. 19 février 1874.

858. Le législateur a eu deux préoccupations : — 1° favoriser le chèque ; — 2° ne pas nuire aux intérêts du Trésor, en permettant au chèque de se substituer aux autres effets de commerce ; cette dernière préoccupation a fait introduire bien des complications regrettables dans notre législation.

§ 1er

Du chèque proprement dit.

Nous étudierons : — 1° La définition du chèque ; — 2° Ses formes ; — 3° Ses effets ; — 4° Les conditions fiscales auxquelles il est soumis.

I. — Définition du chèque.

859. « Le chèque est l'écrit qui, sous forme de mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait à son profit ou au profit d'un tiers de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles » (L. 1865, art. 1er, 1er al.).

Il résulte de cette définition et de déclarations maintes fois répétées dans les discussions de 1865 et de 1874, qu'on peut très bien tirer un chèque sur une personne dont on est créancier sans avoir reçu d'elle un dépôt de fonds ; que votre marchand de vin, votre bottier peut se faire payer sa facture en tirant un chèque sur vous. C'est une idée qu'on n'aurait jamais eue en Angleterre.

860. Quel sera donc le trait caractéristique du chèque, par opposition notamment à la lettre de change ? C'est que **la provision doit nécessairement exister au moment de son émission.** C'est ce qu'indique la définition de la loi en disant que c'est un moyen d'effectuer le « *retrait* » des fonds « *portés au*

crédit de son compte et disponibles » ; c'est ce qu'exprime aussi formellement l'art. 2; et la sanction est dans l'art. 6, modifié par la L. 19 février 1874, 3e al.: c'est une amende de 6 °/₀ avec minimum de 100 fr. Comme garantie de l'existence d'une provision préalable, le chèque doit être **payable à vue.** Examinons ces deux conditions:

861. 1° *Il faut qu'il y ait* **provision préalable.** Il résulte évidemment du texte de l'art. 2, qu'il faut que la provision soit *préalable* à l'*émission* du chèque et non pas à son échéance. — De plus, pour que la loi soit satisfaite sur ce point, il ne suffit pas que l'on soit créancier du tiré au moment de l'émission du chèque, il faut que la créance soit parfaitement liquide et exigible, que les fonds soient *disponibles*, dit la loi. Le plus souvent, il y aura, entre le banquier tiré et le tireur son client, un *compte de chèques* ou *compte de dépôt* dans lequel le solde, qui doit toujours être créditeur pour le client, est continuellement exigible.

Il faut attacher encore un autre sens au mot *disponibles* de l'art. 1er. C'est qu'on ne peut tirer un chèque que si l'on a été autorisé à disposer *de cette façon* de la somme due. Tout créancier ne peut pas, en cette seule qualité, tirer un chèque sur son débiteur, surtout si celui-ci n'est pas commerçant, même en le prévenant; l'obliger par là à veiller sans cesse chez lui, pour éviter un protêt. Cela été dit dans les travaux préparatoires, mais trop tard pour qu'on pût l'indiquer expressément dans l'art. 1er. D'ailleurs l'autorisation peut être expresse ou tacite.

De ce que la provision doit être préalable et disponible, il s'ensuit qu'on devra admettre beaucoup plus facilement ici qu'en matière de lettre de change la translation de *la propriété de la provision* au bénéficiaire et aux porteurs successifs du chèque.

862. 2° *Le chèque doit être* **payable à vue** (v. art. 1er, 3e al., et art. 2). Le législateur de 1874 s'est préoccupé des fraudes nombreuses au moyen desquelles on parvenait à déguiser l'absence de cette condition; et, en prenant les précautions que nous verrons bientôt pour assurer la sincérité de la date et

faire connaître l'époque exacte où le paiement aura eu lieu, il a ajouté, dans un dernier paragraphe additionnel à l'art. 1er de la loi de 1865 : « Toutes stipulations entre le tireur, le bénéficiaire ou le tiré ayant pour objet de rendre le chèque payable autrement qu'à vue et à première réquisition sont nulles de plein droit. » Il a voulu proscrire l'usage des fiches que l'on joignait à un chèque sans date ou imparfaitement daté, pour indiquer qu'il ne serait payable qu'à telle époque. Il les frappe de nullité ; de sorte que tout porteur pourrait, en méconnaissant ces stipulations, demander un paiement immédiat. La même nullité frapperait toutes autres combinaisons du même genre qui pourraient être imaginées plus tard.

833. Nous devons maintenant nous demander en quoi précisément le chèque diffère d'une lettre de change à vue. — La différence essentielle légalement, c'est que le chèque exige une provision préalable, tandis que la lettre de change à vue ne l'exige pas. Mais; en fait, cette différence existera bien rarement, car on ne tire pas souvent des lettres de change à vue sans provision préalable ; ou au moins sans que le tiré se soit positivement engagé à y faire honneur, ce qui suffit même pour le chèque. — Une autre différence est possible, et se présentera même plus souvent : c'est que la lettre de change à vue doit être nécessairement tirée d'un lieu sur un autre ; tandis que le chèque peut très bien ne pas contenir remise de place en place (L. 1865, a. 3). Mais, lorsqu'il s'agira de recouvrer de l'argent à distance, cette différence s'effacera complètement, et, pourvu que la somme soit disponible, on pourra toujours tirer un chèque là où autrefois on tirait une lettre de change.

Nous verrons plus loin d'autres différences dans les formes et dans les effets du chèque et de la lettre de change à vue ; mais elles ne peuvent servir à établir une distinction, qu'elles présupposent au contraire.

863 *bis*. Quelle sera la **sanction** de la loi dans sa définition du chèque ? C'est que le chèque, tiré sans provision préalable ou autrement qu'à vue, sera *nul* comme tel ; il ne jouira d'aucun des avantages faits au chèque par notre législation, surtout en matière fiscale : le timbre proportionnel sera dû ; la L. 10 févr.

1874, a. 9, est formelle ; et, par suite, l'amende si l'on n'a pas payé ce timbre (même loi).

Mais il ne faudrait pas en conclure qu'aucun des effets du chèque ne se produira : — d'abord il y aura souvent une lettre de change produisant des effets très analogues ; — ensuite, lors même qu'il n'y aurait pas remise de place en place, il y aura un titre non défini, qu'on peut appeler un mandat (cf. L. 10 fév. 1874, a. 4), qui produira les effets voulus par les parties et compatibles avec la loi (les conventions sont libres chez nous, C. civ., a. 1134) ; la clause à ordre produira toutes ses conséquences, notamment la garantie due par le tireur et les endosseurs, et l'obligation pour le porteur de faire protêt dans les délais légaux.

II. — Formes du chèque.

864. Le chèque est, par sa définition même, *un écrit* ; il ne peut donc exister autrement que par écrit. — Lorsqu'il est tiré sur un banquier, il est rédigé ordinairement au moyen d'une formule imprimée, détachée d'un petit registre à souche appelé *carnet de chèques* ou *chéquier*, et que le banquier remet à son client au moment où celui-ci lui dépose ses fonds. Celui qui veut émettre un chèque n'a qu'à inscrire la date, le nom du preneur, ou les mots, *au porteur*, la somme à payer, et à signer.

Voici un exemple de la formule d'un chèque :

SOCIÉTÉ DES DÉPOTS ET COMPTES-COURANTS.

Fr. 1250.

Payez à *Paul* ou à son ordre [ou au porteur] la somme de *douze cent cinquante francs*.

Paris, le *vingt-cinq avril* 1877.

PIERRE.

Il résulte de la L. 1865, a. 1er, al. 3, 4, 5, et de la L. 1874, a. 5, 1er et 2e al., que le chèque exige cinq mentions : — 1° nom du tireur ; — 2° nom du tiré ; — 3° nom du preneur ; — 4° somme à payer ; — 5° date. — Il n'est pas nécessaire d'y indiquer *la valeur fournie* à la différence de la lettre de change. — L'échéance n'a pas besoin d'être indiquée et ne l'est pas

habituellement, puisque le chèque est nécessairement à vue [1].

1° *Le nom du tireur* doit être indiqué par sa signature ; celle-ci est évidemment essentielle pour donner une valeur au titre.

2° *Le nom du tiré* est imprimé en tête des formules délivrées par un banquier à ses clients. Si le chèque n'est pas tiré sur un banquier, on écrira le nom du tiré comme dans la lettre de change.

3° *Le nom du preneur* ne doit pas nécessairement, comme dans la lettre de change, être accompagné de la clause à ordre. — Il peut être mis seul ; alors le chèque est à personne dénommée et ne peut pas se transmettre par les modes commerciaux. — Il peut être accompagné de la clause à ordre ; et alors il est transmissible par endossement ; par ce moyen, on évite les risques de perte des effets au porteur. La loi admet ici formellement que l'endossement en blanc transférera la propriété (L. 1865, a. 1er, 5e al.). C'est un progrès sur les règles du Code en matière d'endossement (art. 138) ; et une satisfaction donnée à une pratique universelle. — Enfin, il peut être accompagné des mots *ou au porteur* ; il peut même être souscrit au porteur sans aucune désignation du bénéficiaire. Le chèque au porteur n'est pas une atteinte au monopole de la Banque de France, qui a seule le droit d'émettre des billets au porteur ; il diffère du billet de banque au porteur en ce qu'il doit être touché dans un délai très court, et qu'on ne peut pas le garder indéfiniment.

4° *La somme à payer*. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit accompagnée du *bon* ou *approuvé* quand le chèque n'est pas signé par celui qui l'a écrit (C. civ., art. 1326), lors même que celui-ci n'est pas commerçant : la loi de 1865 se suffit à elle-même, le législateur a voulu la faire complète.

5° *La date* a ici une importance toute spéciale ; c'est pour garantir que le chèque sera bien payable à vue, et que par conséquent il y aura provision dès son émission. Pour compléter cette garantie, la loi de 1865 exige que le chèque soit présenté au paiement dans les cinq jours de sa date s'il est tiré sur la même

1. On peut aussi insérer dans le chèque des clauses accessoires, comme dans la lettre de change, p. ex. celle de *retour sans frais*, *besoins*, etc.

place, et dans les huit jours s'il est tiré sur une autre place, sous peine de la perte de tous recours contre les garants.

866. C'est, en effet, en altérant la date qu'on avait trouvé le moyen d'éluder la loi ; — soit en mettant dès l'abord une fausse date, et par suite de cette fraude, il est arrivé que des chèques ont été payés ou protestés avant la date apparente de leur émission ; — soit en laissant la date en blanc et en joignant au chèque une fiche pour indiquer quel jour il devrait être présenté ; — soit enfin en inscrivant un quantième facilement transformable en un autre, par exemple un 2 auquel on pouvait ajouter un 0 pour faire 20.

Aussi le législateur de 1874 exige que la *date* soit écrite *en toutes lettres* et *de la main de celui qui a écrit le chèque*. On s'assure par là qu'elle ne pourra pas être altérée après coup, ni être laissée en blanc. D'ailleurs il a été expliqué, dans les travaux préparatoires, que c'est seulement le quantième du mois qui doit être écrit en toutes lettres, mais que le millésime de l'année peut être écrit en chiffres.

La loi de 1874 exige, en outre (dans le même paragraphe), que le chèque indique le *lieu* d'où il est émis. Cela n'était pas nécessaire d'après la loi de 1865, parce que le chèque n'exige pas, comme la lettre de change, une remise d'argent de place en place. Mais la loi de 1874 a dû l'exiger, puisqu'elle soumet à un timbre plus élevé les chèques de place en place.

La sanction de ces dispositions est l'amende de 6 % avec minimum de 100 fr. (art. 6, L. 19 fév. 1874). V. les détails dans cet article.

III. — **Effets du chèque.**

« L'émission d'un chèque, même lorsqu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue pas, par sa nature, un acte de commerce » (L. 1865, a. 4, 1er al.).

C'est une grande différence avec la lettre de change ; il faudra donc, pour savoir s'il est un acte de commerce, rechercher quelle est la *cause* de l'émission du chèque, en appliquant la présomption de commercialité édictée par l'art. 638, 2e al., C. comm., pour les billets souscrits par un commerçant.

868. « Toutefois les dispositions du code de commerce relati-

vos à la garantie solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt et à l'exercice de l'action en garantie en matière de lettres de change, sont applicables aux chèques. » (L. 1865, art. 4, 2e al.). — Nous n'avons qu'à renvoyer à nos explications sur les matières correspondantes dans la lettre de change.

Mais le délai de présentation est bien abrégé ici ; au lieu de trois mois accordés pour la lettre de change à vue (art. 160, C. comm.), on n'a ici que cinq ou huit jours, suivant qu'il y a ou non remise de place (L. 1865, a. 5). — Il faut remarquer que le jour de la date est compris dans le délai de cinq ou huit jours, contrairement à la règle habituelle ; cela ne fait donc que quatre ou sept jours francs. — Le motif de cette brièveté du délai, c'est que le chèque doit n'être qu'un mode de paiement, et que personne n'a un intérêt légitime à retarder sa présentation ; on n'a pas voulu qu'il pût remplacer même la lettre de change à vue.

Malgré l'expiration du délai, le tiré est néanmoins obligé de payer le chèque, s'il a provision. — Le porteur perd seulement son recours contre les endosseurs et le tireur, comme dans l'art. 160, C. comm., avec cette seule modification, quant au recours contre le tireur, que la loi ne devait pas supposer qu'il n'y avait pas eu provision. Aussi la déchéance n'est prononcée que pour le cas où la provision a péri par le fait du tiré après les délais ; alors c'est par sa propre faute que le porteur n'est pas payé ; il ne peut faire retomber la perte sur le tireur. La même règle devrait s'appliquer si cette perte de la provision avait été produite par un cas fortuit ; car c'est toujours par sa faute que le porteur n'a pas été payé. — De plus si l'on ne peut pas, pour un chèque véritable, supposer l'absence de provision au moment de l'émission, on peut supposer que celle-ci a été reprise ensuite par le tireur avant la présentation du chèque, ou absorbée par d'autres chèques présentés plus tôt, ou enfin frappée d'opposition par les créanciers du tireur. Dans tous ces cas, le porteur ne sera pas déchu, c'est évidemment l'esprit du législateur.

869. La loi de 1874 a ajouté une nouvelle exigence : l'acquit du porteur avec la date (a. 5, 3e al.), sous peine de 50 fr. d'amende contre celui qui le paie (a. 7). — Ces dispositions sont la consécration d'un usage antérieur, conforme à la pratique

anglaise ; ils offrent au tireur l'avantage que le chèque acquitté peut lui servir de reçu vis-à-vis du preneur. Mais elles ont eu surtout pour but de faire connaître l'époque précise du paiement du chèque, et de faire apparaître les fraudes qui auraient été commises dans la date de l'émission, ou les retards apportés à la présentation.

Le tiré ne doit pas payer à découvert un chèque, sans avis préalable, au moins si les usages exigent cet avis.

IV. — **Conditions fiscales.**

La loi du 23 août 1871, art. 18, 2°, a imposé aux chèques un droit fixe de timbre de 10 c., quelle que soit la somme y énoncée ; car il sert de quittance à la banque vis-à-vis du client tireur. Il faut cependant faire remarquer que cette loi a fait aux chèques une condition plus rigoureuse qu'aux autres quittances pour lesquelles elle créait le même timbre de 10 c. : d'abord le chèque doit être timbré même s'il est au-dessous de 10 fr. (à la différence de l'a. 20, 2°, de la loi) ; ensuite la loi ne permet pas (art. 18, 4° al.) de se servir de timbres mobiles pour acquitter le droit de timbre ; il faut donc faire timbrer d'avance tout un carnet de chèques, même ceux dont on peut ne pas avoir besoin.

La loi du 19 février 1874 (a. 8) a doublé ce droit de timbre pour les chèques de place à place. Ce droit est toujours un *droit fixe*, à la grande différence des lettres de change ou billets à ordre, pour lesquels il est proportionnel au montant de l'effet. — Le nouveau droit additionnel peut être acquitté par un timbre mobile ; ce qui permettra d'avoir des carnets de chèques uniformément timbrés à 10 c., et de s'en servir même pour tirer d'une autre place, en ajoutant seulement un nouveau timbre de 10 c.

La même loi, dans son art. 9, applique ces règles aux chèques circulant entre la France et l'étranger. V. les détails dans l'article.

871. Pour l'*enregistrement*, il n'y a aucune disposition spéciale au chèque ; mais il rentre dans les termes généraux de la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°, qui vise en même temps que le billet à ordre les *autres effets négociables* ; il doit donc payer

60 c. % pour l'enregistrement; mais avec l'avantage de pouvoir n'être présenté à l'enregistrement qu'avec le protêt (même art.).

872. La pratique des chèques tend à se développer en France.

Un grand pas fait dans cette voie a été la création d'une *chambre de compensation* à Paris.

§ 2

Des récépissés sur les banquiers.

873. Le *récépissé* est un reçu délivré par le déposant sur son banquier; contre la remise de ce reçu, le banquier paiera au porteur la somme indiquée. Il était employé avant que la loi de 1865 n'organisât le chèque proprement dit.

Il n'y a pas de législation spéciale pour ces sortes de titres, il faut leur appliquer le droit commun et les usages.

Le récépissé peut être payable *à vue* ou *à une autre échéance*. C'est là le grand avantage qu'il a sur le chèque dans certaines combinaisons de banque, surtout pour retirer les *dépôts à un certain nombre de jours de vue*, comme on dit, c'est-à-dire les dépôts dont on ne peut exiger le remboursement qu'un certain nombre de jours après avoir averti le banquier de l'intention de retirer telle ou telle somme. Naturellement, les banques donnent pour ces dépôts un intérêt plus fort.

874. Le récépissé peut être touché par le souscripteur même ou par ses commis. Il est très souvent remis par le souscripteur à un tiers, comme moyen de paiement. Et il a toujours été considéré comme transmissible de la main à la main, par tradition, à l'égal d'un titre au porteur.

Il ne faut pas appliquer au récépissé les règles sur le protêt des effets de commerce, les déchéances, la prescription; car ces règles sont exceptionnelles, il faudrait un texte pour les établir.

APPENDICE II AU TITRE VIII.

DU COMPTE COURANT.

875. Le compte courant, au point de vue matériel, est une espèce de comptabilité *qui permet de suivre facilement les fluctuations incessantes d'un compte, en y faisant entrer les intérêts et les autres éléments accessoires*, tels que droits de change, commissions, *et d'en avoir à tout moment le relevé exact*. — L'avantage capital qu'on peut s'assurer par ce moyen, c'est que chacun des deux correspondants peut disposer librement des fonds qu'il doit à l'autre, au lieu de les garder improductifs, à la seule condition d'avoir en caisse de quoi payer le solde au moment où il sera exigible.

Sur les formes de cette comptabilité, v. notre *Cours*, n. 875-878.

879. Cette comptabilité est très fréquemment employée dans la pratique commerciale; et souvent les parties s'en servent, sans avoir la pensée de lui faire produire aucun effet juridique. C'est simplement une manière commode de tenir leurs comptes, en y faisant entrer les intérêts. — Nous supposerons dans la suite de notre étude que les juges ont reconnu en fait l'intention, chez les deux parties en compte, de réaliser les effets juridiques qui vont être décrits.

Théorie juridique du compte courant.

880. Cette matière n'a pas été traitée par le code de commerce, ni par des lois postérieures. A peine quelques articles de nos lois s'y réfèrent pour indiquer quelques effets de détail du compte courant. Il reste donc sous l'empire à peu près exclusif des usages; c'est d'après eux que nous allons l'étudier.

Notre étude sera divisée en cinq sections : — 1° définition et effets essentiels du compte courant; — 2° convention originaire; —

3° des remises et de leurs effets juridiques; — 4° fonctionnement du compte; — 5° clôture du compte.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION ET EFFETS ESSENTIELS DU COMPTE COURANT.

880 A. Nous donnerons du compte courant la définition suivante : c'est *une convention par laquelle deux parties stipulent que les créances, qui pourraient naître de leurs relations d'affaires, quand elles entreront dans le compte, perdront leur individualité propre pour devenir de simples articles du crédit et du débit, de façon que le solde où elles se confondront sera seul exigible aux époques convenues* (à terme fixe ou à vue).

L'avantage que se proposent les parties en travaillant en compte courant est de simplifier leurs relations juridiques et de donner plus de mobilité à leurs capitaux. Si Primus a fait à Secundus dix achats dans un mois, il aura dix dettes à surveiller, dix échéances à préparer, peut-être dix saisies-arrêts à subir si Secundus est peu solvable; peut-être sera-t-il menacé de dix poursuites, s'il a de l'embarras pour payer; enfin si Secundus peut tirer sur lui autant de lettres de change qu'il y a eu d'opérations (comme c'est l'usage), Primus pourra voir surgir de dix côtés différents des créanciers qu'il ne connaît pas et avec qui il peut avoir des difficultés. S'il a fait dix ventes de son côté au même correspondant, il aura également dix échéances actives à surveiller, peut-être dix protêts à faire s'il a été réglé par Secundus en effets de commerce peut-être dix recours à craindre des porteurs de ces effets. Pas d'espoir de compensation, comme en droit civil, si les effets de commerce ont circulé (v. n. 754-755). Multipliez cela par le nombre de ses correspondants. Vous voyez pour le commerçant des soucis incessants, l'obligation d'avoir de grosses sommes continuellement disponibles pour faire face à toutes ses échéances, une masse considérable de capitaux à remuer.

Au contraire, par le compte courant, toutes ces échéances

sont supprimées ; il n'y a plus dix créances et dix dettes coexistant à la fois : il n'y a que des articles du débit et du crédit, qui ne peuvent faire l'objet de poursuites individuelles. Il y aura seulement un solde, résultant de la balance entre tous ces articles; ce solde sera seul exigible. Même s'il est à vue, ce n'est qu'une somme minime à tenir prête. Souvent, il est à terme fixe, ce qui permet de garder jusqu'au terme, même la disposition de cette faible somme.

Toutes les conséquences juridiques de cette stipulation sont groupées sous un même mot; c'est ce qu'on appelle l'*indivisibilité* du compte courant. Il est utile cependant d'en détacher un effet spécial, très important, la *novation* qui résulte de la transformation de chaque créance en crédit, de toutes les créances particulières en la créance unique du solde. Nous étudierons en détail ces deux effets à notre section 3e.

Une condition importante de la convention principale, et qui y est toujours sous-entendue, c'est que toutes les sommes portées au compte courant, y produisent des *intérêts* du jour de leur entrée. Il est nécessaire pour le commerce que l'argent ne reste jamais improductif. C'est pour tenir compte de ces intérêts avec la plus grande exactitude qu'a été imaginée la comptabilité spéciale du compte courant.

880 B. La convention de compte courant suppose deux parties qui sont en relations d'affaires ensemble et auront l'occasion de s'adresser réciproquement des valeurs. Ces valeurs peuvent être des sommes d'argent, ou des effets de commerce à recevoir, ou des marchandises. Quelle que soit leur nature, il est nécessaire qu'elles soient toutes appréciées en argent et en une même monnaie; elles ne peuvent que sous cette forme entrer dans le compte et former des articles du débit et du crédit. Ces envois réciproques de valeurs sont appelés des *remises*, et pour chacune des remises on distingue les deux parties sous le nom de *remettant* et de *récepteur*.

Au point de vue juridique, ces remises, s'il n'y avait pas de compte courant, pourraient se présenter dans deux conditions opposées : si elles sont faites par une partie qui n'est pas déjà débitrice de l'autre, elles constitueraient une avance, un

prêt; si elles émanent de celui qui est déjà d'ailleurs débiteur, elles seraient un paiement. Dans le compte courant ces remises perdent tout caractère propre; qu'elles soient au fond des avances ou des paiements, elles figurent au même titre dans le compte; elles commencent toutes à produire intérêt du jour de leur entrée.

Il peut être entendu entre les deux parties que chacune d'elles pourra alternativement être en avance à l'égard de l'autre; que par conséquent le solde créditeur pourra alternativement, suivant le mouvement des affaires, être au profit de l'une ou de l'autre. Il peut se faire au contraire que l'une d'entre elles ne promette aucune avance à l'autre. Un banquier consent à faire les rentrées pour son client, à tenir à sa disposition les fonds encaissés; mais ne lui promet pas de jamais payer à découvert pour lui. Dans ce cas, le solde sera toujours créditeur en faveur du client. On dit alors que le compte courant est simple ou *unilatéral*.

Il importe encore, pour l'intelligence claire de la matière, de distinguer soigneusement dès le début, la convention première et générale par laquelle on s'engage à *travailler en compte courant* et qui est le véritable *contrat de compte courant;* et les conventions de détail qui peuvent intervenir au moment de chaque remise pour la faire entrer dans le compte et qui restent dans une certaine mesure facultatives. Nous étudierons séparément ces deux objets dans la 2e et dans la 3e section.

SECTION II.

CONVENTION ORIGINAIRE DU COMPTE COURANT.

Nous traiterons deux points : — 1° le compte courant est un contrat *sui generis;* — 2° sa formation.

I. — Le compte courant est un contrat sui generis.

881. D'abord *cette convention est un contrat*. On l'a nié autrefois. Mais l'analyse que nous avons faite à la première section et tous les développements que nous allons donner sont une démonstration complète de l'existence d'une convention produisant des effets juridiques très importants.

C'est un contrat sui generis. Des auteurs ont essayé de faire rentrer le compte courant dans d'autres contrats connus, ou dans une combinaison de contrats connus. Mais cette théorie est généralement abandonnée; elle a d'ailleurs peu d'intérêt.

II. — Formation du contrat.

881 B. Le compte courant est un contrat purement consensuel

Le consentement peut être exprès ou tacite.

La convention n'embrasse pas nécessairement toutes les dettes et créances qui pourront exister entre les parties. D'abord elle ne se réfère qu'aux obligations qui prendront naissance dans leurs relations d'affaires : ainsi une dette que l'acceptation d'une succession mettrait à la charge de l'une des parties au profit de l'autre n'entrerait pas dans le compte. — Lors même qu'une remise rentrerait dans l'ordre des affaires qu'embrasse leur convention originaire, on pourrait au moment de la remise l'en exclure par une clause formelle; nous reviendrons bientôt sur ce point.

881 C. *La convention de compte courant est-elle toujours un* **acte commercial ?** — On l'a soutenu parce qu'elle a été inventée par les commerçants et à l'usage du commerce. — Mais ces raisons ne sont pas concluantes : — elle ne rentre pas dans l'énumération de l'a. 632 C. com. ; — et ne présente pas par elle-même les caractères rationnels de l'acte de commerce (v. n. 30) ; — elle ne peut être commerciale qu'en vertu de la théorie de l'accessoire, à raison du caractère des opérations auxquelles elle se rattache et dont elle modifie les effets juridiques.

Tout dépendra donc de la nature des relations d'affaires existant entre les deux parties qui entrent en compte courant. Si ces relations sont commerciales, le compte courant sera commercial ; ce sera le cas de beaucoup le plus fréquent. Mais il sera civil, si ces relations sont civiles : p. ex. si j'ai au loin un mandataire (p. ex. un notaire ou un architecte) chargé de recevoir les loyers et fermages de mes immeubles, et de payer les réparations qui pourront être nécessaires ; chargé de toucher mes revenus, de recouvrer mes créances, et de placer sur mes indications les fonds reçus, etc. — Entre commerçants, le compte

courant sera, jusqu'à preuve contraire, présumé commercial (a. 631, 1° ; 632, 7° al ; 638, 2° al.). — Le caractère du compte courant devra être tiré de l'ensemble des opérations qui y sont comprises ; quelques opérations civiles venant se mêler à la généralité des opérations commerciales n'en changeraient pas le caractère ; ni réciproquement. — Enfin le compte courant pourrait être commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre : ainsi pour le particulier non commerçant qui serait en compte courant avec son banquier.

Le compte courant non commercial produirait néanmoins les effets que nous exposerons plus loin, lors même que ces effets auraient originairement leur raison d'être dans les habitudes commerciales (v. not. n. 886 A).

881 D. Quelle est la **capacité** nécessaire pour faire une convention de compte courant? Nous pensons qu'il suffit d'être capable de faire les opérations qui doivent être comprises dans le compte. — Il est certain que la faillite de l'un des correspondants arrêterait le compte. Il en serait de même du mariage de la femme, qui était en compte, sauf, dans notre opinion, le cas où le compte n'embrasserait que des actes d'administration et où la femme serait séparée de biens, et sauf aussi le cas où la femme commerçante continuerait le commerce avec le consentement de son mari.

881 E. Enfin, quant à la **preuve** du contrat, elle se fera suivant les modes ordinaires : par les modes civils, si le compte courant est civil; par les modes commerciaux, si le compte courant est commercial; et, s'il n'est commercial que d'un seul côté, les modes de preuve commerciaux pourront être employés si le défendeur a fait acte de commerce; sinon, non (v. n° 437).

SECTION III.

DES REMISES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

Trois paragraphes : — 1° entrée des remises dans le compte; — 2° crédit donné en échange; — 3° effets des remises.

§ I

Entrée des remises dans le compte.

882. Nous avons vu que les remises résultent des opérations que font entre eux les deux correspondants.

Deux questions principales sont à examiner.

882 A. 1° *Les remises sont-elles purement volontaires entre les parties?* Il faut d'abord faire une distinction. Il est certain que les opérations en elles-mêmes sont purement volontaires : je suis toujours maître de ne pas acheter de Paul ou de ne pas lui vendre, de ne pas envoyer à Pierre des effets à l'encaissement. Donc, chaque partie reste absolument libre de faire ou de ne pas faire des remises à l'autre, sauf à cette dernière à arrêter le crédit qu'elle lui a accordé antérieurement.

Mais il reste encore une autre question : ◆. *l'une des parties est-elle libre, en faisant une remise à l'autre, de l'exclure du compte courant?* Peut-elle l'affecter à une destination spéciale, à certains paiements, à l'acquittement d'une lettre de change? — d'après une opinion, chaque remise nouvelle n'entrerait au compte qu'en vertu d'une nouvelle convention distincte de la convention originaire : chaque partie serait donc toujours libre de souscrire ou non à cette nouvelle convention, et par conséquent d'exclure par un avis formel telle remise du compte courant. — Il nous paraît plus exact, de décider qu'une nouvelle convention n'est pas nécessaire, que la convention originaire suffit pour obliger les deux parties, du moment qu'elles se font des remises, à les comprendre dans le compte courant; autrement la convention primitive ne créerait aucun lien, aucune obligation. Mais chaque partie, étant en général maîtresse de ne pas faire de remises à l'autre, peut lui offrir une remise sous condition, sous la condition qu'elle n'entrera pas en compte; si l'autre partie refuse cette condition, on ne lui adressera pas la remise.

882 B. 2° *Y a-t-il nécessairement* **translation de la propriété** *des remises?* Tous les auteurs répondent par l'affirmative sans hésitation. La plupart font de la translation de propriété

une condition de la formation du contrat, ce qui se rattache pour beaucoup d'entre eux à l'opinion que le compte courant est un contrat réel ou spécialement un prêt. — Nous avons vainement cherché dans la plupart des auteurs l'ombre d'un argument en faveur de cette affirmation : on se borne à alléguer vaguement les usages du commerce, sans paraître se douter qu'il est nécessaire d'appuyer de preuves précises un principe aussi considérable. — Il est d'ailleurs facile sur le terrain pratique de démontrer l'inexactitude du prétendu principe. Un commissionnaire et son commettant peuvent-ils travailler en compte courant? Personne ne songe à le nier, et c'est d'une pratique journalière. Or il est bien évident que les marchandises envoyées au commissionnaire pour être vendues ne deviennent pas sa propriété. — Au fond, voici la raison qui a pu amener à poser ce principe. Toutes les valeurs doivent être appréciées en argent pour être portées au compte (v. n. 880 B) ; c'est d'une somme d'argent que le remettant est crédité ; et le récepteur conserve pendant toute la durée du compte la libre disposition de cette somme. Or, dira-t-on, puisque toutes les valeurs, marchandises, effets à l'encaissement, ne figurent au compte que par leur prix, c'est donc qu'il y a vente. La conclusion ne nous semble nullement rigoureuse : celui qui a reçu les effets et s'est débité de leur montant le doit-il à titre de prix d'achat des effets, ou le doit-il comme comptable du prix qu'il a reçu ou recevra en vertu du mandat à lui donné de les vendre? C'est ce qui n'est nullement déterminé. Le consignataire qui reçoit des marchandises à vendre se débitera de leur prix après la vente, aussi bien que celui qui aura reçu ces marchandises à titre d'acheteur. — Mais, dit-on, il a la libre disposition des fonds. Cela importe peu : on peut très bien en lui donnant un simple mandat de les toucher, et, en le constituant comptable du prix, lui laisser néanmoins la libre disposition de ce prix. — Nous disons donc : un banquier ou un autre correspondant, qui reçoit d'un négociant des effets de commerce en compte courant, *peut* en acquérir la propriété immédiatement, mais il *peut* aussi n'avoir qu'une procuration à l'effet de les encaisser ; la question reste ouverte et se résoudra uniquement par la recherche de la volonté des

parties, de la nature de l'endossement, etc. (v. n. 752, 764 et suiv.).

Lorsque la propriété aura été transférée (ce qui arrivera souvent, nous le reconnaissons, en vertu de l'intention des parties), il est intéressant de signaler avec les auteurs les conséquences suivantes : — 1° la revendication des marchandises ou des effets ne sera plus possible, notamment en cas de faillite du récepteur (C. com. a. 574): — 2° les risques de perte seront pour celui-ci ;— 3° l'aliénation qu'en ferait le même récepteur ne pourrait être punie comme abus de confiance.

§ 2°

Crédit donné en échange des remises.

883. Les remises sont, nous l'avons vu, toutes les opérations qui, de droit commun, rendraient le remettant créancier. En entrant en compte courant, il a consenti à voir chacune de ses créances futures remplacées par un crédit d'égale somme.

Le remettant devra être crédité *au moment* où, d'après les règles ordinaires de chaque contrat, il deviendrait créancier : en cas de dépôt d'argent, au moment du dépôt ; en cas de vente, au moment de la vente, etc. Si la vente est faite à crédit ou à terme, le crédit sera donné immédiatement, car l'acquéreur est immédiatement débiteur, quoique le paiement soit retardé. Mais, à moins de stipulation contraire, les intérêts ne devront commencer à courir qu'au jour du terme ; il y aura lieu, dans la comptabilité, de prendre soin de ne compter les intérêts qu'à partir de ce moment. — Si les remises ne sont faites qu'avec mandat (ou commission) de vendre, ou de toucher des valeurs, régulièrement le crédit ne sera donné qu'au moment où l'opération sera réalisée, vente, encaissement, etc., d'autant que la plupart du temps on n'en connaît qu'alors le montant. Pourtant lorsqu'il s'agit d'effets de commerce remis à l'encaissement, on peut sans inconvénient, pour simplifier, passer les écritures dès la remise, *valeur* à l'échéance de l'effet ; car d'une part on connaît déjà le montant à toucher, et d'autre part la

condition tacite qu'on appelle la clause *sauf encaissement*, et dont nous allons parler, empêche que les droits du récepteur ne soient compromis dans le cas où l'effet resterait impayé.

Q. *L'écriture sur les livres est-elle nécessaire pour que les remises soient définitives ?* — 1er S. *Oui*, il faut que l'article (crédit ou débit) soit porté au moins sur les livres de l'une des deux parties ; en effet les remises n'ont pour cause que le crédit donné ; elles sont donc nulles faute de cause, si ce crédit n'est pas réellement fourni ; et il ne l'est que par l'écriture. — 2e S. *Non* (1) : — le crédit peut très bien être donné sans que l'écriture soit portée sur les livres, du moment qu'elle doit y être portée ; les conventions sont obligatoires par le seul consentement (C. civ. a. 1134) ; par conséquent, une fois la remise faite, à quelque époque que le compte soit dressé, le remettant a le droit d'y faire porter le crédit qui lui a été promis ; il n'y a plus chez nous de contrat *litteris* : de même qu'on devient créancier, on peut devenir crédité, *solo consensu*.

883 A. Le crédit n'est pas absolument irrévocable par exemple si des marchandises envoyées en compte courant sont ensuite refusées, le prix, dont le vendeur avait été crédité, devra être effacé de son crédit, car il n'a plus de cause. Cette annulation de crédit se fera au moyen de ce qu'on appelle une *contre-passation d'écritures*, c'est-à-dire en portant au débit du vendeur une somme égale à celle qui avait été inscrite portée à son crédit.

De la condition sauf encaissement.

Dans le cas où une remise en compte courant est faite en effets de commerce, la pratique commerciale, souveraine en notre matière, sous-entend toujours la clause **sauf encaissement**, c'est-à-dire que le crédit n'est, sauf convention formelle contraire, donné par celui qui reçoit l'effet que sous condition résolutoire pour le cas où l'effet ne serait pas encaissé à l'échéance. C'est l'application au contrat de compte courant de la condition résolutoire sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses engagements (C. civ., art. 1184) ; le crédit donné a été donné sans cause, puisque la valeur, en échange de laquelle il avait été

donné, se trouve avoir été nulle et que le récepteur ne saurait en devoir compte au remettant. C'est comme si l'on avait crédité le remettant en recevant de lui un billet de banque faux. — Cette clause autorise celui qui a reçu l'effet et qui n'a pas été payé à l'échéance à annuler, par une contre-passation d'écritures, le crédit donné en trop au remettant, c'est-à-dire à porter la même somme à son débit.

La portée de cette clause *sauf encaissement* va jusqu'à permettre de passer l'article au débit du remettant, même *après la faillite* de celui-ci, quoique à ce moment aucune créance nouvelle ne puisse plus naître contre la masse de ce dernier, ni éteindre par compensation ses créances antérieures (C. com. a. 443) ; c'est que la dation de crédit a été nulle *ab initio* comme étant sans cause.

Le remettant ne peut pas invoquer cette clause de sauf encaissement : — il est en faute d'avoir négocié de mauvaises valeurs ; sa faute ne peut lui donner des droits ; — la condition résolutoire de l'a. 1184, C. civ., ne peut jamais être invoquée par celui qui n'a pas rempli ses engagements.

Seulement, si le récepteur avait fait la contre-passation et qu'elle eût été acceptée par le remettant, on ne pourrait plus revenir sur un accord librement formé.

§ 3

Effets des remises.

884. Nous trouvons ici l'application des effets essentiels du compte courant, l'*indivisibilité*, et la *novation* qui s'y rattache. Nous n'avons qu'à développer ces deux principes.

I. — **Indivisibilité du compte courant.**

Elle consiste, ainsi que nous l'avons dit plus haut, en ce que toutes les créances portées à ce compte perdent par là même leur individualité propre, n'ont plus une existence distincte, mais font partie d'un tout indivisible, le compte courant, dans lequel elles constituent seulement des articles du crédit et

du débit, les éléments du solde final, qui deviendra seul une créance véritable et exigible.

Les créances perdent leur individualité propre, de sorte qu'on ne peut plus appliquer divisément à chacune d'elles les règles données, notamment par le code civil, pour les créances.

Ainsi elles ne peuvent plus faire séparément l'objet de *poursuites en justice*, ni par conséquent servir de cause à une *saisie* ou à toute autre voie d'exécution.

Elles ne peuvent non plus être frappées de *saisies-arrêts*; la L. 24 germinal an X, art. 33, dit qu'aucune opposition n'est admise sur les sommes déposées en compte courant dans les banques autorisées : cette disposition ne fait qu'appliquer le droit commun en matière de compte courant, et il faut la généraliser.

Elles ne peuvent pas faire l'objet d'un *paiement* proprement dit : si celui dont le compte est débiteur remet une somme à l'autre partie, la somme sera simplement portée à son crédit, et diminuera d'autant son débit, mais sans être affectée spécialement à l'extinction de telle créance déterminée. Par suite, on n'appliquera pas les règles de l'imputation des paiements (C. civ., art. 1256). Les remises ne tomberont pas sous le coup de l'art. 446, C. com. ; nous étudierons sous cet article (n. 907) les difficultés qu'il peut faire naître. — Les remises en marchandises ne sont pas non plus des dations en paiement, ce qui présentera aussi de l'intérêt au point de vue de l'application de l'a. 446.

Il n'y a pas lieu de leur appliquer les règles de la *compensation* dans les termes de l'art. 1287, C. civ. : sans doute toutes les sommes portées au compte sont destinées à se compenser et à se fondre dans le solde ; mais une somme du crédit ne se compense pas spécialement avec une autre somme du débit ; deux créances égales, liquides et exigibles, ne s'éteindraient pas réciproquement et immédiatement ; elles continueront à produire intérêt jusqu'à la clôture du compte ; et peut-être à des taux différents, ce qui est caractéristique. La compensation individuelle des créances détruirait l'essence du compte courant ; le compte ne courrait plus : un compte arrêté, c'est-à-dire soldé par la compensation du crédit et du débit, est l'opposé d'un compte

qui court. D'autre part, une somme, même non exigible, pourra entrer dans le compte et contribuer à la compensation *sui generis* qui s'y opère ; par exemple celui qui aura accepté une traite tirée par l'autre se créditera dès le jour de l'acceptation, et non pas seulement du jour où il l'aura payée, sauf à ne compter les intérêts que du jour du paiement.

Enfin un prix de vente qui pouvait être *revendiqué* dans la faillite du commissionnaire, tant qu'il n'était pas payé, cessera de pouvoir l'être s'il a été passé en compte courant entre le commissionnaire et l'acheteur, du moins dans certaines conditions qui résultent de l'a. 575 (v. n. 1003).

Tous les effets, qui sont ainsi enlevés aux créances diverses à leur entrée dans le compte, seront transportés sur le solde, comme nous le verrons à la section 3e.

884.A. Mais il est très important de noter que le contrat de compte courant, comme toutes les conventions, ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes (C. civ. a. 1165). Il s'ensuit nécessairement que l'indivisibilité ne peut pas être opposée **aux tiers.**

Les tiers, qui peuvent méconnaître les effets du compte courant, sont ceux-là seulement qui ont acquis des droits sur une créance avant l'entrée de cette créance dans le compte ; p. ex. celui à qui la créance aurait été cédée et qui aurait signifié la cession, ou celui qui l'aurait saisie-arrêtée avant cette époque.

II. — **Novation.**

885. La novation résulte de l'indivisibilité : les créances perdent leur existence propre dès leur entrée en compte courant ; elles sont remplacées pour le créancier par des articles de crédit qui se condenseront dans la créance du solde. Et cette créance aura souvent des caractères très différents de ceux des créances qui la composent, et qui peuvent d'ailleurs présenter déjà entre elles des différences considérables.

Ainsi une créance née d'une lettre de change ou d'un billet à ordre commercial, une fois portée au compte, cessera d'être prescriptible par cinq ans ; le solde où elle sera fondue ne sera soumis qu'à la prescription de trente ans. — Il en sera de même d'une créance d'intérêts portée dans le compte (C. civ., a. 2277).

-- Ainsi encore une créance civile, inscrite dans un compte courant commercial, perdra son caractère civil, et le solde qu'elle aura contribué à former sera une créance purement commerciale, produira des intérêts au taux du commerce, et réciproquement.

Comme conséquences du même principe : — le vendeur, dont la créance est portée en compte, perd le droit de résolution pour non paiement du prix, puisque sa créance est acquittée par le crédit donné ; — un mandataire, débité de ce qu'il doit, cesse d'être obligé comme mandataire et exposé à la poursuite correctionnelle pour abus de confiance (C. P. a. 408) ; — si un commettant a passé au compte de son commissionnaire le prix d'une vente faite par celui-ci, il cesse de pouvoir poursuivre directement le tiers acheteur ; car, en débitant le commissionnaire, il est censé avoir reçu de lui le prix ; c'est donc dès lors le commissionnaire qui est chargé de le recouvrer contre le tiers.

La prescription d'une créance sera aussi interrompue par son entrée dans le compte.

Un autre effet important résultant de la novation produite par l'entrée d'une créance dans le compte courant, c'est l'extinction des accessoires de cette créance : du cautionnement, des hypothèques (C. civ. a. 1278 ; 1281, 2e al.). Par application de ces principes, l'entrée en compte d'une créance née d'une lettre de change *exigible*, libérera tous les garants qu'un paiement intervenu entre les parties aurait libérés. Si la créance d'un prix de vente est portée en compte, le privilège du vendeur sera éteint.

SECTION IV.

FONCTIONNEMENT DU COMPTE.

886. Pour que le compte fonctionne, il doit y entrer, outre les remises qui en sont l'aliment principal, d'autres éléments secondaires qui ont aussi leur importance en droit. Ce sont surtout : — *les intérêts*, condition du crédit que se font les parties ; — et les *arrêtés de compte* périodiques, qui modifient en l'éclaircissant la situation des deux correspondants.

§ Ier

Des intérêts.

886 A. C'est une règle fondamentale du compte courant que les intérêts courent de plein droit, sans stipulation générale ou spéciale, pour toutes les sommes, dès leur entrée dans le compte. Il y a là une certaine dérogation à l'a. 1153 C. civ., puisque la convention qui fait courir les intérêts est souvent tacite, et résulte du seul fait de travailler en compte courant. Cette dérogation est fondée sur un usage constant, dont nous avons établi l'autorité prépondérante en droit commercial, surtout pour ce qui concerne l'interprétation de la volonté des parties. Elle est imposée d'ailleurs par les nécessités de la vie commerciale : l'argent ne doit jamais rester improductif ; et les intérêts sont le prix légitimement payé par celui à qui l'on assure la libre disposition des sommes dont il est débité. C'est surtout pour tenir compte de ces intérêts qu'on emploie la comptabilité spéciale du compte courant.

Cette règle s'applique sans difficulté lorsque le compte courant est commercial, c'est-à-dire consacré en majeure partie à des opérations commerciales ; peu importe que l'un des correspondants ou tous les deux, ne soient pas commerçants de profession. — Nous pensons qu'il faut l'appliquer même au compte courant civil.

Le taux peut être déterminé par la convention des parties dans la limite, pour le compte courant civil, du maximum fixé par la loi de 1807. — Si l'on n'a rien dit, à quel taux seront calculés les intérêts ? Si le compte courant est commercial, il faudra les calculer à 6 °/₀ ; s'il est civil, à 5 °/₀. — Si le compte n'a pas le même caractère pour les deux parties, v. ce que nous avons dit au n° 680

On peut d'ailleurs convenir expressément que le taux sera différent pour les deux parties : puisqu'on se tient nécessairement dans les limites du taux légal, rien ne défend à l'une des parties de descendre au-dessous. Très souvent les banquiers

stipulent un taux plus fort en leur faveur qu'en faveur de leurs clients. On peut même convenir qu'une des parties ne touchera pas d'intérêts.

Les intérêts portés au compte, et compris dans le solde, ne se prescriront plus que par trente ans, contrairement à l'art. 2277, C. civ. : c'est une conséquence déjà signalée de l'effet novatoire du compte courant. — Par la même raison, si une hypothèque garantit le paiement du solde, les intérêts portés au compte seront couverts par cette hypothèque sans inscription spéciale, lors même qu'ils seraient dus pour beaucoup plus de deux années ; on n'appliquera pas l'art. 2151, c. civ.

§ 3

Arrêtés de compte.

886 C. On ne peut laisser courir indéfiniment un compte sans en établir de temps en temps la *balance* : sans cela des totaux énormes s'accumuleraient sur les livres, et l'on ne pourrait plus apprécier facilement la situation respective des deux correspondants. Il faut qu'au moins à certaines périodes fixées d'avance, on fasse par une balance ressortir cette situation en un seul chiffre porté au crédit de l'un et au débit de l'autre.

La *balance* peut être faite dans trois circonstances qu'il importe de distinguer. — 1° Elle peut d'abord avoir lieu à toute époque, lorsqu'une personne quelconque a intérêt à connaître la situation. C'est ce qu'on pourrait appeler une *balance accidentelle* ; c'est une simple opération de comptabilité, sans effet juridique ; nous n'aurons pas à y insister. — 2° Elle *doit* être faite à certaines époques régulières, convenues expressément ou tacitement entre les parties, pour éclaircir leur situation, quoique le compte continue à courir après comme avant. Ce sont les *balances périodiques*, qui ont lieu habituellement tous les ans, ou tous les six mois, ou tous les trois mois; on les appelle aussi *arrêtés de compte périodiques* ; elles font apparaître un solde, qu'il importe de bien distinguer et que nous nommerons avec la pratique le *solde à nouveau*, parce qu'il est reporté en tête du nou-

veau compte, rouvert au moment même de l'arrêté du compte précédent. — 3° Enfin il y aura en dernier lieu la *balance finale* ou *arrêté de compte définitif*, faisant apparaître le véritable soldo, seul exigible, comme nous l'avons déjà dit, le *solde définitif*.

Nous étudions dans ce paragraphe les **arrêtés de compte périodiques**. — Ces arrêtés, outre les exigences de la clarté dans la comptabilité et dans la situation pécuniaire des parties, sont encore très utiles pour fixer leur situation juridique. Ils servent à vérifier si elles sont d'accord sur les divers articles du crédit et du débit. Lorsqu'ils sont acceptés, les arrêtés de compte lient les parties. Cependant la condition *sauf encaissement*, sous-entendue lors du crédit donné pour un effet de commerce, est évidemment aussi sous-entendue dans l'approbation de l'arrêté de compte, si elle a lieu avant l'échéance de l'effet ; cette approbation ne ferait donc pas obstacle à la contre-passation d'écritures ultérieure. Ensuite les conventions ne peuvent déroger à l'ordre public (C. civ., a. 6) : l'acceptation du compte ne saurait donc empêcher de faire annuler un article, comme entaché d'usure, ou comme sanctionnant une dette de jeu (C. civ., a. 1965).

Quant à l'ensemble des créances comprises dans le compte, l'acceptation de l'arrêté a un effet commun qui est d'interrompre la prescription, puisqu'elle constitue une reconnaissance de cette dette. Par conséquent la prescription du solde ne pourra jamais remonter plus haut que le dernier arrêté de compte. — En outre l'arrêté accepté produit encore sur les éléments du solde à nouveau une novation analogue à celle que produit l'entrée en compte des différents éléments. Nous allons en voir une application importante.

886 D. Une fois fixé par la balance et l'arrêté de compte, le **solde à nouveau** forme le premier article du nouveau compte. Comme tel, il commence immédiatement à produire des intérêts, de même que les remises, en vertu d'une convention tacite, fondée sur des usages absolument constants.

Le taux de cet intérêt est le même que celui des remises, auxquelles le solde à nouveau est assimilé. Si le taux est inégal entre les parties, on appliquera celui qui est stipulé pour les remises faites par le correspondant créditeur du solde.

Ces règles soulèvent deux questions importantes.

1° Dans le soldo reporté à nouveau se trouvent compris, non seulement les remises, les changes, les commissions, mais encore les intérêts dus sur ces diverses sommes pour la période précédente. Ces intérêts, compris dans le soldo, vont donc commencer eux-mêmes à produire des intérêts : il y aura dès lors *anatocisme.* ◆. *L'art.* 1154 *C. civ. qui restreint les conditions où l'anatocisme est permis ne va-t-il pas mettre obstacle à cet effet du report à nouveau?* Lors même que les arrêtés de compte n'auraient lieu que tous les ans, la condition la plus importante de l'a. 1154 n'est pas remplie : il ne s'agit pas « d'intérêts dus au moins pour une année entière. » Car les sommes qui les ont produits ne sont entrées dans le compte, que dans le courant de l'année écoulée. D'ailleurs les arrêtés de compte ont lieu le plus souvent, tous les six mois ou tous les trois mois. Nous pensons néanmoins que la capitalisation doit être admise : — c'est une conséquence de l'effet novatoire du compte courant : dans le soldo reporté à nouveau, les intérêts n'ont plus d'existence distincte ; ils ne tombent pas sous le coup de l'a. 1154, pas plus qu'ils ne tombent sous le coup de l'a. 2257 pour la prescription (v. n. 885); — le report à nouveau n'a nullement pour but de faire produire des intérêts aux intérêts ; l'objet de cette opération est de permettre aux parties de fixer leur situation et de voir clair dans leurs affaires : c'est là un intérêt majeur, et très respectable ; le législateur n'a pas eu la pensée de mettre obstacle à des opérations aussi parfaitement honnêtes. Nous dirons donc que, si la capitalisation a été faite sincèrement et conformément aux usages du commerce, elle sera respectée. — La jurisprudence est actuellement dans ce sens.

2° ◆. *Les banquiers ont-ils le droit de prendre un droit de commission pour le report à nouveau?* — 1er S. *Oui* : — le banquier ne réalise de bénéfices que par le nombre des opérations qu'il fait ; en laissant au client son argent pendant une nouvelle période, il se prive des profits qu'il aurait pu trouver dans de nouvelles affaires ; il rend un nouveau service à son client ; c'est un nouveau crédit qu'il lui fait. — 2e S. *Non* (1) : — le banquier ne fait aucun encaissement ou décaissement réel ; il ne fait aucuns nouveaux

frais qui justifient une rémunération ; il n'a pas à chercher l'argent, à s'enquérir de la solvabilité de l'emprunteur, comme lorsqu'il fait une nouvelle avance ; il ne fait pas un avantage nouveau à son client : car les arrêtés périodiques du compte ne sont nullement la fin du contrat de compte courant ; c'est seulement un règlement d'ordre ; il ne fait donc aucune concession en continuant les opérations ; la rémunération n'a donc pas de cause sérieuse.

SECTION V.

CLOTURE DU COMPTE.

Trois divisions : — 1° Causes et effets immédiats de la clôture ; — 2° Règlement du compte ; — 3° Créance du solde définitif.

1. — Causes et effets immédiats de la clôture.

887. La clôture du compte peut être volontaire ou forcée.

La clôture volontaire peut résulter d'abord du terme fixé dès le début par la convention des parties. — Il en sera de même sans difficulté, si les deux parties se mettent d'accord pour cesser leurs relations, ou pour cesser de les faire en compte courant. — Tous les auteurs admettent en outre que la volonté d'un seul des correspondants suffit pour mettre fin au compte, si aucun délai n'a été fixé : — ces relations exigent une confiance réciproque, comme la société, le mandat ; il faut donc appliquer ici par analogie les articles 1866, 5°, et 2003 c. civ. ; — on est toujours maître de ne pas faire d'affaires avec une personne, on peut donc cesser toute nouvelle opération, et par suite le compte cessera faute d'aliment. — Enfin la retraite de l'un des commerçants mettrait fin au compte pour la même raison.

La clôture forcée résultera des événements qui mettront obstacle à la continuation des opérations entre les deux correspondants : — la mort de l'un d'eux, car le compte courant, consistant dans une série de crédits, est évidemment contracté *intuitu personæ*, encore comme le mandat et la société (C. civ.

a. 1866, 2003) ; — la dissolution de la société, qui était en compte courant, pour la même raison ; — la faillite de l'une des parties, rendant impossible toute nouvelle opération, à partir du jugement déclaratif (a. 443) ; — l'interdiction et le placement dans une maison d'aliénés.

La clôture arrête complètement le fonctionnement du compte ; aucun élément nouveau ne peut y être porté, et, s'il en avait été porté quelqu'un, il devrait être extrait du compte. Spécialement en cas de faillite, les remises faites après le jugement déclaratif pourraient être revendiquées.

II. **Règlement du compte.**

887 A. Le règlement du compte a pour but d'arrêter la *balance finale* du compte, et de faire ressortir le *solde final* qui est seul exigible.

Il faut appliquer à ce règlement ce que nous avons dit des arrêtés de compte périodiques. — Le règlement peut être *volontaire* ou *judiciaire*.

Le règlement volontaire se fera très habituellement par un relevé du compte adressé par un des correspondants à l'autre et accepté par celui-ci. L'acceptation sera constatée, ordinairement, soit par une simple signature apposée au bas de l'arrêté qui est retourné à l'envoyeur, soit par une lettre. L'acceptation peut être tacite ; entre commerçants, elle peut résulter du silence gardé pendant un certain temps d'après les usages.

Si les parties ne se mettent pas d'accord, le règlement sera poursuivi en justice par celui qui se prétend créditeur.

L'action en règlement se prescrit par trente ans suivant le droit commun (c. civ. a. 2262).

III. — **Créance du solde définitif.**

887 B. A partir de la clôture du compte et **avant le règlement**, la créance du solde devient une créance certaine, ayant son existence propre. Elle reprend tous les caractères que la règle de l'indivisibilité avait fait perdre aux diverses créances entrées dans le compte (v. n. 884) : elle peut faire l'objet d'un paiement ou d'une dation en paiement avec application possible de l'a. 440, c. com. ; il y a lieu à l'application des règles sur l'imputation des paiements ; il peut y avoir une saisie-arrêt,

une poursuite en justice ; cette créance peut en principe servir de cause à une saisie. Mais il y a encore certaines restrictions résultant de ce que, jusqu'au règlement, la créance n'est pas liquide : — d'abord elle ne peut pas faire l'objet d'une compensation légale ; — ensuite le paiement ne peut pas être complet et définitif, puisque le montant de la créance n'est pas fixé ; en fait il n'y aura que des paiements partiels ; — enfin généralement les saisies ne pourront en fait avoir lieu qu'après la poursuite en justice qui seule donnera un titre exécutoire. Les intérêts continueront aussi à courir comme avant la clôture, et ces intérêts n'auront pas d'existence propre et continueront à se confondre avec la créance du solde ; d'où il suit qu'ils ne se prescriront pas encore par cinq ans ; si une hypothèque garantit le paiement du solde, les intérêts seront garantis par cette hypothèque sans une inscription spéciale, lors même qu'ils auraient couru pendant plus de deux années depuis la clôture du compte.

Après le règlement, la créance du solde devient liquide, et les effets de son indétermination disparaissent : — la compensation en est possible ; — les paiements, les dations en paiement, les poursuites en justice, les saisies ne sont plus soumis à aucune gêne ou restriction ; — les intérêts, qui courront dorénavant, seront traités suivant leur nature propre ; ils se prescriront par cinq ans, et ne seront garantis que pour deux ans par l'inscription hypothécaire prise pour le capital (C. civ. a. 2151). — Mais nous admettrons encore que les *intérêts* continueront à courir de plein droit, au même taux qu'auparavant : — d'après les usages, la convention, au moins tacite, qui fait courir les intérêts dans le compte courant, embrasse même la créance du solde ; il est entendu ici, comme généralement en matière commerciale, que les capitaux ne resteront jamais improductifs jusqu'à parfait paiement. Seulement la capitalisation trimestrielle, semestrielle ou annuelle ne se continuerait pas après la clôture.

La créance du solde ne se prescrira que par trente ans, puisqu'aucun délai plus court n'a été fixé par la loi (C. civ. a. 2262). — Aucune prescription n'aura pu courir pendant la durée du compte, puisque le solde n'était pas exigible (C. civ. a. 2257).

Le paiement du solde peut être garanti par une hypothèque ou par une caution. Cela se présentera le plus souvent lorsque le compte courant se sera établi en exécution d'une ouverture de crédit (v. n. 888). Dans ce cas, en vertu du principe de l'indivisibilité du compte courant, l'hypothèque qui serait intervenue au cours des opérations garantirait tout le solde, lors même que celui-ci se composerait pour partie d'avances antérieures à la constitution de l'hypothèque.

APPENDICE III AU TITRE VIII.

DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT.

888. Souvent les parties entrent en compte courant à l'occasion d'une ouverture de crédit faite par un banquier à son client; nous devons en dire quelques mots.

La convention d'ouverture de crédit est une convention par laquelle une personne, ordinairement un banquier, s'engage à fournir à une autre de l'argent à sa demande jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — **Le client usera de ce crédit suivant ses besoins, soit en touchant lui-même, soit en tirant sur son banquier, soit en domiciliant chez lui ses paiements, soit en lui faisant escompter les effets qu'il aura souscrits, ou qui lui auront été remis.**

Par cette convention, le banquier est lié; puisqu'il ne pourra pas refuser l'argent qui lui sera demandé jusqu'à concurrence de la somme fixée. Le client n'est pas lié, il est maître d'user, ou non, du crédit, de prendre la somme qu'il veut ou de ne rien prendre du tout. Il y a condition potestative de sa part; mais, comme ce n'est pas lui qui s'est obligé, l'art. 1174 C. civ. n'est pas violé. C'est une situation analogue à une promesse de vente (C. civ., art. 1589, 1590). Le client sera seulement obligé quand il aura pris de l'argent; il sera alors comme un emprunteur.

Souvent le banquier, qui ouvre un crédit, se fait constituer une hypothèque comme sûreté de sa créance éventuelle, et prend inscription immédiatement. Q. *Cette hypothèque aura-t-elle rang dès le jour de cette inscription?* — 1er S. *Non* : — il n'y a pas alors de créance même conditionnelle pour le banquier; il n'y a qu'une éventualité; l'hypothèque n'aura donc rang que du jour où le crédit sera réalisé, au moins par une première avance faite au client. — 2e S. *Oui* (!) : — il y a une créance sous condition potestative pour le crédité, mais une créance valable

(C. civ., art. 1174); — dans le 1er S., le banquier serait à la merci de son client, car si une autre hypothèque était inscrite avant la réalisation du crédit, le banquier, qui n'a plus les sûretés promises, ne pourrait néanmoins refuser les fonds puisqu'il est engagé par la convention à les fournir; — cette doctrine avait été consacrée formellement au profit de la société du Crédit foncier par la L. 10 juin 1853, a. 4; depuis la L. 23 août 1871, a. 5, il semble difficile d'en contester l'application générale, puisque cet article fait payer dans ce cas le droit d'hypothèque au moment même de l'inscription; et l'on en a donné pour raison dans les travaux préparatoires que cette inscription assurait un rang immédiat.

La convention constitutive de l'hypothèque doit sans aucun doute être constatée par acte authentique. Mais cette forme n'est pas nécessaire pour les versements, qui ne sont que la réalisation d'une condition.

La L. 23 août 1871, a. 5, a réglementé le droit d'enregistrement des ouvertures de crédit; elle les soumet à un demi-droit proportionnel (50 cent. par 100 fr.); les actes de réalisation sont soumis au droit ordinaire (1 %), mais on fait entrer en déduction le droit primitivement payé.

LIVRE III.

DES FAILLITES & BANQUEROUTES.

---

880. Ce livre a été entièrement refondu par la **Loi du 28 mai 1838**, qui a substitué entièrement les articles nouveaux à ceux du code de commerce de 1807.

La *faillite est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements* (art. 437). Quoique concernant dans une certaine mesure l'intérêt public, elle donne lieu à une procédure d'ordre purement privé pour régler les droits pécuniaires des créanciers.

La *banqueroute* est la faillite compliquée de faits répréhensibles. Elle donne lieu à une procédure de l'ordre criminel; elle fait l'objet du titre 2 de notre livre. La banqueroute peut être simple ou frauduleuse. Il y a *banqueroute simple*, quand les faits reprochables sont des fautes graves, des imprudences, mais sans que l'on prouve la fraude proprement dite; c'est un *délit* de la compétence des tribunaux correctionnels, et instruit comme les affaires jugées par ces tribunaux (titre 2, ch. 1^er^). Il y a *banqueroute frauduleuse*, quand on reproche au failli une vraie fraude, la soustraction de ses livres, l'exagération du passif ou la dissimulation de l'actif; c'est un *crime* de la compétence de la Cour d'assises, instruit suivant la procédure criminelle (titre 2, ch. 2).

En principe, les deux procédures, commerciale et pénale, sont indépendantes. La faillite suit dans tous les cas la même marche, sauf un ou deux points de détail.

TITRE PREMIER.

DE LA FAILLITE.

800. Il y a trois situations voisines l'une de l'autre qu'il importe de distinguer : l'insolvabilité, la déconfiture et la faillite.

L'**insolvabilité** est l'état d'une personne dont le passif dépasse l'actif, c'est un fait purement immatériel qui ne se manifeste pas nécessairement à l'extérieur, et qui peut rester longtemps inconnu. — Elle a un effet juridique important, c'est de donner ouverture à l'action Paulienne ou révocatoire (C. civ., 1167), au droit pour les créanciers de faire tomber les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leur créance. Il est évident que, tant qu'elle n'est pas connue, elle ne peut donner lieu à l'action des créanciers; mais quand elle sera manifestée au dehors, alors elle produira rétroactivement son effet à partir du jour où le passif aura commencé à dépasser l'actif; les créanciers pourront remonter jusqu'à ce jour pour rechercher les actes qui auraient pu être faits en fraude de leurs droits. — De plus (autre effet important), l'insolvabilité de la caution permet au créancier d'en exiger une autre (C. civ., art. 2020).

La déconfiture et la faillite ont, au contraire, ce trait commun qu'elles supposent un désastre, une manifestation extérieure de l'état fâcheux du patrimoine, une impossibilité dans la marche ultérieure des affaires du débiteur.

La **déconfiture** est spéciale au débiteur qui n'a que des dettes civiles, ou du moins ne laisse en souffrance que des dettes civiles. Elle ne fait pas l'objet d'une constatation officielle et générale; elle résulte seulement des voies d'exécution partielles exercées par les divers créanciers, des saisies opérées par ceux-ci. Encore ne suffirait-il pas de quelques saisies isolées, il faut qu'elles soient assez multipliées pour caractériser un embarras

général dans le patrimoine du débiteur, l'impossibilité pour celui-ci de soutenir sa situation. Il n'y a pas là un fait aussi précis que celui qui caractérise la faillite; c'est une appréciation d'ensemble que devront faire les tribunaux civils. — La déconfiture n'a pas non plus, dans le droit civil, d'organisation générale; la loi ne prend pas de précautions d'ensemble pour assurer l'égalité proportionnelle entre tous les créanciers. Le code civil se contente de poser le principe de cette égalité dans l'art. 2093, mais il laisse à chacun d'eux le soin d'en assurer l'application en faisant des diligences à cet effet. Le débiteur peut les payer à mesure qu'ils se présentent (C. civ., art. 808, 2e al.); les premiers peuvent être payés intégralement, et les derniers ne rien toucher; c'est seulement entre ceux qui ont fait opposition dans les mains du débiteur, que la répartition au marc le franc est assurée (C. civ., art. 808, 1er al.). — Certains effets souldment, isolés les uns des autres, sont attachés à la déconfiture; v. C. civ., art. 1188; 1276; 1446; 1613, 4°; 1913; 2003; 2032, 2°.

La **faillite**, au contraire, est propre au commerçant qui ne paie pas ses dettes commerciales. Elle est caractérisée par un fait précis, la cessation des paiements, et déclarée par un jugement qui a une autorité générale *erga omnes*, et établit un régime complet et tout spécial. — Elle est organisée d'ensemble par la loi qui prend elle-même l'initiative des mesures destinées à assurer l'égalité porportionnelle la plus rigoureuse entre les créanciers. Le motif de cette sollicitude toute particulière de la loi commerciale, c'est que les créanciers d'un commerçant sont, en général, bien plus nombreux que ceux d'un non commerçant; qu'ils ne peuvent pas la plupart du temps stipuler des sûretés spéciales; qu'il y en a de très éloignés qui seraient difficilement et très tardivement mis au courant de la situation du débiteur, et seraient nécessairement primés par ceux qui sont plus proches et mieux informés; c'est enfin que le non paiement des créanciers commerciaux peut avoir les conséquences les plus funestes, parce qu'il peut amener la faillite de ceux qui comptaient sur une rentrée à jour fixe pour payer leurs créanciers, parce que ces nouvelles faillites peuvent en entraîner d'autres et porter ainsi une grave atteinte au crédit général de la nation. — La

faillite suppose, en général, l'insolvabilité ; elle la fait même présumer ; nous verrons pourtant qu'elle peut quelquefois exister sans elle.

891. **Historique.** — En droit romain aucune précaution spéciale n'était organisée à l'égard des débiteurs commerçants. Et dans notre ancien droit, il n'y eut jusqu'à l'ord. de 1673 aucune législation spéciale aux commerçants insolvables, sauf les édits et ordonnances qui prononcèrent des peines contre les banqueroutiers.

L'ordonnance de 1673 ne contient que treize articles dans son titre XI, *Des faillites et banqueroutes*, mais elle consacrait deux autres titres aux *défenses et lettres de répit* (tit. IX) et aux *cessions de biens* (tit. X). On y trouve en germe l'organisation adoptée par le Code et par la loi de 1838.

892. **Marche générale de la faillite.** — Les diverses mesures édictées par le Code ont pour objet de protéger à la fois l'intérêt des créanciers, celui du failli, et celui de l'ordre public. — Dès le jugement déclaratif de faillite, les biens du débiteur sont placés sous la main de la justice dans l'intérêt commun de ses créanciers; on lui en enlève le maniement, afin qu'il ne puisse pas les détourner, ni en avantager quelques créanciers au détriment des autres. L'administration en est confiée à un *syndic*, sous la surveillance du *juge commissaire*. Le syndic est chargé, en outre, de faire ou de provoquer tous les actes nécessaires pour arriver à la solution de la faillite. — Dans une période préparatoire, on établit la *liste des créanciers;* on met ceux-ci en demeure de produire leurs titres de créances; on les *vérifie* contradictoirement en assemblée générale, et ils sont obligés d'en *affirmer* la sincérité. — Puis on vote, dans une autre assemblée, sur l'admission d'un *concordat* ou arrangement proposé par le failli, qui s'engage, moyennant certaines concessions que lui font les créanciers, à les payer en totalité ou pour une fraction déterminée de leurs dettes. Si le concordat est admis, le failli est remis à la tête de ses affaires, à la condition seulement d'accomplir ses obligations sous la forme et dans la mesure nouvelle que leur a données le concordat. — Si le concordat n'est pas admis, les créanciers sont de plein droit en état d'*union*, c'est-à-

dire qu'ils s'unissent en vertu de leur communauté d'intérêts pour réaliser, par l'intermédiaire du syndic, le patrimoine du failli, et pour obtenir, toujours par la même entremise, la répartition de cet actif proportionnellement à leurs créances. — La faillite, même lorsqu'elle se termine par un concordat, frappe le débiteur de *déchéances* considérables. Il ne peut en être relevé que par la *réhabilitation*, qui ne peut être prononcée que lorsqu'il a payé toutes ses dettes en capital et intérêts.

Division du titre en trois chapitres : — 1° Déclaration de la faillite et ses effets; — 2° Procédure préparatoire; — 3° Solution de la faillite.

CHAPITRE PREMIER.

DÉCLARATION DE LA FAILLITE ET SES EFFETS.

Deux sections : — 1° Déclaration de la faillite; — 2° Effets de la déclaration.

SECTION PREMIÈRE.

DÉCLARATION DE LA FAILLITE.

Deux paragraphes : — 1° Conditions nécessaires pour qu'il y ait faillite; — 2° Jugement déclaratif.

§ 1er

Conditions nécessaires pour qu'il y ait faillite.

Il faut deux conditions (a. 437, 1er al.) : — 1° la qualité de commerçant; — 2° la cessation des paiements.

I. — **Qualité de commerçant.**

893. Pour les questions générales que peut soulever l'existence de cette qualité, nous n'avons qu'à nous référer à nos explications sur l'art. 1er. — Nous avons seulement à examiner ici quelques questions spéciales à notre matière.

Faut-il qu'on soit encore commerçant pour pouvoir être mis en fail-

lite? La réponse, en principe, est qu'il faut que les deux conditions aient coexisté : la qualité de commerçant et la cessation des paiements ; et que cela suffit.

La question pouvait se poser *en cas de décès du failli*. Elle était discutée avant 1838. Le législateur de 1838 a admis cette déclaration, dans l'année du décès (a. 437, 2e et 3e al.). Au lieu des trois manières dont la déclaration de faillite peut être provoquée, l'article n'en indique que deux ; il n'admet pas qu'elle soit demandée par les héritiers du failli ; ceux-ci n'y ont pas intérêt, puisque en acceptant sous bénéfice d'inventaire ils évitent toutes les conséquences de l'insolvabilité du failli.

La loi n'accorde qu'une année : lorsque la déclaration est provoquée par les créanciers, il suffit que la *demande* se soit produite dans ce délai ; au contraire, si elle est prononcée d'office, il faut que le *jugement* soit rendu dans le même délai ; le texte est formel sur ce point. — Ce délai d'un an est un délai préfix qui n'est pas allongé par les causes ordinaires d'interruption ou de suspension de la prescription.

Si le commerçant est mort à la veille de cesser ses paiements, il ne peut pas être mis en faillite ; car la seconde condition, la cessation des paiements, n'a jamais coïncidé avec la première.

Q. Quid *après la retraite du commerçant ?* — Il peut être mis en faillite, s'il s'est retiré *pour* se soustraire à la faillite, et s'il était, avant sa retraite, en état de cessation de paiements, car alors les deux conditions ont coïncidé. — Mais il ne pourrait pas l'être, si son insolvabilité n'était survenue qu'après, lors même qu'il y aurait eu alors des dettes commerciales impayées.

894. **Une société peut-elle être mise en faillite?** Certainement, en principe ; art. 438, 2e al.

Q. *La faillite d'une société en nom collectif entraîne-t-elle celle de tous les associés?* — 1er S. *Non* : — un seul des codébiteurs solidaires peut très bien être en faillite sans que les autres y soient (art. 544) ; or, les associés sont tout au plus des codébiteurs solidaires de la société. — 2e S. *Oui* (1) : — l'argument du premier système se comprendrait si la solidarité n'existait que pour une ou quelques dettes ; mais ici elle existe pour *toutes* les dettes de

la société; par suite, tant qu'un associé pourra payer, les dettes sociales ne resteront pas en souffrance; si donc la société est mise en faillite, c'est qu'aucun associé ne peut plus payer; — la loi exige, dans la déclaration de la faillite de la société, l'indication du nom et du domicile de tous les associés solidaires (art. 438, 2e al.); elle exige que les scellés soient apposés à leurs domiciles respectifs (art. 438, 2e al.); cela montre bien qu'elle les soumet aussi au régime de la faillite.

Dans la société en commandite, la même solution devrait être admise pour les commanditès. — Mais la faillite de la société n'entraînerait pas nécessairement celle des commanditaires, puisqu'ils ne sont pas solidaires.

6. La *société anonyme peut-elle être mise en faillite?* — 1er S. *Non* : — il n'y aurait pas de failli, puisqu'il n'y a pas d'associé personnellement obligé; or, nos lois édictent toute une série de dispositions, soit sur les incapacités qui frappent le failli, soit sur les mesures à prendre relativement à sa personne, soit sur son intervention dans les diverses opérations de la faillite; ces dispositions supposent nécessairement qu'il y a un failli; donc, pour la société anonyme, il n'y a lieu qu'à la liquidation forcée. — 2e S. *Oui (!)* : — il y a toujours un failli; c'est l'être moral que constitue la société; — sans doute, on ne pourra pas appliquer les règles qui supposent une personne physique; mais ces règles n'ont rien d'essentiel; ce qui le prouve, c'est qu'un négociant décédé peut être mis en faillite (art. 437, 2e al.); — quant au rôle du failli dans les opérations de la faillite, il sera rempli par les liquidateurs de la société; — la liquidation forcée ne présenterait pas pour les créanciers les mêmes garanties que la faillite, notamment les obligations précises des syndics, la surveillance du juge-commissaire, la nécessité de son autorisation pour les actes importants.

La faillite de la société anonyme n'entraîne celle d'aucun associé, puisqu'aucun n'est tenu indéfiniment.

La société en participation ne formant pas une personne morale ne peut pas être mise en faillite; mais seulement les co-participants individuellement.

Une société nulle, par exemple pour défaut de publicité, et

ne valant que comme société de fait, peut être mise en faillite sur la demande de ses créanciers sociaux, parce que cette nullité est facultative pour eux et ne peut leur être opposée par les associés. Mais, dans le système de la jurisprudence, admis par nous (v. n. 360), où les créanciers des associés peuvent invoquer cette nullité, ceux-ci pourront exiger que la faillite de la société ne soit pas prononcée, et faire fixer des dates différentes et individuelles pour la faillite de chaque associé.

II. — **Cessation des paiements.**

895. L'impossibilité de continuer plus longtemps les affaires, fait fondamental et essentiel de la faillite comme de la déconfiture, se manifeste pour un commerçant d'une manière beaucoup plus simple et plus nette que pour un non commerçant. Car le commerçant a continuellement des paiements plus ou moins nombreux à faire pour régler les achats qui font la vie de son commerce; ces paiements sont habituellement exigibles à un terme rigoureusement exact; dès qu'il y aura un embarras irrémédiable dans ses affaires, ces paiements s'arrêteront nécessairement. C'est à ce fait matériel et facile à constater que la loi s'attache pour caractériser la faillite.

Mais ce fait lui-même, par cela seul que le mot *paiements* est employé au pluriel, ne se présente pas comme un fait simple; c'est un fait complexe; il faut la réunion d'un certain nombre de refus de paiements. Quand cette réunion sera-t-elle suffisante? Dans la grande majorité des cas, cette question ne présentera aucune difficulté; il apparaîtra dès l'abord que tous les paiements ont cessé. Dans quelques cas exceptionnels seulement le doute sera possible, ce doute laissera un certain vague dans la règle. Le législateur de 1838 a entendu remettre au juge le soin d'apprécier le fait. Tout ce qu'on peut dire de plus précis, c'est qu'il faut qu'il y ait cessation de la *généralité des paiements*. Ce qui reste de vague dans cette règle doit s'interpréter à la lumière du principe plus abstrait que nous avons posé au début de ce numéro; il faut que la cessation de paiements manifeste l'impossibilité de continuer les affaires; ces deux faits, l'un abstrait, l'autre matériel, se complètent et s'éclairent mutuellement. — Mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que *tous* les paiements

sans exception soient refusés; le législateur a intentionnellement évité d'employer le mot *tous*; en effet si, malgré la cessation générale des paiements, on paie quelques créanciers, c'est un danger de plus, puisqu'on avantage ceux-ci au détriment des autres (v. art. 446); le paiement des menues dépenses journalières n'empêcherait pas non plus la déclaration de faillite. — Il est bien évident qu'on ne devrait pas tenir compte des refus fondés sur une contestation sérieuse de la dette; car ceux-ci n'impliquent nullement un embarras financier.

D'ailleurs il n'est pas nécessaire que la cessation de paiements soit notoire; on a rejeté cette exigence après une longue discussion à la chambre des députés.

La simple *suspension* des paiements, même avec l'espoir de les reprendre plus tard, équivaudrait à la cessation de paiements, si elle devait avoir quelque durée et portait sur la généralité des paiements; car il y a dès lors un arrêt complet, quoique temporaire, de la vie commerciale: — sans doute, le projet de l'art. 437 parlait du commerçant qui *suspend* ses paiements, et ce mot a été remplacé par le mot *cesse*; mais cette substitution n'a pas eu du tout pour but d'exclure la suspension des paiements; on a seulement choisi le mot *cesse* parce qu'il est plus compréhensif. — Il s'ensuit qu'il peut y avoir faillite sans insolvabilité, par cela seul que le commerçant a mal combiné ses rentrées avec ses échéances, qu'il a consenti à ses débiteurs des termes trop longs, ou que ses débiteurs le font attendre, ou qu'il a dans son actif des valeurs dont la réalisation demande du temps.

Inversement la simple insolvabilité ne suffit pas s'il n'y a pas encore eu refus de paiements; on ne pourrait pas ordonner la communication des livres du commerçant à un créancier pour qu'il puisse y trouver la preuve de l'insolvabilité, et l'on ne pourrait pas faire remonter rétroactivement la faillite à l'époque où le passif était supérieur à l'actif, s'il n'y a pas eu dès lors cessation de paiements.

896. *Quelle sera l'influence des dettes civiles sur la déclaration de faillite?* — Leur non paiement ne peut être à lui seul la cause de la faillite, si le commerçant n'a pas de dettes commerciales, ou si toutes les dettes commerciales sont régulièrement payées;

— en effet, le système de la faillite a été établi pour protéger le crédit commercial ; l'ancien art. 441 ne parlait que des dettes commerciales et certainement en changeant son texte pour d'autres motifs, on n'a pas eu la pensée d'innover sur ce point ; — il n'y a pas proprement *cessation* de paiement pour les dettes civiles qui n'ont pas des échéances aussi impérieuses que les dettes commerciales. — Mais s'il y a quelques dettes commerciales impayées, le tribunal pourra tenir compte des dettes civiles pour apprécier la généralité de la cessation des paiements ; et il pourra même faire remonter la cessation des paiements au non paiement des dettes civiles, comme étant la première manifestation d'un fait, confirmé peu après par le non paiement des dettes commerciales.

Une fois prononcée, la faillite englobera certainement les dettes civiles comme les dettes commerciales. Aussi on reconnaît, aux créanciers civils, le droit de provoquer la déclaration de la faillite, quand les causes en existent.

§ 2

Jugement déclaratif.

Caractère général.

897. Le jugement déclaratif de faillite présente ce caractère, tout à fait exceptionnel dans notre droit, qu'il produit ses effets *erga omnes*, à l'égard de toute personne, même de ceux qui n'ont été nullement liés ou représentés au procès ; il édicte une vérité absolue ; ses effets pourront être poursuivis contre toute personne ; l'organisation que le tribunal donnera à la faillite, toute la procédure ; qui en sera la suite seront valables contre tous, et personne ne pourra en méconnaître les conséquences. — C'est là un principe universellement admis (du moins pour le cas où la déclaration émane du tribunal de commerce compétent ; v. n. 898) ; et consacré implicitement par le législateur dans une foule d'articles de notre titre, notamment dans l'art. 442 qui organise la publicité pour prévenir tout le monde, et dans l'art. 580 qui admet l'opposition à ce jugement de la part de *toute par-*

tie intéressée, en faisant courir le délai de cette opposition du jour seulement où la publicité a été donnée.

Compétence.

898. La faillite est déclarée par un jugement du tribunal de commerce du domicile du failli (art. 438, 1er al., et 440); ce qui détermine à la fois la compétence *ratione personæ* et la compétence *ratione materiæ*.

La **compétence ratione personæ** est celle du tribunal du domicile du failli, qui est aussi compétent pour toutes les actions nées de la faillite (art. 635; C. pr. civ. art. 58, 7e al.; v. n. 959).

Quant à la question de savoir où est le domicile du faillli, elle se résoudra par les principes du droit civil ; ce sera au lieu où il aura son principal établissement.

La **compétence ratione materiæ** est celle du tribunal de commerce (art. 440, 1e disp.).

Cette compétence est-elle exclusive? — Tout le monde l'admet s'il s'agit d'une demande principale en déclaration de faillite. Mais la question est controversée si la demande est incidente : par exemple, dans un ordre ouvert, on conteste la validité d'une hypothèque en vertu des art. 446, ou 448, ou 563 ; — ou bien un tribunal correctionnel ou criminel est saisi d'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse. — Q. *Le tribunal civil ou criminel pourra-t-il constater incidemment l'état de faillite?* — 1er S. *Oui* : les art. 446 à 448 sont des conséquences de la cessation des paiements et non de la déclaration de faillite ; on doit donc pouvoir les appliquer lors même qu'il n'y a pas eu déclaration générale de la faillite ; — sans doute, d'après l'art. 440, le tribunal de commerce peut seul la déclarer d'une manière générale, *in rem*, avec effet à l'égard de tous ; mais, le juge de l'action étant juge de l'exception, le tribunal civil ou criminel peut la constater pour les besoins de la cause, à l'égard des parties présentes ; — dans le cas de poursuite criminelle ou correctionnelle, on ne peut pas admettre que l'action publique en répression soit subordonnée à l'intérêt privé (jurispr. constante). — 2e S. *Non* (1) : le premier système a le grave inconvénient d'exposer la justice à des contrariétés de jugements ; sans doute ce résultat peut se produire dans d'autres matières, et il est même très choquant

dans les questions d'état ; mais il est ici inadmissible, puisque le tribunal de commerce, à la différence du tribunal civil même dans les questions d'état, édicte une vérité générale, absolue, opposable à tous, en déclarant ou en refusant de déclarer la faillite ; — les nullités des art. 446 et suiv., 549 et suiv., 557 et suiv. ne sont édictées qu'au profit de la masse, et elles ne peuvent être invoquées dans un intérêt particulier (v. n. 942, 1005, 1024); or, tant qu'il n'y a pas de déclaration générale de faillite, il n'y a pas de masse ; donc jamais un tribunal civil ne peut avoir occasion de constater cette faillite ; — quant à l'intérêt de la répression, il est bien simple de répondre que, la faillite pouvant être prononcée d'office sur les indications du ministère public (v. n. 900), jamais l'action publique n'est subordonnée à l'action privée des créanciers.

899. Q. *Peut-il y avoir plusieurs faillites simultanées pour un même commerçant ?*— On est, en général, d'accord que cela n'est pas possible lorsque ce commerçant n'a fait qu'un seul et même commerce avec plusieurs établissements. — Mais la jurisprudence admet la possibilité de deux faillites simultanées et séparées, lorsqu'un même commerçant a fait successivement deux commerces différents dans des localités différentes. Ce système ne nous paraît pas exact : — un principe fondamental de notre droit moderne est l'unité du patrimoine ; l'ensemble de l'actif est affecté à l'ensemble du passif (C. civ., art. 2093) ; — c'est le failli qui est mis en faillite, c'est-à-dire sa personne et tout son patrimoine, et non pas un établissement déterminé (art. 438); — l'art. 443 comprend dans le dessaisissement, non seulement les biens présents, mais tous les biens à venir sans exception ; il est donc impossible qu'un établissement nouveau, fondé dans un autre endroit, même longtemps après, échappe à la loi de la première faillite, si celle-ci est encore ouverte, pour former le gage d'une nouvelle masse de créanciers.

Comment le tribunal est-il saisi ?

900. Trois manières sont possibles (art. 440, 1re disp.).

1° *Par le failli.* C'est le cas normal; la déclaration de son état est obligatoire pour lui dans les trois jours, y compris celui de la cessation de paiements (a. 438, 1er al.).

Il doit, en outre, déposer son bilan (a. 439). Aussi le dépôt du bilan est, dans la pratique, synonyme de la déclaration de la cessation des paiements.

Ce bilan contient d'abord le *bilan*, tel qu'il est rédigé au moins une fois l'an, lors de l'inventaire, le tableau résumé de l'actif et du passif. Mais de plus : — *le tableau des profits et pertes*, en détail ; pour qu'on puisse suivre le résultat des opérations du failli et les causes de sa faillite ; — et le *tableau des dépenses* personnelles au failli ; car on aura à examiner si ces dépenses n'ont pas été exagérées (art. 485, 1°). — La seule formalité exigée par la loi pour le bilan est la signature du débiteur.

S'il y a impossibilité de dresser le bilan dans les trois jours, par exemple en cas de malheur subit, la loi se contente de l'indication des motifs qui ont empêché de le dresser ; le tribunal apprécie ; et s'ils ne sont pas bons, le débiteur sera traité comme s'il n'avait pas déposé son bilan.

En cas de faillite d'une société, la déclaration doit contenir le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires (art. 438, 2° al. ; et arg. de cet art.).

La sanction de l'obligation de déposer le bilan est : — 1° que le failli *pourra* être condamné pour banqueroute simple (art. 586, 4°) ; — 2° qu'il ne pourra pas être exempté de l'incarcération (art. 456).

2° *A la requête des créanciers* ; même d'un seul (art. 440).

La faillite peut être provoquée par tous les créanciers ; créanciers *civils*, créanciers *hypothécaires*, créanciers *à terme* (art. 444) ; même les créanciers *conditionnels*, quoiqu'ils ne puissent pas actuellement agir, ni prendre part à aucune répartition ; car ils ont encore plus d'intérêt à protéger leur gage contre les dilapidations futures du débiteur.

Mais, si la demande du créancier était injuste, le débiteur dont le crédit serait ébranlé et l'honneur menacé aurait droit à des dommages-intérêts.

Les créanciers peuvent saisir le tribunal, — soit *par voie d'ajournement* ; c'est le mode ordinaire d'engager les procès ; et alors le jugement sera contradictoire si le failli ne fait pas défaut ; — soit *par simple requête* (art. 440) ; on emploiera cette

voie si l'on craint de provoquer la disparition du débiteur en lui signifiant l'ajournement, ou s'il est déjà disparu.

3° *D'office.* C'est une exception au droit commun, d'après lequel les juges ne peuvent statuer que sur les points qui leur sont déférés par les parties. — La déclaration d'office aura lieu surtout lorsque l'ordre public y paraîtra intéressé, et que les créanciers, peut-être par collusion avec le débiteur, négligeront de la poursuivre ; — ou encore lorsqu'il s'agira de préparer les voies à une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse.

901. L'époque de la cessation des paiements devra être fixée par le jugement déclaratif, ou par un jugement ultérieur (a. 441). Elle sera souvent reportée assez en arrière de l'époque du jugement déclaratif. Elle a une grande importance, parce qu'elle est le point de départ d'une période où la capacité du failli se trouve rétroactivement altérée (v. à la section 2e).

Si rien n'a été déterminé, c'est seulement au jour du jugement déclaratif que se place légalement la cessation de paiements.

Publicité du jugement.

902. Elle est donnée par affiche, et insertion d'un extrait dans les journaux (v. l'art. 442). Cette publicité a pour but de prévenir les tiers des incapacités qui frappent le failli, afin qu'ils ne contractent plus avec lui ; et aussi de provoquer les oppositions.

La sanction de l'article consiste en ce que l'accomplissement de ces formalités est le point de départ du délai pour former opposition au jugement (art. 580, v. au n° suivant) ; et que, par conséquent, faute de les accomplir, toute partie intéressée pourra indéfiniment faire opposition.

Voies de recours contre le jugement.

903. Ces voies sont, comme en droit commun, l'opposition et l'appel (art. 580, 582).

1° **L'opposition.** Elle peut, d'après les principes généraux, émaner d'abord de toute personne qui, devant être partie au procès, n'y a pas été représentée, spécialement du failli ; mais en outre de toute personne intéressée qui n'a pas été mise en cause, spécialement des créanciers ; cela résulte de ce que le jugement produit effet *erga omnes.* Par conséquent, l'opposition ici comprend à la fois l'opposition ordinaire et la tierce opposition ;

celle-ci donc n'est pas recevable après les délais de l'art. 580.

Pour le failli, c'est le délai de huitaine à compter de la publication du jugement. — *Pour les autres intéressés*, notamment les créanciers, le délai est d'un mois. — L'opposition doit être dirigée contre les syndics, qui seuls représentent tous les intérêts.

904. 2° **L'appel**. En principe, il peut être interjeté seulement par ceux qui ont été parties au procès, ce qui le sépare nettement de l'opposition. Par *parties* au procès, on entend ceux qui ont été mis en cause, quand même ils auraient fait défaut. Le failli, suivant nous, pourrait appeler, même lorsque le jugement déclaratif aurait été rendu sur requête ou d'office ; parce qu'il est toujours le principal intéressé, et que la loi, en permettant d'engager l'instance en dehors des conditions ordinaires, n'a pas voulu pour cela faire déchoir d'aucun droit le prétendu failli. — Le délai est ici très court ; il est de quinzaine à partir de la signification, comme pour tous les jugements en matière de faillite (art. 582).

L'appel peut être introduit par simple requête, comme la première instance. — Il doit être dirigé contre les syndics.

Par une autre dérogation au droit commun, l'appel n'est jamais suspensif ; le jugement déclaratif est toujours exécutoire par provision (a. 440, 2e disp.).

SECTION II.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF.

Il produit deux grandes catégories d'effets : — 1° dans l'avenir ; — 2° dans le passé. — Ces deux catégories feront l'objet de deux sous-sections [1].

1. Il semblerait plus rationnel de suivre l'ordre chronologique et de commencer par les effets que le jugement produit rétroactivement dans le passé ; mais ces effets ne sont qu'une application anticipée, restreinte du dessaisissement produit pour l'avenir, il vaut mieux les étudier après cette dernière institution.

SOUS-SECTION I.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DANS L'AVENIR.

905. Ces effets se produisent immédiatement et de plein droit dès que le jugement est rendu, sans que le juge s'explique à leur égard et sans qu'il puisse les supprimer par le dispositif de son jugement. — Ils sont au nombre de sept : — 1° dessaisissement du failli ; — 2° hypothèque au profit de la masse ; — 3° interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque ; — 4° cessation des poursuites individuelles ; — 5° déchéance du terme ; — 6° cessation du cours des intérêts ; — 7° incapacités qui frappent le failli.

§ 1er

Dessaisissement.

906. La première mesure que sollicite l'intérêt des créanciers et que la loi, vu son importance, rattache de plein droit au jugement déclaratif, c'est d'enlever au failli la disposition et l'administration de ses biens, afin qu'il ne puisse plus augmenter son passif ou diminuer son actif, ni avantager certains créanciers au détriment des autres (a. 443, 1er al.).

Idée générale du dessaisissement. — On n'enlève pas au failli la propriété de ses biens ; ainsi les augmentations ou les diminutions qu'ils pourront subir lui profiteront ou lui nuiront, s'il reste quelque chose après tous les créanciers payés, ou lorsqu'il aura été remis à la tête de ses affaires par un concordat. Ces biens deviennent seulement *indisponibles* pour lui, comme par une saisie générale.

Cette *indisponibilité*, dont nous étudierons bientôt la portée, existe seulement dans l'intérêt de la masse de ses créanciers ; elle ne peut pas être invoquée par le failli. Elle ne constitue pas pour celui-ci une *incapacité* ; il reste pleinement capable de contracter ; ses contrats l'obligent aussi complètement que s'il

n'était pas dessaisi, et, plus tard, après la clôture des opérations de la faillite, s'il revenait à une meilleure fortune, ces contrats s'exécuteraient sur ses nouveaux biens redevenus disponibles ; ils s'exécuteraient même sur les biens qui avaient été frappés d'indisponibilité, s'il a pu, avant la vente de ces biens, payer ses créanciers avec d'autres valeurs, par exemple avec une succession qui lui serait échue. — A plus forte raison, le failli ne perd aucun des droits qui ne sont pas dans le patrimoine : il conserve tous ses droits civils et de famille, ses pouvoirs sur la personne et sur les biens de sa femme et de ses enfants. Du moins il ne les perd pas de plein droit ; on pourrait seulement faire prononcer contre lui la séparation de biens, ou la destitution de la tutelle, etc. Quant aux avantages pécuniaires attachés légalement ou conventionnellement à sa qualité de mari ou de père, usufruit sur les biens de sa femme ou de ses enfants, il les garde, sauf que leur émolument est acquis aux créanciers après qu'on a satisfait aux charges dont sont grevés ces usufruits.

007. **Biens frappés du dessaisissement.** — Le dessaisissement englobe *tous* les biens du failli sans exception (art. 433) ; non seulement les biens présents, mais encore les biens à venir.

Les biens à venir seront frappés du dessaisissement à mesure qu'il écherront au failli ; par exemple par des donations, des successions, par son travail personnel.

Q. *Le dessaisissement frappe-t-il les biens* que la loi, pour des raisons d'humanité, déclare *insaisissables* (C. pr. civ., art. 592 et 593, 581 et 582). — 1er S. *Non* : — le dessaisissement est une espèce de saisie ; il doit donc être défendu là où la saisie est défendue ; — si le législateur de 1838 avait voulu les englober dans le dessaisissement, l'art. 443, qui vise les biens à venir, aurait aussi visé ces biens insaisissables pour lesquels la question était bien aussi douteuse. — 2e *Oui* (1) : — l'art. 443 est absolu, il dit *tous les biens* ; — le dessaisissement produit certains effets des saisies, mais n'est pas une saisie proprement dite ; — la loi des faillites forme un système complet qui se suffit à lui-même et n'a rien à emprunter aux règles des saisies ; — l'intérêt d'humanité est ici sauvegardé par des mesures spéciales : ce sont les secours qu'on

peut accorder au failli et à sa famille (art. 474, 530) ; — l'art. 469, 1°, indique formellement comme devant être placés sous les scellés, les vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille, qui font partie des biens insaisissables (C. pr. civ., art. 502, 2°).

La question est différente pour les rentes sur l'Etat déclarées insaisissables (v. au. n. 1076).

Epoque où commence le dessaisissement.

908. D'après l'art. 443, il commence au jour du jugement. — Il se produit pour tout le jour où le jugement déclaratif a été rendu ; c'est-à-dire dès le matin, avant l'heure où il a été prononcé (a. 443, 448).

Administration des biens du failli.

909. On n'enlève au failli l'administration de ses biens qu'au profit de la masse de ses créanciers ; il faut donc qu'ils soient gérés dans l'intérêt de cette masse. Ce sont les **syndics** qui en seront chargés comme mandataires des créanciers (art. 532, 1er al.). En principe, tous les droits qui ont été enlevés au failli sont transmis à la masse et devront être exercés en son nom par les syndics. Mais l'usage à faire de ces droits est limité par le but qu'il s'agit d'atteindre au profit de la masse.

Les **actes d'administration** proprement dite et les actes conservatoires sont librement faits par les syndics sous la surveillance du juge-commissaire.

Le **droit de disposition** ou d'aliénation qui dépasse les pouvoirs d'un mandataire ordinaire (C. civ. a. 1988, 2e al.) ne peut être exercé tout à fait librement dès le jugement déclaratif. Jusqu'au vote sur le concordat, comme le failli peut être remis à la tête de ses affaires, on lui réserve autant que possible son patrimoine ; on ne fait que les aliénations nécessaires. Après le rejet du concordat, il faut arriver à la liquidation, on use alors très largement du droit d'aliénation dans l'intérêt de cette liquidation (v. art. 534, 570).

Le pouvoir de contracter des **obligations** exécutoires sur les biens du failli passe aussi aux syndics dans la limite des nécessités de leur administration et de la liquidation. — Ce n'est pas assez de dire que ces obligations sont valables ; les créanciers

qui tiennent leurs droits des syndics ont une position supérieure à celle des créanciers du failli antérieurs au dessaisissement. Ayant traité avec les mandataires de la masse, ils sont créanciers *de* cette masse elle-même (cf. art. 533), celle-ci est obligée à les payer, et elle doit, comme tout débiteur, les payer intégralement. De la sorte, ces créanciers devront être payés avant les autres et en totalité, tandis que les créanciers du failli qui forment la masse ne seront payés qu'après eux, et ne recevront qu'un dividende. On résume cette doctrine en disant que les tiers qui ont traité avec le syndic sont créanciers **de** la masse, tandis que les créanciers du failli antérieurs au dessaisissement sont seulement créanciers **dans** la masse ; c'est-à-dire que ceux-ci font seulement partie de la masse passive qui se distribuera l'actif du faillI.

Effets du dessaisissement quant aux actes du failli.

910. Le failli, quoique conservant sa pleine capacité civile personnelle, ne peut par ses actes porter aucune atteinte au gage de ses créanciers, devenu indisponible à son égard, et la masse peut faire annuler *dans son intérêt* tous les actes qui pourraient lui nuire. Cette nullité est toute relative ; elle ne peut être invoquée que pour la masse par les syndics ; elle ne profiterait pas au failli revenu plus tard à une meilleure fortune.

Il ne peut pas *aliéner* ses biens ou ses créances, ni à titre gratuit, ni à titre onéreux. Il ne peut évidemment non plus *hypothéquer* (C. civ. a. 2124).

Il ne peut pas non plus éteindre ses *dettes* au préjudice de la masse. C'est un des principaux buts du dessaisissement que de l'empêcher de payer certains créanciers intégralement, au détriment des autres.

911. Enfin, le failli ne peut *contracter aucune obligation* exécutoire sur ses biens devenus indisponibles ; mais, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, emportant obligation ou aliénation, le contrat sera sans doute annulable dans l'intérêt de la masse, mais celle-ci devra le faire annuler tout entier ou l'accepter en entier ; elle ne pourrait pas, en faisant tomber les obligations contractées par le faillI, demander l'exécution de ce qui a été promis en échange. — Quant aux obligations nées depuis le des-

saisissement, d'un *quasi contrat*, d'un *délit* ou d'un *quasi délit*, elles ne seront pas opposables à la masse, même pour un dividende.

Les *obligations conditionnelles* contractées par le failli avant la faillite, pourront être confirmées après le dessaisissement par l'avénement de la condition, car la dette avait déjà son existence avant le dessaisissement.

Que dirons-nous des dettes ou *charges* qui grèvent les donations ou successions dévolues au failli depuis la faillite? Il faudra répondre, comme dans les conventions synallagmatiques, que la masse est maîtresse de repousser ces donations ou successions, si elle les trouve onéreuses; mais que, si elle les accepte en invoquant la règle que le dessaisissement embrasse les biens à venir, elle s'oblige alors personnellement à l'acquittement des charges.

912. Le failli, resté personnellement capable, peut faire les contrats qui n'engagent pas ses biens. Il peut très valablement louer ses services. Il peut même travailler à son compte et se livrer à un commerce ou à une industrie, sans avoir besoin pour cela d'aucune autorisation, pourvu, d'une part, qu'il n'y engage que des valeurs étrangères à la faillite, par exemple des sommes prêtées par des parents ou des amis; et, d'autre part, que ce commerce ne soit pas le même dans lequel il a fait faillite; en effet, tout ce qui se réfère à son ancien commerce, ses marchandises, sa clientèle même, font partie du gage de ses créanciers; il n'est pas admissible qu'il leur fasse concurrence. — Mais, comme le dessaisissement comprend les biens à venir, tout ce qu'il gagnera ainsi appartiendra en principe à ses créanciers, sauf à lui laisser une certaine liberté d'allures et la disposition des fonds acquis, si son commerce prospère, pour qu'il puisse le continuer.

Exercice des actions en justice.

913. Il s'agit ici des actions tendant à faire reconnaître un droit, et non des voies d'exécution sur la personne ou sur les biens, dont nous parlerons plus loin. L'exercice des actions actives et passives est un acte d'administration; aussi il appartient aux syndics (a. 443, 2e al.).

Le failli ne peut qu'intervenir aux procès, et l'admission de son intervention est facultative pour les juges (a. 443, 4e al.). —

De ce que le failli n'est pas incapable, mais seulement dessaisi, il s'ensuit qu'il pourra ester en justice toutes les fois que ses biens indisponibles ne seront pas en jeu et qu'il s'agira de droits exclusivement attachés à la personne (cf. C. civ., a. 1166).

§ 2

Hypothèque au profit de la masse.

914. Cette hypothèque, qui n'est pas constituée en termes exprès par le Code, résulte de l'art. 490, 3e al., qui ordonne aux syndics de l'inscrire.

On a prétendu que cette formalité avait seulement pour but de prévenir les tiers de la faillite et de l'indisponibilité résultant du dessaisissement, et qu'elle ne conférait pas une véritable hypothèque à la masse. Mais le texte suppose bien qu'il s'agit d'une vraie hypothèque, car il parle d'un bordereau pour l'inscription; et l'art. 517 est encore plus formel en disant que « *le jugement d'homologation conservera l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'art.* 490 ».

Cette hypothèque est générale et grève même les biens à venir; l'inscription prise au bureau des hypothèques d'un arrondissement s'étendra de plein droit à tous les immeubles qui seront acquis dans le ressort de cet arrondissement (C. civ. a. 1248, 2e al.).

915. L'hypothèque de la masse dépasse la portée du dessaisissement et lui survit; lorsque le dessaisissement cesse par l'effet du concordat, la loi, dans l'art. 517, donne une vie nouvelle à l'hypothèque des créanciers; alors elle aura une très grande utilité; car les aliénations ou hypothèques consenties dorénavant par le failli seront valables à l'égard de tout le monde; les créanciers auront donc un grand intérêt à invoquer leur rang hypothécaire, consacré par l'inscription de l'art. 490, 3e al., à exercer leur droit de suite contre un tiers acquéreur. Mais en dehors de l'hypothèse d'un concordat, il n'est pas impossible de trouver des cas où l'hypothèque de la masse aura de l'utilité, parce qu'il n'est pas impossible de trouver certains droits d'origine

nouvelle qui seraient sans elle opposables à la masse. C'est ce que nous allons voir au paragrapho suivant.

§ 3

Interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque.

916. Il résulte de l'art. 448, 1er al. (modifiant l'art. 2146, C. civ.), qu'aucune inscription ne peut être prise après le jugement déclaratif. L'article va même un peu plus loin : une inscription ne peut même pas être valablement prise *le jour* du jugement déclaratif, avant l'heure où il est rendu; en effet le dessaisissement frappe le failli dès le commencement du jour où le jugement déclaratif est rendu (v. n. 908).

Il y a deux exceptions à la règle que nous étudions, ou plutôt deux cas qui ne sont pas compris dans la règle : — 1° le renouvellement d'inscriptions antérieures, pour empêcher leur péremption par le délai de dix ans (C. civ., art. 2154); ce n'est pas la consécration d'un droit nouveau, c'est seulement la conservation d'un droit depuis longtemps opposable aux tiers et qui n'a jamais cessé de l'être; — 2° l'inscription des hypothèques légales dispensées d'inscription, lors même que la dispense a cessé (L. 23 mars 1855, art. 8), si l'on est encore dans le délai d'un an pendant lequel ces inscriptions conservent le rang primitif de la créance; ce n'est encore là que la conservation d'un droit préexistant *erga omnes*.

917. Les mêmes règles s'appliquent aux privilèges (art. 2146, C. civ.). Avec cette réserve que, si des privilèges prennent naissance après le jugement déclaratif en vertu d'un acte que les créanciers s'approprient (v. n. 911), ils pourront être inscrits, et ce dans les délais ordinaires qui sont impartis pour leur inscription par le Code civil; s'ils sont inscrits tardivement, ils vaudront toujours comme hypothèques (C. civ., art. 2113), mais alors ils seront primés par l'inscription prise par les syndics en vertu de l'art. 490; c'est encore là une utilité (cette fois incontes-

table) de cette inscription, même dans le cas où la faillite aboutirait à l'union

918. Supposons maintenant que les privilèges aient une cause antérieure au jugement déclaratif ; l'art. 448 s'applique en principe, et le jugement arrête immédiatement la possibilité de les conserver utilement par une inscription.

Sur cette matière, diverses questions sont étudiées aux cours de Code civil. V. également notre *Cours de dr. comm.* Nous admettons que la règle s'applique au privilège du vendeur. Mais que, faute d'inscription avant le jugement déclaratif, *le vendeur, déchu de son privilège, n'est pas déchu de son droit de résolution*, malgré l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 : — cet article a une liaison intime avec l'art. 6, qui ne s'occupe que du droit de suite; aussi nous pensons qu'il faut restreindre l'art. 7 au cas de perte du droit de suite du vendeur, et le lire ainsi : « Ceux qui peuvent invoquer contre le vendeur la déchéance de son droit de suite n'ont pas à craindre son droit de résolution » ; — or il n'a jamais été question d'un droit de suite du vendeur contre la faillite de l'acheteur; c'est un droit de préférence qu'il pouvait prétendre ; l'art. 7 est donc étranger à notre hypothèse.

919. Que dirons-nous des autres actes, qui, aussi bien que les privilèges et hypothèques, exigent certaines formalités pour être parfaits à l'égard des tiers? Dirons-nous, par analogie de notre article 448, 1er al., que les créanciers de la faillite sont de ces tiers qui pourront méconnaître ces actes si les formalités n'ont pas été remplies avant le jugement déclaratif de faillite? A la question ainsi posée d'une manière générale, nous répondrions sans hésiter par la négative. Car l'article 448, 1er al., est spécial et exorbitant.

Seulement, en entrant dans le détail des divers actes dont nous parlons, il y aura peut-être des raisons spéciales d'appliquer à quelques-uns d'entre eux une règle analogue à celle de l'article 448. Ainsi en cas de cession de créance ou de constitution de gage le jugement déclaratif équivaut bien, au moins, à une saisie-arrêt qui suffit pour permettre aux créanciers de méconnaître une cession non signifiée ou acceptée antérieurement. Ainsi en cas de donation d'immeuble valable, les créanciers

de la faillite pourront se prévaloir du défaut de transcription parce qu'à notre sens les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation. — Mais dans l'hypothèse d'une vente d'immeuble valablement faite par le failli avant le jugement déclaratif, mais que l'acheteur n'aurait pas encore transcrite avant ce jugement, nous n'admettons pas que les créanciers de la faillite puissent se prévaloir du défaut de transcription (V. pour la démonstration notre *Cours de dr. comm.*)

§ 4

Cessation des voies d'exécution individuelles.

920. A partir du jugement déclaratif, les créanciers cessent, en principe, de pouvoir exercer individuellement aucunes voies d'exécution sur les biens du failli; ils ne peuvent plus les saisir et les faire vendre. Avant l'abolition de la contrainte par corps, ils ne pouvaient plus le faire emprisonner pour dettes (a. 455, 2e al.). — Le motif de cette interdiction est double : — 1° dorénavant, tous ces actes d'exécution sont centralisés entre les mains des syndics nommés pour cela; et ils se feront, par ce moyen, plus économiquement; — 2° celui qui réaliserait ainsi une certaine valeur ne pourrait pas la garder à lui seul, puisque tous les biens du failli doivent être partagés au marc le franc. — Ce principe n'est pas écrit au Code dans une formule générale. Il est consacré spécialement pour les immeubles par l'art. 571 (cf. a. 532, 534, 527, 2e al., 539.)

Il faut dire même que les poursuites *commencées antérieurement ne peuvent pas être continuées :* — ces poursuites individuelles ne pourraient pas plus aboutir au profit du poursuivant; la loi de l'égalité s'imposant toujours impérieusement; — les frais déjà faits ne seront pas inutiles, car les syndics seront subrogés aux droits du poursuivant et lui rembourseront les frais qu'il aura payés.

Cet effet se produit du jour même du jugement, et non pas seulement du jour de sa publication (v. n. 908).

Dès lors, le droit des créanciers de la faillite se réduit à pro-

duire leurs titres à la faillite, en les déposant au greffe ou entre les mains des syndics (art. 491, 492), pour les faire vérifier.

Exceptions à la règle.

921. L'art. 443, 3e al., suppose que les voies d'exécution sont encore possibles dans certains cas ; d'après cet article, elles ne peuvent être suivies ou intentées que contre les syndics, sauf intervention du failli.

Le code indique, en effet, trois cas d'exception : — 1° pour les créanciers gagistes (art. 548) ; — 2° pour les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur les immeubles (art. 571), du moins jusqu'au moment de l'union (art. 572) ; — 3° pour le propriétaire des lieux occupés par le commerce du failli, sur les objets qui les garnissent (art. 450) ; c'est, du reste, un créancier gagiste d'une espèce particulière. — Le motif de ces exceptions, c'est que, pour les objets spécialement affectés à leurs créances, ces créanciers ne sont pas compris dans la masse ; ils ont un droit exclusif sur ces biens, un droit de préférence, qui les fera payer intégralement, sans subir la loi de la contribution ; ils ont donc un intérêt légitime à agir sans attendre l'action des syndics, et ils peuvent le faire sans nuire directement aux droits de la masse ; ils risquent seulement de gêner la liberté d'action des syndics ; mais c'est la conséquence du droit spécial stipulé par eux.

922. Nous devons insister un moment sur le droit d'agir, reconnu au propriétaire-locateur des lieux occupés par le failli. Ce droit, admis en principe, est suspendu pendant un certain temps : qui était de trente jours sous l'empire du Code (art. 450), et qui a été fixé, par la L. 12 fév. 1872, modifiant cet art. 450, à huit jours après l'expiration du délai accordé pour la vérification des créances par l'art. 492. — Le motif de cette suspension est de permettre de continuer l'exploitation du commerce du failli, si cela est utile à la masse, jusqu'à ce qu'on ait loué un autre local ou trouvé le moyen de payer le bailleur ; et même, depuis la loi de 1872, de permettre aux syndics de déclarer leur intention de continuer le bail.

Cette suspension du droit du bailleur est encore soumise à trois restrictions : — 1° elle ne s'applique qu'aux effets servant

à l'exploitation du commerce ; elle ne s'applique pas aux effets personnels du failli ; — 2° le propriétaire peut toujours, même pendant cette période, faire les actes conservatoires, exercer son droit de rétention, la revendication de l'art. 2102, 1°, dern. al. ; — 3° la suspension n'aura pas lieu, s'il a, d'après le bail même, le droit de rentrer en possession ; par exemple si le bail est expiré, si l'on a stipulé qu'en cas de non paiement, il aurait le droit de reprendre immédiatement possession.

§ 5

Déchéance du terme.

923. Cette déchéance est édictée par l'a. 444, 1er al. Le débiteur est déchu du bénéfice du terme toutes les fois que, par son fait, il a diminué les sûretés de son créancier (C. civ. a. 1188) : on n'accorde de terme que parce qu'on a confiance, et la faillite enlève cette confiance (cf. C. Civ. a. 1613, 1913, 1865, 4°, 2003, 2032, 2° ; 1276. — L'exigibilité immédiate était en outre nécessaire pour liquider la situation ; il ne faut pas que les créanciers qui n'ont pas de terme soient payés de préférence à ceux qui en ont un ; et, si l'on met de côté le dividende qui leur revient, il n'y a aucune utilité à ne pas leur payer ce dividende immédiatement.

La loi ne dit pas qu'il faille déduire au créancier, payé par anticipation, les intérêts de sa créance jusqu'au terme. Cela serait juste cependant. Mais cette décision a été écartée dans la discussion de la loi de 1838 ; la loi n'a pas voulu compliquer les comptes, et elle a considéré qu'habituellement la créance serait productive d'intérêts ; or, dans ce cas, en vertu de l'art. 445, les intérêts cessant de courir dès le jugement déclaratif, la déduction dont il s'agit s'opérera de plein droit, même avant que le créancier touche rien.

La loi n'efface que le terme ; elle n'efface pas la *condition*. En effet, dans le cas de créance conditionnelle, on ne sait pas s'il sera jamais dû quelque chose : on ne peut donc pas transformer cette créance en une créance pure et simple. Lors des réparti-

tions de deniers, on devra compter les créanciers conditionnels comme les autres, et leur faire leur part; cette part pourra leur être remise moyennant caution de la restituer à la masse, si la condition vient à défaillir; ou bien être déposée à la Caisse des dépôts et consignations, pour être touchée par eux si la condition se réalise. On préférera l'un ou l'autre mode, suivant que l'on aura plus ou moins confiance en eux, ou que l'arrivée de la condition sera plus ou moins probable.

Pour les créanciers à terme, il ne faut pas exagérer la portée de cette exigibilité. Cela ne veut pas dire qu'ils puissent exercer des voies d'exécution sur les biens du failli pour se faire payer. Il faut combiner notre règle avec la règle que nous avons étudiée au paragraphe précédent. Elle ne pourrait pas non plus donner lieu à compensation (v. n. 940). Leurs créances sont exigibles uniquement à l'effet de produire à la faillite, et, après avoir été vérifiés et affirmés, de prendre part aux répartitions de deniers, s'il y a union.

924. Suivant nous, *les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne peuvent invoquer cette exigibilité à l'effet d'exercer des poursuites individuelles sur leur gage spécial* : — ils ne peuvent argumenter de la généralité du texte de l'art. 444, parce que l'exigibilité aurait pour eux un sens tout différent de celui qu'elle a pour les créanciers chirographaires, si elle leur permettait d'exercer des poursuites individuelles ; — ils ne peuvent pas dire que leurs sûretés sont diminuées (C. civ., a. 1188), et d'autre part cet exercice anticipé de leur droit ne facilitera pas la liquidation ; au contraire, il aura le grave inconvénient de troubler l'action des syndics ; ce serait retourner contre la masse une mesure prise dans son intérêt.

Mais, bien entendu, si, à défaut de leur gage spécial, ces créanciers produisaient à la masse comme chirographaires (ils le sont toujours), ils invoqueraient l'art. 444, comme tout créancier chirographaire.

925. L'exigibilité anticipée ne s'applique qu'aux dettes passives du failli. Ceux dont le failli est créancier conservent leurs termes : sans doute, il aurait été plus commode de réaliser tout l'actif immédiatement ; mais on ne pouvait priver du bénéfice

de son terme un débiteur qui n'a commis aucune faute. La loi a indiqué d'autres moyens pour faciliter la liquidation, tout en respectant ce terme (art. 538, 570).

926. Le **privilège du bailleur** a été très discuté sous l'empire du Code, et a été réglementé récemment par une loi de 1872.

Sous l'empire du code de commerce, la cour de cassation autorisait le bailleur à se faire payer par privilège tous les loyers à échoir pourvu que son bail eût date certaine. Ce système grevait énormément la faillite, et rendait les concordats impossibles ; il faisait, de plus, gagner le bailleur sans cause et au milieu du malheur commun de tous les créanciers.

927. Aussi la **L. du 12 février 1872** a restreint ce droit, en insérant de nouvelles dispositions dans les articles 450 et 550, C. comm. Elle a trait à deux objets : — 1° la résiliation possible du bail (art. 450) ; — 2° la mesure dans laquelle le privilège du bailleur sera opposable à la masse (art. 550).

928. D'après l'art. 450 nouveau, 5° al., *la résiliation peut être demandée par le bailleur*. Mais le législateur de 1872 n'a pas admis que la faillite du preneur fût par elle-même une cause de résiliation du bail que pût invoquer le bailleur ; le rapport de M. Delsol est formel sur ce point. — Le bailleur n'a par lui-même que le droit d'invoquer les causes de résiliation déjà nées à son profit, par exemple le non paiement des termes échus. La loi nouvelle lui donne même un délai très court pour cela, car il ne peut agir pendant tout le temps où son droit d'exécution est suspendu (v. au n. 922, art. 450, 2° al.) ; et, d'autre part, il est forclos, s'il n'a pas agi dans la quinzaine qui suivra la notification que lui feront les syndics dans le même délai (art. 550, 5° et 6° al).

Pour ce qui concerne l'avenir du bail, le législateur a considéré que le cas habituel serait que les créanciers, voulant réaliser leur gage, vendraient les meubles et marchandises du failli, rendraient le commerce impossible pour lui, et le mettraient par là même dans l'impossibilité de payer ses loyers ultérieurs ; d'où naîtra, si cela a lieu, le droit pour le bailleur de résilier le bail (C. civ., art. 1184). Le législateur a considéré

que ce serait là l'hypothèse normale toutes les fois que la faillite se terminerait par l'union.

929. *Mais les créanciers peuvent empêcher la résiliation.* Le législateur a prévu la possibilité d'un concordat rendant possible l'exécution du bail, et donnant à tous les créanciers intérêt à ce que le failli continuât son commerce dans le même local. C'est pour cela qu'il a permis aux syndics, avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli entendu, de manifester l'intention de continuer le bail (a. 480 nouveau, 1er, 2e al., 4e al).

II. **Limite au privilège du bailleur.**

930. 1° *Limite au privilège du bailleur dans le passé.* — Le privilège est limité à deux années dans le passé (a. 550 nouveau, 1er al.); et le rapporteur explique ainsi cette limitation : « D'une part, le bailleur qui, par faiblesse ou par négligence, laisse s'accumuler indéfiniment les loyers impayés, rend un très mauvais service à son locataire, dont la faillite sera d'autant plus désastreuse qu'elle aura existé depuis plus longtemps à l'état latent. D'autre part, les créanciers du locataire doivent penser que leur débiteur paie régulièrement ses loyers, et il ne faut pas qu'ils soient victimes d'un privilège trop étendu s'appliquant à une créance qu'ils supposaient éteinte. » — Les deux années doivent se compter depuis la date anniversaire du commencement du bail (rapport de M. Delsol). — Il y a en outre privilège pour tout ce qui peut être dû en exécution du bail, comme les réparations locatives, et pour les dommages-intérêts, auxquels le bailleur a droit comme compensation de l'embarras qu'il aura à trouver un nouveau locataire ainsi que de la perte qu'il pourra subir par le retard qu'il éprouvera à le trouver et peut-être par la diminution des loyers.

931. 2° *Limite au privilège dans l'avenir.* — Il faut ici distinguer, suivant que les créanciers entretiennent le bail (2e al. de l'art. 550) ou le laissent tomber en réalisant leur gage sur les meubles (3e al.).

Si le bail est entretenu, c'est-à-dire si les créanciers ou leur cessionnaire s'engagent à l'exécuter de tous points, et si les sûretés du bailleur ne sont pas diminuées; le bailleur ne peut réclamer ni indemnité, ni loyers à échoir, car il ne souffre nullement.

932. *Si le bail est rompu* par la volonté des créanciers qui dégarnissent les lieux loués et détruisent les sûretés du bailleur, la loi ne donne privilége à celui-ci que pour une année dans l'avenir à partir de l'expiration de l'année courante. — Les loyers de l'année à échoir sont payés au bailleur, non pas à titre d'indemnité et de forfait de résiliation pour lui permettre de retrouver plus tôt ou plus tard un autre locataire, mais à titre de *loyers*, c'est encore le rapport qui le dit. Et la conséquence en est tirée par le 5e alinéa de l'article nouveau, qui permet aux créanciers de sous-louer pendant cette année, lors même que le bail interdirait la sous-location. Mais les dommages-intérêts, pour lesquels les tribunaux ont toute latitude (a. 550, 1er al.), pourront comprendre les risques de non-location.

933. Les commanditaires dans une commandite par intérêts et les actionnaires dans une commandite par actions ou dans une société anonyme perdent-ils le bénéfice des termes qui avaient été stipulés pour le versement de leurs mises? V. notre *Cours*.

934. Les obligations à long terme émises par une société devront-elles être remboursées immédiatement, et avec la prime de remboursement (v. n. 241)? S'il y a lieu de supprimer le terme en vertu de l'art. 554, il faut supprimer aussi la prime de remboursement qui en est la contre-partie, mais il faudra tenir compte aux obligataires des intérêts qu'ils ont touchés en moins dans le passé (v. n. 241). Sur la manière d'en tenir compte, v. notre *Cours*.

935. La faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur à défaut d'acceptation astreint les autres obligés à donner caution au porteur (a. 444, 2e al.).

Ceux qui doivent caution ont *la faculté* (mais c'est une simple faculté pour eux) de payer immédiatement; comme dans l'hypothèse de l'article 120. Conformément à ce que nous avons dit sous cet article (n. 791), ils ne pourraient pas retenir l'escompte jusqu'à l'échéance, puisque l'anticipation de paiement n'est pas demandée par le porteur.

§ 6

Cessation du cours des intérêts.

936. Cette cessation consacrée par l'art. 445, 1er al., a pour motif que, si certains créanciers ont stipulé des intérêts et que d'autres n'en aient pas stipulé, il en résulterait une inégalité très grande entre eux; cette inégalité serait produite par les délais même nécessaires pour amener la faillite à une solution, et croîtrait indéfiniment avec ces délais. La loi ne pouvait admettre que certains créanciers profitassent ainsi du désastre commun par l'effet de l'imperfection inhérente aux institutions humaines.

Mais c'est « *seulement à l'égard de la masse* » que les intérêts sont arrêtés : ils continuent à courir à l'encontre du failli, qui, s'il n'obtient pas un concordat, sera toujours obligé de les payer, et, s'il a obtenu un concordat, ne pourra se faire réhabiliter qu'à la condition de les payer intégralement (art. 604).

La règle de la loi, telle qu'elle est formulée, peut amener un résultat inique : c'est dans l'hypothèse où les intérêts ont été payés d'avance. La loi ne donne pas à la masse le droit de faire reverser les intérêts par le créancier qui les a touchés. On ne peut ajouter cette exigence à la loi; il y a là un fait légitimement accompli sur lequel elle n'a pas voulu revenir; le créancier a usé de son droit en se faisant payer d'avance, il profitera de sa vigilance.

937. La fin de l'a. 445, 1er al., fait exception pour les créances garanties par un privilège, un nantissement ou une hypothèque. En effet, le créancier muni d'une sûreté spéciale a droit à un paiement intégral, et non plus à un dividende; le raisonnement que nous avons fait plus haut ne peut donc plus s'appliquer; de plus, cette sûreté spéciale a été donnée lors du contrat originaire pour garantir, non seulement le capital, mais même tous les intérêts.

Mais, bien évidemment ils ne peuvent exercer leur droit de

préférence que sur les sommes provenant des biens qui y sont affectés (a. 445, 2e al.).

4. *Le dernier créancier hypothécaire, qui ne peut être payé intégralement sur le bien hypothéqué, peut-il imputer ce qu'il reçoit comme tel, d'abord sur les intérêts de sa créance, de façon à venir dans la masse chirographaire pour une portion plus grande de capital?* Supposez qu'il lui soit dû 1,000 fr. d'intérêts; s'il impute d'abord ce qu'il reçoit sur ces intérêts, il touchera 1,000 de moins sur son capital, et par suite figurera pour 1,000 fr. de plus dans la masse chirographaire; si, au contraire, il ne pouvait faire cette imputation, le capital restant serait diminué de 1,000 fr., et il ne figurerait pas pour ses intérêts dans la masse chirographaire. — 1er S. *Non* : ce serait un moyen d'éluder l'art. 445, 2e al.; c'est indirectement faire payer ses intérêts sur la masse chirographaire; or, l'art. 445 est formel pour le proscrire; — il déroge donc à la règle d'imputation contenue dans l'art. 1254, C. civ. — 2e S. *Oui* (1) : son droit à faire ainsi l'imputation est écrit dans l'art. 1254; — et la lettre de l'art. 445, 2e al. est respectée; car le créancier ne réclame ses intérêts que sur les valeurs hypothécaires; s'il vient ensuite dans la masse chirographaire pour un capital plus fort, celle-ci ne paie jamais que du capital; — l'art. 445, 2e al., ne s'oppose pas à ce qu'*indirectement* la masse souffre du paiement des intérêts aux créanciers hypothécaires, car (ceci est décisif) le même résultat se produit dans toutes les hypothèses : le premier créancier inscrit, par exemple, s'il se fait payer 1,000 fr. d'intérêts, diminue d'autant la somme qui restera libre après le paiement des créanciers hypothécaires et qui sera versée dans la masse chirographaire; ou si la valeur de l'immeuble est absorbée par les hypothèques, il augmente d'autant le capital non soldé pour lequel les derniers inscrits figureront dans la masse chirographaire : il est donc impossible qu'un créancier hypothécaire quelconque, en se faisant payer des intérêts, ne nuise pas indirectement à la masse chirographaire; pourquoi se préoccuper de ce résultat à l'égard du dernier en rang, tandis qu'on ne s'en préoccupe pas pour les autres?

938. Une question analogue d'imputation peut être posée dans

le cas où un créancier, qui avait plusieurs coobligés, a reçu de l'un d'eux un paiement partiel. V. notre *Cours*.

§ 2

Incapacités qui frappent le failli.

939. Ces incapacités sont de quatre espèces :

1° Privation de l'exercice des droits politiques : d'être électeur, éligible, juré, témoin dans les actes (v. Const. 12 frim. an VIII, art. 5; L. 8 fév. 1849, art. 3, 8°; Déc. 2 fév. 1852, art. 15, 17°; L. 21 nov. 1872, a. 2, 8°); d'être membre des conseils des prud'hommes, ou électeur pour leur nomination (L. 1er juin 1853, art. 6). — Et suspension de l'exercice des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ou à la médaille militaire (Déc. 16 mars 1852, art. 39; 24 nov. 1852, art. 2, 6°);

2° Exclusion de la Bourse (art. 613, C. comm.);

3° Incapacité d'être agent de change ou courtier (art. 83). Mais cette règle ne s'applique plus au courtage de marchandises, devenu libre par la L. 18 juill. 1866; il reste seulement l'incapacité d'être courtier inscrit (art. 2 de cette loi);

4° Impossibilité d'être admis à l'escompte par la Banque de France (Décret 18 janvier 1808, art. 50, 51);

Ces incapacités frappent le failli, même parfaitement honnête, même déclaré excusable.

Elles ne cessent que par la réhabilitation (v. art. 604 et suivants).

SOUS-SECTION II.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DANS LE PASSÉ

940. Le jugement déclaratif ou un jugement ultérieur doit fixer l'époque de la cessation des paiements (art. 441), nécessairement antérieure de quelque temps à ce jugement. — Ce juge-

ment peut être modifié ultérieurement; il n'a pas immédiatement force de chose jugée, parce qu'on n'a pas entendu tous les intéressés, et que les opérations de la faillite peuvent révéler des faits nouveaux. Les modifications ne peuvent se produire que jusqu'à l'expiration des délais pour la vérification des créances (a. 581).

941. Cette fixation de l'époque de la cessation des paiements a une très grande importance, car il ne suffit pas de dessaisir le failli à partir du jugement déclaratif; dès le moment de la cessation de paiements, les causes du dessaisissement existent; même avant il y a la crainte que le failli n'avantage certains créanciers au détriment des autres, qu'il ne compromette de plus en plus le gage commun de ses créanciers. On a fixé les limites de cette période aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements.

Nous trouvons donc trois périodes successives; une période douteuse entre deux autres pour lesquelles la situation est bien nette. La période douteuse commence dix jours avant la cessation des paiements, et va jusqu'au jugement déclaratif. Pendant la période antérieure, tous les actes sont valables en principe; ils sont seulement soumis au droit commun de l'art. 1167, C. civ., s'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers. A partir du jugement déclaratif, s'applique sans difficulté le dessaisissement avec toutes les conséquences que nous avons étudiées ci-dessus. — Au contraire, la période douteuse est soumise à un régime mixte: il n'y a pas indisponibilité absolue comme après le jugement déclaratif, mais d'autre part il y a des nullités plus rigoureuses, c'est-à-dire plus faciles à obtenir, qu'en droit commun en vertu de l'art. 1167, C. civ. Du reste, rien n'empêche d'exercer dans cette période l'action de l'art. 1167 dans les termes du droit commun. Plus généralement, tout ce qui est vrai dans une des périodes, est vrai à plus forte raison dans les périodes suivantes; puisque les rigueurs de la loi vont en augmentant. — Cette période, douteuse est encore subdivisée elle-même en deux parties, car certaines nullités remontent aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements; d'autres, au contraire, ne remontent qu'à la cessation de paiements.

942. Une observation commune à toutes ces nullités, c'est qu'elles ne sont édictées qu'*en faveur de la masse*, l'art. 446 est formel pour le dire, et l'on est généralement d'accord pour sous-entendre la même restriction dans les articles 447 et 448 ; il y a, en effet, exactement les mêmes motifs dans les trois cas. — Il s'ensuivra que ces nullités ne pourront être invoquées par le failli, ni pendant la faillite, ni plus tard après l'union et la liquidation qui s'ensuivra : s'il arrive à meilleure fortune, on pourra réclamer contre lui l'exécution des contrats atteints par nos articles, comme du reste (nous l'avons vu) on pourrait le poursuivre en vertu des contrats, même passés depuis le dessaisissement. C'est une question controversée, que de savoir si le failli pourrait invoquer ces nullités après le concordat, parce qu'alors on pourrait dire qu'il les invoque dans l'intérêt de la masse, pour pouvoir exécuter plus complétement et plus sûrement les obligations qu'il a prises dans son concordat. Nous examinerons plus loin cette question (n. 1051, 1052.)

Nos articles, en établissant la nullité *à l'égard de la masse* seulement, mènent à une conséquence encore plus remarquable : c'est qu'un créancier isolé ne pourrait invoquer cette nullité dans son intérêt exclusif, surtout si cet intérêt est en contradiction avec celui de la masse.

Il y a trois catégories de nullités : — 1° nullités de droit, c'est-à-dire obligatoires pour le juge ; — 2° nullités facultatives pour le juge ; — 3° nullités des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.

§ Ier

Nullités de droit.

943. Ces nullités frappent les actes les plus suspects, ceux qui sont, aux yeux de la loi, plus ou moins entachés de libéralité.

Si l'on avait appliqué le droit commun de l'art. 1167, C. civ., il aurait fallu d'abord prouver positivement qu'il y avait eu libéralité; la loi édicte ici une présomption absolue qui dispense

de la prouve et n'admet pas la prouve contraire. — Il aurait fallu de plus prouver la fraude du débiteur. La loi pose ici encore une présomption absolue : elle n'admet pas qu'à la veille de faire faillite, il puisse de bonne foi faire ces actes qui sont de nature à nuire gravement à ses créanciers, ou à avantager quelques-uns d'entre eux. Pour cela, il n'est pas nécessaire qu'il ait cessé ses paiements, le danger existe même auparavant ; aussi la nullité remonte aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements. — Quant aux tiers avec qui le failli a traité, il n'y aurait pas eu besoin, en droit commun, de prouver leur collusion, puisqu'il s'agit d'actes présumés à titre gratuit. Aussi on a pu ici, sans blesser leurs droits, faire remonter la nullité à une époque où ils pouvaient bien ignorer les embarras du débiteur, puisqu'il n'avait pas encore cessé ses paiements.

Il résulte de ces observations que le juge n'aura ici que deux points à vérifier : 1° l'acte rentre-t-il dans l'énumération limitative de l'art. 446? 2° a-t-il été fait dans la période suspecte?

Trois espèces d'actes sont condamnés séparément par les trois derniers alinéas de l'article 446 : — 1° les actes à titre gratuit; — 2° certains paiements; — 3° certaines constitutions de privilèges ou d'hypothèques.

944. I. **Tout acte à titre gratuit** (art. 446, 2e al.). La loi ne parle que des actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit, c'est-à-dire des *donations* proprement dites. Mais il faut évidemment appliquer la même règle à tous les autres actes gratuits : obligations à titre gratuit, remises de dettes, renonciations, constitutions ou extinctions de servitudes, d'usufruit, ou cessions de créances à titre gratuit. L'art. 477, ne parlant dans la contre-partie de la règle que des actes *à titre onéreux*, corrige la formule trop étroite de l'art. 446.

L'art. 446, 1er al., ne vise pas les legs et ne doit pas leur être appliqué; pour eux il était inutile : si le failli est mort, ses créanciers en demandant la séparation des patrimoines s'assureront leur paiement dans la mesure de l'actif avant tous les légataires.

945. II. **Certains paiements.** — Ce sont ceux qui sont faits en dehors des conditions où ils pouvaient être exigés. Si,

au contraire, la dette est échue et si le paiement est fait en espèces, celui-ci n'est pas nul de droit, il *peut* seulement être annulé en vertu de l'art. 447.

1° *Paiements de dettes non échues.* Ils constituent une renonciation au bénéfice du terme et par conséquent un avantage fait au créancier. De plus, cette anticipation fait supposer le désir d'assurer à ce créancier le bénéfice d'un paiement intégral, en le soustrayant à la loi commune qu'il subirait dans la faillite et qui le réduirait à un dividende.

Tous les paiements sont nuls sans distinguer la manière dont ils sont faits ; nous n'avons donc pas besoin de relever l'énumération de la loi, dont nous ferons au contraire usage pour expliquer la disposition suivante. — Ils sont nuls lors même qu'on voudrait les justifier par un but utile, comme pour profiter d'un escompte ; car le texte est absolu.

946. 2° *Paiement de dettes échues autrement qu'en espèces ou en effets de commerce* (art. 446, 3e al.). — Ce que la loi défend ici, c'est la *dation en paiement* sous toutes ses formes : cette manière de payer fait soupçonner un avantage fait au créancier, soit dans la valeur des objets donnés en paiement, qui peut excéder ce qui est dû ; soit parce qu'on avait payé ainsi lorsqu'on ne pouvait plus payer en argent, afin d'affranchir le créancier de la réduction qu'il subirait en figurant dans la faillite.

Il s'ensuit qu'on peut, pourvu que la dette soit échue, payer la chose même qu'on doit. La loi suppose qu'on doit de l'argent, ce qui est le cas le plus commun, et elle autorise le paiement soit en argent, soit en effets de commerce (nous commenterons tout à l'heure ces mots). Mais si l'on doit autre chose que de l'argent, on pourra payer, acquitter cette dette en nature. Ainsi, on peut livrer des marchandises vendues, lors même que, n'étant pas déterminées *in specie*, la propriété n'en aurait pas été transférée par le contrat.

La dation en paiement pour dette d'argent, prohibée par la loi, peut prendre trois formes principales, auxquelles fait allusion le commencement du 2e al. de notre art. : — A. le paiement en marchandises ; — B. le paiement par transport de créance ; — C. la compensation volontaire.

947. A. *Paiement en marchandises*, c'est ce que notre alinéa appelle paiement par vente.

Il n'est pas défendu de vendre des marchandises et de payer un créancier avec le prix. Mais on ne pourrait pas remettre à un créancier des marchandises avec mandat de les vendre pour se payer, ni les lui vendre en compensant le prix; ce ne serait que déguiser une dation en paiement.

Si l'opération portait sur des immeubles, elle serait bien évidemment prohibée au même titre.

948. B. *Paiement par transport de créance.*

La loi suppose qu'ayant un créancier de 10,000 fr., par exemple, et n'ayant pas d'argent, mais ayant un débiteur de la même somme, le failli délègue son débiteur à son créancier, qui le libère ; celui-ci s'assure par là l'avantage d'un paiement intégral au détriment des autres créanciers.

Il faut remarquer que notre art. 446, 3e al., autorise le paiement en effets de commerce, et que ce paiement est en réalité un transport de créance. Il y a donc certains transports de créance qui sont permis ; nous les indiquerons bientôt en expliquant le mot *effets de commerce*.

949. C. *Compensation volontaire.*

La loi ne prohibe pas la compensation légale ; puisque celle-ci a lieu de plein droit et par la seule autorité de la loi, elle est exempte de fraude. Cela s'appliquerait, par exemple, si l'une des deux dettes, n'étant pas exigible ou liquide, l'est devenue sans fraude pendant la période suspecte.

Ce qui est prohibé, c'est la compensation conventionnelle entre deux dettes qui ne seraient pas toutes deux à la fois liquides et exigibles. Si elles ne sont pas liquides, il y a crainte de fraude dans l'équivalence qu'on établit entre elles ; si celle du futur failli n'est pas exigible, il y a renonciation au bénéfice du terme ; dans tous les cas, il y a une position privilégiée faite au créancier.

950. Revenons aux paiements permis pour dettes échues. La loi, pour une dette d'argent, autorise le paiement **en effets de commerce**. Les effets de commerce sont tout à fait équivalents à de l'argent, parce qu'on les reçoit communément comme tels

dans les usages du commerce, et que le paiement ainsi fait est toujours considéré comme parfaitement normal. Il y a plus, l'assimilation des effets de commerce à la monnaie est telle que le créancier ne pourrait pas, d'après les usages, refuser en paiement un effet bien régulier et muni de bonnes signatures.

Les mots *effets de commerce* comprennent tout d'abord et bien évidemment les *lettres de change* et les *billets à ordre*, qui sont les effets de commerce par excellence, et auxquels, dans l'usage, s'applique complètement ce que nous venons de dire. — Le failli aura donc pu, sans difficulté, prendre dans son portefeuille des lettres de change ou des billets à ordre, émanés d'autres souscripteurs et reçus antérieurement par lui en paiement, et il pourra très valablement acquitter ses dettes avec ses effets, en les endossant. Sans doute, il y a là une cession de créance, cession de sa créance contre le tiré ou le souscripteur de l'effet. Mais la loi a autorisé spécialement ces paiements, parce qu'ils sont essentiellement conformes au rôle normal des effets de commerce.

On peut se demander si le commerçant, dans la période suspecte, pourrait créer lui-même des effets de ce genre pour payer avec. L'affirmative nous paraît devoir être admise sans hésitation : car cette émission d'un effet de commerce ne rentre dans aucune des prohibitions de la loi. — Seulement si c'est un billet à ordre qui a été souscrit dans la période suspecte, il peut y avoir lieu à l'application de l'art. 449.

951. Nous avons maintenant à voir si le paiement en effets de commerce ne comprend pas d'autres titres que la lettre de change et le billet à ordre. Il faudra, suivant nous, pour appliquer l'article par analogie, que cette analogie soit complète, c'est-à-dire non seulement que le titre soit habituellement reçu comme de la monnaie, mais encore que, d'après les usages, *on ne puisse pas le refuser*. Tel sera notre critérium.

On pourrait valablement payer avec un *chèque* ; — le chèque, dans les usages du commerce, est tout à fait l'équivalent de l'argent ; c'est de l'argent disponible, *ready money*, et on ne peut le refuser.

Il en serait de même, suivant nous, des *virements en banque*.

Mais non *des coupons d'actions ou d'obligations même échus et au porteur*, ni d'un *titre au porteur*, ni d'une *facture acquittée*, parce que l'acceptation de ces titres en paiement est absolument facultative pour le créancier.

Les *récépissés des magasins généraux*, quoiqu'étant à ordre, et se transmettant par endossement, donnent droit à la livraison des marchandises; leur endossement constituerait un paiement en marchandises; il est donc prohibé par la loi. — Quant aux *warrants*, il faut admettre la distinction que nous avons repoussée tout à l'heure à l'égard de la lettre de change ou du billet à ordre : s'il est endossé par quelqu'un qui l'a dans son portefeuille, il constitue une cession de la créance garantie par le gage, en même temps qu'une cession de ce gage, et cette cession est tout à fait analogue à celle qui résulte de l'endossement d'un effet de commerce proprement dit (cf. L. 28 mai 1858, art. 7). Au contraire, le premier endossement du warrant par le propriétaire des marchandises est la dation d'un gage à un créancier ; il rentre dans le 3e al. de l'art. 446 que nous allons expliquer.

952. III. **Certaines constitutions d'hypothèques ou de droits réels accessoires** (art. 446, 4e al.).

La loi condamne les constitutions d'hypothèques ou de nantissement qui sont postérieures à la naissance de la créance. En effet, lorsqu'un créancier a fait crédit au débiteur, lui concéder après coup une sûreté qu'il n'a plus en aucune façon le droit d'exiger, c'est lui faire un avantage purement gratuit. Si, au contraire, la sûreté a été fournie au moment même de la naissance de la créance, elle a été une des conditions essentielles du contrat ; le créancier n'a fait crédit au débiteur qu'en comptant sur cette sûreté, et il n'aurait pas contracté sans cela ; ce serait donc violer la loi du contrat que d'annuler la convention de gage ou d'hypothèque ; celle-ci n'est donc pas nulle de droit ; elle suivra le sort du contrat dont elle n'est qu'une partie, et qui pourra peut-être tomber sous le coup de l'art. 447.

La loi est très dure dans l'hypothèse où, la dette étant échue, le créancier pourrait exiger le paiement ; en accordant un nouveau terme, il serait juste de lui permettre de stipuler une hypo-

thèque comme sûreté, et comme prix de cette nouvelle concession. La loi a craint qu'on ne simulât une pareille convention pour tourner sa prohibition.

De ce que nous venons de dire, il résulte que la loi, en parlant de « *dettes antérieurement contractées* », a entendu parler de dettes antérieures à la constitution de la sûreté, et non de dettes antérieures à la période suspecte ; les travaux préparatoires de 1838 sont formels sur ce point.

953. Notre alinéa, avec la distinction qu'il fait, s'applique sans difficulté aux contrats de gage ou d'antichrèse et aux hypothèques conventionnelles. — Pour les *hypothèques judiciaires*, il n'y a pas de distinction à faire et la loi n'en fait pas ; puisqu'elles sont toujours nécessairement postérieures à la naissance de la créance, elles seront toujours nulles. — Au contraire, les *hypothèques légales*, que notre alinéa exclut par son silence, et les privilèges autres que ceux fondés sur la convention expresse de gage (comme celui du bailleur, celui de l'aubergiste, du voiturier), sont toujours contemporains de la naissance de la créance ou même antérieurs ; ils sont donc toujours valables ; sauf l'annulation, en vertu de l'art. 447, de la convention à laquelle ils se rattachent.

§ 2

Nullités facultatives pour le juge.

954. L'article 447 frappe de nullité tous les actes qui ne sont pas compris dans l'art. 446, et qu'on peut, après les explications données ci-dessus, qualifier en bloc d'*actes à titre onéreux*.

Cette nullité ne commence qu'à la cessation des paiements. Il s'ensuit que les actes dont nous parlons ne sont frappés d'aucune nullité spéciale, s'ils ont été faits dans les dix jours qui précèdent la faillite ; ils peuvent seulement être annulés, en vertu de l'art. 1167, comme faits en fraude des droits des créanciers ; c'est-à-dire à la charge de prouver l'intention frauduleuse du débiteur et la collusion du tiers qui a traité avec le failli.

A partir de la cessation des paiements, ils tombent sous le coup de l'art. 447. *Mais en quoi la nullité édictée par cet article diffère-t-elle de celle de l'art.* 1167, *C. civ.* ? Ce point est délicat. D'après l'art. 1167, il faudrait trois conditions pour faire prononcer la nullité : 1° préjudice pour les créanciers ; 2° intention frauduleuse du débiteur ; 3° collusion du tiers. Dans l'art. 447, la première condition doit évidemment exister toujours ; car, s'il n'y avait pas préjudice, les créanciers n'invoqueraient pas la nullité. Les deux autres conditions sont, au contraire, profondément modifiées ; quant à la seconde, la loi permet d'annuler l'acte sans que l'on prouve l'intention frauduleuse du débiteur ; elle a considéré qu'à la veille d'une faillite celui-ci peut bien facilement perdre la tête et se livrer de très bonne foi à des actes déplorables dans l'espoir de sauver à tout prix sa situation. Dans le même but, elle a beaucoup atténué la troisième condition, la collusion des tiers ; elle n'exige pas que ceux-ci se soient rendus volontairement complices d'une fraude qui peut n'avoir pas existé, ni même qu'ils aient voulu abuser sciemment de la mauvaise position du débiteur ; elle se contente de la connaissance qu'ils ont eue *de la cessation des paiements*. En effet, dès qu'ils ont cette connaissance, ils doivent être très circonspects à l'égard du failli et éviter avec soin tout ce qui pourrait, en leur procurant un avantage, empirer la situation de ses créanciers.

Comme tempérament équitable à ces sévérités, la loi laisse aux juges la faculté de prononcer ou de ne pas prononcer la nullité. Mais, quelle est au juste la pensée de la loi ? Quel usage le juge doit-il faire de sa liberté ? Il doit apprécier d'abord si le préjudice existe, cela va sans dire. Il doit ensuite examiner si l'acte a été influencé par l'existence de la faillite ; il peut se faire, en effet, qu'il ait eu une issue fâcheuse pour le failli, par exemple si les marchandises vendues ont beaucoup monté depuis, mais qu'il soit néanmoins parfaitement normal, parfaitement conforme aux habitudes du commerce ; dans ce cas, il n'y a aucune raison spéciale pour l'annuler, si les parties ont été de bonne foi.

Nous pouvons comprendre maintenant pourquoi ces nullités ne

remontent pas aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements. La loi s'est arrêtée ici, comme pour l'action de l'art. 1167, devant la bonne foi des tiers, qui, même aux approches de la faillite, ont pu traiter avec le débiteur, profiter même des avantages qu'il leur faisait, en croyant que son intérêt bien entendu lui conseillait ces sacrifices, que sa situation, pour être embarrassée, n'était pas désespérée et serait sauvée par ces opérations. Si les tiers ne pouvaient pas compter sur des actes ainsi faits de bonne foi, il n'y aurait plus de commerce possible. — Mais après la cessation des paiements, la position des tiers n'est pas la même : il suffit qu'ils connaissent cette cessation des paiements; dès lors, ils ne doivent plus profiter de la mauvaise situation du débiteur.

Si le bien aliéné par le futur failli a passé entre les mains d'un tiers acquéreur, il faudra, si celui-ci a acquis à titre onéreux, prouver qu'il avait eu connaissance de la cessation des paiements; si, au contraire, il a acquis à titre gratuit, on pourra l'atteindre sans faire cette preuve. Il faut, en effet, appliquer ici par analogie la règle traditionnelle qu'on applique à l'exercice de l'action révocatoire de l'art. 1167, C. civ.

964. L'art. 547 vise expressément les **paiements** qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 446, c'est-à-dire ceux pour dettes échues, en espèces ou en effets de commerce. Ils se présentent visiblement comme une atteinte directe à l'égalité entre créanciers. Ces paiements doivent donc être annulés si les tiers connaissaient eux-mêmes la cessation des paiements. — Mais alors pourquoi laisse-t-on au juge la faculté de ne pas les annuler? D'abord, il faut que celui-ci examine s'il y a ou non mauvaise foi des tiers. De plus, à côté du paiement simple, isolé, qui est certainement condamné, il y a des paiements qui font partie d'un acte plus complexe, lequel doit être apprécié dans son ensemble. Tel serait un achat au comptant, une vente au comptant.

Cette règle relative aux paiements constitue une différence très remarquable avec l'action de l'art. 1167 : en droit civil; les paiements normaux de dettes échues ne sont jamais annulés, parce que les créanciers ont le droit de se faire payer à mesure qu'ils

se présentent (v. art. 808 et 809, C. civ.), et peuvent saisir le débiteur, si on ne les paie pas immédiatement. En matière de faillite, au contraire, la loi veut l'égalité entre les créanciers, elle ne veut pas que les premiers prévenus soient payés au détriment des autres; le débiteur *ne doit pas* les payer, et, s'il est poursuivi, il doit faire cesser la poursuite en déposant son bilan (art. 443).

Règle spéciale à l'acquittement des effets de commerce.

956. L'art. 449 suppose que le tiré dans une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre était en état de cessation de paiements et a néanmoins acquitté l'effet à l'échéance. La règle importante, qui résulte implicitement, mais très clairement de cet article, c'est que le porteur, même connaissant la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur de l'effet, est valablement payé, et que l'on ne peut le forcer à rapporter ce qu'il a reçu. Cette règle a deux motifs : — d'abord le porteur était obligé de se présenter à l'échéance; et dès lors, le débiteur de l'effet se déclarant disposé à payer, il ne pouvait pas refuser ce paiement; autrement il n'aurait pas pu faire protêt, puisque le paiement lui était offert; il aurait donc perdu tous ses recours; la loi ne pouvait pas l'enfermer dans cette impasse; — d'autre part, le législateur veut faciliter la circulation des effets de commerce en rassurant les porteurs de ces effets.

Le porteur étant à l'abri de tout recours, la faillite de celui qui a payé n'aura-t-elle aucune action pour se faire rembourser? Elle en a une : mais seulement si la cessation des paiements du souscripteur ou du tiré existait déjà lors de la création de l'effet; si en outre elle était connue du tiers contre lequel on recourt lorsqu'il a reçu la valeur de l'effet (a. 449, 3e al.); et enfin le recours aura lieu contre des personnes différentes, suivant qu'il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. L'idée générale de la loi sur ce point est que le recours existera contre le tiers qui a le premier reçu le montant de l'effet, et qui a trouvé par là le moyen de se faire payer sa créance, lorsqu'il ne pouvait plus valablement en recevoir directement le paiement du failli. S'il s'agit d'un billet à ordre, ce tiers sera le premier bénéficiaire, au profit de qui le billet a été souscrit par le failli et

qui, lors de cette souscription, connaissait la cessation des paiements; celui-ci, en endossant le billet, en a reçu la valeur, tandis qu'il n'aurait pas pu recevoir cette valeur du souscripteur lui-même (art. 447). S'il s'agit d'une lettre de change, ce tiers sera le tireur ou le donneur d'ordre, qui, connaissant la cessation des paiements du tiré, a reçu du preneur le montant de la lettre de change, tandis qu'il ne pouvait plus le recevoir directement du tiré.

La loi ne protège de cette façon que le paiement fait normalement et à l'échéance. Aussi le porteur pourrait être recherché, s'il avait reçu le paiement d'une lettre de change non échue (art. 446); — ou s'il l'avait reçu autrement qu'en espèces.

957. Si le paiement a été fait par un autre que celui qui devait normalement le faire, il naît une question très délicate. V. notre *Cours*.

§ 3

Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.

958. Nous supposons un privilège ou une hypothèque valablement constituée; c'est-à-dire établie avant la période suspecte, ou, si elle est née pendant cette période, contemporaine de la naissance de la créance garantie. L'art. 448, 1er al., modifiant l'a. 2146, C. civ., ne fait commencer l'interdiction absolue de les inscrire qu'à partir du jugement déclaratif (v. n. 916 et suiv.). Mais il ne s'ensuit pas que l'hypothèque inscrite dans la période suspecte soit absolument valable; le second alinéa de l'art. 448 nous indique ce qui est conservé de l'ancienne règle de l'art. 2146, C. civ. : l'inscription du privilège ou de l'hypothèque sera seulement annulable, et, pour qu'elle puisse être annulée, il faudra que le créancier ait eu déjà, avant son inscription, un délai de quinze jours, pendant lequel il a pu et dû s'inscrire. La loi a voulu empêcher que le futur failli, afin de conserver son crédit, n'obtînt de son créancier qu'il laissât son hypothèque occulte pendant longtemps, pour l'inscrire au dernier moment.

Cette nullité ressemble à celles de la deuxième catégorie ci-

dessus, en ce qu'elle est *facultative* pour le juge : le juge apprécie souverainement les circonstances ; il examine s'il y a eu négligence du créancier, et si les tiers ont pu être trompés sur la fortune du débiteur. Mais il y a deux différences avec l'annulabilité de l'art. 447 : — 1° la loi n'exige pas que le créancier connût le mauvais état des affaires du débiteur, car il y a généralement une négligence grave de sa part à ne pas s'être inscrit dans la quinzaine de son titre ; — 2° la nullité remonte même aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements ; c'est la conséquence de ce que celle-ci n'a pas besoin d'être connue du créancier.

Nous retrouverions ici toutes les questions que nous avons examinées sous l'art. 448, 1er al., sur la portée des règles de notre article. Nous appliquerons ici toutes les solutions que nous avons données plus haut (v. nos 916-919).

CHAPITRE II.

PROCÉDURE PRÉPARATOIRE.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections : — 1° personnel de la faillite ; — 2° mesures conservatoires ; — 3° mesures préparant la solution.

SECTION PREMIÈRE.

PERSONNEL DE LA FAILLITE.

Nous avons à étudier cinq catégories de personnes : — 1° le tribunal de commerce du domicile du failli ; — 2° le juge-commissaire ; — 3° les syndics ; — 4° les créanciers ; — 5° le failli.

§ 1er

Tribunal de commerce du domicile du failli.

969. L'art. 635 donne compétence aux tribunaux de commerce pour *tout ce qui concerne les faillites* (cf. art. 80, 7°

al., C. de proc. civ.). Ce dernier complète l'art. 635 en déterminant parmi les tribunaux de commerce quel sera le tribunal compétent : ce sera celui du *domicile de la faillite*.

Cette compétence comprend d'abord bien évidemment tout ce qui concerne l'organisation et la marche de la faillite : — déclaration de la faillite et fixation de l'époque de la cessation des paiements (art. 440, 441) ; — nomination du juge-commissaire (art. 461) et des syndics (art. 462) ; — approbation de certains actes importants au cours des opérations, notamment du concordat (art. 513) ; — solution des difficultés que peuvent soulever les opérations de la faillite (exemples, art. 400, 500) ; — actions en nullité d'un acte fait par le syndic.

Elle comprend même des procès entre des tiers et la faillite. — D'abord ce sont les actions personnelles où le failli devrait être *défendeur ; actor sequitur forum rei*. D'ailleurs, une action personnelle contre la faillite émane nécessairement de quelqu'un qui se prétend créancier ; elle se rattache donc à la vérification des créances, qui est l'une des opérations de la faillite (art. 408). Mais il n'y a dérogation ici qu'aux règles sur la compétence *ratione personæ* ; la loi respecte les règles sur la compétence *ratione materiæ* ; c'est ce qui résulte de l'art. 500, supposant très expressément que le litige pourra être renvoyé devant un tribunal civil, correctionnel ou criminel. — Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une action personnelle où les syndics soient *demandeurs* ou d'une action *réelle immobilière*, la compétence du tribunal de la faillite serait le renversement des règles sur la compétence *ratione personæ* ; faut-il l'appliquer absolument ? La formule qui nous paraît devoir être admise et qui est maintenant consacrée couramment par la jurisprudence, est celle-ci : il y aura lieu à l'application des art. 635, C. com., et 59, 7e al., C. pr. civ., *lorsque le litige aura* **pour cause** *la faillite*, c'est-à-dire n'aurait pu naître s'il n'y avait pas eu faillite, p. ex. lorsqu'il s'agira de faire prononcer les nullités ou les limitations de droits auxquels la faillite donne lieu (art. 446-449) ; les limitations des privilèges (art. 549 et 550) ; les restrictions à l'hypothèque et au droit de revendication de la femme (art. 557 et suiv.) ; à la revendication du vendeur (art. 576). Au contraire les litiges, dont la faillite

a été seulement l'*occasion*, resteront soumis aux règles ordinaires de compétence.

Voies de recours contre les jugements rendus en matière de faillite.

960. Cette question fait l'objet du chapitre XI de notre titre, articles 580-583.

Les voies de recours ordinaires sont, comme on droit commun, l'opposition et l'appel : l'opposition par ceux qui n'ont pas été parties au jugement; l'appel par ceux qui y ont été parties. Nous avons vu les difficultés que soulevait l'application de ces règles à l'égard du jugement déclaratif (n. 903 et suiv.); nous n'y reviendrons pas.

Quant aux conditions de l'*opposition*, la loi ne donne aucune règle spéciale, excepté à l'égard du jugement déclaratif (art. 580) (n. 903).

Pour l'*appel*, le Code abrège considérablement le délai : il est de quinze jours, sauf prolongation pour la distance (a. 582). La loi a voulu accélérer les opérations de la faillite.

961. Une autre dérogation au droit commun consiste dans la suppression de toute voie de recours contre certains jugements. Ce sont ceux qui statuent sur des mesures très simples, peu compromettantes, et sur lesquelles une discussion longue et sérieuse n'est pas possible (a. 583, 1°-4°); et on outre ceux qui ont déjà passé par deux degrés de juridiction (art. 583, 5°).

§ 2

Juge-commissaire.

962. Le juge-commissaire est le délégué du tribunal à l'effet de surveiller les opérations de la faillite et la gestion des syndics dans l'intérêt de l'ordre public, des créanciers absents, et de ceux qui, pour certaines décisions, se trouvent en minorité dans les assemblées de créanciers; d'autoriser les actes trop importants pour être faits par les syndics seuls, et pour lesquels néanmoins on ne va pas jusqu'à exiger l'intervention du tribunal; et de donner rapidement la solution des questions peu im-

portantes qui peuvent se présenter. Les règles qui le concernent spécialement sont indiquées au chapitre 2 de notre titre.

Il est nommé et remplacé par le tribunal (a. 451, 454).

Ses **pouvoirs** sont définis par l'art. 452. Voici les principaux chefs de ses fonctions : — 1° Surveiller les syndics et accélérer leurs opérations. Il statue sur les réclamations que peut soulever leur gestion (a. 466). — 2° Faire son rapport sur leur remplacement et leur maintien aux époques fixées par la loi pour le renouvellement de leurs pouvoirs (art. 462, 520); de même sur la fixation de leur salaire (art. 462 *in fine*). Proposer leur révocation en dehors de ces époques, et faire son rapport toutes les fois que cette révocation est demandée (a. 467). — 3° Faire son rapport sur toutes les contestations que peut soulever la faillite (art. 462, 2e al.). Les jugements qui seraient rendus sans ce rapport seraient entachés de nullité. — 4° Autoriser certains actes importants : par exemple, la non apposition des scellés (art. 455, 2e al.); la vente de certains objets, et l'exploitation du commerce du failli dans la période préparatoire (art. 470); les secours à donner au failli (art. 474, 530); et proposer le sauf-conduit pour le failli (art. 472, 1er al.). — 5° Décider, convoquer par l'intermédiaire du greffier, et présider les assemblées de créanciers : art. 468, 493, 505, 536.

Aux termes de l'art. 463, les ordonnances du juge-commissaire ne seront susceptibles de recours que dans les cas prévus par la loi. Ces recours seront portés devant le tribunal de commerce.

§ 2

Syndics.

663. Les syndics sont les administrateurs de la faillite; ce sont eux qui font tous les actes nécessaires pour arriver à la solution de la faillite, et, en cas d'union, pour réaliser les valeurs et les répartir entre les créanciers. Ils agissent sous la surveillance, et quelquefois avec l'autorisation du juge-commissaire.

Pour tous ces actes, ils sont les mandataires, les représentants

à la fois des créanciers et du failli dessaisi entre leurs mains; et les actes qu'ils font sont opposables à la fois aux créanciers et au failli.

904. Il y a ordinairement un seul syndic nommé; pourtant on peut en nommer jusqu'à trois (art. 462, 5e al.). La loi les désigne toujours en parlant au pluriel.

Leur nom et leurs fonctions varient trois fois pendant le cours de la faillite.

1° *Les syndics provisoires* sont nommés par le jugement déclaratif de faillite, sans consulter les créanciers qu'on n'a pas encore pu convoquer (a. 462, 1er al.). — Ils sont chargés de dresser la liste des créanciers d'après le bilan, les livres et les autres documents qu'ils peuvent réunir, et de prendre les mesures tout à fait urgentes (v. art. 468). — Le juge commissaire convoquera dans la quinzaine les créanciers pour les consulter sur le choix des syndics; c'est ce qu'on nomme l'*assemblée du syndicat* (a. 462, 2e et 3e al.). — Il faut remarquer que les créanciers ne donnent qu'un simple avis qui n'est pas obligatoire pour le tribunal. — Celui-ci nomme alors :

2° *Les syndics définitifs* (a. 462, 4e al.). Quoiqu'ils soient appelés définitifs, ils peuvent toujours être changés sur la proposition du juge-commissaire, dans les formes de leur nomination (v. a. 464). — Les syndics définitifs sont chargés de mener à fin toute la procédure préparatoire de la faillite, notamment de préparer la vérification des créances et le vote sur le concordat; ils font, en outre, les actes conservatoires pendant tout le temps nécessaire pour cela.

S'il y a concordat, tout s'arrête, et il n'y a plus de syndics. — S'il y a union, on consulte de nouveau les créanciers sur le maintien ou le remplacement des syndics (art. 529); et l'on a alors :

3° *Les syndics de l'union*, chargés de liquider l'actif de la faillite, pour le répartir entre les créanciers.

Les syndics peuvent être pris en dehors des créanciers, et peuvent être rétribués (a. 462, 5e al.). On exclut seulement les parents ou alliés du failli jusqu'au quatrième degré (a. 463).

D'après l'art. 462, 5e al., leurs honoraires ne sont fixés qu'a-

près la reddition de leurs comptes; c'est pour qu'on puisse apprécier leur travail, le zèle qu'ils ont mis à l'accomplissement de leurs fonctions et les résultats qu'ils ont su obtenir.

Pour leurs pouvoirs, nous n'avons qu'à nous référer à toute la suite des opérations que nous allons étudier et qu'ils sont chargés de diriger.

965. Leur responsabilité civile envers la masse est régie par les règles ordinaires du mandat (v. C. civ., art. 1991). S'ils sont plusieurs, « *ils ne peuvent agir que collectivement* » (a. 465). Ils ne peuvent donc décider une mesure que d'un accord commun, à l'unanimité; s'il y avait divergence d'opinion entre eux, la majorité ne pourrait imposer son avis à la minorité, et le juge-commissaire déciderait ce qu'il y aurait à faire. Lorsque quelques-uns agissent sans les autres, mais sans leur opposition, ils sont présumés agir d'accord avec eux et de leur consentement. Dès lors ils doivent être tous déclarés *solidaires* envers la masse, d'après les principes généraux du droit civil, puisque l'opposition d'un seul aurait pu empêcher l'acte, et la fin de l'article 465 l'indique bien à *contrario*, en disant que, dans le cas inverse, ceux qui auront agi seront seuls responsables.

§ 1

Les créanciers.

966. **Individuellement** et pour leurs intérêts personnels, ils n'ont qu'une action très restreinte; ils peuvent seulement plaider, si leur créance est contestée; et pour la maintenir demander que l'époque de la cessation des paiements soit modifiée, mais seulement dans les délais de l'art. 580 (v. n. 940). Pour ces intérêts individuels, ils ne sont pas représentés par les syndics.

Pour les intérêts qui leur sont communs avec les autres créanciers, la règle est que l'initiative et la direction appartiennent aux syndics sous la surveillance du juge-commissaire, et que jamais les actes individuels des créanciers (pas plus que du failli) ne doivent gêner ou contrarier l'action des syndics, sauf

aux créanciers à porter plainte au juge-commissaire s'ils croient que les syndics procèdent mal, ou s'abstiennent à tort. En outre, comme participation à la procédure de la faillite, ils peuvent encore faire individuellement certains actes : par exemple réclamer la révocation des syndics (art. 467) ; contester les créances des autres créanciers (art. 494).

Comme masse, ils sont représentés par les syndics. Mais il faut, pour que les syndics soient ainsi leurs mandataires légaux, qu'il s'agisse d'intérêts nécessairement communs à tous les créanciers, et, comme dit la jurisprudence, que les créanciers soient intéressés, *ut universi* (v. notre *Cours*).

908. La masse intervient personnellement par les **assemblées générales,** qui sont au moins au nombre de quatre en cas d'union : — 1° *assemblée du syndicat*, appelée à donner son avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires (art. 462) ; — 2° *assemblée de la vérification des créances* (art. 493) ; — 3° *assemblée du concordat* (art. 504) ; — 4° *assemblée de la clôture*, pour la reddition des comptes des syndics (art. 530-537).

La masse est-elle un tiers par rapport au failli ? Il faut répondre qu'en principe elle est son ayant cause, puisqu'elle exerce les droits de son débiteur (C. civ., art. 1166) pour réaliser son patrimoine. — Mais la loi lui accorde un certain nombre de droits que n'avait pas le failli, notamment de faire révoquer ou réduire certains actes, ou certains droits consentis par lui : C. civ., art. 1167 ; C. comm., art. 443, 447, 448, 449 ; art. 549-560 ; art. 563 et suiv. ; art. 576. Pour l'exercice de ces droits, elle est un tiers, puisqu'elle agit en vertu d'un droit propre. V. les conséquences dans notre *Cours*.

§ 5

Le failli.

909. Nous parlons seulement ici de son concours aux opérations de la faillite. Il a le droit d'exercer une certaine surveillance sur ces opérations, comme l'inventaire (art. 476) ; — d'être consulté pour certains actes, comme les transactions à faire (art. 487) ; —

de réclamer contre la gestion des syndics, de s'opposer à leurs actes (art. 466), et de demander leur révocation (art. 467) ; d'assister à la reddition de leurs comptes (art. 537), de réclamer contre ces comptes et même contre l'indemnité qui leur est allouée.

Il peut être employé pour les opérations, par les syndics, s'ils le jugent utile (a. 488).

Il reprendra un rôle actif et personnel dans l'assemblée du concordat, où il traite en son nom avec ses créanciers (art. 505).

970. On doit s'assurer de sa personne, sans même attendre la nomination des syndics ; sauf dispense par le tribunal (a. 455, 1er et 3e al. ; a. 456 ; a. 460). Ces articles doivent être considérés comme étant encore applicables, même depuis l'abolition de la contrainte par corps : — cette mesure n'est pas la même chose que la contrainte par corps : elle n'a pas pour but de contraindre indirectement le failli à payer, puisque étant dessaisi, il ne peut le faire ; — cela a été dit dans la discussion de la L. 22 juillet 1867. — Par la même raison elle était et est encore applicable à ceux que leur âge aurait affranchis de la contrainte par corps. — Mais, dès avant 1867, cette mesure était peu pratiquée.

Le failli, même non affranchi du dépôt de sa personne, peut obtenir pour quelque temps un sauf-conduit provisoire (a. 472 et 474) avec ou sans caution.

SECTION II.

MESURES CONSERVATOIRES.

971. Ces mesures à prendre sont le détail des fonctions des syndics, soit provisoires, soit définitifs. Elles font l'objet du ch. 3, et du ch. 5, sect. 1 à 4, de notre titre.

Nous étudierons sept points : — 1° apposition des scellés et inventaire ; — 2° exploitation du fonds de commerce, s'il y a lieu ; — 3° certaines ventes urgentes ; — 4° poursuites des droits du failli ; — 5° frais de ces mesures ; — 6° secours au failli et à sa famille ; — 7° mesures dans l'intérêt de la vindicte publique.

1. — **Apposition des scellés et inventaire.**

972. L'apposition des scellés doit avoir lieu même avant l'entrée en fonctions des syndics. C'est une précaution prise d'abord contre le failli, puis ensuite contre les syndics dans l'intérêt des créanciers, et aussi dans l'intérêt du failli s'il est incarcéré ou absent. Elle est ordonnée par le jugement déclaratif (a. 455, 1er al.); elle peut, même avant, être faite par le juge de paix, mais seulement en cas de disparition du débiteur ou de détournement d'actif (a. 457). — On en est dispensé quand le mobilier peut être inventorié en un seul jour (a. 455, 2e al.).

Si les scellés n'ont pas été apposés avant l'entrée en fonctions des syndics, ils doivent les faire apposer (a. 468).

Les objets qui doivent être placés sous scellés sont indiqués par l'a. 458. Certaines choses en sont exceptées dans l'intérêt des mesures dont nous allons parler : v. l'art. 469.

973. **Inventaire :** L'inventaire doit avoir lieu dans les trois jours (a. 476). — V. pour les formes, les art. 480, 481.

« L'inventaire terminé, les marchandises, l'argent, les titres actifs, les livres et papiers, meubles et effets du débiteur, seront remis aux syndics, qui s'en chargeront au bas dudit inventaire » (v. a. 484).

II. — **Exploitation du fonds de commerce du failli.**

974. Elle peut être continuée par les syndics avec l'autorisation du juge-commissaire (a. 470). — Cette autorisation d'exploiter n'est que provisoire, elle ne deviendra définitive qu'après l'union, et moyennant une délibération des créanciers (art. 532). Les syndics doivent pour le moment se borner aux opérations nécessaires pour conserver l'intégralité du gage des créanciers jusqu'au concordat; ils ne doivent pas entamer des opérations engageant l'avenir. Mais ils peuvent faire des opérations nouvelles, pourvu que ce soient des opérations ordinaires, entretenant seulement le courant des affaires.

III. — **Certaines ventes urgentes.**

975. Il y a d'abord les ventes absolument nécessaires, énumérées par l'art. 470; celles des objets sujets à dépérissement, ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, qui ont dû être exceptés des scellés (art. 469, 2°, et 470). Mais de

plus le juge-commissaire, pour certaines raisons, comme un avantage évident ou le besoin de se procurer des deniers pour les opérations de la faillite, peut autoriser la vente d'autres objets (a. 486). V. pour les formes le même art. 486.

Ces règles ne seront pas applicables aux ventes d'immeubles; pour celles-ci, il faudrait le consentement du failli et un jugement du tribunal: *à contrario* de l'art. 486, et analogie de l'art. 487.

IV. — **Poursuite des droits du failli.**

976. Pour permettre aux syndics d'exercer les droits du failli, on leur remet ses livres avec les précautions indiquées aux articles 471, 1er al., et 475.

Les livres sont clos par le juge de paix en présence des syndics et du failli ou celui-ci dûment appelé. Cette clôture n'est pas la même que celle dont il est question dans l'art. 471, 1er al., et qui est faite par le juge de paix; il s'agit ici de la clôture et de la balance des comptes.

On leur remet aussi les lettres adressées au failli, du moins celles qui concernent son commerce (a. 471, dern. al.). Il a droit de réclamer celles qui lui sont exclusivement personnelles; c'est pour cela qu'il a droit d'assister à l'ouverture (trav. préparatoires). Les syndics ont même le droit de se faire remettre directement les lettres par l'administration des postes, malgré la règle très rigoureuse que cette administration ne remet jamais ses dépêches à d'autres qu'au destinataire. Pour obtenir cette remise, les syndics n'auront qu'à signifier au directeur le jugement déclaratif (Instruction du directeur général, 29 mars 1839).

977. **Mesures purement conservatoires.**

Les syndics sont tenus de les prendre (a. 490, 1er al.). Telles seront des interruptions de prescription, des protêts, des poursuites en justice (cf. art. 471, 2e al.) les inscriptions d'hypothèques (a. 490, 2e al.).

978. **Recouvrements.**

Ils sont opérés par les syndics (a. 471, 2e et 3e al.; a. 485). *Les deniers provenant des recouvrements et des ventes* sont versés à la caisse des dépôts et consignations, et ne peuvent être retirés qu'en vertu d'une ordonnance du juge-commissaire (v. l'art. 489).

Ces précautions sont imposées aux syndics sous leur respon-

sabilité, et sous peine de devoir les intérêts des sommes non déposées. Mais elles ne sont pas une condition de la validité du paiement par les tiers ; ceux-ci ne sont pas obligés de surveiller cet emploi des sommes.

Le juge-commissaire peut dispenser de ce dépôt pour les sommes nécessaires aux opérations (a. 489) ; mais il ne pourrait pas donner une dispense générale qui annulerait les garanties voulues par la loi.

979. **Actions en justice.**

Les syndics exercent toutes les actions appartenant au failli, soit comme demandeur, soit comme défendeur : art. 443, 2e e 3e al. — Ils représentent tous les créanciers, au moins les chirographaires ; ils exercent donc aussi toutes les actions qui appartiennent à ceux-ci comme masse.

Q. *Les créanciers peuvent-ils intervenir individuellement dans les instances en leur nom personnel?* — 1er S. *Non* : l'intervention n'est possible que de la part de ceux qui ne sont pas parties au procès ; or, ils sont représentés légalement par les syndics. — 2e S. *Oui* (1) : les syndics représentent les créanciers comme masse, mais la loi n'a nulle part enlevé à ceux-ci le droit individuel de faire valoir personnellement leurs droits ; au contraire, dans la vérification des créances, elle reconnaît à chaque créancier le droit individuel de les contester (art. 494).

980. **Transactions.**

« Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède trois cents francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : par le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil pour les transactions relatives à des droits immobiliers. — Le failli sera appelé à l'homologation ; il aura, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers » (a. 487). Cette valeur de 300 fr., qui nécessitera l'homologation, c'est la valeur engagée dans le litige à terminer, et non pas celle du sacrifice à faire pour transiger ; celui-ci fût-il inférieur à 300 fr., l'homologation sera nécessaire si la première valeur excède ce chiffre.

Quant à la forme de cette homologation, notre article établit des règles de compétence qui sont en général conformes aux règles du droit commun : en général, les questions mobilières d'une faillite sont commerciales, et les questions immobilières sont civiles. Pourtant il peut arriver que des procès immobiliers soient de la compétence du tribunal de commerce, par exemple s'il s'agit de faire annuler une donation ou une vente immobilière en vertu des art. 446 et suiv. Et réciproquement des procès mobiliers peuvent être de la compétence du tribunal civil; par exemple s'il s'agit d'une succession mobilière échue au failli. Nous dirons que le Code n'a pas eu l'intention de déroger à la compétence de droit commun, qu'il a seulement statué *ex eo quod plerumque fit*.

V. — **Frais de ces mesures.**

981. Ils sont pris sur les deniers de la faillite. Pour en produire, on pourrait même autoriser certaines ventes (art. 486). — A défaut de ces ressources, le trésor public ferait l'avance pour les frais les plus urgents (v. a. 461).

VI. — **Secours au failli et à sa famille.**

982. Ces secours sont accordés par des raisons d'humanité; ils remplacent l'insaisissabilité, établie pour certains objets, par le code de procédure civile (art. 580 et suiv., 592 et suiv.). — On laisse d'abord au failli certains effets nécessaires pour lui ou pour sa famille : art. 469, 1°. — De plus, on peut lui accorder des secours pécuniaires (v. a. 474). Ici on ne consulte pas les créanciers; après l'union il faudra les consulter (art. 530). — Si les syndics négligent de les proposer, le failli pourra saisir lui-même le juge-commissaire, qui entendra les syndics.

VII. — **Mesures dans l'intérêt de la vindicte publique.**

983. Un extrait des jugements déclaratifs de faillite est adressé au procureur de la république (a. 459). Le juge-commissaire lui transmet également avec ses observations un mémoire rédigé par les syndics, dans la quinzaine de leur entrée en fonctions (v. a. 482).

« Les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli et assister à l'inventaire. — Ils ont, à toute époque, le droit de requérir communication de tous les ac-

tes, livres ou papiers relatifs à la faillite » (a. 483). V. aussi l'art. 477, *in fine*.

SECTION III.

MESURES PRÉPARANT LA SOLUTION.

984. Toutes les solutions de la faillite aboutiront à une répartition, amiable (en cas de concordat) ou forcée (en cas d'union), de l'actif du failli entre ses créanciers. Il importe donc, avant tout, d'établir avec précision l'état de l'actif et du passif du failli. — De plus c'est un vote des créanciers qui choisira entre les solutions proposées; il faut donc établir les éléments du passif, pour savoir qui aura le droit de prendre part à ce vote comme créancier, et pour quelle quotité chacun sera compté. — Enfin les créanciers, pour apprécier les propositions qui leur seront faites, doivent savoir ce que leur donnerait la liquidation forcée telle que la loi la règle en cas d'union; nous verrons que les syndics doivent, avant le vote du concordat, leur faire un rapport sur ce point; ce sont les éléments de ce rapport qu'il s'agit d'établir.

Pour cela, il faut d'abord que les syndics dressent le **bilan**, c'est-à-dire l'état général de l'actif et du passif, s'il n'a pas été rédigé et déposé par le failli lui-même (a. 476). V. aussi les art. 477 et 478.

Il faut ensuite contrôler et préciser les éléments de ce bilan : — d'une part les éléments du passif, par l'*établissement de la liste des créanciers et de la quotité de leurs droits*; — d'autre part, les éléments de l'actif, en déduisant de l'actif apparent tout ce qui ne doit pas en faire partie, ou ce qui ne peut pas être distribué entre les créanciers chirographaires : ce sont *les prélèvements à faire sur la masse*. — Ces deux séries d'opérations seront l'objet de deux sous-sections.

SOUS-SECTION I.

ÉTABLISSEMENT DE LA LISTE DES CRÉANCIERS ET DE LA QUOTITÉ DE LEURS DROITS.

Deux paragraphes : — 1° Etablissement de la liste et du mon-

tant des créances ou *vérification des créances*; — 2° Règlement de la quotité pour laquelle chacun figurera dans la masse passive.

§ Ier

Vérification des créances.

985. C'est l'objet de la section 5e du ch. V. -- Les précautions que la loi prend ont pour but d'assurer l'égalité entre les créanciers, qui est, nous l'avons vu, la préoccupation du législateur commercial. Elle cherche une garantie de plus dans l'affirmation de sa créance qu'elle demande à chaque créancier (art. 497), et dont la sincérité est garantie par la menace des travaux forcés (art. 593, 2°).

La première opération consiste dans la remise, par les créanciers, de leurs titres, soit au greffier avant la nomination des syndics, soit au greffier ou aux syndics, à leur choix, après la nomination de ceux-ci (a. 491, 492). — Les créanciers sont mis en demeure de produire leurs titres, soit par lettres individuelles et par insertions dans les journaux s'ils sont connus, soit, dans le cas contraire, par des insertions seulement. — Ils ont vingt jours à partir de cet avertissement; mais ce délai est allongé à raison des distances. — Ils doivent joindre à leurs titres un bordereau destiné à indiquer ce que leur titre n'indiquerait pas suffisamment : les intérêts qui ne leur ont pas été payés, les frais qu'ils ont pu faire, les acomptes qu'ils peuvent avoir reçus. Ce bordereau doit être sur papier timbré (décis. min. des finances, 11 oct. 1808).

986. **La vérification** doit commencer dans les trois jours qui suivent l'expiration du délai imparti pour les créanciers domiciliés en France. Le moment en est déterminé par une nouvelle convocation précisant le jour et l'heure. Elle a lieu en assemblée générale, ce qui est une innovation de 1838 (a. 493).

En principe le débat s'établit entre les syndics représentant la masse et le créancier vérifié. Si les syndics sont créanciers eux-mêmes, alors, relativement à ces créances, la masse est re-

présentée par le juge-commissaire (a. 492). — Mais quoique la masse soit légalement représentée, chaque créancier individuellement et le failli lui-même peuvent aussi prendre part au débat ; ils reprennent pour cela leur initiative individuelle (a. 494). Ils pourraient aller jusqu'à porter la contestation devant la justice ; car l'art. 498 ne distingue pas.

Le juge-commissaire dresse le procès-verbal de la séance (art. 493, *in fine*, et 495).

987. **L'admission** peut être prononcée, soit sans difficultés soit après des contredits et même des contestations en justice. Elle peut avoir lieu avec ou sans *réserves*, de la part des syndics ou des autres créanciers, de la contester ultérieurement. — Elle est constatée par une déclaration inscrite par les syndics sur chacun des titres, et visée par le juge-commissaire (a. 497, 1er et 2e al.).

Elle doit être suivie de **l'affirmation** (a. 497, 3e al.). Cette affirmation ne doit pas avoir lieu sous serment, la loi ne l'ayant pas exigé.

Huit jours sont impartis pour l'affirmation ; ils courent individuellement pour chaque créancier à partir de l'admission de sa créance. D'ailleurs l'expiration de ce délai ne leur fait pas perdre absolument leurs droits ; la seule sanction est celle que nous indiquons ci-dessous. — Pour garantir la sincérité de l'affirmation l'art. 593, 2e, punit des peines de la banqueroute frauduleuse l'affirmation de créances supposées.

La **clôture** de la procédure de vérification et d'affirmation est faite par la clôture du procès-verbal du juge-commissaire. Ce moment est important parce qu'il fait cesser le droit de discuter l'époque fixée pour la cessation des paiements (art. 581) ; peut-être aussi faut-il dire qu'il arrête le droit de contester les créances (v. n. 990).

Sanction de l'obligation pour les créanciers de se faire vérifier et affirmer. Ce n'est pas la perte irrévocable de leurs droits ; c'est seulement le danger de ne pas pouvoir voter au concordat (art. 504, v. n. 1031), et de ne pouvoir prendre part aux répartitions de deniers ; et encore sans que leur absence compromette irrévocablement leurs droits. — Ils peuvent d'abord faire

opposition aux répartitions tant qu'elles n'ont pas été ordonnancées par le juge-commissaire ; et alors on met en réserve le dividende qui peut leur revenir. Ensuite, si des deniers sont répartis après leur vérification et affirmation, ils ont droit de prélever les dividendes auxquels ils auraient eu droit dans les répartitions antérieures (a. 503).

988. **Quels créanciers** *sont soumis à la vérification et à l'affirmation ?* — Evidemment tous ceux qui font partie de la masse.

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires doivent-ils se faire vérifier ? Certainement ils le doivent au moins si, à défaut de leur privilège et de leur hypothèque, ils veulent figurer dans la masse chirographaire ; les art. 552 et 553 sont formels dans ce sens.

Q. Quid *s'ils poursuivent seulement leur gage spécial ?* — Par exemple s'ils poursuivent l'expropriation de l'immeuble à eux hypothéqué ; s'ils produisent dans un ordre ouvert sur le même immeuble. — 1er S. *Ils y sont obligés* : — ils nuisent encore plus à la masse que s'ils étaient des chirographaires ; les articles de notre section ne distinguent pas entre les diverses catégories de créanciers, notamment l'art. 501 ; — l'art. 508 suppose qu'ils peuvent voter, s'ils le veulent, au concordat ; il suppose donc qu'ils seront toujours vérifiés ; — de même les art. 552 et 553. — 2e S. *Ils n'y sont pas obligés* (1) : — ils ne sont pas dans la masse ; or tous les articles de notre section s'occupent seulement des droits dans la masse ; — l'art. 552 est très formel pour n'exiger la vérification qu'au moment où ils veulent prendre part dans la masse ; c'est pour nous l'argument fondamental et il faut remarquer que la fin de l'article a été ajoutée en 1838 à l'ancien texte du Code ; — quant à l'art. 508, il est bien sûr qu'ils ne pourront voter au concordat que s'ils sont vérifiés et affirmés ; l'article suppose qu'ils le sont ; mais il n'implique nullement qu'ils *doivent* l'être, s'ils ne veulent pas voter au concordat.

Nous n'appliquerons le second système ci-dessus qu'aux créanciers à privilège spécial ; car les créanciers à privilège général n'ont pas un droit particulier sur un bien ; ils sont directement en conflit avec la masse chirographaire sur toute la masse de biens ; enfin nous n'avons pas admis qu'ils conservassent le

droit de poursuite individuelle, l'art. 571 ne s'appliquant pas à eux.

989. **Contestations**. Elles peuvent être soulevées d'abord dans l'assemblée des créanciers en présence du juge-commissaire (art. 493 et 494). Celui-ci peut s'éclairer et éclairer les parties par tous les moyens possibles, notamment par la représentation des livres (a. 496).

Mais il ne peut trancher lui-même le litige. Si l'on ne parvient pas à s'entendre, il renverra devant le tribunal, qui peut ordonner une enquête (a. 493).

Le renvoi n'aura pas toujours lieu devant le tribunal de commerce; l'art. 500 montre qu'il faudra suivre les règles ordinaires de compétence.

Le législateur désire accélérer autant que possible. Aussi on pourra ne pas attendre la solution du litige; le tribunal peut ordonner de passer outre; et alors on doit décider de plus si le créancier sera ou non admis provisoirement aux opérations de la faillite. Donc deux points à décider : 1° passera-t-on aux opérations ultérieures avant la solution du litige? 2° admettra-t-on provisoiremont le créancier contesté?

Si le litige est de la compétence du tribunal de commerce, ce sera lui qui statuera sur ces deux points (a. 499).

Si le litige est de la compétence d'un autre tribunal, le tribunal de commerce statuera toujours sur le premier point, à savoir si l'on passera outre. Car cette décision exige la connaissance de l'ensemble de la situation de la faillite (art. 636); il faut notamment savoir si la présence ou l'absence de ce créancier peut modifier gravement le résultat du vote sur le concordat. — Quant au second point, à savoir si le créancier sera ou non admis provisoirement, la solution est différente suivant qu'il s'agit d'une action civile ou d'une action criminelle (a. 500). S'il s'agit d'une action civile, le tribunal civil statue sur l'admission provisoire; si au contraire il s'agit d'une action criminelle, on ne peut pas prononcer l'admission provisoire : on n'a pas voulu que le tribunal saisi de l'affaire pût créer un préjugé défavorable au prévenu.

« Le créancier dont le privilège ou l'hypothèque seulement

serait contesté sera admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire » (a. 501). — ❡. *Sera-t-il admis à voter au concordat ?* — 1er S. *Non*, à moins qu'il ne renonce absolument à son privilège ou à son hypothèque : — l'art. 501 ne déroge pas formellement à l'art. 508, qui doit par conséquent être toujours respecté ; — le créancier sera seulement admis aux autres délibérations. — 2e S. *Oui* (1) : le sens naturel de l'art. 501 est que le créancier sera admis à la délibération et au vote sur le concordat, comme aux autres, puisque le texte ne distingue pas ; — la loi a au contraire voulu déroger à l'article 508, par une raison d'équité manifeste : on ne peut pas refuser à ce créancier la qualité de chirographaire lorsque son hypothèque seule est contestée ; du moment qu'on lui dénie *provisoirement* la qualité d'hypothécaire, on doit provisoirement l'accepter comme chirographaire.

990. ❡. *Jusqu'à quel moment peut-on contester les créances ?* — 1er S. *Chaque créance ne peut être contestée que jusqu'au moment où elle a été affirmée* : — l'admission, suivie d'affirmation, forme un quasi-contrat judiciaire entre tous ceux qui ont pris part à la vérification : ceux qui étaient présents n'ont qu'à s'imputer de n'avoir pas élevé de contredit ; ceux qui n'y étaient pas ont été légalement représentés par les syndics. — 2e S. *Toute créance peut être contestée jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation* : — c'est seulement alors que se forme le quasi-contrat judiciaire (arg. a. 681). — 3e S. *Tant que la faillite n'est pas terminée* (1) : on ne peut établir une forclusion aussi grave sans une disposition bien claire ; or nulle part les articles de notre section ne parlent du prétendu contrat judiciaire qu'allèguent les deux premiers systèmes ; il n'y a pas dans la vérification un jugement proprement dit, et rien ne prouve surtout que la décision prise ait force de chose jugée *erga omnes* ; — l'art. 404 dit que les créances vérifiées peuvent être contestées ; aucun article ne dit que ce droit s'arrête après l'affirmation, ni après l'expiration du délai de l'art. 407.

Les divergences théoriques entre ces systèmes s'atténuent considérablement en pratique. En effet d'une part les partisans du troisième système doivent reconnaître que la procédure de vé-

rification et la facilité que chacun a eue de contredire les créances sont un fait grave, qui doit rendre les juges très réservés dans l'admission d'une contestation ultérieure. D'autre part la cour de cassation, en posant en principe le 1er système, y fait exception dans les cas suivants : — 1° en cas de fraude, ayant empêché l'appréciation ; — 2° en cas de découverte de moyens inconnus aux syndics ; — 3° en cas de double emploi ; — 4° si l'on a fait des réserves lors de l'admission ; — 5° dans le cas où un créancier aurait un droit personnel, pour lequel les syndics ne seraient pas ses représentants.

Il est certain que, si la créance avait été contestée en justice et qu'un jugement se fût prononcé, il y aurait autorité de chose jugée à l'égard de tous, du moins si les syndics avaient pris part à la contestation.

§ 2

Quotité pour laquelle chaque créancier figurera.

991. La question paraît très simple ; et, en effet, dans la plupart des cas, la vérification des créances aura donné la réponse : chaque créancier figurera pour la quotité de sa créance admise et affirmée ; et sur le montant de cette créance il obtiendra un dividende comme tous les autres.

Mais une difficulté spéciale s'élève dans le cas où le créancier a **plusieurs débiteurs** obligés au tout, comme un débiteur principal et une caution, ou plusieurs codébiteurs solidaires. Devra-t-il figurer dans la faillite de l'un d'eux pour la totalité de sa créance, lors même qu'il aurait reçu d'un autre un paiement partiel ; ou ne figurera-t-il que pour ce qui lui reste dû, avec la perspective de n'avoir sur cette somme qu'un dividende, et par conséquent avec la certitude de n'être pas intégralement payé? Le Code traite cette question à la section 1re du chapitre 7, intitulée : *des coobligés et des cautions* (art. 542-548).

Nous examinerons d'abord deux hypothèses sur lesquelles le Code s'exprime formellement ; nous verrons ensuite celles sur lesquelles il ne s'explique pas aussi clairement.

992. **1re hypothèse :** *Tous les coobligés sont en faillite* avant qu'aucun paiement ait été fait.

Le créancier peut, en principe, demander le tout à chaque coobligé; il pourra donc se faire inscrire pour le tout dans toutes les faillites. Mais, comme elles se liquideront successivement, après avoir figuré dans la première pour le tout et avoir reçu un dividende calculé sur la totalité, pour combien figurera-t il dans les autres? Soit un créancier de 100, avec trois codébiteurs solidaires; il s'inscrira dans toutes les faillites pour 100; si la première liquidée donne 50 %, il y touchera 50; mais alors figurera-t-il dans la seconde toujours pour 100, ou bien ne figurera-t-il que pour 50, ou même pour rien du tout? Cette question était très controversée dans notre ancien Droit. D'après le Code, a. 542, *ce créancier figurera pour le total primitif de sa créance*, sans toutefois pouvoir toucher plus que ce qui lui reste dû. On objecte que le premier paiement de 50 a libéré les autres débiteurs jusqu'à concurrence de cette somme (C. civ., art. 1200); qu'il n'est plus créancier que de 50; et qu'il ne peut pas figurer à la faillite pour 100, dût-il n'obtenir qu'un dividende de 50. — Cette solution serait en contradiction avec l'intention des parties : en stipulant la solidarité, on a voulu protéger le créancier contre l'insolvabilité individuelle de ses débiteurs en lui permettant de cumuler leurs solvabilités imparfaites; or, s'il ne figurait dans chaque faillite que pour ce qui lui reste dû, il serait certain qu'il n'obtiendrait jamais son paiement intégral. Supposons que chaque faillite donne 50 %; il touchera dans la 1re, 50; dans la 2e, 25; dans la 3e, 12, 50; dans la 4e, 6, 25, sans jamais arriver à recevoir tout ce qui lui reste dû. De plus la règle du Code peut très bien s'accorder avec les principes de la solidarité et du cautionnement : le créancier est devenu créancier du tout vis-à-vis de chacun de ses débiteurs; il peut donc demander à chacun le tout. Quelle est la limite que l'équité impose à son droit? Uniquement celle-ci : il ne doit pas, en définitive, *recevoir* plus que ce qui lui est dû. C'est ce que l'art. 1200, C. civ., veut exprimer en disant que le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres : il a raisonné *ex eo quod plerumque fit*; il a supposé un paiement intégral, paiement que le créancier peut

exiger (art. 1244, C. civ.). L'appliquer à un paiement partiel, c'est faire dire au législateur civil ce qu'il n'est pas certain qu'il ait voulu dire. Aucun texte ne nous empêche donc de suivre sur ce point les données de l'équité. Or, si le créancier a reçu volontairement un paiement partiel, on peut bien dire qu'il a librement consenti à ce qu'on lui appliquât l'art. 1200, et à ne plus être créancier que du surplus (v. n. 695). Mais, si la division du paiement n'est pas volontaire de sa part, l'art. 1200, C. civ., n'a plus d'application ; il reste seulement ceci : il ne peut pas *recevoir* plus que ce qui lui est encore dû ; mais il peut *demander* plus à l'effet de recevoir cela.

693. Le créancier peut ainsi figurer pour la valeur intégrale de son titre « *jusqu'à parfait paiement* ». Ces mots sont interprétés et complétés par l'art. 543, qui y comprend « *le principal et les accessoires* ». Ces accessoires sont les frais et les intérêts ; mais ceux-ci ne doivent être comptés que jusqu'au jugement déclaratif; il faut évidemmment combiner l'art. 543 avec l'art. 445.

Pour empêcher qu'il ne touche plus que ce qui lui est dû, d'abord on inscrit sur son titre la somme pour laquelle il est admis (art. 407) ; puis ensuite on y inscrit les dividendes qui lui sont payés (art. 569) ; de sorte que, devant présenter son titre pour en recevoir de nouveaux, il montrera en même temps ce qu'il a reçu.

694. *Droits des codébiteurs entre eux.* En principe, il n'y a aucun recours de masse à masse tant que le créancier n'est pas désintéressé (a. 543). En effet la créance figure dans chaque masse pour le tout au nom du créancier ; elle ne peut y figurer de nouveau au nom des coobligés ; cela serait injuste pour les autres créanciers, et d'autre part les coobligés ne peuvent se plaindre, car en promettant au créancier leur garantie solidaire, ils se sont précisément obligés à s'effacer devant lui pour qu'il puisse se faire payer, dans les cas où leur présence l'empêcherait d'exercer son droit pour le tout.

Au contraire il y a lieu à un recours lorsque le créancier, intégralement payé, laisse dans une masse un reliquat. Ce reliquat sera touché par ceux qui avaient cette masse pour garant (a. 543). Ainsi par exemple le débiteur principal et la caution

sont tous deux en faillite; la faillite de la caution a d'abord donné 50 °/₀, pris par le créancier ; puis la faillite du débiteur principal donne 70 p. °/₀, le créancier n'a plus à y prendre que 50 p. °/₀, il reste donc 20 °/₀ libres, qui seront pris par la masse de la caution exerçant son recours en garantie contre le débiteur principal.

Dans tous ces cas, si, après que tous les garantis sont désintéressés, il reste un excédant dans la dernière faillite, cet excédant profite aux créanciers de cette faillite.

995. **2e hypothèse :** *le créancier a reçu un paiement partiel d'un débiteur solvable, à un moment où tous les autres l'étaient aussi.* Le créancier ne sera plus créancier que du surplus, et, si tous ou quelques-uns de ses débiteurs tombent en faillite, il ne figurera plus que pour le surplus (a. 544). — Nous avons expliqué déjà cette solution en expliquant la précédente : en recevant volontairement un paiement partiel lorsque tous ses débiteurs sont solvables, il accepte la position que lui fait l'art. 1200 du C. civil ; le paiement fait par l'un libère définitivement les autres.

Le second alinéa de l'article 544 réserve le recours du coobligé pour tout ce qu'il a payé, bien entendu dans les limites où la garantie lui est due. En effet il est bien créancier du failli pour cette somme ; et ici l'on ne se heurte plus contre l'inconvénient de faire figurer deux fois la même créance dans la faillite ; car le créancier vient à cette faillite pour la part qui n'a pas été payée, le coobligé pour la part qui a été payée.

996. **3e hypothèse :** *le paiement partiel a été fait par un débiteur solvable, mais à un moment où d'autres coobligés étaient en faillite.*

Ce n'est plus directement l'hypothèse prévue par l'art. 544.

Mais nous appliquerons néanmoins la solution de cet article, car les raisons sont les mêmes : — le créancier a *volontairement* accepté ce paiement partiel, tandis qu'il aurait pu, en poursuivant ce débiteur solvable, obtenir un paiement total.

997. **4e hypothèse :** *le paiement a été fait par un débiteur en faillite pendant que d'autres étaient solvables, mais ceux-ci ou quelques-uns d'entre eux sont ensuite tombés en faillite.* Ce n'est pas l'hypothèse de l'art. 544, car cet article suppose le paiement fait

avant la faillite de celui qui paie. Ce n'est pas non plus celle de l'art. 542, car celui-ci suppose que *tous* les codébiteurs sont en faillite. Pourtant nous appliquerons par identité de raison la règle de l'art. 542; et nous dirons que, dans les nouvelles faillites, le créancier figurera toujours pour le montant intégral de sa créance: — ici, comme dans l'art. 542, l'acceptation d'un paiement partiel n'est pas volontaire de la part du créancier.

En résumé nous dirons: — toutes les fois que le paiement partiel est reçu *volontairement* d'un débiteur *in bonis*, il entre définitivement en déduction de la créance, quand même certains codébiteurs seraient déjà en faillite; — toutes les fois que ce paiement partiel est reçu *forcément* d'un débiteur en faillite, il laisse au créancier son action intégrale, quand même les codébiteurs ne tomberaient en faillite que plus tard.

SOUS-SECTION II

PRÉLÈVEMENT A FAIRE SUR LA MASSE.

Ces prélèvements sont de deux sortes. Ils proviennent, soit des revendications, soit de l'exercice des privilèges et hypothèques.

§ 1er

Revendications.

998. Le Code traite de la revendication au chap. X de notre titre; également au chap. VII, sect. 4, art. 557 et suiv.

L'exercice du droit de revendication suppose que certaines valeurs se trouvent entre les mains du failli sans qu'il en soit propriétaire; elles sont confondues en fait dans ses biens, mais n'appartiennent pas à la masse; leur propriétaire a droit de les reprendre. Ces revendications sont analogues aux demandes en distraction dans les saisies (C. pr. civ., art. 608, 725 et suiv.). Le revendiquant agit, non pas comme créancier prétendant à un droit de préférence, mais comme propriétaire.

Il y a beaucoup de cas de revendication dont la loi n'a rien dit, mais qu'elle n'a certainement pas voulu exclure. Tel serait le cas où des objets auraient été prêtés à usage, donnés en gage au failli; ils seraient revendiqués par le prêteur, ou par le débiteur après que celui-ci se serait acquitté. Il en serait de même des objets appartenant à ses commis demeurant chez lui, et aussi des corps certains qu'il aurait vendus à des tiers avant la période suspecte; les tiers, devenus propriétaires par le contrat, pourraient les revendiquer. De même des objets qui lui auraient été loués.

Nous avons, avec la loi, à examiner trois cas plus spécialement: — 1° Revendication d'objets déposés ou consignés; — 2° Revendication du vendeur de meubles; — 3° Revendication de la femme du failli.

I. — **Revendication d'objets déposés ou consignés.**

999. Ce droit existe d'une manière générale pour le déposant resté propriétaire, pourvu seulement qu'il puisse démontrer l'identité des objets qu'il revendique.

Nous nous occuperons spécialement, avec la loi: — 1° de la revendication des effets de circulation; — 2° de la revendication des marchandises déposées; — 3° de la revendication du prix de ces marchandises.

1000. 1° *Revendication des* **effets de circulation.** L'art. 574 l'admet lorsque la remise de ces valeurs n'a été faite au failli qu'à titre de dépôt avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à la disposition de leur propriétaire, ou lorsqu'elles auront été de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés.

C'est le revendiquant qui devra prouver que la remise a été faite sans l'intention d'en transférer la propriété, mais pour un usage déterminé.

Il faut que les effets se retrouvent « *dans le portefeuille du failli* » (a. 574); ou de ses commis ou préposés, chargés du recouvrement.

1001. Ce que la loi dit des effets de commerce, il faudra le dire des **titres au porteur**; ils pourront être revendiqués dans les mêmes conditions, pourvu qu'on puisse prouver leur identité.

Mais l'art. 574 serait inapplicable aux **billets de banque**, même affectés à un paiement déterminé parce qu'ils n'ont pas d'existence distincte, pas plus que la monnaie ; à moins que, renfermés sous une enveloppe spéciale et cachetée, ils ne constituent un dépôt régulier.

1002. 2° *Revendication des* **marchandises déposées** (a. 575, 1er al.).

On appelle proprement *dépôt* la remise sans mandat de vendre, au moins actuellement ; et *consignation*, la remise avec mandat de vendre. Celle-ci donne lieu, comme le dépôt proprement dit, à la revendication (a. 575, 1er al.).

Il faut que les marchandises *existent en nature ;* car alors seulement il y a sur elles un véritable droit de propriété.

1003. 3° *Revendication* **du prix de vente** *des marchandises déposées ou consignées entre les mains du failli* (a. 575, 2e al.). En ce cas de consignation, le droit de revendication sur le prix est l'application des règles du contrat de commission (v. n. 532) : sans doute, dans les rapports du commissionnaire vendeur avec l'acheteur, c'est le commissionnaire qui devient créancier du prix ; mais, du moment que l'acheteur est désintéressé dans la question (et il n'a aucun intérêt à payer à l'un plutôt qu'à l'autre), le commettant est le vrai créancier du prix, et cette créance ne fait pas partie de la masse de la faillite du commissionnaire.

S'il y avait eu simple dépôt des marchandises sans mandat de vendre et que le dépositaire les eût néanmoins vendues, le déposant aurait le droit de les revendiquer contre l'acquéreur, si celui-ci était de mauvaise foi (C. civ., art. 2279). Autrement, il aurait un simple droit de revendication sur le prix, si celui-ci a encore une existence distincte.

Si le commissionnaire ou dépositaire failli a reçu le prix, la créance est éteinte ; le prix est confondu dans les biens du failli, et le commettant n'est plus qu'un créancier ordinaire du failli. — L'art. 575, 2e al., indique comme équivalant au paiement le *règlement en valeurs*, c'est-à-dire le paiement en effets de commerce, qui est considéré dans la pratique comme un véritable paiement, et auquel nous assimilerons, par la même raison, un bon de caisse sur un banquier, ou un chèque.

Le même alinéa indique encore la *compensation en compte courant*. On pourrait l'entendre en ce sens que la revendication devient impossible dès que la créance a été portée au compte courant, lors même qu'elle ne serait pas compensée par un crédit inverse; mais en 1838, on a substitué le mot *compensé* au mot *passé*, avec l'intention certaine de ne plus se contenter d'une simple inscription de la créance dans le compte, mais d'exiger qu'elle ait été compensée par un crédit inverse ; cette solution est en effet plus conforme aux principes du contrat de commission, combinés avec ceux du compte courant.

1004. Dans les trois cas dont nous venons de parler, pour que la revendication soit perdue, il faut que le paiement ou les faits équivalents aient eu lieu avant la faillite, c'est-à-dire avant le jugement déclaratif; car c'est à ce moment que les situations sont fixées. Si les syndics ou le failli ont reçu la somme après la faillite, ils en sont débiteurs envers le déposant, car ils l'ont reçue, non pour la masse, mais comme gérants d'affaires du déposant.

II. — **Revendication du vendeur de meubles.**

1005. En droit civil, le vendeur d'effets mobiliers a quatre droits pour garantir sa créance du prix : — 1° *droit de rétention* (C. civ., art. 1612, 1613), droit de retenir la possession de l'objet vendu jusqu'au paiement du prix ; — 2° *droit de revendication de la possession* ; droit de reprendre cette possession dans un délai très court lorsqu'il s'en est dessaisi sans suivre la foi de l'acheteur (C. civ., art. 2102, 4° ; c'est du moins ainsi que nous entendons cette disposition dont le sens est très discuté en droit civil) ; — 3° *privilège* (Code civ., art. 2102, 4°) ; droit, en maintenant la vente, de saisir et de faire vendre l'objet vendu, pour se payer sur le prix; — 4° *droit de résolution* (C. civ., art. 1654 et 1184); droit de faire résoudre le contrat et de reprendre l'objet vendu comme s'il n'avait jamais cessé d'en être propriétaire ; par conséquent, droit d'en *revendiquer la propriété*.

De ces quatre droits, deux ne peuvent soulever aucune difficulté en cas de faillite. Le *privilège* (3° *suprà*) est formellement exclu par l'art. 559, dern. al. (L. 12 févr. 1872). — Le *droit de rétention* (1° *suprà*) est formellement consacré par l'art. 577.

Il n'y a de difficulté que pour le 2° et le 4° ci-dessus : le droit de *revendication de la possesssion*, et le droit de *résolution*, qui revient à la *revendication de la propriété*. De ces deux droits, l'un est supprimé par l'art. 550, dern. al., parlant du droit de revendication établi par le n° 4 de l'art. 2102, C. civ. ; l'autre est restreint par l'art. 576 (v. cet art.). Mais on discute pour savoir auquel des deux s'applique l'art. 550, auquel l'art. 576.

1er S. *L'art. 576 vise une revendication de la possession*; alors le droit de résolution est complètement supprimé par l'art. 550 : — pour démontrer que l'art. 550 se réfère au droit de résolution, ce système se fonde, soit sur ce que, dans une certaine opinion, l'art. 2102, 4°, C. civ., auquel renvoie cet art. 550, s'occupe du droit de résolution ; soit sur ce qu'il serait absurde que l'art. 550, supprimant le privilège, conservât le droit de résolution qui est plus grave (l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 est fondé sur ce motif) ; — pour démontrer directement que l'art. 576 se réfère à la revendication de la possession, qu'il n'est qu'une conséquence du droit de rétention, on argumente de ce que l'art. 577, tout voisin, parle du droit de rétention ; — enfin l'art. 578, permettant aux syndics d'exiger l'exécution de la vente, montre bien que celle-ci n'est pas résolue d'après l'art. 576. — 2e S. *L'art. 570 vise l'exercice du droit de résolution* (1) ; alors c'est la revendication de la possession qu'a supprimée l'art. 550 : — tous les articles qui précèdent l'art. 576 parlant de la revendication de la propriété, comme nous venons de le voir dans notre 1re division, n. 999-1004, il serait bien singulier que ce mot dût être pris ici dans un autre sens ; cette raison, tirée du contexte de la loi, nous paraît décisive à elle seule ; — mais, de plus, l'art. 576, 3e al., oblige à restituer les avances reçues, ce qui montre bien que la vente est résolue ; car, s'il s'agissait d'un droit de rétention, le vendeur aurait le droit de retenir à la fois la chose et les acomptes reçus jusqu'à parfait paiement ; — quant à l'art. 578, il est fondé uniquement sur le principe que la résolution n'a pas lieu de plein droit (C. civ., art. 1184) ; l'acheteur est toujours maître de l'arrêter en payant son prix ; — le sens à donner à l'art. 550 ne saurait être douteux, si l'on admet, comme nous le faisons sans hésiter (quoique nous ne

puissions discuter ici la question), que l'art. 2102, 4°, C. civ., se réfère uniquement à une revendication de la possession ; — on objecte qu'il est absurde de conserver le droit de résolution qui est plus grave, lorsqu'on supprime le privilége qui est moins grave, et l'on invoque par analogie l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 ; nous répondons que ce n'est certainement pas cette idée qui a inspiré le législateur commercial de 1807 ou de 1838, puisqu'elle n'a fait son apparition formelle dans nos lois qu'en 1855, et que, même actuellement, elle n'est posée nulle part comme un principe général en dehors du cas spécial de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 ; — enfin, c'est dans le sens du second système que l'art. 576 a été entendu par M. Tripier dans les travaux préparatoires de la L. de 1838, qui a refondu tout notre titre.

1006. Voyons maintenant les **conditions** *exigées par l'art.* 576 *pour l'exercice de cette revendication.*

En principe, il faut *que les marchandises ne soient pas livrées dans les magasins de l'acheteur ou du commissionnaire chargé de les vendre.* C'est une restriction au droit commun, puisque en général la revendication est possible tant que les objets mobiliers n'ont pas été vendus et livrés à un second acheteur de bonne foi (C. civ., art. 2279). Cette dérogation au droit commun s'explique surtout parce que l'acheteur a pu obtenir du crédit en présentant des marchandises dans ses magasins, et ses créanciers seraient lésés en voyant surgir la revendication du vendeur.

D'après l'article 576 le droit de revendication est éteint par la livraison des marchandises *dans les magasins* de l'acheteur. — Nous en conclurons d'abord qu'il ne suffirait pas d'une livraison faite à l'acheteur personnellement. — Nous déciderons aussi qu'il ne suffirait pas des traditions feintes dont parle l'art. 1606, C. civ. ; notamment de la remise des clés du magasin du vendeur où se trouvent les marchandises ; encore moins de l'apposition de la marque de l'acheteur.

1007. La livraison dans les magasins de l'acheteur doit avoir eu lieu avant le jugement déclaratif de faillite. C'est toujours à ce moment que la loi se place pour fixer tous les droits.

La revendication est encore arrêtée par la livraison dans les *magasins d'un commissionnaire*, pourvu que celui-ci fût *chargé de les vendre* (art. 576, 1er al.) : parce qu'alors les mêmes motifs s'appliquent.

1008. L'art. 576, 2e al., fait cesser encore le droit de revendication même *avant l'arrivée des marchandises*, lorsqu'elles *ont été revendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur*. Cet alinéa se rapproche du droit commun, parce qu'il suppose un fait plus fort que l'arrivée des marchandises chez l'acheteur : c'est leur revente suivie de tradition. Dès lors, il y a lieu d'appliquer, en faveur du nouvel acquéreur de bonne foi (la loi a soin de dire *sans fraude*), la règle : *en fait de meubles possession vaut titre* (C. civ., art. 2279).

Mais l'article exige, pour cela, que la vente ait été faite avec facture et connaissement, ou avec facture et lettre de voiture. La facture constate la première transmission de la propriété ; le connaissement ou la lettre de voiture a fourni le moyen de transférer au sous-acheteur la possession des marchandises avant leur arrivée, ainsi que nous l'avons plusieurs fois expliqué.

En cela notre alinéa paraît plus exigeant que le 1er alinéa d'une part, et l'art. 2279, C. civ., d'autre part. Si, en effet, la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture équivaut à la possession réelle des marchandises, comme il est impossible d'en douter en présence de l'art. 92, 2e al., il semble qu'on aurait dû dire que l'acheteur failli, par cela seul qu'il est nanti lui-même du connaissement ou de la lettre de voiture, est en possession des marchandises, et que le droit de revendication doit cesser en vertu de l'art. 576, 1er al. Il semble surtout que, s'il a revendu et transmis le connaissement ou la lettre de voiture au sous-acheteur, celui-ci, mis en possession, doit immédiatement pouvoir invoquer l'art. 2279, C. civ., s'il est de bonne foi, et se trouver à l'abri de la revendication, lors même qu'on ne lui aurait pas transmis simultanément la facture. — Nous pensons qu'on peut expliquer notre second alinéa par une idée très simple et très rationnelle : c'est que la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture n'équivaut pas complètement, au point de vue qui nous occupe, à la possession

même des marchandises. Ce n'est qu'une possession fictive et non une possession réelle (cf. n. 1006); et cette possession fictive ne peut pas en fait donner aux tiers la même sécurité que la possession réelle. Car on doit toujours se demander si ces titres ne sont pas faux; si leurs signatures sont vraies, ainsi que celles des endossements; si ceux qui ont signé n'ont pas combiné une fraude avec le porteur; si les marchandises existent bien réellement et sont en cours d'expédition. et enfin si le porteur, à supposer qu'il soit bien le destinataire, a droit d'en disposer. Le législateur a donc très bien pu, se contentant de la possession fictive pour la validité de la constitution du gage (art. 92, 2e al.), ne pas s'en contenter au point de vue qui nous occupe.

Il faut que les deux titres soient *signés par l'expéditeur*, pour que l'identité de signature prouve que le connaissement ou la lettre de voiture se réfère bien aux marchandises qui ont été vendues. De plus, la facture, non revêtue ou non accompagnée de l'acquit du vendeur, révèle au sous-acheteur que le prix n'en a pas été payé; donc, pour rendre celui-ci acquéreur de bonne foi, il faut un fait de nature à le convaincre que le vendeur a renoncé, du moins implicitement, à exercer contre les tiers son droit de résolution et de revendication; la loi interprète dans le sens de cette renonciation implicite la signature mise par le vendeur sur le connaissement ou la lettre de voiture.

1009. Dans tous les cas où il revendique, le vendeur doit prouver l'*identité* des marchandises qu'il réclame avec celles qu'il a livrées. Notre article 576 n'exige pas formellement que les marchandises existent en nature, comme l'art. 575. On devrait donc admettre suivant nous la revendication, lors même que les marchandises auraient subi une certaine altération, si leur identité est parfaitement certaine.

1010. Le 3e alinéa oblige le vendeur qui revendique à rembourser les acomptes par lui reçus. Cette obligation s'explique bien si l'on admet qu'il y a résolution de la vente, car ces parties du prix seraient sans cause entre ses mains. Elle ne pourrait plus s'expliquer si l'on ne voyait dans la revendication que l'exercice du droit de rétention; c'est pour cela que nous avons

écarté cette dernière théorie. — Le remboursement des frais de transport, commission, assurance, est très sévère pour le vendeur; car ces frais ont été faits dans l'intérêt de l'acheteur, et c'est celui-ci qui par sa faute les a rendus inutiles. Le législateur a appliqué ici maladroitement une règle donnée pour les revendications dont il est question à l'art. 575.

La résolution pour non paiement du prix n'a pas lieu de plein droit (C. civ., art. 1184, 1654); le débiteur peut toujours l'empêcher en exécutant. C'est ce qu'applique l'art. 578 en laissant l'option aux syndics.

1011. D'après l'art. 579, « Les syndics pourront, avec l'approbation du juge-commissaire, admettre les demandes en revendication : s'il y a contestation, le tribunal prononcera après avoir entendu le juge commissaire. »

III. — Revendication de la femme du failli.

1012. Sous tous les régimes de mariage, excepté sous celui de la séparation de biens, il y a des biens de la femme qui se trouvent entre les mains du mari, mais qui continuent à appartenir en propriété à la femme, parce que le mari en a tout au plus l'administration et la jouissance. Evidemment ces biens ne forment pas le gage des créanciers du mari; la femme a le droit de les revendiquer comme propriétaire.

Elle a le droit de le faire sans être obligée pour cela de demander la séparation de biens; car elle a un droit absolu à soustraire sa fortune propre aux créanciers de son mari et à empêcher qu'elle ne soit englobée dans la faillite. Une fois la distinction faite, rien ne lui défend de laisser à son mari la gestion de cette fortune dans les termes ds leur contrat de mariage, si elle a confiance en lui. Aussi nos art. 557 et suiv. parlent-ils tous des droits de la femme sans dire un mot de la séparation de biens.

Mais la loi craint à juste titre que des fraudes ne soient organisées pour enlever par ce moyen aux créanciers une partie de l'actif du mari en le mettant sous le nom de la femme. Aussi elle se montre très rigoureuse pour la preuve de la propriété de la femme. — L'art. 559 pose, comme principe général, la présomption légale « que les biens acquis par la femme du failli

appartiennent à son mari, ont été payés de ses dettes, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire.» Cet article ne parle en propres termes que des biens acquis pendant le mariage; mais l'ensemble des autres articles de la section prouve que la même présomption existe pour les biens que l'on prétendrait avoir appartenu à la femme avant le mariage, et la preuve contraire est même enfermée souvent dans des rigueurs spéciales.

1013. 1° *Pour les meubles.* En droit commun (C. civ., art. 1415 et 1504) la femme peut faire preuve de la consistance du mobilier à elle échu pendant le mariage par tous les moyens, même par la commune renommée, parce que c'est le mari qui a dû faire inventaire. Mais, si elle est en conflit avec les créanciers de la faillite, elle doit prouver par un inventaire ou un *acte authentique* (a. 560). L'*inventaire* sera le moyen le plus usuel; un *autre acte authentique* pourrait être, par exemple, l'état estimatif exigé pour les donations de meubles par l'art. 948, C. civ.

Faute d'acte authentique, la femme perd le droit de revendiquer, les meubles sont acquis à la masse (a. 560); mais elle est toujours au moins créancière de ces mêmes valeurs, conformément aux actes sous seing privé qu'elle produira; car on ne peut exiger d'elle, comme créancière, ce qu'on n'exige pas des autres créanciers.

L'art. 560 ne parle que des acquisitions à titre gratuit. Pour les acquisitions de meubles à titre onéreux, il faudrait au moins exiger un acte ayant date certaine : car il résulte de nos articles que la masse est ici un tiers, ayant des droits opposés à ceux du failli. — Q. *Mais faudra-t-il un acte authentique?* Nous ne l'exigerions pas, parce qu'il ne faut pas ajouter aux exigences de la loi qui sont rigoureuses, et parce que le Code ne vise notre cas, ni dans l'art. 560 spécial aux acquisitions à titre gratuit, ni dans l'art. 558 spécial aux immeubles.

1014. 2° *Pour les immeubles.* La loi se contente des modes de preuve de droit commun (a. 557), parce que l'origine des immeubles est plus facile à constater et à contrôler. — Elle exige seulement des conditions particulières en cas d'**emploi** en immeubles d'une somme propre (a. 558); 1° Constatation

de l'origine des deniers par acte authentique (cf. art. 560) ; 2° déclaration d'emploi dans l'acte d'acquisition de l'immeuble.

L'article vise l'emploi des sommes advenues par succession ou donation. Il ne parle pas formellement de l'*emploi* de *sommes dotales*, appartenant à la femme dès le mariage. Mais il faut évidemment l'appliquer puisqu'il y a analogie complète. L'acte authentique prouvant l'origine des deniers sera en général le contrat de mariage ou l'inventaire y annexé. Mais il ne sera pas nécessaire que le reçu du mari soit authentique.

Si l'argent ainsi employé vient d'économies faites par la femme sur les revenus, que son contrat de mariage laissait à sa disposition, il faut encore en principe appliquer l'article 558; mais il sera impossible de remplir la première condition, de constater authentiquement l'origine de ces deniers. Nous admettons néanmoins que la femme pourra revendiquer l'immeuble acquis avec ces deniers ; seulement le juge devra être très rigoureux pour la preuve : — la loi n'a pas prévu notre hypothèse ; c'est donc seulement par analogie qu'il faut appliquer l'esprit de l'art. 558; or il ne faut pas appliquer l'analogie de manière à rendre impossible une opération que la loi n'a pas formellement condamnée, qu'elle doit au contraire favoriser.

Enfin l'art. 558 doit encore être appliqué, toujours par raison d'analogie complète, au **remploi** de deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble de la femme; cette aliénation devra avoir eu lieu par acte authentique de même que la nouvelle acquisition.

Mais nous ne l'appliquerons pas à l'*échange* d'un immeuble contre un immeuble, parce qu'il n'y a jamais eu entre les mains du mari des deniers dont la provenance est toujours suspecte au législateur, et que d'ailleurs l'échange se faisant en un seul acte laisse beaucoup moins place au soupçon; l'article n'ayant pas parlé de cette hypothèse, on ne peut l'y étendre, puisqu'il n'y a pas analogie complète.

1015. La revendication doit évidemment respecter les droits acquis par des tiers sur les immeubles du chef de la femme, v. l'art. 561.

1016. Il y a **suppression complète** de tout droit de la

femme sur les biens donnés par son mari dans le contrat de mariage (a. 564). — La loi a craint une fraude trop facile; et d'ailleurs elle supprime aussi les droits réciproques que le mari aurait pu invoquer.

Mais cette présomption de fraude est très hardie, et elle ne peut se supposer que si les parties ont pu prévoir la faillite. Aussi il faut, aux termes de l'article 564, que le mari fût commerçant lors du mariage, ou qu'on pût prévoir qu'il le deviendrait bientôt; et la loi présume cette prévision à une double condition, non seulement qu'il soit devenu commerçant dans l'année, mais encore qu'il n'eût, lors du mariage, aucune profession déterminée. S'il avait une autre profession, fût-il devenu commerçant dans l'année, l'article ne s'appliquerait pas.

§ 2

Exercice des privilèges et hypothèques.

Deux divisions : — 1° quels sont les créanciers privilégiés ou hypothécaires; — 2° comment s'exercent leurs droits.

I. — **Quels sont les créanciers privilégiés ou hypothécaires.**

1017. Nous n'avons à indiquer ici que les modifications apportées par la faillite aux règles du droit commun, telles qu'elles sont établies par les art. 2101 et suiv., C. civ.

Parmi les privilèges généraux : — Nous trouvons une addition à l'art. 2101, 4°, ou plutôt une application (qui aurait pu être discutable) du mot *gens de service*, avec quelques modifications. C'est le **privilège des commis et ouvriers** (a. 549). V. ce que nous en avons déjà dit, ci-dessus n°s 67 et suiv. — Parmi les *ouvriers*, il faudra comprendre, même les *chefs ouvriers* ou chefs d'atelier qui sont habituellement payés de la même façon (v. n. 70).

Le mot *commis* comprend seulement les employés ayant une attache fixe à une certaine maison; mais non ceux qui en représentent à la fois plusieurs (v. ci-dessus, n. 513). Nous y avons

compris les acteurs dans leurs rapports avec le directeur du théâtre (v. n. 46).

Le *salaire*, que la loi déclare privilégié doit comprendre les autres sommes promises au même titre ou comme complément des salaires; telles que les frais de déplacement, etc., ou le tant p. °/° promis sur les ventes faites.

Il y a une différence avec l'art. 2101, 4° ; le temps pour lequel les salaires dus sont privilégiés est plus court : au lieu d'être d'un an et l'année courante, il n'est que d'un mois pour les ouvriers, et de six mois pour les commis : c'est qu'on a l'habitude de payer plus fréquemment ces auxiliaires, et les ouvriers plus fréquemment que les commis ; les premiers se paient ordinairement à la semaine ou à la quinzaine, les seconds au mois. Il y aurait surprise pour les créanciers si on laissait accumuler plus longtemps ces salaires.

1018. *Parmi les privilèges spéciaux sur les meubles.* **Suppression du privilège du vendeur :** V. art. 550, dern. al. (L. 12 fév. 1872; n. 1005). Cette disposition ne s'applique pas aux fournisseurs du failli, privilégiés en vertu de l'art. 2101, 5°, et non de l'art. 2102, 4°.

1019. **Restriction au privilège du bailleur** des lieux occupés par le failli. V. ci-dessus l'art. 550 modifié par la L. 12 fév. 1872 (n. 930 et suiv).

1020. *Parmi les hypothèques.* Il peut se faire que certaines hypothèques légales ou judiciaires ou conventionnelles se trouvent supprimées par application des art. 446 et suiv., comme consenties ou inscrites dans l'une des périodes où leur constitution ou leur inscription sont frappées de nullité. — Les hypothèques légales, dispensées d'inscription ne sont nullement atteintes par ces dispositions. Mais le législateur s'est armé de sévérités spéciales contre l'hypothèque de la femme (art. 563).

1021. **Restrictions à l'hypothèque légale de la femme du failli.** Ces restrictions complètent celles qui sont mises à son droit de revendication. — Elles n'ont lieu que si la femme a pu s'y attendre, c'est-à-dire si le mari était commerçant lors du mariage, ou si, n'ayant pas alors de profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année du mariage (a. 563).

Il y a deux ordres de restrictions : — 1° quant à l'assiette de l'hypothèque, c'est-à-dire quant aux biens qui peuvent en être grevés ; — 2° quant aux créances garanties par l'hypothèque.

1022. 1° *Restrictions quant à l'assiette de l'hypothèque.* La loi soustrait à l'hypothèque de la femme tous les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage (a. 563, 1er al.). Elle présume qu'ils ont été acquis avec l'argent des créanciers, pour sauver la dot ; c'est une présomption analogue à celle de l'art. 559 (v. n. 1012). Cette présomption est une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire.

Restent soumis à l'hypothèque de la femme (a. 563. 1er al.) :

A. Les immeubles appartenant au mari avant le mariage. — Nous ajouterons ceux qui auront été acquis en échange; sauf s'il y avait une soulte quelque peu considérable ; alors l'immeuble acquis ne serait hypothéqué que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble primitif.

q. Quid *des améliorations et constructions faites sur l'immeuble du mari?* v. notre *Cours*.

B. Les immeubles acquis par donation. — S'il y avait fraude, elle sera ordinairement facile à prouver, et ce déguisement exposant l'acheteur au rapport et à la réduction vis-vis des héritiers du donateur, n'est pas bien à craindre.

C. Les immeubles acquis par succession ou legs. — Si l'on craignait une collusion entre le mari et ses cohéritiers pour mettre au lot du mari des immeubles plutôt que des meubles, les créanciers du mari peuvent toujours intervenir au partage pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits (C. civ., art. 882).

1023. 2° *Restriction quant aux créances garanties.*

L'art. 563, 2e al., établit deux différences avec les règles de l'art. 1235, C. civ. : — 1° Il n'y a pas d'hypothèque pour les conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les *avantages* faits dans le contrat de mariage. Nous avons déjà vu que l'art. 564 refuse à la femme même une action chirographaire pour ces avantages; à charge de réciprocité. — 2° Les autres créances doivent être établies par un acte *ayant date certaine* (cf. 1415, 1504, 1569). C'est que la

masse est ici un tiers, et que la loi lui a donné d'autres droits qu'au failli lui-même.

Remarquons que, faute de date certaine, l'art. 563 n'enlève que l'hypothèque de la femme ; il la laisse créancière chirographaire, si elle fait preuve dans les termes du droit commun. En effet, elle est à cet égard comme les autres créanciers chirographaires à qui on ne demande pas un titre ayant date certaine. Elle pourrait même, comme chirographaire, invoquer, si elle est dotale, la présomption de l'art. 1569, C. civ. — Enfin pour les dettes que la femme a payées pour son mari, la loi lui refuse même l'action chirographaire si elle ne prouve pas directement qu'elle l'a fait de ses propres deniers (a. 562).

1024. Les restrictions aux droits de la femme, soit à son droit de revendication, soit à son hypothèque, sont établies évidemment au profit de la masse de la faillite de son mari. C'est par l'intérêt de cette masse que nous les avons expliquées. — Q. *Peuvent-elles être invoquées par d'autres dans leur intérêt personnel?* La jurisprudence l'admet parce que nos articles 557 et suivants ne distinguent pas. Mais nous ne saurions l'admettre : — si le texte est muet, l'esprit de la loi est bien évident ; c'est dans l'intérêt seul de la masse, parce qu'il y a faillite, que ces restrictions sont faites ; — d'ailleurs la rubrique du chap. VII, dans lequel se trouvent nos articles, porte : des différentes espèces de créanciers et de leurs droits *en cas de faillite ;* c'est donc la faillite qui est la seule cause de nos dispositions ; — enfin il y a une analogie complète entre nos articles et l'art. 446 ; or celui-ci porte expressément que la nullité n'a lieu qu'à l'égard de la masse (v. n. 942).

II. — **Comment s'exercent les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires** (v. au Code, chap. 7, sect. 2 et 3).

Il faut distinguer parmi eux trois catégories :

1025. 1° *Créanciers privilégiés généraux*. Ils sont payés, avec l'autorisation du juge-commissaire, sur les premiers deniers rentrés (a. 551). Quoique l'article ne le dise pas formellement, il entend évidemment parler des créanciers « se prétendant privilégiés » sur la *généralité* des meubles.

2° *Créanciers privilégiés spéciaux sur les meubles.*

Le code, dans les art. 546 et suiv., ne parle que des créanciers *nantis d'un gage*. Mais il faut remarquer que, une fois le privilège du vendeur supprimé par l'art. 550, dern. al., tous les créanciers à privilège spécial sur les meubles ont des droits fondés sur un gage exprès ou tacite ; à l'exception du conservateur de la chose (C. civ., art. 2103, 3°). Evidemment il faut appliquer à ce dernier les mêmes règles qu'aux autres.

L'art. 546 déclare qu'ils ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire. La loi suppose évidemment que leur gage est suffisant; sans cela, ils seraient chirographaires pour le surplus (art. 548).

« Les syndics pourront, à toute époque, avec l'autorisation du juge-commissaire, retirer les gages au profit de la faillite, en remboursant la dette » (a. 547). La masse y aura intérêt, si le gage vaut plus que le montant de la créance.

L'article 548 suppose que le gage est vendu par le créancier. Il lui reconnaît évidemment le droit de le faire vendre quand il veut. Si le prix de vente du gage excède la créance, *le surplus sera recouvré par les syndics* (a. 548). Le Code entend par là que les syndics toucheront directement ce surplus de l'adjudicataire du meuble vendu; leur droit ne se bornera pas à le recouvrer contre le créancier, après que celui-ci aurait touché le tout; car alors ils courraient les risques de l'insolvabilité de ce créancier. — V. au surplus notre n. 924.

1026. 3° *Créanciers privilégiés spéciaux sur les immeubles et créanciers hypothécaires.*

Quoique privilégiés ou hypothécaires, ils restent toujours chirographaires ; si donc leur sûreté spéciale est insuffisante pour les payer, ils figureront comme chirographaires pour le surplus et auront droit à un dividende proportionnel à ce surplus. C'est ce qu'applique l'art. 552 dans l'hypothèse la plus simple où le prix de l'immeuble a été distribué avant la répartition des deniers chirographaires.

L'art. 556 applique la même idée aux créanciers qui ne viennent pas du tout en ordre utile; ils figurent dans la masse pour la totalité de leurs créances.

La liquidation des droits des créanciers hypothécaires est plus délicate lorsque les distributions de deniers ont lieu avant la répartition du prix des immeubles hypothéqués. La loi veut que leur situation soit réglée comme elle l'aurait été si l'on avait procédé dans l'ordre inverse : elle considère en effet qu'ils doivent normalement se faire payer d'abord sur les biens hypothéqués; l'a. 2009 C. civ. leur défend de saisir les autres biens de leur débiteur tant que l'insuffisance des immeubles hypothéqués n'est pas établie. — Sans doute lors des répartitions de deniers, ils toucheront un dividende, proportionnel à la totalité de leurs créances (a. 553). Mais, lorsqu'on répartira le prix des immeubles, ceux qui viennent en ordre utile pour toute leur créance ne pourront évidemment toucher plus qu'il ne leur reste dû (a. 554, 1er al.). Ils laisseront donc sur leur collocation une somme égale à celle qu'ils ont touchée dans la masse chirographaire. Mais cette somme qu'ils laissent ne doit pas profiter aux créanciers hypothécaires postérieurs, qui bénéficieraient ainsi du hasard qui a retardé la distribution du prix des immeubles après les distributions des deniers chirographaires. Cette somme est reversée dans la masse chirographaire (a. 554, 2e al.). Les créanciers hypothécaires postérieurs ne peuvent pas se plaindre, car ils ont exactement le rang qu'ils auraient eu si les premiers s'étaient fait payer intégralement avant eux, comme c'était leur droit.

A l'égard des créanciers hypothécaires qui ne sont colloqués que partiellement dans la distribution du prix des immeubles, le Code suit toujours la même idée : il règle leur situation, comme si le prix des immeubles avait été partagé d'abord, et qu'ils ne se fussent présentés comme chirographaires que pour le surplus impayé de leurs créances (a. 555).

APPENDICE AU CHAPITRE II.

CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.

V. au Code, ch. 6, sect. 3.

1027. L'insuffisance de deniers nécessaires pour faire les frais

des opérations de la faillite arrête ces opérations à quelque moment qu'elle se produise, avant que la faillite ait reçu une solution, et le tribunal de commerce, sur le rapport du juge-commissaire, prononce, même d'office, la clôture des opérations de la faillite (a. 527, 1er al.). — Le trésor public avance bien les premiers frais (art. 461); mais il ne le fait qu'autant qu'il y a espoir que la faillite pourra le rembourser. En tous cas, il ne peut continuer indéfiniment ces avances sans espoir d'être remboursé. Les créanciers pourraient, s'ils le voulaient, avancer ces frais, mais on ne peut leur imposer ce sacrifice, même avec l'assentiment de la majorité.

1028. **Effets de la clôture pour insuffisance d'actif.**

« Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli » (a. 527, 2e al.).

Les créanciers reprennent le droit de poursuite sur les biens, s'ils peuvent en découvrir. La loi veut que, si un créancier parvient à trouver quelque valeur saisissable, il puisse immédiatement la faire mettre sous la main de la justice sans être obligé de prévenir les syndics et de les décider à agir, ce qui laisserait peut-être le temps de faire disparaître cette valeur.

Q. *Les créanciers qui auront saisi quelque bien en garderont-ils pour eux la valeur?* — Il semble au premier abord que cela soit leur droit, puisque la loi leur rend la faculté d'exécution. — Mais nous ne l'admettrons pas : — le but de la loi est de permettre au premier venu de sauver le gage commun par une poursuite immédiate; — mais le dessaisissement subsiste toujours avec ses effets, et le vœu d'égalité entre tous les créanciers; — ce qui le démontre, c'est que tout intéressé peut, en prouvant que des fonds existent, *faire rapporter* le jugement (a. 528); c'est bien dire que le jugement est censé non avenu, que, la clôture étant effacée, tous les droits résultant de la faillite seront rouverts rétroactivement; — de plus, on rembourse les frais des poursuites à celui qui les a faites (art. 528, 2e al.); c'est évidemment qu'il ne garde pas le bénéfice de ces poursuites.

Malgré la reprise des poursuites individuelles, les autres

effets de la faillite subsistent, surtout le *dessaisissement* avec tous ses effets.

Les pouvoirs des syndics ne sont pas révoqués; et ils peuvent intervenir dans toutes les instances pour assurer l'égalité entre les créanciers.

CHAPITRE III.

SOLUTIONS DE LA FAILLITE.

1029. Trois solutions sont possibles d'après le Code : — 1° le concordat; — 2° le concordat par abandon; — 3° l'union. — Il peut encore intervenir un concordat amiable par l'accord de toutes les parties; nous en traiterons comme appendice aux deux premières sections.

SECTION PREMIÈRE.

DU CONCORDAT.

1030. Nous donnons, avec le Code, la priorité à cette solution, parce que c'est seulement en la rejetant que les créanciers arrivent à l'union. — V. au Code, ch. VI, sect. 1 et 2.

Le concordat est *un traité par lequel les créanciers remettent le failli à la tête de ses affaires en lui accordant des facilités de paiement, et même, très ordinairement, des remises.* — Ces sacrifices sont nécessaires si l'on veut remettre le failli à la tête de ses affaires, puisque la cessation des paiements a montré que, si tout restait en l'état, le failli ne pouvait plus marcher. — C'est l'intérêt même des créanciers de les consentir, s'ils ont confiance dans le failli; car ils ont ainsi l'espoir d'obtenir un dividende plus fort que s'ils se mettaient en état d'union.

Trois paragraphes : — 1° formation du concordat; — 2° effets du concordat; — 3° annulation et résolution du concordat.

§ 1er

Formation du concordat.

1031. Convocation des créanciers et du failli.

La loi, qui veut accélérer autant que possible les opérations, n'accorde qu'un délai très court de trois jours après la fin des opérations précédentes (a. 502, 504). La fin de ces opérations est nécessaire pour fixer définitivement la liste des créanciers et la situation de la faillite, qu'il faut nécessairement connaître pour prendre un parti. Il faudrait évidemment attendre, si, en présence de la contestation d'une créance, le tribunal avait ordonné qu'il serait sursis à la convocation (art. 499, 500).

Notre article fixe un délai pour la convocation; il n'en fixe pas pour l'assemblée elle-même. Ordinairement elle a lieu huit jours à partir des convocations. — D'ailleurs la loi n'édicte pas de sanction pour la promptitude des opérations; aussi son exigence est souvent négligée.

Ces convocations doivent être faites nécessairement à la fois par insertions dans les journaux et par lettres individuelles (a. 504); un seul de ces modes ne suffirait pas.

Aux termes de l'art. 505, « aux lieu, jour et heure qui seront fixés par le juge-commissaire, l'assemblée se formera sous sa présidence; les créanciers vérifiés et affirmés, ou admis par provision, s'y présenteront en personne ou par fondés de pouvoirs. — Le failli sera appelé à cette assemblée; il devra s'y présenter en personne, s'il a été dispensé de la mise en dépôt, ou s'il a obtenu un sauf-conduit, et il ne pourra s'y faire représenter que pour des motifs valables, et approuvés par le juge-commissaire. » Les créanciers peuvent librement, et sans donner de motifs, se faire représenter. Le failli au contraire est obligé de venir, sous menace de la peine de la banqueroute simple (art. 586, 5°). Il en est dispensé sans donner de motifs lorsqu'il n'a pas obtenu de sauf-conduit, quand même il serait libre en fait; on l'excuse de ne pas s'exposer à être incarcéré. Si c'est une société qui est en faillite, tous les associés solidaires sont

soumis à cette obligation; dans une société anonyme, elle incombe aux administrateurs.

En principe, le failli ne peut pas se faire représenter : car c'est lui qui doit traiter directement avec les créanciers; il recouvre pour cela la plénitude de l'exercice de ses droits. Il ne pourrait être dispensé de venir en personne que pour des motifs jugés valables par le juge-commissaire. Les propositions seraient alors faites par son mandataire. Mais il peut toujours se faire assister par un conseil qui l'éclairera dans la discussion.

Tenue de l'assemblée.

1032. Elle se tient sous la présidence du juge-commissaire (art. 505). Voici les diverses opérations qui s'y succèdent :

1° *Vérification de la qualité des créanciers*, ou des pouvoirs de leurs représentants.

2° *Lecture du rapport des syndics* (a. 506). Ce rapport contient d'abord le récit des opérations faites jusqu'alors. Il doit ensuite mettre en relief deux choses nécessaires pour éclairer les créanciers sur le parti qu'ils auront à prendre : — d'abord l'*état matériel* de la faillite, c'est-à-dire la comparaison de l'actif et du passif, faisant ressortir le dividende que les créanciers pourraient espérer en se mettant en état d'union; — ensuite les *causes morales* de la faillite qui montreront le degré de confiance qu'on peut avoir dans l'honnêteté et la capacité du failli; car, pour traiter avec lui, il faut que les créanciers croient qu'il sera assez *honnête* pour *vouloir* remplir tous ses engagements, et assez *capable* pour *pouvoir* le faire.

Ce rapport des syndics doit être écrit; cela résulte du second alinéa de l'a. 506, qui leur ordonne de le remettre au juge-commissaire.

Le failli peut faire ses observations et discuter les conclusions des syndics, surtout afin de rétablir les éléments de la confiance qu'il désire inspirer à ses créanciers.

3° *Lecture des propositions du failli*. C'est lui qui est l'une des parties contractantes au traité qui va peut-être avoir lieu : les créanciers sont l'autre partie. C'est de lui qu'émanent les propositions, parce que c'est lui qui doit les exécuter, qui connaît ses affaires, qui sait ce qu'il espère pouvoir faire.

Ces propositions sont lues par le failli ou par son fondé de pouvoir. Elles sont ensuite reprises et discutées par les créanciers qui, avant de voter oui ou non, peuvent chercher à les faire modifier, à obtenir des délais plus courts, ou un dividende plus fort, en montrant au failli qu'il pout faire plus. Le failli voit ce qu'il croit pouvoir promettre ; c'est toujours lui qui arrête les bases sur lesquelles on votera.

1033. 4° *Vote du concordat.* Il faut remarquer que le traité voté par la majorité liera la minorité. La loi a dû le décider ainsi pour que la résistance de quelques créanciers récalcitrants n'empêchât pas un traité généralement profitable à tous; et, d'ailleurs, l'homologation du tribunal a été exigée pour protéger les droits de la minorité. — Mais, comme cet effet est toujours exorbitant, on a dû se montrer très sévère pour la majorité nécessaire (a. 507). Avant le Code, il suffisait, pour voter le concordat, de la majorité des trois quarts en somme. Cela avait le grave inconvénient que les gros créanciers faisaient la loi aux petits, puisque trois ou quatre créanciers, ayant de fortes créances, pouvaient former la majorité à eux tout seuls. Or, les gros créanciers peuvent avoir des intérêts opposés à ceux des petits; ils peuvent, par exemple, avoir l'espoir de continuer les affaires avec le failli, et de trouver dans les profits de ces nouvelles opérations la compensation des sacrifices qu'ils font actuellement (Observ. du tribunat). Aussi on exige de plus la majorité en nombre, mais seulement la majorité ordinaire, c'est-à-dire la moitié plus un des créanciers.

Peuvent seuls voter les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision. On n'a pas attendu les créanciers domiciliés à l'étranger, ni peut-être ceux dont la créance est litigieuse et qui n'ont pas été admis par provision (v. art. 490 et suiv.); ces créanciers seront liés sans même avoir pris part au vote, la nécessité de l'homologation du tribunal les protégera. — Leurs créances ne seront pas non plus comptées dans le capital sur lequel se calculera la somme nécessaire pour la majorité des trois quarts en somme, car elles ne sont pas vérifiées et affirmées.

1034. Plusieurs difficultés peuvent se présenter.

D'abord il est certain qu'un créancier n'a qu'une voix dans la majorité en nombre, lors même qu'il aurait plusieurs créances.

Mais **Q.** *Si un créancier est cessionnaire de plusieurs créances, aura-t-il autant de voix que de créances primitivement distinctes?* Il faut dire qu'il n'aura qu'une voix, sans distinguer si les cessions ont eu lieu avant ou après le jugement déclaratif ; le texte de l'art. 507 est absolu.

Q. *Si, inversement, une créance, primitivement unique, a été cédée à plusieurs personnes, auront-elles chacune une voix?* Il faut distinguer : — oui, si les cessions ont eu lieu avant le jugement déclaratif, car, dès l'origine de la faillite, elles ont constitué autant de créanciers distincts (art. 507) ; — non, si les cessions ont eu lieu après le jugement déclaratif ; car les positions ne peuvent plus varier *au détriment de la masse* après ce jugement ; elles n'auront alors qu'une voix à elles toutes.

Q. *La majorité en nombre doit-elle se compter seulement sur les créanciers présents au vote, ou bien sur tous les créanciers vérifiés et affirmés?* — 1er S. *Sur les créanciers présents seulement ;* par conséquent si, sur cent créanciers, il n'en est venu que cinquante à l'assemblée, la majorité nécessaire sera de vingt-six ; — c'est comme cela qu'on compte dans toute assemblée, et le Code n'a expressément rien exigé de plus ; — les absents s'en sont remis à la décision des présents. — 2e S. *Sur tous les créanciers vérifiés et affirmés* (1) : il est déjà très exorbitant que la majorité fasse la loi à la minorité, il serait tout à fait monstrueux qu'une minorité, qui peut ne pas être du quart de tous les créanciers, liât tous les autres ; — il faut donc entendre les textes restrictivement ; l'art. 507 est lui-même rédigé restrictivement ; la présomption doit donc être pour la plus grande rigueur ; — c'est, d'ailleurs, le sens naturel des mots *un nombre de créanciers formant* la majorité ; et ce sens est précisé par le contexte, car c'est évidemment sur toutes les créances qu'on calcule la majorité en somme ; personne n'en doute ; la majorité en nombre doit naturellement se calculer de même ; — enfin, dans l'art. 509, qui se réfère évidemment à l'art. 507, on a effacé, en 1838, le mot *présents*, qui se trouvait dans l'ancien article correspondant, l'art. 522.

1035. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés étant certains d'être payés en vertu de leur sûreté spéciale, n'ont aucun

intérêt à débattre dans le concordat ; aussi ils ne peuvent y voter (a. 508, 1er al.). Mais cette prohibition ne les frappe que pour leurs créances hypothécaires. S'ils ont à côté des créances chirographaires, ils peuvent voter dans la mesure de ces créances.

La sanction de la loi est rigoureuse ; leur vote entraîne la perte de leur sûreté (a. 508, 2e al.). — Cette perte a lieu nonobstant toutes réserves que pourrait faire le créancier, à moins qu'il ne fût incapable de renoncer à l'hypothèque (p. ex. un mineur).

Q. *Un créancier hypothécaire peut-il voter pour une portion de sa créance en renonçant à son hypothèque pour cette portion, et conserver son hypothèque pour le surplus?* En principe, *non*. — Mais il faut faire une exception pour le créancier hypothécaire dernier en rang, qui a la certitude que son hypothèque ne couvrira pas, à beaucoup près, toute sa créance ; il a un intérêt très sérieux et très légitime à renoncer à son hypothèque pour une portion, de manière à figurer dans la majorité en nombre pour une voix, et dans la majorité en somme pour le montant peut-être encore considérable de la portion non garantie de sa créance. Seulement, il ne peut y être admis qu'à titre d'exception, et à la charge par lui d'établir l'existence et la mesure de son intérêt.

Le vote au concordat ne fait perdre les hypothèques que sur les biens du failli ; il est sans influence sur celles que l'on pouvait avoir sur des biens appartenant à des tiers ; et l'on ne peut pas exiger qu'avant de voter, le créancier renonce à ces dernières hypothèques (arg., art. 545).

1036. La loi assure, en outre, la sincérité du vote en punissant correctionnellement et en déclarant nulle toute stipulation, par un créancier, d'avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite (art. 597 et 598 ; v. n. 1095).

Solution.

1037. *Si l'on arrive aux deux majorités*, le concordat est formé. C'est un traité *solennel* et *littéral* ; il n'existe que par la signature des parties (a. 509, 1er al.). Il s'ensuit que, tant qu'il n'est pas signé par tous, les créanciers ne sont pas définitivement liés ; ceux qui y ont adhéré pourraient retirer leur consentement. — Il doit être signé *séance tenante* (a. 509, 1er al.) : la loi a voulu

empêcher que le failli n'obtînt des signatures par obsession, en allant successivement chez les divers créanciers. Il peut y avoir plusieurs séances pour délibérer avant qu'aucun vote n'ait lieu; mais dès que la délibération est close, on doit voter et signer.

Les signatures du juge-commissaire et du greffier lui donnent l'authenticité.

S'il n'y a aucune des deux majorités, le juge-commissaire annonce qu'il y a union : art. 529 (v. n. 1070).

Si l'on arrive à une seule des deux majorités, la délibération est remise à huitaine pour tout délai (a. 509, 2e al.). Le délai de huitaine est de rigueur, sauf au failli à obtenir un sursis, mais pour des raisons très graves, en prouvant l'impossibilité de préparer ses nouvelles propositions dans ce délai. L'article 509, 2e al., déclare en outre que les créanciers qui ont consenti la première fois peuvent refuser leur adhésion aux nouvelles propositions. On en doutait autrefois, car ces nouvelles propositions seront nécessairement plus avantageuses que les premières ; il semblait que l'adhésion aux premières devait entraîner par *à fortiori* l'adhésion aux secondes. Mais on a pensé avec raison que les créanciers peuvent juger ces nouvelles propositions irréalisables pour le failli, et, par conséquent, ne pas vouloir se lier.

1038. *Cas où le concordat est impossible*. C'est en cas de banqueroute frauduleuse (a. 510). S'il y a des poursuites commencées, les créanciers peuvent surseoir au vote et se réserver de statuer après l'issue de la procédure criminelle (a. 510).

La banqueroute simple n'y fait pas obstacle légalement. Mais les créanciers peuvent surseoir, comme dans le cas précédent (a. 511).

Homologation par le tribunal.

1039. Elle est poursuivie « *par la partie la plus diligente* » (a. 513, 1er al.). Ceci comprend, non seulement les créanciers, mais même les syndics. Enfin elle peut être aussi poursuivie par le failli, principal intéressé.

On ne peut statuer qu'après un délai de huitaine, accordé pour former opposition (a. 512). V. la procédure, dans le même article 512, dans les art. 513, 2e et 3e al., et 514.

Le délai de huit jours est de rigueur. Mais il n'arrêterait pas

l'opposition qui se fonderait sur un dol nouvellement découvert, puisque ce dol, si on l'invoquait après l'homologation, devrait faire annuler le concordat.

Qu'il y ait ou non opposition, le tribunal peut refuser l'homologation, soit pour inobservation des formes, soit pour des motifs d'intérêt public, soit à raison de l'intérêt des créanciers (a. 515). — Pour *inobservation des formes*; mais souvent on pourra recommencer l'assemblée en se conformant à la loi. — Pour raison d'*intérêt public*, lorsqu'il y aurait scandale public à laisser le failli à la tête de ses affaires ; ou bien danger public qu'il ne fît de nouvelles victimes, par exemple s'il s'agit d'une seconde faillite, venant sans cause justifiée après une première ; ou s'il y a eu poursuites en banqueroute simple, quoiqu'il y ait eu acquittement. — Pour raison de l'*intérêt des créanciers*. On pouvait douter, avant 1838, que l'on dût en tenir compte quand il n'y a pas eu d'opposition ; mais il faut remarquer qu'il y a souvent des absents qui n'ont pas été représentés au concordat : ceux qui sont domiciliés hors de France, ceux dont les créances sont encore contestées (art. 516).

Le tribunal peut refuser d'homologuer le concordat ; mais il ne peut pas modifier les stipulations qui y sont contenues : en effet, il ne peut mettre ses décisions à la place de la volonté des cointéressés.

Le jugement est susceptible d'appel par tous les intéressés. — Le délai pour appeler n'est que de quinze jours (art. 582). Mais ici le *délai d'appel* est suspensif, c'est à-dire qu'on ne peut exécuter le jugement qu'après l'expiration de ce délai (art. 519, 1er al.). La raison en est qu'un commencement d'exécution pourrait compromettre tous les intérêts, si le jugement est ensuite réformé.

Il n'est pas susceptible d'opposition ; car, personne n'ayant été assigné, personne n'a pu faire défaut ; ni de tierce opposition, car tous les intéressés ont su que pendant huit jours avant le jugement ils pouvaient s'opposer; ils ont renoncé à l'opposition en s'abstenant.

Cas de la faillite d'une société.

1040. Art. 531. « Lorsqu'une société de commerce sera en

faillite, les créanciers pourront ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés. » — La question ne pouvait se poser que pour les associés dont la faillite est nécessairement entraînée par celle de la société, c'est-à dire pour les associés en nom collectif, pour les commandités dans la commandite, et, dans certains cas, pour les commanditaires qui se sont immiscés (v. n. 894).

Dans ces diverses hypothèses, on peut d'abord évidemment accorder un concordat à la société même, et alors tous les associés solidaires en profitent ; associés en nom collectif, commandités, et même commanditaires immiscés. Ils l'invoqueront contre les créanciers sociaux ; mais il ne sera pas opposable à leurs créanciers personnels, qui sont étrangers aux affaires sociales.

On peut ensuite, comme le dit l'article, en refusant un concordat à la société, en accorder un personnel à l'associé, pour être exécuté sur les valeurs personnelles à cet associé, c'est-à-dire sur sa fortune propre, déduction faite des apports qu'il avait promis à la société et qui font partie du fonds social (a. 531, 2e al.). C'est une grande dérogation aux principes de ces sociétés : cela résulte de ce qu'il est déchargé de la solidarité (art. 531, 3e al.). — Mais sa fortune propre est le gage, non seulement des créanciers sociaux, mais encore de ses créanciers personnels ; aussi les uns comme les autres devront être appelés à voter au concordat, et c'est sur l'ensemble que l'on devra réunir la double majorité de l'art. 507.

Enfin on pourrait aussi, accordant un concordat à la société, en accorder un personnel avec de meilleures conditions à un associé. Mais il faudrait encore, pour ce concordat particulier, avoir le concours de ses créanciers personnels, joints aux créanciers sociaux.

Q. *Peut-on accorder un concordat à une société anonyme?* — 1er S. *Non* : elle est dissoute par le fait de la faillite (C. civ., art. 1865, 4e), ou au moins par l'extinction de la chose (C. civ., art. 1865, 2e) ; — l'art. 531, C. comm., qui implique la possibilité d'un concordat pour une société, suppose une société qui a des associés responsables sur tous leurs biens ; or il n'y en a pas dans la société anonyme ; — il n'y a donc personne qui puisse

profiter du concordat. — 2° S. *Oui* (1) : ce qui dissout la société, d'après l'article 1865, 4°, c'est la déconfiture d'un associé et non celle de la société ; — quant à l'extinction de la chose, elle ne se produit pas nécessairement, et, s'il est question d'accorder un concordat, c'est bien évidemment que tout le monde espère sauver une partie de l'actif ; — l'art. 531 a pu ne pas prévoir la faillite d'une société anonyme, parce qu'il ne s'occupe que du sort des associés solidaires, mais il n'en résulte pas que le concordat ne soit pas possible pour cette société ; car ce n'est pas cet article qui rend possible le concordat pour les autres; il ne l'autorise pas, il le présuppose seulement ; — à défaut de personnes physiques qui puissent profiter du concordat, la société en profitera comme personne morale, et il faut remarquer que c'est précisément comme personnes morales que les autres sociétés peuvent obtenir un concordat. Le rôle attribué au failli dans la formation du concordat serait joué au nom de la société par les administrateurs, autorisés spécialement par l'assemblée générale des actionnaires.

§ 2

Effets du concordat.

Nous étudierons : — 1° ses effets légaux ; — 2° ses effets conventionnels ; — 3° son exécution.

I. — Effets légaux.

1041. 1° *Le traité est obligatoire pour tous les créanciers chirographaires* (a. 516). Le concordat est aussi obligatoire pour les créanciers hypothécaires, agissant chirographairement en cas d'insuffisance de leur hypothèque ; quoiqu'ils n'aient pas pu y voter.

1042. 2° *Cessation du dessaisissement*. Le dessaisissement cesse avec toutes ses conséquences (art. 519) (v. n. 905 et suiv.), à l'exception des incapacités qui frappent le failli (v. n. 939), lesquelles ne cessent que par la réhabilitation. Les syndics rendent leurs comptes dans les formes réglées par l'art. 519, et remettent au failli tous ses biens.

Les créanciers portés au bilan reprennent aussi le droit d'exercer des poursuites individuelles, mais seulement avec les *restrictions* faites à leurs créances par le concordat, soit par la remise partielle concédée, soit par les termes accordés. — Ces restrictions, au contraire, ne seraient pas opposables aux créanciers nouveaux qui traiteraient avec le failli remis à la tête de ses affaires ; ni à ceux qui, avant le concordat, n'étaient pas créanciers *dans* la masse, mais créanciers *de* la masse ; car ceux-ci, créanciers des créanciers, avaient droit, dans tous les cas, à un paiement intégral, et ne peuvent souffrir des conventions faites par la masse, leur débitrice.

1043. 3° *Conservation de l'hypothèque des créanciers* (a. 517). Elle sera conservée, non pas, comme dit l'article, par l'inscription, mais par la transcription du jugement d'homologation, car, dans le système général de notre publicité hypothécaire, on n'inscrit pas un acte, on le transcrit.

Cette hypothèque assurera aux créanciers concordataires leur préférence contre les créanciers postérieurs. De la sorte, si ceux-ci ont action pour l'intégralité de leurs créances (v. au n° précédent), ils ne pourront les invoquer au préjudice des créanciers concordataires, sur les immeubles appartenant au failli au moment de la transcription du jugement d'homologation. Le résultat de cette hypothèque équivaudra à une sorte de séparation des patrimoines. — Mais elle ne frappera pas les immeubles que le failli acquerra ultérieurement (art. 517).

1044. La concession d'un concordat n'affranchira pas le failli des poursuites en banqueroute simple : on proposait de le décider dans le projet de 1838 (art. 519 du projet) ; mais cette proposition a été rejetée pour ne pas faire dépendre l'action publique des conventions particulières.

II. — **Effets conventionnels.**

1045. Le concordat est obligatoire, à l'instar de tout contrat, pour tout ce qui y est stipulé. Les conventions qui peuvent y être contenues sont complètement laissées à la volonté des parties, avec une seule condition tout à fait rigoureuse et très importante ; c'est qu'elles respectent absolument l'égalité entre les créanciers : l'art. 597 punit correctionnellement, et l'art. 598 dé-

clare nul à l'égard de toutes personnes, même du failli, tout traité particulier duquel résulterait, en faveur d'un créancier, un avantage à la charge de l'actif de la faillite ; ces dispositions comprennent évidemment les stipulations qui dans le concordat avantageraient un créancier au détriment des autres. Cette prohibition se rattache à la règle que la majorité entraîne l'obligation de la minorité ; il ne faut pas que l'on puisse se créer une majorité par des avantages faits à certains créanciers, en sacrifiant ainsi la minorité ; un concordat fait dans ces conditions ne devrait pas être homologué par le tribunal. Pour les détails d'application des art. 597, 598, v. n. 1094 et suiv.

Les conventions que peut contenir le concordat sont infiniment variables avec les circonstances. Mais elles contiennent presque toujours des *remises* plus ou moins considérables de 50, 60, 75 °/₀ et plus ; car sans cela le failli ne pourrait pas reprendre ses affaires. Rarement les remises sont seulement de 25 °/₀. Très rarement le failli promet de payer toutes ses dettes, moyennant seulement des délais et peut-être la remise des intérêts.

1046. Ces remises éteignent l'obligation civile du failli qui ne peut plus être poursuivi à raison de la partie remise de ses dettes. Elles laissent seulement subsister une *obligation naturelle*, en ce sens que cette partie des dettes peut faire l'objet d'un paiement valable, si le failli veut les acquitter. Il reste même quelque chose de plus qu'une obligation naturelle ; car cette obligation de payer le surplus a une certaine sanction civile ; le failli ne peut se faire réhabiliter que s'il l'a acquittée intégralement avec tous les intérêts (art. 604.)

Ces remises constituent-elles des libéralités ?

1047. 1° *Au point de vue des cautions ?* Faut-il dire que les cautions sont déchargées par la remise faite au débiteur principal (C. civ., art. 1287) ? — On l'admettait autrefois si le créancier avait voté *oui* au concordat ; car s'il avait voté *non*, on reconnaissait qu'il n'y avait pas remise volontaire et qu'il ne fallait pas appliquer l'art. 1287. — Mais ce point de vue était inexact, car, même en votant *oui*, le créancier n'a nullement l'intention de faire une libéralité ; il cherche seulement son plus grand intérêt, il désire sauver une plus grande partie de sa

créance, qui en tout cas est déjà perdue pour partie. De plus, il faut ajouter que l'on a précisément exigé une caution en vue de cette hypothèse. Aussi, en 1838, on a déclaré formellement que les cautions ne sont pas déchargées (n. 545).

Les coobligés, n'étant pas libérés par le vote du créancier au concordat, pourront être obligés de payer la partie de la dette remise par le concordat. Dans ce cas, auront-ils recours contre le concordataire ? Il faut répondre négativement : — sans cela le concordat n'aurait, quant à cette créance, aucun avantage pour le concordataire; ce serait l'anéantir dans le cas où toutes les dettes du failli seraient garanties par des coobligés ; — la créance a déjà figuré pour le tout dans les paiements de dividendes faits par le failli ; elle est payée intégralement en monnaie de faillite.

1048. 2° Q. *Au point de vue du rapport et de la réduction dans les successions ?* — Nous dirons sans hésiter que les remises faites dans le concordat ne sont pas des libéralités : — il y a d'abord, dans ce sens, l'argument d'analogie de l'art. 545 ; nous ne trouvons pas l'*animus donandi* (v. au n. 1047) — en outre ; le concordat est voté à la majorité ; conçoit-on une libéralité qui dépende d'un pareil vote ?

Mais il faut introduire une certaine distinction en ce qui concerne le *rapport*. Il faut maintenir notre doctrine si le parent dont le failli était successible est devenu son créancier dans des circonstances ordinaires, comme aurait pu le devenir un étranger et sans la pensée de faire un sacrifice au profit de ce successible. Mais au contraire ce parent peut lui avoir fait des avances, pour soutenir une situation déjà compromise, et alors qu'il prévoyait que ces avances étaient exposées à une perte presque certaine ; et il a pu se résigner à ce sacrifice prévu, par affection pour son successible et en songeant que, si cet argent était perdu, il se précompterait sur la part de celui-ci dans sa succession ; cette somme, au moment du prêt, était, dans la pensée du prêteur, donnée éventuellement pour le cas où elle serait sacrifiée dans la faillite du successible.

Q. *Mais ces sommes remises ne sont-elles pas au moins sujettes au rapport à titre de rapport de dettes* (C. civ., art. 824)? — Nous di-

rons *non* (1) ; — le rapport de dettes n'est pas dû pour les dettes remises, c'est un point constant en droit civil, lors même qu'il subsiste une obligation naturelle ; car une obligation naturelle ne comporte jamais qu'une exécution volontaire (C. civ., art. 1235).

III. — Exécution du concordat.

1049. Le concordataire doit accomplir ce qu'il a promis dans le concordat, payer ses créanciers avec les réductions qui lui ont été faites et aux termes qui ont été fixés. La sanction de cette obligation, outre les voies de contrainte individuelles qui peuvent être librement employées par les créanciers, est dans la possibilité de la résolution du concordat pour inexécution des conditions (v. n. 1056).

En même temps qu'il doit payer la partie de ses dettes anciennes non remise par le concordat, le failli doit exécuter toutes les obligations nouvelles qu'il peut contracter dorénavant dans l'intérêt de ses affaires, dont il reprend la direction. — Il y a même plus : nous avons vu (n. 906) que, malgré le dessaisissement, il n'a pas été frappé d'incapacité ; il a donc pu valablement contracter des dettes pendant la durée des opérations de la faillite. Ces dettes n'étaient pas exécutoires sur ses biens tant que durait la faillite, à raison de l'indisponibilité qui résultait du dessaisissement. Lorsque le dessaisissement a cessé, l'indisponibilité a cessé par cela même ; les créanciers avec qui il a traité depuis la faillite peuvent donc dorénavant saisir même les biens qui avaient été frappés du dessaisissement. Seulement sur les immeubles du failli, ils seront tenus en respect par l'hypothèque légale au profit de la masse (art. 490 et 517), pourvu que les syndics l'aient fait inscrire et aient fait transcrire le jugement d'homologation.

1050. Pour les répartitions de deniers ou paiements de dividendes que devra faire le concordataire, il y aura lieu d'appliquer, en général, les règles que nous avons étudiées au chapitre II, section 3 (n. 984 et suiv.), sur la nécessité pour les créanciers d'être vérifiés et affirmés s'ils veulent y prendre part, sur les droits de chacun des créanciers, et sur les revendications : a. 542-544 ; a. 547, 548, 551 ; a. 549 ; a. 574 et suiv.

1051. Au contraire, un doute très sérieux est possible pour l'application, en cas de concordat, des diverses déchéances édictées contre les tiers par notre titre ; savoir : — les nullités des art. 446 et suiv. ; — les restrictions à la revendication et à l'hypothèque légale de la femme du failli (art. 557 et suiv.) ; — la suppression du privilège du vendeur de meubles (art. 550, dern. al.) ; et les restrictions à son droit de revendication (art. 576) ; — enfin les restrictions aux droits du bailleur des lieux occupés par le failli (art. 550 nouveau).

1°. *Le concordataire peut-il invoquer ces déchéances ?* — 1er S. *Oui* : ces nullités (sauf celle de l'art. 446 tout seul) peuvent être invoquées par toute personne intéressée ; car, si l'art. 446 dit que la nullité existe *à l'égard de la masse*, aucun des autres articles ne répète cette restriction ; — même en admettant, que les nullités n'existent que dans l'intérêt de la masse, il faut permettre au concordataire de les invoquer, car elles lui faciliteront l'exécution de ses obligations envers la masse, qui sans cela seront probablement irréalisables. — 2e S. *Non* (1) : nous avons déjà démontré que les art. 446 et suiv., 557 et suiv., ne peuvent être invoqués que dans l'intérêt de la masse (n. 942, 1024) ; nous ne revenons pas sur cette démonstration ; — l'art. 550, rédaction de 1872, dit en ce qui concerne le bailleur, « *à l'égard de la faillite* » ; et en ce qui concerne le vendeur, « *contre la faillite* » ; — enfin, en ce qui concerne le droit de revendication de l'art. 576, le 3e al. de cet article parle d'un remboursement à faire *à la masse*, et l'art. 578 n'attribue qu'aux syndics, et non au failli, le droit de payer le prix pour écarter la revendication ; — mais dit-on, c'est dans l'intérêt même de la masse que ces déchéances seront invoquées par le concordataire ; — nous répondons d'abord que les créanciers ne forment plus une masse, et que le concordataire n'est pas le représentant légal de l'ancienne masse comme les syndics l'étaient autrefois ; — mais on insiste, et l'on dit : cette impossibilité d'invoquer ces nullités va nuire aux créanciers comme masse, puisqu'elle va empêcher d'exécuter le concordat qu'ils ont voté comme masse ; nous répondons que s'il y a là un inconvénient (que nous atténuerons d'ailleurs tout à l'heure), il faut subir cette conséquence, parce que ces

nullités, qui profiteraient sans doute indirectement aux créanciers, profiteraient d'abord et surtout au failli, et qu'il est impossible et immoral de lui laisser le profit d'une nullité fondée sur sa fraude prouvée ou présumée ; — ce qui nous paraît décisif, c'est ceci : le failli est forcé d'exécuter, concurremment avec les obligations nées du concordat, non seulement les obligations contractées par lui depuis, mais même celles qu'il avait pu contracter pendant son dessaisissement; nous l'avons montré tout à l'heure (n. 1049) ; il est donc impossible qu'il ne soit pas aussi forcé d'exécuter les obligations frappées par les art. 446 et suiv., 550, 557 et suiv., 576 ; car les nullités prononcées par ces articles ne sont qu'une application rétroactive et restreinte du dessaisissement ; quand on admet la validité contre lui des actes passés à un moment où il ne peut *rien* faire au détriment de la masse, il n'est pas possible de méconnaître ceux passés à un moment où certaines opérations seulement lui étaient défendues.

1052. Mais, si le failli concordataire ne peut invoquer, ni ces déchéances, ni la nullité des actes passés par lui depuis le dessaisissement, s'ensuit-il que les créanciers de sa faillite n'aient plus aucun espoir d'en bénéficier ? Nullement ; car si le failli n'est, ni le représentant légal, ni l'ayant-cause de l'ancienne masse, les créanciers au contraire ont succédé individuellement aux droits de cette masse, et sont ses ayants cause ; ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque, qui existait d'abord au profit de la masse, existe maintenant à leur profit individuel. Ils pourront invoquer cette situation à la seule condition qu'ils aient séparé leurs droits de ceux du failli comme ils l'étaient pendant la faillite. Et que faut-il pour cela ? Qu'ils aient fait une saisie mettant un bien sous la main de la justice à leur profit, et en enlevant la disposition au failli. Moyennant cela, ils pourront invoquer les déchéances dont nous parlons. — Ainsi ils ont saisi certains meubles chez le failli concordataire ; s'il se présente en concours avec eux des créanciers ayant traité avec le failli depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, ils pourront les écarter en invoquant les art. 443, 446 et 447. Et de même pour toutes les déchéances énumérées au commencement du numéro 1051.

1053. Nous n'appliquerons pas non plus au cas de concordat les articles 552 et 554, relatifs au paiement des créanciers hypothécaires.

§ 3

Annulation et résolution du concordat.

Nous étudierons : — 1° les causes d'annulation et de résolution; — 2° leurs effets.

I. — Causes d'annulation et de résolution.

1054. L'*annulation* est prononcée pour des causes contemporaines du concordat, à raison de vices qui affectaient le traité dès son origine, *ex causâ antiquâ ;* — la *résolution* est prononcée pour des faits postérieurs au traité, *ex causâ novâ.*

1° Annulation.

1055. Le concordat, étant analogue à un contrat, peut être affecté de vices qui le rendraient annulable comme tout contrat. Mais en principe les demandes en nullité ne sont pas admises (art. 518, *initio*) : en effet, on a pu, avant l'homologation du concordat, les faire valoir par voie d'opposition; et par conséquent, après l'homologation, il est revêtu de l'autorité de la chose jugée à l'égard de tout le monde (v. n. 1039).

Une seule cause est admise, le *dol* (a. 518) : anal. de la requête civile, C. pr. civ., art. 480. On conçoit d'ailleurs, qu'en dehors du dol, l'*erreur* des créanciers soit peu probable, et l'erreur du failli impossible ou inexcusable. Quant à la *violence*, on ne peut pas la supposer. C'est ce qui explique encore pourquoi la loi n'admet pas ici d'autre vice du consentement que le dol.

La dissimulation de l'actif et l'exagération du passif, que vise l'art. 518 comme faits de dol, sont les mêmes faits qui donnent lieu à la condamnation en banqueroute frauduleuse. Aussi la condamnation pour banqueroute frauduleuse produira le même effet, de faire annuler le concordat (v. art. 520, 1er al.), car elle s'oppose absolument à sa formation (art. 510). Et même, avant la condamnation, on peut prendre des précautions : v. l'art. 521.

L'art. 518 indique séparément le dol et la banqueroute frauduleuse, pour bien montrer que les créanciers n'ont pas besoin d'attendre ni de provoquer la poursuite en banqueroute frauduleuse pour agir en nullité.

L'action durera dix ans à partir de la découverte du dol, conformément à l'art. 1304, C. civ., qui établit cette règle pour tous les vices du consentement dans les conventions. — Elle sera de la compétence commerciale, comme toutes les actions nées de la faillite (C. comm., art. 635).

2° Résolution.

1056. On pourrait insérer, dans le concordat, une condition résolutoire expresse, dont l'arrivée résoudrait le traité; on pourrait mettre, par exemple : *sauf le cas de retour à une meilleure fortune*. Nous ne nous occupons que de la condition résolutoire tacite.

Elle est la même que dans tous les contrats; c'est l'*inexécution des conditions* (a. 520, 2e al., cf. art. 1184, C. civ.).

La résolution n'a pas lieu de plein droit, elle doit être demandée en justice; l'article l'indique bien; il est conforme en cela à l'article 1184, C. civ.

L'action pourra être intentée pendant trente ans, puisque la loi n'a indiqué nulle part une durée plus courte; c'est, d'ailleurs, le droit commun pour l'action résolutoire. — Cette prescription commence au moment du refus d'exécuter, car c'est alors seulement que naît l'action. On a prétendu sans raison qu'elle commençait du jour même du concordat.

II. — Effets de l'annulation et de la résolution.

1057. Ils sont, en général, les mêmes dans ces deux cas; il y a seulement quelques différences que nous signalerons au passage. — Nous étudierons ces effets : — 1° entre ceux qui ont été parties au concordat; — 2° à l'égard des tiers.

1° Effets inter partes.

1058. Nous supposons, pour le moment, que ceux qui se plaignent sont seulement les créanciers concordataires, et que, s'il y a de nouveaux créanciers postérieurs au concordat, ceux-ci ne se plaignent pas.

Le concordat est effacé; le failli ne peut plus en invoquer les

avantages à aucun point de vue; les créanciers concordataires rentrent dans l'intégralité de leurs droits (art. 526, *initio*). La faillite est rouverte; on en reprend les opérations en se servant autant que possible de celles qui ont eu lieu précédemment. V. les art. 522, 523, 524.

Il pourra y avoir un nouveau concordat (a. 524), sauf en cas d'annulation pour banqueroute frauduleuse prononcée (cf. a. 510, 520).

2° Effets à l'égard des tiers.

1059. 1° *A l'égard des cautions du concordat.*

Les cautions sont libérées en cas d'annulation. Elles ne le sont pas en cas de résolution (a. 520, 1er et 3e al.). Cette dernière règle n'est pas contraire aux principes : sans doute, en général la résolution d'un contrat libère les cautions parce qu'elle éteint toutes les obligations nées du contrat. Mais il en est autrement en cas de résolution pour inexécution des conditions; car celle-ci laisse subsister l'obligation aux dommages-intérêts (a. 1184, 2e al., *in fine*); et cette obligation est comprise dans celles que garantit la caution.

1060. 2° *A l'égard des actes passés par le concordataire.*

En principe ces actes sont valables (a. 525), car les tiers, s'ils ne sont pas avertis, doivent croire que le concordat est inattaquable et qu'on l'exécute régulièrement. L'art. 525 applique seulement l'art. 1167, C. civ.; on n'applique pas les art. 446 et suiv., C. comm., parce qu'il n'y a pas une nouvelle déclaration de faillite pouvant rétroagir sur ces actes; sauf le cas de l'art. 526, 3e al. (v. n. 1061).

1061. 3° *Pour les nouveaux créanciers du failli.*

Nous avons supposé jusqu'ici, avec le Code, que la procédure nouvelle est provoquée par les créanciers concordataires, demandant l'annulation ou la résolution du concordat. Elle peut aussi être provoquée par de *nouveaux créanciers*, ayant traité avec le failli depuis le concordat, s'ils éprouvent des refus de paiement. Ils peuvent alors provoquer une **seconde faillite** (a. 526, 3e al.); car il y a de nouveau ici une cessation de paiements, sans relation directe avec la première faillite et le premier concordat.

Cette seconde faillite produira tous ses effets, non seulement dans l'avenir (ce qui n'amènera pas d'autres conséquences que la résolution du concordat); mais même dans le passé, en ce sens que l'on appliquera les art. 446 et suiv. aux actes passés par le failli depuis le concordat, au lieu de leur appliquer l'art. 525, comme dans l'hypothèse précédente.

Cette seconde faillite ne pourrait pas être provoquée par les créanciers concordataires, pour non paiement des dividendes promis, car les mêmes créances ne peuvent donner lieu deux fois à une déclaration de faillite; leur droit se borne, dans ce cas, à demander la résolution du concordat. Réciproquement les nouveaux créanciers ne peuvent que provoquer une seconde faillite; ils ne peuvent demander la résolution d'un traité où ils n'avaient pas été parties. Le domaine de ces deux procédures est donc parfaitement délimité.

L'art. 526, 3e al., déclare que pour l'avenir on applique les règles des art. 522, 523 et 524.

1062. Dans la nouvelle faillite, les créances nouvelles figureront aux répartitions de dividendes pour leur montant intégral, car il n'y a aucune raison pour réduire leur puissance de partager.

En face d'elles figureront aussi les anciennes créances, qui avaient donné lieu au concordat. Mais pour quelle quotité? Sera-ce pour leur montant primitif, ou pour la partie non remise dans le concordat, ou encore (en supposant que le failli en ait payé une partie) pour ce qui n'a pas été payé? L'art. 526, 1er et 2e al., répond à la question : — les remises faites dans le concordat ne sont pas par elles-mêmes opposables aux créanciers qui les ont consenties, puisque tout est remis en question. Mais si des paiements ont été faits en vertu du concordat, ceux-ci conservent la puissance libératoire qu'ils avaient en vertu du concordat. Soit un créancier de 12,000 fr. et un concordat qui avait remis 50 °/₀ au failli : — si ce créancier n'a rien reçu depuis le concordat, il continuera à figurer pour 12,000 fr.; — s'il a reçu 6,000 fr., il est censé payé intégralement en monnaie de faillite; il ne figurera pour rien dans les nouvelles répartitions; — s'il a reçu 3,000 fr., il est payé en monnaie de faillite de la moitié de sa

créance; il est censé avoir reçu 6,000 fr., et ne figurera plus à nouveau que pour 6,000 fr. — Le Code part de cette idée que les paiements faits sont valables, car chaque créancier a reçu sans fraude ce qui lui était réellement dû; on ne peut le forcer à reverser ce qu'il a ainsi reçu. Mais alors, si les créanciers gardent les sommes payées, ils doivent reconnaître aux paiements reçus la puissance libératoire qui s'y attachait en vertu du concordat; ils ne peuvent, en conservant les sommes reçues, changer le caractère du paiement qui a été fait; il y a eu là une opération indivisible. Cela, d'ailleurs, leur sera en général avantageux; car, très probablement, le dividende fourni par les nouvelles opérations sera plus faible que celui qui avait été promis dans le concordat.

SECTION II.

DU CONCORDAT PAR ABANDON.

1063. *Le concordat par abandon est un traité par lequel les créanciers font remise au failli de toutes ses dettes moyennant l'abandon de tous ses biens.* — Il ressemble au concordat, en ce que remise est faite au failli de tout ce que les créanciers ne pourront pas recouvrer par la liquidation de ses biens; il ressemble à l'union, en ce que ces biens sont liquidés et que les créanciers se paient eux-mêmes leur dividende par les mains des syndics, au lieu de compter sur le failli pour le leur payer.

Le concordat par abandon ne fut introduit dans nos lois que par la *L.* 17 *juillet* 1856 (loi différente de celle qui, à la même date, organisa la commandite par actions), qui ajouta quatre alinéas à l'art. 541, C. com. — Elle le présente comme une exception à la règle que les débiteurs commerçants ne peuvent être admis à faire cession de biens. Mais cette institution n'a qu'une analogie lointaine avec le concordat par abandon; en effet, le concordat par abandon emporte remise de toutes les dettes, ce qui n'a pas lieu en cas de cession de biens (C. civ., art. 1270, 3e al.); et il n'affranchissait pas le failli de la contrainte par corps (cf. même art. 1270, 2e al.), car cet effet était déjà produit par le

jugement déclaratif de la faillite, et était maintenu par la déclaration d'excusabilité, si elle avait lieu (art. 530).

Le concordat par abandon se forme comme le concordat ordinaire; il produit en général les mêmes effets; et est soumis aux mêmes causes d'annulation ou de résolution (a. 541, 2° et 3° al.). Mais la liquidation des biens est soumise au régime de l'union (a. 541, 4° al.).

Effets du concordat par abandon.

1064. Ces effets peuvent se résumer en deux règles : — 1° le dessaisissement continue pour tous les biens présents au moment du concordat par abandon, et ces biens sont soumis au régime de l'union; — 2° il ne s'étend pas aux biens ultérieurs du failli, qui restent complètement disponibles pour lui.

1065. I. — *Continuation du dessaisissement pour les biens actuels.*

La liquidation doit se continuer comme en cas d'union; et il faut appliquer toutes les règles que nous étudierons bientôt pour ce cas; quoique l'art. 541 omette de renvoyer aux art. 571 et suiv., pour la vente des biens; il y a là une simple omission.

Nous étudierons les détails de la liquidation, en étudiant celle qui a lieu dans le cas d'union.

Les syndics peuvent continuer, comme avant le concordat, à invoquer les nullités et restrictions des art. 446 et suiv., 550 et suiv., 557 et suiv., 576, quoique, suivant nous et la jurisprudence, le failli concordataire ne le puisse pas; car ici ces déchéances ne profitent qu'à la masse.

1066. II. — *Pour l'avenir, le failli reprend la disposition de ses nouveaux biens.*

Il peut de nouveau se livrer à un commerce, même à celui qu'il faisait avant sa faillite. Il peut librement disposer des biens acquis par ce commerce. Ses anciens créanciers n'ont plus aucun droit sur ces biens nouveaux, sauf les effets de l'obligation naturelle qui subsiste toujours, et sauf la nécessité pour lui, s'il veut se faire réhabiliter, de les payer intégralement. — La remise faite par les créanciers de tout ce qu'ils ne peuvent obtenir par le résultat de la liquidation a les caractères et produit les effets que nous avons étudiés à propos des remises faites dans le concordat ordinaire (v. n. 1046 et suiv.).

APPENDICE AUX SECTIONS I ET II.

DES CONCORDATS AMIABLES ET DES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES.

I. — Des concordats amiables.

1067. Un concordat amiable est un véritable *contrat* entre le failli d'une part et *tous* ses créanciers consentant d'autre part. Ce qui le distingue du concordat ordinaire, c'est donc que la majorité ne fait pas la loi à la minorité, mais que tout le monde est d'accord. C'est pour cela qu'il faut le qualifier de contrat et non de traité. On l'appelle souvent *contrat d'atermoiement*, parce que, le plus souvent, on s'accorde ainsi pour concéder des délais au débiteur.

Ce contrat d'atermoiement peut intervenir à un moment quelconque de la faillite. — S'il intervient après la vérification des créances, c'est alors qu'il s'appelle le plus proprement *concordat amiable*.

1068. Ce qui fait l'avantage du concordat amiable, c'est que, tout le monde étant consentant, on a *liberté complète* de faire ce qu'on veut dans les termes du droit commun de tous les contrats. Car toutes les précautions que la loi prend à propos du concordat ordinaire ont pour but de protéger les droits des créanciers qui peuvent être éloignés ou dissidents; mais, du moment que tout le monde est présent et consentant, il n'y a plus de crainte à avoir : *consentienti non fit injuria*. Ainsi il ne sera pas nécessaire de remplir toutes les formalités de la faillite; souvent on recourt à ce moyen pour les éviter; — de même pour les formalités du concordat; — on pourra aussi mettre ans le concordat toutes les clauses que l'on voudra, notamment faire des conditions différentes aux différents créanciers, et même en avantager quelques-uns, malgré la prohibition des art. 597 et 598, qui ne s'appliquent qu'au concordat imposé par la majorité à la minorité.

Les remises faites dans le concordat amiable, étant entièrement volontaires pour tout le monde, libéreraient les cautions des dettes du failli, à la différence du concordat ordinaire (cf.

art. 545). Mais elles ne seraient pas d'ailleurs traitées comme des libéralités; car elles ne présentent toujours pas l'*animus donandi* (v. n. 1048).

Le concordat amiable tombera en cas de nouvelle faillite prononcée pour de nouvelles créances, ou en cas d'annulation pour dol, ou enfin en cas d'inexécution du contrat (C. civ., art. 1184).

II. — **Des liquidations judiciaires.**

1069. Ce sont des modes de liquidation qui ont été institués temporairement en 1848 et 1870 pour soustraire à la qualification de faillite, aux incapacités qui frappent habituellement le failli, et à certaines formalités, les cessations de paiements causées par les circonstances politiques.

Ces lois étaient intitulées à tort lois *sur les concordats amiables*.

SECTION III.

DE L'UNION.

1070. L'union est la situation inverse du concordat; elle consomme la ruine du débiteur par la vente de tous ses biens; c'est l'accord des créanciers *contre* le failli. Elle ne suppose, d'ailleurs, aucune entente formelle entre eux; par cela seul qu'on n'arrive pas aux deux majorités nécessaires pour le concordat, on est en état d'union (a. 529, 1er al.).

C'est une communauté de fait, imposée par les circonstances, par cela seul que les créanciers ont un même actif à se partager (C. civ., article 2092).

L'objet essentiel des opérations de l'union est de réaliser l'actif du failli et de le partager entre les créanciers chirographaires, une fois faits les prélèvements qui sont à prendre sur la masse et que nous avons étudiés. Aussi les pouvoirs des syndics sont-ils beaucoup plus étendus, et les formalités sont simplifiées.

Nous aurons six divisions : — 1° Organisation de l'union; — 2° Secours au failli; — 3° Pouvoirs des syndics en dehors de la liquidation proprement dite; — 4° Réalisation de l'actif; — 5°

Répartition de l'actif; — 6° Assemblées des créanciers et clôture de la faillite.

1071. I. — **Organisation de l'union.**

Les syndics sont renommés (a. 529, 2°, 3° et 4° al.); ils s'appelleront dorénavant *syndics de l'union*. — Ici, comme dans l'art. 462, on consulte les créanciers, mais leur avis n'est pas obligatoire pour le Tribunal. — Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont admis aussi à donner leur avis, parce que les syndics doivent agir aussi en partie dans leur intérêt.

Art. 532, 1^er^ al.: « Les syndics représentent la masse des créanciers et sont chargés de procéder à la liquidation. »

1072. II. — **Secours au failli**, v. a. 530. C'est la continuation de ce qui avait lieu pendant la période préparatoire (v. n. 982). Il y a seulement une différence, c'est que maintenant ce sont les créanciers eux-mêmes qui décident si le secours sera accordé; en effet, il s'agit de disposer des biens qui serviront directement à les payer. Seulement il n'est pas logique de faire fixer la quotité par le juge-commissaire, car les créanciers ne votent pas sur le point qui les intéresse le plus.

III. — **Pouvoirs des syndics en dehors de la liquidation proprement dite.**

1073. 1° *Continuation de l'exploitation.*

Cette continuation de l'exploitation va maintenant directement contre le but qu'on se propose, la liquidation aussi rapide que possible. Mais elle peut présenter des avantages évidents, notamment éviter les dépréciations trop considérables des marchandises ou du fonds de commerce, qui se produiraient si l'on voulait vendre immédiatement et à tout prix. On permet donc de s'y décider (a. 532, 2° al.). Mais il faut une très forte majorité (a. 532, 3° al.) : on est encore plus rigoureux que pour le concordat, il faut les 3/4 des créanciers; et il faut y comprendre les créanciers hypothécaires puisque la loi ne les exclut pas. — Les créanciers dissidents et le failli pourront former opposition (a. 532, 4° et 5° al.).

Cette exploitation du commerce est grave pour les créanciers, car, étant faite au nom de la masse et avec le mandat de la masse, elle oblige toutes les valeurs de la masse (C. civ., art. 1998),

de sorte que les tiers avec qui traitent les syndics sont créanciers *de* la masse et non créanciers *dans* la masse, c'est-à-dire seront payés avant tous les créanciers du failli.

La loi donne à ces tiers une garantie de plus, c'est la responsabilité personnelle des créanciers qui ont voté pour l'autorisation (a. 533). De la sorte cette autorisation établit une véritable société entre les créanciers, au lieu de la simple communauté d'intérêts qui existait par le fait seul de l'union : car il y a dorénavant une entreprise faite en commun et volontairement (cf. n. 153). Mais ils ne sont pas tenus *solidairement* envers les tiers. A l'égard des syndics, ils sont solidaires, à titre de *comandants* (C. civ., art. 2002).

1074. 2° *Transactions.*

La loi (a. 535) renvoie aux règles que nous avons étudiées dans l'art. 487 (v. n. 980); mais avec une différence : c'est que l'opposition du failli ne peut plus empêcher la transaction, même sur les immeubles. En effet, il n'a plus l'espoir de les conserver; il faut que toutes les valeurs soient réalisées; l'intérêt de la masse l'emporte maintenant complètement. Toutefois, on consulte le failli, et l'on pourrait tenir compte de ses observations; car il a encore un intérêt à faire monter le plus haut possible le dividende des créanciers, afin d'avoir d'autant moins à payer, s'il revient à une meilleure fortune, et s'il veut se faire réhabiliter. La transaction serait nulle s'il n'avait pas été consulté.

1075. 3° *Traités à forfait*, sur les créances d'un recouvrement difficile (a. 570). Ces traités peuvent être passés, soit avec le débiteur à qui on ferait des concessions pour obtenir un paiement, soit avec des tiers à qui on vendrait les créances ou actions.

L'union demande l'autorisation du tribunal. Après délibération ; c'est dire qu'il faut une assemblée des créanciers. Le failli doit encore être appelé, à peine de nullité.

IV. — **Réalisation de l'actif** (v. a. 534).

1076. *Recouvrements* : les syndics les feront s'ils n'ont pas été tous faits dans la période préparatoire. C'est ce que l'article 534 désigne par la « liquidation des dettes actives du failli ».

Vente des meubles : elle est faite en toute liberté par les syn-

dics, à la différence de ce qui a lieu dans la période précédente ; parce que dorénavant il faut réaliser à tout prix, et que c'est là l'objet direct du mandat qui leur a été donné par la masse. Il n'y a pas besoin d'appeler le failli, ni d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire. — Les syndics vendront aussi toutes les valeurs de bourse appartenant au failli, spécialement les rentes sur l'Etat, de même qu'ils pourront en toucher les arrérages. Sans doute ces rentes sont insaisissables et nous avons admis qu'elles ne sont pas frappées de dessaisissement, parce que les lois défendent toute opposition au paiement. Mais ici, il n'y aura pas lieu de faire une opposition ; il n'y a plus qu'une question de *pouvoir* pour les syndics, car rien ne s'oppose à ce qu'elles soient touchées ou vendues par mandataire ; or leur pouvoir est complètement établi *erga omnes* par le jugement qui les nomme.

1077. *Vente des immeubles* : on ne consulte pas non plus le failli : mais il faut l'autorisation du juge-commissaire, qui apprécie l'opportunité de la vente dans l'intérêt de tous (a. 572).

Les poursuites sont dorénavant centralisées entre les mains des syndics ; on suspend même les poursuites des créanciers hypothécaires, parce qu'ils n'ont plus d'intérêt à les exercer ; l'expropriation va être réalisée le plus promptement possible, dans leur intérêt, comme dans celui de la masse.

La loi ordonne qu'elles soient commencées dans la huitaine de l'union, sauf l'appréciation du juge-commissaire.

Les *formes de la vente* sont celles *des ventes des biens des mineurs* (v. C. Pr. Civ. art. 953-965), avec les seules modifications résultant de la force même des choses : ainsi l'autorisation du juge-commissaire remplacera l'avis de parents exigé par le code de procédure. — Elles sont organisées pour obtenir le plus haut prix possible. Elles se résument dans les conditions suivantes : — la vente doit avoir lieu *en justice*, c'est-à-dire en vertu d'un jugement autorisant la vente et déterminant la mise à prix ; — le cahier des charges doit être rédigé par les syndics ; — le jour et toutes les conditions de la vente doivent être publiés par des affiches et des insertions dans les journaux ; — la vente doit avoir lieu aux enchères publiques, devant un juge

commis par le tribunal, ou devant un notaire désigné par lui.

La compétence pour cette vente est celle du *tribunal civil*, et non du tribunal de commerce, car le tribunal civil est, en général, seul compétent pour ces sortes de ventes, et c'est devant lui que se poursuivent les ventes des biens de mineurs (avis du Cons. d'Et., 4-7 déc. 1810). — Quant à la compétence *ratione personæ*, elle appartiendra au tribunal du lieu de la faillite, c'est-à-dire du domicile du failli (v. a. 954, C. proc. civ.).

1078. Toujours, par analogie avec les ventes des biens des mineurs, le Code de commerce ouvre à toute personne le droit de **surenchère**, mais avec quelques différences d'application (a. 573 ; comp., C. pr. civ., art. 965). Ici le délai est de quinzaine au lieu de huitaine en cas de mineur ; et la quotité, dont la surenchère doit dépasser le prix d'adjudication, est d'un dixième au lieu d'un sixième, la surenchère est donc plus facile dans notre cas. — Quant aux formes de la surenchère, il faut se référer aux art. 708, 709, et 710, C. pr. civ., au lieu des art. 710 et 711, auxquels renvoie l'article 573 : lorsqu'en 1841, on a remanié le titre VI, du livre 2 de la 2e partie du code de procédure (L. 2 juin 1841), on a omis de modifier ces chiffres, comme on les a modifiés dans l'art. 965, C. pr. civ.

La fin de l'art. 573 consacre, comme la fin de l'art. 965, C. pr., la règle *surenchère sur surenchère ne vaut :* on permet de surenchérir pour faire monter le prix aussi haut que possible ; mais si, après une première surenchère, on pouvait toujours surenchérir, cette mesure se retournerait contre son but : car les adjudicataires, n'étant jamais sûrs de garder le bien acquis, ne se présenteraient plus et les prix baisseraient (cf. C. pr. a. 965).

4. *Les créanciers hypothécaires doivent-ils, sous peine de forclusion, surenchérir dans ce délai de quinzaine ?* En droit commun, ils ont quarante jours, non pas à partir de l'aliénation, mais à partir des notifications à fin de purge qui doivent leur être faites par l'acquéreur (C. civ., art. 2183 et suiv.) ; il y a seulement exception en cas d'expropriation forcée, où l'adjudication purge par elle-même les hypothèques, si l'on n'a pas surenchéri dans le délai de huitaine ; et dans les cas où l'aliénation est

déjà faite à la suite d'une surenchère. — Nous dirons *Non* (1) : — ce qui purge par soi-même, c'est uniquement l'adjudication sur saisie, et non aucune *autre aliénation* : v. C. pr. civ., art. 772, 3e al., et 777 dernier al., qui parlent indistinctement de *toute aliénation autre que celle sur expropriation forcée ;* donc, il ne suffit pas que l'aliénation ne soit pas complétement volontaire ; du moment qu'on ne peut pas dire qu'il y a eu expropriation forcée, on reste dans la règle, on n'est pas dans l'exception ; — il faudrait un texte formel pour enlever aux créanciers hypothécaires un droit qui leur est reconnu par le code civil ; or, loin d'en avoir, nous voyons l'art. 573 renvoyer aux règles de l'aliénation *volontaire* des biens des mineurs ; — les créanciers hypothécaires peuvent ne pas connaître la faillite de leur débiteur, et, en tout cas, ne sont pas liés expressément à la procédure, car on ne leur notifie pas le cahier des charges (C. pr., art. 692, auquel renvoie notre art. 573) ; si le failli avait acquis l'immeuble déjà grevé d'hypothèques, la faillite a beau être notoire, cela ne leur dira rien, car ils peuvent ne pas savoir qu'il est acquéreur de cet immeuble.

1079. V. — **Répartitions entre les créanciers.**

On répartit *l'actif mobilier*, dit l'art. 565. Mais il faut appliquer les mêmes règles au prix des immeubles, s'il y en avait et s'ils ne sont pas absorbés par les hypothèques, ce dont la loi n'a pas parlé, parce que cela sera assez rare.

L'article indique trois catégories de prélèvements à faire, qui ont déjà été expliqués : les frais d'administration de la faillite, les secours au failli, et les créances privilégiées. Il faut ajouter aussi le paiement de tous ceux qui étaient créanciers *de* la masse, et non *dans* la masse (v. n. 909, 911, 1063.)

Les deniers réalisés sont répartis entre les créanciers chirographaires, y compris les créanciers privilégiés ou hypothécaires pour la partie de leurs créances qui n'a pu être payée sur leur gage spécial (art. 552) ; et même en y comprenant provisoirement tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés, si l'ordre ouvert sur les immeubles n'est pas terminé (art. 554).

Ordinairement, il n'y a pas une seule répartition, mais plusieurs, à mesure de la réalisation des valeurs. V. l'art. 566.

On a dû, pour accélérer, procéder sans les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France (a. 502). Mais on réserve alors de quoi les payer (a. 567), et l'on dépose ces sommes à la caisse des dépôts et consignations (a. 568). Le 2e alinéa de l'art. 567 permet de réserver une somme plus forte que celle pour laquelle ils sont portés au bilan, parce que le failli tend toujours, dans son bilan, à diminuer son passif; en tous cas, cette manière de procéder ne peut nuire, car s'il reste des fonds libres, on les répartira ultérieurement (a. 568).

Même réserve pour les créances encore contestées (a. 568, 2e al.). Et pour les créances conditionnelles, quoique le Code n'en parle pas.

1080. *Paiement des dividendes.*

Le créancier doit présenter son titre pour établir ses droits (a. 569, 1er al.); mais on peut y suppléer par le procès-verbal de vérification (a. 569, 3e al.). — Les paiements doivent être mentionnés sur le titre (a. 560, 2e al.), afin qu'on ne soit pas exposé à payer deux fois dans la même faillite, ou à payer plus qu'il ne reste dû à un créancier qui aurait déjà reçu un dividende dans la faillite d'un coobligé du failli. C'est à cause de cela aussi que, pour tout paiement ultérieur, on exige la représentation du titre où les dividendes payés sont mentionnés. — Le créancier doit, en outre, émarger sur l'état de répartition (a. 569, 4e al.).

VI. — Assemblées des créanciers et clôture de la faillite.

1081. *Assemblées des créanciers au cours de l'union.*

Elles sont convoquées au moins une fois la première année, et, s'il y a lieu, les années suivantes, par le juge-commissaire, pour entendre le compte de la gestion des syndics, et les continuer ou les remplacer dans les formes des art. 462 et 520. Les décisions sont prises à la majorité des créanciers présents, sans tenir compte des abstentions.

1082. *Clôture de la faillite.*

Art. 537, 1er et 2e al. : « Lorsque la liquidation de la faillite sera terminée, les créanciers seront convoqués par le juge-commissaire. — Dans cette dernière assemblée, les syndics

rendront leur compte. Le faillli sera présent ou dûment appelé. »

1083. *Déclaration d'excusabilité du failli.*

Elle avait autrefois pour but de lui épargner par la suite la contrainte par corps de la part des créanciers non payés intégralement, qui vont reprendre le droit de poursuites individuelles (a. 539) ; elle remplaçait quant à cet effet la cession de biens du droit civil, qui était dès lors interdite aux commerçants (a. 541, 1er al.). Elle n'a plus cette utilité depuis la suppression de la contrainte par corps (L. 22 juillet 1867). Elle a encore une utilité morale dans l'intérêt de l'honneur du failli. — V. la procédure dans les art. 537, 2e al., et 538.

Aux termes de l'art. 540. : « Ne pourront être déclarés excusables : les banqueroutiers frauduleux, les stellionataires, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, les comptables de deniers publics. »

1084. *Dissolution de l'union.* Elle a lieu de plein droit à la clôture de la dernière assemblée (a. 537, 4e al.).

Par la dissolution de l'union, le dessaisissement cesse avec tous ses effets, comme en cas de concordat. Les créanciers reprennent leurs droits de poursuite individuelle sur les nouveaux biens que le failli pourra acquérir, afin de se faire payer la portion de leurs créances qui n'a pas pu être soldée pendant l'union. Ces poursuites sont dorénavant soumises exclusivement aux règles du droit civil sur les saisies. En d'autres termes, *une nouvelle déclaration de faillite ne peut plus être provoquée pour les mêmes causes* : — on a toujours dit : *Faillite sur faillite ne vaut*, et le Code doit être présumé avoir adopté l'ancienne règle, s'il n'a rien dit de contraire ; — de plus, le Code, qui pense à régler la réouverture des opérations de la faillite en cas d'annulation ou de résolution du concordat, n'organise rien de pareil en cas d'union, ce qui est bien significatif ; — en outre, l'art. 537, dernier alinéa, dit que l'union est dissoute *de plein droit* ; c'est bien dire qu'on ne peut pas, après avoir épuisé les biens actuels du failli, maintenir l'union par précaution, pour attendre que de nouveaux biens arrivent au failli.

En même temps que les créanciers reprennent leurs droits de poursuite individuelle, le failli reprend la libre disposition des

biens nouveaux qu'il pourra acquérir, et les obligations qu'il pourra contracter seront exécutoires sur ces nouveaux biens ; par suite, les obligations qu'il aura contractées pendant le dessaisissement commenceront à pouvoir s'exécuter sur ces mêmes biens ; et, par suite aussi, les actes, frappés de nullité dans l'intérêt de la masse par les art. 446 et suiv., 557 et suiv., pourront être parfaitement invoqués contre lui et contre tous ses créanciers, puisqu'il n'y a plus de masse. Il en sera de même des hypothèques ou des inscriptions annulées en vertu des art. 446 et 448 ; et les créanciers à hypothèques générales pourront s'inscrire sur les nouveaux biens advenus au failli. Seulement, si les anciens créanciers de la faillite peuvent prouver que certains immeubles appartenaient déjà au failli au moment où le dessaisissement durait encore, ils pourront invoquer sur eux l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 490.

TITRE II.

DES BANQUEROUTES.

Nous suivrons la division du Code en quatre chapitres : — 1° de la banquerouto simple ; — 2° de la banquerouto frauduleuse ; — 3° des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis ; — 4° de l'administration des biens en cas de banquerouto.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

1085. Les peines de la banquerouto sont correctionnelles (a. 884), d'un mois à deux ans de prison (C. pén., art. 402). Pour les agents de change et les courtiers, le seul fait de la faillite emporte banquerouto simple (C. comm., art. 88), et est puni criminellement des travaux forcés à temps (C. pén., art. 404).

Nous avons admis que le tribunal de répression ne peut prononcer les peines de la banquerouto qu'après une déclaration de faillite émanée du tribunal de commerce (v. n. 898).

Il y a deux séries de causes de banquerouto simple : — 1° les unes *obligatoires pour le juge*, dans lesquelles le juge ne peut se dispenser de prononcer la peine lorsqu'il constate les faits énumérés par la loi ; v. l'énumération dans l'art. 585 ; — 2° les autres *facultatives pour le juge*, dans lesquelles le juge peut, tout en constatant les faits délictueux, ne pas appliquer la peine ; v. l'énumération dans l'art. 586.

Quant aux *frais des poursuites*, le Code applique ici deux principes : — 1° les frais sont supportés par celui qui perd son pro-

cès (C. pr. civ., art. 130); — 2° la masse ne peut ici se confondre avec le failli, car elle est au contraire la victime de ses délits; donc, les condamnations prononcées contre le failli ne peuvent pas nuire à la masse, et celle-ci ne peut être engagée que si elle a pris une part directe aux poursuites, en autorisant les syndics à agir (a. 589). — V. pour les applications les art. 587, 588, 590.

CHAPITRE II.

DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

1089. Les peines et la procédure de la banqueroute frauduleuse sont criminelles. Les peines sont des travaux forcés à temps (C. pén., art. 402); et, pour les agents de change et les courtiers, des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 404).

Les *causes de banqueroute frauduleuse* sont au nombre de trois (a. 591) : — 1° dissimulation de l'actif; — 2° exagération du passif; — 3° soustraction des livres.

CHAPITRE III.

DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

1090-1092 V. les art. 593-596. En observant que l'art. 594 n'était nécessaire que parce qu'en général l'art. 380 C. pén. exempte de peines le vol entre proches parents.

1093. **Punition des avantages ou traités particuliers.**

L'art. 597 punit le créancier qui se fait payer son vote; cette peine s'applique soit qu'il promette de voter *pour*, soit qu'il promette de voter *contre* le failli; que son vote ait été ou non efficace pour former une majorité; et lors même qu'en fait il n'aurait ensuite pas voté; car, ce que la loi punit, c'est la *promesse* rémunérée de voter dans un sens ou dans l'autre.

Sont également punis les traités particuliers d'où résulterait en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli.

1094. Si ces avantages sont réalisés immédiatement ou doivent l'être avant la solution de la faillite, évidemment ils supposent que le failli a gardé par devers lui quelques valeurs, qu'il les a dissimulées à ses créanciers ; il y a de sa part banqueroute frauduleuse, et, de la part du créancier qui a traité avec lui, complicité dans cette banqueroute. Il faudra appliquer l'art. 403, C. én., ou l'art. 593, C. com., et non l'a. 597.

1095. L'article 598 établit pour les mêmes faits une **sanction civile** à côté de la sanction pénale de l'art. 597 ; et indépendamment des dommages-intérêts qui peuvent toujours êtres prononcés, d'après le droit commun. Cette sanction nouvelle est la nullité absolue des conventions prohibées par l'article précédent. Cette nullité, à la différence de celle des art. 446 et suiv., peut être invoquée, non seulement par la masse, mais par toute personne intéressée, même par le failli, même par un créancier postérieur à la faillite, même par la caution qui aurait garanti l'exécution de la convention. — L'article impose au tribunal cette déclaration de nullité ; elle doit donc être prononcée d'office, si personne ne se porte partie civile (v. anal. C. pén., art. 51 ; C. Inst. crim., art. 463).

1096. Si les avantages ou le traité particulier ont été stipulés du failli lui-même, ces conventions tomberont aussi sous le coup de l'art. 446, si elles sont faites dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements ; sous l'art. 447, si elles sont faites après la cessation des paiements, et sous l'art. 443, après le jugement déclaratif de faillite. Tous les faits de l'art. 597 rentrent donc dans les art. 446, 447, 443. Mais la réciproque n'est pas vraie, et ces derniers articles visent une foule de faits auxquels ne s'applique pas l'art. 597. Ces derniers faits ne donneront lieu à nullité qu'au profit de la masse, et ne seront pas punis correctionnellement. Ce seront, par exemple, tous les actes passés avec des personnes qui n'étaient pas préalablement créancières ; tous ceux qui, même passés avec des créanciers, ne sont pas passés avec eux à titre de créanciers, mais pourraient aussi bien être faits avec eux s'ils n'étaient pas créanciers.

1097. Parmi les **avantages** faits immédiatement aux créanciers, les paiements, dations en paiement, ou autres actes équi

valents, ainsi que les concessions de gages ou d'hypothèques pour créances antérieures, restent en principe soumis uniquement aux art. 446 et suiv.; à moins qu'ils ne présentent l'une des deux circonstances suivantes qui les feraient tomber sous le coup de l'art. 598 : — 1° S'ils impliquent une dissimulation d'actif, c'est-à-dire s'ils sont exécutés en secret et avec des valeurs soustraites aux investigations des syndics. — 2° Si ces actes peuvent être considérés comme le prix du vote du créancier aux délibérations de la faillite.

1098. Quant aux conventions qui ne doivent s'exécuter qu'après la clôture de la faillite, et qui nous paraissent surtout comprises dans le mot de **traités** de l'art. 597, elles tomberont toujours sous le coup de cet article, pourvu qu'elles constituent un avantage à la charge de l'actif du failli.

Mais l'art. 598, combiné avec l'art. 597, ne frappe ces traités de nullité absolue qu'autant que l'avantage qui y est fait doit être *à la charge de l'actif du failli*, c'est-à-dire pourra nuire aux créanciers. D'où les conséquences suivantes : — Un traité de ce genre ne pourrait jamais être validé s'il était passé avant le vote du concordat, car il devrait être considéré comme le prix du vote du créancier. — Passé après le concordat, il serait encore nul, s'il devait s'exécuter avant que toutes les obligations contenues au concordat ne fussent exécutées. — Mais la promesse de désintéresser complètement un créancier pourrait être valable, si elle était faite après le concordat, et si sa réalisation était subordonnée à l'exécution de celui-ci et ne devait commencer qu'après l'accomplissement de toutes les obligations qu'il contient. Si un traité de ce genre devait être exécuté après la clôture de la faillite en cas d'union, il serait valable, car il ne serait pas à la charge de l'actif du failli, dans le sens de l'art. 597, qui pense évidemment à l'actif formant le gage de la masse, et non aux biens qui peuvent advenir au failli après la clôture de l'union et qui ne font pas partie de ce gage.

V. pour la compétence l'art. 599.

1099. L'art. 600 établit la publicité de toutes les décisions judiciaires rendues en vertu des dispositions de tous les articles précédents.

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

1100. La loi conserve à la faillite sa marche propre et tout à fait indépendante parallèlement à l'action publique pour banqueroute, et elle maintient pour les intérêts privés des créanciers la compétence exclusive du tribunal de commerce (a. 601). Cela était utile à dire, parce qu'en général les tribunaux de l'ordre criminel sont compétents pour juger les actions civiles à l'occasion des infractions qui leur sont déférées (C. d'instr. crim., art. 3). Cette dérogation apparente est facile à justifier : c'est que la procédure de la faillite n'est pas du tout l'action civile, qui naît ordinairement des délits et qui n'a pour objet que des dommages-intérêts (C. d'Inst. crim., a. 2). Il y a ici toute une organisation et un ensemble beaucoup plus complexe de droits à régler.

1101. La loi prend des précautions pour que la procédure de la faillite ne puisse pas nuire à la répression. V. les art. 602, 603.

V. également les mesures ordonnées par les art. 459, 482, 483, pour mettre le ministère public sur la trace des infractions (ci-dessus, n. 983).

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.

1102. La réhabilitation est *une déclaration de la justice destinée à relever le failli des incapacités qu'il avait encourues par sa faillite* et qui survivent même à la clôture des opérations. — Nous rappelons sommairement ces incapacités, qui sont de quatre ordres (Cf. n. 929) : — 1° incapacités politiques, d'être électeur, éligible, etc ; — 2° incapacité d'être agent de change ou courtier (art. 83) ; — 3° impossibilité d'être admis à l'escompte par la Banque de France (Décr. 18 janv. 1808, art. 50, 51) ; — 4° exclusion de la Bourse (a. 613).

Nous examinerons d'abord les conditions nécessaires pour la réhabilitation ; ensuite la procédure à suivre.

I. — Conditions de la réhabilitation.

1103. La loi exige que le failli ait *acquitté* ses dettes. Le failli peut être réhabilité, lors même qu'il n'aurait pas obtenu un concordat, lors même qu'il n'aurait pas été déclaré excusable ; car la loi n'exige rien de pareil.

L'acquittement des dettes comprend le paiement, et tous les actes équivalents, qui auront désintéressé réellement les créanciers, comme la dation en paiement, la compensation, la confusion. Mais cela ne comprend pas les modes de libération, qui ne désintéressent pas réellement le créancier : comme la novation, qui met seulement une dette à la place d'une autre ; ni la remise volontaire.

Le failli doit avoir payé aussi les *intérêts* et *frais*. Quant aux intérêts, il ne saurait y avoir difficulté pour ceux qui couraient avant le jugement déclaratif, en vertu de la convention ou en vertu d'une demande en justice (C. civ., art. 1153), et dont ce

jugement a suspendu le cours à l'encontre de la masse seulement, et non à l'encontre du failli (v. n. 946). Mais Q. *pour les créances qui ne produisaient pas intérêt avant la faillite, les intérêts sont-ils dus depuis le jugement déclaratif quoiqu'il n'y ait pas eu proprement une demande en justice?* On admet très généralement l'affirmative : — le texte de l'art. 604 paraît bien indiquer cette pensée ; — toute la procédure de la faillite, exercée au nom de tous les créanciers, est bien équivalente à une demande en justice ; — enfin l'art. 1153 a pour but de protéger le débiteur contre la charge trop lourde des intérêts ; or ici le paiement ne pouvant pas être exigé, n'étant qu'une condition de la réhabilitation, il n'y a pas le même besoin de protection.

Si le failli qui veut payer un créancier ne le trouve plus, il consignera la somme, et se libérera valablement (C. civ., art. 1257 et suiv.)

Une fois l'acquittement bien établi, la Cour ne peut refuser la réhabilitation ; elle n'a pas à apprécier par ailleurs la moralité du failli ; aucun texte de la loi ne fait entrer cet élément en ligne de compte, à la différence de ce qui est dit pour la réhabilitation criminelle (C. instr. cr., art. 624, 2°) ; et on a déclaré dans les travaux préparatoires qu'on n'avait à considérer que l'acquittement des dettes.

Si le failli était associé dans une maison de commerce, il doit avoir acquitté toutes les dettes de la société (a. 604, 2e al.). C'est l'effet de la solidarité, dont l'associé peut bien être déchargé par l'effet d'un concordat particulier, et dans la mesure des remises faites par le concordat ; mais qui subsiste, de même que les obligations antérieures au concordat, à titre d'obligation naturelle, et au point de vue de la réhabilitation. — Aussi cet alinéa ne doit évidemment s'appliquer qu'aux associés solidaires.

1104. Pour être réhabilité, il est nécessaire que le failli ait payé *toutes ses dettes*, dit la loi. Mais ces mots ne doivent s'entendre que des dettes qui ont figuré au passif de sa faillite ; on n'a pas à s'occuper de savoir s'il a actuellement de nouvelles dettes non payées (pourvu bien entendu que les nouveaux créanciers ne le mettent pas de nouveau en faillite) : — la réhabilitation étant destinée simplement à effacer les conséquences

de son ancienne faillite ; il est bien évident que ce sont uniquement les dettes de cette ancienne faillite qui doivent être prises en considération ; — l'art. 604, 2e al., parlant d'un associé, exige seulement que les *dettes de la société* aient été acquittées, il ne se préoccupe pas des dettes qui ont pu ultérieurement être contractées par cet associé.

Le failli devra encore avoir acquitté les dettes qui avaient été atteintes de nullité en vertu des art. 443, 446 et suiv. ; car le non paiement de ces dettes était encore une conséquence de sa faillite et il ne peut être réhabilité tant que des créances quelconques sont en souffrance par l'effet de sa faillite.

1105. Il peut se faire que quelques créances non payées aient échappé aux investigations de la justice, peut-être même avaient-elles été oubliées par le failli. Il est évident pour nous que, si le failli, mis en demeure, ne paie pas ces créances, le bénéfice de la réhabilitation serait perdu pour lui, que le jugement serait censé non avenu, et que toute personne, en faisant cette preuve, pourrait lui dénier les droits dans lesquels la réhabilitation l'avait rétabli. Mais q. *Faut-il aller jusqu'à dire que le fait seul d'avoir réclamé et obtenu sa réhabilitation a fait renaître de plein droit contre le failli l'obligation civile de payer ces créances, malgré le concordat qui les avait remises ?* On l'a soutenu ; mais nous ne saurions l'admettre ; car cette obligation ne résulte pas nécessairement des faits, et aucun texte ne l'édicte.

1106. La réhabilitation est impossible pour certaines catégories de personnes, notamment les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, les stellionataires, les tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'ont pas rendu et soldé leurs comptes (a. 612).

Il importe de rapprocher la réhabilitation commerciale, dont nous parlons, de la réhabilitation criminelle, qui est accordée par le chef de l'Etat, sur le rapport du ministre de la justice, avec l'avis de la cour d'appel (chambre des mises en accusation), et qui a pour objet de relever le condamné des incapacités entraînées par sa condamnation (v. C. d'instr. crim., art. 619-634). — Ces deux espèces de réhabilitation sont possibles pour le banqueroutier simple après l'expiration de sa peine (a. 612, 2e

al.); mais il faut en plus, pour la réhabilitation criminelle, qu'un délai de trois ans se soit écoulé depuis cette expiration de la peine. Pour le banqueroutier frauduleux, la réhabilitation commerciale est impossible ; tandis que la réhabilitation criminelle est possible dans les conditions indiquées par l'art. 623, 3e al., C. d'inst. crim. Il faut remarquer même que, d'après cet alinéa, la remise des dettes par les créanciers suffit ; on n'exige pas qu'elles soient réellement acquittées.

II. — **Procédure de la réhabilitation.**

1107. V. les art 605-611, 614.

LIVRE II.

DU COMMERCE MARITIME.

L'ordonnance de 1681, dans ses livres II et III, a été le modèle, souvent copié textuellement de notre livre II du code de commerce, et les commentateurs de l'ordonnance (cités au n. 17), Valin, Emérigon, Pothier, sont souvent encore les meilleurs interprètes du droit moderne. — Nous devons indiquer aussi que les autres livres de l'ordonnance, le livre III et le livre IV, et même le livre I^er^ (avec des modifications assez considérables dues aux changements profonds qu'a subis notre organisation administrative et judiciaire), sont encore en vigueur actuellement. Leurs règles doivent être encore appliquées, notamment pour la police des ports, pour la pêche maritime, et plus spécialement, au point de vue commercial, pour le règlement des droits sur les objets provenant d'un naufrage et trouvés, soit sur les côtes, soit en pleine mer, et notamment à l'égard du sauvetage d'un navire abandonné par son équipage.

1109. Le livre II du Code de commerce n'a pas été remanié depuis sa première promulgation de 1807. Quelques lois ont seulement modifié un certain nombre d'articles : nous devons surtout signaler ici la L. 12 août 1885. Une L. 10 décembre 1874, a rendu les navires susceptibles d'hypothèques ; elle a été refondue dans celle du 10 juillet 1885.

1110. **Coup d'œil d'ensemble sur le droit maritime.** L'objet commun, direct ou indirect, des contrats que réglemente

le droit maritime, c'est le *transport par mer*. Nous avons donc à étudier ici les formes spéciales que prend le contrat de transport, quand il s'agit d'un voyage par mer ; de plus, toutes les conventions accessoires qui se rattachent à ce contrat, et, enfin, le régime particulier de la propriété d'une catégorie de biens spéciale au commerce maritime, les navires. — Tous ces objets divers de notre étude peuvent se ranger sous les cinq chefs suivants.

1111. I. — **Moyens de transport.** Ce sont les **navires,** biens essentiellement mobiliers par leur nature, puisqu'ils sont destinés à être toujours en mouvement, mais qui sont soumis à un régime tout spécial, se rapprochant sur plusieurs points du régime des immeubles, et qui notamment sont devenus susceptibles d'hypothèques (v. tit. I et II).

1112. II. — **Agents du transport.**

1° **Les propriétaires de navires,** dont les droits, surtout dans le cas très fréquent de copropriété, présentent des particularités intéressantes (v. titre III).

2° **Les armateurs.** Ce sont ceux qui ont décidé que le navire ferait tel voyage déterminé, et qui l'ont *armé* en conséquence, c'est-à-dire ont complété son gréement en vue de ce voyage, formé son équipage, mis à bord les provisions nécessaires, sauf à chercher ensuite des **chargeurs** qui leur fourniront des marchandises à transporter au port désigné. — Les armateurs seront souvent les propriétaires du navire ; mais ce pourra être aussi une personne qui l'aura loué, *affrété*, en totalité, soit pour son usage personnel, soit afin d'entreprendre des transports pour autrui.

3° **Le capitaine** est chargé de la conduite du navire (titres III et IV), et, comme tel, mandataire à divers titres des différentes parties intéressées à la bonne arrivée de ce navire : — des propriétaires, pour tout ce qui concerne la propriété même du navire ; — de l'armateur (propriétaire ou non), pour tout ce qui se rattache à l'entreprise de transport, ou à l'usage du navire à titre de louage ; — des chargeurs, pour les soins à donner aux marchandises. Dans toutes les matières que nous venons d'indiquer, le mandat du capitaine présente plusieurs règles exorbitantes

du droit commun : séparé de ses mandants par des distances énormes, et exposé à beaucoup d'événements imprévus, il devait nécessairement avoir une initiative et des pouvoirs considérables.

4° **Les matelots et l'équipage.** Le titre V règle les diverses conditions de leur engagement.

1113. III. — **Contrat de transport.** Ce contrat se présente habituellement dans la pratique sous forme de louage du navire en totalité ou en partie ; car, s'obliger à transporter telles marchandises sur un navire déterminé, c'est bien au fond louer l'usage du navire pour ce transport ; et réciproquement. — Ce louage total ou partiel porte le nom de contrat d'**affrètement** ou de **nolissement** ; ces deux mots sont synonymes (v. art. 273).

A ce contrat se réfèrent deux sortes d'écrits :

1° La **charte partie** (v. tit. VI), qui est la constatation par écrit du contrat lui-même : promesse par le **fréteur** (*propriétaire, armateur*), représenté souvent par le capitaine, de mettre le navire à la disposition de l'**affréteur** pour le transport de telles marchandises ; promesse par l'**affréteur** de payer le prix du transport ou fret (v. tit. VIII).

2° Le **connaissement** (v. tit. VII), qui constate la remise des marchandises au capitaine, c'est-à-dire l'exécution partielle du contrat par l'affréteur, et, par là, renouvelle et précise l'obligation, prise par le capitaine, de transporter les marchandises et d'y donner tous ses soins. Il y a alors un complément du contrat précédent ou un nouveau contrat qui se forme *re*, par la remise des marchandises, de même que le contrat de transport par terre (v. n. 538).

1114. IV. — **Risques maritimes.** Les navires et les objets qu'ils portent sont exposés à des risques considérables, par suite de mille événements qu'on comprend sous le nom général de **fortunes de mer** ou **sinistres.** Ils peuvent subir ou une **perte** totale ou des **avaries** plus ou moins importantes.

En principe, la *perte* ou les *avaries* (v. titre XI) sont supportées par le propriétaire des objets atteints par le sinistre, *res perit domino* (cf. art. 100), à moins qu'elles ne proviennent de la faute

de quelqu'un ; en ce cas le propriétaire a son recours contre celui qui a été en faute. Cette règle est conservée absolument pour les avaries ordinaires que l'on qualifie d'**avaries simples** ou **particulières.** Mais elle souffre exception pour ce qu'on appelle les **avaries grosses** ou **communes,** c'est-à-dire pour les dommages causés *volontairement* au navire ou à la cargaison *dans l'intérêt du salut commun.* Celles-ci sont réparties entre tous les intéressés au navire et au chargement dans la proportion de leur intérêt (art. 401). Le règlement auquel elles donnent lieu s'appelle **contribution.** Cela a lieu notamment dans le cas de *jet,* prévu par le titre XII, c'est-à-dire lorsque certains objets sont jetés à la mer pour sauver le bâtiment et le reste de la cargaison.

Le propriétaire d'un objet soumis aux risques de mer peut se décharger de ces risques, soit directement et principalement au moyen d'une **assurance** (v. tit. X), soit indirectement, et en quelque sorte accessoirement, au moyen du **prêt à la grosse** (titre IX). Dans le **contrat d'assurance,** l'assuré, moyennant une prime qu'il paie, obtient de l'assureur la promesse d'être indemnisé de tous dommages qui seront causés par fortunes de mer à la chose assurée. **L'emprunt à la grosse** est un emprunt au remboursement duquel sont spécialement affectés des objets soumis aux risques de mer ; de façon que si ces objets périssent en mer, l'emprunteur ne devra rien rendre ; s'ils sont détériorés, il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de la valeur qui en restera ; et, s'ils arrivent sains et saufs, il devra, outre le capital, une *prime,* ou *profit maritime,* bien supérieure au taux ordinaire de l'intérêt des prêts. — Dans ces contrats, le propriétaire des objets mis en risques se décharge de ces risques, mais il ne doit jamais tirer un profit de son contrat ; les risques passent à la charge de l'autre partie, justifiant ainsi la perception par celle-ci de la prime d'assurance ou du profit maritime. Mais ces deux institutions diffèrent notamment par les traits suivants : — le prêteur à la grosse fournit une somme d'avance, tandis que l'assureur ne paie qu'après le sinistre la valeur des objets assurés ; — il s'ensuit que l'assureur contracte une obligation, tandis que le prêteur n'en contracte aucune ; — la prime d'assurance est

due dans tous les cas à l'assureur, en cas de perte comme en cas de l'heureuse arrivée des objets assurés, tandis que le profit maritime n'est dû que si les objets sont sauvés. Il y a encore d'autres différences de détail que nous verrons plus tard.

1115. V. — Le code, dans les deux derniers titres du livre II, traite de quelques **prescriptions** abrégées applicables en matière maritime (titre XIII), et de certaines **fins de non recevoir,** qui peuvent être considérées comme des prescriptions encore plus abrégées (titre XIV).

Nous suivrons dans nos explications l'ordre indiqué dans le résumé que nous venons de faire. Il est plus conforme à l'ordre logique des idées; il rendra notre exposition plus claire, et ne s'écarte d'ailleurs de l'ordre du Code que par une légère interversion dans les titres IX, X, XI et XII.

TITRE PREMIER.

DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER.

1145. Le mot **navire** est le terme technique et générique pour désigner tous les bâtiments de mer, quels que soient d'ailleurs leur forme, leur gréement et leur importance. Ils portent dans la pratique des dénominations très variées, à raison de ces différentes circonstances, telles que celles de trois-mâts, brick, goëlette, barque, etc. ; mais le mot *navire* embrasse tout.

Les mots « *autres bâtiments de mer* » paraissent donc, dans la rubrique de notre titre, présenter une redondance inutile. Pourtant ils ont une certaine portée, révélée par les travaux préparatoires ; ils indiquent que les dispositions de notre titre, et plus généralement de tout le livre II, ne s'appliquent qu'aux bâtiments de mer, et nullement aux bâtiments de rivière qu'on appelle plus spécialement *bateaux*. — Quant au mot *vaisseau*, qui, dans la langue usuelle, est synonyme de navire, il est (sauf à Marseille) réservé, dans la langue un peu plus technique, pour désigner les grands bâtiments de la marine de l'Etat.

Le navire est un ensemble de charpente en bois ou en fer destiné à voguer sur la mer. — Il forme avec ses accessoires un tout indivisible. Aussi le mot *navire*, employé dans les textes de lois ou dans les actes, comprend, non seulement le *corps* du navire, mais encore les *agrès et apparaux* ; et dans ceux-ci il faut comprendre, non seulement les accessoires qui font partie intégrante du navire, et ne pourraient en être détachés sans le briser, comme les mâts, bastingages, gouvernail, etc., mais encore les objets qui y sont seulement attachés, ou même qui sont simplement affectés à son service, tels que vergues, poulies, cabestans, ancres, chaloupe, canot, etc. ; ces objets en font partie comme

les immeubles par destination font partie du fond auquel ils sont attachés, matériellement ou intellectuellement. — Tous ces objets sont d'ailleurs compris dans le mot *corps* du navire, pris *lato sensu;* par exemple, lorsqu'on emploie ce mot par opposition aux *facultés*, c'est-à-dire à la cargaison qu'il porte.

Le Code à la suite de l'ord. de 1681, déclare que les navires sont meubles (art. 190). Mais, vu leur masse et leur valeur, ils se rapprochent sur plusieurs points des immeubles. Une loi récente les en a rapprochés encore plus en les rendant susceptibles d'hypothèques.

Beaucoup de règles relatives aux navires se rattachent au droit administratif, à la police de la navigation. Nous ne nous y arrêterons pas ; cela nous mènerait beaucoup trop loin. On en trouvera le tableau complet dans le **Règlement général** du 7 novembre 1866, livre IV, art. 141 et suiv [1].

Nous étudierons seulement dans deux chapitres : — 1° l'état civil des navires ; — 2° le régime de leur propriété.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTAT CIVIL DES NAVIRES.

1117. La nationalité des navires est très importante à déterminer, notamment au point de vue des droits de douane ; car la perception et la quotité de ces droits, soit en France, soit à l'étranger, dépendent souvent du pavillon que porte le navire. Au point de vue des rapports internationaux, la nationalité du navire, le droit de porter tel pavillon, a encore une foule de con-

1. Nous citerons souvent ce *Règlement général sur l'administration des quartiers, sous-quartiers et syndicats maritimes, l'inscription maritime, le recrutement de la flotte, la police de la navigation, les pêches maritimes*. Il a eu pour objet de coordonner toutes les règles éparses dans un très grand nombre de lois, décrets, ordonnances, etc. Il résume toutes ces règles dans 313 articles, en citant sous chaque règle les dispositions législatives d'où elle résulte. Il n'a pas eu pour objet de poser aucune règle nouvelle ; aussi, quoiqu'il ait été approuvé par décret impérial du 7 novembre 1866, il n'a pas été inséré au Bulletin des lois. Il a été imprimé à l'imprimerie impériale en un volume qui n'a pas été mis dans le commerce, et qu'on ne peut se procurer qu'en en faisant la demande au ministère de la marine.

séquences très importantes, comme le droit à la protection des agents diplomatiques nationaux et des forces militaires ou navales, la fiction d'exterritorialité, etc.

La nationalité des navires est, comme pour les personne, déterminée directement par des règles spéciales, qui fixent les conditions de ce qu'on appelle la **francisation** du navire. A cet égard, de même qu'à plusieurs autres, les navires sont traités comme des personnes et ont un véritable *état civil*, régulièrement tenu. — Ainsi ils doivent nécessairement avoir un **nom** (loi du 5 juillet 1836, art. 8). — Ils ont aussi un *domicile légal*, c'est leur **port d'attache** (v. Règl. 1866, art. 170), où ils sont immatriculés, comme les marins eux-mêmes, au bureau de l'inscription maritime et de plus au bureau des douanes. — Ils ne peuvent voyager sans une sorte de passeport qu'on appelle le *congé* (v. n. 1211). — Enfin toutes les mutations de leur propriété (qui sont comme leurs changements d'état) doivent être constatées à la fois sur les *registres matricules* et sur l'*acte de francisation*, qui est comme un extrait de ces registres (v. *infrà*).

1118. **Conditions de la francisation** (v. Règl. 1866, art. 141).

I. — Il fallait autrefois que le navire eût été construit en France ou dans les possessions françaises (Décr. 12 sept. 1793, art. 2) ; la règle a été supprimée complètement par la *Loi 19 mai 1866, sur la marine marchande*, art. 3, qui a accordé toute liberté pour la francisation des navires étrangers, moyennant un droit d'importation.

II. — Il fallait aussi que le navire appartînt en totalité à des Français. Il suffit maintenant que la *moitié* de la propriété appartienne à des Français (L. 9 juin 1845, art. 11).

III. — Il faut qu'il soit monté par des marins français ; le capitaine et les officiers du bord doivent nécessairement être tous Français ; et les trois quarts des matelots doivent l'être aussi (Décr. 21 sept. 1793, art. 2).

1119. **Perte de la nationalité française :** — Par radoub et réparation en pays étranger, pour une valeur de plus de 6 fr. par tonneau, à moins de nécessité (Décr. 18 oct. 1797, art. 8) ;

— par changement de forme, de tonnage, etc., sauf possibilité d'une nouvelle francisation.

1120. **Acte de francisation** (v. Règl. 1866, art. 145-160).

L'*acte de francisation est un écrit délivré au propriétaire du navire, et constatant le droit qu'il a de porter le pavillon français*, et d'en invoquer les avantages.

1121. L'acte de francisation n'est délivré aussi qu'après le **jaugeage** du navire; car la mention de son *tonnage* est un des éléments de son identité, qui doivent être mentionnés, par l'administration des douanes, et sur les registres matricules, et sur l'acte de francisation.

CHAPITRE II.

RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ DES NAVIRES

1122. L'art. 190 consacre, après l'ordonnance de 1681, (liv. II, tit. X, art. 1[er]), et l'art. 531, C. civ., le caractère mobilier des navires. On peut indiquer comme conséquences de ce caractère : qu'ils tombent dans la communauté légale ; que, s'ils appartiennent à des incapables, les conditions de leur revendication seront celles édictées pour les meubles ; que leur vente n'est pas susceptible de rescision pour lésion.

Mais le code indique en même temps une grave dérogation au droit commun en ce qui les concerne. Cette dérogation consiste en ce que les créanciers ont un droit de suite sur les navires, comme sur les immeubles (art. 190, 2[e] al.) ; et, ce qui est plus exorbitant encore, ce droit de suite appartient même aux créanciers purement chirographaires (même alinéa). Seulement la purge de ce droit est très facile (v. art. 193). — Une autre règle spéciale aux navires, c'est que le Code de commerce a dressé une liste toute spéciale des privilèges existant sur eux. — Enfin la *L.* 10 *déc.* 1874 et la *L.* 10 *juill.* 1885 ont fait une nouvelle exception au droit commun, et bien plus considérable que toutes les autres, en rendant les navires susceptibles d'hypothèque, à l'instar des immeubles. — Il faut ajouter, quoiqu'il n'y ait pas de texte formel sur ce point, que la règle *en fait de meubles possession vaut titre* ne s'applique pas aux navires. Aussi nous aurons

à dire quelques mots de la prescription qui leur est applicable (v. *infrà*, n. 1156).

Quatre paragraphes : — 1° privilèges sur les navires ; — 2° droit de suite des créanciers et son extinction ; — 3° vente des navires (avec appendice sur la prescription) ; — 4° hypothèque des navires.

§ Ier

Privilèges sur les navires.

1124. L'art. 191 donne, non seulement la liste des privilèges, mais l'ordre même dans lequel ils doivent passer, ce qui supprime toute discussion possible sur leur classement respectif. C'est un avantage qu'on n'a pas en matière civile pour les privilèges spéciaux sur les meubles, v. art. 2102, C. civ.

Les principes généraux qui paraissent servir de guide au législateur commercial, sont, du reste, les mêmes que posent les commentateurs du Code civil, pour appliquer l'a. 2102. On peut, dans l'a. 191, distinguer trois périodes, auxquelles se rapporte la naissance des créances privilégiées : — 1° après le dernier voyage (1°-5°); — 2° pendant le dernier voyage (6° et 7°); — 3° avant le dernier voyage, ou avant tout voyage (8°-11°). — Or tous les privilèges des deux premières périodes sont fondés sur ce que la valeur du navire a été conservée dans le patrimoine du propriétaire; par conséquent ceux qui sont devenus créanciers à cette occasion ont rendu service à tous les autres créanciers en conservant leur gage; il est donc juste qu'ils passent avant eux. Si l'on applique la même idée entre les créanciers privilégiés énumérés par l'article, on voit que les derniers en date ont rendu service aux premiers, en conservant le bien sur lequel ils exercent leur privilège, tandis que les premiers n'ont rien fait pour les derniers; il est donc juste, en principe, de *classer ces privilèges dans l'ordre inverse des dates de naissance des créances;* les plus récents primeront les plus anciens. — Les privilèges de la troisième période, celle qui remonte le plus haut dans le passé, sont fondés : le n° 8 sur la mise de la valeur dans le patrimoine du débiteur; les n°s 9, 10 et 11, sur ce qu'on appelle-

rait pour les meubles ordinaires la convention tacite de gage. Dans cette période, il faut appliquer, en général, la règle inverse de celle de la période précédente : les plus anciens primeront les plus récents ; *prior tempore, potior jure.*

Notons qu'en principe tous les créanciers compris au même numéro de l'article viennent au marc le franc entre eux sans aucune préférence (art. 191, *in fine*).

I. Créances nées après le dernier voyage.

1125 1° *Frais de justice et autres, faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix* (cf. C. civ., art. 2101, 1°). Ces frais profitent à tous les créanciers sans exception, privilégiés ou non, puisque les opérations qui y ont donné lieu sont absolument nécessaires pour que les créanciers puissent se faire payer.

1126. 2° *Les droits de pilotage, tonnage, cale, amarrage, bassin ou avant-bassin.* Cf. art. 192, 2°. Ces droits sont dus pour la mise en sûreté du navire dans le port; eux seuls ont rendu possibles la saisie et la vente; de plus, ils doivent être payés à l'administration avant que l'on ne puisse emmener le navire; ils sont donc nécessaires pour donner la libre jouissance à l'adjudicataire, et par là ils se rattachent au 1°.

1127. 3° *Les gages du gardien et frais de garde du bâtiment, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente* (v. art. 192, 3°). Ces frais ont, comme ceux du 2°, conservé le gage des créanciers.

1128. 4° *Le loyer des magasins où se trouvent déposés les agrès et apparaux.* Cf. art. 192, 3°. — Le propriétaire des magasins, en les abritant, a permis de les conserver avec toute leur valeur pour la vente, et cela depuis l'entrée au port.

Mais il n'a pas, suivant nous, le privilège de bailleur sur les agrès et apparaux, comme garnissant les lieux loués (C. civ. art. 2102 1°).

1129. 5° *Les frais d'entretien du bâtiment et de ses agrès et apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port.* Cf. art. 192, 3°. — Ce sont les frais faits *depuis la fin* du dernier voyage.

II. Créances nées pendant le dernier voyage.

1130. 6° *Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage.* Cf. art. 192, 4°; et *infrà*, tit. 5,

art. 250. — Les soins et le travail du capitaine et de l'équipage ont conservé le navire pendant le voyage, et rendu possible l'exercice du droit des autres créanciers.

1131. 7° *Les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement des marchandises par lui vendues pour le même objet.* Cf. art. 192, 5°. — Le capitaine, en cas de nécessité, a le droit, au cours du voyage, d'emprunter pour ces objets sur le corps du navire, et même d'engager ou de vendre des marchandises du chargement (art. 234). Les sommes ainsi obtenues ont sauvé le gage commun et permis au navire d'atteindre le port où il pourra être vendu; elles ont donc rendu service à tous les créanciers antérieurs; voilà pourquoi elles sont privilégiées. — Notre alinéa n'exige pas qu'il y ait eu un prêt à la grosse; un prêt pur et simple aurait le même rang, et passerait avant les prêts à la grosse qui n'auraient pas conservé le navire au cours du voyage, et qui, d'après notre article, n'ont que le 9e rang.

La loi ne classe nulle part ceux qui auraient, à crédit, fait les réparations ou fourni les victuailles au port de refuge; car nous n'admettons pas qu'ils soient compris au 5° ci-dessus. Mais il faut les assimiler par identité complète de raison à ceux qui ont prêté des deniers pour cet objet; car, en fournissant à crédit, ils ont avancé ces valeurs au capitaine.

III. — **Créances nées avant tout voyage ou avant le dernier voyage.**

1132. 8° *Les sommes dues aux vendeurs, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage, — et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement, avant le départ du navire, s'il a déjà navigué.* Cf. art. 102, 6°. Cet alinéa consacre un privilège pour des personnes qui n'ont plus conservé le gage commun, mais qui l'ont *mis dans le patrimoine* du débiteur : le vendeur ou les constructeurs pour le tout; ceux qui ont réparé le navire ou complété son armement, pour la plus-value produite par les réparations ou l'armement. Il est juste que ces créanciers soient primés par tous ceux, qui, au cours du dernier voyage ou depuis, ont conservé le navire.

1133. A. *Privilège du vendeur de navire.*

En lisant notre alinéa on devrait croire que le vendeur n'a son privilège qu'autant que la vente a eu lieu avant tout voyage du navire. Mais, par application du droit commun (C. civ. a. 2102, 4°), il faut le lui accorder, à quelque moment qu'ait eu lieu la vente, même après un ou plusieurs voyages.

1134. B. *Privilège pour construction, réparation ou armement du navire.* Dans le cas où le navire n'a pas encore navigué, la loi donne privilège aux « *fournisseurs et ouvriers employés à la construction.* » Dans le cas où le navire a déjà navigué, le privilège existe au profit des « *créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement.* » Ils sont à la place des constructeurs, dont le privilège a disparu par l'effet du voyage (v. *infrà*, n. 1138).

1135 9° *Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux et sur armement et équipement du navire dues pour le dernier voyage.* Cf. art. 192, 7°. — Cet alinéa a été abrogé par la L. 10 décembre 1874, et cette abrogation a été renouvelée par L. 10 juillet 1885, a. 39.

1136. 10° *Le montant des primes d'assurance faites sur corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire dues pour le dernier voyage.* Cf. art. 192, 8°. — Nous regardons ce privilège comme fondé sur une affectation du navire résultant de la convention tacite des parties, cette interprétation de la volonté des parties étant justifiée elle-même par les usages constants du commerce.

1137. 11° *Les dommages-intérêts dus aux affréteurs pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées ou pour remboursement des avaries souffertes par lesdites marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage.* Cf. art. 192, 9°. — Ce privilège, de l'aveu de tous, résulte d'une affectation tacite du navire au recours des chargeurs; cela est démontré par l'art. 280, qui affecte aussi réciproquement les marchandises aux recours que peut avoir l'armateur.

1138. Durée de ces privilèges.

Nous ne parlons ici que de leur durée normale, de celle que la loi leur assigne par la disposition même qui les constitue, in-

dépendamment de toute circonstance extrinsèque, notamment sans supposer que le navire change de maître et qu'il puisse y avoir lieu à une purge (pour ce dernier cas, v. a.l § 2).

Les nos 1 et 2 visent des frais qui précèdent immédiatement ou accompagnent la saisie et la vente; ils supposent nécessairement que les privilèges dont ils parlent s'exerceront dans un délai très court.

Toutes les autres créances dont parle notre article, sauf celles du vendeur et des constructeurs, sont subordonnées au dernier voyage; elles remontent tout au plus aux préparatifs faits en vue de ce dernier voyage. Donc ces privilèges disparaissent lorsque le navire a fait un nouveau voyage; car, à partir de ce moment, le voyage qui avait fait naître ces créances n'est plus *le dernier*.

Quant au constructeur, la loi, en exigeant que le navire n'ait pas encore navigué, le met tout simplement en demeure d'exercer ses droits avant le premier départ du navire, comme les créanciers des cinq premiers numéros. — Nous réservons pour le moment ce qui concerne le vendeur.

1130. ❧. *Quand le navire aura-t-il fait un voyage*, de façon à faire disparaître tous les privilèges des cinq premiers numéros, de façon à remplacer toute la série des privilèges relatifs au précédent voyage par la série des créanciers relatifs à ce nouveau voyage? — L'art. 194 définit, par certaines présomptions légales, le voyage qui pourra éteindre le droit de suite des créanciers. On s'accorde en général à ne pas l'appliquer à l'extinction du droit de préférence qui nous occupe; car il pose des présomptions très arbitraires, on ne peut donc l'appliquer en dehors du cas précis auquel il se réfère. — Une fois écartée l'application de l'art. 194, beaucoup d'auteurs admettent *que le dernier voyage ne devra pas s'entendre de la même façon dans les divers alinéas de l'art.* 191, *et que pour chaque privilège il aura un sens différent* suivant les conventions qui existent avec les divers créanciers. Pour nous, le législateur, en reproduisant toujours la même formule, « le dernier voyage », a voulu adopter le même délai, suffisant pour sauvegarder les droits de tous. Ce délai doit s'entendre de ce qu'on appelle un voyage complet, comprenant l'*aller et le*

retour; tous les créanciers dont les droits sont nés pendant le voyage ou à propos de ce voyage attendront naturellement pour agir le retour en France; mais quand le navire y sera revenu, ils n'auront pas de raison sérieuse pour ne pas faire régler leurs droits à ce moment.

1140. Nous avons réservé jusqu'ici le privilège du vendeur. C'est que, suivant nous, il n'est nullement subordonné au dernier voyage du navire, ni à aucun autre voyage entre les mains de l'acheteur. L'art. 191, 8°, ne dit nullement qu'il soit éteint par le premier voyage postérieur à la vente.

1141. **Des autres privilèges sur les navires.** Q. *Faut-il admettre sur les navires les privilèges ordinaires, en dehors de ceux énumérés par l'art.* 191? (C. civ., art. 2101, 2102; C. com., art. 195, 549). Nous l'admettons, car les navires rentrant dans la catégorie des meubles (art. 190) tombent directement sous la formule générale des art. 2101 et 2102, C. civ.; il faudrait donc une disposition bien formelle pour les soustraire à l'application de ces textes; or, quelque conjecture que puisse suggérer l'art. 191 sur la pensée du législateur, on n'y trouve pas une expression suffisante pour proscrire l'application du droit commun.

Il y aura seulement une réserve à faire : c'est que les créanciers dont l'art. 191 a parlé ne pourront pas, lorsqu'ils ne seront pas dans les conditions imposées par cet article, invoquer les dispositions de droit commun qui pourraient s'appliquer à eux. En s'occupant d'eux, le législateur a précisé et modifié à leur égard les règles du droit commun; *specialia generalibus derogant*. Ainsi les matelots ou le capitaine ne pourraient pas, pour leurs gages de l'avant-dernier voyage, prétendre qu'ils rentrent dans la catégorie des gens de service (C. civ., art. 2102, 4°) ou des ouvriers et commis des marchands (C. com., art. 549).

1142. Ces privilèges de droit commun qui pourront s'appliquer aux navires, seront d'abord tous les privilèges généraux de l'art. 2101, C. civ., et ensuite celui fondé sur la conservation de la chose; notamment pour ceux qui concourent au sauvetage du navire.

1143. **Assiette des privilèges.** Ces privilèges portent sur le navire avec tous ses accessoires; ce que nous avons dit plus

haut (n. 1116) suffit amplement pour déterminer l'objet qui y est affecté.

§ 2

Droit de suite des créanciers et son extinction.

1144. La règle générale de notre droit, non seulement en matière civile, maïs aussi en matière commerciale, est que « les meubles n'ont point de suite par hypothèque » (C. civ., art. 2119). L'art. 190, 2e al., déroge formellement à cette règle, en présentant bien, du reste, sa disposition comme une exception au principe que les navires sont meubles. Se plaçant immédiatement dans l'hypothèse de la vente d'un navire, il déclare qu'il est affecté aux dettes « du vendeur »; ce qui dit bien clairement qu'*après la vente* (puisqu'il y a un vendeur) il reste, entre les mains de l'acheteur, affecté aux dettes du vendeur. L'article va encore plus loin: en appliquant cette disposition « spécialement à celles que la loi déclare privilégiées », il montre bien que le commencement de l'alinéa comprend même les *dettes chirographaires*. Un droit de suite, pour celles-ci, est une règle qui n'a aucune analogie dans notre droit.

1145. Mais le Code a organisé une purge rapide pour éteindre ce droit : a. 193. Cet article ne parle que de l'extinction « des privilèges »; mais il doit évidemment s'appliquer aussi au droit des créanciers chirographaires, car il serait bien singulier que ce dernier droit subsistât, lorsque celui des créanciers privilégiés est éteint; il y a un *a fortiori* à tirer de l'art. 193.

Le Code rappelle d'abord les modes d'extinction par voie de conséquence; ce sont les causes générales d'extinction des obligations. Nous n'avons rien de spécial à en dire; il est clair que, quand la créance est éteinte, il ne peut plus être question du droit de suite. — Il y a ensuite les causes qui éteignent spécialement le droit de suite, *principaliter et per se*, comme la renonciation du créancier, la perte ou la prise du navire. — Enfin le Code indique les faits qui purgent le navire de ce droit; ce sont : d'une part, la vente sur saisie; conformément au droit commun, v. C. pr.

civ. art. 777; et, d'autre part, le voyage en mer au nom de l'acheteur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur. Nous n'avons à insister que sur ce dernier mode d'extinction.

1147. **Après un voyage en mer** au nom de l'acheteur et sans opposition de la part des créanciers du vendeur, le droit de suite de ces derniers ne peut plus être opposé à l'acheteur. Mais toutes ces conditions sont nécessaires pour que les droits des créanciers soient éteints, sans cela leur droit de suite persiste indéfiniment.

Il faut que le voyage ait eu lieu « *sous le nom de l'acheteur* », c'est-à-dire après que la mutation de propriété aura été inscrite sur les registres matricules de la douane et sur l'acte de francisation; il faut aussi que le congé de sortie ait été pris sous le nom de l'acheteur. C'est le moyen légal de faire connaître la mutation aux tiers et de les mettre en demeure de faire valoir leurs droits; avant cela, elle ne leur est pas opposable. — Mais cette inscription ne suffit pas, il faut aussi le voyage en mer; car tant que le navire ne bouge pas, les tiers, que rien n'avertit, n'ont aucune raison qui les pousse à aller consulter les registres matricules ou à se faire exhiber l'acte de francisation.

Il faut, de plus que le voyage ait été fait « *sans opposition de la part des créanciers du vendeur.* » Nous pensons qu'il s'agit d'une opposition entre les mains de l'acheteur, lui défendant de payer son prix à leur préjudice. Par là l'acheteur se trouve averti de garder son prix entre ses mains, soit pour le payer aux créanciers du vendeur, s'ils veulent l'accepter en maintenant la vente, soit pour le retenir définitivement si par l'effet de la saisie la vente se trouve résolue.

Le résultat de cette disposition, c'est qu'aucun acheteur prudent ne paiera son prix à son vendeur, avant la fin du premier voyage fait sous son nom.

1148. Mais quand le navire aura-t-il fait un voyage en mer?

Le premier alinéa de l'art. 194, supposant que le navire se rend dans un port différent du port de sortie, exige un intervalle de trente jours au moins entre le départ et l'arrivée; c'est du moins ainsi que nous l'entendons.

1149. Le 2e al. de l'art. 194 suppose ensuite que le navire, sans

entrer dans un autre port, est revenu à son port de départ. Il exige alors qu'un intervalle de soixante jours sépare la sortie et l'entrée.

Enfin, lorsque le navire est parti pour un voyage au long cours, il suffit, pour l'extinction du droit de suite, qu'il ait été plus de soixante jours en voyage sans réclamation de la part des créanciers du vendeur.

§

De la vente volontaire des navires.

1151. L'art. 195 exige que la vente soit faite par écrit. Il a certainement pour but de proscrire la preuve testimoniale.

Mais de plus, à l'égard des tiers, l'écrit est absolument nécessaire, car, sans lui, la douane ne fera pas la mutation sur les registres (Déc. 21 sept. 1793, art. 4; L. 17 vend. an II, art. 18); et ne l'inscrira pas au dos de l'acte de francisation. — Entre le vendeur et l'acheteur, nous admettrons que la vente pourra se prouver autrement, notamment par l'aveu et le serment : suivant la règle que nous avons déjà appliquée et que nous appliquerons encore plus tard, nous n'admettrons pas, sans un texte tout à fait formel, que l'écrit soit exigé pour la validité même de l'acte; ce qui est tout à fait exceptionnel et exorbitant dans notre droit. — Mais on ne *pourra prouver la vente entre les parties par la correspondance ou par les livres* : car la loi ne demande pas seulement une preuve écrite, elle indique spécialement l'acte public et l'acte sous signature privée : or, l'énumération de l'article 109 prouve que ces mots désignent un écrit signé par les deux parties et excluent la correspondance et les livres qui sont nommés à part.

L'acte sous seing privé devra être fait double (art. 1325 C. civ.).

1152. Il résulte de l'interprétation que nous avons donnée à l'article 193 (v. n. 1147, 1150), que la vente non inscrite sur les registres de la douane et sur l'article de francisation n'est pas opposable aux tiers créanciers du vendeur, privilégiés ou non. — Nous pensons qu'il en faut dire autant du *tiers acquéreur*, à qui le vendeur aurait vendu une seconde fois, et qui aurait fait ins-

crire son acquisition: car les raisons sont exactement les mêmes pour le droit de suite du premier acheteur que pour le droit de suite des créanciers.

1153. La vente des navires est, comme toute vente, soumise à un droit d'**enregistrement**, qui est de 2 °/₀ (L. 28 février 1872, a. 5, 2°).

1154. D'après l'art. 196, la vente volontaire d'un navire en voyage ne préjudicie pas aux créanciers du vendeur. La loi veut dire que le voyage pendant lequel la vente a eu lieu ne compte pas pour la purge des droits des créanciers du vendeur: c'est uniquement le voyage subséquent, fait sous le nom de l'acheteur, et sans une saisie ou une opposition de leur part, qui pourrait les éteindre. Le *voyage* doit s'entendre ici dans le sens que nous avons défini au n. 1139.

§ 4

De l'hypothèque des navires

1157. L'hypothèque des navires a été créée par la L. 10 décembre 1874, pour fournir à notre marine marchande un nouvel élément de crédit. Ce texte a été refondu complètement dans une nouvelle **loi du 10 juillet 1885**.

Voici les traits principaux de cette institution.

1158. L'art. 1er de la loi, en autorisant l'hypothèque sur les navires, n'admet que l'hypothèque conventionnelle. L'hypothèque ne peut être constituée sur des navires de moins de vingt tonneaux (art. 36). Mais on a étendu cette institution, même aux navires en construction (art. 5); en effet, c'est surtout au moment et en vue de la construction des navires que les propriétaires ont besoin d'argent et de crédit.

1159. Pour l'**établissement** de l'hypothèque la loi fait une grande faveur, en n'exigeant pas un acte authentique, comme en droit civil (v. C. civ., art. 2127); mais seulement un écrit qui peut être sous signatures privées. — L'intérêt conventionnel était libre pour les prêts hypothécaires sur navires même avant la L. 14 janv. 1886 (L. 1885, a. 38).

1160. La **publicité** par une inscription est exigée pour l'hy-

pothèque des navires comme pour celle des immeubles (art. 6). Et la sanction est que les hypothèques n'ont rang qu'à la date de leurs inscriptions (art. 10, 1er al.).

L'inscription doit être faite sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé (a. 6; v. aussi les art. 8 et 9).

1161. Pour la **radiation** de l'hypothèque, la loi est plus sévère que pour sa constitution. Après avoir dit, dans l'article 13, qu'elle a lieu, soit du consentement des parties, soit en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, elle exige (art. 15) pour la radiation volontaire, un *acte authentique* de consentement donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits. — L'effet des inscriptions se périme, depuis la L. 1885, par le délai de dix ans comme en droit civil.

1162. D'après l'art. 12 : « Si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie d'endossement emporte la translation du droit hypothécaire. » Cet article ne fait que consacrer en notre matière l'opinion, très généralement admise et adoptée par la jurisprudence, d'après laquelle la transmission par endossement d'une créance à ordre emporte, sans autre formalité, transmission de l'hypothèque qu'elle garantit (v. ci-dessus, n. 752).

1164. Le **droit de préférence** des créanciers hypothécaires s'exerce après celui des créanciers privilégiés; c'est le droit commun; et l'art. 34 de la loi ajoute, pour le dire, un paragraphe à l'art. 191 du Code de commerce.

1165. Le **droit de suite** est consacré par l'art. 17. Mais ce même article déclare que le créancier qui n'a hypothèque que sur une portion du navire ne peut vendre que cette portion, sauf dans le cas où plus de la moitié lui serait hypothéquée, ce qui est une application de l'art. 220, 3e al.

1166. L'acquéreur du navire peut éviter le droit de suite des créanciers hypothécaires de son vendeur par la **purge**. Mais cette purge n'est pas facile et rapide comme pour les privilèges (art. 193, C. com.); elle suit à peu près les règles du Code civil pour la purge des hypothèques existant sur les immeubles (C. civ., art. 2181 et suiv.). V. les art. 18-22, 31 et 32.

TITRE II.

DE LA SAISIE ET VENTE DES NAVIRES.

1167. Ce titre dans les art. 197 à 214 contient des règles de procédure. V. ces articles. Mais en notant que les art. 201-207 ont été abrogés par L. 10 juillet 1885, a. 30, et remplacés par les art. 23-30 de cette loi.

1168. L'art. 215 décide que le bâtiment prêt à faire voile n'est pas saisissable.

Il faut rapprocher cet article de l'art. 231, déclarant que, dans les mêmes circonstances, le capitaine et les gens de l'équipage ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles.

Le motif, c'est l'inconvénient grave qu'il y aurait, pour les chargeurs, à voir leurs marchandises arrêtées au moment du départ et à être obligés de les décharger; inconvénient qui se retournerait contre les créanciers saisissants eux-mêmes, à raison des indemnités que leur débiteur devrait aux chargeurs, et du fret qu'il ne pourrait pas gagner.

La loi fait exception à l'égard des dettes contractées pour le voyage que le navire va faire. — Et encore, dans ce cas, le législateur permet de lever l'obstacle de la saisie, en donnant caution à ces créanciers : leur sûreté est ainsi remplacée par une autre.

1169. Le second alinéa de l'art. 215 précise, par une présomption légale, le moment où le navire est prêt à faire voile ; c'est « lorsque le capitaine est muni de ses expéditions, pour son voyage » (V. n. 1213).

Nous admettons que cet article est applicable dans un port de relâche; ainsi qu'aux navires étrangers en France.

TITRE III.

DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

Le Code réunit sous cette rubrique trois matières assez différentes qui feront l'objet de trois chapitres : — 1° De la copropriété des navires; — 2° Contrat d'engagement du capitaine; — 3° Obligations des propriétaires envers les tiers à raison des faits du capitaine.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES.

1171. La propriété des navires est très souvent indivise entre plusieurs personnes. Or la copropriété présente, en général, un inconvénient économique considérable : c'est le principe, très équitable d'ailleurs, qu'il faut l'unanimité des copropriétaires pour prendre un parti, pour employer, exploiter, aliéner l'objet indivis; d'où il résulte que l'opposition d'un seul peut entraver les mesures les plus utiles, *in pari causâ, melior est causa prohibentis*. Pour éviter cet inconvénient l'art. 220, 1er al., oblige les copropriétaires à suivre l'avis de la majorité.

1173. Cette règle s'applique « *en tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires ;* » c'est à-dire, à tout ce qui est nécessaire pour l'exploitation du navire. Mais elle ne s'appliquerait plus s'il ne s'agissait plus de l'exploitation normale et ordinaire du navire; par exemple s'il s'agissait, faute de trouver du fret, d'acheter des marchandises pour le charger.

1174. La majorité se détermine d'après la quotité des parts de propriété appartenant aux votants (a. 220, 2e al.). Il n'eût pas été juste de donner la prépondérance à la majorité en nombre

si elle ne représente pas la plus grande partie des intérêts engagés. Il suit de l'article qu'un propriétaire, s'il a plus de la moitié, entraînerait à lui seul la décision.

1175. Souvent l'administration du navire commun est confiée à l'un des copropriétaires qu'on appelle alors **armateur-gérant**. L'armateur-gérant est le mandataire des autres ; ses pouvoirs sont déterminés par la convention qui lui donne le mandat. Il est nommé par la majorité des propriétaires, ses mandants ; et révocable de même.

1176. « La licitation du navire ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires, formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire, s'il n'y a, par écrit, convention contraire » (a. 220, 3e al.). — Cet alinéa déroge à la règle de l'art. 815, C. civ., d'après lequel le partage peut être demandé par un seul des copropriétaires. Du moment que la loi avait supprimé, par les dispositions précédentes, les inconvénients économiques de la copropriété, il n'y avait plus lieu de maintenir la règle de l'art. 815, qui est fondée sur ces inconvénients.

L'article n'exige pas même la majorité pour la licitation, il se contente de la moitié seulement de l'intérêt total dans le navire. Cette règle était nécessaire pour offrir une solution dans tous les cas où il y aurait partage égal dans les délibérations à prendre ; elle pouvait être admise sans injustice, car elle n'a pour effet que de diminuer l'écart qui existe entre notre article et le droit commun.

Il résulte de la loi que la convention peut interdire ou élargir cette faculté.

Elle n'est exercée en tous cas que sous le contrôle de la justice, puisque la loi dit qu'elle peut être « *accordée* » ; les juges apprécieront s'il n'y a pas fraude de quelques-uns au détriment des autres.

1177. La L. 10 juillet 1885, art. 17, 3e al., fait une autre dérogation au droit commun ; elle supprime, en cas de partage ou de licitation du navire, la règle de l'art. 883, C. civ., d'après laquelle le partage et les actes équivalents, notamment la licitation, ont un *effet déclaratif*, et effacent les hypothèques consenties pendant l'indivision par les copropriétaires qui ne gardent pas

le bien. C'est qu'ici l'indivision est un état normal et permanent. — La loi, avec toute raison, excepte de la règle nouvelle les cas où l'indivision conserve son caractère transitoire, c'est-à-dire ceux où elle résulte d'une succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale.

CHAPITRE II.

CONTRAT D'ENGAGEMENT DU CAPITAINE.

1178. Il est défendu de faire naviguer un navire sans un *capitaine* breveté par l'Etat, appelé autrefois *maître* dans l'Océan et *patron* dans la Méditerranée. — Les conditions our être capitaine sont : — d'être Français; — d'avoir vingt-quatre ans au moins ; — soixante mois de navigation, dont douze sur les bâtiments de l'Etat; — enfin, d'avoir subi des examens. Ces examens sont de deux degrés : ils peuvent faire décerner le *brevet* de *capitaine au long cours*, permettant de diriger toute espèce de voyage, ou seulement celui e *maître au cabotage* pour des voyages restreints, le long des côtes (v. art. 337).

1179. Le contrat d'engagement du capitaine est essentiellement un *louage de services* ; mais il est compliqué de *mandat*, et même d'un mandat bien plus étendu que n'est en droit commun le mandat général ou tacite ; car le capitaine peut obliger le propriétaire par tous ses faits et engagements relatifs au navire et à l'expédition, au moins jusqu'à concurrence de la valeur du navire (art. 216, v. *infrà*) ; il peut même disposer du navire dans certains cas, soit en l'affectant à des emprunts à la grosse (art. 234), soit en le vendant même (art. 237) ; enfin, la mission du capitaine, à qui est confiée, non seulement une partie si considérable de la fortune de l'armateur, mais encore la vie de l'équipage et peut-être des passagers, est essentiellement une mission de confiance. Aussi la loi a dû donner toute facilité pour le révoquer ; il faut que, s'il a le moindre doute, l'armateur puisse le remplacer, et cela sans indemnité (a. 218).

1181. Il n'y a pas réciprocité entre l'armateur et le capitaine : celui-ci ne peut renoncer librement au mandat au cours du

voyage ; l'importance de ses fonctions, qui a motivé l'art. 218, l'oblige au contraire à terminer le voyage (a. 238).

1182. En cas de congédiement, l'a. 219 sauvegarde les intérêts du capitaine qui a une part de copropriété dans le navire

CHAPITRE III.

OBLIGATION DES PROPRIÉTAIRES ENVERS LES TIERS A RAISON DES FAITS DU CAPITAINE.

1183. Le propriétaire est *tenu des engagements* contractés par le capitaine (a. 216, 1^er^ al.), en vertu des principes du mandat (C. civ., art. 1998). Il est *responsable des faits* du capitaine (même al.), c'est-à-dire de ses délits ou quasi-délits, en vertu de l'art. 1384, C. civ.

Ces responsabilités ne s'appliquent que « *pour ce qui est relatif au navire ou à l'expédition* », c'est-à-dire pour les contrats ou les actes faits par le capitaine dans ses fonctions de directeur du navire ; cette limitation résulte aussi des principes généraux du mandat ou de l'art. 1384. Ainsi il ne serait pas responsable de la contrebande faite par le capitaine à son insu.

1184. Un caractère très important du mandat du capitaine et de la responsabilité civile du propriétaire, c'est que leur portée est déterminée par les usages d'une manière absolue, et ne pourrait pas être restreinte par les conventions des parties ; pour les tiers, le capitaine est toujours le représentant du propriétaire dans toute l'étendue légale du mandat. Il faut, en effet que les tiers puissent compter sur cette étendue ainsi fixée, qu'ils ne puissent pas être surpris par des restrictions qu'ils ne peuvent pas connaître ; cela est nécessaire pour que la navigation soit possible, pour que les capitaines puissent trouver partout les secours ou le concours du travail et des capitaux dont ils ont besoin ; pour que la vie des équipages, sans parler des valeurs chargées à bord, ne soit pas exposée faute des réparations nécessaires.

La règle de l'art. 216, 1^er^ al., doit s'étendre aussi aux faits de l'équipage préposé par le capitaine qui agit comme mandataire

du propriétaire (combinaison des art. 1998 et 1384, C. civ.) ; — et aux faits des passagers, dans la mesure où l'autorité du capitaine pouvait les empêcher.

1185. Le capitaine peut aussi être obligé personnellement, par ses délits et ses quasi-délits ; mais non par les contrats faits dans l'intérêt de l'expédition, car le mandataire oblige son mandant sans s'obliger lui-même.

1186. Le propriétaire jouit d'une faculté très exorbitante consacrée par l'art. 216, 2e al., c'est de s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret. On formule souvent cette règle en disant que la fortune de terre du propriétaire ne peut pas être engagée par les actes du capitaine. Elle est tout à fait contraire au droit commun.

1188. La règle de l'art. 216, 2e al., étant exorbitante, doit être renfermée dans les termes mêmes de la loi, or elle ne parle que de ce qui est « *relatif au navire et à l'expédition* », c'est-à-dire aux actes qui sont compris dans le mandat habituel et nécessaire du capitaine (v. n. 1184). Elle ne s'appliquerait pas au cas où on lui aurait donné des fonctions et un mandat plus étendus, p. ex. à la gestion de la cargaison que le propriétaire aurait lui-même mise à bord, ni aux opérations de commerce que le capitaine pourrait être chargé de faire au loin. L'esprit de l'article ne comprend pas ces cas plus que son texte.

1189. Il suffit, pour se décharger, que le propriétaire abandonne le navire, et le fret qui est dû pour le voyage à propos duquel les engagements ont été pris par le capitaine. C'est seulement le *fret net* qui doit être abandonné, déduction faite des frais. — Si le fret est encore dû par le chargeur, ou s'il a été touché par le capitaine, il suffira que le propriétaire abandonne sa créance contre le chargeur ou le capitaine.

Il pourrait faire cet abandon quand même le navire aurait péri ; cela résulte du texte, qui ne distingue pas, et de l'esprit de la loi, qui limite au navire et au fret le droit de gage général des créanciers.

1190. Art. 216, 3e al. « Toutefois, la faculté de faire abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire ou copropriétaire du navire. Lorsque le capitaine

ne sera que copropriétaire, il ne sera responsable des engagements contractés par lui, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, que dans la proportion de son intérêt. »

Deux alinéas ajoutés à l'a. 216 par la L. 11 août 1885 autorisent l'abandon en cas d'encombrement ou d'avaries causés dans un port par un naufrage du navire, et accordent cette faculté même au capitaine propriétaire du navire ou d'une part ; sauf en cas de faute de sa part.

TITRE IV.

DU CAPITAINE.

1191. Les matières traitées dans notre titre peuvent se ranger sous les trois chefs suivants : — 1° Principe général de la responsabilité du capitaine envers ses mandants ; — 2° pouvoirs ; — 3° devoirs du capitaine.

Il faut noter, en dehors du droit commercial privé, que le capitaine a des fonctions publiques. comme *officier de police* (Déc. 24 mars 1852, art. 3, 5, 97) ; comme *officier de l'état civil* (C. civ., art. 59, 60, 61, 63, 87), et même comme *officier ministériel* pour les testaments (C. civ., art. 988).

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE ENVERS SES MANDANTS.

1192. Le capitaine est essentiellement le mandataire de l'armateur, mandataire avec des pouvoirs très étendus : il est aussi, dans une certaine mesure, le mandataire des chargeurs, pour tout ce qui concerne le transport des marchandises chargées ; il est, à peu près, à cet égard, comme le voiturier.

L'étendue de sa responsabilité, dans cette double fonction, est fixée par l'art. 221 : il est garant de ses fautes même légères. C'est l'application du droit commun : C. civ., art. 1137, 1992. Comme il est mandataire salarié, sa responsabilité doit s'apprécier sévèrement ; cela résulte aussi des pouvoirs si larges qu'il a, et de l'importance des intérêts et même des existences confiés à sa vigilance. Mais cette sévérité ne sort pas des règles

du droit commun. Ainsi il ne répond pas des cas de force majeure : a. 230 ; cf. art. 97, 98, 103, 104.

1193. La loi l'oblige spécialement à être en personne dans son navire, à l'entrée et à la sortie des ports, havres ou rivières (a. 227).

1194. Le capitaine n'est pas commerçant. Sans doute il fait journellement les divers contrats maritimes énumérés par l'art. 633, mais il ne les fait pas pour lui-même, ni en son nom, à la grande différence du commissionnaire ordinaire ; il ne s'oblige pas du tout et n'oblige que le propriétaire (v. n. 1185).

Mais, pour la *compétence*, nous admettons que ses contestations avec l'armateur seront jugées par les tribunaux de commerce : — car il a fait au moins un acte isolé de commerce en s'engageant (art. 633, dern. al.) ; — il rentre aussi dans l'art. 634, 1°, car il est bien, vis-à-vis de l'armateur, dans la position d'un *facteur*, puisqu'il a un mandat général pour tout ce qui concerne l'expédition.

CHAPITRE II.

POUVOIRS DU CAPITAINE.

1195. Son mandat comprend le pouvoir de choisir l'équipage (a. 223) ; c'est même à lui qu'appartient essentiellement ce choix parce qu'il exige des connaissances spéciales. Il a toute latitude loin de la demeure des propriétaires. Quand il est au lieu de leur demeure, il doit agir de concert avec eux (même art.) : ce n'est pas à dire que ceux-ci pourront lui imposer leur choix ; ils auront seulement le droit d'écarter les matelots qui ne leur plairaient pas ; ils ont un droit de *veto*.

1197. Le capitaine a un pouvoir très large pour l'armement et l'affrètement du navire. Mais, au lieu de la demeure des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoir, le capitaine ne peut valablement traiter ces actes sans leur autorisation spéciale (a. 232). Il n'y avait plus, en effet, de raison pour étendre autant le mandat du capitaine lorsque les propriétaires peuvent eux-mêmes consentir.

L'interdiction de fréter le navire ne s'applique qu'à l'affrètement total ; ou à celui d'une partie considérable du navire. Car, lorsqu'un voyage est décidé pour le navire et qu'il est en charge pour une destination déterminée, les affrètements de détail à faire pour cette destination ne sont plus que des actes d'administration usuelle qu'on ne peut refuser au capitaine le droit de faire.

1198. La **sanction** de l'article 232 serait la nullité à l'égard du propriétaire.

1199. Aux termes de l'art. 233 (modifié par la L. 10 juill. 1885, art. 25), si le bâtiment est frété du consentement des propriétaires, et que quelques-uns d'eux fassent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition le capitaine pourra, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent, emprunter hypothécairement, pour leur compte, sur leur part dans le navire avec autorisation du juge. C'est la conséquence du consentement donné par les propriétaires et la sanction de l'obligation pour la minorité de se conformer à la décision de la majorité (art. 220, 1er al).

1200. Le capitaine a certainement le mandat de faire réparer et de ravitailler le navire, si cela est nécessaire au cours du voyage. Il en a même le devoir absolu dans l'intérêt à la fois de son équipage, des propriétaires et des chargeurs, puisqu'il doit effectuer le voyage promis. A cet effet, il a le droit d'employer d'abord les fonds que les propriétaires ont mis à sa disposition.

Mais il sera souvent nécessaire d'emprunter pour ces besoins, car ils n'auront pas été prévus. Il pourra alors faire un emprunt pur et simple, en tirant des lettres de change sur les propriétaires, ou emprunter à la grosse sur le navire.

1201. A raison de la gravité de ces emprunts qui grèvent le navire d'un droit réel, la loi ne laisse pas au capitaine toute liberté de les faire ; elle lui impose des conditions sévères dans l'art. 234, 1er al. Il faut trois conditions : — 1° la nécessité ; — 2° la constatation de la nécessité par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage ; — 3° l'autorisation par le magistrat du lieu.

En aucun cas, le capitaine n'a le droit de vendre le navire ni

les apparaux pour les besoins indiqués dans l'art. 233 ; cela, en effet, au lieu de faciliter le transport, le rendrait immédiatement impossible (v. art. 237).

1202. La **sanction** des obligations imposées au capitaine par l'art. 234 est dans l'art. 236 ; c'est la responsabilité du capitaine.

CHAPITRE III.

DEVOIRS DU CAPITAINE.

1205-1209. Outre certaines obligations spéciales énumérées dans les art. 235, 239-241, le capitaine est tenu d'avoir un *livre de bord*, c'est-à-dire un registre, où doivent être mentionnées les résolutions prises pendant le voyage, la recette et la dépense concernant le navire, et généralement tout ce qui concerne le fait de sa charge, et tout ce qui peut donner lieu à un compte à rendre, à une demande à former (a. 224).

1210. *Il doit faire visiter son navire avant le départ* (a. 225), pour constater si le navire est en état de naviguer sûrement.

1211. Il doit avoir à bord, — l'acte de propriété du navire, — l'acte de francisation, — le rôle d'équipage, — les connaissements et chartes-parties, — les procès-verbaux de visite, — les acquits de paiement ou à caution des douanes (a. 226).

Le *rôle d'équipage* doit contenir : les noms et prénoms, la filiation, le lieu et l'époque de la naissance, le domicile, le signalement, le quartier, les folio et numéro d'inscription, le grade au service, la qualité à bord du bâtiment et les conditions d'engagements *de toutes les personnes composant l'équipage*. Il faut ajouter les noms, prénoms, etc., des passagers.

Le capitaine doit avoir encore :

le *congé* : acte délivré par la douane pour établir que le navire est toujours en droit de se prévaloir de l'acte de francisation qu'il a obtenu;

le *manifeste*, ou état général de la cargaison, pour la douane;

une *patente de santé*, s'il y a lieu, c'est-à-dire si le navire vient d'un pays suspect au point de vue sanitaire;

un exemplaire de l'instruction du 2 juill. 1828 sur les actes de l'état civil; et un exemplaire de la L. 24 mars 1852 (Règl. gén., art. 205).

1213. Le capitaine est tenu, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, de faire viser son registre, c'est-à-dire son *livre de bord*, et de faire son rapport. — Le rapport doit énoncer : — le lieu et le temps de son départ, — la route qu'il a tenue, — les hasards qu'il a courus, — les désordres arrivés dans le navire, et toutes les circonstances remarquables de son voyage (a. 242). Le rapport est fait au président du tribunal de commerce, qui doit le vérifier en cas de naufrage. V. les art. 243-247.

1214. Hors les cas de péril imminent, le capitaine ne peut décharger aucune marchandise avant d'avoir fait son rapport, à peine de poursuites extraordinaires contre lui (a. 248).

Cette règle est une mesure sanitaire.

TITRE V.

DE L'ENGAGEMENT DES MATELOTS ET AUTRES GENS DE L'ÉQUIPAGE.

1216. Tout citoyen français qui se destine à la navigation maritime est soumis à **l'inscription maritime.** L'inscription se fait sur des registres matricules; en diverses catégories : inscrits provisoires, inscrits définitifs, maîtres au cabotage, capitaines au long cours, pilotes ou pilotes aspirants, hors de service.

1217. Art. 250 : « Les conditions d'engagement du capitaine et des hommes d'équipage d'un navire sont constatées par le rôle d'équipage ou par les conventions des parties. » Le *rôle d'équipage* ou *rôle d'armement* est dressé par le commissaire des classes avant le voyage; on ne doit embarquer aucun matelot qui n'y soit inscrit (L. 19 mars 1852, art. 3); toute convention relative à l'engagement des matelots doit y être portée (v. Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 9, 10, 11; Règl. gén. 1866, art. 225, 226); elle n'est définitive que par son inscription sur ce rôle (art. 270, 5e al.). Même si un matelot est engagé pendant le voyage, on doit le faire porter sur le rôle d'équipage par le consul du premier port où l'on aborde (Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 13).

A l'arrivée, le commissaire des classes dresse le *rôle de désarmement* d'après le rôle d'équipage qui doit lui être remis immédiatement par le capitaine (v. n. 1213); il constate l'accomplissement de l'engagement des matelots, et leur liberté pour des engagements futurs. C'est aussi à ce moment qu'on règle les salaires devant le commissaire des classes.

1218. Il est défendu au capitaine d'engager un matelot sans s'assurer par l'inspection de son livret, qu'il a été congédié du dernier navire sur lequel il était embarqué (Ord. 31 octobre

1784, tit. XIV, art. 6; L. 23 mars 1852, art. 70). De même les matelots ne peuvent manquer à leurs engagements, ni quitter le navire sur lequel ils sont embarqués, sans avoir été congédiés, sous peine d'être traités comme déserteurs (Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 14, et tit. XVIII; L. 24 mars 1852).

Réciproquement le capitaine ne peut les congédier sans cause, sous peine de dommages-intérêts fixés par l'art. 270, et restant définitivement à sa charge, car c'est lui qui est en faute. Il ne peut jamais les congédier en pays étranger.

Cet article a été déclaré d'ordre public par le décr. du 4 mars 1852; les conventions des parties ne peuvent donc y déroger.

Salaires des matelots.

1219. Les salaires des matelots sont garantis par un privilège à la fois sur le navire (cf. art. 191, 6°) et sur le fret que leur travail a permis de gagner (a. 271).

Les salaires des matelots sont, de plus, déclarés **insaisissables**; afin d'empêcher que les matelots ne puissent dissiper d'avance ces salaires en empruntant.

1220. Les salaires promis aux matelots peuvent prendre quatre formes différentes :

1° **Au mois** : c'est le mode ordinaire, conforme à ce qui a lieu dans les autres louages de service, le salaire étant proportionnel au temps. D'ailleurs, quoiqu'on dise au mois, l'engagement n'est pas limité à un seul mois, et ne doit pas nécessairement cesser avec la fin d'un mois : le matelot doit servir pendant tout le voyage (v. n. 1218) et est payé proportionnellement au temps qu'il a duré (v. art. 252, 4° al.).

2° **Au voyage**. Les salaires sont fixés à forfait pour toute la durée du voyage; les risques d'augmentation et de diminution dans la durée sont pour le matelot. Aussi le salaire est dû intégralement dès que le voyage a été commencé (v. art. 252).

3° **Au profit** ou **à la part** : le matelot doit avoir pour salaire une part des profits de l'expédition. Cette convention n'a guère lieu que pour la pêche ou la course.

4° **Au fret** : le matelot doit toucher une certaine part du fret gagné par le navire (cf. a. 260).

1221. *Les droits des matelots en cas de rupture ou de modification*

du voyage, sont réglés avec de nombreuses distinctions par les articles 252-256.

1227. Jusqu'en ces derniers temps les matelots perdaient leurs salaires en cas de naufrage; c'était pour les encourager au sauvetage. — Cette règle a été supprimée par la L. 12 août 1885, qui a modifié dans ce sens l'art. 258, C. comm., en réglant leurs salaires jusqu'au jour de la cessation de leurs services (cf. a. 261).

1228, 1229. Les indemnités dues aux matelots malades, tués, blessés ou pris, et leur rapatriement sont réglés par les art. 262-265 (modifiés par la L. 12 août 1885).

1230. Il est défendu au capitaine et aux gens de l'équipage de charger des marchandises pour leur propre compte (a. 251).

Primitivement, les matelots n'étaient pas payés en argent; ils étaient rétribués par le droit qu'ils avaient de charger des marchandises pour leur propre compte; c'est ce qu'on appelait l'*ordinaire* ou la *portée* des matelots. L'ordonnance de 1681 a consacré la suppression de cet usage, et le Code a reproduit son interdiction. — Mais il admet la stipulation contraire. C'est ce qu'on appelle le *port permis*.

L'ancien usage donnait lieu, et l'usage actuel du *port permis* donne encore lieu, quoique moins fréquemment, au **contrat de pacotille** : c'est un contrat par lequel le *donneur* remet au *preneur* des marchandises pour les transporter en franchise, grâce à son port permis, les vendre, et partager les bénéfices faits sur les *retours*, c'est-à-dire sur les marchandises achetées avec le prix des premières et rapportées en France avec la même franchise de transport; c'est une véritable association en participation. A la fin de l'opération, le donneur prélève le capital qu'il a avancé; les frais déboursés sont remboursés à celui qui les a faits, et le surplus se partage entre les parties dans les proportions convenues.

1231. Toutes les dispositions concernant les loyers, pansement et rachat des matelots, sont communes aux officiers et à tous autres gens de l'équipage (a. 272).

TITRE VI.

DES CHARTES PARTIES, AFFRÈTEMENS OU NOLISSEMENTS.

1232. Le contrat d'affrètement fait l'objet de ce titre et des deux titres suivants. Il porte ce nom d'*affrètement* dans les ports de l'Océan, et celui de *nolissement* dans ceux de la Méditerranée.

C'est *un contrat par lequel le propriétaire d'un navire, ou le capitaine pour lui, loue tout ou partie du navire*, ordinairement pour le transport de marchandises d'un port à un autre. — Le propriétaire, locateur du navire, est appelé le *frèteur*; et le commerçant qui fait faire le transport se nomme l'*affrèteur*; il deviendra plus tard le *chargeur*.

En outre, ce contrat contient le plus souvent la *promesse* de se charger du *transport* maritime. Le *contrat de transport* proprement dit, comparable au contrat de transport terrestre dont nous avons parlé au Livre Ier, tit. 6, sect. 3, se complète au moment de la remise des marchandises au capitaine sur le navire, c'est-à-dire au moment du *chargement*. L'écrit destiné à constater le chargement est le *connaissement*, qui correspond à la lettre de voiture dans les transports terrestres. C'est à partir de ce moment-là que le frèteur, et aussi le capitaine personnellement, se chargent, comme le voiturier, de la garde et du transport des marchandises, deviennent responsables de la perte et des avaries, arrivées autrement que par force majeure. — Il y a donc deux phases bien distinctes dans la position des parties; il sera bon, pour la clarté, de les étudier séparément.

Souvent aussi il n'y a en réalité qu'un contrat de transport maritime, comme lorsqu'on expédie quelques caisses par un navire; alors le contrat est uniquement constaté par le connaissement.

La répartition des matières dans les titres 6, 7 et 8, n'est pas très logiquement faite par le Code. Pour établir une division rationnelle, en nous écartant le moins possible du Code, nous traiterons : — au titre VI, le contrat d'affrètement proprement dit; — au titre VII, le chargement avec le connaissement et les obligations personnelles qu'il impose au capitaine; — au titre VIII, les obligations des propriétaires et des chargeurs, et leurs modifications par les divers événements ultérieurs.

Dans ce titre VI nous étudierons deux objets : — 1° formes du contrat d'affrètement; — 2° obligations des parties résultant de ce contrat.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONTRAT D'AFFRÈTEMENT.

1233. L'art. 273 1er al. exige un écrit. On doit entendre qu'il est nécessaire non pour la validité du contrat lui-même, mais seulement pour la preuve. Il s'ensuit qu'on pourrait prouver le contrat par d'autres modes, comme l'aveu, le serment, la correspondance, les factures signées du capitaine, le livre de bord, le manifeste ; — et surtout par le connaissement, qui, constatant par écrit une phase ultérieure du contrat, et son exécution partielle, constate implicitement, mais très sûrement, ce contrat. Nous admettons de plus, quoique cette solution soit plus contestée, la preuve testimoniale au-dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit.

La **charte-partie** est proprement l'écrit destiné à constater le contrat d'affrètement. On applique quelquefois moins proprement ce mot au contrat lui-même, comme l'indique le premier alinéa de l'art. 273. — L'origine de ce mot est dans l'habitude où l'on était anciennement de rédiger la convention en un seul original, et de déchirer ensuite le papier, la *charte*, en deux parties à peu près égales, remises à chacun des contractants. — Il faut admettre que la rédaction en double original (C. civ. art. 1325) est nécessaire pour la charte-partie; car la pensée de notre art. 275, 1er al., est de revenir à toutes les exigences du droit civil pour la preuve.

1234. Les **mentions que doit contenir la charte-partie** (a. 273) se réfèrent à quatre points : les noms des parties, l'objet loué, le prix, les conditions d'exécution du contrat.

1° *Les noms des parties ;* ceux du frétour et de l'affrétour sont évidemment essentiels.

1235. 2° *L'objet loué.* C'est le navire, qui est désigné à la fois par son nom et par son tonnage. — On doit indiquer aussi si l'affrètement est total ou partiel. On peut, en effet, louer tout le navire, armé ou désarmé; on peut aussi n'en louer qu'une partie déterminée; enfin, on peut stipuler simplement qu'on chargera telle quantité de marchandises, indiquée, soit par son volume, mètre cube, tonneau de jauge de 1 mèt. 44, etc.; soit par son poids, tonne métrique de 1000 k., quintal métrique de 50 k., ou tonneau d'affrètement, variable pour chaque espèce de marchandises suivant sa nature plus ou moins encombrante et fixé par le décret du 25 août 1861.

1236. 3° *Le prix*, qu'on appelle le *fret* (a. 286, al. 1-3).

Le mot *fret* peut, du reste, indiquer aussi le chargement à prendre; ainsi on dit qu'un capitaine trouvera du fret dans tel port.

Le règlement du fret dépend, en général, de la manière dont l'affrètement est fait (a. 286, 4° al.) : — 1° *Quant à la durée du louage.* Ainsi, l'affrètement étant fait au voyage ou au mois, le fret sera fixé au voyage ou au mois. Mais en cas d'affrètement pour un voyage déterminé, le fret peut néanmoins être fixé à tant par mois. Dans le fret au mois, un mois commencé est dû en entier. Le fret au mois court du jour où le navire a fait voile (a. 275). — 2° *Quant à l'étendue de l'espace loué* : si le navire est affrété en totalité ou pour une portion déterminée, le fret sera habituellement fixé à tant par tonneau de jauge; il pourrait être aussi fixé *à forfait*.

1237. On ajoute souvent, au prix du fret qui sera touché par l'armateur, une certaine somme destinée au capitaine pour le rémunérer des soins qu'il devra donner au chargement. C'est ce qu'on appelait autrefois le chapeau, la cape, les chausses, le vin ou le pot de vin du capitaine; cette stipulation est encore connue aujourd'hui sous le nom de **droit de chapeau;** et l'on

stipule souvent pour le fret tant par tonneau, plus 10 p. °/₀ d'avarios *et de chapeau*. — Souvent aussi actuellement on stipule à la place du droit de chapeau un droit de **primage** de tant p. °/₀ qui s'ajoute au fret. Ce droit est certainement pour le fréteur, et non plus pour le capitaine.

1238. 4° *Les conditions d'exécution du contrat*.

Parmi ces conditions, il y a d'abord la *durée* du louage. Le navire peut être loué pour un voyage, soit simple, soit aller et retour, soit avec plusieurs escales, c'est-à-dire le droit ou l'obligation de s'arrêter dans différents ports. Il peut être loué au mois : cela a lieu habituellement pour l'affrètement total des navires destinés au cabotage ou à un service régulier entre deux ports.

Il peut y avoir aussi une *condition* proprement dite mise à l'affrètement. C'est ce qui se rencontre dans l'*affrètement à cueillette* : le capitaine ne s'engage à charger un certain lot de marchandises que s'il trouve à compléter son chargement.

On doit ensuite déterminer le lieu où le navire sera chargé et déchargé.

1239. Enfin, un autre point doit être fixé par la convention et, à défaut, par l'usage (a. 274) : c'est le temps accordé pour le chargement et le déchargement. S'il n'est point fixé par les conventions de parties, il est réglé suivant l'usage des lieux. Ce délai forme ce qu'on appelle les **staries** ou **jours de planche**. — Tout le temps qui y est ajouté par la faute du chargeur forme les **surestaries** ; l'indemnité due par chaque jour de retard doit aussi être fixée par la convention (art. 273) ; et, à défaut, sera réglée par les tribunaux suivant les usages (cf. art. 1151, C., civ.).

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS RÉSULTANT DE L'AFFRÈTEMENT.

1241. Les obligations directes et immédiates des parties sont : — pour le fréteur, l'obligation de tenir le navire à la disposition de l'affréteur en vue du chargement, dans la mesure convenue, pour la destination indiquée, au lieu et au temps fixés par le

contrat ; — pour l'affrétour, de charger sa marchandise dans les mêmes conditions.

Les parties s'obligent de plus éventuellement pour le moment où ces premières obligations seront exécutées : — le frétour, à veiller à la garde des marchandises et à réaliser le voyage convenu, le tout par l'entremise de son capitaine ; — l'affrétour, à payer le fret convenu au temps fixé.

Si l'affrétour refuse de charger ses marchandises, l'art. 288, 3e al., établit à forfait l'indemnité due au frétour, elle est de la moitié du fret total ; et les parties ne pourraient pas prouver que le dommage réel causé par l'inexécution est plus fort ou moins fort que cette somme. — S'il ne charge qu'une partie de ce qu'il avait promis de charger, la sanction de son obligation est qu'il doit néanmoins payer en entier le fret convenu ; mais bien entendu le capitaine ne peut alors sans son consentement remplir les vides, et, s'il le fait avec son consentement, ce qu'il reçoit est déduit à l'affrétour (v. art. 287, et 288, 1er, 2e, 4e al.).

Réciproquement, le frétour ne peut refuser de recevoir le chargement convenu. S'il le refusait, la loi n'ayant établi aucun forfait pour notre cas, l'indemnité due à l'affrétour sera arbitrée par les tribunaux. V. des cas spéciaux dans les art. 289 et 290.

1242. Suivant nous, *le capitaine n'est pas personnellement obligé par le contrat d'affrètement*. Il est certain qu'il sera plus tard obligé personnellement à la garde des marchandises quand il les aura reçues à bord (art. 222) ; il est certain qu'il est personnellement tenu à ne rien faire qui empêche le chargement. Mais si les propriétaires refusent de recevoir le chargement et de faire le voyage promis le capitaine n'est pas responsable, avec eux et envers l'affrétour, de l'inexécution du contrat.

TITRE VII.

DU CONNAISSEMENT.

1243. La réalisation du chargement éteint les obligations principales nées immédiatement de l'affrètement, et fait naître les obligations contractées éventuellement par le même acte. Elle fait naître aussi pour le capitaine des obligations analogues à celles du voiturier dans les transports terrestres. — Le chargement est constaté par un écrit appelé *connaissement*, qui doit être signé dans les 24 heures du chargement (a. 282, 2e. al.).

A défaut de connaissement, on pourrait prouver le chargement par les autres modes de preuve usités en droit commercial, et, de plus, par le livre de bord, le manifeste, etc.; car la loi ne contient aucune restriction quant à cette preuve.

Nous étudierons : — 1° les formes du connaissement; — 2° ses effets ; — 3° les obligations et pouvoirs du capitaine relativement aux marchandises chargées.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONNAISSEMENT.

1244. Les connaissements sont souvent rédigés sur des formules imprimées à l'avance et dont on remplit les blancs.

Les mentions du connaissement énumérées dans l'a. 281, sont à peu près les mêmes que celles de la lettre de voiture pour les transports terrestres (v. n. 530). Elles correspondent à celles de la *charte-partie*, sur laquelle se greffe le connaissement.

Nous indiquerons seulement quelques légères différences ; —

on faisant observer, avant tout, qu'aucune des mentions n'est exigée à peine de nullité, pas plus que pour la lettre de voiture, et qu'un connaissement plus ou moins incomplet vaudrait néanmoins entre les parties pour ce qu'il pourrait prouver.

Dans les *noms des parties* est ajouté le nom du destinataire; indispensable ici, il était sans intérêt dans la charte-partie. Ce nom pourra être omis dans les connaissements à ordre, et n'être indiqué que dans le premier endossement ; il sera souvent inutile dans les connaissements au porteur. — En effet, le connaissement est *naturellement* cessible : il peut être *à personne dénommée* et cessible par les voies civiles, *à ordre* et transmissible par endossement, *au porteur* et susceptible de se transférer par une simple tradition.

Relativement aux *objets à transporter*, on peut ici les déterminer avec beaucoup plus de précision : la loi parle des marques, des numéros, de la nature, de la quantité, de l'espèce, de la qualité des marchandises.

1245. Chaque connaissement est fait en quatre originaux au moins : — un pour le chargeur; — un pour celui à qui les marchandises sont adressées ; — un pour le capitaine ; — un pour l'armateur du bâtiment (a. 282, 1er al.).

L'original pour l'armateur a été introduit par le Code ; il lui servira à contrôler les actes du capitaine, à s'assurer contre les connaissements faux et de complaisance, rédigés après coup ; à agir ou à se défendre pendant que le navire est au loin ou s'il est perdu. — Celui du chargeur lui servira à agir au lieu du départ contre l'armateur, si cela est nécessaire, sans avoir besoin de faire revenir l'original envoyé au destinataire. — L'utilité de ceux du capitaine et du destinataire se comprend facilement ; ils répondent aux deux exemplaires de la lettre de voiture (v. n. 540). Nous allons, du reste, y revenir.

1246. Le connaissement est soumis à un timbre de 50 c. par exemplaire, soit qu'il y en ait quatre ou un plus grand nombre (L. 30 mars 1872, art. 3 et 5).

CHAPITRE II.

EFFETS DU CONNAISSEMENT.

1247. Le connaissement sert d'abord comme **moyen de preuve** (a. 283).

Ce qui est très remarquable, c'est qu'il fait preuve même contre ceux qui ne l'ont pas signé : non seulement contre le chargeur et le destinataire qui ont été représentés, l'un par le capitaine, l'autre par l'expéditeur ; mais même contre les *assureurs*, qui n'y ont pas été représentés du tout (a. 283) ; et il faut en dire autant des tiers quelconques. Seulement les assureurs et les autres tiers pourront faire la preuve contraire. Mais pour que cet effet *ergà omnes* se produise, il faut que le connaissement soit parfaitement régulier, notamment qu'il soit signé des deux parties (cf. art. 284) ; l'a. 283 le dit.

Au contraire, entre les parties signataires ou représentées par les signataires, le connaissement incomplet suffira pour ce qu'il pourra prouver. Aj. art. 284.

1248. Le connaissement sert ensuite de **titre à la livraison** des marchandises ; celles-ci doivent être remises exclusivement au destinataire dénommé, ou à ses ayants cause régulièrement nantis, ou au porteur régulier du connaissement à ordre ou au porteur. Le capitaine qui remettrait les marchandises à un autre en serait responsable.

Puisqu'il confère le droit exclusif à la livraison, le connaissement peut admirablement servir, comme la lettre de voiture, à donner la possession anticipée à celui qui en est régulièrement porteur (v. n. 540). — Il permettra d'exécuter une vente entre ses mains par la transmission de la facture et du connaissement, de conférer un droit de gage par la transmission régulière du connaissement (C. comm. art. 92, 2e al. ; v. n. 493). C'est par application de cette règle que le connaissement peut accompagner une traite tirée par le vendeur des marchandises sur son acheteur, de façon à la suivre dans toutes les mains où elle passe et à en faciliter l'escompte par la sûreté donnée au preneur que

l'acheteur ne pourra retirer les marchandises qu'après avoir acquitté la lettre tirée sur lui. La traite est alors appelée *traite documentaire* (v. n. 776).

CHAPITRE III.

OBLIGATIONS ET POUVOIRS DU CAPITAINE RELATIVEMENT AUX MARCHANDISES.

1240. Le capitaine, par le fait du chargement, contracte des obligations personnelles analogues à celles du voiturier, et qui se résument dans l'obligation de veiller à la garde des marchandises et de les transporter au lieu convenu, dans le temps convenu (a. 222).

Il répondrait, comme le voiturier, des *avaries*, de la *perte* des marchandises ou du *retard*. Comme lui, il est sous le coup de la *double présomption* que le fait dommageable a eu lieu entre ses mains (car il a dû vérifier le bon état des marchandises en les recevant) et que ce fait a eu lieu par sa faute. — Pour s'exonérer, il doit prouver que le fait ne lui est pas imputable; par exemple, par les raisons suivantes.

1° *La force majeure*: art. 230. Cette force majeure sera très fréquente à raison des mille accidents dont la mer peut être la cause (cf. a. 310). Mais en cas de *perte* par naufrage, échouement, prise ou pillage, le capitaine est responsable au moins jusqu'à concurrence de son fret, qu'il perd dans ce cas, a. 302 (v. n. 312).

Mais la force majeure ne servira d'excuse que si elle n'a pas été précédée d'une faute de la part du capitaine; par ex, par un mauvais arrimage qui aurait permis aux marchandises de se choquer ou de se frotter, par une négligence à fermer les écoutilles, à surveiller la cargaison; par le chargement sur le tillac (a. 229). V. encore art. 225, 227, 228, 295, 297.

2° *La faute de l'expéditeur*, qui aurait mal emballé les marchandises, n'aurait pas déclaré les objets fragiles ou faciles à détériorer par l'eau de mer ou par les émanations de la mer.

3° *Le vice propre de la chose*, a. 310 (en notant le 2e al. qui n'est pas très bien justifié).

1250. Le capitaine sera déchargé de sa responsabilité par la réception des marchandises sans protestations (v. art. 435). Il peut donc exiger un reçu du destinataire (a. 285).

Le capitaine sera aussi libéré par la prescription d'un an après l'arrivée du navire (art. 433) ; sauf les causes d'interruption (art. 434).

Pouvoirs du capitaine.

1251. Comme chargé de la garde des marchandises et obligé de les transporter à destination, le capitaine a le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour ce double but. Ce pouvoir peut aller jusqu'à mettre en gage et à vendre même les marchandises pour les nécessités du radoub et du ravitaillement du navire, si le voyage ne peut se continuer autrement, et moyennant les formalités et autorisations indiquées à l'art. 234, 1er al.

Si les marchandises ont été vendues, les armateurs doivent indemniser les propriétaires de ces marchandises puisque les dépenses incombaient aux premiers (a. 234, 2e et 3e al. ; v. aussi l'a. 298).

1252-1264. V. notre *Cours*.

TITRE VIII.

DU FRET OU NOLIS.

Ce titre, en mettant de côté les quelques articles que nous en avons déjà expliqués, s'occupe — 1° de l'obligation des chargeurs de payer le fret; — 2° des garanties accordées à l'armateur pour cette obligation, auxquelles nous joindrons celles accordées réciproquement aux chargeurs contre les armateurs.

CHAPITRE PREMIER.

OBLIGATION DE PAYER LE FRET.

1255-1259. Le chargeur ne peut demander de diminution sur le prix du fret (a. 309); — lors même que le voyage se serait effectué dans des conditions qui, si elles avaient existé ou avaient été connues au moment du contrat, auraient fait fixer le fret à un taux plus réduit, p. ex. si, le contrat ayant été fait en temps de guerre et à un taux élevé, le voyage s'est accompli en tout ou en partie après la paix faite.

Le Code s'occupe surtout, à notre titre, des modifications que les **événements ultérieurs** doivent ou ne doivent pas apporter à l'obligation de payer le fret entier. Les événements prévus peuvent se ramener à cinq chefs :

1° Réduction ou augmentation du chargement. V. les art. 227, 288, 291, 292.

2° Empêchement au voyage. V. l'art. 276.

3° Retardement du voyage.

1260. A. *S'il a lieu par force majeure*: en principe chacun est obligé de subir le retard, et il n'est dû aucune indemnité; le cas

fortuit reste à la charge de celui qui s'en trouve atteint. V. les art. 277; 278; 206, 1er et 2e al.; 300.

1261. B. *Si le retardement a lieu par la faute de l'une des parties*, celle-ci doit indemniser l'autre, a. 204, 205, 207.

1262. 4° Voyage incomplet. Si l'interruption du voyage a eu lieu par le **fait** ou la **faute** de l'une des parties, elle reste à sa charge, a. 208, 207.

1263. Si l'interruption a eu lieu par **force majeure**, il faut distinguer :

A. *Si le voyage partiel profite aux chargeurs*, en leur procurant une quote-part de l'avantage qu'ils auraient eu au voyage total, ils doivent payer une partie correspondante du fret (a. 296, 3e al.); cf. a. 234, 3e al., art. 303.

1264. B. *Si le voyage partiel ne profite aucunement aux chargeurs*, le Code décide dans la plupart des cas qu'ils ne doivent aucun fret. C'est ce qui a lieu en cas de naufrage, échouement, prise ou pillage, entraînant la perte des marchandises (a. 302).

Cette règle est traditionnelle (v. *Guidon de la mer*, ch. 6, art. 2; *Ord.* 1673, l. 3, tit., 1, art. 18). Elle peut se justifier, quoique cela nous paraisse discutable, si l'on considère que dans le contrat de transport l'objet essentiel de l'obligation du fréteur est de *faire arriver* les marchandises à destination; or les marchandises naufragées, échouées, prises ou pillées, *n'arrivent pas*; donc, dit-on, l'obligation pour l'affréteur de payer le prix n'a plus de cause, il ne doit rien.

Il y a exception à l'art. 302, et le fret entier est dû, lorsque le chargeur est, en cas de jet, par la contribution, remis dans la même situation où il serait si les marchandises étaient arrivées (a. 301). — V. aussi le cas de l'a. 290, en rapprochant l'a. 279.

CHAPITRE II.

GARANTIES RÉCIPROQUES DES PARTIES.

Nous ferons trois divisions : — 1° privilège réciproque; — 2° droit pour le capitaine de vendre les marchandises pour se payer; — 3° refus du droit de rétention au capitaine.

I. — **Privilège réciproque**, a. 280.

1265. D'après la place de cet article, au titre *De l'affrètement*, on pourrait être tenté de croire que le privilège existe avant même le chargement. Mais l'article ne parle que des marchandises *chargées*.

Ce privilège, étant fondé sur le nantissement, passera avant celui du vendeur non payé et du commissionnaire; il serait opposable au véritable propriétaire dépossédé autrement que par une perte ou un vol (C. civ., art. 2279).

1266. Le privilège du capitaine ne cesse pas par la délivrance, comme nous l'avons admis pour le voiturier en fondant son privilège sur un droit de gage; c'est la conséquence de ce que la loi lui refuse le droit de rétention (v. au n. 1268). Il s'éteint rapidement, par le délai de quinze jours, à partir de la délivrance (a. 307).

Pourtant la faillite du débiteur survenue dans la quinzaine empêche l'extinction du privilège par l'expiration de quinze jours (a. 308).

1267. II. — **Droit pour le capitaine de vendre les marchandises pour se payer** (a. 305). C'est la conséquence de son privilège.

1268. III. — **Refus du droit de rétention au capitaine** (a. 306).

Le destinataire ou le consignataire a le droit de ne payer le fret qu'après avoir vérifié l'état des marchandises; or la vérification est impossible à bord du navire, où les marchandises sont entassées; le capitaine ne pourrait donc exiger son paiement avant de les avoir sorties du navire. Mais alors, pour empêcher l'extinction de son privilège par une revente, il peut demander le dépôt entre les mains d'un tiers qui posséderait pour lui.

Suivant l'ordre que nous avons indiqué déjà dans notre introduction au livre II (n. 1114), et qui est bien plus logique que celui du Code, nous allons étudier le titre XI, *des avaries*, puis le titre XII qui s'y rattache intimement. Nous reviendrons ensuite en arrière au titre X, *des assurances*, et au titre IX, *des prêts à la grosse*.

TITRE XI.

DES AVARIES.

1269. Le mot *avarie* vient du mot *aver* (*avers* au pluriel), qui désignait autrefois le chargement, l'*avoir* des chargeurs sur le bâtiment. Or, certains droits que le capitaine payait à l'entrée ou à la sortie des ports étaient, d'après les usages, supportés par les propriétaires du chargement et répartis entre eux. Cela donnait lieu au compte de l'*averie*, qui devint ainsi synonyme du mot *contribution*; tel est encore le sens du mot anglais *average*. L'art. 406 a proscrit cet ancien usage, du moins dans le silence des parties; mais on stipule encore souvent à forfait une contribution de ce genre, et on se servant du même mot : on ajoute au fret, p. ex., 10 °/₀ *d'avarie et de chapeau* (v. n. 1237).— Sauf cet emploi unique, le mot *avarie* a ultérieurement désigné tout ce qui devait se répartir par contribution; puis, après l'invention du contrat d'assurance, ce qui donnait lieu à un recours contre les assureurs; et enfin tout dommage subi par des marchandises, v. l'art. 397.

Cet article, en définissant les avaries, fait déjà parmi elles une première division, dont nous montrerons plus tard l'utilité; c'est celle en *avaries matérielles* et *avaries-frais*.

1270. Les **avaries matérielles** que définit le second alinéa sont les avaries proprement dites; elles consistent dans une dégradation plus ou moins considérable de l'objet exposé aux risques.

Les **avaries-frais** sont des dépenses occasionnées par la chose, et qui constituent une perte pour le propriétaire de cette chose; par exemple les dépenses rendues directement nécessaires

par un accident, sans que celui-ci ait détérioré en rien le navire ou le chargement. Ainsi, un navire est pris par des pirates et doit payer une rançon pour se libérer avec son chargement ; il s'est échoué sur un banc de sable, et, sans être endommagé, il doit faire des dépenses, peut-être considérables, pour se renflouer, louer des allèges pour y décharger des marchandises, etc.—L'article ne classe comme avaries que les dépenses *extraordinaires*. En effet, celui qui est amené à faire des dépenses qu'il a prévues ou dû prévoir ne peut pas dire qu'il éprouve un dommage ; il a dû calculer sa spéculation commerciale en vue de ces prévisions : tels seront, pour les marchandises, les frais de chargement ou de déchargement, les frais de douane, soit au port de départ, soit au port d'arrivée ; tels aussi, pour le navire, les gages et la nourriture des matelots, et tous les frais habituels d'un voyage (a. 406).

1271. Le Code s'occupe des avaries à propos des assurances; mais notre titre, sauf un ou deux articles, a une portée tout à fait générale et indépendante de la considération des obligations des assureurs.

C'est un principe élémentaire que *res perit domino;* il n'y a rien de plus naturel que de laisser tomber la perte sur le propriétaire de la chose endommagée, sauf son recours contre celui qui aurait causé le dommage si le dommage n'est pas fortuit (C. civ., art. 1382); ou, si le dommage est causé par cas fortuit ou par force majeure, contre celui qui, par sa faute, aurait amené ou aggravé le cas fortuit. C'est ce principe qui est appliqué comme droit commun aux avaries, tant qu'il n'y est pas fait exception pour une raison spéciale : ces avaries sont, pour ce motif, qualifiées d'**avaries particulières** (a. 404). La loi réserve spécialement le recours du propriétaire contre le capitaine, qui s'est obligé à donner tous ses soins à la cargaison (a. 405).

Le code, du reste, pour la répartition du dommage, laisse, avant tout, libre carrière aux conventions des parties (a. 398).

Le principe que nous venons de rappeler (*res perit domino*) souffre exception pour les **avaries communes** ; celles-ci, pour des raisons d'équité que nous allons indiquer, sont mises à la charge de tous les intéressés au navire et au chargement qui doivent contribuer à les payer. C'est la détermination de ces ava-

ries communes et la contribution à laquelle elles donnent lieu qui fait la grande difficulté de notre sujet. Le Code traite, en outre, dans notre titre, de la responsabilité en cas d'abordage entre deux navires.

De là notre division en trois chapitres : — 1° distinction des avaries communes et particulières; — 2° contribution, ou règlement des avaries communes; — 3° de l'abordage en mer.

CHAPITRE PREMIER.

DISTINCTION DES AVARIES COMMUNES ET PARTICULIÈRES.

1272. Les avaries communes s'appellent aussi *avaries grosses*, et les avaries particulières, *avaries simples* (a. 309). Mais les termes dont nous nous sommes servis dans la rubrique du chapitre répondent mieux à l'idée.

L'art. 400 énumère les avaries communes. — Le principe de la distinction est dans le dernier alinéa; il en résulte, conformément à la tradition de tous les peuples maritimes, que les avaries communes sont *les dommages soufferts volontairement pour le salut commun*. D'où deux caractères essentiels : — 1° un sacrifice volontaire; — 2° fait pour le salut commun.

1273. Le second caractère est facile à comprendre, quoique, dans le fait, il puisse y avoir quelquefois des difficultés d'application. Il en résulte qu'un dommage volontaire fait par méchanceté ne serait pas une avarie commune. Il en serait de même de celui qui serait fait sans nécessité, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait pas péril imminent, ou lorsque d'autres moyens moins onéreux pouvaient encore être tentés. La loi exige, en principe, que la mesure soit prise en vertu d'une délibération motivée; mais cette précaution n'est pas toujours possible et ne doit pas être exigée lorsqu'il y a urgence.

1274. Le premier caractère demandera un peu plus d'explications; il exige un **sacrifice volontaire**. — Il faut d'abord un **sacrifice**; par conséquent, si l'on s'est décidé à détruire ou à perdre un objet déjà irrévocablement perdu et qui ne pouvait être sauvé, il n'y aura pas une avarie commune : p. ex. si le na-

vire, étant inévitablement porté à la côte, le capitaine s'y dirige tout droit par l'espoir de s'échouer dans de meilleures conditions, les dommages arrivés par suite de cette décision seront des avaries particulières. Il en serait de même si l'on a jeté à la mer les marchandises à un moment où le navire, embrasé de toutes parts, n'avait aucun secours en vue; c'était alors pour ces marchandises une mesure de préservation (avec un faible espoir sans doute) plutôt qu'une mesure de destruction.—En résumé, il faut que l'avarie ne soit pas un *mal subi*, mais un *remède tenté*.

Il faut ensuite que le sacrifice soit **volontaire**. Il faut que par un choix, dirigé sans doute d'après les circonstances, mais dont on aurait pu s'abstenir, on ait détruit certains objets ou qu'on les ait soumis à des risques plus considérables que ceux auxquels ils auraient été certainement exposés si l'on avait laissé agir les événements. — Ainsi les sacrifices directement et spécialement commandés par la nécessité des circonstances, ceux qui sont une suite d'un sinistre *passé* ne sont pas volontaires. Mais ceci donne lieu à une autre règle : c'est que toutes les suites *nécessaires* d'une avarie sont traitées comme cette avarie. Elles sont communes ou particulières suivant que cette avarie est elle-même particulière.

1275. Voyons les cas énumérés spécialement par l'article 400. Constatons seulement que cette énumération n'est pas limitative : cela résulte de la disposition finale déjà commentée par nous.

1° *Les choses données par composition et à titre de rachat du navire ou des marchandises.* — Il faut d'après les principes posés, qu'il y ait eu convention avec le capteur, par laquelle on consentait à sacrifier certains objets pour sauver le reste ; si au contraire, le capteur avait fait son choix lui-même et laissé partir le navire avec le reste, il y aurait force majeure et avarie particulière pour les propriétaires des objets choisis.

1276. 2° *Celles qui sont jetées à la mer.* Pour les conditions dans lesquelles le jet peut avoir lieu, nous renvoyons au titre suivant; mais nous devons examiner ici tout ce qui tient à la définition des avaries provenant du jet, art. 423 et 424.

Il faut (a. 423) que le jet ait sauvé le navire ; en effet, si la perte était déjà inévitable au moment de la décision prise, il

n'y a pas vraiment sacrifice volontaire, et par conséquent pas avarie commune. — Le second alinéa de l'a. 423 explique que la règle s'appliquera lors même qu'à la suite de la perte du navire certains objets seraient sauvés.

Mais il suffit pour qu'il y ait lieu à contribution, que le navire soit une fois sorti du danger auquel il était exposé, ait échappé à la poursuite du corsaire, ou à la tempête qui menaçait de l'engloutir ; lors même que peu après il aurait succombé à un danger semblable ou différent.

1277. Il faut rapprocher immédiatement du 2° de l'art. 400, le 5°.

5° *Les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées dans le navire.*

Ainsi les dégâts causés aux marchandises qu'on a dû déplacer pour jeter celles qui devaient être jetées les premières, ou bien ceux causés par l'eau de mer entrant par les ouvertures pratiquées pour effectuer le jet, enfin la perte totale des marchandises déplacées et enlevées par la mer quoiqu'elles ne dussent pas être jetées, comp. a. 422.

1278. 3° *Les cables ou mâts rompus ou coupés.* Il faut, bien entendu, qu'ils aient été coupés volontairement pour le salut commun : p. ex. on a coupé un câble sur lequel on s'était appuyé pour faire une manœuvre décisive, et qu'on savait ne plus pouvoir retirer ; ou on l'a coupé pour obéir plus promptement au signal de départ d'un convoi dont il importait de ne pas se séparer en temps de guerre ; il faut supposer aussi que cette mesure n'était pas nécessitée par une faute préalable du capitaine qui s'était mal placé. — Quant aux mâts, ils peuvent être *coupés* volontairement pour alléger ou redresser le navire. Ils peuvent être *rompus* par suite de mesures prises pour le salut commun ; p. ex. parce qu'on aurait dû couper les haubans et les étais.

1279. 4° *Les ancres et autres effets abandonnés pour le salut commun.* V. les exemples donnés ci-dessus pour les câbles. Il faudrait étendre cette disposition aux voiles, aux embarcations, etc.

Le 5° a déjà été expliqué, et nous réservons pour la fin le 6° qui présente des difficultés spéciales.

1280. 7° *Les frais du déchargement pour alléger le navire et entrer*

dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par la poursuite de l'ennemi. Ce sont alors des dépenses faites volontairement pour le salut commun. — Si c'est pour entrer au port de destination qu'il est nécessaire d'alléger le navire, ces frais rentrant dans le voyage promis par le capitaine sont à sa charge.

Il faut rapprocher l'art. 427, qui s'occupe du sort des marchandises déchargées sur des allèges, qui sont exposées volontairement et dans l'intérêt commun à des risques plus considérables (cf. n. 1274). Celles laissées sur le navire ne sont, au contraire, exposées qu'à des risques ordinaires ; si donc elles sont perdues, leurs propriétaires n'ont pas le droit de faire contribuer les premières qui seraient sauvées.

1281. 8° *Les frais faits pour remettre à flot le navire échoué dans l'intention d'éviter la perte totale ou la prise.* L'échouement est ici une avarie commune ; les frais qu'il nécessite sont donc aussi de cette classe, suivant les principes posés par nous (n. 1274) ; comp. l'art. 426.

1282. Revenons au 6°

6° *Les pansement et nourriture des matelots blessés en défendant le navire* (cf. art. 263). Il y a là un dommage volontairement souffert pour le salut commun. — Les mêmes règles devraient être appliquées au cas d'un passager mort, blessé ou pris en défendant aussi le navire.

La loi ne parle pas des dommages soufferts par le navire ou par les marchandises en se défendant contre l'ennemi et les pirates. Son silence ne saurait empêcher d'appliquer le principe posé par le dernier alinéa de l'art. 400, qui régit précisément les cas non prévus par le reste de l'article. Or il y a eu là dommage souffert volontairement en vue du salut commun. Donc il y a avarie commune.

1283... *Les loyers et nourriture des matelots... pendant les réparations des dommages volontairement soufferts pour le salut commun, si le navire est affrété au mois.* Cette règle est, aux yeux du législateur, l'application du principe que les conséquences nécessaires d'une avarie commune sont réglées aussi en avaries communes. Mais il y a là une erreur : en effet, l'armateur ne souffre pas

de cette dépense puisqu'il touche son fret pendant ce temps (art. 296). Le Code n'applique cette règle qu'en cas d'affrètement au mois, et l'art 403, 4°, fait de ces frais des avaries particulières quand le navire est affrété au voyage.

1284.... *Les loyers et nourriture des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par l'ordre d'une puissance... si le navire est affrété au mois.* Cette solution est tout à fait en dehors de l'esprit général de notre article ; car il n'y a pas là sacrifice volontaire pour le salut commun ; il y a purement et simplement un fait de force majeure. Le motif de la loi est tout autre : l'art. 300 a jugé équitable de ne pas faire courir pendant la détention le fret stipulé au mois ; comme compensation, il a jugé aussi équitable de faire contribuer la cargaison aux loyers et nourriture de l'équipage (art. 300, 3e al.).

1285. L'art. 298, 4e al. (L. 14 juin 1841), contient un nouveau cas où il y a lieu à contribution : c'est lorsque le capitaine a vendu des marchandises pour faire des réparations ou se ravitailler en cours de voyage ; les risques provenant de la faculté qu'ont les armateurs de se libérer par l'abandon du navire et du fret (art. 216) sont répartis entre tous les chargeurs.

1286. L'art. 403 donne une énumération des avaries particulières qui vient compléter par *à contrario* celle des avaries communes faite dans l'art. 400. La plupart de ses dispositions se trouvent expliquées par ce que nous avons dit sur l'art. 400 : dans ces diverses hypothèses, il y a eu simplement un *cas fortuit* qui reste à la charge du propriétaire de l'objet endommagé.

1287. Insistons seulement sur une partie du 3° :... *les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées, soit par la perte fortuite de ces objets, soit par le besoin d'avitaillement, soit par la voie d'eau à réparer.* C'est dire, suivant le principe posé par nous, que toutes les dépenses qui sont la suite nécessaire d'une avarie particulière, les frais de relâche notamment, sont aussi avaries particulières.

1288. Le 5° relatif à la nourriture et au loyer des matelots pendant la quarantaine est trop absolu. Si la relâche est provoquée par une avarie commune, les frais de quarantaine qu'im-

pose cette relâche devront, d'après les principes posés, être portés de même en avarie commune. Dans les autres cas, il y aura encore à distinguer lorsqu'il s'agira de compter les frais de quarantaine comme avaries à la charge des assureurs (v. n. 1380).

CHAPITRE II.

RÈGLEMENT DES AVARIES COMMUNES OU CONTRIBUTION.

1289. Le règlement des avaries communes a pour objet de déterminer la part que chacun des intéressés doit payer à titre d'indemnité aux propriétaires atteints directement par l'avarie. Cette indemnité ne doit pas être pour ceux-ci de l'intégralité du dommage souffert ; car, représentant eux-mêmes une partie de l'intérêt commun en vue duquel le sacrifice a été fait, il est juste qu'ils subissent aussi une part proportionnelle de la perte ; sans cela leur position serait plus avantageuse que celle des intéressés dont la propriété n'a pas été sacrifiée. Ils feront confusion de leur part sur leur tête de manière à diminuer d'autant l'indemnité à laquelle ils ont droit (v. un exemple au n. 1292). Ce principe de la *contribution sur soi-même* domine toute la matière.

Il y a des personnes qui font profession de dresser ces règlements d'avarie, et que dans tous les ports du Nord on appelle *dispacheurs*.

Pour régler la contribution, il faut établir en face l'une de l'autre deux masses de valeurs : l'une, la *masse active*, est l'*état des avaries*, donnant droit à une indemnité ; l'autre, la *masse passive* est l'*état des valeurs contribuables*. La question capitale à examiner ici est de savoir sur quel pied on établira l'évaluation des éléments qui composent ces deux masses.

1290. Il y a d'abord un élément qui ne présentera pas de difficultés : ce sont les *avaries-frais* ; c'est-à-dire, les dépenses directement faites pour le salut commun sans qu'il y ait eu dommage préalable. Pour ces dépenses l'évaluation sera très simple ; elle résultera directement du compte de ce qui aura été déboursé et de

tous les frais accessoires, tels que prime d'emprunt à la grosse, intérêts, etc. Et, comme d'autre part l'argent dépensé a été pris en dehors de la masse contribuable, il n'y aura aucune difficulté pour faire porter la répartition sur toute cette masse (v. l'a. 304).

1291. Pour les **avaries matérielles**, soit au navire, soit à la cargaison, à raison du principe de la contribution sur soi-même et des conséquences qui s'y rattachent, il est impossible d'étudier l'évaluation des avaries, c'est-à-dire le droit des propriétaires de ces objets lorsqu'ils sont avariés, sans étudier en même temps la valeur pour laquelle ils doivent contribuer en tout état de cause. Nous ne séparerons pas ces deux études.

I. — **Evaluation des marchandises.**

1292. L'art. 417 nous indique bien clairement que les marchandises sacrifiées doivent figurer, non seulement dans l'état des avaries, mais encore dans l'état des valeurs contribuables pour supporter leur part dans la contribution. Soit des marchandises jetées valant 10, et le reste de la cargaison, avec la moitié du navire et du fret, valant 90; l'état des valeurs contribuables se montera à 100, entre lesquels il faudra répartir la perte de 10; chaque valeur paiera 10 °/₀, et le propriétaire des marchandises jetées ne touchera que 9 sur les 10 perdus, en souffrant ainsi du jet jusqu'à concurrence de 10 °/₀, comme tous les autres intéressés.

Maintenant, comment évaluera-t-on les marchandises? Dans tous les cas, soit qu'il s'agisse du prix à payer pour les marchandises avariées, soit qu'il s'agisse de fixer la part contributive des marchandises, avariées ou non, on prendra leur valeur au lieu de déchargement (art. 415, 402, 417, 304).

1294. L'égalité de traitement que nous venons d'étudier pour les marchandises, soit au point de vue de l'indemnité, soit au point de vue de la contribution, souffre exception dans les cas où il y a eu dol du chargeur, ou négligence de sa part, ou consentement à exposer ses marchandises à des risques exceptionnels (a. 418, 420, 421).

II. — **Evaluation du navire et de ses accessoires.**

1295. Pour l'évaluation des sacrifices faits aux dépens du na-

vire et de ses accessoires, il n'y aura en général pas de difficulté. Les dommages causés volontairement seront réparés et l'on allouera comme avaries tout ce qui aura été dépensé pour les réparations des avaries communes.

1296. L'armateur contribue pour **la moitié du navire et du fret** (art. 401, 304, 417).

Voyons d'abord ce qui concerne le **fret.** — Il est juste que le fret gagné contribue aux avaries communes ; car il a été par ce moyen sauvé pour les armateurs, qui n'y ont pas droit en cas de naufrage, prise ou pillage (art. 302). La loi ne le fait contribuer que pour moitié; c'est une application de la règle que l'on doit déduire des valeurs sauvées les frais qui les grèvent. En effet, le fret dont parle la loi est évidemment le *fret brut ;* or, ce fret n'est pas tout bénéfice pour l'armateur ; il faudrait en déduire les dépenses des loyers et de la nourriture de l'équipage, des passagers et toutes les autres dépenses du voyage ; il faudrait donc, pour établir équitablement la contribution, déduire ces dépenses et prendre ainsi le *fret net* au lieu du *fret brut.* Le Code, pour éviter les difficultés que ce calcul pourrait soulever, a déduit à forfait la moitié du fret, et ne fait contribuer l'armateur que pour la *moitié du fret brut.*

1297. Quant au **navire,** la loi ordonne aussi qu'il ne contribuera que pour moitié de sa valeur. Cette règle est difficile à justifier. Elle est traditionnelle ; et elle était motivée par le désir de favoriser le capitaine en considération de ce qu'il expose dans le voyage son temps, sa santé, sa personne. — On pourrait ajouter, en faveur des armateurs, que leur propriété est bien plus exposée que celle des chargeurs, car elle est la première à être atteinte par une foule d'avaries qui resteront à sa charge exclusive comme avaries particulières ; qu'elle protège comme une cuirasse, la cargaison contre les fortunes de mer ; et qu'il est juste de lui demander une contribution moindre dans les avaries communes. — On retrouve les mêmes pensées dans l'art. 419, qui exempte de toute contribution les munitions de guerre et de bouche, et les hardes de l'équipage.

1298. En résumant les explications qui précèdent, on voit que *l'état des avaries* comprendra : — 1° les *avaries-frais*, pour la to-

talité des dépenses justifiées ; — 2° la valeur des marchandises sacrifiées ou la détérioration qu'elles ont subie, toutes deux appréciées d'après le prix courant des marchandises au lieu du déchargement, déduction faite des détériorations qu'elles avaient souffertes avant le sacrifice, mais non du fret qu'elles ont à payer ; — 3° les dépenses faites ou à faire pour réparer le navire. — D'autre part, *l'état des valeurs contribuables* comprendra : — 1° les marchandises de la cargaison évaluées d'après le prix courant au lieu du déchargement, à raison de l'état où elles se trouvent alors, et déduction faite des frais qu'elles ont à supporter, y compris le fret ; — 2° la moitié du fret brut, et la moitié du navire, eu égard à la valeur de celui-ci après les réparations faites.

1299. La loi s'occupe enfin du cas où plusieurs événements auraient provoqué successivement de nouveaux sacrifices volontaires pour le salut commun ; alors y il aurait lieu à plusieurs règlements d'avaries, et les objets sacrifiés une première fois ne contribueraient pas dans les sacrifices ultérieurs, car ceux-ci ne leur ont aucunement profité. (a. 425).

CHAPITRE III.

DE L'ABORDAGE DES NAVIRES.

1302. L'abordage est la rencontre et le choc de deux navires.

Il ne peut guère constituer qu'une avarie particulière, car rarement il sera fait volontairement, et pour le salut commun.

Le code s'est préoccupé de la répartition du dommage entre les deux navires abordés : car, nous l'avons vu, une avarie particulière incombant au propriétaire de l'objet avarié peut laisser à celui-ci un recours contre celui par la faute duquel elle s'est produite. Art. 407 : « En cas d'abordage de navires, si l'événement a été purement fortuit, le dommage est supporté, sans répétition, par celui des navires qui l'a éprouvé. — Si l'abordage a été fait, par la faute de l'un des capitaines, le dommage est payé par celui qui l'a causé. — S'il y a doute dans les causes de

l'abordage, le dommage est réparé à frais communs, et par égale portion, par les navires qui l'ont fait et souffert. — Dans ces deux derniers cas, l'estimation du dommage est faite par experts. »

TITRE XII.

DU JET ET DE LA CONTRIBUTION.

1305. Nous avons déjà expliqué, au titre précédent, tout ce qui concerne la contribution aux avaries communes et par conséquent au jet qui rentre dans cette catégorie. Il ne nous resterait plus à expliquer, dans ce titre, que les conditions dans lesquelles le jet peut avoir lieu. Elles sont réglées par les art. 410-416, qui se comprennent facilement.

TITRE X.

DES ASSURANCES.

1306. L'assurance maritime est un *contrat par lequel l'assureur moyennant un prix, appelé prime, payé par l'assuré, s'engage envers celui-ci à le décharger de tous les risques maritimes auxquels les objets qui lui appartiennent sont ouseront exposés, et à l'indemniser des pertes qu'il pourrait subir dans ces objets.*

Il est de l'essence de ce contrat qu'il y ait: — 1° des *objets assurés*; — 2° des *risques* sérieux auxquels ces objets sont exposés, spécialement, pour l'assurance maritime, des risques de mer; — 3° une *indemnité* promise pour ces risques, c'est là le but principal du contrat; la somme fixée comme maximum de cette indemnité s'appelle la *somme assurée*; — 4° enfin un prix payé pour acheter cette sécurité, qu'on appelle la *prime*.— Si les objets assurés n'étaient pas exposés à un risque sérieux, comme aussi si l'indemnité promise pouvait être supérieure au dommage éprouvé le contrat dégénérerait en *pari*, et serait dépourvu de toute action (C. civ., art. 1965). C'est ce que les auteurs formulent en disant que le principe essentiel de l'assurance est d'être un *contrat d'indemnité*, qui ne doit jamais produire un profit pour l'assuré.

L'origine de ce contrat paraît se rattacher à la prohibition faite par l'Eglise catholique, du prêt à la grosse, comme usuraire au même titre que le prêt à intérêt ordinaire. Après avoir essayé de tourner la défense, par diverses subtilités, on eut l'idée de conserver la promesse d'indemnité pour les risques de mer en supprimant l'avance de la valeur en risques; dès lors il n'y avait plus rien qui ressemblât à un prêt, et l'on put conserver l'avantage de se faire garantir contre les risques de mer; l'assurance était trouvée.

L'ordonnance de 1681 a consacré à l'assurance maritime un de ses titres les plus développés (Liv. III, tit. VI). Ses principaux commentateurs sont *Valin*, *Emérigon* et *Pothier*. Le Code de commerce de 1807 l'a reproduit à peu près complètement.

1308. En pratique les règles du code sont considérablement modifiées, par l'emploi de formules imprimées pour la rédaction des contrats ou *polices* d'assurances. Chaque compagnie d'assurance a sa formule, à laquelle on ajoute seulement à la main, dans les blancs laissés à dessein, les mentions spéciales à chaque contrat et les clauses dérogatoires aux stipulations usuelles. Ces formules, sous l'influence de la concurrence et des débats réciproques entre les intérêts opposés, ont tendu à s'uniformiser pour les assureurs d'une même place. C'est ainsi qu'on a eu la police de chaque port, police de Bordeaux, police de Marseille, police du Havre, de Nantes, de Dunkerque, de Bayonne, etc.; et même la police de Paris, depuis que la facilité des communications, l'abondance des capitaux et la présence d'un grand nombre de chargeurs sur cette place y ont fait contracter beaucoup d'assurances.

On a plus récemment tenté d'uniformiser ces polices, et l'on est parvenu dans un congrès d'assureurs à arrêter une formule uniforme, ou plutôt deux formules uniformes, l'une pour les assurances sur le corps du navire, l'autre pour les assurances sur facultés, c'est-à-dire sur le chargement. On a, d'un commun accord, donné à ces deux formules le nom de *polices françaises*. Elles ont été assez généralement adoptées. Nous les citerons souvent.

Nous suivrons, dans notre titre, la division générale du Code en élevant seulement les sections au rang de chapitres, pour nous ménager la facilité de faire des subdivisions plus nombreuses. Nous étudierons donc : — 1° la formation du contrat ; — 2° les obligations des parties ; — 3° le délaissement.

CHAPITRE PREMIER.

DU CONTRAT D'ASSURANCE, DE SA FORME ET DE SON OBJET.

1309. L'art. 332 peut être considéré comme le programme de

tout ce chapitre. Nous distinguerons, parmi toutes ses indications, les conditions de forme et les conditions de fond.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES DU CONTRAT.

1310. L'art. 332 exige d'abord que le contrat soit rédigé par écrit. On admet très généralement que l'écrit n'est exigé que pour la preuve ; mais alors on se divise sur la question de savoir si cette exigence de la loi n'a pas pour effet de proscrire absolument la preuve testimoniale, même au-dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit. Pour nous, conformément à ce que nous avons déjà dit sur d'autres questions analogues, nous admettons que l'art. 332 a seulement voulu faire exception au droit spécial du code de commerce (art. 109), d'après lequel la preuve testimoniale est admise sans conditions, pour revenir au droit commun du code civil ; par conséquent, à défaut d'écrit, on pourra prouver par l'aveu, le serment, et même par témoins au-dessous de 150 fr. ou si l'on a un commencement de preuve par écrit.

1311. Le contrat peut être fait *sous signature privée* (art. 332, 4e al.). Nous pensons que l'acte sous signature privée doit, en principe, être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties contractantes, comme tout contrat synallagmatique (C. civ., art. 1325).

Il résulte évidemment, *à contrario*, de l'art. 332, 4e al., que l'acte pourrait aussi être rédigé dans la forme *authentique*. Et d'abord, il pourrait l'être par un notaire dans la forme ordinaire et complète des actes notariés. Mais il pourrait aussi être dressé par un courtier (art. 79), et très habituellement c'est ainsi qu'il est fait (v., pour les règles spéciales à ce cas, n. 441, et 505).

1312. Dans tous les cas, l'acte « *ne peut contenir aucun blanc* » (art. 332, 3e al.).

La loi exige la *date* (2e al.). Il y a de plus une exigence toute spéciale (3e al.), l'acte doit énoncer « *si c'est avant ou après midi* ». Le moment précis de la signature est important, surtout

à deux points de vue : — d'abord en cas d'assurances successives destinées à couvrir un même risque (art. 333), lorsque la valeur de l'objet assuré est couverte par les premières assurances, les assurances ultérieures sont nulles (art. 359) ; d'où la nécessité de connaître l'ordre dans lequel elles ont été souscrites ; — ensuite l'assurance est nulle en général, lorsqu'elle porte sur des risques qui, au su de l'une des parties, n'existaient plus au moment du contrat (art. 365 et 366) ; de là l'importance de préciser le moment de la signature par rapport à celui de l'arrivée des nouvelles.

1313. La même police peut contenir plusieurs assurances (a. 333).

1314. Voici maintenant quelques détails sur les dispositions matérielles d'une police d'assurance.

Il y a d'abord, habituellement en tête, un petit tableau résumant brièvement les principales indications de la police, sous la forme suivante ou sous une forme analogue :

N° Du (date)

Courtier M....

Navire.... somme assurée F.... à.... o/o F.

Capitaine.... police et timbre. 2

Voyage.... Total. F.

Vient ensuite une série d'articles imprimés établissant les conditions générales des assurances contractées par l'assureur signataire ; nous avons vu que ces conditions sont uniformes pour les assureurs d'une même place, et tendent à le devenir pour tous les assureurs de France. Ces conditions sont très développées ; la police française sur corps contient trente et un articles, celle sur facultés en contient vingt, et quelques-uns de ces articles sont fort longs. Aussi, imprimés en petits caractères et en deux colonnes, ils remplissent plus d'une page.

La troisième partie est destinée à constater les conventions spéciales de l'assurance qui fait l'objet de la police, tout ce qui précise les personnes, l'objet en risque, la somme assurée, la prime due, et toutes les conditions qu'il peut plaire aux parties d'y insérer. Elle contient seulement quelques lambeaux de phrases imprimés avec de nombreux blancs destinés à être rem-

plis par les éléments de la convention, et devant être, s'ils ne sont pas remplis complètement, annulés au moyen d'un trait horizontal, pour se conformer à la règle de la loi, qui veut qu'on ne laisse aucun blanc dans la police. Ainsi on aura une formule imprimée du genre de celle-ci :

Par l'entremise de M.., courtier, aux conditions générales qui précèdent, à celles particulières qui suivent, et moyennant la prime de... payable à..., le soussigné assure à M..., agissant pour compte de..., la somme de..., etc.

Souvent il y a lieu de faire postérieurement des modifications à la police pour la compléter, pour y ajouter ou retrancher. On rédige pour cela un petit écrit supplémentaire que l'on nomme **avenant**.

1315. L'**Enregistrement** des polices d'assurance est réglé par la L. 23 août 1871, art. 6 (v. ce texte).

SECTION II.

CONDITIONS DE FOND.

1316. Le dernier alinéa de l'a. 332 consacre le droit pour les parties de stipuler telles conditions qu'il leur plaira ; en respectant cependant les éléments essentiels du contrat, les défenses formelles de la loi que nous rencontrerons bientôt.

L'avant-dernier alinéa admet même en matière d'assurances une convention qui est en général défendue ; c'est la *clause compromissoire* par laquelle on soumet à des arbitres les contestations qui pourront naître du contrat (cf. n. 396).

Les autres mentions demandées par l'art. 332, se réfèrent à quatre ordres d'idées qui formeront autant de paragraphes : — 1° La désignation des personnes ; — 2° les objet assurés ; — 3° les risques contre lesquels ils sont assurés ; — 4° la prime due. Nous ajouterons un cinquième paragraphe où nous traiterons des réassurances et de l'assurance de la prime (art. 342).

§ Ier

Désignation des personnes.

1318. Quoique l'art. 332 n'en parle pas, l'**assureur** doit certainement être indiqué dans la police ; sa désignation est essentielle. Elle aura lieu habituellement par sa signature au bas de la police, et par les diverses mentions qui accompagneront cette signature.

L'**assuré** doit être aussi exactement désigné ; la loi demande son nom et son domicile (art. 332, 7° al.).

1319. La loi ajoute qu'avec le nom de l'assuré on doit exprimer « *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.* » Des auteurs en avaient conclu qu'il n'y a que le propriétaire d'une chose (ou un commissionnaire pour lui) qui puisse l'assurer. Mais cette doctrine est certainement proscrite actuellement par l'art. 334 (rédaction de 1885), d'après lequel l'assurance peut être faite par *toute personne intéressée.* Ainsi ce pourrait être un commodataire, un dépositaire qui, exposant la chose à des risques exceptionnels, serait soumis à un recours du propriétaire en cas de perte; un créancier hypothécaire, un créancier gagiste ou privilégié.

1320. C'est aussi le lieu d'examiner ici, si l'assurance faite par le propriétaire profitera exclusivement à ceux de ses créanciers qui auront un privilège ou une hypothèque sur l'objet assuré. En d'autres termes ◐. *L'indemnité d'assurance est-elle subrogée aux objets assurés pour l'exercice des privilèges et hypothèques* ? la question est très généralement résolue par la négative : — les privilèges sont de droit étroit, et ne peuvent pas s'étendre d'un objet à un autre ; — l'indemnité est le profit d'un contrat passé par le propriétaire seul et dans son seul intérêt ; elle entre donc dans son patrimoine général, et profite également à tous ses créanciers ; sans doute la L. 28 mai 1858, art. 10, admet une subrogation de ce genre ; mais il a fallu un texte formel pour l'établir ; une exception du même genre contenue dans la L. 10 déc. 1874, a. 17, n'a pas été reproduite dans la loi actuellement

en vigueur du 10 juillet 1885, et la suppression a été faite avec la volonté très certaine de proscrire la règle.

1321-1322. L'assurance peut être contractée pour l'intéressé par un *commissionnaire* (a. 332, 7e al.). Cette hypothèse est prévue par les polices, où la place réservée pour le nom de l'assuré est suivie des mots *agissant pour compte de...* — Il faut appliquer à cette hypothèse les principes que nous avons posés en expliquant le contrat de commission en général.

1323. Du côté des assureurs, l'assurance est certainement commerciale (art. 633); car, dans l'assurance à primo, à peu près seule usitée en matière maritime, ils spéculent sur l'accumulation des primes entre leurs mains, qui leur permet de payer les sinistres en conservant en outre un bénéfice. Du côté de l'assuré, elle n'est pas une opération commerciale par elle-même, car elle ne rentre, à aucun égard, dans la définition des actes de commerce; seulement elle sera souvent commerciale, comme accessoire de la spéculation commerciale, réalisée sur le navire ou sur les marchandises; alors elle ne pourra être faite que par ceux qui ont capacité pour faire des actes de commerce. Mais, si l'on assure des objets que l'on fait transporter sans aucune vue de spéculation, comme un mobilier que l'on déménage, l'acte est purement civil; et la capacité nécessaire doit se régler par les principes du droit civil.

§ 2.

Objets assurés.

Relativement aux objets assurés, trois points doivent être précisés dans la police : — 1° la détermination de ces objets; — 2° leur évaluation; — 3° la somme assurée. Il y aura plus tard à faire, — 4° la preuve du chargement; — enfin nous verrons — 5° la sanction des dispositions de la loi sur ces divers points.

I. — Détermination des objets assurés.

1324. Outre la nécessité qu'il y a toujours de préciser l'objet d'un contrat, sa détermination a ici une double importance : d'abord pour établir la réalité du risque et démontrer que l'as-

surance n'était pas un simple pari; ensuite, pour préciser l'étendue des risques et empêcher toute erreur sur ce point (art. 348). — L'indétermination ou toute erreur sur l'objet ou sur les risques amènerait le *ristourne* (résolution) de l'assurance (art. 357 et suiv.).

L'art. 334 indique ce que l'on peut faire assurer. Il faut en rapprocher l'art. 347, indiquant, au contraire, ce que la loi défend de faire assurer. Ces deux articles ont été remaniés par la L. 10 août 1885, pour lever certaines prohibitions qui n'avaient plus de raison d'être.

Il est utile de distinguer, dans nos explications, l'assurance du navire avec ses accessoires ou *assurance sur corps*, et l'assurance de la cargaison ou *assurance sur facultés*; nous ajouterons quelques observations communes à ces deux assurances.

1° Assurances sur corps.

1325. On peut assurer « *le navire et ses accessoires* », ceux-ci sont même compris de plein droit dans l'assurance du navire. Ils comprennent les *agrès et apparaux*, avec la chaloupe et le canot; les frais d'*armement*, c'est-à-dire les frais faits pour mettre le navire en état de prendre la mer : réparations, frais payés au départ, droits de douane, etc., avances payées à l'équipage, munitions de guerre et de bouche; ces dernières pouvant aussi être assurées séparément sous le nom de « *victuailles.* »

Dans l'assurance sur corps, le **navire** doit être très exactement désigné, conformément à l'art. 332, 8° al., car c'est l'objet même de l'assurance. Mais il suffit qu'il soit bien reconnaissable et constant entre les parties, quand même le nom aurait été omis ou altéré. Au contraire, une désignation erronée substituant un navire à un autre, annulerait le contrat, lors même qu'elle serait faite de bonne foi et ne changerait pas l'opinion du risque; car il y a alors erreur sur l'objet même du contrat (v. n. 1352). — On doit, en outre, déclarer toutes les circonstances de nature à influer sur le risque (v. l'ancien art. 334, 2° al.).

1326. On peut assurer également « les loyers des gens de mer » pendant le voyage (nouvel art. 334) contrairement à l'ancien art. 357). Du moment que l'on reconnaissait aux matelots le droit à leurs loyers, même en cas de naufrage (art. 258 nou-

veau), il fallait évidemment permettre aussi à l'armateur d'assurer le montant de ces loyers.

L'armateur peut aussi assurer maintenant le **fret**, stipulé pour le voyage (a. 334 contre l'ancien art. 347), et qui ne sera pas payé en cas de naufrage, échouement ou prise des marchandises (art. 302). Mais c'est seulement le « *fret net* ». Il ne saurait prétendre assurer le *fret brut*, tel qu'il est stipulé aux chartes-parties et connaissements, lorsqu'il a déjà fait assurer toutes les dépenses d'armement, car le fret est destiné à couvrir ces dépenses ainsi que le dépérissement du navire ; lorsque ces dépenses sont assurées, il ne risque plus de perdre cette partie du fret; il n'a donc pas le droit de la faire assurer. — Autrefois l'assurance même du fret net était défendue. On disait que l'assurance ne peut tendre qu'à une indemnité, et non permettre de réaliser un bénéfice; or, le fret n'est pas encore gagné au moment où on l'assure, il n'y a qu'une espérance dont la privation n'est pas une perte ; donc, on ne peut l'assurer. Mais on répondait depuis longtemps que le fret stipulé n'est pas une chose incertaine, imaginaire; le propriétaire du navire a fait, quant à lui, tout ce qu'il faut pour le gagner ; il y a droit en vertu d'une stipulation parfaitement certaine et précise, et même privilégiée (art. 280). Que lui manque-t-il pour l'avoir gagné? Une heureuse arrivée, qui ne peut plus être empêchée que par une fortune de mer; or ce risque, le seul subsistant, est précisément celui contre lequel il s'agit de s'assurer, celui contre lequel on lui permet d'assurer toutes ses autres valeurs. Le fret stipulé est donc exactement dans la même condition que toutes les autres choses que l'on peut assurer; la prohibition de son assurance n'avait donc pas de raison d'être.

1327. Déjà avant la loi nouvelle, la *police française* sur corps, consacrait expressément l'assurance du fret, en stipulant (art. 22), que « *les assureurs s'interdisent... 2° les assurances sur fret excédant 60 °/₀ du fret à justifier.* » Cette réserve implique bien que ces assurances sont acceptées; elle a seulement pour but d'empêcher qu'on n'assure le fret brut; les 60 °/₀ sont censés représenter le fret net.

2° Assurances sur marchandises ou facultés.

1328. Ici encore toute la précision possible doit être apportée

pour la détermination des objets assurés; dans la mesure du moins où les parties, spécialement les assureurs, ont désiré cette précision. En effet, de même qu'on peut vendre des objets déterminés seulement par leur espèce et quantité, on peut assurer aussi des marchandises en bloc sans en demander une spécification détaillée.

Supposons d'abord que l'on a voulu assurer un lot de marchandises déterminé, la police devra indiquer tout ce qui peut les spécifier, en tant du moins que l'assuré en a connaissance : p. ex. les marques des caisses ou ballots, la nature, l'espèce, le poids, la mesure ou le compte des marchandises. C'est à ce cas que se réfère l'art. 348 en disant que toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement qui diminuerait l'opinion du risque annule l'assurance.

Mais on peut aussi consentir à assurer tout le chargement d'un navire sans en spécifier la nature, à la seule condition qu'il ne soit pas sujet à des risques particuliers. On pourra le désigner comme le *chargement*, la *cargaison*, les *facultés* du navire; mais alors le navire devra être habituellement déterminé exactement. On assurera le chargement d'aller ou celui de retour, que l'on désigne sous le nom de marchandises d'*entrée* ou de *sortie*, en se plaçant ainsi au point de vue du port qui est le terme du voyage. On peut également assurer une certaine quantité de marchandises, déterminées seulement par leur poids, leur volume ou leur valeur, et laissées d'ailleurs au libre choix de l'assuré; il suffira alors d'indiquer exactement le nom du propriétaire pour compte de qui l'assurance est faite et le nom du navire. — Le Code admet même que l'on puisse rester encore plus dans le vague si l'assuré ne connaît rien de précis sur le chargement qu'il attend (a. 337).

1329. Il arrive assez souvent que l'on fait assurer une somme déterminée sur toutes les marchandises que l'assuré pourra charger, pendant une période et pour un voyage fixés par la convention. C'est ce qu'on appelle une **police flottante**. Il y a plutôt alors promesse d'assurance qu'assurance proprement dite; les effets de l'assurance ne se produiront qu'à mesure des *déclarations d'aliment*, qui devront être faites par des *avenants* succes-

sifs, et qui préciseront les objets auxquels sera affectée l'assurance.

1330. L'assuré doit apporter la plus grande attention à la portée des termes qu'il emploie pour désigner les objets assurés, car on les prend toujours à la lettre; cela est surtout important lorsqu'une assurance étant insuffisante, il faut la compléter par une nouvelle; on doit prendre garde de ne pas couvrir deux fois le même objet en restant à découvert pour une partie d'un autre. P. ex. si, ayant assuré pour 20 une cargaison, l'assuré apprend qu'elle se compose de 20 de sucres et de 20 de cafés; il doit se garder d'assurer à nouveau 20 sur les sucres seulement, car ceux-ci étant déjà compris pour 10 dans la première assurance, il y aurait sur eux un excès de 10; tandis que les cafés, n'étant aussi compris que pour 10 dans la première, présenteraient un découvert de 10. Il devrait assurer à nouveau 20 sur toute la cargaison, ou 10 sur les sucres et 10 sur les cafés.

1331. L'assurance des marchandises doit comprendre naturellement tout ce qu'elles ont coûté jusqu'au départ; c'est-à-dire le prix d'achat, le transport au lieu du chargement, les droit payés au départ et les frais du chargement (v. art. 339). — Le chargeur peut en outre actuellement en assurer le *fret*. Car, si les marchandises arrivent plus ou moins avariées, il devra en payer le fret entier au capitaine, quoiqu'il ne puisse plus réaliser sur elles les bénéfices qui devaient couvrir ce fret, et il ne touchera néanmoins de ses assureurs que leur moindre valeur. Il a donc un intérêt légitime à assurer le *fret* qu'il devra payer alors.

La perte des marchandises fera perdre encore au chargeur tous les bénéfices qu'il devait réaliser par leur revente au lieu de destination. C'est le **profit espéré**, dont l'assurance était défendue par l'art. 347, 3e al. Elle est permise maintenant (a. 334) : en effet ce profit espéré n'est pas un gain aléatoire : il doit résulter directement et forcément du transport des marchandises; ce gain est préparé par une opération sérieuse; tous les frais faits avant le départ, ceux du voyage, sont engagés en vue de ce gain, et le chargeur a besoin de pouvoir compter sur lui pour continuer ses opérations, qu'il a combinées en prenant pour point de départ sa première spéculation, le seul risque que

court encore ce gain, c'est uniquement le risque des événements de mer contre lequel il s'agit de l'assurer; sans cela il serait certain; donc on doit pouvoir l'assurer comme tout autre objet. — Bien entendu, il ne s'agit ici, comme les explications précédentes l'indiquent, que du profit positivement appréciable, résultant en quelque sorte matériellement de la différence des cours, et non des spéculations plus ou moins éventuelles que le chargeur prétendrait réaliser après l'arrivée; à l'égard de celles-ci, il n'y a rien d'engagé, rien de sérieux n'est fait; on ne peut aucunement apprécier les chances qu'elles présentaient; il n'y a pas là une perte précise qui puisse être garantie par une assurance.

3° Observations communes aux assurances sur corps et sur facultés.

1332. On peut grouper ou séparer dans les assurances tous les objets dont parle l'art. 334. — En supposant qu'on les réunisse dans une même assurance, on peut les y comprendre *conjointement* ou *séparément* (a. 335, 1er al.). L'assurance sera faite *conjointement* si tous les objets qui y sont indiqués ne forment qu'une seule masse, de telle façon qu'à défaut des uns elle doive s'appliquer complètement aux autres : p. ex. si l'on a assuré conjointement le navire et la cargaison pour 20, et que l'on ne charge rien, l'assurance de 20 sera tout entière appliquée au navire. L'assurance est faite *séparément*, si la somme assurée est affectée divisément à chaque lot d'objets, de façon qu'à défaut de l'un elle ne se reverse pas sur les autres : p. ex., si l'on a assuré 10 sur le navire et 10 sur la cargaison, à défaut de cargaison le navire ne sera toujours assuré que pour 10, et la police sera sans effet pour les 10 autres. — Comp. art. 360, 361, *infrà* n. 1342.

1333. Nous rattachons à ces observations communes les assurances qui peuvent avoir lieu en cas de prêt à la grosse, car ce prêt peut être fait sur le navire ou sur les facultés ou sur tous deux ensemble. Voici ce qui résulte des art. 333 et 347 : l'emprunteur à la grosse ne peut pas assurer les **sommes empruntées à la grosse** (art. 347, nouveau); cela est parfaitement juste, car il ne court aucun risque pour elles, puisque, en cas

de perte, il ne les remboursera pas; il ne pourrait pas non plus, et pour la même raison, assurer les objets sur lesquels le prêt est fait, si celui-ci couvre leur valeur intégrale. — Le prêteur peut très bien assurer les **sommes prêtées à la grosse** (art. 332); car il a pris sur lui les risques de mer quant à ces sommes, ne devant rien recevoir si les objets sur lesquels le prêt a été fait viennent à périr, il en est en quelque sorte l'assureur, et l'assurance qu'il contracte ensuite pour lui-même revient à une *réassurance* parfaitement permise (art. 342). — Il peut aussi, depuis la L. 12 août 1885, faire assurer le **profit maritime** de ces sommes qu'il a prêtées; c'est-à-dire les intérêts stipulés en cas d'heureuse arrivée; car il est exposé à les perdre en cas de sinistre.

1334. Il est permis actuellement d'assurer les **loyers des gens de mer** (art. 347). Les matelots peuvent donc assurer eux-mêmes les loyers qui leur sont dus. Cela leur était défendu avant la L. 1885. On craignait que, sûrs d'être payés en tous cas, ils n'apportassent pas assez de zèle au sauvetage du navire. Cette crainte a été jugée chimérique.

II. — **Evaluation des objets assurés.**

1335. L'évaluation des objets assurés a pour but de préciser la quotité de l'intérêt que l'assuré expose en risque, afin de servir de base aux règlements auxquels un sinistre donnera lieu; si elle est faite d'accord entre les parties, elle pourra éviter plus tard des procès sur ce point.

L'art. 332, 14e al., demande que l'on indique dans la police la *valeur* ou l'*estimation* des marchandises; mais la loi ne l'exige pas à peine de nullité; ce qui le prouve, c'est que l'art. 339 indique le moyen de suppléer à cette indication. Dans le cas où la police est muette sur ce point, elle est dite **police ouverte**, par opposition au premier cas où elle est dite **police évaluée**.

Voyons d'abord ce qui a lieu lorsque la valeur des marchandises n'est pas indiquée au contrat. La justification de cette valeur est à la charge de l'assuré, car elle est la base du droit qu'il réclame (art. 1315, C. civ.); il n'a droit à une indemnité qu'à raison et en proportion des pertes qu'il aura faites. Nous avons déjà expliqué les trois éléments dont se compose cette

valeur (a. 339) : valeur des marchandises au lieu du chargement, droits payés, et frais faits jusqu'à bord (v. n. 1331). La valeur des marchandises sera justifiée par les factures et par les livres (a. 339).

La loi ne parle pas de la manière d'évaluer le navire et ses accessoires en cas d'assurance sur corps. Cette valeur ne peut être fixée qu'à dire d'experts.

1336. Voyons maintenant ce que les parties peuvent faire pour éviter les difficultés de cette évaluation après sinistre. Pour cela l'évaluation sera faite dans la police. Mais elle peut être faite dans deux conditions différentes. — Si la valeur est simplement *déclarée* par l'assuré sans l'adhésion ou l'acceptation de l'assureur, cette déclaration ne lie que l'assuré; elle revient donc à l'établissement d'un maximum que les prétentions de celui-ci ne peuvent dépasser ; mais l'assureur peut toujours exiger de lui qu'il prouve, par les moyens que nous venons d'indiquer, l'exactitude de sa déclaration. — Si, au contraire, la valeur a été *agréée* ou *convenue de gré à gré*, entre les deux parties, l'assureur, qui a accepté cette évaluation, a dispensé par là l'assureur de justifier de son exactitude; son *agrément* ne peut pas avoir d'autre sens : si donc il prétend que la valeur a été exagérée, ce sera à lui qu'incombera la preuve de l'exagération; cette clause, *valeur agréée*, ou *valeur convenue de gré à gré*, a donc pour effet de transporter la charge de la preuve. V. pourtant l'art. 15 de la *police française* sur facultés. Mais l'évaluation peut toujours être critiquée, si elle est arguée de fraude (a. 336).

1337. Les art. 340 et 338 résolvent des questions toutes spéciales.

III. — **Somme assurée**, (art. 332, 16e al.).

1338. La somme assurée ne doit pas se confondre avec l'évaluation dont nous venons de parler, quoique, dans la police, elle soit souvent indiquée par le même nombre. L'*évaluation* indique l'importance du dommage qu'éprouverait l'assuré en cas de perte de la chose; la **somme assurée** indique la quote-part de ce dommage que l'assureur prend à sa charge. Si l'assurance est couverte tout entière par un seul assureur, la somme assurée sera égale à l'évaluation ; mais si elle n'est couverte que suc-

cessivement par plusieurs assureurs, la somme assurée par chacun d'eux ne sera qu'une partie de l'évaluation ; ainsi, une valeur de 100 sera couverte par l'un pour 20, par l'autre pour 10, par l'autre pour 40, etc. Enfin, il peut se faire que l'assuré ne fasse pas couvrir toute la valeur par l'assurance, par exemple qu'une valeur de 100 ne soit assurée que pour 60 (somme assurée) ; l'assuré alors restera, comme on dit, *son propre assureur* pour le surplus.

Si la somme assurée n'était pas indiquée dans la police, l'assurance ne serait pas nulle pour cela. On y suppléerait d'abord par les autres indications, si c'était possible : comme si, la prime étant stipulée à tant °/° de la somme assurée, ce qui est habituel, le chiffre de la prime était inscrit. A défaut de toute indication, l'assureur serait censé avoir voulu couvrir l'intégralité du risque ; et la somme assurée serait présumée égale à l'évaluation.

IV. — Preuve du chargement.

1339. Cette preuve n'est évidemment nécessaire que pour l'assurance sur facultés. Elle résultera presque toujours des connaissements, auxquels l'art. 283 a eu soin de donner pleine foi même à l'encontre des assureurs (v. n. 1247). Mais en cas de perte totale du navire, si les actes justificatifs du chargement ont péri avec lui, on pourra prouver par tous les moyens possibles. Les art. 344 et 345 prescrivent seulement certaines précautions pour le cas où les formalités ordinaires n'auraient pas présenté de garanties suffisantes.

V. — Sanction des dispositions précédentes.

1340. Dans le cas où l'assurance excède la valeur des effets chargés, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de la part de l'assuré, elle est nulle à son égard (a. 357). Cela veut dire que l'assureur aura le choix de la maintenir ou de l'annuler en attendant pour se prononcer l'issue du voyage.

« S'il n'y a ni dol ni fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue. En cas de perte, les assureurs sont tenus d'y contribuer chacun à proportion des sommes par eux assurées. — Ils ne reçoivent pas la prime de cet excédant de valeur, mais seulement l'indemnité de demi pour cent. » (a. 358).

Dans ce cas, il y a ristourne seulement pour l'excédant de la somme assurée sur la valeur réelle. Mais comme il y a faute de l'assuré, l'assureur touche l'indemnité de 1/2 % de la somme assurée.

1341. « S'il existe plusieurs contrats d'assurance faits sans fraude sur le même chargement, et que le premier contrat assure l'entière valeur des effets chargés, il subsistera seul. — Les assureurs qui ont signé les contrats subséquents sont libérés ; ils ne reçoivent que demi pour cent de la somme assurée. — Si l'entière valeur des effets chargés n'est pas assurée par le premier contrat, les assureurs qui ont signé les contrats subséquents répondent de l'excédant, en suivant l'ordre de la date des contrats » (a. 359).

L'art. 334, 2e et 3e al. nouveaux, depuis la L. 12 août 1885, complète ces dispositions en défendant sous les mêmes peines et avec les mêmes distinctions les *assurances cumulatives* ; c'est-à-dire, ainsi qu'il résulte de la place de ces alinéas et des travaux préparatoires, celles qui, par la généralité de leurs formules porteraient deux fois sur les divers éléments que l'art. 334, 1er al, permet d'assurer.

Si plusieurs assurances portent sur les mêmes objets, leur perte est payée au marc le franc par tous les assureurs (a. 360). Si elles étaient faites séparément sur des catégories différentes d'objets, les risques des uns ne pourraient pas retomber sur les assureurs des autres objets (v. n. 1332). V. aussi pour un cas spécial l'a. 361.

§ 3

Détermination des risques.

1343. Il y aura trois points surtout à déterminer : — 1° le navire comme lieu des risques; — 2° le voyage et ses conditions; — 3° le temps des risques ; — nous verrons : 4° la sanction de la loi sur ces points.

I. — Navire comme lieu des risques.

1344. Le navire doit être désigné (art. 332, 8e al.), non seule-

ment lorsqu'il est l'objet de l'assurance, mais même dans l'assurance sur facultés, en tant qu'il est le lieu où les objets assurés sont exposés aux risques. Tout le monde comprend l'importance que peuvent avoir, pour la gravité des risques, la bonne construction, le tonnage, l'âge, les qualités du navire.

Pour la manière de désigner le navire nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit pour le cas où le navire est l'objet même du risque. — L'inexactitude dans la désignation pourrait annuler l'assurance (art. 348). De même le changement de navire.

Les assureurs peuvent, du reste, renoncer volontairement à l'indication exacte du navire, s'il s'agit d'une assurance sur facultés ; et assurer celles-ci sur quelque navire qu'elles soient chargées : c'est ce qu'on appelle l'assurance *in quovis* (comp. art. 337).

1345. L'art. 332, 9° al., exige de plus la désignation du **capitaine** ; cette mention se rattache intimement aux risques dépendant du navire ; car de son habileté, de son sang-froid, de son courage peut dépendre le salut de tous.

D'ailleurs les assureurs peuvent ne pas tenir à cette garantie et l'abandonner expressément, soit en n'indiquant pas dans la police le nom du capitaine, soit en autorisant tout changement par l'assuré. C'est ce qui se fait très habituellement, et la clause « ou tout autre pour lui », à la suite du nom du capitaine, est devenue de style. Mais elle ne doit pas pour cela se sous-entendre, si elle n'est pas inscrite expressément.

II. — **Voyage et ses conditions.**

1346. L'art 332, 10e al. et suiv., demande que la police indique « *le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées, le port d'où ce navire a dû ou doit partir, les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, ceux dans lesquels il doit entrer* ». Toutes ces mentions ont leur importance pour les risques.

L'article 335 ajoute plusieurs indications à celles demandées par l'article 332. C'est d'abord celle du « *temps de paix ou de guerre* ». On en comprend toute l'importance : lors même que les assureurs n'ont pas pris sur eux les risques de guerre,

cet état de choses peut amener le capitaine à faire des évolutions, des manœuvres plus dangereuses, à allonger sa route, etc.

La loi indique, en outre, que l'assurance peut être contractée même pendant le voyage. Cela ne peut nuire à l'assureur dont cette circonstance diminue plutôt les risques. Il faut seulement que l'assuré déclare exactement ce qu'il sait de la position du navire au moment de l'assurance (v. art. 348 et 365 ; n. 1351, 1354).

La suite de l'article rappelle les diverses modalités dont la détermination du voyage est susceptible : — on peut d'abord assurer un *voyage simple*, c'est-à-dire les risques courus pour un trajet entre deux ports, sauf à préciser plus complètement, comme nous le ferons tout à l'heure, le moment où commenceront et où finiront les risques. Ce voyage simple peut même n'être assuré que pour partie, comme si, dans un voyage passant la ligne, un assureur prenait sur lui les risques de France jusqu'à l'équateur, et un autre les risques de l'équateur jusqu'à destination. — On peut, en sens inverse, assurer plus d'un voyage simple, p. ex. l'*aller et le retour* simultanément, ce qu'on appelle souvent un *voyage complet* : l'assurance est appelée alors *à prime liée ;* il en serait de même si l'on assurait un voyage dit *en caravane*, et qui se compose de plusieurs petits voyages dans différents ports où le capitaine prend et laisse charge jusqu'à ce qu'il revienne au port de départ. — On peut aussi, dans l'assurance d'un voyage simple, insérer la clause de *faire échelle* ou *faire escale*, c'est-à-dire de s'arrêter, soit dans tels ports déterminés, soit partout où l'on voudra sur sa route, afin d'éviter le ristourne qui résulte *ipso facto* du moindre changement de route, du moindre écart par rapport à la ligne directe entre les deux points extrêmes indiqués. Le voyage avec échelles diffère du voyage en caravane, en ce que l'on ne renouvelle pas le chargement complet à chaque arrêt. — Enfin l'assurance peut être faite *à terme*, c'est-à-dire pour un temps déterminé, sans qu'on s'inquiète si le navire fait un ou plusieurs voyages ou seulement une partie de voyage pendant ce temps. Cette assurance n'était guère usitée autrefois que pour le cabo-

tage ; actuellement elle se pratique sur une plus grande échelle pour les navires qui font des services réguliers, souvent à de très grandes distances. L'art. 363 donne de cette convention une interprétation qui ne pouvait guère être douteuse.

Dans les assurances à terme, l'assuré a le droit d'envoyer son navire partout où bon lui semble. Mais il arrive souvent que l'on exclut par une clause formelle certains parages particulièrement dangereux, comme le faisait, p. ex. la police de Paris-Bordeaux (art. 4) pour les risques du Sénégal en toute saison, et ceux des mers du Nord en hiver.

III. — **Temps des risques.**

1349. En cas d'assurance à terme, il ne peut y avoir aucune difficulté, puisque le temps est déterminé par le commencement et la fin de la période pour laquelle l'assurance est faite.

Mais en cas d'assurance au voyage, l'art. 341 renvoie à l'art. 328 aux termes duquel : « Si le temps des risques n'est point déterminé par le contrat, il court à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré ou amarré au port ou au lieu de sa destination. — A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire, ou dans les gabares pour les y porter, jusqu'au jour où elles sont délivrées à terre. »

Le second alinéa est complètement suivi par toutes les polices dans les assurances *sur facultés*. Celles-ci apportent seulement une précision plus grande que le Code, en prenant pour base le *moment* de l'embarquement ou du débarquement, au lieu du *jour*, qui, dans l'esprit des rédacteurs du Code, avait probablement le même sens, mais qui était amphibologique (v. *pol. franç.* sur facultés, art. 4).

Dans les assurances *sur corps*, la *police française* fait courir les risques du moment où le navire a commencé à *embarquer* les marchandises, et ne les fait cesser que *quinze jours* après qu'il a été ancré ou amarré au lieu de sa destination (a. 6) ; ces quinze jours sont accordés pour le déchargement ; on n'a pas jugé nécessaire de poser un maximum pour le chargement, l'intérêt de l'armateur étant de le presser le plus possible.

1350. V. encore l'art. 362.

IV. — **Sanction de la loi.**

1351. Aux termes de l'art. 348, « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence, n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré. »

La simple réticence est punie comme la fausse déclaration, quoique celle-ci doive évidemment être appréciée plus sévèrement. Il y a toujours *nullité* de l'assurance. — Il y a nullité lors même que la réticence ou la fausse déclaration n'aurait pas eu lieu par dol ou fraude, mais seulement par ignorance de l'assuré, celui-ci étant de très bonne foi ; car il y a d'autres articles qui punissent le dol.

Les juges ont toute liberté pour décider en fait si la réticence ou la fausse déclaration a été de nature à influer sur l'opinion du risque. Mais, du moment qu'elle pouvait avoir une influence sur cette appréciation pour les parties, notamment pour les assureurs, la nullité doit être prononcée lors même qu'après l'événement on reconnaîtrait que le dommage a été indépendant des circonstances omises ou déguisées, p. ex. si l'on avait omis de déclarer que le navire était armé en guerre, et qu'il ait péri par une tempête.

1354. La nullité est encourue également si, au su de l'une des parties, les risques étaient finis au moment du contrat, car alors il n'y a plus d'objet du tout (C. civ., art. 1126); v. l'a. 365. La loi ajoute, à cette application des principes, une **présomption légale** développée par l'art.. 366 : « La présomption existe, si, en comptant trois quarts de myriamètre par heure, sans préjudice des autres preuves, il est établi que de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat. »

C'est ce qu'on appelle, dans la pratique, la présomption *de la*

lieue et demie par heure. Il faut remarquer que cette présomption pose seulement un maximum de délai pour l'arrivée de la nouvelle ; dans ce sens, c'est une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire ; à moins que les parties n'aient d'avance, par la convention, dérogé à l'art. 366 (art. 367). Mais, dans tous les cas, on pourrait prouver que l'une des parties a connu, en fait, la nouvelle avant l'expiration du délai ; l'art. 366 a soin de dire : « *sans préjudice des autres preuves* ».

Cette présomption, même avec son caractère de maximum, n'est plus en rapport avec la rapidité actuelle des communications. Aussi les polices dérogent-elles habituellement à l'art. 366 ; et, toujours pour dispenser chacune des parties de la preuve difficile, que l'autre partie aurait eu personnellement connaissance de la cessation des risques, mettent une autre présomption à la place de celle de l'art. 366 : c'est la présomption, très légitime d'ailleurs, que, si la nouvelle a été connue sur la place où était la partie, celle-ci en a eu connaissance au moment où elle y a été connue (*pol. fr.* sur corps, art. 29 ; sur facultés, art. 18).

L'assurance sur *bonnes ou mauvaises nouvelles* implique renonciation complète à la présomption de l'art. 366, et ramène les parties à la preuve directe de la connaissance personnelle qu'elles ont pu avoir de la cessation des risques (a. 367).

1355. Art. 368 : « En cas de preuve contre l'assuré, celui-ci paie à l'assureur une double prime. — En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paie à l'assuré une somme double de la prime convenue. — Celui d'entre eux contre qui la preuve est faite est poursuivi correctionnellement ».

§ 4

De la prime.

1356. La prime est dans l'assurance ce qu'est le prix dans la vente ; car on a pu définir l'assurance une vente de sécurité. Par conséquent, il faut que la prime soit déterminée par

le contrat (C. civ., art. 1591) ; il suffirait pourtant qu'elle pût être déterminée par d'autres stipulations du contrat (v. anal., C. civ., art. 1592), p. ex. si le *taux* de la prime était fixé par rapport à la somme assurée, et que celle-ci fût indiquée par la police. Faute de détermination de la prime, il n'y aura pas assurance ; le contrat sera nul, au moins comme assurance. S'il apparaissait que l'une des parties ait voulu positivement garantir les risques de l'autre sans rien recevoir en échange, la convention constituerait un contrat *sui generis*, qui pourrait être valable, mais qui, étant une libéralité, serait soumis aux conditions de forme et de fond des donations.

La prime consiste très habituellenent en argent ; mais rien n'empêche de la stipuler en marchandises, ou en compensation d'une dette de l'assureur, ou en bons offices, rendus ou à rendre, etc. C'est une différence avec la vente.

Etant stipulée en argent, elle peut être promise sous forme d'une somme fixe, qui constituera un forfait, si la valeur des objets assurés et la somme assurée ne sont pas connues des parties au moment du contrat. Elle est le plus habituellement stipulée sous forme de tant °/₀ de la somme assurée. Le taux en est infiniment variable : il dépend de toutes les circonstances.

1358. La prime est habituellement stipulée avec des modalités correspondantes à celles de l'assurance : — si l'assurance est faite au voyage, la prime est habituellement d'une somme fixe ou d'un tant °/₀ une fois fixé ; — si elle est faite pour le voyage d'aller et de retour, on stipule d'ordinaire une seule prime indivisible pour les deux trajets ; c'est pour cela qu'on dit alors que l'assurance est *à prime liée* ; — enfin, si l'assurance est faite au mois, la prime est déterminée à tant par mois ; alors tout mois commencé est censé achevé (*pol. fr.* sur corps, art. 23, et sur facultés, art. 6). — Si les choses se passent ainsi habituellement, on pourrait cependant faire d'autres stipulations, et combiner l'un des modes de calcul avec une assurance faite sur d'autres bases.

1359. D'ordinaire la prime est payable seulement un certain temps après l'assurance et même après la cessation des risques, ce qui permet de la compenser avec la somme due en cas de

sinistre. Très habituellement aussi cette dette est constatée sous forme d'un billet souscrit par l'assuré et appelé **billet de prime**; ce billet est négociable, mais on peut convenir qu'il ne sera négocié qu'après l'arrivée du navire, à un moment où il ne pourra plus y avoir contestation entre les parties; c'est ce qui se pratique très sagement à Bordeaux.

§ 5.

Des réassurances et de l'assurance de la prime.

1360. L'art. 342, 1^er^ al., définit la **réassurance**, et l'autorise : il n'y a, en effet, aucune raison pour ne pas permettre à l'assureur qui a pris sur lui certains risques, de s'en faire décharger par d'autres en tout ou en partie. Il faut appliquer à cette réassurance tout ce que nous avons dit de la première assurance. Le 3^e^ al. prend soin d'indiquer que la prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance.

1361. D'après le 2^e^ al. de l'a. 342, l'assuré peut faire **assurer la prime**. En effet, l'assurance simple ne le met pas complètement à couvert de toute perte; car, en cas de sinistre, il touchera bien la somme assurée, mais il devra payer la prime, il la compensera avec ce qu'il aura à recevoir; il restera donc à découvert du montant de la prime : s'il a assuré 10,000 fr. moyennant une prime de 10 %, il ne touchera que 9,000 fr. nets. Il peut faire assurer sa prime de 1,000 fr. en assurant alors 11,000 fr. Mais payant aussi une prime sur les 1,000 fr. qu'il assure en plus, il perdra encore 100 fr. si la prime est aussi à 10 %. C'est pour cela qu'il faut aller plus loin, et assurer la **prime des primes** à l'infini; voici alors le calcul à faire :

Assurance	des valeurs exposées.	10,000
—	de la 1^re^ prime à 10 %.	1,000
—	de la 2^e^ —	100
—	de la 3^e^ —	10
—	de la 4^e^ —	1
	Total à assurer.	11,111

Moyennant l'assurance de 11,111 fr., il se mettra complètement à couvert en cas de perte ; il achètera cet avantage parce que, en cas d'heureuse arrivée, il paiera une prime plus forte, soit 1,111 fr. au lieu de 1,000 fr. seulement.

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS DE L'ASSUREUR ET DE L'ASSURÉ.

Trois sections : — 1° causes de résolution du contrat ; — 2° obligations de l'assuré ; — 3° obligations de l'assureur.

SECTION PREMIÈRE.

CAUSES DE RÉSOLUTION DU CONTRAT.

1362. La résolution du contrat diffère de la nullité en ce qu'elle a lieu pour des causes postérieures au contrat, tandis que la nullité est produite par des causes contemporaines de la convention. En matière d'assurances le nom de **ristourne** comprend les deux choses ; nous avons déjà étudié sous ce nom les causes de nullité (v. n. 1317), nous allons maintenant étudier les causes de résolution. Nous les rangerons sous trois chefs : — 1° résolution par la faillite des parties ; — 2° résolution par la volonté de l'assuré ; — 3° résolution pour changement dans les risques.

I. — Résolution par la faillite des parties.

1363. La faillite n'est pas par elle-même une cause de résolution des contrats ; la seule cause générale de résolution, c'est l'inexécution des conditions (art. 1184, C. civ).

1364. L'art. 346 suppose que la faillite se produit à un moment où les obligations des parties sont encore en suspens. Il décide que l'assuré peut demander caution, ou la résiliation du contrat. — L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré

II. — Résolution par la volonté de l'assuré.

1365. Il faut, avant tout, que la rupture ait lieu *avant le dé-*

part (a. 349) ; sinon, une fois les risques commencés, la prime est toujours due. On a considéré depuis longtemps, et à bon droit, que l'assurance n'est jamais pour l'assuré que l'accessoire d'une spéculation qu'il fait sur le navire ou sur les marchandises. Or, mille circonstances peuvent rendre le voyage projeté sans objet; il serait bien dur de maintenir l'assurance dans le cas où il renonce volontairement à faire faire un voyage devenu inutile. D'autre part, l'assureur connaît très bien ce caractère inhérent à toute assurance ; il doit être censé avoir souscrit à ce que l'impossibilité de l'entreprise principale fît tomber l'accessoire; c'est, d'ailleurs, son intérêt; car on hésiterait souvent à faire des assurances, si celles-ci devaient former un lien indissoluble. L'assureur a droit à 1/2 °/₀, et n'a droit qu'à cela. C'est, nous l'avons déjà dit (n. 1317), une indemnité à forfait pour les frais qu'il a pu faire, pour la peine qu'il s'est donnée dans la formation et la rédaction du contrat, enfin pour l'obstacle que ce contrat a pu présenter à ce qu'il en formât d'autres.

1366. L'art. 356 consacre la même idée avec quelques variantes d'application dans l'assurance de marchandises pour l'aller et le retour, si le premier voyage seul a lieu. L'indemnité est ici différente de celle de l'art. 349 : l'assuré doit payer les deux tiers de la prime pour le chargement ou la partie du chargement qui n'a fait que le voyage d'aller.

III. — Résolution pour changement dans les risques.

1367. Les risques étant l'objet du contrat ne peuvent évidemment être changés par la volonté de l'une des parties ; donc, de même que leur détermination inexacte amène la nullité du contrat, de même leur changement en entraînera la résolution. En pratique, on confond ces deux idées sous le nom de *ristourne* pour changement des risques ; et le Code vise simultanément les deux hypothèses dans plusieurs articles qu'il nous suffira de rappeler puisque nous les avons déjà étudiés au point de vue de la nullité, n. 1317 ; ce sont les art. 351, 357-362.

Dans tous ces cas, il est dû aux assureurs une indemnité de 1/2 °/₀, si les risques n'ont pas couru, art. 358, 359, 361, qu'il faut appliquer par identité de raison au cas de l'art. 351. — Au

contraire, la prime entière est due si les risques ont commencé à courir (art. 351 qu'il faut généraliser), ou s'il y a eu fraude ou dol de l'assuré (art. 357).

1368. L'art. 364 donne une application spéciale de l'art. 351 dans un cas qui aurait pu faire quelque difficulté.

SECTION II.

OBLIGATION DE L'ASSURÉ.

1369. L'obligation de l'assuré est très simple : c'est celle de payer la prime. Et elle n'a rien d'aléatoire ; la prime est due, soit en cas d'heureuse arrivée, soit en cas de sinistre ; sauf, dans ce dernier cas, la compensation jusqu'à due concurrence avec l'indemnité à laquelle il a droit.

Le paiement de la prime est garanti par un privilège sur l'objet assuré, du moins en cas d'assurance sur corps. Nous avons étudié ce privilège sur le navire sous l'art. 191, 10° (n. 1136). Nous admettons avec la grande majorité des auteurs qu'il s'étend à l'assurance sur facultés.

1370. Nous devons insister sur une règle essentielle ; c'est que *la prime entière est due dès que les risques ont commencé à courir* pour quelque cause qu'ils soient interrompus (art. 351, 364). La cause de l'obligation de payer la prime, c'est la promesse par l'assureur de prendre les risques sur lui ; donc dès que les risques ont couru, l'assureur a droit à sa prime ; et il y a droit d'une manière indivisible, parce qu'il a, quand même les risques n'auraient duré que quelques instants, été exposé à payer l'indemnité tout entière.

Remarquons en dernier lieu que le coût de la police est mis très généralement à la charge de l'assuré (cf. art. 1593, C. civ.).

SECTION III.

OBLIGATION DE L'ASSUREUR.

1371. L'obligation essentielle de l'assureur est de payer à l'as-

suré l'indemnité des avaries subies par les objets assurés ; et cela, dans la limite de la somme assurée, ou à proportion de cette somme, dans le cas où l'assurance n'a pas couvert toute la valeur des objets.

Réservant pour le chapitre III la théorie du délaissement, nous étudierons ici, dans deux paragraphes : — 1° les avaries dont répond l'assureur ; — 2° les règlements d'avarie ou règlements de l'indemnité due à l'assuré et poursuivie par l'action d'avarie.

§ 1er

Avaries dont répond l'assureur.

1372. Pour que l'assureur soit tenu d'indemniser l'assuré, il ne suffit pas que l'avarie se soit produite sur mer dans les assurances maritines ; il ne suffit pas non plus qu'elle soit arrivée dans le temps et dans le lieu des risques, ce qui est nécessaire puisque les conditions du contrat, la prime notamment, ont été établies en vue de ces risques déterminés, comme nous l'avons expliqué. Même dans ces limites, l'assureur ne peut pas répondre de toute avarie, p. ex. de celle qui arriverait par la faute de l'assuré. Il faut donc préciser celles dont il répond.

D'après le code, les assureurs ne répondent que des avaries produites par **fortune de mer** (art. 350, *in fine*), c'est-à-dire à la suite d'événements arrivés *sur mer* et présentant le caractère de *cas fortuit* ou de *force majeure* (v. l'énumération de l'art. 350) ; la force majeure comprend, non seulement le jeu des forces naturelles, mais encore tous les actes violents commis par des tiers étrangers au navire et à la cargaison. — Au contraire, sont exclues toutes les autres causes d'avaries : — le fait ou la faute des assurés, des propriétaires, affréteurs ou chargeurs (art. 351, 352), ou du capitaine et de l'équipage (art. 353), c'est-à-dire, en somme, le fait ou la faute de l'assuré et de ceux qu'il a choisis ou agréés, dont il a volontairement suivi la foi ; — et le vice propre de la chose (art. 352). Enfin, on ne peut même pas considérer comme avaries les frais ordinaires de la navigation (art. 354 et 406) (v. n. 1270).

Les polices, au contraire (à l'exception de la police de Nantes), prennent pour point de départ une tout autre distinction : elles séparent, avant tout, les *risques de paix* et les *risques de guerre*, confondus dans l'art. 350 : les assureurs garantissent de plein droit les risques de paix; ils ne garantissent les risques de guerre qu'en cas de stipulation formelle, ajoutée à la main sur la police (v. *pol. fr.* sur corps et sur facultés, art. 1 et 2). Cette distinction est toute à l'avantage des assurés; car les risques de guerre étant beaucoup plus considérables doivent nécessairement donner lieu à la perception d'une prime plus forte; si donc les assureurs en répondaient communément, ils seraient obligés de calculer leurs primes en conséquence, et feraient payer bien plus cher aux assurés; au contraire, ne garantissant que les risques de paix, ils peuvent, en temps normal, abaisser beaucoup les primes; et il est toujours facile, en cas de guerre, de modifier le contrat; on peut même prévoir cette modification dans la police. — En sens inverse, toutes les polices comprennent, dans les risques de paix qu'elles garantissent, la *baraterie de patron*, c'est-à-dire les fautes et prévarications du capitaine et de l'équipage. Leur pensée est que l'assuré doit être mis à couvert de tous les risques auxquels le voyage de sa chose l'expose nécessairement.

1377. L'art. 352 exclut des risques garantis les dommages arrivés par le **vice propre** de la chose. Il faut entendre par ces mots, non seulement les défectuosités que peut présenter la marchandise et qui peuvent la faire corrompre plus facilement, mais encore la nature même de la chose qui, en la supposant de la meilleure qualité, est susceptible de se gâter, soit par le seul effet du temps, comme des fruits verts, soit par le fait d'être enfermée sans air, comme des fruits secs, des farines, soit enfin par le mouvement du transport, comme le vin.

Pour le navire, le vice propre consistera dans son état de vétusté qui ne lui permettait pas de résister aux efforts des vagues et du vent. — La *police française* sur corps (art. 3) assimile au vice propre : « La piqûre des vers sur les parties du navire non protégées par un doublage métallique. »

1378. V. l'art. 355.

1379. Les risques de **baraterie** sont de ceux qui sont exclus par le Code (a. 353), et garantis, par presque toutes les polices (v. n. 1372). Le mot *baraterie* vise les prévarications et les fautes du capitaine et de l'équipage (a. 353).

§ 2

Du règlement des avaries.

1381. Après ce que nous avons dit (n. 1289 et suiv.) sur le règlement des avaries communes entre les divers intéressés au navire et au chargement, il sera plus facile de traiter du règlement des avaries, soit communes, soit particulières, entre les assureurs et les assurés. Nous retrouverons beaucoup de questions semblables, et souvent des solutions analogues.

Le premier point à établir entre les assureurs et les assurés sera l'assiette et l'étendue exacte de l'assurance : — l'*assiette*, c'est-à-dire la question de savoir si les objets frappés par l'avarie sont assurés, par qui, et dans quelle mesure par les divers assureurs ; il faudra, pour cela, se référer aux principes que nous avons posés pour la détermination de l'objet de l'assurance ; — l'*étendue* de l'assurance, c'est-à-dire la question de savoir si l'assurance a couvert la totalité de la valeur assurée ; pour résoudre cette question, il faudra comparer l'évaluation des objets avec la somme assurée, et établir la proportion entre les deux nombres ; car, si l'assureur n'a couvert que 3/4, 9/10 de la valeur des objets, il ne devra payer que 3/4, 9/10 de chaque avarie, l'assuré étant resté son propre assureur pour le surplus. Cette détermination donnera lieu à discuter l'exactitude de l'évaluation, dans les cas et de la manière où cela est possible (v. n. 1335-1337).

Supposons cette première question résolue, et raisonnons dorénavant dans l'hypothèse où l'assureur a couvert la totalité de la valeur des objets assurés. Il y aura maintenant à se demander quelle est l'étendue de l'avarie. S'il y a eu perte totale, pas de difficulté; la somme assurée tout entière devra être payée. Pas de difficulté non plus, si la perte partielle est de celles qui

donnent lieu au délaissement (v. n. 1394 et suiv.), et si l'assuré use de la faculté de délaisser ; il a droit alors à la somme entière. La question s'élèvera, en cas de perte partielle, si celle-ci n'est pas de celles qui peuvent donner lieu au délaissement, ou si l'assuré, pouvant le faire, n'use pas de la faculté que la loi lui donne. — Nous traiterons successivement à ce point de vue : — 1° des avaries-frais ; — 2° des avaries particulières au navire ; — 3° des avaries particulières aux marchandises ; — 4° des avaries communes.

1382. I. — **Des avaries-frais.** Pour celles-ci, il ne peut y avoir de difficulté, la quotité de ce que doivent les assureurs est déterminée par les frais qui ont été réellement payés et qui sont dûment justifiés (v. n. 1290). On pourra seulement avoir à examiner si les frais n'excèdent pas la somme assurée, et si les assureurs ont couvert la totalité des objets assurés.

1383. II. — **Des avaries particulières au navire.** Ici encore la somme due par les assureurs sera déterminée facilement par les dépenses réellement faites ou à faire pour les réparations du navire, soit en route, soit au lieu de destination, avec tous les frais accessoires, tels que primes d'emprunt à la grosse, intérêts, commissions, etc. (v. n. 1295) ; de même si le navire, régulièrement déclaré innavigable, est vendu, les assureurs devront la différence du prix de vente avec sa valeur.

Seulement, c'est un usage très équitable de faire subir une réduction à la somme due par les assureurs, à raison de ce qu'on appelle la **différence du neuf au vieux.**

1384. Un autre élément de réduction résulte des **franchises** stipulées par les assureurs. L'art. 408 du Code dit, à propos des avaries communes, qu'aucune demande pour avaries n'est recevable, si l'avarie particulière n'excède 1 °/₀ de la valeur de la chose endommagée. Cette disposition a pour but d'empêcher les petites réclamations, qui obséderaient les assureurs et donneraient lieu à des frais supérieurs à leur importance ; ces petites avaries doivent aussi être considérées comme des accessoires inséparables de toute navigation, à l'instar de l'usure du navire et des agrès.

III. **Des avaries particulières aux marchandises.**

1385. *Les pertes sur la quantité* seront faciles à apprécier.

1386. *Les détériorations dans la qualité* offrent plus de difficulté, pour apprécier la valeur des marchandises dans leur état actuel, comparé à leur état primitif. Nécessairement c'est en les vendant au lieu de débarquement (qu'il soit ou non le lieu de destination) qu'on pourra voir ce qu'elles valent. Mais cette valeur de vente ne peut pas se comparer avec la valeur que les objets sains avaient au départ ; elle doit se comparer avec la valeur que les mêmes objets sains auraient eue au lieu d'arrivée, et qui comprend le fret, les frais d'entrée et le profit (ou la perte).

Quant à l'appréciation de ce qu'auraient valu les objets en état sain, c'est une question de fait qui devra se résoudre par l'état du marché, ou par d'autres ventes analogues (v. *pol. fr.* sur facultés, art. 12, 3e al.), enfin par les éléments que les parties pourront se procurer.

1387. *Franchises d'avaries.* Ici, comme pour les avaries particulières au navire, devrait s'appliquer l'art. 408. C. com., établissant une franchise de 1 °/₀. Mais toutes les polices dérogent très largement à cet article, et, pour les comprendre, il faut introduire un élément tout nouveau dans le débat.

Il saute aux yeux que toutes les marchandises ne sont pas exposées au même degré à des avaries par suite des fortunes de mer. S'il y a certains événements, comme le naufrage complet, l'incendie, la prise, qui menacent également toute espèce de chargement; il en est d'autres, comme l'irruption de l'eau de mer, qui, sans effet sur certaines marchandises, comme des marbres ou des planches, pourront altérer gravement certaines autres, comme des grains, ou même les anéantir, comme des sels. Les risques variant considérablement par la nature du chargement, la conséquence naturelle serait aussi que la prime perçue pour l'assurance devrait subir des variations également considérables. Mais on n'a pas voulu compliquer encore le calcul du taux des primes déjà influencé par une foule d'autres éléments ; et l'on a préféré, depuis longtemps déjà, maintenir l'uniformité de la prime pour les différentes natures de

marchandises, en tenant compte autrement de la diversité des risques. On calcule donc la prime comme pour les marchandises les moins sujettes à détérioration; mais pour celles qui y sont plus sujettes on stipule, sous le nom de *franchises*, des *retenues* variables et qui augmentent avec les risques de détériorations. De la sorte, l'assureur ne reçoit pas une prime plus forte, et, en cas d'heureuse arrivée, l'assuré n'est nullement grevé; mais l'assureur paiera moins en cas de sinistre, et cela compensera pour lui les risques plus grands d'avaries; l'assuré restera son propre assureur dans la mesure des franchises stipulées, et devra faire entrer cette perte possible dans les prévisions des charges ordinaires de la navigation et dans l'établissement de ses calculs en vue de la spéculation commerciale qu'il entreprend.

Nous n'entrerons pas dans les détails des stipulations des polices sur ce point. Nous dirons seulement que les franchises stipulées varient de 3 à 15 °/₀, qu'un assez grand nombre de denrées, au contraire, ne sont assurées que *franches d'avaries*. C'est-à-dire que les marchandises, très susceptibles de détérioration, ne sont assurées que contre les sinistres majeurs, qui donneraient lieu au délaissement (a. 409); ce sont ceux qui auraient sûrement fait périr toute autre cargaison. — Ces cas sont encore restreints par les polices.

IV. — Des avaries communes.

1389. Les avaries communes ne seront jamais que pour une fraction à la charge des assureurs, pour la fraction incombant à l'assuré dans le premier règlement fait conformément au titre XI (*suprà*), entre les différents intéressés au navire ou au chargement; à savoir: si l'avarie n'a pas porté sur l'objet assuré, pour la part que son propriétaire devra payer aux propriétaires des objets sacrifiés; et, si l'avarie a porté sur l'objet assuré, pour la part que son propriétaire ne reçoit pas des autres intéressés, à raison du principe de la contribution sur soi-même (v. n. 1289.)

1390. Il y a aussi une **franchise** de 1 °/₀ en matière d'avaries communes (a. 408).

CHAPITRE III.

DU DÉLAISSEMENT.

1391. Le délaissement est l'*abandon que fait l'assuré de tous ses droits sur les objets assurés, pour obtenir de l'assureur le paiement intégral de la somme assurée, au lieu d'une simple indemnité pour les dommages réellement éprouvés et constatés*. — Ce délaissement fait donc obtenir à l'assuré plus, ou au moins autre chose, que ce qui fait directement l'obligation de l'assureur, l'indemnité. Aussi il a évidemment un caractère exceptionnel; et le principe est qu'en dehors des cas où le délaissement est spécialement autorisé par la loi ou par la police, l'assuré ne peut exiger que le *règlement en avaries*, tel que nous l'avons expliqué au chapitre précédent (a. 371).

1392. Le délaissement a été admis pour permettre entre les parties un *règlement rapide*, absolument nécessaire pour que l'assurance produise tous les bienfaits qu'elle est appelée à produire; sans attendre des renseignements qui peuvent n'arriver que longtemps après le sinistre, sans attendre la fixation exacte du dommage éprouvé.

1393. Une conséquence très importante de cette idée première, c'est que le délaissement une fois fait est **irrévocable**; puisque c'est précisément pour éviter tout débat ultérieur qu'on l'a autorisé; aussi, lors même que le navire arriverait ensuite sain et sauf avec toute sa cargaison, on ne pourra revenir sur ce qui aura été fait (v. art. 385). Nous aurons seulement à préciser plus tard le moment exact où cet effet est produit.

Le délaissement, étant introduit uniquement dans l'intérêt de l'assuré, est entièrement facultatif pour lui; il peut toujours, s'il le préfère, régler en avarie, sans que les assureurs puissent s'y opposer.

Trois sections: — 1° cas où le délaissement est possible; — 2° conditions à remplir par l'assuré; — 3° effets du délaissement.

SECTION PREMIÈRE.

CAS OU LE DÉLAISSEMENT EST POSSIBLE.

1394. L'art. 369 énumère sept cas de délaissement; ils peuvent se ramener à six, en réunissant l'*arrêt d'une puissance étrangère* et l'*arrêt de la part du gouvernement*, qui diffèrent seulement sur un point particulier. Mais il faut ajouter avec l'art. 375, le *défaut de nouvelles*. L'art. 304 ne renferme pas réellement un cas spécial; il applique seulement aux marchandises, et avec certaines restrictions, les conséquences de l'innavigabilité du navire. Il y a donc en tout sept cas de délaissement, en tenant compte des réductions et additions que nous venons d'opérer. — Ces divers événements sont appelés dans l'usage **sinistres majeurs**, par opposition aux **sinistres mineurs** qui ne peuvent donner lieu au délaissement.

1395. L'énumération du Code est certainement limitative, quoique la formule de l'art. 369 ne le soit pas : — en effet le délaissement est essentiellement exceptionnel (v. n. 1391) ; — l'ordonnance (liv. 3, tit. 6, art. 46), était très formelle sur ce point; — enfin le texte de l'art. 371, déclarant que *tous autres dommages* se règlent en avaries, ne peut laisser aucun doute.

Réciproquement, dans les cas où la loi accorde la faculté de délaisser, on ne peut la refuser à l'assuré, quelque abusive qu'elle puisse paraître dans chaque cas particulier.

1396. Nous posons en principe les deux règles suivantes qui nous fourniront la solution de presque toutes les difficultés du sujet. Elles ne sont pas admises par tous les auteurs. V. la controverse à notre *Cours*.

D'abord *il faut que la cause du délaissement* **existe encore** *au moment où le délaissement est fait*, c'est-à-dire signifié par l'assuré à l'assureur. Par exemple, un navire a été pris ; mais avant le délaissement on a su qu'il avait été délivré par un navire ami; dès lors nous dirons que le délaissement n'est plus possible.

1397. Nous admettrons ensuite qu'*il faut que le sinistre indiqué dans le Code ait frappé* **les objets mêmes assurés.** Exemple :

un navire qui porte un lot de diamants fait naufrage et est totalement perdu; mais le capitaine se sauve avec l'équipage, emporte sur lui les diamants et les fait arriver à leur destination aussi promptement qu'ils seraient arrivés par son navire; l'assuré pourra-t-il, si les diamants sont en baisse et la somme assurée avantageuse, les délaisser aux assureurs? On dira : *oui*, quelque choquante que soit cette solution; car il y a naufrage, on est dans les termes de l'art. 369. Nous dirons; *non* : car les diamants n'ont pas été atteints par le naufrage, ils n'ont pas fait naufrage; or, l'art. 369 disant : « le délaissement *des objets assurés* peut être fait en cas... de naufrage, » le sens naturel des mots est d'entendre : en cas de naufrage affectant ces objets; et, de même, pour tous les autres cas.

1398. **1° Prise.** La prise est la *mainmise sur un navire et sa cargaison, par un vaisseau de guerre d'un belligérant, ou par un navire privé de la nation ennemie, armé en course, et muni d'une lettre de marque*. A la différence de l'arrêt, elle est faite avec l'intention de s'approprier définitivement les objets saisis. L'abolition de la course entre les nations européennes, par la convention de 1856, rendra ce fait plus rare, mais non pas impossible. C'est essentiellement un fait de guerre; aussi l'on comprend que les polices qui ne garantissent pas les risques de guerre n'admettent pas cette cause de délaissement.

La prise donne immédiatement à l'assuré la faculté de délaisser, sans qu'il soit obligé d'attendre aucun délai, à la différence de l'arrêt. C'est qu'elle est faite par le belligérant avec l'intention d'être définitive; elle n'a pas de terme prévu; tandis que l'arrêt n'est fait que pour un temps; il doit cesser; il ne devient donc grave que s'il se prolonge trop longtemps.

2° Arrêt de puissance.

1399. Le Code s'exprime assez improprement à l'égard de cette cause de délaissement : il semble faire deux cas distincts de l'arrêt d'une puissance étrangère et de l'arrêt de la part du gouvernement (national, sans doute) après le voyage commencé ; mais tout ce qu'il veut dire, c'est que l'arrêt par le gouvernement français ne sera une cause de délaissement que s'il a lieu après le voyage commencé (cf. a. 370).

L'arrêt n'étant pas par sa nature définitif comme la prise, n'est pas par lui-même un sinistre majeur; il ne le devient que s'il se prolonge un certain temps; parce qu'alors l'assuré est privé indéfiniment de sa chose ou de ses capitaux, c'est-à-dire de ses instruments de travail. Ce temps est fixé suivant les distances par l'art. 387.

3° **Naufrage.**

1401. Le naufrage peut être défini brièvement *l'engloutissement du navire dans les flots*, soit qu'il soit brisé et qu'il ne surnage que des débris, soit qu'il s'y abîme en restant cependant tout entier. — Il diffère de l'échouement (avec ou sans bris) en ce que dans celui-ci une portion du navire échoué émerge encore hors des flots; et pour donner une solution encore plus précise, nous dirions qu'il faut, pour admettre un simple échouement, que la partie émergeante soit encore tenable pour les hommes.

Le naufrage du navire peut bien entraîner le délaissement des marchandises, car la loi ne distingue pas; mais, suivant notre doctrine (n. 1396-1397), il faudra que les marchandises aient été elles-mêmes *atteintes par le naufrage*, et qu'elles le soient encore au moment du délaissement.

4° **Echouement avec bris.**

1402. Nous avons défini l'échouement en le distinguant du naufrage. Le Code n'admet que l'échouement accompagné de *bris*. Il faut évidemment entendre par ce dernier mot une fracture d'une certaine importance, et l'on s'accorde à le préciser en exigeant une fracture dans les parties essentielles, nécessaires pour que le navire puisse tenir la mer; c'est ce qu'on a appelé assez maladroitement le *bris absolu*.

Le bris ainsi défini diffère encore essentiellement de l'*innavigabilité*, en ce que, s'il empêche pour le moment le navire de naviguer, il peut être réparable, même très facilement, tandis que l'innavigabilité est l'état du navire qui ne peut pas être réparé.

5° **Innavigabilité.**

1403. L'innavigabilité peut, comme on vient de le voir, résulter de l'échouement; mais elle peut résulter de bien d'autres circonstances, telles que tempête, incendie, feu de l'ennemi, voie

d'eau, abordage. — La loi exige qu'elle provienne d'une *fortune de mer*, ce qui exclut celle arrivée par le *vice propre* du navire; par la raison bien simple que les assureurs ne garantissent que les fortunes de mer (art. 350) et ne garantissent pas le vice propre du navire (art. 352).

L'innavigabilité est l'*état du navire qui ne lui permet plus à l'avenir de voyager sur mer*, quelques réparations que l'on y puisse faire (a. 389).

6° **Défaut de nouvelles.**

1406. Lorsque les délais indiqués par les articles 375, 376, 377, sont écoulés sans nouvelles, la loi considère la perte comme très probable, en tous cas elle ne veut pas que l'assuré attende plus longtemps ses capitaux. — Il est clair que le défaut de nouvelles affecte au même titre le navire et la cargaison; que par conséquent l'un comme l'autre pourront être délaissés à ce titre, quoique l'article ne parle que du navire.

7° **Perte ou détérioration des trois quarts au moins.**

1407. Nous entrons ici dans un ordre d'idées tout à fait différent de celui où le législateur s'est placé pour édicter les cas précédents. Ici il ne s'agit plus de régler immédiatement une situation qui pourrait se prolonger indéfiniment; le législateur a considéré que la privation des trois quarts de sa chose peut produire pour l'assuré un dommage à peu près égal à la privation du tout (v. n. 1392, *in fine*). Il est donc juste, dans tous ces cas, que l'assuré puisse demander aux assureurs toute la somme assurée, en leur abandonnant seulement ce qui reste inutile entre ses mains.

1408. Telles sont les dispositions du Code, sur les cas de délaissement. Mais les assureurs tendent à en limiter le nombre: en effet, le délaissement étant facultatif pour l'assuré, celui ci ne le choisit que s'il lui est favorable et par conséquent onéreux pour les assureurs. Les polices se sont bornées, en général, au motif qui a fait insérer dans l'art. 369 la perte des trois quarts comme une cause de délaissement: l'assuré est-il ou non privé de l'utilité de sa chose par le sinistre? Aussi dans les *polices sur corps* on réduit les cas de délaissement à trois: 1° destruction totale du navire; 2° disparition du navire ou défaut de nouvelles;

3° innavigabilité du navire (*pol. fr.* sur corps, art. 9). Dans les *polices sur facultés* on admet comme cas de délaissement : 1° le défaut de nouvelles avec délais abrégés; 2° l'innavigabilité du navire, si les marchandises n'ont pu être remises à la disposition des propriétaires dans un délai fixé par la police et plus court que ceux des art. 394 et 387 du Code; 3° la perte des trois quarts, mais uniquement la perte matérielle, sans que l'on puisse aucunement tenir compte des frais faits; 4° la vente ordonnée ailleurs qu'aux points de départ et de destination pour cause d'avarie matérielle à la marchandise, provenant de naufrage, d'échouement, d'abordage ou d'incendie.

SECTION II.

CONDITIONS A REMPLIR PAR L'ASSURÉ POUR LE DÉLAISSEMENT.

Ces conditions peuvent se ramener à trois chefs : — 1° formalité préalable à remplir; — 2° soins à prendre dans l'intérêt de l'assureur ; — 3° réalisation du délaissement.

I. — **Formalité préalable.**

1409. C'est la signification, dans les trois jours, des avis que l'assuré a reçus (a. 374; cf. 387, 1er al., 390).

Si, au moment où il reçoit la nouvelle, l'assuré est prêt à faire le délaissement, il peut le faire immédiatement et par le même acte; mais il n'y est pas obligé (a. 378.)

II. — **Soins à prendre par l'assuré dans l'intérêt de l'assureur.**

1410. En signifiant la nouvelle à l'assureur, l'assuré le met à même d'agir; mais il doit lui-même faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer le sinistre et la perte qui va tomber sur l'assureur. Il devrait des dommages-intérêts s'il négligeait de le faire; mais cela ne rendrait pas le délaissement irrecevable.

V. en cas de naufrage ou d'échouement, l'art 381; — en cas d'arrêt de puissance, l'art. 388; — en cas d'innavigabilité, l'art. 391; — en cas de prise, les art. 395, 396.

III. — **Réalisation du délaissement.**

1411. Le délai dans lequel il doit avoir lieu est réglé par l'art. 373. Cf. a. 375, dern. al.

Ce délai est un délai *ad quem*, un terme final qui fait *cesser* la faculté de délaissement. Il ne faut pas le confondre avec le délai *à quo*, terme primordial, qui fait *commencer* la faculté de délaisser dans les cas des art. 375, 387 et 394.

Le délai ne courant que de la réception de la nouvelle, on peut se demander pourquoi il est allongé à raison des distances. Le motif est que l'assuré peut avoir besoin de prendre des renseignements, et qu'il les recevra plus lentement d'un pays lointain.

Manière de faire le délaissement.

1412. La loi n'a pas expliqué comment serait fait le délaissement. L'art. 378 indique seulement qu'il pourra être fait par la signification de l'art. 374 ; il faut dire que le seul moyen pratique est, en effet, une *signification* par huissier.

Cette signification, une fois faite, constitue un droit pour l'assuré, puisque le délaissement dépend uniquement de sa volonté; elle n'est pas, quant aux droits de l'assuré, subordonnée à l'acceptation de l'assureur, qui pourrait chercher à la retarder indéfiniment. Aussi les événements postérieurs à la signification sont sans influence sur le délaissement. C'est donc la signification qui constitue un *droit acquis* pour l'assuré à faire le délaissement. — Seulement, celui-ci ne deviendra absolument définitif que par l'acceptation des assureurs ou par un jugement de validité; jusque-là les assureurs ne sont pas liés; et il faut dire aussi que l'assuré ne l'est pas et qu'il pourrait abandonner le délaissement pour recourir à l'action d'avarie. Mais, une fois définitif, il aura un effet rétroactif au jour de la signification (art. 385).

1413-1414. **Les déclarations accessoires et les justifications à faire** sont réglées par les art. 379, 380, 383, 384.

SECTION II.

EFFETS DU DÉLAISSEMENT.

1415. Le délaissement a, conformément à notre définition pre-

mière, deux effets réciproques : — 1° obligation pour l'assureur de payer le montant intégral de la somme assurée ; — 2° abandon complet par l'assuré de la propriété des objets assurés (a. 385).

1416. 1° **Obligation pour l'assureur de payer le montant de la somme assurée.** C'est pour obtenir ce paiement que l'assuré fait le délaissement. Une fois le délaissement réalisé par la signification, cette obligation naît pour l'assureur, et elle est irrévocable, quels que soient les événements ultérieurs : c'est ce qu'indique le second alinéa de l'art. 385 : « Si l'époque du paiement n'est point fixée par le contrat, l'assureur est tenu de payer l'assurance trois mois après la signification du délaissement » (a. 382).

1417. 2° **Abandon complet par l'assuré de la propriété des objets assurés.** L'assuré doit acheter le paiement immédiat et total de la somme assurée moyennant l'abandon de tous les objets en risque ; il doit transférer à l'assureur, sur ces objets, tous les droits qu'il avait lui-même, et, par le fait seul du délaissement, l'assureur est complètement mis à son lieu et place, subrogé à tous ses droits, sans qu'il soit besoin de le dire et sans aucune formalité. Il a toutes les actions qui compétaient à l'assuré ; il est propriétaire des objets qui lui appartenaient, avec toutes leurs charges ; mais, s'il s'agit d'un navire, il jouirait de la faculté d'abandon consacrée par l'art. 216.

1418. Le délaissement ne peut être **conditionnel** (a. 372) : en effet, une condition mise au délaissement serait contraire à son but essentiel, qui est d'arriver à un règlement immédiat et définitif ; de plus, cette condition, nécessairement insérée par l'assuré, puisque le délaissement est facultatif pour lui, serait évidemment dans son intérêt, et mettrait de son côté toutes les bonnes chances en laissant toutes les mauvaises aux assureurs, ce qui serait souverainement injuste (cf. n. 1393).

1419. Il ne peut être **partiel** (a. 372). Le délaissement partiel permettrait aussi à l'assuré de prendre toutes les chances heureuses pour lui en gardant les objets sains et en n'abandonnant que les objets avariés ; ce qui exagérerait la faveur déjà considérable qu'on lui fait en laissant à sa discrétion le choix entre le délaissement et l'action d'avarie. De plus, on n'arrive à au-

torisor le délaissement qu'en supposant une perte totale ou équivalente à une perte totale : il faut bien se conformer à cette fiction en abandonnant tout ce qui est assuré. En somme, le délaissement est un règlement à forfait, qui, comme tel, est indivisible ; il faut garder le tout, en demandant seulement des indemnités, ou abandonner le tout.

Mais le second alinéa de l'art. 372 a soin de faire remarquer qu'il ne doit s'étendre qu'aux effets *assurés* et *exposés au risque* qui a amené le sinistre.

1420. L'article 386 est spécial au délaissement du navire ; il décide que l'assuré doit délaisser, non seulement les débris du navire, mais le **fret** ou la partie du fret qu'il a pu gagner, parce qu'une partie des marchandises a été sauvée et a profité, au moins en partie, du voyage. Cette règle est la conséquence du principe que l'assuré qui délaisse ne doit rien garder par devers lui des choses assurées ou de ce qu'il a acquis à leur occasion, parce que l'une des idées qui justifient le délaissement, c'est que la perte est totale ou équivalente à une perte totale. — Il faut considérer aussi que le navire est assuré pour sa valeur au moment du départ (art. 339) ; qu'il dépérit cependant au cours du voyage ; que, par conséquent, l'assuré bénéficierait par l'effet du délaissement, si on lui payait sans compensation toute la valeur assurée. Or le fret représente précisément (au moins pour une partie) le dépérissement du navire ; à ce titre, il est juste de l'attribuer à l'assureur.

1421. L'a. 386 applique sa solution même au fret payé d'avance. Cela ne peut faire difficulté si ce fret, même payé d'avance, devait être restitué en cas de sinistre. Mais on peut hésiter à l'admettre, si le frot était stipulé acquis pour l'armateur à tout événement ; car alors ce fret n'était pas en risque. Nous l'admettrons néanmoins en tant qu'il se réfère aux marchandises sauvées ; car le texte est absolu.

1422. L'art. 386, *in fine*, réserve les droits des prêteurs à la grosse, des matelots et autres créanciers privilégiés pour les dépenses du voyage, sur le fret. Il faut être plus absolu : les assureurs ont pris la place de l'assuré ; devenus propriétaires du navire ou de ses débris, ils sont tenus *propter rem*, comme tiers-

détenteurs, envers tous les créanciers privilégiés sur le navire, qui sont, du reste, tous ceux qui ont fourni aux dépenses du dernier voyage (art. 191). Seulement, il faut admettre qu'ils pourront demander le remboursement à l'assuré.

TITRE XI.

DES CONTRATS A LA GROSSE.

1423. Le *contrat à la grosse aventure* appelé plus exactement *prêt à la grosse aventure*, et plus brièvement *contrat* ou *prêt à la grosse*, est *un prêt dans lequel certains objets exposés aux fortunes de mer sont spécialement affectés au remboursement du capital, augmenté d'un intérêt maritime considérable, avec cette condition que, si les objets affectés à l'emprunteur viennent à périr par fortune de mer, l'emprunteur n'aura rien à rembourser.* — L'*intérêt*, qu'on appelle aussi *change* ou *profit maritime*, est ici très considérable, parce qu'il doit compenser les risques spéciaux que court le prêteur ; il a toujours été complètement affranchi du maximum du taux de l'intérêt.

De cette définition résultent deux caractères essentiels du prêt à la grosse : — 1° affectation spéciale de certains objets au remboursement; ce qui constitue sur ces objets un *privilège* analogue, sans être identique, à un droit de gage ou d'hypothèque ; — 2° libération de l'emprunteur, si ces objets périssent par fortune de mer; ce qui rapproche beaucoup le prêt à la grosse de l'*assurance*, puisque l'emprunteur, dans les limites de la somme empruntée, cesse d'être atteint par les sinistres maritimes qui frapperaient ces objets : car, au moment où il les perdra, il sera dispensé de rembourser la somme empruntée, et la gagnera ainsi comme compensation de la perte.

1424. Le prêt à la grosse a plusieurs applications, présentant entre elles des différences assez considérables ; v. notre *Cours*, n° 1424-1427. Nous aurons trois chapitres : — 1° formes du contrat ; — 2° conditions de fond ; — 3° droits du prêteur à la grosse.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONTRAT.

1428. Le commencement de l'article 311 suppose évidemment que le contrat à la grosse sera rédigé par écrit ; mais il ne l'exige pas impérativement ; nous déciderons donc, *à fortiori* de ce que nous avons dit pour l'assurance (n. 1310), que l'écrit n'est exigé que pour la preuve, et qu'au-dessous de 150 fr. on pourrait prouver par témoins, au moins *inter partes*. A l'égard des tiers, l'enregistrement étant exigé (art. 312), le contrat ne leur sera opposable que s'il a été rédigé par écrit. — Il ne peut être question de l'obligation de le rédiger en plusieurs originaux, puisque le prêt n'entraîne que des obligations unilatérales : le prêteur, payant la somme immédiatement, n'est obligé à rien ; l'emprunteur seul est obligé à la rendre en cas d'heureuse arrivée, avec l'intérêt maritime.

L'acte qui constate le contrat et cette obligation de l'emprunteur s'appelle le **billet de grosse**. — L'art. 311 énumère les mentions qu'il doit contenir et que nous développerons en étudiant les conditions de fond. — Il ne parle pas de la nécessité du *bon ou approuvé*, lorsque le billet n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur (cf. C. civ., art. 1326) ; comme notre article a voulu être complet et se suffire à lui-même, nous admettrons que cette formalité n'est pas nécessaire, lors même que le billet de grosse serait souscrit par un non commerçant, ce qui sera fort rare.

Relativement à la **transmissibilité** du billet de grosse, il faut consulter sa forme ; il peut être *à personne dénommée*, *à ordre* ou *au porteur*. — S'il est *à ordre*, il se transmet, comme le dit l'article 313, par endossement, avec tous les effets qui en sont de droit commun la conséquence, p. ex. l'exemption pour l'acquéreur des exceptions opposables au cédant, et la garantie solidaire. V. aussi l'a. 314.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DE FOND.

Quatre points sont à déterminer par les parties dans le billet de grosse : — 1° la désignation des personnes ; — 2° le capital prêté et le profit maritime promis ; — 3° les objets affectés au prêt ; — 4° les risques auxquels ils sont exposés.

1430. 1° **Désignation des personnes** ; ce que nous avons dit à propos du contrat d'assurance, n. 1318 et suiv.

Les art. 321 et 323 appliquent ici une règle analogue à celle de l'art. 232 (v. n. 1197).

2° Capital prêté et profit maritime.

1431. Le **capital** à rembourser doit nécessairement être en argent, et il doit être déterminé en argent dans le billet de grosse. Mais rien n'empêche que le prêteur ne fournisse à l'emprunteur des marchandises ou même des travaux, pourvu que ces valeurs soient estimées en argent pour le remboursement.

Le **profit maritime**, appelé aussi *change maritime* ou *intérêt maritime*, est essentiel au prêt à la grosse, qui est nécessairement à titre onéreux ; il est essentiel au même titre que le prix dans la vente ; il faut donc dire, avec Pothier contre Emérigon, que, si le profit maritime n'avait pas été fixé, le contrat serait nul, et le capital devrait être restitué immédiatement. — Toute liberté est laissée aux parties pour fixer ce profit maritime ; il n'est soumis à aucun maximum ; il peut être déterminé à une somme fixe, ou à tant pour cent du capital, soit pour le voyage entier, soit par mois ; le mois commencé est censé terminé. Le taux est variable suivant la gravité des risques ; ainsi, il est plus fort en temps de guerre ; mais une fois fixé par la convention, il ne pourrait pas être changé par les tribunaux sous le prétexte que les risques ont changé (cf. n. 1357).

Le profit maritime correspond à la prime dans l'assurance ; il faut lui appliquer tout ce que nous avons dit de la prime (n. 1356 et suiv.), notamment la double règle qu'il n'est dû que si les risques ont couru, et qu'il est dû dès que les risques ont

commencé à courir, avec les conséquences de ces deux règles.

A la détermination des sommes à payer se rattache l'**époque du remboursement** (art. 311, *in fine*). Si les parties n'ont rien dit, cette époque est celle de la cessation des risques. Mais habituellement les usages accordent un certain temps à l'emprunteur après la fin du voyage ; d'autant mieux qu'il peut y avoir un règlement assez compliqué à faire alors (v. art. 330 et 331). — Les intérêts du capital sont dus dès l'échéance, en vertu des usages commerciaux; mais non ceux du profit maritime, ce qui constituerait un anatocisme.

3° Les objets affectés au prêt.

1432. Quant à leur détermination, voir ce que nous avons dit à propos de l'assurance (n. 1324 et suiv.). Au surplus, le Code lui-même donne pour le prêt à la grosse des règles qu'il reproduit à peu près textuellement pour les assurances et qui ont été expliquées à ce propos. Tels sont les articles (modifiés par la L. 12 avril 1885) 316, 317, 319, 329.

4° Détermination des risques.

1434. Il est essentiel, pour le prêt à la grosse, que les objets sur lesquels il est fait soient exposés à des risques de mer ; sans cela le profit maritime serait perçu sans cause par le prêteur.

Les conditions des risques se détermineront par la désignation du navire et du capitaine (art. 311, 5° al.) ; par celle du voyage (art. 311, 7° et 8° al.) ; par celle du temps où les risques commenceront à courir ou cesseront (art. 328). Sur tous ces points, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit à propos des assurances, n. 1343 et suiv.

CHAPITRE III.

DROITS DU PRÊTEUR A LA GROSSE.

Nous devons étudier les droits du prêteur : — 1° en cas d'heureuse arrivée ; — 2° en cas de sinistre ; — 3° en concours avec des assureurs.

§ 1er

Droits du prêteur en cas d'heureuse arrivée.

1435. En cas d'heureuse arrivée, il a droit au remboursement intégral de son capital, avec le profit maritime ; et ce droit forme en principe une créance véritable dont l'emprunteur est tenu personnellement et sur tous ses biens, dont il ne serait pas libéré par la perte ultérieure des objets affectés au prêt, dont il ne pourrait pas s'affranchir en abandonnant ces objets. Seulement dans le cas, presque uniquement pratique aujourd'hui, d'emprunt fait sur le navire par le capitaine au cours du voyage, la faculté d'abandon consacrée par l'art. 216, 3e al., supprime tout lien personnel.

Cette créance est garantie par un **privilège** sur les objets affectés au prêt (a. 330).

La loi prend soin de dire, parce qu'on en avait douté, que l'affectation peut être générale ou seulement partielle ; qu'on peut emprunter sur tout le navire avec ses accessoires, ou sur tout le chargement, ou sur quelques objets seulement, ou même sur une portion de ces objets.

Lorsque l'emprunt affecte le navire, le privilège s'étend implicitement sur le *fret acquis* (art. 320). Quoique d'après le code il n'eût pas pu être affecté expressément à l'emprunt, puisque d'ordinaire, il constituait, au moment de l'emprunt, un *fret à faire* (art. 318).

1436. L'art. 323 établit un classement entre les divers privilèges résultant de prêts à la grosse.

S'occupant des emprunts faits pendant le dernier voyage, visés par l'art. 191, 7°, il les classe pour le privilège dans l'ordre inverse de leurs dates, par la raison donnée déjà que les derniers ont conservé le gage des premiers.

§ 2

Droits du prêteur en cas de sinistre.

1437. Il n'a pas droit à son remboursement si les objets affectés à l'emprunt viennent à périr par fortune de mer. Donc en cas de *perte totale*, il n'a plus rien à demander (a. 325). Donc aussi, en cas de *destruction partielle*, il n'a de droit que jusqu'à concurrence des effets sauvés (a. 327).

Ces différentes pertes n'incombent au prêteur que si elles ont eu lieu par fortune de mer. Nous n'avons qu'à renvoyer à l'étude que nous avons faite des cas fortuits dont répondent les assureurs (v. n. 1372 et suiv.).

Les art. 324 et 326 reproduisent les deux règles données en matière d'assurance, pour les cas exclus de la responsabilité des assureurs, par les art. 351 et 352.

1438. Jusqu'ici nous avons raisonné en supposant une perte totale ou une destruction partielle des objets affectés au prêt; la décharge totale ou partielle de l'emprunteur ne pouvait dans ce cas faire difficulté, puisque le prêteur avait consenti dans le contrat à n'être remboursé que si les objets arrivaient et dans la mesure où ils arriveraient. Mais la question est en théorie plus délicate pour les simples *détériorations* qui diminuent la valeur des objets sans en rien faire disparaître, et pour les frais faits à leur occasion; dans ces cas, la libération partielle de l'emprunteur ne découle pas aussi simplement du contrat. Pourtant le Code l'admet, a. 330.

Pour les **avaries communes**, la règle est facile à justifier; car le sacrifice fait pour les objets affectés au prêt a profité au prêteur qui aurait souffert de leur perte, et il n'a pas profité à l'emprunteur à qui cette perte n'aurait causé aucun dommage; en supposant bien entendu que leur valeur entière fût couverte par le prêt.

Quant aux **avaries particulières**, ne consistant pas en destructions partielles, si l'on prenait à la lettre la teneur primitive du contrat de grosse, on aurait pu très bien soutenir qu'elles ne

devaient pas incomber au prêteur : car elles n'empêchent pas que les objets ne soient arrivés intégralement. Mais quelle que soit la valeur absolue de ce raisonnement, on a depuis longtemps abandonné cette idée dans la pratique, par la raison suivante : si l'emprunteur n'avait pas été couvert par le prêteur pour ces avaries, il aurait dû les faire couvrir par une assurance; or le prêteur ne demandait pas mieux que de faire cette fonction d'assureur en percevant une prime en conséquence; on est donc tombé facilement d'accord pour mettre ces avaries à sa charge, en lui donnant un profit maritime plus fort. C'est cet usage que le Code a consacré en réservant seulement la possibilité d'une convention contraire.

§ 3

Droits du prêteur à la grosse en concours avec des assureurs.

1439. L'article 331 établit le concours sur le pied de l'égalité proportionnelle entre le prêteur à la grosse et l'assureur. Il part évidemment de cette idée que le prêt à la grosse équivaut à l'assurance des objets sur lesquels il est fait (cf. n. 1432) : prêt à la grosse pour moitié et assurance pour moitié; cela équivaut à deux prêts à la grosse pour moitié chacun, ou à deux assurances pour moitié chacune.

TITRE XIII.

DES PRESCRIPTIONS.

1441. L'art. 430 dit assez inutilement que le capitaine ne peut acquérir la propriété du navire par voie de prescription (cf. C. civ. a. 2236, 2240).

1442. D'après l'art. 43, « l'action en délaissement est prescrite dans les délais exprimés par l'art. 373. » Le législateur, en inscrivant cet article dans ce titre, a eu au moins pour but de rappeler le délai très court dans lequel le délaissement doit avoir lieu; mais, s'il n'avait voulu que rappeler la règle de l'art. 373, l'article ne serait pas très utile. Nous pensons qu'il faut lui attribuer un autre sens : c'est que, non seulement la *signification* du délaissement doit avoir lieu dans le délai de l'art. 373, mais encore l'*action en justice* doit, à défaut d'acceptation par l'assureur (art. 385), être intentée dans le même délai.

1443. L'a. 432 établit en matière d'assurance ou de contrat à la grosse une prescription abrégée de **cinq ans.**

Il faut remarquer que cette prescription court du jour même du contrat (art. 432), et non du jour où les risques ont commencé, encore moins du jour du sinistre.

1444. L'art. 433 édicte une prescription encore plus courte, d'**un an** pour la plupart des rapports qui naissent des contrats maritimes autres que l'assurance et le prêt à la grosse : « Sont prescrites : — Toutes actions en paiement pour fret de navire, gages et loyers d'officiers, matelots et autres gens de l'équipage, un an après le voyage fini; — Pour nourriture fournie aux matelots par l'ordre du capitaine, un an après la livraison; — Pour fournitures de bois et autres choses nécessaires aux constructions, équipement et avitaillement du navire, un an

après ces fournitures faites; — Pour salaires d'ouvriers, et pour ouvrages faits, un an après la réception des ouvrages; — Toute demande en délivrance de marchandises, un an après l'arrivée du navire. »

Le code de commerce n'ayant pas reproduit ici la possibilité de déférer le serment au débiteur, consacrée pour les courtes prescriptions par l'art. 2275 du C. civ. et l'art. 189, C. com., on ne peut suppléer ici cette faculté exorbitante, et les travaux préparatoires confirment cette pensée.

1445. L'art. 434 consacre la possibilité de l'interruption de ces courtes prescriptions par une reconnaissance, et même par un simple acte judiciaire.

TITRE XIV.

FINS DE NON-RECEVOIR.

1446. Ce titre va encore plus loin que le précédent dans l'abréviation des délais : il y a trois cas énumérés par l'art. 435, où l'on n'a que vingt-quatre heures pour réclamer ou protester, et un mois pour agir en justice (a. 436).

Les deux premiers cas se réfèrent au contrat d'affrètement.

1447. 1° *Les actions du chargeur ou du destinataire contre le capitaine ou les assureurs pour dommage arrivé à la marchandise, si elle a été reçue sans qu'on ait protesté dans les vingt-quatre heures.* — C'est, en matière de transport maritime, le même cas exactement que celui de l'art. 105. La décision de notre article présente trois différences : — 1° l'art. 435 n'exige pas que le prix ait été payé lors de la réception ; — 2° il accorde vingt-quatre heures pour protester, tandis que l'art. 105 n'admet qu'une protestation ou une réserve faite immédiatement ; — 3° cette fin de non-recevoir peut être invoquée, non seulement par le capitaine ou l'armateur, mais encore par les assureurs, étrangers au contrat de transport.

La protestation qu'exige l'article pour empêcher la forclusion n'est soumise par la loi à aucune forme. Il suffira que le destinataire constate l'avarie, annonce l'intention d'en demander réparation, et qu'il se soit réservé, par une signification, la preuve des déclarations par lui faites sur ces points.

1449. 2° *Les actions contre l'affréteur pour avaries, si le capitaine a livré les marchandises et reçu son fret sans protester dans les vingt-quatre heures.* — C'est la réciproque du cas précédent. La protestation pour cela sera faite par tous les moyens, comme dans le cas précédent. — Les avaries dont il est question ici sont les

avaries communes auxquelles la marchandise doit contribuer, les frais faits pour elles, et les avaries particulières qu'elle peut avoir causées, soit au navire, soit aux autres marchandises chargées.

1450. 3° *Toutes actions en indemnité pour dommages causés par l'abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a point fait de réclamation dans les vingt-quatre heures.* — Le motif de cette disposition est analogue aux précédents : les causes de l'abordage sont souvent très obscures; il importe que la réclamation fixe immédiatement les faits allégués par le capitaine et qu'il ne puisse pas prendre le temps de calculer et de combiner sa déclaration pour tirer parti des circonstances, ni de mettre sur le compte de l'abordage des avaries causées après coup par fortune de mer ou par un autre abordage.

Le texte de l'art. 435, 3°, conforme en cela au texte de l'ordonnance, qui était encore plus explicite, n'établit cette fin de non-recevoir que pour le cas où l'abordage *s'est produit dans un lieu où le capitaine a pu agir immédiatement*, p. ex. dans un port ou dans une rade d'où il pouvait se rendre à terre. — Il laisse donc complètement en dehors, suivant nous, le cas où l'abordage s'est produit en mer. Néanmoins tous les auteurs anciens et modernes, et la jurisprudence à peu près unanime, appliquent la même règle à l'abordage en pleine mer, en argumentant par analogie de l'art. 435, et en le lisant comme si les mots « dans le lieu où le capitaine a pu agir » se trouvaient à la fin de l'alinéa; en conséquence, ils décident que la déchéance est encourue si le capitaine n'a pas réclamé dans les vingt-quatre heures après le moment où, entré dans un port, il a pu agir.

Du reste, d'après le système généralement admis, la réclamation n'est imposée au capitaine que dans le lieu où il aura pu agir; il n'est donc pas obligé de relâcher pour cela, si l'avarie causée par l'abordage ne l'y force pas; mais, dès qu'il relâche quelque part, il doit faire sa protestation.

1451. Les fins de non recevoir que nous venons d'étudier peuvent se couvrir par la renonciation des parties après qu'elles ont été encourues.

Dans les trois cas, la signification doit, dans le mois, être

suivie d'une demande en justice. — Le délai d'un mois doit être allongé à raison des distances (art. 73 et 1033, C. pr. civ.), toutes les fois que la poursuite doit avoir lieu dans un endroit éloigné du lieu où la protestation a dû être faite.

LIVRE IV.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

1452. Depuis longtemps nos lois ont institué une juridiction spéciale pour juger les affaires de commerce; et cela par trois motifs principaux : — 1° la lenteur et la complication des formes de la procédure civile, jugées nécessaires pour protéger les intérêts des plaideurs, ne peuvent convenir aux affaires commerciales, qui demandent avant tout la rapidité; — 2° les frais de ces formalités seraient trop onéreux dans un ordre d'affaires où les transactions sont très nombreuses et doivent donner lieu à des procès bien plus fréquents que dans les matières civiles ; — 3° la simplicité des formes ne pouvait être obtenue qu'en ayant recours, pour juger, à des hommes pratiques, habitués aux affaires, pouvant les comprendre et les juger rapidement, en déjouant les subtilités de la chicane et en conciliant les parties, si cela est possible, plutôt que de les juger. C'est pour cela que la juridiction commerciale est confiée à des commerçants choisis par leurs justiciables commerçants.

L'édit de 1563 de l'Hôpital, sous Charles IX, institua cette juridiction commerciale à Paris. Il fut rapidement étendu aux principales villes commerçantes; et l'ordonnance de 1673 consacra cette juridiction (tit. XII, art. 1).

TITRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Nous étudierons : — 1° l'établissement des tribunaux de commerce ; — 2° la nomination des juges ; — 3° les officiers auxiliaires de la juridiction commerciale ; — 4° comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTABLISSEMENT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1453. La juridiction des tribunaux de commerce est exceptionnelle d'abord en ce sens qu'ils ne connaissent que des affaires qui leur sont expressément attribuées par la loi. Elle est aussi exceptionnelle en ce sens qu'elle n'existe pas sur tout le territoire de la France ; elle n'existe que dans les arrondissements où un tribunal a été institué par le gouvernement (a. 615).

Art. 616. « L'arrondissement de chaque tribunal de commerce sera le même que celui du tribunal civil dans le ressort duquel il sera placé ; et s'il se trouve plusieurs tribunaux de commerce dans le ressort d'un seul tribunal civil, il leur sera assigné des arrondissements particuliers. »

Art. 617. « Chaque tribunal de commerce sera composé d'un président, de juges et de suppléants. Le nombre des juges ne pourra pas être au-dessous de deux, ni au-dessus de quatorze, non compris le président. Le nombre des suppléants sera proportionné au besoin du service. Un règlement d'administration publique fixera, pour chaque tribunal, le nombre des juges et celui des suppléants. »

Art. 628. « Les fonctions des juges de commerce sont seulement honorifiques. » V. aussi l'art. 630.

CHAPITRE II.

NOMINATION DES JUGES DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1454. Tout tribunal de commerce se compose de deux classes de magistrats : les *juges* et les *suppléants*. Il n'y a pas de ministère public établi auprès des tribunaux de commerce.

Les membres des tribunaux de commerce, qu'on nomme *juges consuls*, ont été, on peut le dire, de tout temps électifs. Sous l'empire du code de commerce, les élections étaient confiées à une assemblée de *notables commerçants* désignés par le *préfet*. Après plusieurs variations dans la composition du corps électoral, la L. 8 décembre 1883, a établi le suffrage universel. Cette loi est très développée, nous renvoyons à son texte. Elle exige seulement que les électeurs aient exercé le commerce pendant cinq ans; qu'ils soient patentés et soient domiciliés depuis cinq ans au moins dans le ressort du tribunal. Elle ajoute aux électeurs commerçants plusieurs catégories de personnes qui, tout en faisant le commerce, souvent sur une très grande échelle, ne peuvent être considérées comme commerçantes parce qu'elles ne le font pas en leur nom et pour leur propre compte; tels sont les *directeurs des sociétés anonymes*, les *capitaines de navire*, ceux-ci avec certaines conditions d'exercice de la profession et de domicile. La loi mentionne spécialement les *agents de change* et les *courtiers* de toute nature, auxquels on avait contesté la qualité de commerçant (v. n. 661). Enfin elle ajoute (a. 1er, 2e al.) : les membres anciens ou en exercice des tribunaux et des chambres de commerce, des chambre consultatives des arts et manufactures, les présidents anciens ou en exercice des conseils de prud'hommes.

1457. L'art. 8 de la loi règle les conditions d'éligibilité. Sont éligibles tous les électeurs inscrits sur la liste, à la seule condition d'être âgés de trente ans, et en plus les anciens commer-

çants ayant exercé leur profession pendant cinq ans, au moins, dans l'arrondissement, et y résidant.

Ces conditions sont exigées pour être membre d'un tribunal de commerce, soit comme juge, soit comme suppléant. — Pour être juge, il faut, de plus, avoir été suppléant, pendant un an. Pour être président, il faut avoir été juge pendant deux ans.

1458. Art. 923. « Le président et les juges, sortant d'exercice après deux années, pourront être réélus immédiatement pour deux autres années. Cette nouvelle période expirée, ils ne seront éligibles qu'après un an d'intervalle. — Tout membre élu en remplacement d'un autre, par suite de décès ou de toute autre cause ne demeurera en exercice que pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur. » Cet article est maintenu par l'art. 13 de la L. de 1883, avec cette innovation que « le président, quel que soit, au moment de son élection, le nombre de ses années de judicature comme juge titulaire, pourra toujours être élu pour deux années, à l'expiration desquelles il pourra être réélu pour une seconde période de même durée. »

1460. Art. 626. « Les jugements dans les tribunaux de commerce seront rendus par trois juges au moins ; aucun suppléant ne pourra être appelé que pour compléter ce nombre. » — La L. 1883, a. 16 règle le moyen de désigner des juges complémentaires, en cas d'insuffisance des juges titulaires et des juges suppléants.

CHAPITRE III.

OFFICIERS AUXILIAIRES DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

1461. Il y aura près de chaque tribunal un greffier et des huissiers (a. 624).

L'art. 627, qui reproduit, à peu de chose près, les art. 414 et 421, C. p. civ., constitue une dérogation considérable au droit commun : non seulement il dispense du ministère des avoués, qui est obligatoire en matière civile, mais il *interdit* ce ministère. Le désir des rédacteurs de nos Codes a été que les parties comparussent en personne (C. pr. civ., art. 421); on a pensé que les affaires s'expliqueraient ainsi plus simplement, étant débar-

rassées de toutes les formes dont les enveloppent les hommes de loi,et de toutes les complications qu'on les soupçonne, à tort ou à raison, de susciter. — Pourtant on ne pouvait priver une partie, peu habituée à parler en public, du droit de se faire représenter par un mandataire plus expérimenté. Mais ce mandataire, elle le choisira librement sans être obligée de le prendre dans certaines catégories officielles; et, d'autre part, ce mandataire, n'ayant aucun caractère public, devra dans chaque cause justifier d'un pouvoir *spécial* pour cette cause (v. au surplus, le 1er al., *in fine* de notre article).

En pratique, les parties se font représenter par des avoués ou des avocats; mais ceux-ci sont assujettis, comme nous venons de le dire, à justifier d'un pouvoir spécial. La loi admet implicitement cette pratique, car elle n'exclut que les huissiers. V. l'art. 628, 2e et 3e al.

1463. Il y a plus : on trouve près de presque tous les tribunaux de commerce certains mandataires recommandés aux parties par le choix du tribunal lui-même, et qu'on appelle **agréés près du tribunal de commerce.** La situation de ces agréés est assez difficile à définir. — Lors de la rédaction du code de commerce, le législateur se montra hésitant sur ce point; et la pensée qui paraît résulter des travaux préparatoires semble être de ne pas consacrer cette institution, sans cependant la proscrire formellement; car on a écarté plusieurs projets de rédaction qui la condamnaient en termes exprès. On peut donc dire que les agréés existent sans aucun caractère officiel, en vertu de la seule tolérance du législateur. — Leur situation est en général fixée d'une manière très précise, soit par les usages, soit par diverses délibérations du tribunal qui les institue. Mais ces délibérations elles-mêmes donnent lieu à de graves objections de principe ; car il n'appartient pas aux tribunaux de créer ainsi des fonctionnaires; ce droit appartient à la loi ou au pouvoir exécutif; d'autre part les délibérations qui déterminent la position des agréés sont évidemment des décisions qui statuent « par voie de disposition générale et réglementaire », et qui tombent par conséquent sous le coup de l'art. 5, C. civ. Aussi la Cour de cassation n'a pas hésité à casser les délibérations de ce genre

quand elles lui ont été déférées. Mais à côté de quelques délibérations annulées, il y en a une infinité de ce genre qui n'ont donné lieu à aucune poursuite. Il faut reconnaître que l'annulation de ces délibérations n'amènerait pas un grand résultat. En effet la position des agréés résulte de la confiauce que leur témoigne le tribunal; les décisions du tribunal à leur égard n'ont qu'une pure autorité morale; or cette autorité et la confiance du public n'existeront pas moins lorsque les décisions du tribunal auront été annulées. Voilà pourquoi la situation des agréés s'est toujours perpétuée et paraît inattaquable en pratique, à moins d'une prohibition formelle que pourrait édicter le législateur. — Ce qui est positif, c'est que les tribunaux de commerce ne peuvent pas refuser de laisser comparaître devant eux, comme mandataires, des représentants quelconques, même ceux qu'ils auraient rayés de leur liste des agréés. — La seule faveur qui soit faite aux agréés (au moins par le tribunal de commerce de la Seine), c'est de les dispenser de faire légaliser la signature des parties sur le mandat spécial, qu'ils sont du reste toujours obligés de présenter (art. 627, 1^er^ al.).

Voici sommairement l'organisation du corps des agréés, en prenant pour exemple ce qui a lieu devant le tribunal de commerce de la Seine. On tend à les assimiler autant que possible à des officiers ministériels : — ils sont nommés par le tribunal sur la présentation de l'ancien titulaire après un stage plus ou moins long et l'avis de la chambre de discipline; — ils sont soumis à la surveillance et à la police immédiate du tribunal, qui peut les rayer de la liste sans pouvoir leur interdire de représenter les parties ultérieurement (v. *suprà*); des peines légères peuvent être prononcées par la chambre de discipline.

CHAPITRE IV.

COMMENT SONT JUGÉES LES AFFAIRES COMMERCIALES DANS LES ARRONDISSEMENTS OU IL N'Y A PAS DE TRIBUNAL DE COMMERCE.

1464. Elles sont jugées par le tribunal civil d'arrondissement (a. 640).

Pour les formes de procédure, auxquelles renvoie l'art. 641, v. au tit. III, *infrà*. Nous examinerons seulement ici deux questions.

1. *Le ministère des avoués est-il obligatoire devant un tribunal civil jugeant commercialement?* On admet généralement que non, car la pensée de l'article paraît bien être d'introduire dans ce cas toutes les simplifications usitées en matière commerciale. On objecte cependant que, devant les Cours d'appel jugeant en appel les causes commerciales, il y a lieu au ministère des avoués, l'art. 648 ne l'excluant nullement. Mais il est facile de répondre que précisément cet art. 648 est rédigé tout autrement que l'art. 641, et que, dans ces appels, la Cour connaît de l'affaire en vertu de sa juridiction propre; tandis que dans notre cas le tribunal civil ne juge que comme remplaçant un tribunal de commerce qui n'existe pas, et, la loi le dit, *dans les formes* où jugerait un tribunal de commerce.

2. *Dans le même cas, le ministère public peut-il assister aux audiences et poser des conclusions?* — On le soutient en disant que l'art. 640 donne compétence au tribunal avec toute sa constitution propre; or, ajoute-t-on, le ministère public fait partie de la constitution du tribunal civil. — Mais il faut remarquer que l'art. 640 ne renvoie pas proprement au *tribunal civil*, mais aux *juges* du tribunal civil; on ne peut donc pas dire que la compétence soit attribuée au tribunal civil comme corps et avec sa constitution propre. On argumente aussi de ce qui se passe en appel; mais nous avons déjà répondu à cet argument à propos de la question précédente.

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1465. La compétence d'un tribunal quelconque soulève nécessairement trois questions : — 1° quelle est sa compétence *ratione materiæ*, ou quelles sont les matières pour lesquelles il est compétent; — 2° quelle est sa compétence *ratione personæ*, ou quel est celui, parmi les tribunaux du même ordre, qui devra être saisi de telle affaire particulière; — 3° quelle est la limite de sa compétence en premier et dernier ressort. — Le Code traite, dans notre titre, la première et la troisième question; nous traiterons aussi la seconde avec l'art. 420, C. pr. civ.

CHAPITRE PREMIER.

COMPÉTENCE RATIONE MATERIÆ DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1466. La compétence du tribunal de commerce étant une exception à la règle générale de compétence des tribunaux civils d'arrondissement, on doit entendre restrictivement les dispositions de la loi sur ce point. Aux termes de l'art. 631, « les tribunaux de commerce connaîtront : — 1° De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; — 2° Des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce; — 3° Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. »

La fin de l'article contient le principe général : c'est que les tribunaux de commerce sont compétents pour les *actes de commerce*; nous l'avons déjà indiqué (n. 34) en énumérant les intérêts de la distinction entre les actes commerciaux ou non com-

merciaux. Cette compétence a lieu *entre toutes personnes*: supposé que deux parties, même non commerçantes, aient fait un acte qui soit commercial pour chacune d'elles, toutes les difficultés que cet acte pourra soulever seront de la compétence du tribunal de commerce. Il en sera ainsi lors même que leurs veuves ou héritiers seraient poursuivis pour cet acte (C. pr. civ., art. 426). — Le 2° de l'article ne fait qu'appliquer cette idée entre associés; car nous avons vu que tout associé fait un acte de commerce en s'engageant dans une société commerciale, lors même qu'il ne devient pas pour cela commerçant, comme un commanditaire, un actionnaire dans une société anonyme (v. n. 211, 228). — Le 1° doit aussi être considéré comme donnant simplement une application du principe que nous avons posé. Il semble dire que tout engagement entre commerçants sera de la compétence des tribunaux de commerce. En effet, ces engagements seront le plus souvent commerciaux, et seront présumés tels en vertu de la théorie de l'accessoire (v. art. 638, 2° al., et n. 49); mais il peut se faire qu'ils ne le soient pas, p. ex. l'achat d'une maison de campagne (v. art. 638, 1°r al., et même n. 49). Il faut dire que l'art 621, 1°, a voulu seulement parler du cas ordinaire et n'a pas voulu imposer la compétence commerciale pour les cas plus rares où l'acte ne peut être considéré à aucun point de vue comme commercial.

1467. Quid *si l'acte n'est commercial que pour une seule des parties*? — 1°r S. *Il y aura toujours compétence commerciale* : — l'art. 631, 3°, dit que les tribunaux de commerce sont compétents pour les actes commerciaux *entre toutes personnes*; par conséquent sans distinguer si l'une des parties n'a pas fait acte de commerce. — 2° S. *Toujours compétence civile* : — les tribunaux civils sont juges de droit commun; il ne faut admetttre la compétence commerciale qu'en vertu d'un texte formel; or l'art. 631, 3°, ne vise pas du tout le cas où l'une des parties n'a pas fait acte de commerce; *entre toutes personnes* veut dire : même entre non commerçants; mais en supposant que l'acte soit un acte de commerce *entre* les deux parties, comme le dit l'article lui-même. — 3° S. *Celui qui a fait un acte civil aura le choix entre les deux juridictions* (1), qu'il soit demandeur ou défendeur, peu

importe : — il a droit à n'être jugé que par le tribunal civil, s'il tient aux garanties du droit commun, auxquelles il n'a jamais renoncé, et qu'aucun texte ne lui enlève; — mais s'il accepte la juridiction commerciale, son adversaire ne peut pas se plaindre, car en faisant acte de commerce il s'y est soumis.

1468. L'énumération des actes de commerce est faite par les art. 632 et 633; nous l'avons très complètement étudiée aux numéros 33 et suiv.

Les articles subséquents présentent quelques applications du principe de l'art. 631, avec quelques extensions à des cas qui n'eussent pas été directement compris dans la règle. Nous avons expliqué aussi ces divers articles en signalant les dérogations qu'ils font au droit commun et les motifs de ces dérogations, ainsi que les questions qu'elles soulèvent. V., pour l'art. 634, 1°, n. 68 et suiv., 1194; pour l'art. 635, n. 835, 959; pour les art. 636 et 637, n. 739, 740, 842, 843; pour l'art. 638, 1er al., n. 35; pour l'art. 638, 2e al., n. 838; v. aussi n. 49, 87, 740. — Il n'y a qu'un point dont nous n'avons pas eu occasion de parler : ce sont les billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables des deniers publics, qui, à la fois, sont présumés faits pour leur gestion lorsqu'une autre cause ne s'y trouve pas énoncée (art. 638, 2e al.), et sont soumis à la compétence commerciale (art. 634, 2°). Pourtant ces comptables ne font pas acte de commerce, et les billets souscrits par eux peuvent n'avoir même pas une forme ordinairement commerciale, comme le billet à ordre; ils n'en tomberaient pas moins sous le coup de ces articles dont le texte est général. Le motif de cette dérogation au droit commun paraît avoir été le désir de soumettre ces comptables pour leurs billets à la contrainte par corps; dès lors on a cru convenable, quoique cela ne fût pas nécessaire, de les soumettre aussi à la juridiction commerciale.

1469. En dehors des cas qui leur sont spécialement attribués par l'art. 631 et par les articles suivants, les tribunaux de commerce sont incompétents à raison de la matière; il y a donc **incompétence absolue**, d'ordre public, dont les parties ne peuvent pas renoncer à se prévaloir, qui peut être invoquée en tout état de cause, même devant la Cour de cassation, et que les

juges devraient eux-mêmes déclarer d'office. Il y a seulement exception dans la fin de l'art. 636 : lorsqu'un billet à ordre ne contient que des signatures d'individus non négociants et n'a pas été fait pour un acte de commerce, le tribunal de commerce n'est tenu de renvoyer au tribunal civil que s'il en est requis par le défendeur. Nous avons signalé, n. 842, et expliqué cette exception au droit commun.

Réciproquement, partout où il existe un tribunal de commerce le tribunal civil est incompétent pour tous les cas attribués par la loi au tribunal de commerce. Mais on discute : 1°. *Le tribunal civil est-il dans ce cas incompétent à raison de la matière?* — 1er S. *Non* : — il a la plénitude de la juridiction, même sur les matières commerciales, s'il n'existait pas, à côté de lui, un tribunal de commerce; — c'est uniquement dans l'intérêt des commerçants que la loi a organisé une procédure plus simple; ils peuvent donc y renoncer; et ils seront censés y avoir renoncé, s'ils n'ont pas proposé l'incompétence *in limine litis*; — donc il y a ici incompétence purement relative. — 2e S. *Oui* (1) : — le tribunal civil a la plénitude de juridiction en ce sens qu'il est compétent pour toutes les causes qui ne lui sont pas formellement enlevées; mais quand une matière lui est enlevée, il n'a plus juridiction pour elle; — c'est ce que disait Pothier dans l'ancien droit; — c'est ce que la L. 16-24 août 1790 (tit. IV, art. 4), fondamentale en cette matière, dit formellement en visant précisément les causes commerciales; — un article avait été proposé en sens contraire par la Cour de cassation lors de la rédaction du code de procédure, et cet article n'a pas été admis; — il n'est pas vrai qu'il n'y ait qu'un intérêt privé engagé; la loi, dans l'intérêt général à ce que la justice soit bien rendue, a voulu que des juges spéciaux connussent des affaires commerciales, là où elles sont assez étendues; il ne peut dépendre des parties d'y déroger.

CHAPITRE II.

DE LA COMPÉTENCE RATIONE PERSONÆ DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1470. Etant admis que les tribunaux de commerce sont com-

pétents pour une affaire, quel sera, parmi tous les tribunaux de commerce, celui qui devra la juger? Le principe de droit commun est qu'en matière personnelle et mobilière, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent; *actor sequitur forum rei*. Cette règle doit en principe s'appliquer en matière commerciale, car très rarement une affaire commerciale sera immobilière.

Mais il y est fait une dérogation extensive par l'art. 420, C. pr. civ. : le demandeur en matière commerciale peut assigner *à son choix*, non seulement devant le tribunal du domicile du défendeur, mais encore *devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée*, ou *devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué*. — Pour être dans le cas de la première exception, il faut que le contrat et l'exécution aient eu lieu dans le même arrondissement; car, les deux conditions sont évidemment cumulatives. — Pour la seconde exception de l'art. 420, il suffit d'un seul fait : il faut que le paiement dût être effectué dans le ressort du tribunal. Dans le mot *paiement*, il faut comprendre, non seulement le versement d'une somme d'argent, mais tout ce qui peut être presté par un débiteur à son créancier (v. C. civ. art. 1235 et suiv.). Il ne suffit pas que le paiement ait été fait dans le ressort du tribunal, il faut qu'il *ait dû* y être fait, c'est-à-dire qu'on ait promis de le faire en cet endroit. Généralement le paiement doit se faire au moment de la délivrance, par conséquent au domicile du vendeur.

Pour l'appllcation des deux exceptions, il faut nécessairement que le fait du contrat ne soit pas contesté, car la loi suppose évidemment qu'il est constant entre les parties que *la promesse a été faite*, ou que le paiement *devait* être effectué. Il faut aussi pour le cas de la deuxième exception que la convention sur le lieu du paiement soit constante entre les parties.

Nous avons étudié (n. 959) la dérogation spéciale faite à la compétence *ratione personæ* en cas de faillite, par l'art. 59, 7° al., C. pr. civ.

CHAPITRE III.

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE EN PREMIER ET EN DERNIER RESSORT.

1471. La compétence en premier ressort des tribunaux de commerce est indéfinie : quelle que soit l'importance du litige, il devra toujours être jugé par eux, sauf l'appel devant les cours d'appel.

Les limites de leur compétence en dernier ressort sont posées par l'art. 639, qui du reste n'est que l'application du droit commun à l'égard des tribunaux d'arrondissement (v. L. 11 avril 1838, art. 1 et 2).

TITRE III.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1472. « La forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le titre XXV du livre II de la première partie du Code de procédure civile » (a. 642).

Les mêmes formes doivent certainement être suivies devant les tribunaux civils jugeant commercialement.

Nous nous bornerons à indiquer sommairement les points principaux sur lesquels la procédure devant les tribunaux de commerce diffère de la procédure devant les tribunaux ordinaires.

Rappelons d'abord que le ministère des avoués est interdit devant les tribunaux de commerce (C. com., art. 627; C. pr. civ., art. 414). Cela supprime tout ce qui concerne les constitutions d'avoué, les actes d'avoué à avoué, les significations de défenses et de réponses. Cela entraîne la nécessité de donner un pouvoir spécial à ceux par qui l'on veut se faire représenter (v. n. 1463). Nous en trouverons encore d'autres conséquences.

Le *délai pour comparaître* est très court : il n'est que d'un jour (C. pr., art. 416), au lieu de huit jours en droit commun (C. pr., art. 72). Il peut même être abrégé, et l'assignation donnée de jour à jour ou même d'heure à heure, soit avec l'autorisation du président du tribunal, avec ou sans caution, dans les matières qui requièrent célérité (C. pr., art. 417), soit même sans autorisation dans certaines affaires maritimes, et dans toutes autres matières urgentes et provisoires (v. C. pr., art. 418).

L'absence légale d'avoué empêche qu'il y ait aucune *élection de domicile* légalement impliquée : lors même que l'on se fait représenter par un avoué, ou un avocat, ou un agréé, l'élection de

domicile chez eux n'est pas de droit. On est même dispensé de cette élection de domicile si l'affaire peut être terminée en une seule audience (C. pr., art. 422). Si elle n'est pas terminée à la première audience, la loi exige, pour abréger les rapports des parties, que celles qui ne sont pas domiciliées dans le lieu où siége le tribunal y fassent une élection de domicile, et que celle-ci soit mentionnée sur le plumitif de l'audience; à défaut, toute signification, même celle du jugement définitif, sera valablement faite au greffe (même art. 422).

Les étrangers demandeurs sont, en matière de commerce, dispensés de fournir la caution *judicatum solvi* (C. pr., art. 423; cf. art. 166; et C. civ., art. 16). Il suffit pour cela que l'acte soit commercial du côté seulement de l'étranger demandeur.

Le tribunal, saisi d'un *déclinatoire*, p. ex. pour incompétence, peut statuer par le même jugement sur le déclinatoire et sur le fond, pourvu que ce soit par deux dispositions distinctes (C. pr., art. 425). Cette possibilité est controversée en droit commun (v. C. pr., art. 172).

Les jugements des tribunaux de commerce sont toujours *exécutoires par provision*, c'est-à-dire nonobstant appel. Seulement l'exécution provisoire a lieu tantôt sans caution, tantôt moyennant caution (v. C. pr., art. 439).

« Les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. » (C. pr. a. 442.) En effet, l'exécution des jugements, c'est-à-dire les voies de contrainte à exercer sur la personne (autrefois) ou sur les biens, pour amener cette exécution, n'ont rien de commercial; au contraire, ces actes ne peuvent présenter que des difficultés dont les juges civils ont à s'occuper à tout moment. — Mais il ne faut pas confondre avec l'exécution des jugements, leur *interprétation*, qui appartient certainement aux mêmes juges que la décision même, car l'explication d'une disposition obscure du jugement est encore une décision donnée sur le fond.

1473. Pour l'*appel*, on rentre dans le droit commun de la compétence des cours d'appel (a. 644).

Quant aux *jugements par défaut*, l'art. 434, C. pr., admet les deux espèces de défaut : le défaut du défendeur et le défaut du

demandeur ou défaut-congé, avec leurs effets ordinaires que nous n'avons pas à examiner.

D'après l'art. 435, C. pr., tout jugement par défaut en matière commerciale doit être signifié par un huissier commis; c'est la règle ordinaire dans le cas où une partie n'a pas constitué avoué (C. pr., art. 156), cas qui se présente toujours en matière commerciale. — De plus, la signification doit, à peine de nullité, contenir élection de domicile dans le lieu où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié; c'est afin de permettre une procédure rapide. — Car, en dernier lieu, le jugement est exécutoire *un jour seulement* après la signification (au lieu de huit en droit commun); mais l'opposition survenue suspendra l'exécution.

1474. Pendant combien de temps peut être faite l'*opposition?* L'art. 643 renvoie aux art. 156, 158, 159 C. pr. civ.; on a jusqu'au moment de l'exécution du jugement (art. 158), et l'art. 159 détermine le moment où le jugement doit être considéré comme exécuté. Mais l'art. 436, C. pr., ne donne que huit jours à partir de la signification. La jurisprudence applique à la fois l'art. 643, C. com., et l'art. 436, C. pr., en distinguant suivant les analogies : — si le défendeur n'a pas comparu devant le tribunal, soit en personne, soit par mandataire spécial; elle applique les règles du défaut contre partie, ou faute de conclure, et l'opposition est possible jusqu'à l'exécution (C. pr., art. 158, visé par l'art. 643, C. comm.); — si, au contraire, le défendeur a comparu, p. ex. pour plaider sur la compétence, mais s'est abstenu de poser des conclusions au fond, elle applique les règles du défaut faute de conclure, et l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine qui suit la signification (C. pr., art. 436) : sans doute, on ne peut pas dire alors qu'il y a défaut contre avoué puisqu'il n'y a pas d'avoué, mais il y a une situation analogue, il y a défaut faute de conclure. — Ce système nous paraît conforme aux dispositions de la loi.

TITRE IV.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES COURS ROYALES.

1475. L'art. 645 donne pour appeler un délai de deux mois à compter de la signification du jugement comme en droit commun.

La fin de l'article permettant d'appeler le jour même du jugement, la loi donne réellement plus de deux mois pour appeler.

La signification qu'exige l'art. 645 serait suffisamment faite au greffe du tribunal dans le cas où il n'y aurait pas eu élection de domicile par les parties (v. art. 422, C. pr.).

Nous nous contentons de rappeler l'abréviation des délais d'appel dans les jugements en matière de faillite (v. art. 582, et n. 960).

V. au surplus les art. 646, 647, 648.

BIBLIOTHÈQUE DES AVOCATS R.F.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

Utilité des études de droit commercial. 1
§ 1er. Rôle social et économique du commerce; caractères généraux de la législation commerciale. 2
§ 2. Origines et rédaction du code de commerce. 4
§ 3. Autres éléments de la législation commerciale 8

LIVRE PREMIER.

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

PARTIE PREMIÈRE.

DES PERSONNES EN DROIT COMMERCIAL.

(A) TITRE PREMIER.

DES COMMERÇANTS.

CHAPITRE Ier. Des actes de commerce 12
Section Ire. Actes commerciaux par leur nature. 13
Section II. Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire. 23
Section III. Actes commerciaux par l'autorité de la loi. 26
CHAPITRE II. Comment on devient commerçant 27
Section Ire. Conditions nécessaires pour être commerçant . . . . . Id.
Section II. Restrictions à la liberté de devenir commerçant 31
CHAPITRE III. Auxiliaires des commerçants. 33
Section Ire. Quels sont les auxiliaires des commerçants. . . . . Id.
Section II. Répartition des bénéfices entre les divers intéressés. . . . 36
CHAPITRE IV. Habilitation des incapables à faire le commerce. 37
Section Ire. Du mineur émancipé. . . . . Id.
Appendice. De la capacité de l'interdit et de celui qui a un conseil judiciaire 46
Section II. De la femme mariée. 47
Appendice. Position de la femme dont le mari fait le commerce 57

(B) TITRE II.

DES LIVRES DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Quels livres on doit tenir et comment 59
CHAPITRE II. Force probante des livres de commerce 67
Section Ire. Preuve en faveur du commerçant . . . . . Id.
Section II. Preuve contre le commerçant 69
Section III. Manière de les consulter 71

(C) TITRE IV.

DES SÉPARATIONS DE BIENS.

CHAPITRE Ier. Publicité à donner au contrat de mariage 74
CHAPITRE II. Publicité de la séparation de biens 78

(D) TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

Généralités 80
Des sociétés commerciales 93
CHAPITRE Ier. De la société en nom collectif 97
Section Ire. Constitution de la société . . . . . Id.
Section II. Gestion de la société 99
CHAPITRE II. De la société en commandite simple ou par intérêts 108
Section Ire. Constitution de la société 109
Section II. Gestion de la commandite 112
CHAPITRE III. Des sociétés par actions en général 126
Section Ire. Définition des sociétés par actions . . . . . Id.
Section II. Constitution du capital dans les sociétés par actions . . . 133
Section III. Réglementations légales communes aux sociétés par actions 145
CHAPITRE IV. De la société en commandite par actions 168
Section Ire. Des gérants 169
Section II. Du conseil de surveillance 172
Section III. Actionnaires-commanditaires 178
Appendice : 1° Actions en justice dans l'intérieur de la société 185
2° Dispositions transitoires 186
CHAPITRE V. De la société anonyme . . . . . Id.
Section Ire. Formation et organisation de la société anonyme 188
Section II. Gestion de la société anonyme 189
Appendice au chapitre V. Règles relatives aux tontines et aux compagnies d'assurances 206
CHAPITRE VI. Des sociétés à capital variable 207

CHAPITRE VII. Formes et publication des sociétés et théorie générale des nullités de sociétés 212
Section Ire. Formes . . . . . Id.
Section II. Publication. 214
Section III. Théorie générale des nullités de sociétés. 218
CHAPITRE VIII. De l'association en participation. 225
CHAPITRE IX. Dissolution, liquidation et partage des sociétés. 231
Section Ire. Dissolution. . . . . Id.
Section II. Liquidation. 235
Section III. Partage 238
Section IV. Prescription 240
Ier Appendice au titre III. Notions sur l'arbitrage forcé. 245
IIe Appendice. Des sociétés étrangères. 246

PARTIE DEUXIÈME.

DES CONTRATS EN DROIT COMMERCIAL.

INTRODUCTION. Conditions générales du mouvement commercial. 249

(A) TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES.

CHAPITRE Ier. De la preuve des obligations commerciales. 255
CHAPITRE II. De la vente commerciale. 263
Section Ire. Application des règles du droit civil. 264
Section II. Usages spéciaux aux ventes commerciales. 270

(B) TITRE VI.

DU GAGE ET DES COMMISSIONNAIRES.

CHAPITRE Ier. Du gage 285
Section Ire. Du gage commercial. . . . . Id.
Section II. Des magasins généraux 294
CHAPITRE II. Du contrat de commission 301
Section Ire. Définition du contrat de commission. . . . . Id.
Section II. Formation et fin du contrat de commission. 305
Section III. Obligations des parties. 308
Section IV. Effets des contrats passés par le commissionnaire avec les tiers 314
Section V. Du privilège du commissionnaire. 317
CHAPITRE III. Du contrat de transport. 319
Section Ire. Formation et preuve du contrat de transport. 320
Section II. Obligations de l'expéditeur et du destinataire. 324
Règles relatives aux compagnies de chemin de fer. 325
Section III. Obligations du voiturier et du commissionnaire. . . . 331

(C) TITRE V.

DES BOURSES DE COMMERCE, AGENTS DE CHANGE ET COURTIERS.

CHAPITRE Ier. Des bourses de marchandises et des courtiers. 344
Section Ire. Tenue de ces bourses. . . . . Id.
Section II. Des courtiers. 345
CHAPITRE II. Des bourses d'effets publics et des agents de change. . . . 353
Section Ire. Opérations qui se font à la bourse. 355
Section II. Des agents de change 374

(D) INTRODUCTION AU TITRE VIII.

DE LA CIRCULATION DES CAPITAUX.

I. De la circulation monétaire 382
II. De la circulation fiduciaire. 384

(E) TITRE VIII.

DE LA LETTRE DE CHANGE, DU BILLET A ORDRE ET DE LA PRESCRIPTION.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. Pratique des changes. 387
CHAPITRE Ier. De la lettre de change 389
Section Ire. Création de la lettre de change 393
§ 1er. Conditions essentielles . . . . . Id.
§ 2. Mentions accidentelles. 400
§ 3. Incapacités en matière de lettres de change. 405
§ 4. Conditions fiscales. 407
Section II. Transmission de la lettre de change. 409
§ 1er. Endossement translatif de propriété 410
§ 2. Endossement de procuration. 415
§ 3. Endossement de garantie. 419
Section III. Garanties du paiement . . . . . Id.
§ 1er. Provision. 420
§ 2. Acceptation 426
§ 3. Aval. 436
§ 4. Solidarité. 437
Section IV. Du paiement et du refus de paiement. 439
§ 1er. Paiement normal. . . . . Id.
§ 2. Refus de paiement et ses conséquences immédiates 444
§ 3. Déchéances du porteur négligent. 454
§ 4. Recours des coobligés entre eux 458
CHAPITRE II. Du billet à ordre 460
CHAPITRE III. De la prescription. 466
(F). APPENDICE Ier AU TITRE VIII. Des chèques 471
(G). APPENDICE II AU TITRE VIII. Du compte-courant. 481

Section Ire. Définition et effets essentiels du compte courant. 482
Section II. Convention originaire du compte courant 484
Section III. Des remises et de leurs effets juridiques 486
Section IV. Fonctionnement du compte. 494
Section V. Clôture du compte. 499
(H). Appendice III au titre VIII. De la convention d'ouverture de crédit 503

LIVRE III.

DES FAILLITES ET BANQUEROUTES.

TITRE PREMIER.

DE LA FAILLITE.

Chapitre Ier, Déclaration de la faillite et ses effets. 510
Section Ire Déclaration de la faillite. . . . . Id.
Section II. Effets du jugement déclaratif. 520
Sous-section I. Effets du jugement déclaratif dans l'avenir. 521
Sous-section II. Effets du jugement déclaratif dans le passé. 538
Chapitre II. — Procédure préparatoire. 551
Section Ire. Personnel de la faillite. . . . . Id.
Section II. Mesures conservatoires. 558
Section III. Mesures préparant la solution. 563
Sous-section Ire, Etablissement de la liste des créanciers et de la quotité de leurs droits. . . . . Id.
Sous-section II. Prélèvements à faire sur la masse 573
§ 1er. Revendications. . . . . Id.
§ 2. Exercice des privilèges et hypothèques. 584
Appendice au chapitre II. Clôture pour insuffisance d'actif. 589
Chapitre III. Solution de la faillite. 591
Section Ire, Du concordat. . . . . Id.
Section II. Du concordat par abandon. 611
Appendice aux sections I et II. Des concordats amiables et des liquidations judiciaires. 613
Section III. De l'union. 614

TITRE II.

DES BANQUEROUTES.

Chapitre Ier. De la banqueroute simple. 623
Chapitre II. De la banqueroute frauduleuse. 624
Chapitre III. Des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis. . . . . Id.
Chapitre IV. De l'administration des biens en cas de banqueroute. . . 627

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.
(p. 628).

LIVRE II.

DU COMMERCE MARITIME.
(p. 633).

(A) TITRE PREMIER.

DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER.

CHAPITRE Ier. État civil des navires 639
CHAPITRE II. Régime de la propriété des navires. 641
§ 1er. Privilèges sur les navires 642
§ 2. Droit de suite des créanciers et son extinction. 648
§ 3. De la vente volontaire des navires. 650
§ 4. De l'hypothèque des navires 651

(B) TITRE I.

DE LA SAISIE ET VENTE DES NAVIRES.
(p. 653)

(C) TITRE III.

DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

CHAPITRE Ier. De la copropriété des navires 654
CHAPITRE II. Contrat d'engagement du capitaine 656
CHAPITRE III. Obligation des propriétaires envers les tiers à raison des faits du capitaine 657

(D) TITRE IV.

DU CAPITAINE.

CHAPITRE Ier. Principe général de la responsabilité du capitaine envers ses mandants 660
CHAPITRE II. Pouvoirs du capitaine 661
CHAPITRE III. Devoirs du capitaine. 66

(E) TITRE V.

DE L'ENGAGEMENT DES MATELOTS ET AUTRES GENS DE L'ÉQUIPAGE.
(p. 665).

(F) TITRE VI.

DES CHARTES-PARTIES, AFFRÈTEMENTS OU NOLISSEMENTS.

CHAPITRE Ier. Formes du contrat d'affrètement. 669
CHAPITRE II. Obligations résultant du contrat d'affrètement. 671

(G) TITRE VII.

DU CONNAISSEMENT.

CHAPITRE Ier. Formes du connaissement. 673
CHAPITRE II. Effets du connaissement. 675
CHAPITRE III. Obligations et pouvoirs du capitaine relativement aux marchandises chargées. 676

(H) TITRE VIII.

DU FRET OU NOLIS.

CHAPITRE Ier. Obligation de payer le fret. 678
CHAPITRE II. Garanties réciproques des parties. 679

(I) TITRE XI.

DES AVARIES.

CHAPITRE Ier. Distinction des avaries communes ou particulières. . . . 683
CHAPITRE II. Règlement des avaries communes, ou contribution. 688
CHAPITRE III. De l'abordage des navires. 691

(J) TITRE XIII.

DU JET ET DE LA CONTRIBUTION.

(p. 693).

(K) TITRE X.

DES ASSURANCES.

CHAPITRE Ier. Du contrat d'assurance, de sa forme et de son objet. . . . 695
Section Ire. Formes du contrat. 696
Section II. Conditions de fond 698
CHAPITRE II. Obligations de l'assureur et de l'assuré 717
Section Ire. Causes de résolution du contrat. . . . . Id.

Section II. Obligation de l'assuré. 719
Section III. Obligations de l'assureur. . . . . Id.
CHAPITRE III. Du délaissement. 726
Section Ire. Cas où le délaissement est possible. 727
Section II. Conditions à remplir par l'assuré pour le délaissement . . 731
Section III. Effets du délaissement 732

(L) TITRE XIII.

DES CONTRATS A LA GROSSE.

CHAPITRE Ier. Formes du contrat. 737
CHAPITRE II. Conditions de fond. 738
CHAPITRE III. Droits du prêteur à la grosse. 739

(M) TITRE XIII.

DES PRESCRIPTIONS.

(p. 743).

(N) TITRE XIV.

FINS DE NON-RECEVOIR.

(p. 745).

LIVRE IV.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

TITRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Etablissement des tribunaux de commerce. 750
CHAPITRE II. Nomination des juges des tribunaux de commerce. 751
CHAPITRE III. Officiers auxiliaires de la juridiction commerciale. 752
CHAPITRE IV. Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce 754

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Compétence *ratione materiæ* des tribunaux de commerce. . 756

CHAPITRE II. Compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce. . 759
CHAPITRE III. Compétence des tribunaux de commerce en premier et dernier ressort 761

TITRE III.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

(p. 762).

TITRE IV.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES COURS ROYALES.

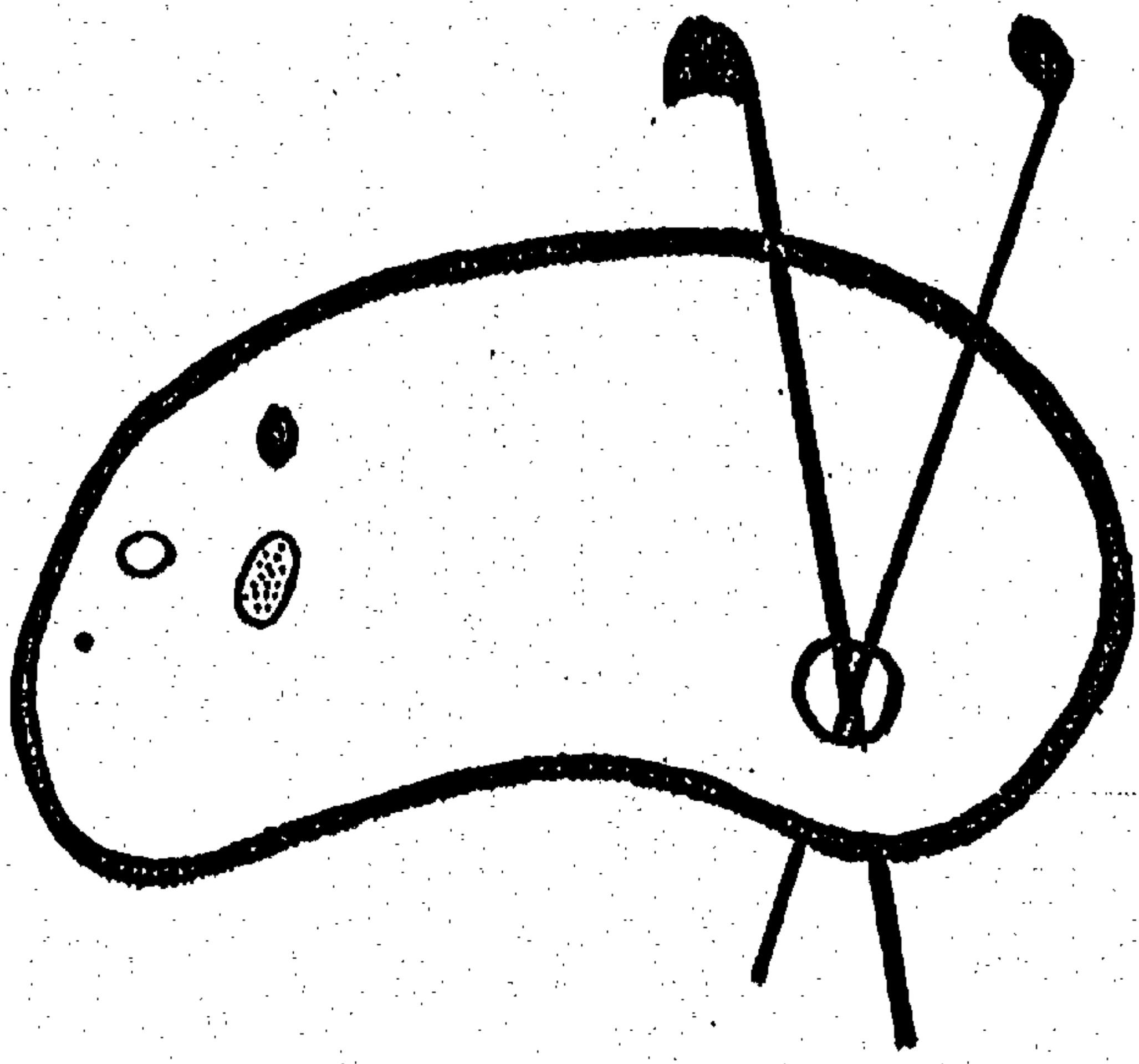
(p. 765).

R.F.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

DESACIDIFIE A SABLE 1993

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — A. PICHAT.



ORIGINAL EN COULEUR
NF Z 43-120-8

TABLE DES MATIERES

Utilité des études de droit commercial
§ 1er. Rôle social et économique du commerce; caractères généraux de la législation commerciale
§ 2. Origines et rédaction du code de commerce
§ 3. Autres éléments de la législation commerciale
INTRODUCTION. LIVRE PREMIER. DU COMMERCE EN GENERAL.
PARTIE PREMIERE. DES PERSONNES EN DROIT COMMERCIAL.
(A) TITRE PREMIER. DES COMMERCANTS.
CHAPITRE Ier. Des actes de commerce
Section Ire. Actes commerciaux par leur nature
Section II. Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire
Section III. Actes commerciaux par l'autorité de la loi
CHAPITRE II. Comment on devient commerçant
Section Ire. Conditions nécessaires pour être commerçant
Section II. Restrictions à la liberté de devenir commerçant
CHAPITRE III. Auxiliaires des commerçants
Section Ire. Quels sont les auxiliaires des commerçants
Section II. Répartition des bénéfices entre les divers intéressés
CHAPITRE IV. Habilitation des incapables à faire le commerce
Section Ire. Du mineur émancipé
Appendice. De la capacité de l'interdit et de celui qui a un conseil judiciaire
Section II. De la femme mariée
Appendice. Position de la femme dont le mari fait le commerce
(B) TITRE II. DES LIVRES DE COMMERCE.
CHAPITRE Ier. Quels livres on doit tenir et comment
CHAPITRE II. Force probante des livres de commerce
Section Ire. Preuve en faveur du commerçant
Section II. Preuve contre le commerçant
Section III. Manière de les consulter
(C) TITRE IV. DES SEPARATIONS DE BIENS.
CHAPITRE Ier. Publicité à donner au contrat de mariage
CHAPITRE II. Publicité de la séparation de biens
(D) TITRE III. DES SOCIETES.
Généralités
Des sociétés commerciales
CHAPITRE Ier. De la société en nom collectif
Section Ire. Constitution de la société
Section II. Gestion de la société
CHAPITRE II. De la société en commandite simple ou par intérêts
Section Ire. Constitution de la société
Section II. Gestion de la commandite
CHAPITRE III. Des sociétés par actions en général
Section Ire. Définition des sociétés par actions
Section II. Constitution du capital dans les sociétés par actions
Section III. Réglementations légales communes aux sociétés par actions
CHAPITRE IV. De la société en commandite par actions
Section Ire. Des gérants
Section II. Du conseil de surveillance
Section III. Actionnaires-commanditaires
Appendice: 1° Actions en justice dans l'intérieur de la société
2° Dispositions transitoires
CHAPITRE V. De la société anonyme
Section Ire. Formation et organisation de la société anonyme
Section II. Gestion de la société anonyme
Appendice au chapitre V. Règles relatives aux tontines et aux compagnies d'assurances
CHAPITRE VI. Des sociétés à capital variable
CHAPITRE VII. Formes et publication des sociétés et théorie générale des nullités de sociétés
Section Ire. Formes
Section II. Publication
Section III. Théorie générale des nullités de sociétés
CHAPITRE VIII. De l'association en participation
CHAPITRE IX. Dissolution, liquidation et partage des sociétés
Section Ire. Dissolution
Section II. Liquidation
Section III. Partage
Section IV. Prescription
Ier Appendice au titre III. Notions sur l'arbitrage forcé
IIe Appendice. Des sociétés étrangères
PARTIE DEUXIEME. DES CONTRATS EN DROIT COMMERCIAL.
INTRODUCTION. Conditions générales du mouvement commercial
(A) TITRE VII. DES ACHATS ET VENTES.

CHAPITRE Ier. De la preuve des obligations commerciales
CHAPITRE II. De la vente commerciale
Section Ire. Application des règles du droit civil
Section II. Usages spéciaux aux ventes commerciales
(B) TITRE VI. DU GAGE ET DES COMMISSIONNAIRES.
CHAPITRE Ier. Du gage
Section Ire. Du gage commercial
Section II. Des magasins généraux
CHAPITRE II. Du contrat de commission
Section Ire. Définition du contrat de commission
Section II. Formation et fin du contrat de commission
Section III. Obligations des parties
Section IV. Effets des contrats passés par le commissionnaire avec les tiers
Section V. Du privilège du commissionnaire
CHAPITRE III. Du contrat de transport
Section Ire. Formation et preuve du contrat de transport
Section II. Obligations de l'expéditeur et du destinataire
Règles relatives aux compagnies de chemin de fer
Section III. Obligations du voiturier et du commissionnaire
(C) TITRE V. DES BOURSES DE COMMERCE, AGENTS DE CHANGE ET COURTIERS.
CHAPITRE Ier. Des bourses de marchandises et des courtiers
Section Ire. Tenue de ces bourses
Section II. Des courtiers
CHAPITRE II. Des bourses d'effets publics et des agents de change
Section Ire. Opérations qui se font à la bourse
Section II. Des agents de change
(D) INTRODUCTION AU TITRE VIII. DE LA CIRCULATION DES CAPITAUX.
I. De la circulation monétaire
II. De la circulation fiduciaire
(E) TITRE VIII. DE LA LETTRE DE CHANGE, DU BILLET A ORDRE ET DE LA PRESCRIPTION.
CHAPITRE PRELIMINAIRE. Pratique des changes
CHAPITRE Ier. De la lettre de change
Section Ire. Création de la lettre de change
§ 1er. Conditions essentielles
§ 2. Mentions accidentelles
§ 3. Incapacités en matière de lettres de change
§ 4. Conditions fiscales
Section II. Transmission de la lettre de change
§ 1er. Endossement translatif de propriété
§ 2. Endossement de procuration
§ 3. Endossement de garantie
Section III. Garanties du paiement
§ 1er. Provision.
§ 2. Acceptation
§ 3. Aval
§ 4. Solidarité
Section IV. Du paiement et du refus de paiement
§ 1er. Paiement normal
§ 2. Refus de paiement et ses conséquences immédiates
§ 3. Déchéances du porteur négligent
§ 4. Recours des coobligés entre eux
CHAPITRE II. Du billet à ordre
CHAPITRE III. De la prescription
(F). APPENDICE Ier AU TITRE VIII. Des chèques
(G). APPENDICE II AU TITRE VIII: Du compte-courant
Section Ire. Définition et effets essentiels du compte courant
Section II. Convention originaire du compte courant
Section III. Des remises et de leurs effets juridiques
Section IV. Fonctionnement du compte
Section V. Clôture du compte
(H). APPENDICE III AU TITRE VIII. De la convention d'ouverture de crédit
LIVRE III. DES FAILLITES ET BANQUEROUTES.
TITRE PREMIER. DE LA FAILLITE.
CHAPITRE Ire. Déclaration de la faillite et ses effets
Section Ire Déclaration de la faillite
Section II. Effets du jugement déclaratif
Sous-section I. Effets du jugement déclaratif dans l'avenir
Sous-section II. Effets du jugement déclaratif dans le passé
CHAPITRE II. - Procédure préparatoire
Section Ire. Personnel de la faillite
Section II. Mesures conservatoires

Section III. Mesures préparant la solution
Sous-section Ire. Etablissement de la liste des créanciers et de la quotité de leurs droits
Sous-section II. Prélèvements à faire sur la masse
§ 1er. Revendications
§ 2. Exercice des privilèges et hypothèques
Appendice au chapitre II. Clôture pour insuffisance d'actif
CHAPITRE III. Solution de la faillite
Section Ire. Du concordat
Section II. Du concordat par abandon
Appendice aux sections I et II. Des concordats amiables et des liquidations judiciaires
Section III. De l'union
TITRE II. DES BANQUEROUTES.
CHAPITRE Ier. De la banqueroute simple
CHAPITRE II. De la banqueroute frauduleuse
CHAPITRE III. Des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis
CHAPITRE IV. De l'administration des biens en cas de banqueroute
TITRE III.
DE LA REHABILITATION. (p.
LIVRE II.
DU COMMERCE MARITIME. (p.
(A) TITRE PREMIER. DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER.
CHAPITRE Ier. Etat civil des navires
CHAPITRE II. Régime de la propriété des navires
§ 1er. Privilèges sur les navires
§ 2. Droit de suite des créanciers et son extinction
§ 3. De la vente volontaire des navires
§ 4. De l'hypothèque des navires
(B) TITRE I.
DE LA SAISIE ET VENTE DES NAVIRES. (p.
(C) TITRE III. DES PROPRIETAIRES DE NAVIRES.
CHAPITRE Ier. De la copropriété des navires
CHAPITRE II. Contrat d'engagement du capitaine
CHAPITRE III. Obligation des propriétaires envers les tiers à raison des faits du capitaine
(D) TITRE IV. DU CAPITAINE.
CHAPITRE Ier. Principe général de la responsabilité du capitaine envers ses mandants
CHAPITRE II. Pouvoirs du capitaine
CHAPITRE III. Devoirs du capitaine
(E) TITRE V.
DE L'ENGAGEMENT DES MATELOTS ET AUTRES GENS DE L'EQUIPAGE. (p.
(F) TITRE VI. DES CHARTES-PARTIES, AFFRETEMENTS OU NOLISSEMENTS.
CHAPITRE Ier. Formes du contrat d'affrètement
CHAPITRE II. Obligations résultant du contrat d'affrètement
(G) TITRE VII. DU CONNAISSEMENT.
CHAPITRE Ier. Formes du connaissement
CHAPITRE II. Effets du connaissement
CHAPITRE III. Obligations et pouvoirs du capitaine relativement aux marchandises chargées
(H) TITRE VIII. DU FRET OU NOLIS.
CHAPITRE Ier. Obligation de payer le fret
CHAPITRE II. Garanties réciproques des parties
(I) TITRE XI. DES AVARIES.
CHAPITRE Ier. Distinction des avaries communes ou particulières
CHAPITRE II. Règlement des avaries communes, ou contribution
CHAPITRE III. De l'abordage des navires
(J) TITRE XIII.
DU JET ET DE LA CONTRIBUTION. (p.
(K) TITRE X. DES ASSURANCES.
CHAPITRE Ier. Du contrat d'assurance, de sa forme et de son objet
Section Ire. Formes du contrat
Section II. Conditions de fond
CHAPITRE II. Obligations de l'assureur et de l'assuré
Section Ire. Causes de résolution du contrat
Section II. Obligation de l'assuré
Section III. Obligations de l'assureur
CHAPITRE III. Du délaissement
Section Ire. Cas où le délaissement est possible
Section II. Conditions à remplir par l'assuré pour le délaissement
Section III. Effets du délaissement
(L) TITRE XIII. DES CONTRATS A LA GROSSE.
CHAPITRE Ier. Formes du contrat
CHAPITRE II. Conditions de fond
CHAPITRE III. Droits du prêteur à la grosse

(M) TITRE XIII.
DES PRESCRIPTIONS. (p.
(N) TITRE XIV.
FINS DE NON-RECEVOIR. (p.
LIVRE IV. DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.
TITRE PREMIER. DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.
CHAPITRE I^er. Etablissement des tribunaux de commerce
CHAPITRE II. Nomination des juges des tribunaux de commerce
CHAPITRE III. Officiers auxiliaires de la juridiction commerciale
CHAPITRE IV. Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce
TITRE II. DE LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.
CHAPITRE I^er. Compétence *ratione materiae* des tribunaux de commerce
CHAPITRE II. Compétence *ratione personae* des tribunaux de commerce
CHAPITRE III. Compétence des tribunaux de commerce en premier et dernier ressort
TITRE III.
DE LA FORME DE PROCEDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE. (p.
TITRE IV.
DE LA FORME DE PROCEDER DEVANT LES COURS ROYALES. (p.
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.