Manuel de droit commercial, spécialement destiné aux étudiants des Facultés de droit, par Ch. Lyon-Caen et L. [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Renault, Louis (1843-1918),Lyon-Caen, Charles (1843-1935). Manuel de droit commercial, spécialement destiné aux étudiants des Facultés de droit, par Ch. Lyon-Caen et L. Renault,.... 1910.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Collection Ch. Lyon-Caen

DÉPOT LÉGAL
Rhône
64
1910

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
IMPRIMÉS

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut
Doyen de la Faculté de Droit de Paris
Professeur à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

DIXIÈME ÉDITION

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1910

Tous droits réservés

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

Chaque exemplaire doit porter la signature de l'un des auteurs et celle de l'editeur.

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.
IMPRIMÉS.

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut
Doyen de la Faculté de Droit de Paris
Professeur à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

DIXIÈME ÉDITION

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1910

Tous droits réservés

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE

INTRODUCTION.

I. — Du Commerce et du Droit commercial.

1. *Place du Droit commercial dans l'ensemble de la législation.* — Le Droit commercial est une branche du Droit privé (1).

D'après une division très ancienne, déjà faite par les Romains, le Droit se divise en *Droit public* et en *Droit privé* (2).

Le *Droit public* comprend l'ensemble des règles qui organisent les pouvoirs publics et qui régissent les rapports de ces pouvoirs avec les particuliers. Le Droit privé, au contraire, concerne les rapports des particuliers entre eux ; ces rapports sont très variés.

Le *Droit privé* se subdivise en *Droit civil* et en *Droit commercial*.

Le *Droit civil* règle les rapports des individus entre eux, sans tenir compte de la nature de leur profession. Le *Droit commercial* est destiné à régir spécialement les rapports que l'exercice du commerce fait naître entre les particuliers.

Le Droit civil est souvent qualifié de droit commun ; il s'applique, en principe, à tous les actes et à toutes les personnes. Le Droit civil est aussi appelé, dans un autre sens, droit *commun* par opposition au Droit commercial (n° 13). Le Droit commercial est, au contraire, qualifié fréquemment de droit *spécial*, parce qu'il n'est fait que pour le commerce.

Il résulte de ce que le Droit commercial est considéré comme une branche du Droit privé, qu'on ne range pas dans le Droit commercial les règles légales concernant les rapports des Etats entre eux ou de l'Etat avec les particuliers se rattachant à l'exercice du commerce [lois douanières, lois relatives aux institutions publiques ou aux fonctionnaires chargés de représenter et de défendre les intérêts du commerce (chambres de commerce, consuls, etc.)]. Mais, en matière de commerce comme en toutes autres, la distinction entre ce qui fait partie du Droit privé et ce qui appartient au Droit public n'est pas toujours parfaite-

(1) V. la note 1 de la page 2.
(2) *Institutes* de Justinien, l. I, § 4.

ment nette. Ainsi, le Code de commerce français, qui est un Code de Droit privé, s'occupe de l'organisation des tribunaux de commerce, matière comprise dans l'organisation judiciaire qui fait partie du Droit public (1).

2. *Définition du commerce.* — Ce mot n'a pas le même sens dans la langue du droit et dans la langue de l'économie politique.

Au point de vue économique, le commerce est une branche de l'*industrie*, qui est l'ensemble des travaux de l'homme, appliqués à la matière. On a proposé des divisions très diverses de l'industrie entendue en ce sens large ; la plus simple et la plus usuelle est celle de J.-B. Say. Elle consiste à distinguer :

L'*industrie agricole* ou *extractive* : elle comprend tous les travaux à l'aide desquels on extrait du sol ou l'on prend dans la nature les matières premières avec ou sans culture (agriculture, exploitation des mines, pêche, chasse, etc.).

L'*industrie manufacturière* : elle a pour objet la transformation des matières premières, dans le but de les approprier aux besoins des hommes ;

L'*industrie commerciale* ou le *commerce* : elle a pour but de mettre les choses à la portée de ceux qui veulent s'en servir, en servant d'intermédiaire entre les producteurs et les consommateurs, ou en les transportant même au besoin dans les lieux où elles sont utiles aux consommateurs.

Dans l'usage, le mot *industrie* employé seul désigne souvent l'industrie manufacturière.

Au surplus, cette classification n'est faite que pour la commodité du langage. Les diverses branches de l'industrie ne sont pas toujours nettement séparées ; souvent, c'est le commerçant qui transforme lui-même les matières premières avant de les livrer à la consommation ; souvent aussi, l'agriculteur se livre à l'industrie manufacturière en transformant les produits de ses terres, par exemple les betteraves en sucre

3. Dans le sens de nos Codes, le mot *commerce* comprend à peu

(1) On peut donner au Droit commercial proprement dit le nom de *Droit commercial privé* qui comprend les règles et les conflits de lois en matière commerciale et y opposer le *Droit commercial international* (règles relatives aux droits de douane, aux attributions des consuls en pays étranger, etc.); le *Droit commercial public* ou *administratif* (chambre de commerce, restrictions à la liberté de faire le commerce, réglementation de certaines professions, etc.); le *Droit commercial pénal* (dispositions édictant des peines contre certains délits se rattachant aux sociétés par actions, contre le faux en écriture de commerce, contre les détournements au préjudice des créanciers, etc).

près ce qu'on entend par industrie commerciale et par industrie manufacturière dans la langue économique. Aussi peut-on dire d'une façon générale qu'au point de vue de nos lois, le commerce est l'ensemble des opérations ayant pour but de réaliser des bénéfices en spéculant sur la transformation des matières premières, sur la circulation des matières premières ou des produits manufacturés, sur leur transport ou leur échange.

Le *Droit commercial* est l'ensemble des règles juridiques applicables à ces opérations et aux personnes qui font profession de s'y livrer.

4. *Motifs de la distinction entre le Droit civil et le Droit commercial.* — L'existence d'un Droit commercial distinct du Droit civil se justifie par des raisons multiples, dont les principales sont les suivantes :

a) Il y a des institutions publiques ou privées qui sont particulières au commerce, telles que les Bourses, les Banques, les Magasins généraux, etc. Des règles spéciales régissent les opérations qui se font dans les bourses, qui se rattachent aux banques, qui ont pour objet les marchandises déposées dans les magasins généraux.

b) Dans la vie ordinaire, les opérations juridiques importantes sont assez rares pour la même personne. Aussi a-t-on le temps, en général, de remplir sans inconvénient toutes les formalités, parfois un peu compliquées, que la loi exige. Au contraire, les opérations commerciales sont nombreuses et se renouvellent très souvent dans un court laps de temps pour les mêmes individus. Il faut que chacune d'elles puisse se faire avec célérité et sans occasionner de grands frais. Aussi, pour ne pas gêner le commerce dans son libre développement, a-t-on dû déroger, en ce qui concerne les opérations commerciales, à des règles du Droit civil. Par exemple, le Code civil exige qu'il soit dressé un écrit pour constater toute convention dont l'objet dépasse 150 francs ; au-dessus de cette somme, il exclut la preuve testimoniale (art. 1341, C. civ.) et les présomptions de fait (art. 1353, C. civ.) ; de plus, cet écrit doit quelquefois être fait dans des formes spéciales (Cf. art. 1325 et 1326, C. civ.). La confection d'un écrit est une cause de perte de temps et de frais. Aussi, pour les opérations commerciales, la loi n'exige pas, en principe, d'écrit et admet qu'elles peuvent être prouvées par tous les moyens (art. 109, C. com. ; art. 1341, 2e alin , C. civ.). V. nos 384 et suivants.

c) Il importe au plus haut point que les engagements commerciaux soient fidèlement tenus. Les commerçants ayant entre eux de nombreuses relations, si l'un d'eux manque à ses obligations, beaucoup d'autres peuvent en souffrir et se trouver, par contre-coup, dans l'impossibilité d'acquitter les leurs. Pour assurer l'exécution ponctuelle

des engagements commerciaux, la loi a pris des mesures spéciales. Ainsi, avant la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale, opérée par la loi du 22 juillet 1867, cette voie d'exécution rigoureuse était admise plus facilement en matière commerciale qu'en matière civile (nº 18). C'est dans ce but aussi qu'ont été organisées la *liquidation judiciaire* et la *faillite* qui, en France et dans quelques autres pays (*Belgique*, *Italie*, etc.), sont des institutions spéciales aux commerçants, et que leur a été imposée l'obligation de tenir des livres.

La nécessité d'un Droit commercial distinct du Droit civil n'a pas, du reste, été sentie de tout temps, elle ne l'a pas été notamment par les Romains, et cette distinction n'est pas admise dans tous les pays (1). On n'en a compris l'utilité qu'à partir du jour où le commerce a acquis un certain développement et l'existence d'un Droit commercial distinct du Droit civil devient moins utile à mesure que les règles du Droit civil tendent à être plus simples et moins formalistes. On peut constater, du reste, que beaucoup de règles, admises tout d'abord seulement en matière commerciale, acquièrent peu à peu une portée générale.

5. *Du droit industriel.* — On rapproche souvent du Droit *commercial* le Droit *industriel*. Sous cette expression on désigne généralement l'ensemble des dispositions légales réglant les rapports de l'industrie manufacturière ou du commerce avec les particuliers ou avec l'Etat et apportant des restrictions à la liberté du travail en organisant des monopoles ou en conférant à l'autorité publique un droit de surveillance ou de contrôle sur l'exercice d'une industrie. Dans le Droit industriel rentrent notamment les lois sur *les mines*, sur *la propriété industrielle* (*brevets d'invention*, *dessins et modèles de fabrique* (ou *industriels*), *marques de fabrique et de commerce*, *nom commercial*), sur *les chemins de fer*, sur *la condition des ouvriers* (*apprentissage*, *travail des enfants et des femmes dans les manufactures*, *responsabilité des patrons à raison des accidents dont les ouvriers sont victimes*, etc.). On peut, du reste, faire rentrer la plupart de ces matières dans le Droit administratif, dans le Droit civil ou dans le Droit commercial (2).

(1) Il est à remarquer que des pays très commerçants, comme l'*Angleterre* et les *Etats-Unis d'Amérique*, ne connaissent pas la distinction. Il en est de même de la *Suisse* ; le Code fédéral *suisse* des Obligations de 1881 a une portée générale.

(2) Tout ce qui concerne la propriété industrielle peut être placé dans le Droit commercial. Aussi cette matière est-elle parfois enseignée dans les cours de Droit *commercial* complémentaires qui existent dans nos Facultés de Droit.

II. — **Histoire et sources actuelles du Droit commercial** (1).

6. On peut distinguer, dans l'histoire du Droit commercial français, quatre grandes périodes : la *première*, comprenant l'antiquité ; la *seconde*, le moyen âge et les temps modernes jusqu'à Louis XIV ; la *troisième* allant des grandes Ordonnances de Louis XIV à la confection de notre Code de commerce de 1807 ; la *quatrième*, enfin, qui est la période où nous nous trouvons ; elle part de la mise en vigueur du Code de 1807, qui a eu lieu le 1er janvier 1808.

7. 1° *Antiquité.* — Il y a eu dans l'antiquité des peuples très commerçants, tels que les Phéniciens, les Grecs, les Carthaginois ; Tyr, Sidon, Rhodes, célèbre par ses lois maritimes, Marseille, ont été de très importantes places de commerce. Il n'est resté que de rares documents sur le Droit commercial de ces peuples ou de ces villes.

Les Romains se sont peu préoccupés du commerce qu'ils laissaient aux peuples vaincus et aux esclaves ; ils ne paraissent pas avoir admis l'existence d'un Droit commercial distinct du Droit privé ordinaire. On ne trouve dans les textes des lois romaines qu'un nombre relativement restreint de dispositions concernant le commerce et elles sont, pour la plupart, spéciales au commerce de mer. On peut mentionner les textes concernant le *nauticum fœnus* (prêt à la grosse), les règles sur le jet maritime et les avaries communes, empruntées à la loi des Rhodiens (*lex rhodia de jactu*), et les effets que le commerce terrestre et maritime, pratiqué par des esclaves pour le compte de leurs maîtres, produisait à l'égard de ceux-ci (action *institoria* et action *exercitoria*).

8. 2° *Moyen âge et temps modernes jusqu'à Louis XIV.* — L'origine de notre Droit commercial se place, en réalité, au moyen âge. Le développement du commerce fut favorisé particulièrement par les Croisades et par les grandes découvertes faites au début des temps modernes.

Le Droit commercial fut d'abord exclusivement coutumier ; il était composé d'usages ou de coutumes établis entre les commerçants (*consuetudo* ou *stylus mercatorum*). La plupart de ces coutumes se sont formées en Italie, dans les villes où le commerce avait acquis une grande prospérité. De l'Italie ces coutumes se répandirent dans les autres pays, grâce surtout à l'habitude qu'avaient les Italiens (désignés le plus souvent sous le nom de *Lombards*) de se rendre dans les grandes foires qui servaient souvent de rendez-vous aux vendeurs et aux ache-

(1) Consulter Huvelin, *L'histoire du Droit commercial (conception générale, état actuel des études)* (1904).

teurs des pays les plus éloignés (1). Cette origine commune du Droit commercial de toutes les nations a contribué, avec la similitude des besoins auxquels il a fallu donner satisfaction, à établir entre les lois commerciales des divers peuples de grands rapports de ressemblance.

Les relations commerciales se multipliant et augmentant d'importance, on songea soit à constater par écrit les coutumes commerciales, soit même à poser des règles écrites pour éviter les difficultés que présente toujours la constatation de simples coutumes. C'est pour le commerce de mer que le besoin de fixité s'est d'abord fait sentir : plusieurs recueils de Droit maritime nous sont parvenus. Ce sont principalement le *Consulat de la mer*, les *Jugements* ou *Rôles d'Oléron*, le *Guidon de la mer*.

Le *Consulat de la mer* constate des règles du Droit maritime en vigueur dans la Méditerranée. Ce titre lui est venu du nom de *consuls* donné depuis très longtemps aux juges de commerce (2). Ce recueil fut composé à une date très incertaine, entre le XI^e^ et le XIV^e^ siècle. Il fut publié, soit à Marseille, soit plus probablement à Barcelone ; il était écrit en langue catalane (3). C'est sans doute un coutumier ; on y trouve des définitions, des exemples et des raisonnements qui lui donnent le caractère d'une œuvre doctrinale.

Le Droit maritime en vigueur dans l Océan trouva sa formule dans les *Jugements* ou *Rôles d'Oléron*. Ce recueil ne paraît pas être non plus émané d'une autorité souveraine ; c'est sans doute l'œuvre d'un praticien inconnu. Il remonte au moins au XII^e^ ou au XIII^e^ siècle (4). Il constate la jurisprudence sur un grand nombre de questions. Le titre de ce recueil s'explique aisément. Le nom de *Jugements* vient de ce qu'il constate la jurisprudence ; celui de *Rôles*, de l'ancien usage consistant à rouler les manuscrits autour d'un cylindre ; enfin, le nom d'Oléron s'explique peut-être par le fait qu'une ancienne copie fut certifiée par un notaire ou greffier de cette île ; on ignore le lieu où il fut composé. Ce recueil eut une grande autorité dans l'Océan : plusieurs peuples l'adoptèrent ou le reproduisirent avec quelques modifications seulement.

Un troisième grand monument du Droit maritime est le *Guidon de la mer* (5). Il fut rédigé à Rouen, au XVI^e^ siècle, par un auteur dont le

(1) V. Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897.

(2) On appelle encore aujourd'hui parfois juridiction *consulaire* la juridiction commerciale. V. n° 1348.

(3) V. sur le *Consulat de la mer*, Arth. Desjardins, *Introduction historique à l'étude du Droit commercial maritime*, p. 60 et suiv.

(4) V. Sur les *Rôles d'Oléron*, Arth Desjardins, *op. cit.*, p 38 et suiv.

(5) Arth. Desjardins, *op. cit.*, p. 125 et suiv.

nom ne nous est pas parvenu. Il s'occupe notamment du contrat d'assurance maritime que les deux recueils précédents ont passé sous silence, sans doute parce que ce contrat si répandu et si utile, qui a donné l'idée des assurances s'appliquant à d'autres risques que les risques de mer, était inconnu lors de la confection des *Rôles d'Oléron* et du *Consulat de la mer*.

A partir du XVIe siècle, les gouvernements comprirent mieux l'importance du commerce pour la prospérité des nations et l'utilité d'un Droit spécial à cette branche de l'activité humaine. Si toutes les mesures prises pour favoriser son développement ne furent pas bonnes, du moins, les actes législatifs le concernant devinrent très nombreux. On peut citer beaucoup d'Ordonnances relatives au commerce. L'une des plus importantes fut celle de 1563 rendue par Charles IX, à l'instigation du Chancelier de l'Hospital ; elle créa à Paris la *Juridiction consulaire* (c'est-à-dire commerciale) (1). Mais, jusqu'à Louis XIV, les Ordonnances ne furent jamais relatives qu'à des matières ou à des questions restreintes ; le Droit commercial demeura donc en grande partie un Droit coutumier.

9. 3° *Des Ordonnances de Louis XIV à la confection du Code de commerce.* — Sous Louis XIV, s'est produit un mouvement législatif considérable. Colbert donna au commerce de terre et de mer et à l'industrie une vigoureuse impulsion. Il fit rendre à ce sujet de nombreuses Ordonnances ; les deux plus importantes sont l'Ordonnance de 1673, sur le commerce et l'Ordonnance de 1681, sur la marine. Par leur étendue et l'importance des matières qui y sont renfermées, elles constituent de véritables Codes.

L'Ordonnance de 1673 est relative au commerce de terre ; elle traite des sociétés, des lettres de change, des faillites, etc. Elle fut précédée d'une enquête faite auprès des principaux commerçants Jacques Savary, ancien négociant (2), fut chargé de la rédiger définitivement ; aussi l'appelait-on quelquefois *Code Savary* ou *Code marchand*. Elle a été commentée par Jousse, par Bornier et par Boutaric. Pothier en a donné des commentaires partiels dans ses traités des *Sociétés* et du *Contrat de change*.

L'Ordonnance de 1681 sur la marine est la plus parfaite des Ordonnances de Louis XIV. Elle traite à la fois du Droit maritime privé ou Droit commercial maritime, du Droit maritime international et du Droit maritime public administratif. Elle fut préparée par une enquête dans les

(1) V. note 2 de la page 6.

(2) Jacques Savary est l'auteur d'un ouvrage célèbre, *Le Parfait Négociant*, dont la première édition parut en 1675.

ports. On ignore le nom de son rédacteur. Elle a exercé une influence considérable sur la législation maritime de tous les pays et a été l'objet de commentaires d'une grande valeur dont l'autorité est encore considérable. *Valin*, avocat et procureur du roi à l'amirauté de La Rochelle, en a donné un commentaire exégétique. La partie relative aux assurances et au prêt à la grosse a été l'objet d'un traité fameux d'*Emérigon*, avocat au Parlement de Provence et juge à l'amirauté de Marseille. Pothier a laissé aussi des traités du *Contrat d'assurance*, du *Prêt à la grosse*, des *Louages maritimes*.

10. 4° *Histoire de la confection du Code de commerce de 1807.* — Il y avait des lacunes à combler dans les deux grandes Ordonnances et elles avaient été modifiées par de nombreuses dispositions législatives qui rendaient le Droit commercial quelque peu obscur.

En 1787, une commission, dont les travaux furent mis de côté par suite de la gravité des événements politiques qui survinrent, fut chargée de reviser la législation commerciale : l'idée ne devait être reprise qu'après la Révolution de 1789. L'Assemblée constituante décréta qu'il serait fait un Code civil et un Code de commerce ; mais ce décret resta longtemps sans exécution. Un arrêté consulaire du 3 avril 1801 (13 germinal an IX) nomma une commission de sept membres chargée de rédiger un projet de Code de commerce. Le 4 décembre 1801, le projet achevé fut présenté au Gouvernement par Chaptal, alors ministre de l'Intérieur ; il fut adressé au Tribunal de cassation, aux tribunaux d'appel, aux tribunaux et aux Conseils de commerce, pour provoquer leurs observations. Le projet, amendé d'après ces observations, fut soumis au Conseil d'Etat, mais n'y fut pas mis en discussion. — Une crise financière éclata en 1806 et amena des faillites scandaleuses qui prouvèrent l'utilité d'une modification de la législation. L'étude du projet fut alors reprise au Conseil d'Etat et terminée en 61 séances (du 4 novembre 1806 au 29 août 1807). Le texte ainsi arrêté fut transformé en loi suivant la même marche que pour la confection du Code civil (communication officieuse au Tribunat, observations de la Section de législation du Tribunat au Conseil d'Etat, présentation au Corps législatif, communication officielle au Tribunat, qui proposait l'adoption ou le rejet, discussion devant le Corps législatif, qui votait, sans que ses membres pussent prendre la parole). — Il y eut cinq lois distinctes qui sont devenues exécutoires en même temps le 1er janvier 1808 et qui forment le Code de commerce français. La loi du 15 septembre 1807, qui a fixé la date de la mise en vigueur du nouveau Code, a abrogé expressément les lois anciennes, touchant les matières sur lesquelles le Code a statué. Il y a encore d'anciennes lois commerciales en vigueur, ce sont celles qui s'occupent de matières non traitées dans le Code de

1807. Ainsi, un certain nombre de dispositions de l'Ordonnance de 1684 sont encore appliquées, et il en est de même de quelques dispositions légales de la période intermédiaire.

Une nouvelle édition officielle du Code de commerce a été promulguée en 1841 ; il n'y en a point eu depuis.

11. Le Code de commerce comprend 648 articles, répartis en quatre livres subdivisés en titres. Livre I. *Du commerce en général* (commerçants, livres de commerce, sociétés, publicité du régime matrimonial des commerçants, bourses de commerce, gage et commissionnaires, achats et ventes, lettres de change et billets à ordre), articles 1 à 189. — Livre II. *Du commerce maritime*, articles 190 à 436. — Livre III. *Des faillites et banqueroutes*, articles 437 à 614. — Livre IV. *De la juridiction commerciale*, articles 615 à 648.

Les rédacteurs du Code de commerce ont emprunté la plupart des dispositions dont il se compose à l'Ordonnance de 1673 et à celle de 1681. Cependant, depuis 1807, le commerce a subi des transformations considérables et s'est beaucoup développé, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur, par suite de la facilité et de la rapidité croissante des communications. Puis, grâce à l'heureuse influence de la science économique qui a posé les lois des échanges, les idées relatives aux rapports du Gouvernement avec le commerce se sont profondément modifiées. Aussi, bien que le Code de 1807 n'ait pas été revisé d'une façon complète, de nombreuses lois y ont fait des modifications ou des additions. Malgré cela, le Code de commerce français a, en beaucoup de parties, cessé d'être au courant des besoins du commerce et on peut y signaler de graves lacunes. Ainsi, il ne traite ni des ventes commerciales, ni du compte-courant ; des opérations importantes, comme les assurances terrestres (assurances contre l'incendie, contre les accidents, sur la vie) (1), qui se rattachent, par beaucoup de côtés, au Droit commercial, n'y sont même pas mentionnées.

12. *Lois commerciales postérieures à 1807.* — Quelques lois ont complété ou modifié, soit le Code de 1807 (et les dispositions de plusieurs y ont été insérées), soit des parties de la législation commerciale étrangères à ce Code. Voici les principales de ces lois :

La loi du 28 mai 1838 a remplacé complètement le livre III, consacré aux *faillites et banqueroutes*. Elle a été elle-même modifiée par la loi du 4 mars 1889, qui a introduit le système de la *liquidation judi-*

(1) Un projet de loi sur les assurances non maritimes a été déposé à la Chambre des députés, une première fois, le 12 juillet 1904, une seconde fois le 12 juillet 1906. Le rapport sur ce projet, dû à M. Chastenet, a été déposé le 18 février 1907.

ciaire (1) et par la loi du 30 décembre 1903 relative à la *réhabilitation*.

Deux lois du 17 juillet 1856 ont, l'une abrogé les articles 51 à 63, C. com., qui établissaient l'*arbitrage forcé* pour les contestations entre associés ; l'autre introduit dans l'article 541, C. com , des dispositions sur les *concordats par abandon d'actif* en matière de faillite.

La loi du 23 mai 1863 a modifié le titre VI du livre I (articles 91 et suiv.), pour y insérer des dispositions sur le *gage commercial* et régler à nouveau *le privilège du commissionnaire*.

Deux lois du 28 mai 1858 sont relatives, l'une (modifiée par une loi du 31 août 1870), aux *négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux*, l'autre à *la vente publique des marchandises aux enchères et en gros*.

La loi du 18 juillet 1866 a supprimé le monopole des *courtiers de marchandises* et a ainsi modifié des dispositions du titre V du livre I, consacré aux *Bourses de commerce* (articles 71 et suiv.).

La matière des *sociétés* a fait l'objet de plusieurs lois dont quelques-unes ne sont plus en vigueur. Il y a eu la loi du 17 juillet 1856 sur les *sociétés en commandite par actions*, la loi du 23 mai 1863 sur les *sociétés à responsabilité limitée*. La loi du 24 juillet 1867 sur les *sociétés* a abrogé les deux précédentes, en même temps que diverses dispositions du Code de commerce ; elle a réglementé à nouveau les sociétés anonymes et les commandites par actions, s'est occupée des sociétés à capital variable, laissées jusqu'alors de côté par nos lois, et a posé quelques règles communes à toutes les sociétés La loi du 24 juillet 1867 a été modifiée sur plusieurs points importants par les lois du 1er août 1893 et du 16 novembre 1903 (2). Les lois du 9 avril 1898, du 17 mars 1905 et du 19 décembre 1907 ont soumis à un régime spécial de surveillance et de contrôle les sociétés d'assurances contre les accidents du travail, les sociétés d'assurances sur la vie ainsi que toutes les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine, les sociétés de capitalisation.

La loi du 12 juin 1865 a réglé la matière des *chèques*. Elle a été complétée par la loi du 19 février 1874.

La loi du 14 juin 1866 a consacré certains *usages commerciaux* en matière de ventes.

La loi du 22 juillet 1867 a supprimé la *contrainte par corps*, qui était

(1) Cette loi (art. 5) a été modifiée ou interprétée sur un point spécial par une loi du 4 avril 1890. V. n° 1300.

(2) Un projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867 a été présenté à la Chambre des députés, une première fois le 3 avril 1903, une seconde fois le 18 juin 1906. Le rapport dû à M. Chastenet a été déposé le 29 février 1904.

de droit en matière commerciale pour toutes dettes de 200 francs au moins.

La loi du 8 décembre 1883 a réglé l'*élection des juges consulaires* ou juges des tribunaux de commerce. Elle a été modifiée par la loi du 23 janvier 1898 conférant aux femmes commerçantes le droit d'élire les juges aux tribunaux de commerce et par la loi du 17 juillet 1908 *prolongeant le mandat des juges consulaires*.

Il faut encore mentionner :

La loi du 25 juin 1841 sur les ventes de marchandises, complétée par une loi du 30 décembre 1906 sur les ventes au déballage ;

La loi du 30 mai 1857 sur la condition en France des sociétés belges et des sociétés étrangères en général ;

La loi du 28 mars 1885 sur les *marchés à terme* et *à livrer* ; puis le décret du 7 octobre 1890 rendu en exécution de l'article 90, C. com., et de la loi du 28 mars 1885 ;

La loi du 10 juillet 1885 sur l'*hypothèque maritime*, remplaçant la loi du 10 décembre 1874 relative au même objet ;

La loi du 12 août 1885, modifiant plusieurs dispositions du livre II du Code de commerce concernant le *commerce maritime* ;

La loi du 12 janvier 1886, qui admet la liberté du taux de l'intérêt en matière de commerce ;

La loi du 11 avril 1888 modifiant les articles 105 et 108, C. com., relatifs à la fin de non-recevoir et aux prescriptions en matière de *transport par terre et par eau* :

La loi du 10 mars 1891, sur les *accidents et collisions en mer* ;

La loi du 24 mars 1891, relative à la prescription des actions en indemnité en cas d'abordage maritime, qui abroge l'article 435, 3e paragraphe, et modifie l'article 436, C com. ;

La loi du 7 juin 1894, ayant pour objet de modifier les articles 110, 112 et 632, C. com., qui supprime notamment la nécessité de la remise de place en place en matière de lettres de change ;

La loi du 5 novembre 1894 (modifiée par une loi du 14 janvier 1908), relative à la création de *sociétés de crédit agricole* et la loi du 31 mars 1899 sur les caisses régionales de crédit agricole mutuel.

La loi du 14 décembre 1897, ajoutant à l'article 407, C. com., des dispositions comprenant des règles spéciales de compétence relative (*ratione personæ*) en matière d'abordage maritime.

Les lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908 relatives *à la réhabilitation des faillis*.

La loi du 17 mars 1905 modifiant l'article 103, C. com., relatif à la responsabilité des voituriers.

Il faut encore citer comme ayant un lien plus ou moins étroit avec les matières commerciales :

La loi du 15 juin 1872 sur les *titres au porteur*, modifiée par une loi du 8 février 1902 ;

La loi du 5 mars 1895, supprimant la dispense de la *caution judicatum solvi* dans les procès commerciaux ;

La loi du 9 avril 1898 relative aux *Chambres de commerce et aux Chambres consultatives des arts et manufactures* ;

La loi du 12 mars 1900, ayant pour objet de réprimer les abus commis en matière de ventes à crédit de valeurs de bourse ;

La loi du 7 avril 1900, sur le taux de l'intérêt légal et sur le cours des intérêts moratoires;

La loi du 23 avril 1906 relative à la création de *sociétés de crédit maritime* et la loi du 18 juin 1909 sur le *crédit maritime*, qui est relative aux caisses régionales de crédit maritime ;

La loi du 27 mars 1907 concernant les *Conseils de prud'hommes*, modifiée par la loi du 15 novembre 1908 *conférant aux femmes l'éligibilité aux conseils de prud'hommes* ;

La loi du 17 avril 1907 concernant *la sécurité de la navigation maritime et la réglementation du travail à bord des navires de commerce* ;

La loi du 13 juillet 1907 relative *au libre salaire de la femme mariée* qui s'applique notamment à la femme commerçante ;

La loi du 19 février 1908 relative à l'*élection des chambres de commerce et des chambres consultatives des arts et manufactures* ;

La loi du 17 mars 1909 relative *à la vente et au nantissement des fonds de commerce.*

13. *Droit civil. Usages commerciaux.* — Le Code de commerce et les lois qui s'y rattachent sont loin de résoudre toutes les questions importantes, et des lacunes graves s'y rencontrent, des matières complètes y sont passées sous silence. Ainsi, ni le Code de commerce ni aucune loi s'y rattachant ne réglemente d'une façon complète la vente commerciale, ne s'occupe des assurances non maritimes (1), ne détermine le mode d'évaluation des dommages-intérêts dus pour inexécution d'une obligation, ne fixe la manière de constituer un débiteur en demeure, n'indique les causes de dissolution des sociétés de commerce, etc. Comment résoudre ces questions, comment combler ces lacunes ? Il faut recourir pour cela au *Droit civil* ou aux *usages.*

Aucune disposition expresse de nos lois n'autorise d une façon géné-

(1) Il est traité des assurances maritimes dans le livre II du Code de commerce (art. 332 à 396). V. note 1 de la page 9.

rale à combler les lacunes du Code de commerce à l'aide des dispositions du Code civil. Mais le Droit commercial est, par rapport au Droit civil, qui constitue le droit commun, un droit exceptionnel ; là où il n'existe pas d'exception, c'est au Droit civil formant la règle qu'on doit se référer. Plusieurs dispositions du Code civil et du Code de commerce impliquent qu'il en doit être ainsi. Les articles 18, C. com., et 1873, C. civ., déclarent les lois civiles applicables aux sociétés de commerce dans le silence des lois commerciales ; on ne voit pas pourquoi cette règle serait restreinte aux sociétés et ne s'appliquerait point aux autres contrats commerciaux, comme la vente, le prêt, etc. La même idée se retrouve dans plusieurs dispositions du Code civil, qui, en réservant les règles particulières au commerce, impliquent qu'à défaut de cette réserve les règles du Code civil doivent être appliquées. V. articles 1107, 1153, 1341, 2084, C. civ. Du reste, si l'on n'adoptait pas cette opinion, on tomberait dans l'arbitraire ; on en arriverait à n'admettre, comme ont proposé de le faire certains auteurs, les règles du Code civil pour remplir les lacunes des lois commerciales qu'autant qu'elles sont conformes à l'équité et aux besoins du commerce.

Le Code civil ne doit pas être seul consulté. Les usages du commerce peuvent aussi servir à combler les lacunes des lois commerciales. L'article 1873, C. civ., vise les usages pour les sociétés : il n'y a pas de raison pour ne pas étendre cette règle à tous les contrats commerciaux. Du reste, même dans les matières civiles, la loi tient compte des usages (art. 1135, 1159, 1160, C. civ.). L'usage fait loi, parce qu'il y a lieu de présumer que les parties ont entendu s'y référer. C'est surtout par des actes répétés et extérieurs comme ceux du commerce, que se forment des usages faciles à constater. Les usages sont ainsi plus nombreux et ont une plus grande importance en matière commerciale qu'en matière civile.

Les usages peuvent servir à compléter la loi commerciale et figurent, en conséquence, parmi les sources du Droit commercial. Peuvent-ils avoir pour effet d'abroger la loi lorsqu'ils sont contraires à ses dispositions ? La force de l'usage dérive de la volonté présumée des parties, aussi ne peut-elle exister là où la volonté expresse des particuliers ne peut avoir aucune prise. Par suite, l'usage contraire à la loi peut abroger une loi interprétative, il ne saurait avoir cet effet sur une loi impérative ou prohibitive.

Il faut donc puiser les règles destinées à régir le commerce : 1° dans le Code de commerce et les lois qui l'ont complété ou modifié : 2° dans les usages ; 3° dans le Code civil et les lois complémentaires.

Parfois, l'usage commercial et la loi civile sont en désaccord. C'est alors l'usage qui doit prévaloir, en tant, évidemment, que la loi civile

n'est ni impérative ni prohibitive. L'article 1873, C. civ., admet la prépondérance de l'usage sur la loi civile en matière de sociétés ; il n'y a point de motif pour appliquer un principe différent aux autres contrats. Ainsi, il est généralement admis qu'en matière commerciale, la solidarité entre codébiteurs se présume. Cet usage doit prévaloir sur la règle de l'article 1202, C. civ., selon lequel *la solidarité ne se présume point : il faut qu'elle soit expressément stipulée*. L'article 1202, C. civ., est une disposition interprétative, puisqu'il autorise à convenir que les codébiteurs sont solidaires. Au contraire, l'usage ne pouvait prévaloir contre la loi du 3 septembre 1807, qui, avant la loi du 12 janvier 1886 proclamant la liberté du taux de l'intérêt conventionnel en matière de commerce, fixait à 6 p. 100 le maximum du taux de l'intérêt en cette matière.

La force de l'usage n'existe pleinement que pour les usages communs aux pays ou aux places de toutes les parties contractantes. L'usage d'une place, qu'une personne d'une autre place peut ignorer, ne saurait être obligatoire pour celle-ci. C'est au juge à apprécier si elle l'a connu et si toutes les parties ont entendu s'y référer.

La constatation de l'existence d'un usage peut être difficile. Elle est, en général, facilitée par la qualité même des juges des tribunaux de commerce, qui sont des commerçants. Au besoin, on réclame, pour établir l'existence d'un usage commercial, l'attestation, soit d'une chambre de commerce, soit de certains commerçants. Les certificats constatant des usages commerciaux sont souvent appelés *parères* (*quod paret*, ce qui paraît conforme à l'usage pour ceux qui donnent leur avis). Afin d'éviter des difficultés, il est souvent utile que des usages bien établis soient consacrés par des lois écrites. C'est ainsi que la loi du 13 juin 1866, concernant les *usages commerciaux*, a transformé en droit écrit divers usages relatifs aux ventes commerciales (1). Dans certains commerces, spécialement pour les opérations faites dans les Bourses de marchandises sur des objets de consommation (blés, huiles, sucres, etc.), les usages sont constatés par des *Règlements* arrêtés, par des chambres syndicales et auxquels les parties sont censées s'être référées.

14. *Sources actuelles du Droit commercial dans les principaux Etats étrangers de l'Europe et de l'Amérique.* — Les relations avec

(1) Quels sont, relativement aux usages commerciaux, les pouvoirs de la Cour de cassation ? Il va de soi que l'admission d'un usage contraire à une loi impérative ou prohibitive pourrait donner ouverture à cassation. Mais un pourvoi en cassation peut-il être formé à raison de la violation d'un usage par un jugement ou par un arrêt ? V. notre *Traité de Droit commercial*, I, n° 85.

les peuples étrangers ont pris un tel développement qu'il est fort utile, au point de vue pratique, de connaître leurs lois commerciales auxquelles, du reste, parfois des emprunts pourraient être utilement faits pour l'amélioration des nôtres.

Le Code français de 1807 est le plus ancien des Codes de commerce du monde ; il a exercé pendant de longues années, surtout jusqu'au milieu du XIX^e^ siècle, une influence prépondérante sur les législations commerciales des Etats étrangers. Ce Code n'est plus, dans toutes ses parties, au niveau des besoins du commerce : aussi son influence a-t-elle beaucoup diminué : elle est passée en partie aux Codes de commerce allemand et italien.

La plupart des Etats ont des Codes de commerce. Toutefois, dans plusieurs, il n'y a que quelques lois écrites, et le Droit commercial est resté, en grande partie, coutumier. Il en est ainsi notamment dans le *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande* et dans les *Etats-Unis d'Amérique*.

Empire d'Allemagne. — L'Allemagne a une législation commerciale commune pour presque toutes les matières. Ce résultat était, du reste, obtenu en grande partie avant que l'Allemagne fût unifiée au point de vue politique. Le droit commercial allemand est contenu dans : *a*) le Code de commerce de 1897 qui a remplacé le Code de commerce allemand de 1861 ; *b*) la loi générale allemande sur le change (*Wechselordnung*) de 1848, qui est consacrée exclusivement aux lettres de change et aux billets à ordre (1) ; *c*) la loi sur l'organisation judiciaire de 1877, qui s'occupe de la juridiction commerciale (art. 100 à 118). La faillite, étant admise même pour les non-commerçants, n'est pas en Allemagne une matière commerciale proprement dite (2) ; le Code de commerce ne s'en occupe pas ; elle forme l'objet d'une loi spéciale du 10 février 1877 (3). L'Allemagne a, en outre, une loi du 11 mars 1908 sur les chèques (*Scheckgesetz*) et une loi du 30 mai 1908 sur le contrat d'assurance, qui traite des assurances non maritimes.

Le Code de commerce allemand de 1897 a remplacé, à partir du

(1) Un nouveau texte de la loi allemande sur le change a été promulgué le 3 juin 1908, après que différentes modifications eurent été apportées à cette loi.

(2) Il en est de même notamment en *Autriche*, en *Hongrie*, en *Grande-Bretagne*, dans les *Etats-Unis d'Amérique*.

(3) Les lois de 1877, sur l'organisation judiciaire et sur la faillite sont entrées en vigueur le 1^er^ octobre 1879, en même temps que le Code de procédure civile et le Code de procédure criminelle allemands. Ces lois et ces codes, qui sont désignés souvent sous le nom de *Justizgesetze* (lois judiciaires), ont été modifiés en 1898.

1er janvier 1900, le Code de commerce de 1861. Il est entré en vigueur en même temps que le Code civil de 1896.

Autriche-Hongrie. — Au point de vue de la législation commerciale, comme de toutes les autres branches du droit, l'Autriche et la Hongrie, qui ont chacune leur parlement, doivent être distinguées :

Autriche. — Le Code de commerce allemand de 1861, à l'exception du livre V, relatif au commerce de mer, et la loi allemande sur le change ont été introduits en Autriche. Il y a aussi une loi sur les faillites du 25 décembre 1868 et une loi sur les chèques du 3 avril 1906.

Hongrie. — Les lois commerciales en vigueur sont de date assez récente. Il y a : *a*) un Code de commerce de 1875 ; *b*) une loi sur le change de 1876 ; *c*) une loi sur la faillite de 1881.

En *Autriche* et en *Hongrie*, comme en *Allemagne*, la faillite s'applique même aux non-commerçants.

Belgique. — Le Code de commerce français y était resté en vigueur après la séparation de la Hollande. Le livre III, consacré aux faillites, a été refondu par une loi du 18 avril 1851. Mais, de 1867 à 1891, une revision générale a été faite : de nombreuses lois, dont chacune est relative à une matière commerciale (sociétés, effets de commerce, commerce de mer, assurances, contrat de transport, etc.) et qui ont remplacé le Code français, ont été successivement publiées. Elles sont destinées à être réunies pour former un seul Code.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande. — Il n'existe pas de Code de commerce, mais d'importantes lois écrites sur quelques matières ; pour le reste, le droit est demeuré coutumier. Les lois de la métropole ne s'appliquent pas, en principe, aux colonies. Elles régissent, sauf disposition contraire, à la fois l'*Angleterre*, *l'Ecosse* et l'*Irlande.* — Les principales lois écrites sont : *a*) la loi sur la marine marchande (*merchant shipping act*) de 1894, qui traite des matières maritimes, surtout au point de vue administratif, mais laisse généralement de côté les matières du droit maritime privé, notamment les assurances maritimes, les avaries, etc., qui sont régies par la coutume ; *b*) une loi de 1890 sur les sociétés (*partnerships*) correspondant aux sociétés en nom collectif du continent ; *c*) une loi de 1907 sur les sociétés (*limited partnerships*) correspondant aux sociétés en commandite simple ; *d*) une loi de 1908 qui a codifié de nombreuses lois relatives aux sociétés appelées *companies* parmi lesquelles se trouvent les sociétés qui correspondent aux sociétés anonymes ; *e*) une loi de 1882 sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques ; *f*) les lois sur la faillite, qui est applicable, du reste, même aux non-commer-

çants (1) ; *g*) une loi de 1907 sur le contrat d'assurance maritime.

Espagne. — Un Code de commerce, qui a remplacé le Code de 1829, y a été promulgué en 1885.

Etats-Unis d'Amérique. — Les lois commerciales, communes à tous les Etats de l'Union, sont peu nombreuses et peu importantes, parce qu'en principe, la Constitution ne confère pas, en principe, au pouvoir fédéral le droit de légiférer sur les matières commerciales. Il y a sur les faillites une loi fédérale de 1898, modifiée en 1903, qui s'applique même aux non-commerçants (2). Chaque Etat a quelques lois commerciales écrites ; elles tendent à se rapprocher. Une grande place est laissée aux usages qui, pour la plupart, se confondent avec les usages anglais.

Hollande. — Le Code français introduit en Hollande, à la suite de la conquête, en 1811, a été remplacé en 1838. Une loi du 30 septembre 1893, en vigueur depuis le 1er septembre 1896, a réglé à nouveau la faillite.

Italie. — Elle a : 1° un Code de commerce voté en 1882, mis en vigueur le 1er janvier 1883, qui a remplacé un Code de 1865 ; 2° un Code pour la marine marchande, datant de 1865 et revisé en 1877 (3).

Portugal. — Un Code de 1888 y a remplacé, à partir du 1er janvier 1889, le Code de commerce de 1833.

Roumanie. — Le Code de commerce de 1887 est la reproduction presque textuelle du Code italien de 1882. Il a été modifié en 1893 et en 1900 (4).

Suisse. — Jusqu'en 1883, les différents cantons de la Suisse avaient les lois commerciales les plus diverses. Le *Code fédéral suisse des obligations* de 1881, mis en vigueur le 1er janvier 1883, régit pour toute la Suisse les contrats et les obligations en général et s'occupe de la plupart des matières du Droit commercial, par cela même que presque toutes les opérations du commerce sont des contrats (5). — Une loi fédérale du 11 avril 1889, en vigueur depuis le 1er janvier 1892, régit les poursuites pour dettes et la faillite. — Une autre loi fédérale du 2 avril 1908 est consacrée aux assurances.

(1) Il y a trois lois distinctes sur la faillite, pour l'*Angleterre*, pour l'*Ecosse* et pour l'*Irlande*.

(2) La constitution des Etats-Unis d'Amérique donne expressément au pouvoir fédéral le droit de légiférer sur la matière de la faillite.

(3) Ce Code traite du droit maritime administratif et pénal. Il contient aussi quelques règles du droit maritime international.

(4) Les modifications concernent surtout la faillite, les sociétés et les lettres de change.

(5) Un Code civil fédéral de 1908 sera en vigueur à partir du 1er janvier 1912. On n'y a pas inséré les dispositions du Code fédéral des obligations.

PLAN GÉNÉRAL DE L'OUVRAGE

15. L'ordre général du Code de commerce sera, en principe, suivi. Les quatre livres du Code seront expliqués dans leur ordre même, sauf en ce qui concerne les *actes de commerce*, dont il est traité seulement dans le IV^e^ livre du Code de 1807, à propos de la compétence des tribunaux de commerce, et dont il sera parlé dès le début (n^os^ 16 et suiv.). Cet ouvrage sera divisé en cinq parties ; les trois premières, sauf la réserve qui vient d'être indiquée pour les actes de commerce, correspondent exactement aux deux premiers livres du Code de commerce.

Première partie : DES ACTES DE COMMERCE ET DES COMMERÇANTS.

Chap. 1^er^. Des actes de commerce (art. 631 à 638, C. com.).

Chap. 2. Des commerçants et de leurs obligations (art. 1 à 17, art. 65 à 70, C. com).

Chap. 3. Des sociétés (art. 18 à 64, C. com.; art. 1832 à 1873, C. civ.); lois du 24 juillet 1867, du 1^er^ août 1893, du 16 novembre 1903 ; loi du 30 mai 1857 ; loi du 5 novembre 1894 ; loi du 23 avril 1906 :

Seconde partie : DES CONTRATS COMMERCIAUX.

Chap. 1^er^. Règles générales.

Chap. 2. De la vente commerciale.

Chap. 3. Du gage commercial (art. 91 à 93, C. com.; art. 2073 à 2084 ; l. 17 mars 1909). Des magasins généraux et des warrants (lois du 28 mai 1858 et du 31 août 1870).

Chap. 4. De la commission (art. 94 et 95, C. com.).

Chap. 5. Du contrat de transport (art. 93 à 108, C. com.).

Chap. 6. Des lettres de change, des billets à ordre (art. 110 à 189, C. com.). Des chèques (lois du 14 juin 1865 et du 19 février 1874). Des opérations de banque et du compte-courant.

Chap. 7. Des bourses de commerce et des opérations de bourse (art. 71 à 90, loi du 28 mars 1885, décret du 7 octobre 1890) ; lois du 28 avril 1893 (art. 29) et du 13 avril 1898 (art. 14).

Troisième partie : DU COMMERCE MARITIME (art. 190 à 436, C. com.).

Quatrième partie : DE LA FAILLITE ET DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE (art. 437 à 614, lois du 4 mars 1889 et du 4 avril 1890).

Cinquième partie : DE LA JURIDICTION COMMERCIALE (organisation, compétence et procédure des tribunaux de commerce (art. 615 à 648, C. com.; L. 8 décembre 1883, L. 23 janvier 1898; art. 414 à 442, C. pr. civ.). DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES (L. 27 mars 1907; L. 13 et 15 novembre 1908).

PREMIÈRE PARTIE.

Des actes de commerce et des commerçants.

---

16. *Généralités.* — Le Droit commercial est un droit spécial en ce sens qu'il est destiné à régir, soit certaines personnes, les *commerçants*, soit certaines opérations, les *actes de commerce* (1). Il eût été, par suite, naturel que le Code de commerce commençât par déterminer ce qu'on doit entendre par *commerçants* et par *actes de commerce*. Le Code de commerce débute, en effet, par un titre : *Des commerçants*, dont l'article 1er dit qu'il faut entendre par là *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*. Mais aucun titre spécial n'est consacré dans le Code aux *actes de commerce* ; c'est incidemment, à propos de la compétence des tribunaux de commerce (art. 632 et 633), que le législateur s'en est occupé ; ces tribunaux connaissent, en effet, presque exclusivement des contestations relatives aux actes de commerce (art. 631-3°). Cette manière de procéder, suivie par le Code de 1807, est défectueuse et pourrait engendrer deux erreurs : on pourrait croire d'abord que c'est au point de vue de la compétence seulement qu'il importe de distinguer les actes de commerce des actes civils, puisque les tribunaux de commerce

(1) Il en est ainsi dans la plupart des législations européennes. Toutefois, d'après le Code de commerce allemand de 1897, le Droit commercial ne régit, en principe, que les commerçants pour les actes se rattachant à leur profession ; les actes faits par des non-commerçants sont sous l'empire du Droit civil. Mais le Droit commercial ne demeure pas absolument étranger aux non-commerçants ; dès l'instant où un acte a le caractère commercial pour l'une des parties, le Code de commerce le régit même à l'égard du non-commerçant. Le Code de commerce *allemand* de 1861 avait, au contraire, adopté le même système que le Code français, en édictant certaines règles spéciales, non seulement pour les commerçants, mais pour les actes de commerce, fussent-ils faits par des non-commerçants.

connaissent exclusivement des contestations concernant les actes de commerce. Il y aurait là une double inexactitude. Si le caractère commercial d'un acte entraîne la compétence du tribunal de commerce pour les contestations qu'il soulève, il produit d'autres conséquences légales non moins graves ; le législateur a donc eu tort d'énumérer les actes de commerce à propos d'un point spécial. En outre, si la nature commerciale d'un acte entraîne toujours la compétence du tribunal de commerce, cette compétence ne suppose pas de toute nécessité un procès relatif à un acte de commerce. Parfois, en vertu des articles 634 à 637, C. com., des contestations relatives à un acte purement civil doivent être portées devant le tribunal de commerce.

Le plus souvent ce sont les commerçants qui font des actes de commerce. Il n'en est pas toujours ainsi. Parfois, des actes de commerce sont faits accidentellement par des non-commerçants ; ainsi, l'achat de valeurs de Bourse pour les revendre est souvent fait par des non-commerçants et est un acte de commerce ; la souscription aux actions d'une société commerciale est, selon l'opinion la plus répandue, un acte de commerce (1), et le souscripteur peut être un non-commerçant ; enfin, un simple particulier peut apposer sa signature sur une lettre de change et il fait par là un acte de commerce (art. 632, dern. alin., C. com.), etc.

Par cela même que, d'après l'article 1er, C. com ; le commerçant est celui qui fait des actes de commerce sa profession habituelle, il est rationnel, avant de traiter des commerçants, de rechercher quelles sont les opérations qualifiées par la loi d'actes de commerce.

(1) V. ci après, nos 165 et 188.

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES DE COMMERCE.

17. A propos des actes de commerce, deux questions sont à examiner :

1° A quels points de vue y a-t-il, en droit, intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils ? 2° Quels sont, d'après la loi, les actes de commerce ?

1° A QUELS POINTS DE VUE Y A-T-IL INTÉRÊT A DISTINGUER LES ACTES DE COMMERCE DES ACTES CIVILS ?

18. Certaines règles s'appliquent aux actes de commerce à raison même de leur nature commerciale.

a) *Compétence*. — Les contestations relatives aux actes de commerce sont de la compétence des tribunaux de commerce; ces tribunaux ne connaissent qu'à titre exceptionnel de procès concernant des actes non commerciaux (n° 16). Aussi est-ce à propos de la compétence des tribunaux de commerce que le Code donne l'énumération des actes de commerce (art. 632 et suiv.). C'est, du reste, à cette même énumération qu'il faut se référer pour savoir si un acte est ou non commercial, quel que soit l'intérêt engagé. C'est la seule énumération que contiennent nos lois, et l'on ne concevrait pas qu'un acte, traité comme commercial au point de vue de la compétence, fût considéré comme non commercial à un autre point de vue.

b) *Preuve*. — En matière civile, un écrit doit être dressé quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur excédant 150 francs et, s'il n'en a pas été dressé, en cas de contestation, la preuve par témoins (art. 1341, C. civ.) et, par suite, les présomptions de l'homme (art. 1353, C. civ.)

sont exclues. En matière d'actes de commerce, à raison de la rapidité avec laquelle doivent pouvoir se faire ces opérations, la loi ne prescrit point, en principe, de dresser un écrit ; quelles que soient la somme ou la valeur dont il s'agisse, la preuve peut, en général, se faire par tous les moyens (art. 109, C. com) V. n° 4.

c) Qualité de commerçant. — C'est la réitération d'actes de commerce à titre professionnel qui rend une personne commerçante (art. 1, C. com.) (1).

d) Gage. — Le gage est, au point de vue de sa constitution et de sa réalisation, régi par des règles différentes, selon qu'il se rattache à une dette civile ou à une dette commerciale (art. 2084, C. civ. ; art. 91 à 93, C. com.).

e) Taux de l'intérêt. — La loi du 3 septembre 1807 avait fixé différemment le taux maximum de l'intérêt *conventionnel* pour les dettes civiles et pour les dettes commerciales ; il est toujours de 5 0/0 pour les premières et il était de 6 0/0 pour les secondes. Cette différence entre les deux classes de dettes a été accentuée par la loi du 12 janvier 1886, qui a admis le principe de la liberté de l'intérêt conventionnel, mais en *matière de commerce* seulement. — L'intérêt *légal* est de 4 0/0 ou de 5 0/0, selon que la dette est civile ou commerciale (Loi du 7 avril 1900).

f) Crime de faux. — Au point de vue de la gravité de la peine à appliquer, il y a lieu de distinguer selon que le faux se rapporte à un acte civil ou à un acte de commerce. Dans le premier cas, il y a *faux en écriture privée*, et ce crime est puni de la réclusion, tandis que, dans le second, il y a *faux en écriture de commerce*, crime puni des travaux forcés à temps (art. 147 et 150, C. pén.).

g) Droits d'enregistrement. — La loi des 11-17 juin 1859 (art. 22) a, en matière fiscale, consacré des règles de faveur, sinon pour tous les actes de commerce, du moins pour des actes de commerce très fréquents, pour les *ventes commerciales* et pour les *marchés de travaux ayant le caractère d'actes de commerce*. La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 3, n° 1, et § 5 n° 1) soumettait à un droit proportionnel de 2 0/0 ces ventes et à un droit de 1 0/0 ces marchés. Ces droits, étant des *droits d'acte*, n'étaient dus que quand il y avait un

(1) Cette règle s'applique, en principe, aux sociétés comme aux individus, c'est-à-dire que les sociétés de commerce sont celles qui font des actes de commerce. Mais une exception notable a été apportée à cette règle ; en vertu de la loi du 1er août 1893 (art. 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867), les sociétés par actions constituées depuis la mise en vigueur de la loi de 1893 sont commerciales à raison de leur forme même, quelle que soit la nature de leurs opérations. Cf. nos 49 et 123.

écrit ; en outre, lorsque cet écrit était sous seing privé, l'enregistrement était obligatoire seulement quand l'écrit était mentionné dans un acte authentique ou produit en justice. Mais, en cas de procès, pour éviter de payer le droit proportionnel, les parties dissimulaient souvent l'écrit et alléguaient l'existence d'une simple convention verbale. Grâce à ce subterfuge, le droit proportionnel, au lieu d'être dû sur l'objet total de la convention, ne l'était que sur celui de la demande. Ainsi, dans le cas où le prix de vente était de 50.000 fr., mais où le procès n'était relatif qu'au paiement de 25.000 fr., le droit proportionnel ne portait que sur cette dernière somme.

Cet état de chose était vicieux à un double point de vue : d'abord, il nuisait au Trésor, à raison de ce qu'on ne faisait pas enregistrer les actes sous seing privé ; puis, il était choquant que ceux qui produisaient franchement l'écrit fussent traités plus mal que ceux qui le dissimulaient. Pour éviter ce résultat, la loi du 11 juin 1859 (art. 25) a admis les règles suivantes :

1° Les actes sous seing privé constatant des ventes ou des marchés de travaux ayant le caractère commercial sont soumis à un droit fixe qui, de 2 fr., d'après la loi de 1859, a été élevé à 3 fr. par la loi du 28 février 1872 (art. 4).

2° Un droit proportionnel n'est pas dû nécessairement : il n'est dû que s'il y a un jugement portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance. Ce droit, qui est de 1 ou de 2 0/0 avec les décimes en sus, est perçu, sans qu'on ait à s'inquiéter s'il y a eu ou non écrit, sur le montant de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance. Ainsi, une vente a été faite pour 50.000 fr. ; le vendeur réclame 25.000 fr. en justice ; le tribunal condamne le défendeur à 12.000 fr. seulement ; l'acte sous seing privé a dû être soumis à un droit fixe de 3 fr., puis un droit proportionnel de 2 0/0 sera perçu sur 12.000 fr.

Il résulte de là que la loi de 1859 accorde deux faveurs : *a*) Le droit proportionnel n'est dû que s'il y a jugement et non pas par cela seul que l'acte sous seing privé est produit en justice. Si donc les parties transigent avant qu'un jugement soit rendu, le droit proportionnel n'est pas dû. — *b*) Le droit proportionnel n'est pas dû sur l'objet de la demande, mais sur celui de la condamnation ou de la reconnaissance.

Pour que ces dispositions de faveur s'appliquent, il faut : *a*) Qu'il s'agisse d'une vente ou d'un marché de travaux. La loi de 1859 ne s'est pas occupée des autres actes de commerce à l'occasion desquels l'allégation de conventions verbales n'a jamais donné lieu à des abus. — *b*) Que ces actes aient le caractère commercial. Il n'est pas à

craindre, en général, pour les opérations civiles, qu'on dissimule l'écrit ; à défaut d'écrit, l'exclusion de la preuve par témoins et des présomptions de l'homme peut rendre la preuve très difficile ou impossible (art. 1341 et 1353, C. civ.). — *c*) Qu'il n'y ait pas d'acte authentique constatant la convention.

18 *bis*. Avant 1867, la nature commerciale d'un acte et, par suite, des obligations en résultant, avait aussi une grande importance au point de vue de la contrainte par corps. Cette voie d'exécution sur la personne n'était admise en matière civile qu'à titre exceptionnel pour les dettes limitativement déterminées par les lois et dont le montant était de 300 fr. au moins (art. 2063 et 2065, C. civ.) ; en matière commerciale, au contraire, elle était prononcée à raison de toutes les dettes atteignant 200 fr. au moins (1). La loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Cette réforme aurait dû entraîner la modification d'un grand nombre de dispositions du Code de commerce, qui ne s'expliquaient bien que par l'existence de la contrainte par corps. Ces dispositions n'ont pas été modifiées, et, ainsi, elles n'atteignent plus bien le but en vue duquel elles avaient été édictées (2).

2° Quels sont les actes de commerce ?

19. On peut distinguer deux catégories d'actes de commerce. Les uns sont *commerciaux par eux-mêmes*, c'est-à-dire indépendamment de la profession de celui qui les a faits (art. 631-3°, 632 et 633, C. com.) ; les autres ne sont commerciaux qu'autant qu'ils sont faits par des commerçants (art. 631-1° et 638, 2e alin.). On peut appeler les premiers actes de commerce *absolus*, les seconds actes de commerce *relatifs*. Cette distinction n'est pas consacrée expressément par le Code de commerce, elle résulte de ses dispositions ; elle est généralement admise par la jurisprudence (n° 38).

A. — *Actes commerciaux par eux-mêmes.*

20. On a souvent essayé d'indiquer des caractères distinctifs communs à tous les actes de commerce. On a dit que ce sont des *actes de*

(1) V. loi abrogée du 17 avril 1832, sur la *contrainte par corps*, articles 1 et 13.

(2) Cela s'applique notamment à la clôture pour insuffisance d'actif en matière de faillite. V. nos 1158 et 1196.

spéculation, c'est-à-dire ayant pour but la réalisation d'un bénéfice en argent; mais ce n'est pas là un élément essentiel se rencontrant seulement dans les actes de commerce et se trouvant même dans tous les actes de commerce. D'un côté, il y a des actes n'ayant rien de commercial qui impliquent une spéculation. Ainsi, le fermier, en prenant à bail un fonds rural, spécule en ce sens qu'il se propose de réaliser des bénéfices grâce à la différence entre ce qu'il est obligé de débourser pour le fermage et pour les frais d'exploitation et ce qu'il retirera de la vente des produits de la terre; il est, pourtant, certain qu'il ne fait acte de commerce ni en louant la ferme, ni en vendant les récoltes. D'un autre côté, si presque tous les actes de commerce sont des actes de spéculation, il en est qui n'ont pas pour but la réalisation d'un bénéfice. Cela se rencontre, du moins, pour certains actes de commerce qui ne se font pas à titre professionnel. Ainsi, celui qui appose sa signature sur une lettre de change fait un acte de commerce (art. 632, dern. alin., C. com.), et, pourtant, il peut ne pas avoir eu en vue la réalisation d'un gain (1).

La vérité est qu'il n'existe pas de caractère distinctif commun à toutes les opérations qualifiées par la loi d'actes de commerce (2). Le plus souvent les actes de commerce sont des actes d'entremise, c'est-à-dire par lesquels une personne sert d'intermédiaire entre le producteur et les consommateurs. Mais cela n'est pas absolument vrai; il y a des actes qui sont qualifiés par le Code d'actes de commerce, encore qu'ils ne constituent pas des actes d'entremise. Parfois, en effet, le législateur a rangé des opérations parmi les actes de commerce, parce qu'il a voulu les soustraire à l'application du Droit civil pour des raisons de pure utilité pratique, parce qu'il a pensé qu'il importait de donner aux créanciers, en cas de contestation, l'avantage de la procédure rapide et peu coûteuse suivie devant les tribunaux de commerce ou la garantie de la contrainte par corps qui, exceptionnelle pour les dettes civiles, était, jusqu'en 1867, admise d'une façon générale pour toutes les dettes commerciales (c'est-à-dire dérivant d'actes de commerce), pourvu qu'elles fussent de 200 francs au moins (n° 18 *bis*). Aussi y a-t-il des actes qui, peu différents les uns des autres au fond, sont considérés par la loi les uns comme des actes de commerce, les autres comme des actes civils; la distinction ne s'explique que par l'utilité

(1) Il va de soi que les actes de commerce ne constituant pas une spéculation ne forment jamais l'objet d'une profession rendant commerçant celui qui les fait.

(2) V. cependant Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 3e édit., n° 14. Les divers actes énumérés par le Code de commerce rentrent, suivant lui, dans l'idée générale de *circulation des produits et du crédit*.

plus grande qu'il y avait aux yeux du législateur, à soumettre les premiers aux règles du Droit commercial. Ainsi la lettre de change est nécessairement un acte de commerce ; le billet à ordre n'en constitue un que sous certaines conditions (art. 636 et 637, C. com.), parce que l'on a pensé, à tort ou à raison, que la lettre de change rend plus de services au commerce que le billet à ordre et que le paiement de la lettre de change doit être obtenu avec grande rapidité.

21. Parmi les actes commerciaux par eux-mêmes, on peut remarquer que les uns n'ont ce caractère qu'à raison de l'intention qui y préside, du but que poursuivent les parties en les faisant, tandis que les autres le sont par leur vertu propre, sans qu'il y ait à se préoccuper du résultat que les parties ont en vue. Ainsi, pour savoir si un achat de denrées ou de marchandises constitue un acte de commerce, il y a lieu de se préoccuper du but de l'acheteur (n° 22 *c*), tandis que l'intention du signataire d'une lettre de change est indifférente, par cela même que la lettre de change est un acte de commerce pour tous ceux qui y apposent leur signature à quelque titre que ce soit (art. 632, dern. alin., C. com.). A un autre point de vue, certains actes sont considérés par la loi comme des actes de commerce, alors même qu'ils sont faits à titre accidentel et isolé, tandis que les autres supposent une personne qui les fait d'une façon répétée. Ces derniers actes de commerce sont désignés, en général, par la loi, au moyen du mot *entreprise*. V. n° 26.

Il faut passer en revue successivement les différents actes de commerce compris dans l'énumération faite par la loi. Cette énumération est limitative, on ne peut donc pas y ajouter des actes qu'elle ne comprend pas. Mais les dispositions qui la contiennent ne doivent pas, pour cela, recevoir une interprétation restrictive, c'est-à-dire que, pour écarter des solutions contradictoires ou irrationnelles, on peut, par voie d'analogie, reconnaître le caractère commercial à des actes que le Code de commerce ne mentionne pas expressément. V. notamment au n° 36 *bis*, ce qui est dit des assurances terrestres.

22. Achat pour revendre. — D'après l'article 632, C. com., *la loi répute actes de commerce : tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage.*

Il résulte de cette disposition que l'acte visé par elle suppose la réunion de trois éléments : A. *un achat ;* B. *des denrées et des marchandises* que cet achat a pour objet ; C. *l'intention de les revendre ou de les louer*. Chacun de ces éléments mérite de fixer l'attention. L'acte dont il s'agit est le plus fréquent des actes de commerce, il en est le

type : on y voit bien apparaître l'entremise entre le producteur et le consommateur qui se retrouve dans presque tous les actes de commerce.

A. *Achat*. — Ce mot indique une acquisition faite moyennant un prix en argent (art. 1582, C. civ.). Mais toute autre acquisition à titre onéreux, opérée dans le but de revendre, serait aussi un acte de commerce, par exemple l'acquisition de marchandises par voie d'échange pour en opérer la vente (*troc*) (1).

B. *Denrées et marchandises*. — Le mot *marchandises* aurait suffi, il comprend tout ce qui est meuble et objet de commerce, par conséquent les denrées. Le mot *denrées* a un sens plus étroit, il désigne seulement ce qui est destiné à la subsistance de l'homme et des animaux. Toutes les choses pouvant être un objet de spéculation sont certainement des marchandises dans le sens légal quand elles sont mobilières : il en est ainsi, soit des choses corporelles de toute nature (objets de première nécessité ou de luxe), soit des choses incorporelles (brevets d'invention, actions des sociétés, obligations des villes ou des sociétés, fonds d'Etats, rentes sur l'Etat, etc.).

Un achat peut-il être commercial même quand il a pour objet des *immeubles ?* La question est importante. De grandes spéculations se font parfois sur l'achat et la revente des terrains ou des maisons ; il y a des individus qui achètent en bloc un domaine rural pour en revendre en détail les différentes parties : on les désigne souvent, dans l'usage, sous le nom de *marchands de biens*. Dans ces opérations, on trouve le premier et le troisième élément de l'achat commercial. Y trouve-t-on aussi le second ? Peut-on dire que l'achat, en pareil cas, porte, dans le sens légal, sur des *marchandises ?* Pour l'affirmative, on fait valoir que toutes les opérations ayant la même nature juridique doivent être considérées également comme des actes, soit civils, soit de commerce, quel qu'en soit l'objet. Une solution différente ne devrait être admise que si la loi s'y opposait absolument, et ce n'est pas le cas. Rien ne prouve que la qualification de marchandises soit liée indissolublement à la qualité de meubles. Sans doute, les meubles sont l'objet principal des transactions commerciales. Pourquoi en serait-ce l'objet exclusif (2) ?

Cette doctrine n'a pas prévalu. La jurisprudence refuse le caractère commercial aux opérations portant sur des immeubles, spécialement

(1) Il y a des pays où le commerce ne se fait que par *troc* (art. 340, C. com.), mais le nombre de ces pays est de plus en plus restreint, à raison des graves inconvénients de ce mode d'acquisition.

(2) Aix, 23 juillet 1881, S. 1883. 2. 35 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 217. V. Em. Ollivier, *Revue pratique de Droit français*, 1856. 1. 241 ; Garsonnet, *Revue critique de législation*, 1869, p. 325 et suiv.

aux achats pour revendre (1). Les termes de l'article 632, *denrées ou marchandises*, supposent des choses se déplaçant, se transmettant avec une grande facilité. Les rédacteurs de nos Codes paraissent avoir admis que les meubles seuls peuvent être régis par la loi commerciale (2). Portalis disait, dans son *Discours préliminaire sur le Code civil* : « La distinction des immeubles et des richesses mobilières nous donne « l'idée des choses proprement civiles et des choses commerciales. Les « richesses mobilières sont le partage du commerce, les immeubles « sont particulièrement du ressort de la loi civile ». Dans les textes du Code pénal (art. 387, 400, 423, 440), le mot *marchandises* ne désigne que les meubles. En outre, les textes légaux qui déterminent dans quels cas les jugements des tribunaux de commerce sont susceptibles d'appel, ne font aucune allusion au cas où ces tribunaux statueraient en matière immobilière, mais adoptent sans distinction la règle qui sert à déterminer le taux de la compétence des tribunaux civils en premier ou en dernier ressort pour le cas où ceux-ci jugent en matière personnelle ou mobilière (Cf. art. 639, C. com., et loi du 11 avril 1838). On peut ajouter deux considérations. Les opérations de spéculation sur les immeubles n'étaient pas inconnues lors de la rédaction du Code : elles avaient même été très actives sur les biens des émigrés : si le législateur avait voulu considérer ces opérations comme des actes de commerce, il aurait employé des expressions plus précises. La doctrine contraire conduirait, du reste, à un résultat inadmissible : avec elle, il faudrait décider que celui qui a acheté une maison pour la louer a fait acte de commerce, et on arriverait à traiter comme des commerçants un grand nombre de propriétaires de maisons situées dans les grandes villes (3).

Du reste, pour que la chose vendue puisse être traitée comme mobilière, il suffit qu'elle ait ce caractère à l'égard de l'acheteur. Ainsi, l'achat d'une maison à démolir, d'une coupe de bois à faire est un acte de commerce, s'il est fait pour revendre les matériaux à provenir de la démolition ou les bois de la coupe.

(1) Cass., 4 juin 1850, D. 1850. 1. 163 ; Paris, 15 février 1868, S. 1868. 2. 529 ; *J. Pal.*, 1868. 1. 223 ; D. 1868. 2. 208 ; Cass , 18 avril 1882, S. 1882. 1. 407 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 1016 ; Lyon, 10 juillet 1901, D. 1904. 1. 347. — V. Labbé, *Recueil de Sirey*, 1868. 2. 239 ; Thaller, *op. cit.*, n° 10 ; *Traité de Droit commercial*, I, n° 109.

(2) Au point de vue législatif, cette doctrine qui exclut les immeubles du domaine du Droit commercial, est très contestable. V. notre *Traité de Droit commercial*, n° 110.

(3) Pour les conséquences à tirer de cette doctrine, Georges Dreyfus, *De l'exclusion des immeubles du domaine du Droit commercial* (1905).

Mais on ne pourrait pas décider que le fermier, considéré comme achetant les produits à venir de la ferme pour les revendre, fait acte de commerce ; car l'industrie agricole ou extractive n'est pas régie par la loi commerciale (art. 638, al. 1) ; il en serait autrement de celui qui, sans exploiter, achèterait une récolte pour la revendre. De même, celui qui achète le droit d'exploiter une carrière pendant un certain temps ne fait pas acte de commerce, quand même il se propose de revendre les pierres à extraire.

C. *Intention de révendre.* — C'est cette intention qui fait de l'achat une spéculation et permet de le qualifier d'acte de commerce. Peu importe la profession de l'acheteur : le commerçant qui achète des objets pour ses besoins personnels, ne fait pas un acte de commerce ; le non-commerçant qui achète pour revendre en fait, au contraire, un.

Peu importe aussi que l'acheteur se propose de revendre la chose en bloc ou de la détailler, de la laisser dans le même état ou de la transformer.

Par cela même qu'il s'agit de déterminer la nature de l'achat, il faut se placer au moment où il est intervenu pour vérifier l'existence des conditions requises par la loi, sans tenir compte des faits postérieurs. Ainsi, celui qui a acheté pour revendre a fait un acte de commerce, et son achat conserve ce caractère, quand même il ne revendrait pas la chose achetée et la garderait pour lui. A l'inverse, celui qui, ayant acheté sans intention de revendre, revendrait pourtant plus tard avec bénéfice, n'aurait pas fait un achat commercial.

Comment peut-on connaître l intention de l'acheteur? Il n'y a guère de difficultés sur ce point. Si c'est un commerçant qui a acheté des marchandises de son commerce, cette intention se présume. Si c'est un non-commerçant qui est acheteur, il faut se décider d'après les circonstances, c'est-à-dire surtout d'après la nature et la quantité des choses achetées ; celui, par exemple, qui achète des denrées ou des marchandises en quantité dépassant de beaucoup ses besoins, se propose toujours de revendre. La commercialité d'un acte a un caractère exceptionnel. Aussi est-ce à celui qui allègue qu'un achat fait par un non-commerçant est commercial à le prouver, en cas de doute. Il peut le faire par tous les moyens.

Ce qui rend l'achat commercial, c'est moins l'intention de revendre en elle-même et toute seule que celle de réaliser des bénéfices en revendant (1) ; alors seulement, on peut dire qu'il y a spéculation. De là découlent de nombreuses conséquences :

(1) V., pourtant, Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), n° 21.

a) Le manufacturier qui, dans l'intérêt de ses ouvriers, achète en gros des objets de consommation qu'il se propose de leur revendre ensuite au prix coûtant, ne fait pas un acte commercial par lui-même (1).

b) L'Etat ne fait pas acte de commerce dans les cas divers où il achète certains objets pour les revendre. Il se propose alors moins de faire des bénéfices proprement dits que de recouvrer des impôts, notamment par l'exercice d'un monopole. C'est ainsi que l'Etat achète pour les revendre des tabacs indigènes ou étrangers, des bois pour fabriquer des allumettes, du papier à timbrer, etc.

c) L'achat n'est pas commercial quand les marchandises achetées doivent être revendues comme accessoires de choses non achetées ou doivent servir à l'exercice d'une profession qui n'a rien de commercial.

Ainsi, le vigneron qui achète des tonneaux pour y mettre le produit de sa récolte ne fait pas acte de commerce ; il se propose bien de les revendre, mais comme accessoires de la vente de la récolte, vente qui n'est point commerciale (art. 638, al. 1). De même, les maîtres de pension ne font pas acte de commerce en achetant pour les besoins de leur profession des marchandises (livres ou denrées, par exemple), qu'ils revendent à leurs élèves : il n'y a là qu'un accessoire de leur entreprise qui n'a rien de commercial. Au contraire, les restaurateurs, aubergistes, cafetiers, font acte de commerce en achetant des denrées ; ils spéculent directement sur la revente des choses qu'ils ont achetées. Pour la même raison, l'écrivain, le peintre, le sculpteur ne font pas acte de commerce en achetant du papier, de la toile, du marbre : ce qu'ils vendent, c'est l'œuvre qu'ils n'ont pas achetée, qu'ils ont créée eux-mêmes, et non pas la matière transformée.

22 *bis*. L'acheteur peut avoir l'intention de spéculer, non pas sur la *revente* des choses achetées, mais sur la *location* de ces choses ; ainsi en est-il de celui qui achète des livres pour un cabinet de lecture, des chevaux ou des automobiles pour une entreprise de transport.

L'achat pour louer est régi par les mêmes principes que l'achat pour revendre. Il n'est donc commercial que s'il porte sur des meubles (2). L'achat des meubles n'aurait même pas ce caractère, si les meubles étaient destinés à être l'accessoire d'un immeuble, objet principal de la location. Ainsi, le propriétaire qui loue les appartements de sa maison et achète des meubles pour les garnir, celui qui achète des bestiaux pour les donner à titre de cheptel à son fermier, ne font pas acte de commerce : *accessorium sequitur principale*.

(1) Cet acte est un acte de commerce en vertu de la *théorie de l'accessoire*. V. nos 38 et suiv.

(2) V. plus haut, nº 22 B.

Ce qui est vrai de l'achat, l'est aussi de la location; la location de choses mobilières dans le but de sous-louer est un acte de commerce.

23. De la vente.— Si l'achat fait pour réaliser des bénéfices sur la revente est un acte de commerce, la revente, à l'aide de laquelle l'acheteur cherche à atteindre son but, est-elle aussi commerciale? La question est importante : elle se pose à l'occasion de toutes les ventes faites par un marchand, quand il s'agit notamment de savoir s'il peut être actionné par son client devant le tribunal de commerce. Malgré le silence du Code, il ne faut pas hésiter à résoudre cette question affirmativement. Il serait incompréhensible que l'achat fût commercial, alors que la vente, en vue de laquelle il a été fait, ne le serait pas : les deux actes, liés intimement l'un à l'autre, doivent avoir le même caractère. La pensée de la loi paraît ressortir de l'article 638, 1er alin., C. com., qui ne refuse à la vente le caractère d'acte de commerce que dans le cas où elle porte sur des choses qui n'ont pas été achetées. V., d'ailleurs, n° 24.

Il résulte de là que la vente de ses ouvrages faite par un auteur à un éditeur ou la vente soit d'un procédé industriel, soit de son brevet d'invention par l'inventeur, n'est pas un acte de commerce pour l'auteur ou pour l'inventeur. Il en serait tout autrement de la revente faite par l'éditeur ou par l'acheteur du procédé.

L'article 638, 1er alin., tire une conséquence de ces principes en disposant que *ne seront pas de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son crû*. Cette disposition a une grande importance; elle implique que l'*industrie agricole* et, en général, les industries extractives sont soustraites à la loi commerciale (n° 3). La loi du 21 avril 1810, faisant application de cette règle générale, dispose expressément (art. 32) que l'*exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce*.

La disposition de l'article 628, 1er alin., est d'une application facile quand le propriétaire vend les produits tels que le sol les a fournis. Mais, souvent, il ne les vend qu'après leur avoir fait subir une transformation plus ou moins grande. Ne faut-il pas dire alors que la vente constitue un acte de commerce, parce qu'il y a là une opération faisant partie d'une *entreprise de manufacture*, que l'article 632 range parmi les actes de commerce (n° 27)? La négative est certaine, quand il s'agit d'une mise en œuvre accessoire ayant avec l'agriculture un lien intime. Ainsi, celui qui vend le blé qu'il a récolté après l'avoir battu, qui vend le lait de ses vaches transformé en beurre, ses pommes transformées en cidre, etc., ne fait évidemment pas acte de commerce. Mais, si la main-d'œuvre a une importance considérable, si elle exige l'emploi de machines et de

nombreux ouvriers, on peut admettre que la production agricole ou minière n'est que l'accessoire et considérer, par suite, les ventes des produits transformés comme se rattachant à une *entreprise de manufactures*. V. n° 27.

24. Entreprise de fournitures. — Il s'agit ici d'une opération qui a avec l'achat pour revendre beaucoup d'analogie ; elle implique aussi une spéculation sur la différence entre le prix de vente et le prix d'achat. Ce qu'il y a de particulier dans l'entreprise de fournitures, c'est qu'une personne promet à une autre de lui fournir ce qu'elle peut n'avoir pas encore acheté. Ici donc l'opération débute ou peut débuter par la vente qui n'est ordinairement commerciale qu'autant qu'elle a été précédée d'un achat (n° 22).

Le caractère commercial appartient d'abord au marché par lequel une personne s'est engagée à fournir, puis aux achats faits pour l'exécution de ce marché. Il n'y aurait pas acte de commerce, si les choses à fournir ne devaient pas être achetées, par exemple, s'il s'agissait d'un propriétaire qui s'est engagé à fournir les produits de sa terre, d'un auteur d'une œuvre littéraire qui, la publiant par souscription, prend des engagements envers les souscripteurs, etc.

Du reste, l'entreprise de fournitures peut avoir seulement pour but de procurer l'usage, et non la propriété de certaines choses. Ainsi, il y a entreprise de fournitures, dans le sens de l'article 632, quand une personne s'engage à fournir l'usage de costumes ou de décors nécessaires à une exploitation théâtrale.

Il résulte du caractère commercial reconnu à l'entreprise de fournitures que les contestations qui y sont relatives sont de la compétence des tribunaux de commerce. Il y a, pourtant, des règles spéciales de compétence pour les fournitures à faire en vue d'un service public. Ainsi, pour les fournitures à faire à l'État, les contestations sont soumises au Conseil d'État en premier et en dernier ressort (L. 12 vendémiaire an VIII, et D. 11 juin 1806, art. 14). Pour les fournitures à faire aux départements, aux communes, aux établissements publics, on suit, à défaut de texte dérogatoire, les mêmes règles de compétence que s'il s'agissait de particuliers.

25. Actes mixtes. — Une opération n'a pas toujours le même caractère pour les deux parties qui y interviennent ; elle peut être commerciale pour l'une d'elles et civile pour l'autre. Cela se présente souvent pour un grand nombre d'actes de commerce, spécialement pour l'achat et pour l'entreprise de fournitures. Ainsi, l'achat de marchandises de son commerce fait par un marchand en détail à un marchand en gros est bien un acte de commerce pour les deux parties ; mais l'achat de blé

fait par un marchand en gros à un fermier ou à un propriétaire d'un fonds rural est commercial pour l'acheteur, sans l'être pour le vendeur. — A l'inverse, l'achat fait à un commerçant par une personne (commerçant ou non commerçant), pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille, est un acte de commerce pour le vendeur et un acte purement civil pour l'acheteur ; de même, celui qui contracte avec un entrepreneur de fournitures fait ou non acte de commerce selon le but dans lequel il a conclu le marché.

Les conséquences à tirer de ce caractère mixte d'une opération soulève des difficultés quand il s'agit de déterminer les règles de *preuve* (n° 403) ou de *compétence* à appliquer (n° 1360).

26. Entreprises diverses. — Le louage de services n'est pas, en règle générale, un acte de commerce (n° 500). Il en est autrement, toutefois, quand celui qui loue ses services spécule en même temps sur ceux d'autrui ; il se rend alors intermédiaire. De plus, à titre exceptionnel, pour des motifs tout spéciaux, de purs louages de services ont été déclarés commerciaux.

Pour désigner les différents cas dans lesquels le louage de services a exceptionnellement le caractère commercial, le Code emploie le mot *entreprises* (*entreprises de manufactures*, *de transport*, etc.). Cette expression implique qu'il s'agit, non d'un acte isolé, mais de l'exercice d'une profession ou, tout au moins, d'une série d'actes semblables d'une certaine importance qui impliquent une organisation préétablie dans le but de les faire. Le caractère commercial est imprimé au contrat principal et aux diverses opérations qui s'y rattachent.

27. Entreprise de manufactures. — On désigne sous ce nom l'ensemble des opérations par lesquelles une personne se propose de transformer, façonner, modifier des matières premières, pour les approprier aux besoins des consommateurs. Ainsi, il faut ranger parmi les entreprises de manufactures les opérations juridiques qui se rattachent à l'extraction du sucre de la betterave, de l'huile de l'olive ou du colza, à la conversion des minerais en fer ou en acier.

Lorsque le manufacturier fournit lui-même la matière première qu'il a achetée, il y a alors achat pour revendre, et l'opération est commerciale à ce titre. Mais il en est de même lorsque le manufacturier reçoit les matières premières de la personne qui le charge de les transformer ou modifier, comme, par exemple, le blanchisseur ou le teinturier. Le manufacturier spécule toujours sur son travail et sur celui de ses ouvriers, ainsi que sur l'emploi de ses machines ou instruments divers. On pourrait dire qu'il a acheté les services de ses ouvriers pour

les revendre et les machines pour en louer l'usage. L'entreprise de manufactures est ainsi un acte d'entremise.

Cela indique bien qu'il n'y a pas entreprise de manufactures lorsqu'il s'agit d'une personne qui se charge de transformer des matières premières dans le but unique de gagner sa vie au jour le jour. Cette personne est un ouvrier ou un artisan, non pas un manufacturier. V. n° 50.

27 *bis*. Sous le nom d'entreprise de manufactures, on désigne exclusivement dans l'usage la fabrication ou la transformation de choses mobilières qui demeurent telles. Il y a des entreprises très importantes qui ont des immeubles pour objet, par exemple, des entreprises de constructions de maisons, de ponts, de routes ou de terrassements, de plantations, de desséchements, de drainage, etc. L'entrepreneur de ces travaux spécule sur l'emploi de ses machines, sur les services de ses ouvriers, parfois sur l'achat et la revente de matières premières. Ne faut-il pas dire, par suite, qu'il y a là une véritable entreprise de manufactures dans le sens légal et que, dès lors, ces opérations sont commerciales? On pourrait être tenté de le nier, en alléguant qu'il ne saurait y avoir là des opérations commerciales, par cela même qu'il s'agit d'immeubles (n° 22). Ce motif serait erroné : à l'égard de l'entrepreneur, il ne s'agit que d'une spéculation sur les matériaux ou sur la main-d'œuvre ; peu importe que le résultat des travaux soit la création d'un immeuble ou d'une valeur immobilière pour celui qui a fait la commande. Mais ce n'est pas à dire que l'entreprise de construction soit toujours commerciale ; il y a lieu de distinguer plusieurs cas :

a) *L'entrepreneur ne fournit que la main-d'œuvre ;* il reçoit les matériaux à employer de la personne pour laquelle l'ouvrage est fait. Les principes paraîtraient conduire à décider qu'il y a là une entreprise de manufactures. Mais les travaux préparatoires du Code de commerce et son texte définitif doivent faire écarter cette solution : le projet de Code faisait figurer dans l'énumération des actes de commerce les *entreprises de construction ;* sur les observations de plusieurs tribunaux, ces expressions furent supprimées (1), et le Code ne range parmi les actes de commerce que *les entreprises de construction de navires* (art. 633).

b) ***L'entrepreneur fournit les matériaux.*** — C'est le cas de beaucoup le plus fréquent. Il va de soi que les achats de matériaux faits par lui sont des actes de commerce, en vertu de l'article 632-1°. Faut-il aussi reconnaître le même caractère à tous les contrats faits par l'entrepreneur pour l'exécution de son travail, par exemple, avec des sous-entre-

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, VIII, p. 292.

preneurs ou des ouvriers ? La jurisprudence, après avoir été divisée, admet aujourd'hui, et avec raison, l'affirmative. Il y a là une entreprise réunissant tous les caractères de l'entreprise de fournitures, par conséquent ceux d'une opération commerciale (n° 24). Cela n'était pas contesté par les tribunaux qui, lors de la rédaction du Code de commerce, ne voulaient pas qu'on laissât figurer l'entreprise de construction dans l'énumération des actes de commerce.

Un entrepreneur achète des terrains pour les revendre après y avoir élevé des constructions ; cela se présente souvent à la suite de grands travaux d'utilité publique, spécialement de percements de rues. Quelle est la nature civile ou commerciale des actes de l'entrepreneur ? La question est difficile. Il paraît conforme aux principes généraux de distinguer. Dans les rapports de l'entrepreneur avec celui qui lui a vendu le terrain ou avec l'acquéreur, l'opération est civile ; il s'agit, en effet, d'une vente d'immeuble (n° 22). Mais, à l'égard des ouvriers, des sous-entrepreneurs, des vendeurs de matériaux, l'opération a un caractère commercial ; en ce qui les concerne, la convention porte exclusivement sur des choses mobilières et sur la main-d'œuvre.

28 ENTREPRISE DE TRANSPORT PAR TERRE ET PAR EAU. — Le contrat de transport tient à la fois du louage de choses et du louage de services ; l'entrepreneur met à la disposition du public son matériel et les services de ses employés.

Il s'agit ici de tous les transports par terre et par eau, quels que soient les moyens à l'aide desquels ils sont opérés (voitures à traction animale ou mécanique, chemins de fer, bateaux à vapeur ou autres, etc.) ; les transports maritimes désignés sous le nom d'*affrètements* ou *nolissements* sont seuls en dehors de l'article 632, c'est l'article 633 qui les déclare commerciaux. V. n° 36.

On appelle en droit *voiturier* celui qui s'oblige à effectuer le transport, que ce soit un individu ou une compagnie. Il fait acte de commerce ; peu importe qu'il reçoive des subventions de l'Etat, qu'il jouisse même d'un monopole de droit ou de fait et ne puisse appliquer que des tarifs approuvés par l'administration. Les compagnies de chemins de fer notamment font donc des actes de commerce en exploitant leurs lignes.

L'Etat, qui exploite des lignes de chemins de fer, n'est pas considéré comme un commerçant ; mais cette exploitation, dans ses rapports avec le public, est soumise aux mêmes règles que l'exploitation par les compagnies. V. n° 552.

Quant à celui qui contracte avec le voiturier pour faire opérer le transport de choses quelconques ou se faire transporter lui-même

(*expéditeur* ou *voyageur*), il fait ou non acte de commerce selon les cas. V. n° 38, *Théorie de l'accessoire.*

Il importe de remarquer que c'est l'ENTREPRISE *de transport* que la loi range parmi les actes de commerce. Cela suppose que le voiturier fait profession d'effectuer des transports ou, tout au moins, en opère d'une façon répétée. La multiplicité des transports indique seule qu'il y a un outillage exploité dans un but de spéculation. Celui donc qui accidentellement se charge, même moyennant salaire, de transporter des personnes ou des marchandises, ne fait pas acte de commerce. Cela s'applique, par exemple, à un paysan qui, se rendant à une foire dans sa voiture, y transporte des objets qui lui sont confiés.

29. ENTREPRISE D'AGENCES, BUREAUX D'AFFAIRES. — L'agent d'affaires est celui qui fait profession de donner, moyennant salaire, ses soins aux affaires d'autrui. Les expressions employées encore ici par le Code (art. 632) impliquent non des actes isolés, mais des actes répétés faits par une personne qui offre ses services au public.

Les agents d'affaires se chargent de faire pour autrui des opérations très variées : ils donnent des conseils, font des recouvrements de créances, représentent leurs clients en justice, spécialement devant la juridiction commerciale, etc. ; les uns se chargent de toutes sortes d'affaires, les autres ont une spécialité plus ou moins restreinte (agents de brevets d'invention, agents pour les achats et ventes de fonds de commerce, etc.).

L'article 632 ne faisant aucune distinction, l'entreprise d'agences d'affaires a le caractère commercial, que les opérations dont se charge l'agent d'affaires soient elles-mêmes commerciales ou civiles (comme l'achat et la vente de terrains ou de maisons), qu'il fasse des opérations très variées ou seulement des opérations d'un genre restreint. Peu importe aussi que ceux qui font profession de donner, moyennant salaire, leurs soins aux affaires d'autrui, soient de la part d'un tribunal l'objet d'une recommandation auprès du public ou d'une désignation : la loi n'autorise à admettre aucune distinction. En conséquence, il paraît juste de décider, contrairement à la jurisprudence, que les agréés, qui font profession de représenter les parties devant les tribunaux de commerce, sont des agents d'affaires dans le sens légal et font, comme tels, des actes de commerce, en engageant leurs services à leurs clients (1).

(1) V. *en sens contraire*, Douai, 14 janv. 1882, S. 1883. 2. 197 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 991 ; D. 1883. 2. 136 ; Rouen, 12 août 1896, D. 1897. 2. 47, S. 1897. 2. 48 ; Cass., 5 février 1907, S. et *J. Pal.*, 1907. 1. 305 (note de Ch. Lyon-Caen) ;

La disposition, qui range l'entreprise d'agences ou bureaux d'affaires parmi les actes de commerce, ne se justifie que par une considération d'utilité pratique. La loi s'est défiée quelque peu des agents d'affaires, par cela même qu'ils ne sont pas soumis à la surveillance des tribunaux comme les officiers ministériels (avoués, notaires, etc.) ou les avocats (1). Elle a voulu donner aux clients des agents d'affaires les avantages de la commercialité, c'est-à-dire la célérité de la procédure commerciale et la garantie de la contrainte par corps. Ce dernier avantage a disparu depuis la suppression (1867), de cette voie d'exécution en matière commerciale, et le premier motif seul explique actuellement le caractère commercial reconnu à l'entreprise d'agences d'affaires. On peut se demander s'il est suffisant.

30. ETABLISSEMENTS DE VENTES A L'ENCAN.— Ce sont des établissements dans lesquels des marchandises sont vendues aux enchères. Ceux qui les tiennent sont, en quelque sorte, des agents d'affaires servant d'intermédiaires entre les vendeurs et les acheteurs. — Les ventes aux enchères ne sont pas toujours libres, et, en général, ce sont des officiers ministériels ou, tout au moins, des individus que le tribunal a inscrits sur une liste spéciale, déterminés par la loi, qui seuls peuvent y procéder. V. nos 429 à 431.

31. ETABLISSEMENTS DE SPECTACLES PUBLICS. — On comprend sous ce nom toutes les entreprises ayant pour but de distraire le public moyennant salaires, tels que théâtres proprement dits, concerts, cirques, conférences, etc. Celui qui organise ces entreprises spécule sur le travail des personnes qu'il emploie, acteurs, chanteurs, musiciens, etc.

Si le directeur de l'entreprise théâtrale contracte un engagement commercial envers les acteurs et les autres personnes dont il se sert, il n'en est pas de même à l'égard du propriétaire de la salle qu'il loue ; la location d'un immeuble, faite même dans le but de spéculer sur sa sous-location, n'est pas un acte de commerce (n° 38, *in fine*).

Quant à l'acteur, son engagement envers le directeur n'a rien de

Pand. fr., 1907. 1. 98. Nous ne reconnaissons, cependant, pas le caractère commercial aux obligations des syndics des faillites ou des liquidateurs judiciaires chargés des liquidations judiciaires. Ce sont des mandataires désignés par la justice pour des affaires déterminées.

(1) Toutes les personnes qui s'occupent des affaires contentieuses d'autrui sont parfois rangées dans l'usage sous le nom d'*hommes d'affaires*. Cette dernière dénomination qui n'a aucun caractère juridique est donc plus compréhensive que celle d'*agents d'affaires*.

commercial. Le contrat par lequel il s'oblige est une sorte de louage de services ou d'industrie ; il s'engage à produire son talent moyennant rétribution et il est dans une situation semblable à celle du journaliste ou de l'auteur qui traite avec un éditeur.

32. Entreprise de commission. — La commission est le contrat de mandat appliqué à des opérations commerciales (n° 472) (1). Il y a des personnes qui font profession de se charger de ces opérations pour le compte d'autrui. Le mandant, quand il s'agit d'opérations commerciales, reçoit le nom de *commettant*, et le mandataire celui de *commissionnaire*.

Un acte isolé de commission ne serait pas commercial, puisque l'article 632 parle d'*entreprise* : il doit s'agir d'une personne qui se met à la disposition du public pour faire, pour le compte d'autrui, des opérations de commerce. telles que achats, ventes, contrats de transport, assurances, etc.

33. Opérations de courtage. - On entend par courtage le fait d'un individu qui, sans s'obliger lui-même, rapproche deux personnes qui veulent conclure un contrat. Par exemple, il y a courtage quand une personne sert d'intermédiaire pour rapprocher un assureur et un assuré, un vendeur et un acheteur, etc. — Le mot *courtage* sert parfois aussi à désigner la rétribution payée au courtier (2) pour ses services.

L'article 632, parlant de *toute* opération de courtage, sans exiger qu'il y ait entreprise, une opération même isolée de courtage constitue un acte de commerce, quoiqu'elle ne suffise évidemment pas pour faire d'une personne un courtier de profession. On ne s'explique pas pourquoi le Code a fait à cet égard une différence si profonde entre le courtage et la commission (n° 32).

La loi ne se préoccupe pas de la nature de l'acte pour lequel le courtier sert d'intermédiaire. L'opération de courtage a le caractère commercial, quand même il s'agit d'un acte purement civil ; il en est donc ainsi lorsque le courtier sert d'intermédiaire pour une vente d'immeu-

(1) Nous donnons ici la définition de la commission en nous attachant à la doctrine que nous admettons sur le caractère distinctif de la commission par opposition au mandat du Droit civil : il y a là un point qui fait l'objet d'une controverse. Mais il sera expliqué que des difficultés s'élèvent sur le point de savoir quel est le caractère distinctif de la commission par opposition au mandat. V. n° 472.

(2) On emploie encore le mot *courtage* pour désigner la rémunération payée à un *agent de change*.

ble ou s'entremet entre un producteur qui veut vendre ses produits et les consommateurs.

Le courtage de toutes les opérations ne peut pas être fait librement : pour certaines, il y a des courtiers privilégiés, nommés par le Gouvernement (*courtiers maritimes*, *courtiers d'assurances maritimes*). V. nos 850 et suiv.

34. Opérations de banque. — On désigne, en général, sous ce nom, toutes les opérations relatives au commerce des métaux précieux et des titres qui les représentent. Ces opérations sont très variées; on peut citer, entre autres, les dépôts d'argent ou de titres, les prêts, les ouvertures de crédit, les escomptes, etc. V. nos 751 et suiv.

L'article 632 mentionne spécialement les *opérations des banques publiques*. On appelle ainsi les établissements de banque institués avec l'autorisation du Gouvernement et fonctionnant sous sa tutelle; telles sont la Banque de France, la Banque de l'Algérie, les Banques coloniales, le Crédit foncier de France. Ces établissements font, en général, les mêmes opérations que les banques privées et, en outre, quelques-unes sont, en vertu d'un privilège spécial, exclusivement réservées à certains de ces établissements : telle est l'émission de billets au porteur payables à vue, qu'on désigne sous le nom de *billets de banque*. V. n° 766.

35. Opérations de change, lettres de change. — On dit qu'il y a *change*, lorsque deux personnes échangent des monnaies les unes contre les autres ou contre des titres qui en sont la représentation. L'utilité de ces opérations provient notamment de ce que les monnaies n'ont pas toutes la même valeur, soit dans leurs rapports entre elles, soit dans leurs rapports avec les billets de banque ou autres titres. On a ainsi, selon les cas, avantage à échanger certaines monnaies contre d'autres, par exemple de l'or contre de l'argent ou des billets contre des espèces monnayées. On distingue le *change manuel* ou *local*, dont il vient d'être parlé, et le *change tiré*.

Il y a *change tiré*, lorsqu'une personne, se trouvant dans un lieu, s'oblige envers une autre, en retour d'une valeur quelconque qui lui a été fournie par celle-ci, à payer ou à faire payer une somme déterminée dans un lieu différent. Les contractants font souvent un acte de spéculation : ils comptent réaliser des bénéfices grâce aux différences qui existent dans le cours ou dans la valeur des monnaies de deux places distinctes.

Il y a *lettre de change* (ou *traite*) (1), quand une personne, au lieu de

(1) Les deux expressions *lettre de change* et *traite* sont synonymes. Mais la

s'engager à payer elle-même, s'oblige à faire payer par une autre, par exemple son correspondant ou son débiteur, une somme d'argent, soit dans un autre lieu, soit dans le lieu où le titre est souscrit, et quand le titre émis par le souscripteur a la forme d'une lettre missive ouverte adressée par celui-ci au tiers qui doit payer, lettre le priant ou lui enjoignant de payer. Ce titre, appelé, à raison de sa forme même, *lettre de change*, est remis par le souscripteur au bénéficiaire (ou preneur), c'est-à-dire à la personne envers laquelle il s'oblige à lui faire avoir la somme dont il s'agit.

Ainsi, Paul, de Paris, rédige un titre sous forme de lettre adressée à Louis, son correspondant de Lyon; par ce titre que Paul remet à Pierre, il prie Louis de payer une somme à Lyon. Voici, d'ailleurs, la formule employée :

Paris, le 15 janvier 1910 *B. P. F. 1000.*

Au 15 avril prochain, il vous plaira de payer à Pierre ou à son ordre la somme de mille francs, valeur reçue comptant.

(*Signé*) PAUL.

A Louis, à Lyon.

Paul, qui a créé le titre, est appelé *tireur;* Louis, qui est chargé de payer, est le *tiré*. Pierre, qui est indiqué pour recevoir le paiement, est le *preneur* ou *bénéficiaire* (il n'y a pas d'expression consacrée par la loi pour le désigner). Ce n'est pas celui-ci qui reçoit nécessairement le paiement du tiré ; il peut, en vertu de la *clause à ordre* contenue dans le titre, donner l'ordre à Louis de faire le paiement à une autre personne qu'il désigne par une mention faite au dos du titre ; cette mention s'appelle *endossement*. Celui au profit duquel un endossement a été fait, peut, à son tour, donner au tiré l'ordre de payer à une autre personne ; il est alors désigné sous le nom d'*endosseur*. Le tiré, en *acceptant* la lettre de change tirée sur lui, s'oblige à en payer le montant. Le tireur et les endosseurs sont garants de ce paiement envers la personne qui est *porteur* du titre lors de l'échéance. La lettre de change étant un acte de commerce, tous ceux qui y apposent leurs signatures sont obligés commercialement (art. 632, dern. alin., C. com.); peu importe qu'ils soient ou non commerçants, qu'ils apposent leur signature sur le titre à l'occasion d'une opération commerciale ou d'une opération civile.

première est seule employée par le Code de commerce. La seconde est très répandue, au contraire, dans la pratique.

Dans le système du Code de commerce, la lettre de change impliquait une *remise de place en place*, c'est-à-dire une obligation contractée dans un lieu et devant être acquittée dans un autre lieu ; cela tient à ce que notre Code considérait que la lettre de change était un mode d'exécution du contrat de change et n'avait pour but que d'éviter les transports de numéraire d'un lieu dans un autre. Mais la lettre de change rend aujourd'hui des services n'impliquant pas un contrat de change préalable entre le tireur et le bénéficiaire ; elle peut suppléer, pour les paiements, comme les billets de banque, aux espèces métalliques et servir d'instrument de crédit dans l'opération de l'escompte (nos 570 et suiv.). Aussi une loi du 7 juin 1894, modifiant l'article 110, C. com., a-t-elle admis qu'une lettre de change peut être payable dans le lieu de sa création.

35 *bis*. Un autre titre qui se rencontre souvent est le *billet à ordre*. C'est un écrit par lequel une personne (*souscripteur*) s'engage envers une autre (*bénéficiaire*) à payer à celle-ci ou *à son ordre* une somme d'argent. Un billet à ordre peut être ainsi rédigé :

B. P. F. 1000.

Au 15 décembre prochain, je payerai à Pierre, ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur reçue comptant

Paris, le 15 janvier 1910.

(*Signé*) PAUL.

Le billet à ordre, à la différence de la lettre de change, n'est pas considéré par le Code de 1807 comme un acte de commerce par lui-même. Le souscripteur ou un endosseur n'est obligé commercialement qu'autant qu'il a créé ou endossé le titre à l'occasion d'une opération commerciale, par exemple pour acquitter le prix d'un achat de marchandises, fait dans le but de les revendre (art. 189 et 636). Seulement, lorsqu'un billet à ordre est souscrit ou endossé par un commerçant, la loi présume qu'il l'est pour son commerce et qu'il a, par suite, le caractère commercial (art. 638, al. 2). V. n° 43.

Le souscripteur s'oblige ordinairement à payer le montant du billet dans le lieu même de sa création. Il est possible aussi qu'il y ait *remise de place en place*, c'est-à-dire que le billet soit payable dans un lieu autre que celui où il est souscrit. Le billet, alors appelé, dans l'usage, billet *à domicile*, n'est pas, d'ailleurs, traité d'une façon spéciale. V. n° 714.

35 *ter*. — Un autre titre qui a avec la lettre de change beaucoup d'analogie, le *chèque*, n'est pas non plus un acte de commerce par lui-même, mais est traité comme le billet à ordre (L. du 14 juin 1865, art. 4). V. n° 732.

36. Opérations du commerce maritime. — Le Code de commerce a reconnu le caractère commercial à toutes les opérations du commerce de mer. L'article 633 énumère les principales de ces opérations et contient une formule générale qui les englobe toutes.

D'après l'article 633, sont réputés actes de commerce :

Toute entreprise de construction et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure. — Les opérations dont il s'agit sont commerciales, non seulement quand elles concernent la navigation maritime, mais encore quand elles se rattachent à la navigation des fleuves, des rivières et des canaux. Cela résulte des mots *navigation intérieure et extérieure*.

L'entreprise de construction de navires est un acte de commerce pour l'entrepreneur, qu'il fournisse les matériaux et la main-d'œuvre ou celle-ci seulement. Cf. ci-dessus, n° 27.

La *vente d'un navire* n'est pas commerciale dans tous les cas. Ainsi, la vente d'un navire sur saisie ne constitue jamais un acte de commerce, et les difficultés qu'elle soulève sont, par suite, jugées par le tribunal civil. La vente volontaire elle-même n'est un acte de commerce qu'autant qu'elle implique une spéculation pour le vendeur ou pour l'acheteur; elle a ce caractère pour le vendeur quand il revend un navire acheté avec l'intention de le revendre ; pour l'acheteur, quand il a acheté, soit pour revendre le navire acheté, soit pour le consacrer au commerce de mer. La vente ne serait donc pas commerciale pour l'héritier qui vendrait un navire trouvé dans la succession ou pour l'acheteur qui se proposerait de l'employer à un usage personnel, par exemple, comme bâtiment de plaisance (1).

Toutes expéditions maritimes. — Toutes les opérations se rattachant à l'expédition sont commerciales.

Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements. — Les mots *agrès* et *apparaux* désignent tout ce qui est nécessaire pour mettre le navire en état de naviguer. Les *agrès* comprennent plus spécialement divers objets qui ne font pas partie intégrante du navire et qu'on peut en détacher sans fracture (chaloupes, mâts, voiles, ancres, cor-

(1) Il résulte de ces explications que la vente et l'achat d'un navire ne sont des actes de commerce que dans les cas où les achats et les ventes en général ont ce caractère.

dages, etc.). L'*avitaillement* comprend les provisions de bouche. L'achat de ces objets rentre sous la disposition qui vise les *expéditions maritimes*; ce sont des actes nécessités par elles. Quant au vendeur d'agrès ou d'apparaux, il ne fait un acte commercial qu'autant qu'il vend dans un but de spéculation ; celui qui fournit les produits de son fonds ne fait pas acte de commerce, encore qu'ils soient destinés à une expédition maritime (Art. 638, alin. 1).

Tout affrètement ou nolissement. — C'est le contrat de louage d'un navire ayant pour but le transport d'objets mobiliers. — La première expression est la plus usitée : la seconde, employée seulement dans la Méditerranée, tend même à y disparaître. V. n^os^ 917 et suiv.

Le caractère commercial de l'affrètement existe incontestablement toujours pour celui qui donne le navire à loyer (*fréteur*). Peu importe qu'il ne fasse pas ces sortes d'actes d'une façon répétée ; la loi n'exige pas, comme pour le transport par terre (n° 28), qu'il y ait une *entreprise*.

Mais, pour l'affréteur, le contrat est-il toujours un acte de commerce? La loi ne faisant pas de distinction, il paraît juste de lui reconnaître toujours ce caractère, alors même que l'affréteur ferait transporter, non des marchandises qu'il se propose de vendre, mais des objets à son usage personnel. C'est une solution très contestée et condamnée par la jurisprudence. V. n° 919 *in fine*.

Tout emprunt ou prêt à la grosse. — C'est le *nauticum fœnus* des Romains. V. article 311, C com.

Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer. — L'assurance maritime est un contrat par lequel l'une des parties, *l'assureur*, s'oblige envers l'autre, *l'assuré*, moyennant une somme convenue, à réparer les dommages éprouvés par des objets exposés à des risques de mer, par suite de la réalisation de ces risques. V. articles 332 et suiv., C. com.

On distingue deux sortes d'assurances, les *assurances à primes* et les *assurances mutuelles*. Dans les premières, l'assureur, qui est, en général, une société anonyme, s'engage envers un grand nombre de personnes à les garantir contre les risques prévus moyennant une somme appelée *prime*. Dans les secondes, différentes personnes, courant des risques de la même nature, s'engagent à supporter en commun les dommages pouvant résulter de ces risques pour une ou pour plusieurs d'entre elles Chacun des mutuellistes paie une somme appelée *cotisation* qui forme le fonds commun, et chacun est à la fois assureur et assuré.

L'assurance à primes est un acte de commerce pour l'assureur, qui spécule sur la différence entre le montant des primes qu'il reçoit et

l'importance des dommages qu'il aura à subir par le paiement d'indemnités. Elle n'a ce caractère, à l'égard de l'assuré, qu'autant que l'assurance se rattache à l'exercice de son commerce ; c'est là ce qui a lieu quand le propriétaire d'un navire autre qu'un bâtiment de plaisance le fait assurer. Quant à l'assurance mutuelle, on ne peut lui reconnaître le caractère d'acte de commerce que lorsque les mutuellistes sont des commerçants se livrant au commerce des armements ; elle se rattache à l'exercice de leur profession (n° 38). Les mutuellistes ne sont pas mûs par l'esprit de spéculation qui domine ordinairement les actes de commerce ; leur but est d'éviter ou de restreindre une perte éventuelle, non de réaliser un bénéfice.

La formule générale qui se trouve dans l'article 633 (*et autres contrats concernant le commerce de mer*) montre que l'énumération des principaux contrats maritimes contenue dans cet article n'a rien de limitatif. Elle était, par suite, inutile.

Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; tous engagements des gens de mer pour le service des bâtiments de commerce. — Il s'agit des contrats de louage de services par lesquels le capitaine d'un navire et les hommes de l'équipage sont engagés. Bien qu'en principe le louage de services ne soit pas un acte de commerce (n° 26), la loi l'a commercialisé en tant qu'il s'applique aux opérations maritimes. V. articles 250 et suiv., C. com. et ci-après nos 884 et suiv.

36 *bis. Assurances non-maritimes.* — Le Code de commerce qui traite des assurances maritimes (art. 332 et suiv.), a passé sous silence les assurances terrestres, telles que les assurances contre l'incendie ou sur la vie qui, peu connues en 1807, se sont tant répandues depuis ; il n'a même pas indiqué si les assurances terrestres sont des actes de commerce. Il semble rationnel de donner, pour elles, les mêmes solutions à cet égard que pour les assurances maritimes. Le contrat d'assurance a, en effet, toujours la même nature, quels que soient les risques qu'il a pour objet de couvrir. Ces risques ne constituent qu'un élément de fait, qui, en l'absence d'une disposition formelle de la loi, ne peut avoir aucune influence sur le caractère civil ou commercial du contrat (1). L'énumération des actes de commerce faite

(1) Les assurances à primes fixes sont exploitées par des sociétés anonymes, qui, si elles sont constituées depuis la loi du 1er août 1893 (nouvel article 68 de la loi du 24 juillet 1867), sont certainement des sociétés commerciales à raison de leur forme même. Déjà, auparavant, la jurisprudence leur reconnaissait le caractère commercial. Certains auteurs expliquaient cette solution en les assimilant à des *agences d'affaires*.

par les articles 632 et suiv., C. com., est limitative sans doute, mais cela ne veut pas dire que l'interprétation de ces dispositions doit être restrictive, au point d'aboutir à des contradictions ou à des solutions irrationnelles (no 21).

B. — *Actes commerciaux à raison de la qualité des parties.*

37. Tous les actes d'un commerçant n'ont pas la même nature.

Les actes d'un commerçant qui ont pour objet direct l'exploitation de son commerce et qui rentrent dans les articles 632 et 633, sont certainement commerciaux ; il en est ainsi des achats de marchandises destinées à être revendues, des divers contrats nécessaires à l'exécution des entreprises de manufactures, de transport, etc.

A l'inverse, un commerçant peut faire un grand nombre d'actes tout à fait étrangers à son commerce et qui ne sont pas plus commerciaux pour lui que pour tout autre : tels sont les achats de denrées ou de meubles faits pour ses besoins personnels ou pour ceux de sa famille (art. 638, al. 1). Le caractère commercial doit être refusé aux actes d'un commerçant qui sont étrangers à son commerce et qui ne rentrent pas dans les articles 632 et 633, C. com.

38. *Théorie de l'accessoire.* — Il y a une troisième catégorie d'actes que fait un commerçant, des actes qui, sans constituer l'exercice même du commerce, s'y rattachent étroitement, en ce qu'ils sont faits pour les besoins de celui-ci : tels sont les achats de comptoirs, de livres pour tenir les écritures, de voitures pour transporter des marchandises, le contrat en vertu duquel elles sont transportées par un voiturier, l'assurance des marchandises renfermées dans un magasin, etc. Tous ces actes ne sont pas commerciaux par eux-mêmes : faits par un non commerçant, ils auraient un caractère purement civil. Ils reçoivent un caractère commercial de leur rapport avec le commerce de celui qui les fait. On doit dire que tous les actes, même purement civils par eux-mêmes, sont des actes de commerce quand ils sont faits par un commerçant pour les besoins de sa profession. Cette théorie n'est consacrée par aucun texte formel ; son admission a, par suite, fait quelque difficulté. Elle est maintenant consacrée par la jurisprudence et on la désigne généralement sous le nom de *théorie de l'accessoire*, parce qu'elle s'applique aux actes qui sont des accessoires du commerce.

Des arguments décisifs peuvent être invoqués en faveur de cette doctrine. Rien de plus naturel, d'abord, que de considérer comme commerciaux des actes se rattachant à l'exercice du commerce. Les raisons qui ont fait établir la juridiction commerciale et qui ont fait admet-

tre les autres conséquences de la commercialité, se présentent ici avec toute leur force. Du reste, les textes sont favorables à cette solution. L'article 638, alinéa 2, exclut de la compétence consulaire les *actions intentées contre un commerçant pour le paiement de denrées et marchandises achetées* POUR SON USAGE PARTICULIER ; cela semble impliquer que l'achat est un acte de commerce, au contraire, quand les denrées ou marchandises sont achetées par un commerçant pour les bésoins de son commerce, alors même qu'elles ne doivent pas être revendues. Ce n'est pas tout : l'article 632 énumère parmi les actes de commerce *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers*. Assurément cette disposition ne peut être prise à la lettre ; d'abord, les négociants peuvent s'engager commercialement envers des non-commerçants et pas seulement envers des commerçants ; de plus, il est certain que, lors même qu'un commerçant s'oblige envers un autre commerçant, l'obligation est civile si elle est contractée pour les besoins personnels de celui qui s'oblige. Ainsi, un commerçant, propriétaire d'une forêt, vend une coupe de bois à un autre commerçant, qui se propose de l'employer au chauffage de sa maison d'habitation ; l'acheteur ne fait certainement, pas plus que le vendeur, acte de commerce. Mais, sous peine de refuser toute signification à cette disposition de l'article 632, il faut au moins l'entendre en ce sens que les obligations des commerçants sont traitées autrement que celles des non-commerçants : elles sont commerciales, par cela seul qu'elles sont contractées pour les besoins du commerce.

Cette *théorie de l'accessoire* a des conséquences multiples dont plusieurs ont déjà été indiquées. Voici les principales :

L'achat de balances, de rayons, de comptoirs, de registres ; l'assurance des marchandises contre l'incendie, des voitures de toutes sortes servant à l'exercice du commerce contre les accidents ; l'engagement de commis ou de serviteurs pour les besoins du commerce, etc., sont des actes de commerce.

38 *bis*. A l'occasion des contrats qui doivent être déclarés commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire, deux difficultés importantes se présentent :

1° L'achat ou la vente d'un *fonds de commerce* est-il un acte commercial ? Pour résoudre cette question avec netteté, il faut distinguer plusieurs hypothèses. Un fonds de commerce peut comprendre notamment l'achalandage (ou clientèle), le droit au bail des marchandises, le droit à la marque de fabrique ou de commerce et d'autres éléments. V. L. 17 mars 1909. Il peut être vendu pour un prix unique ou moyennant un prix s'appliquant à l'achalandage et au droit au bail et un prix distinct pour les marchandises. L'achat ou la vente, en tant qu'ils por-

tent sur les marchandises, sont certainement commerciaux : il y a revente de marchandises achetées dans ce but et achat avec l'intention de revendre. Mais que faut-il décider lorsque la vente ne porte que sur l'achalandage et le droit au bail ou quand il y a un prix unique, de telle sorte que, l'opération ne pouvant être scindée, un caractère unique doive lui être reconnu ?

On a soutenu anciennement qu'il n'y a pas là un acte de commerce, parce que l'article 632, qui contient une énumération limitative, n'en fait pas mention. Cette opinion a succombé ; elle est en contradiction avec la *théorie de l'accessoire*. La vente d'un fonds de commerce est le dernier acte de la vie d'un commerçant : l'achat d'un fonds de commerce est le premier acte de celui qui veut devenir commerçant ou une opération ayant pour but de développer son commerce à l'égard de celui qui est déjà commerçant.

2° La théorie de l'accessoire ne doit pas faire reconnaître le caractère commercial à des actes qui, d'après la loi, sont essentiellement civils. Ainsi, l'achat ou la location d'un immeuble pour y exercer un commerce sont des actes civils. Il serait irrationnel de déclarer civile la spéculation portant directement sur un immeuble (n° 22) et commerciale celle qui ne s'y rattache qu'accessoirement. Il ne faudrait pas conclure de là que les contrats passés par un commerçant qui fait construire une maison pour l'exercice de son commerce, ne sont pas commerciaux pour lui. Ces contrats ne sont pas relatifs à la propriété immobilière et ils sont passés réellement pour les besoins du commerce.

39. La *théorie de l'accessoire* n'est généralement appliquée qu'au cas où il s'agit d'un commerçant qui fait un acte pour les besoins de sa profession ; l'article 632 paraît avoir ce cas en vue en parlant des obligations entre négociants. Il semble, toutefois, logique de ne pas restreindre ainsi la *théorie de l'accessoire*, mais de l'étendre même aux actes faits à l'occasion d'une opération commerciale isolée par une personne qui n'est pas commerçante : ainsi, l'emprunt fait par un non-commerçant pour une spéculation commerciale est un acte de commerce. L'article 91, al. 1, C. com , paraît favorable à ce système ; il considère expressément comme un acte de commerce le gage constitué pour garantie d'une dette commerciale.

40. QUASI-CONTRATS, DÉLITS, QUASI-DÉLITS COMMERCIAUX. — En vertu de la théorie de l'accessoire, on est conduit à reconnaître le caractère commercial non seulement à des obligations contractuelles, mais aussi à des obligations résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, dès l'instant où elles naissent à l'occasion de l'exercice du commerce. Il y a ainsi, en même temps que des contrats commer-

ciaux, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits commerciaux. En voici des exemples :

a) Dans un règlement de compte entre commerçants, une erreur est commise, et l'un d'eux paye à l'autre plus qu'il ne lui doit en réalité ; il y a là un paiement de l'indû commercial, et, par suite, l'action en répétition est de la compétence du tribunal de commerce (1). C'est ainsi que l'action en *délaxe*, intentée par un expéditeur de marchandises contre une compagnie de chemin de fer qui a perçu un prix de transport excédant celui dont les tarifs homologués par l'administration autorisent la perception, est de la compétence du tribunal de commerce.

b) La gestion d'affaires peut avoir le caractère commercial. Ainsi, j'ai acheté à crédit des marchandises pour les revendre. A l'échéance, je ne paie pas le prix. Un de mes correspondants intervient pour payer le prix à ma décharge. Il n'a pas reçu de mandat de moi, c'est un gérant d'affaires. Mon obligation de lui rembourser la somme qu'il a avancée pour moi est commerciale.

c) Il y a abordage entre deux navires marchands, ou la voiture affectée par un commerçant à l'exercice de sa profession cause un accident; il y a délit ou quasi-délit. L'obligation de réparer le préjudice causé est commerciale, et, par suite, l'action en dommages-intérêts est de la compétence du tribunal de commerce. Cette solution doit être admise sans distinguer suivant que les délits ou quasi-délits sont commis par le commerçant lui-même ou par ses employés et ouvriers du fait desquels le commerçant répond en vertu de l'article 1384, C. civ. (2), suivant qu'il s'agit de dommages causés aux personnes ou aux choses.

d) Un commerçant cherche à enlever à un concurrent par des actes frauduleux une partie de sa clientèle : ce sont là des faits de *concurrence déloyale*. L'action en dommages-intérêts doit être portée devant la juridiction commerciale.

Le texte du Code de commerce permet de donner cette large portée à la théorie de l'accessoire. L'article 632, *avant-dernier alinéa*, parle *des obligations entre commerçants*, sans en spécifier la cause ; rien n'indique que cette disposition doive être restreinte aux obligations contractuelles. Du reste, les commerçants sont exposés à de nombreuses demandes fondées sur des faits variés se rattachant à leur commerce ; il est très utile qu'elles puissent toutes être jugées avec une grande rapidité.

(1) Cass., 5 février 1907, S. et *J. Pal.*, 1907. 1. 305 ; *Pand. fr.*, 1907. 1. 98.

(2) La responsabilité du patron envers les tiers se rattache bien à l'exercice de sa profession. V. en ce sens, Cass., 28 octobre 1896.

Toutefois, il va de soi que le caractère commercial n'appartient pas plus à toutes les obligations quasi-contractuelles ou délictuelles d'un commerçant qu'à toutes ses obligations contractuelles. Quand un commerçant cause un dommage à autrui, fût-ce même à un autre commerçant, si le fait dommageable ne se rattache en rien au commerce de celui qui l'a commis, celui-ci n'est tenu que d'une obligation civile. Ainsi une personne réclame à un commerçant des dommages-intérêts à raison d'une poursuite correctionnelle mal fondée ; l'obligation du défendeur est purement civile.

40 *bis*. Il y a dans notre législation quelques dérogations importantes à la *théorie de l'accessoire*, en matière d'obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en dommages-intérêts exercés même contre un commerçant à raison, soit de la contrefaçon d'une invention brevetée (L. 5 juillet 1844, art. 34), soit de l'usurpation ou de l'imitation d'une marque de fabrique ou de commerce (L. du 23 juin 1857, art. 16) ; mais on rentre dans la règle générale pour les actions en dommages-intérêts fondées sur la contrefaçon d'un dessin ou d'un modèle de fabrique (L. 14 juillet 1909 (1) ou sur l'usurpation d'un nom commercial ou d'un nom de localité apposé sur des produits fabriqués. (L. 28 juil. 1824) (2). Ces différences ne peuvent pas s'expliquer rationnellement —D'après les lois du 9 avril 1898, du 12 avril 1906 et du 18 juillet 1907 sur la responsabilité des patrons à raison des accidents arrivés aux ouvriers dans leur travail, les contestations entre les victimes et les chefs d'entreprises assujetties à ces lois sont de la compétence du juge de paix ou du tribunal civil. V. L. 9 avril 1898, art. 9 et 18.

41. *Cautionnement*. — L'obligation, qui est l'accessoire d'une autre, n'a pas nécessairement le caractère de l'obligation principale. Ainsi, le cautionnement d'une dette commerciale constitue, en principe, un engagement purement civil. Il en est ainsi alors même que le débiteur principal et la caution sont des commerçants. Toutefois, il en est autrement lorsque la caution est elle-même intéressée dans les opérations commerciales du débiteur principal. En outre, la commercialité de l'engagement de la caution résulte de l'obligation à laquelle il se rattache, quand il est donné par une personne qui garantit l'obligation

(1-2) Les lois, par cela même qu'elles ne se prononcent pas sur la question de compétence, laissent s'appliquer les principes généraux qui conduisent à la reconnaissance de la compétence des tribunaux de commerce. La loi du 18 mars 1806, qui a régi les dessins et modèles industriels jusqu'à la loi du 14 juillet 1909, admettait expressément, dans son article 15, la compétence commerciale.

d'un signataire d'une lettre de change ; c'est cette personne qu'on désigne, sous le nom de *donneur d'aval* (C. com., art. 141 et 142). V. nos 637 et suiv.

42. Une obligation originairement civile peut devenir commerciale, et réciproquement une obligation commerciale à l'origine peut devenir civile par suite d'une novation. C'est ainsi que, lorsqu'un compte courant existe entre deux commerçants, il rend commerciales toutes les dettes qui y rentrent, quelle qu'en soit l'origine. V. n° 791, *c*.

43. PRÉSOMPTION APPLICABLE AUX ACTES FAITS PAR LES COMMERÇANTS. — Souvent le caractère civil ou commercial d'un acte fait par un commerçant apparaît avec évidence. Mais, parfois, il peut y avoir doute sur le point de savoir si tel acte d'un commerçant est ou non relatif à son commerce. La loi présume que tous les actes faits par un commerçant se rapportent à son commerce et sont, par conséquent, commerciaux. Cette présomption légale est fort naturelle ; presque tous les actes d'un commerçant sont relatifs à sa profession. L'article 638, al. 2, ne parle que des *billets souscrits par un commerçant*, pour décider qu'ils sont censés faits pour son commerce. Mais cela n'a rien de limitatif, il n'y a pas de raison pour distinguer selon la forme de l'engagement. Peu importe qu'il y ait un billet, un acte authentique ou sous seing privé, ou même que l'engagement soit purement verbal.

Du reste, cette présomption n'est pas absolue : elle peut, comme en général les présomptions légales, être détruite par la preuve contraire (art. 1352, C. civ.) ; cette preuve se fait par tous les moyens, elle peut résulter des énonciations mêmes de l'écrit invoqué (art. 638, al. 2).

43 *bis*. ACTES FAITS PAR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. — Une question spéciale se pose à propos du caractère des actes des sociétés par actions. Cette question est née de la disposition de l'article 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893, d'après laquelle les sociétés anonymes et en commandite par actions, constituées depuis cette loi, sont commerciales (1), *quel que soit leur objet*. Cf. n° 123. Résulte-t-il de cette disposition que les actes de ces sociétés sont des actes de commerce, alors même que, faits par un individu ou une société d'une autre espèce, ils seraient des actes civils ? On soutient l'affirmative en argumentant de l'article 1, Code com. Il faut bien, a-t-

(1) Il est soutenu que cette disposition s'applique aussi aux sociétés en commandite simple : Douai, 13 mai 1907, D. 1907. 2. 279. V., contre cette doctrine, ci-après, n° 338.

on dit, que les actes d'une société par actions soient considérés comme commerciaux pour que leur réitération rende la société elle-même commerciale (1). On voit que, dans cette opinion, il y a, depuis la loi du 1er août 1893, toute une nouvelle catégorie d'actes de commerce : les actes, de quelque nature qu'ils soient, faits par une société par actions

Mais nous ne pensons pas que cette opinion doive être admise ; nous estimons, au contraire, que, si toute société par actions est commerciale, la nature civile ou commerciale de ses actes doit être déterminée conformément aux règles ordinaires contenues dans les articles 632 et suiv., C. com. Le texte du nouvel article 68 de la loi de 1867 (ajouté à cette loi par celle du 1er août 1893) n'applique la qualification commerciale qu'aux sociétés par actions ; il ne parle nullement des opérations de ces sociétés qui restent ainsi sous l'empire du droit commun. Cela est d'accord avec le but que s'est proposé le législateur : il a voulu surtout soumettre les sociétés par actions au régime de la faillite et de la liquidation judiciaire, qui ne s'applique pas aux sociétés civiles. Cf. nº 337. Il n'a jamais été question de changer artificiellement le caractère légal de leurs opérations, en déclarant commerciaux des actes faits par les sociétés par actions qui auraient légalement le caractère civil, s'ils étaient faits par des individus ou par des sociétés en nom collectif.

(1) Lacour, note dans Dalloz 1895 2. 193; Cf. dans un sens analogue, mais avec une nuance, Thaller *Traité élémentaire de Droit commercial*, nº 620. Notre savant collègue admet la commercialité de tous les actes d'une société par actions, à l'exception, toutefois, de ceux qui ont des immeubles pour objet. Il nous semble y avoir, entre les deux solutions qui forment cette doctrine intermédiaire, une véritable contradiction.

CHAPITRE II

DES COMMERÇANTS ET DE LEURS OBLIGATIONS SPÉCIALES

44. *Plan du chapitre.* — Il importe, en droit, de distinguer les commerçants des non-commerçants, comme il y a intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils. Tout le monde ne peut pas être commerçant : il y a des personnes auxquelles le commerce est interdit pour des motifs d'intérêt général ; il en est d'autres qui sont légalement incapables de faire le commerce. Du reste, tous les genres de commerce ne sont pas libres ; il en est qui font l'objet d'un monopole ou qui sont réglementés d'une façon spéciale. Enfin, il y a des obligations particulières imposées aux commerçants ; telles sont l'obligation de tenir des livres et celle de publier le régime sous lequel ils sont mariés. Aussi devons-nous examiner successivement : 1° à quels points de vue il importe de distinguer les commerçants des non-commerçants ; 2° quelles conditions doit réunir une personne pour avoir la qualité légale de commerçant ; 3° quelles sont les restrictions apportées à la liberté de faire le commerce ; 4° quelle est la capacité requise pour faire le commerce ; 5° quelles sont les principales obligations spéciales aux commerçants.

1° De l'intérêt de la distinction entre les commerçants et les non-commerçants.

45. Les commerçants doivent être distingués des non-commerçants, les commerçants ont des droits et sont tenus d'obligations qui leur sont propres et des règles spéciales leur sont, sous certains rapports, applicables. Ces droits, ces obligations et ces règles spéciales, dont l'énumération suit, seront examinés en détail à propos de chaque matière à laquelle ils se rattachent :

a) Sauf quelques rares exceptions, les commerçants seuls sont électeurs et éligibles aux tribunaux et chambres de commerce, ainsi qu'aux chambres consultatives des arts et manufactures (L., 8 décembre 1883, art. 2 et 8 ; L., 19 février 1908).

b) Les commerçants sont obligés de tenir des livres et de dresser tous les ans un inventaire (C. com., art. 8 et suiv.).

c) Ils doivent publier leur régime matrimonial dans les formes que la loi détermine (C., com., art. 65 à 70).

d) Quand ils cessent leurs paiements, ils sont déclarés en *liquidation judiciaire* ou en *faillite*, et ces institutions ne s'appliquent pas aux non-commerçants (art. 437, C. com.; art. 1, L. du 4 mars 1889).

e) Les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont commerciaux en vertu de la *théorie de l'accessoire*, quoique ces actes ne soient pas commerciaux par eux-mêmes et, par suite, soient purement civils quand ils sont faits par des non-commerçants (nº 38).

f) Tous les actes faits par un commerçant sont légalement présumés faits pour les besoins de son commerce et sont, par conséquent, réputés commerciaux jusqu'à la preuve du contraire (nº 43).

Il ne faut pas mentionner, parmi les obligations spéciales aux commerçants, celle de payer l'impôt de la patente. Cet impôt direct frappe, en principe, toutes les personnes exerçant une profession quelconque, notamment les médecins, les avocats, les notaires, les avoués, etc. (L. 15 juillet 1880, art. 1); il y a seulement d'importantes exceptions au principe, limitativement indiquées par la loi (agriculteurs, artistes, fonctionnaires, etc.).

2º Qui est commerçant ?

46. Selon l'article 1, C. com., *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.*

Deux conditions sont donc exigées, d'après cette disposition, pour qu'une personne ait la qualité légale de commerçant. Il faut : *a*) qu'elle fasse des actes de commerce ; *b*) qu'elle en fasse sa profession habituelle.

a) Pour la première condition, il n'y a qu'à renvoyer à l'étude des actes de commerce faite dans le chapitre précédent (nos 22 et suiv.).

b) Il ne suffit pas, pour être commerçant, qu'une personne fasse accidentellement un ou plusieurs actes de commerce ; il faut que ces actes soient assez répétés pour qu'on puisse dire qu'elle en fait sa *profession habituelle*.

D'après ces expressions mêmes, la loi ne se contente pas de l'habitude, elle veut qu'il y ait une profession, c'est-à-dire l'exercice d'actes de commerce réitérés faits dans un but de spéculation. Ainsi, le propriétaire d'une maison qui aurait l'habitude de recouvrer ses loyers et de payer ses fournisseurs au moyen de lettres de change tirées au profit de ceux-ci sur ses locataires ne serait pas, pour cela, commerçant.

Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement dans chaque espèce, sans qu'un pourvoi en cassation puisse être admis sur ce point, si le nombre des actes de commerce faits par un individu implique bien qu'il en fait sa profession habituelle. Il n'est pas, du reste, nécessaire que l'exercice d'une profession commerciale soit *notoire* à raison de ce qu'un magasin a été ouvert, de ce que des offres de service ont été faites au public ; la notoriété n'est utile qu'en fait au point de vue de la facilité de la preuve.

Il n'est pas besoin non plus, pour être un commerçant, qu'une personne fasse du commerce sa profession *principale* : ainsi, des notaires, des huissiers ont été souvent considérés comme des commerçants et déclarés, par suite en faillite, par cela seul qu'ils faisaient le commerce à titre accessoire. V. n° 52.

Il va sans dire qu'il ne suffirait pas qu'un individu prît dans un acte la qualité de commerçant, pour être réputé tel. Ce serait seulement à lui à prouver que cette qualité ne lui appartient pas, si on se prévalait de sa déclaration. Mais celui qui a pris à tort la qualité de commerçant peut être tenu de réparer le dommage que la prise de cette fausse qualité cause à des tiers. Ainsi, dans le cas où une demande en déclaration de faillite est formée contre lui par un créancier et rejetée, le défendeur peut être condamné aux frais du procès à titre de dommages-intérêts.

47. La loi n'indique expressément que les deux conditions qui viennent d'être mentionnées. Mais il va de soi que, pour qu'un individu soit commerçant, il est, en outre, nécessaire :

a) Qu'il soit légalement *capable* de faire le commerce. Il est expliqué plus loin (n° 58) que celui qui, malgré son incapacité, fait des actes de commerce sa profession habituelle, ne devient pas, pour cela, commerçant.

b) Qu'il fasse les actes de commerce constituant sa profession *en son nom* et non pas au nom d'une autre personne sous la dépendance de laquelle il est placé. Ainsi, le commis d'un commerçant fait continuellement des actes de commerce ; il n'est, pourtant, pas commerçant ; la raison en est qu'il les fait au nom de son patron. De même, les directeurs et les administrateurs des sociétés anonymes ne sont pas commerçants ; c'est au nom de ces sociétés qu'ils opèrent. Ainsi les dispo-

sitions des lois du 8 décembre 1883 (art. 1 et 8) et du 19 février 1908 sur les élections des juges aux tribunaux de commerce et des membres des chambres de commerce et des chambres consultatives des arts et manufactures qui rangent les directeurs des sociétés anonymes françaises parmi les électeurs et les éligibles, constituent-elles des dérogations à la règle selon laquelle les commerçants y sont seuls compris.

47 *bis*. Un individu peut être responsable des actes d'un commerçant sans devenir pour cela commerçant. Tel est le cas du mari dont la femme est marchande publique avec son autorisation, quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté (n° 71 *in fine*). Il en serait de même de celui qui ferait faire le commerce par un prête-nom. Cf. art. 593-3°, C. com.

48. Ces principes doivent conduire à reconnaître que les agents de change et les courtiers jouissant d'un privilège (courtiers maritimes et courtiers d'assurances maritimes) sont des commerçants. Cela résulte bien de ce que les opérations de courtage, de change et l'entreprise de commission sont rangées parmi les actes de commerce ; les personnes dont il s'agit font des actes de cette nature leur profession habituelle. Il est vrai que ces personnes sont des officiers ministériels nommés comme tels par le Président de la République ; mais cette qualité n'a rien d'incompatible avec celle de commerçant. Du reste, la question avait été surtout agitée à propos des élections aux tribunaux de commerce et aux chambres de commerce et, à ce point de vue, elle n'est plus discutable ; les lois du 8 décembre 1883 (art. 1 et 8) et du 19 février 1908 rangent expressément les agents de change et tous les courtiers parmi les électeurs et les éligibles.

49. La définition que l'article 1er, C. com., donne des commerçants et qui vient d'être commentée, ne s'applique pas seulement aux individus, mais aussi aux sociétés qui peuvent être civiles ou commerciales. Sont des *sociétés commerciales* celles qui font des actes de commerce leur profession habituelle. Il sera, toutefois, expliqué (n° 123) que certaines sociétés, les sociétés par actions (1) constituées depuis la loi du 1er août 1893, sont considérées comme commerciales, alors même qu'elles font exclusivement des opérations civiles (L. 24 juillet 1867, art. 68 ajouté par la loi du 1er août 1893 (2).

50. A s'en tenir au texte de l'article 1er du Code de commerce qui

(1) Il est soutenu que les sociétés en commandite *simple* sont aussi des sociétés par actions, quel que soit leur objet. V. ci-après, n° 338.

(2) Il a été dit plus haut (n° 43 *bis*) que, selon nous, les opérations de ces sociétés ne sont pas pour cela devenues commerciales.

ne fait aucune distinction, on devrait qualifier de commerçant tout individu qui fait de l'exercice d'actes de commerce sa profession, quelque restreintes que soient ses affaires, alors même que, pour lui, le commerce serait plutôt un moyen de gagner sa vie de chaque jour qu'un mode de spéculation. Ainsi, d'après la définition de l'article 1er, un marchand des quatre-saisons, un colporteur devrait être considéré comme commerçant. Cela n'est pas admissible : on arriverait autrement à cette conséquence absurde de soumettre à l'obligation de tenir des livres ou de publier leur régime matrimonial des personnes qui font des gains modiques constituant plutôt des salaires que des bénéfices commerciaux. Il faut reconnaître aux tribunaux le pouvoir de refuser, d'après les circonstances, la qualification de commerçant à une personne qui fait de minimes opérations de commerce pour gagner sa vie de chaque jour. Des Codes étrangers formulent cette règle que le bon sens impose, en dispensant les personnes dont il s'agit des obligations dont sont tenus d'ordinaire les commerçants (1).

3° De la liberté de faire le commerce et des restrictions qu'elle subit.

51. En règle générale, depuis la Révolution de 1789, toute personne peut faire tel commerce que bon lui semble et de la manière qui lui convient. Ce principe de la liberté du travail n'a pas toujours existé. Dans l'ancienne France, il y avait un grand nombre de villes où, pour beaucoup de professions, il existait des *corporations*. Une personne ne pouvait exercer le commerce qu'après avoir été admise dans une de ces corporations comme maître à la suite d'épreuves subies devant des jurés. La loi du 1er avril 1791 a supprimé les corporations avec les maîtrises et les jurandes et proclamé qu'*il sera libre à toute personne de faire tel négoce et d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon.*

52. Mais la liberté du travail en matière commerciale n'est pas absolue. Des restrictions y sont apportées par la constitution de monopoles au profit de l'Etat ou d'un certain nombre d'individus, par l'exigence de conditions spéciales chez ceux qui veulent exercer certains commerces, par la défense faite à certaines personnes, dans un intérêt général, de faire, soit le commerce, soit des actes de commerce d'un certain genre.

Ainsi, l'Etat s'est réservé le monopole de la fabrication et de la vente

(1) V. Code de commerce *allemand*, art. 14, et *hongrois*, art. 5.

des tabacs, des poudres de guerre, de chasse ou de mine, des allumettes, de la frappe des monnaies, du transport des lettres, du télégraphe, du téléphone, etc.

Les professions d'agents de change, de courtiers d'assurances maritimes et de courtiers maritimes ne peuvent être exercées que par des individus nommés dans ce but par le gouvernement (art. 76 et suiv., C. com., L. 18 juillet 1866). Pour d'autres professions commerciales, comme celle de pharmacien, un diplôme est exigé. Le commerce est interdit notamment aux magistrats, aux avocats, aux avoués, aux notaires, aux huissiers, aux consuls français.

Ces interdictions n'ont pas pour but de protéger les personnes dont il s'agit, mais d'empêcher qu'elles ne se livrent à des opérations peu compatibles avec leur profession. Aussi les actes de commerce que font ces personnes, en contrevenant aux interdictions, sont-ils valables et les rendent-ils commerçantes, si ces actes sont assez réitérés pour qu'on puisse dire qu'elles en font leur profession habituelle. Ainsi, des notaires ou des huissiers sont parfois déclarés en faillite. La seule sanction des interdictions dont il s'agit consiste dans des peines disciplinaires qui frappent ceux qui y contreviennent. V. n° 53.

Dans un intérêt de salubrité et de sécurité générale, la loi restreint la liberté d'exercer des professions dangereuses ou insalubres, notamment en réglementant la création des établissements incommodes, insalubres ou dangereux. V. décret du 15 octobre 1810; décret du 3 mai 1886, etc.

4° De la capacité légale requise pour faire le commerce, spécialement de celle du mineur et de la femme mariée.

53. En règle générale, toute personne capable de contracter (art. 1123, C. civ.) peut faire le commerce, qu'elle soit de nationalité française ou étrangère (1). Le Code de commerce n'énumère pas les

(1) Si l'exercice du commerce a toujours été regardé comme une faculté du droit des gens et, par suite, accessible aux étrangers sans condition, cela ne veut pas dire que les étrangers qui font le commerce en France, sont, de tous points, assimilés à des Français. Il y a des différences tenant à la nature des choses ou établies par des textes formels : on peut citer parmi les premières, l'incapacité pour les étrangers d'être électeurs ou éligibles aux tribunaux et aux chambres de commerce et aux chambres consultatives des arts et manufactures (n° 1351), d'être agents de change (n° 807), courtiers officiels (n°s 850 et 857) ; dans ces différents cas, l'incapacité tient à ce que les étrangers n'ont pas les droits politiques et ne peuvent exercer de fonctions publiques. V. aussi,

personnes incapables de faire le commerce ; il se borne à indiquer (art. 2 et 4, C. com.) comment peut être levée l'incapacité des mineurs et des femmes mariées. Pour être complet, il faut parler aussi des interdits et des individus pourvus d'un conseil judiciaire (n° 77).

Il importe au plus haut point de distinguer les personnes incapables de celles auxquelles le commerce est interdit (n° 52). Les actes de commerce que font les secondes, sont valables et peuvent, quand ils sont assez nombreux, les rendre commerçantes (n° 52). Les actes de commerce des premières sont, au contraire, nuls et ne donnent pas, à ceux qui les font, quelque nombreux qu'ils soient, la qualité légale de commerçants.

A. — *Du mineur.*

54. D'après les principes généraux du Droit civil, le mineur non émancipé ne peut faire aucun acte par lui-même (art. 450, C. civ.), et, quant au mineur émancipé, il ne peut, en dehors des actes de pure administration, faire aucun acte sans être au moins spécialement assisté de son curateur (art. 482 à 484, C. civ.). On n'a pas voulu admettre que le tuteur d'un mineur non émancipé ferait le commerce au nom de son pupille ; l'exercice du commerce a des conséquences trop graves pour que la loi charge une personne de s'y livrer pour une autre. On ne pouvait non plus admettre que le mineur émancipé ferait le commerce lui-même, mais à la charge de se faire assister, pour chaque acte, par son curateur ; la nécessité de cette assistance continuelle ne serait pas conciliable avec la célérité si nécessaire au succès des affaires commerciales. Aussi le législateur a-t-il organisé un système spécial : par une autorisation générale, le mineur émancipé peut être habilité à devenir commerçant et, par suite, à faire tous les actes utiles pour l'exercice de son commerce.

D'après l'article 2, C. com., le mineur, pour devenir commerçant, doit être : 1° émancipé ; 2° âgé de 18 ans ; 3° autorisé expressément à faire le commerce ; 4° de plus, cette autorisation doit être rendue publi-

pour la compétence et la procédure, n° 1372 ; pour la faillite et la liquidation judiciaire, n°s 1338 et 1339. Les *sociétés étrangères* sont soumises en France à des règles particulières (n°s 341 et suiv.). Il y a également des dispositions spéciales aux étrangers en matière de *propriété industrielle*. V. notamment L. 5 juillet 1844, art. 47 ; L. 26 novembre 1873, art. 9 ; L. 14 juillet 1909, art. 13. Il est vrai de dire que, parfois, pour cette propriété, on distingue moins entre les étrangers et les Français qu'entre les personnes qui ont et celles qui n'ont pas d'établissement en France, quelle que soit leur nationalité. V. L. du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, art. 5 et 6.

que dans les formes déterminées par le Code de commerce. Chacune de ces quatre conditions doit être examinée séparément.

1° *Emancipation.* — Cette condition, la seule qu'exigeait le Code civil (art. 487) pour qu'un mineur pût devenir commerçant, se justifie facilement : le mineur, pour être commerçant, doit pouvoir agir par lui-même. Peu importe, du reste, que l'émancipation soit expresse ou résulte du mariage (art. 476-478, C. civ.).

2° *Age de 18 ans.* — Cette condition ne fait pas double emploi avec la précédente ; car le mineur qui a encore son père et sa mère peut être émancipé dès l'âge de 15 ans, et l'émancipation résulte du mariage, à quelque âge que celui-ci ait lieu (art. 476 et 477, C. civ.). Le législateur a exigé avec raison, pour l'émancipation commerciale, un âge plus avancé que pour l'émancipation civile : la première confère au mineur une capacité très étendue (art. 487, C. civ.), tandis que la seconde ne lui donne qu'une capacité très restreinte (art. 481 et suiv., C. civ.).

3° *Autorisation expresse de faire le commerce.* — Elle est donnée par le père, ou par la mère, en cas de décès, interdiction, ou absence du père, ou, à défaut de père et de mère, par une délibération du conseil de famille. Cette délibération doit être homologuée par le tribunal civil ; le tribunal de commerce n'est pas compétent en cette matière, parce qu'il s'agit d'une question de capacité et non d'une question commerciale.

L'autorisation peut, au gré de celui qui la donne, s'appliquer au commerce en général ou à un genre spécial de commerce. Elle doit être expresse ; une autorisation tacite résultant de ce que le mineur aurait fait le commerce au su et au vu de son père, de sa mère ou du conseil de famille, ne suffirait pas. Quand elle émane du conseil de famille, elle est constatée par le procès-verbal de la délibération dressé par le greffier de la justice de paix. Quand l'autorisation émane du père ou de la mère, elle peut être donnée, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé. Si l'autorisation doit être expresse, c'est que la publication en est requise.

4° *Publication de l'autorisation.* — D'après l'article 2, C. com., l'autorisation doit être transcrite sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce, et, en outre, un extrait doit en être affiché dans la salle d'audience de ce tribunal. Cette publicité dispense le mineur de la nécessité de justifier de sa capacité ; elle est prescrite dans son intérêt ; lui seul peut donc se prévaloir de son omission ; on ne voit pas pourquoi les tiers auraient à se plaindre de ce que la publication de l'autorisation n'a pas eu lieu. On ne voit, du reste, pas davantage pourquoi la loi permet au mineur d'invoquer cette omission ; il

n'en a pas été moins protégé, encore que l'autorisation n'ait pas été publiée dans les formes légales.

55. L'autorisation donnée à un mineur de faire le commerce peut-elle être révoquée par celui-là même qui l'a accordée ? On l'a nié. On a fait remarquer qu'aucun texte ne permet cette révocation, qui aurait l'effet très grave de restreindre la capacité d'une personne par la volonté d'une autre ; on a ajouté que, si le législateur avait permis la révocation, il l'aurait réglementée au point de vue des conditions et des formes. Cette opinion n'est pas admissible. D'abord, il est hors de doute que le mineur cesse d'être capable de faire le commerce quand, à la suite de la réduction de ses engagements, il est privé du bénéfice de l'émancipation (art. 484 et 485, C. civ.) ; une des conditions exigées par l'article 2 vient alors à manquer. Mais cette révocation indirecte de l'autorisation de faire le commerce est insuffisante pour protéger le mineur. D'abord, elle n'est pas possible en cas d'émancipation résultant du mariage, puisqu'alors, l'émancipation est définitivement acquise. Puis, le mineur peut très mal gérer son commerce sans qu'il y ait lieu de réduire ses engagements en vertu de l'article 485, C. civ. La révocation directe de l'autorisation doit être possible ; la loi a en vue la protection du mineur ; il serait exorbitant qu'on dût le laisser se ruiner quand on s'aperçoit qu'il n'a pas les aptitudes indispensables pour faire le commerce avec succès.

Qui peut révoquer l'autorisation ? les personnes mêmes qui, d'après l'article 2, sont investies du droit de l'accorder. Comme les choses ne sont plus entières et qu'à certains égards, la révocation a, pour le mineur, plus de gravité que l'autorisation même, on doit reconnaître au mineur le droit de s'adresser au tribunal civil qui a le pouvoir d'examiner si la révocation est fondée sur des motifs sérieux.

Il semble aussi convenable de rendre publique la révocation de l'autorisation par cela même que l'autorisation a été publiée. Cette publicité est utile pour prévenir les tiers qui pourraient contracter avec le mineur, que sa capacité de faire le commerce n'existe plus. A défaut de texte de loi réglant la publicité, une insertion dans les journaux peut suffire. Comme il n'y a pas dans ce cas de *publicité légale*, les tiers peuvent toujours soutenir qu'ils n'ont pas connu la révocation, quoique celle-ci ait été, en fait, publiée par la voie des journaux, ou, à l'inverse, les tiers peuvent, d'après les circonstances, être considérés comme ayant eu connaissance de la révocation de l'autorisation, malgré l'absence de toute publication.

56. *De la capacité du mineur commerçant.* — Le mineur autorisé à faire le commerce *est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce* (art. 487, C. civ. ; art. 2, C. com.). Ainsi, en principe, le

mineur commerçant est, en ce qui touche son commerce, absolument capable (1) : il peut vendre, acheter, emprunter, s'obliger, plaider, transiger, compromettre, etc. La prescription court contre lui, par dérogation à l'article 2252, C. civ. Il ne peut pas, à l'occasion de ses dettes commerciales, en invoquant l'article 2206, C. civ., exiger que ses créanciers discutent ses biens mobiliers avant de saisir ses immeubles. Il ne peut faire rescinder ses opérations pour cause de lésion (art. 1308, C. civ.).

La capacité du mineur commerçant existe, non pas seulement pour les faits qui constituent l'exercice même de sa profession, comme pourrait le faire croire l'article 2, C. com.; elle existe pour tous *les faits relatifs à son commerce* (art. 487 et 1308, C. civ.). Ainsi, il peut louer des magasins, acheter des comptoirs, des voitures destinées au transport des marchandises, emprunter pour les besoins de son négoce, engager des employés, etc.

La loi du 27 février 1880 exige, pour la vente des droits mobiliers du mineur émancipé (actions, obligations, rentes sur l'Etat, brevets d'invention, offices ministériels, etc.), qu'il obtienne, soit l'autorisation de son conseil de famille, soit celle-ci et l'homologation du tribunal civil, quand il s'agit d'une somme excédant 1.500 francs. Il n'est pas parlé dans cette loi du mineur commerçant ; on l'a passé sous silence avec intention, afin qu'il conservât la capacité de vendre seul les valeurs mobilières, pour se procurer l'argent nécessaire aux besoins de son commerce.

Le Code de commerce (art. 6) apporte une restriction à la capacité du mineur commerçant ; s'il peut engager (c'est-à-dire donner en antichrèse) ou hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son commerce, il ne peut pas, au contraire, les vendre sans l'autorisation de son conseil de famille et l'homologation du tribunal civil, conformément à l'article 457, C. civ.; il y a là une dérogation à la règle de l'article 2124, C. civ , d'après laquelle celui-là seul peut hypothéquer qui peut aliéner. Cette restriction à la capacité du mineur ne peut guère s'expliquer que par l'importance exceptionnelle qu'on attachait encore, au début du XIXe siècle, à la fortune immobilière.

Du reste, le mineur autorisé à faire le commerce ne peut pas, par

(1) Il y a certains droits qui ne peuvent être exercés qu'à un âge déterminé ; par exemple, le droit d'être élu aux tribunaux de commerce, aux chambres de commerce, aux chambres consultatives des arts et manufactures. Cet âge est celui de 30 ans (L. 8 décembre 1883, art. 3 et L. 19 février 1908). Pour quelques professions commerciales érigées en offices ministériels, il ne suffit pas d'être majeur ; par exemple, pour être agent de change, il faut avoir 25 ans.

cela seul, devenir membre d'une société de commerce dans laquelle il devrait être tenu personnellement et solidairement des dettes sociales. Une telle association offre des dangers exceptionnels ; pour qu'un mineur puisse en contracter une, il y a lieu d'exiger une autorisation spéciale :

57. L'autorisation de faire le commerce dûment donnée au mineur le fait considérer comme majeur *seulement pour les faits relatifs à son commerce* (art. 487, C. civ. ; art. 2, C. com.). Pour tous les autres actes, sa capacité ne diffère point de celle des mineurs émancipés, en général (art. 481 à 485, art. 1305 et suiv., C. civ.). Il est donc très important de savoir si un acte fait par un mineur commerçant concerne ou non son commerce ; la validité de cet acte peut en dépendre. Il y a des cas nombreux dans lesquels le but de l'acte ressort avec évidence des circonstances. Mais, dans le doute, l'acte est-il présumé commercial ou civil ? Une question analogue se pose même pour les commerçants majeurs. La loi présume que les actes faits par un commerçant sont relatifs à son commerce et sont, par conséquent, commerciaux (art. 638, 2e alin., C. com.). V. plus haut, n° 43. Pour une personne absolument capable, la question a un intérêt relativement secondaire (compétence, preuve, etc.). Elle en a un considérable à l'égard du mineur ; il s'agit de la nullité ou de la validité d'un acte fait par lui.

Des auteurs n'appliquent pas la présomption de l'article 638, alin. 2, au mineur commerçant. Pour lui, disent-ils, l'incapacité est la règle et la capacité l'exception ; dans le doute, il faut appliquer la règle. L'article 638, al. 2, n'a entendu trancher qu'une question de compétence et non de validité d'opérations. En conséquence, tout acte fait par un mineur commerçant serait, jusqu'à preuve contraire, présumé étranger à son commerce, à moins, toutefois, qu'il ne revêtît une forme commerciale (billet à ordre, lettre de change, etc.).

Cette opinion doit être rejetée ; il y a lieu d'appliquer l'article 638, al. 2, au mineur comme à tous autres commerçants. Le mineur commerçant est réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce ; il doit être dans la même situation que les autres commerçants Sa qualité même fait que presque tous ses actes concernent sa profession ; la raison d'être de la présomption de l'article 638, alin. 2, existe donc bien pour lui (1). En conséquence, c'est au mineur commerçant qui

(1) M. Thaller (*op. cit.*, n° 157) admet la solution, mais il la fait dériver de l'article 1353, C. civ., non de l'article 638, C. com. Il nous semble qu'il y a là une pétition de principe. Pour que l'article 1353, relatif aux présomptions de fait, soit applicable, il faut qu'on soit en matière commerciale, et c'est précisément la question.

invoque la nullité d'un acte fait par lui comme étant étranger à son commerce, à le prouver.

58. *Actes de commerce isolés faits par un mineur* — Pour faire des actes isolés de commerce, le mineur doit être pourvu de la même autorisation et doit remplir les mêmes formalités que pour devenir commerçant (art. 3). Le législateur a craint sans doute qu'autrement, on ne tournât l'article 2, en présentant comme des actes isolés les actes du mineur faisant un véritable commerce.

Le mineur autorisé à faire un acte de commerce peut-il faire non seulement cet acte, mais encore toutes les opérations nécessaires à cet effet (par exemple, constituer une hypothèque), comme le mineur commerçant est capable pour tous les actes relatifs à son commerce ? On l'a nié, en faisant remarquer que la loi est muette et qu'un mineur se livrant au commerce a besoin d'une capacité plus étendue que celui qui se borne à faire une opération de commerce isolée. Cela n'est pas concluant : le mineur habilité à faire un acte de commerce même isolé doit avoir à sa disposition tous les moyens nécessaires pour mener à fin son entreprise ; on ne comprendrait pas que la loi exigeât pour un seul acte les formalités compliquées de l'article 2, C. com., si le mineur ne devait pas acquérir une capacité complète pour tout ce qui est nécessaire à la réalisation de cet acte.

59. DES ACTES FAITS PAR LE MINEUR NON AUTORISÉ. — Les actes faits par le mineur, non autorisé conformément à l'article 2, C. com., ne sont pas inexistants : ils sont entachés de nullité et cette nullité est relative, c'est-à-dire que, conformément, du reste, aux principes généraux (art. 1125, C. civ.), cette nullité ne peut être invoquée que par le mineur ou par ses héritiers, non par les tiers avec qui il a fait ces actes.

Suffit-il, pour que la nullité soit admise, que les formalité de l'article 2 n'aient pas été remplies ou ne faut-il pas, de plus, qu'une lésion ait été éprouvée par le mineur ? On a soutenu, et c'est l'opinion qui triomphe dans la jurisprudence, que la seule sanction de l'article 2 consiste, en ce que les actes du mineur ne sont pas réputés commerciaux, mais que la question de savoir s'ils doivent être annulés ou rescindés seulement pour cause de lésion se résout, d'après la nature des actes dont il s'agit (1) à l'aide des principes du Code civil. Cette doctrine sub-

(1) Ainsi, d'après ce système, l'emprunt fait par un mineur, faisant le commerce sans y être autorisé, pour les besoins de sa professien est nul parce que la loi exige que l'emprunt fait par un mineur soit autorisé par le conseil de

tile est contraire à l'interprétation généralement donnée des articles 1305 et suiv., C. civ. ; on reconnaît que les actes pour lesquels la loi exige, dans l'intérêt du mineur, des formalités spéciales, sont nuls pour incapacité et que la rescision pour cause de lésion n'existe que pour les actes qui peuvent être faits par le tuteur seul ou par le mineur émancipé assisté de son curateur (art. 1311, C. civ.). Il s'agit bien ici d'actes pour lesquels des formalités spéciales, celles des articles 2 et 3, C. com., sont requises.

Il y a lieu, quand l'acte du mineur est annulé, de tenir compte des articles 1242 et 1312, C. civ., pour admettre que le mineur est obligé dans les limites du profit qu'il a tiré de l'acte (1), mais, même dans cette mesure, l'obligation du mineur n'est pas commerciale. Des conséquences importantes résultent de cette règle :

a) Le tribunal civil peut seul connaître de l'engagement du mineur.

b) Alors même que le mineur non autorisé aurait fait des actes de commerce répétés, il ne serait pas commerçant : par suite, il ne pourrait être ni déclaré en faillite, ni mis en liquidation judiciaire, ni poursuivi comme banqueroutier ; la banqueroute est une infraction pénale qui ne peut être commise que par un commerçant (art. 585, 586 et 591, C. com.), et cette qualité ne peut être reconnue à un mineur non autorisé qui fait le commerce.

B. — *De la femme mariée commerçante.*

60. Par cela même qu'il n'y a pas, dans notre législation, d'incapacité tenant au sexe, les filles, les veuves et les femmes divorcées sont pleinement capables au point du vue commercial, comme au point de vue civil (2). La femme mariée est, au contraire, incapable.

Dans le droit commun, c'est-à-dire quand il s'agit pour elle de toute

famille et que l'autorisation soit homologuée par le tribunal civil (art. 457 et 483, C. civ.). Au contraire, l'achat de marchandises fait par ce mineur n'est rescindable que pour cause de lésion. Un achat peut être fait par un mineur émancipé seul ou avec l'assistance de son curateur.

(1) V. une application de ces principes dans l'article 114, C. com. à propos de la lettre de change.

(2) V., cependant, la disposition spéciale de l'article 113, C. com., en matière de lettre de change, n° 708. — La femme commerçante n'est pas éligible aux tribunaux de commerce ; la loi du 23 janvier 1908 lui a conféré l'électorat. Mais les femmes qui ont le droit de participer, parmi les électeurs patrons ou ouvriers, aux élections des conseils de prud'hommes, sont aussi éligibles à ces conseils (L. 27 mars 1907, *concernant les conseils de prud'hommes*, art. 5 modifié par la loi du 15 novembre 1908).

chose autre que de faire le commerce, la femme mariée, à moins qu'elle ne soit séparée de corps (art. 311, C. civ.), doit obtenir l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle veut faire. L'autorisation de son mari doit être *spéciale* et doit être donnée par écrit ou résulter du concours du mari dans l'acte (art. 215 et 223, C. civ.). L'autorisation de justice remplace celle du mari, quand il refuse d'autoriser sa femme, quand il est mineur, interdit, absent, condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 219, 221, 222 et 224, C. civ.).

Ces règles s'appliquent sans exception aux actes de commerce isolés faits par une femme mariée ; cela résulte de ce que le Code de commerce ne contient sur les actes de commerce accidentels aucune disposition spéciale dérogeant aux règles du Code civil.

Au contraire, de notables dérogations sont apportées au droit commun pour la femme mariée qui veut devenir commerçante, *marchande publique*, selon l'expression ordinaire de nos Codes (art. 4, C. com., art. 1426, C. civ.). Ces dérogations s'expliquent par deux considérations générales. D'abord, la nécessité d'une autorisation spéciale, expresse et donnée dans des formes déterminées, ne se concilierait guère avec la multiplicité et la célérité des opérations de commerce. Puis, la multiplicité des opérations que fait une femme en exerçant le commerce ne peut laisser aucun doute sérieux sur la volonté du mari de l'autoriser, quand il les lui laisse faire sans protester.

Les règles du Code civil et du Code de commerce relatives à la femme mariée commerçante se sont trouvées modifiées quelque peu par la loi du 13 juillet 1907 relative au *libre salaire de la femme mariée* (1). Cette loi qui, par son titre, paraît spéciale à la femme ouvrière ou domestique à laquelle le législateur a surtout songé, a une portée très générale ; elle s'applique aux produits du travail de la femme mariée, quelle que soit la nature de ce travail, et aux biens qu'elle acquiert en faisant l'emploi de ces produits (L. 13 juillet 1907, art. 1er). Il y a lieu, par suite, de se préoccuper des modifications apportées par la loi de 1907 aux dispositions de nos Codes concernant la femme mariée commerçante. Il s'en faut qu'à cet égard, tous les points soient certains.

Il y a lieu de rechercher : a) *A quelles conditions une femme mariée peut devenir marchande publique* ; b) *Quelle est la capacité de la femme mariée commerçante et quels sont à l'égard de son mari les effets des obligations contractées par elle.*

(1) Consulter, sur la loi du 13 juillet 1907, dans l'*Annuaire de législation française de 1908* publié par la Société de législation comparée, pages 180 à 205, la notice et les notes de M. Léon Lyon-Caen.

a) A quelles conditions une femme mariée peut-elle devenir marchande publique ?

61. *La femme mariée ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari*. — Cette règle, consacrée par l'article 4, C. com., subsiste même depuis la loi du 13 juillet 1907. Car, si cette loi laisse à la femme mariée la libre disposition des produits de son travail et des biens qui leur ont servi d'emploi, elle ne la soustrait pas à la nécessité de l'autorisation maritale en ce qui concerne le choix d'une profession.

La disposition de l'article 4, C. com., qui exige le consentement du mari, est la seule dans nos lois qui indique comment une femme mariée peut devenir commerçante. L'article 4 ne règle pas la forme dans laquelle le consentement du mari est donné ; il résulte de la généralité de son texte, expliqué et complété par les précédents, qu'il y a, en cette matière, deux dérogations aux règles du Code civil :

1. L'autorisation peut être *tacite* ; il résulte notamment de ce qu'une femme mariée fait le commerce au vu et au su de son mari. Il n'est pas besoin, conformément à l'article 217, C. civ., d'une autorisation par écrit ni du concours du mari dans les opérations commerciales de sa femme. Une très ancienne tradition consacre cette règle, qui s'explique facilement : le grand nombre d'actes que suppose l'exercice d'un commerce fait que le silence du mari implique son approbation, tandis que, pour un acte isolé, ce silence peut ne pas être nécessairement interprété de cette façon ; il peut même y avoir doute sur le point de savoir si le mari avait eu connaissance de cet acte.

2. L'autorisation de faire le commerce, fût-elle donnée par écrit, peut être *générale*, par dérogation à l'article 223, C. civ., d'après lequel *toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme*. Elle s'applique, non à tels ou tels actes déterminés, mais à tous les actes que la femme pourra faire pour les besoins de son commerce. V. art. 5, C. com., et art. 220, C. civ.

62. Le consentement du mari n'est pas toujours suffisant. Ainsi, quand la femme mariée est mineure, il y a deux incapacités qu'il faut faire disparaître : l'une est celle de la femme mariée, l'autorisation maritale l'écarte ; l'autre est celle qui provient de la minorité, pour la lever ; il faut remplir les formalités de l'article 2, C. com.

63. Mais le consentement du mari est-il toujours nécessaire ? Ne doit-on pas admettre que, dans les cas de refus ou d'impossibilité matérielle ou juridique, l'autorisation maritale peut être suppléée par l'autorisation de justice ? Les textes paraissent devoir faire exclure en cette

matière l'autorisation de justice. L'article 4, C. com., ne parle que du consentement du mari et aucun article du Code de commerce ne fait allusion à l'autorisation de justice. Il est vrai que le Code civil (art. 218, 219, 222, 224) permet à la femme de recourir à la justice dans les cas de refus ou d'incapacité du mari ; mais les textes du Code civil visent exclusivement des cas dans lesquels il s'agit de faire un acte isolé ou de soutenir un procès. Puis, la loi suppose toujours (art 5, C. com., et 220, C. civ.), sans faire aucune distinction, que les actes de la femme commerçante obligent le mari quand il y a communauté de biens entre eux. Or, cet effet des actes de la femme suppose essentiellement le consentement du mari (V. C. civ., art. 1419). On comprend, du reste, qu'une grande différence soit faite entre le cas où il s'agit d'autoriser des actes déterminés par avance et celui où il s'agit d'habiliter la femme mariée à acquérir la qualité de commerçante, grâce à laquelle elle peut faire les actes les plus nombreux et les plus divers. Dans le second cas, il importe que l'autorisation soit donnée par une personne qui est à même de se rendre bien compte de l'aptitude commerciale de la femme ; il peut en être ainsi du mari, mais il ne saurait en être de même du tribunal civil. On peut ajouter que l'exercice d'un commerce met la femme en rapports constants avec le public et que le mari doit être seul juge des motifs qui sont de nature à interdire à la femme de transformer ainsi son genre de vie.

Ce système, bien fondé en droit, est rigoureux pour la femme, qui peut ainsi être victime du refus injuste ou souffrir de l'incapacité de son mari, alors que le commerce est, pour elle, le seul moyen de se procurer des ressources. Aussi la jurisprudence admet-elle généralement que l'autorisation de justice peut, même en cette matière, suppléer à celle du mari (1). Tout en n'approuvant pas cette jurisprudence au point de vue du droit positif, on peut, quand le mari est mineur, admettre que la justice autorise la femme à devenir commerçante ; alors, le tribunal ne fait que compléter, en quelque sorte, l'autorisation du mari, insuffisante à raison de son état d'incapacité.

63 *bis*. La loi du 6 février 1893, qui a modifié l'article 311 du Code civil, décide que la séparation de corps a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de la justice. La femme séparée de corps peut donc faire le commerce sans aucune autorisation.

La séparation de corps peut cesser par suite de la réconciliation des époux. La capacité de la femme est alors modifiée pour l'avenir et

(1) Cpr. Grenoble, 27 janvier 1863, Dalloz, 1863. 5. 38 ; *Pand. fr. chr.* ; Paris, 3 janvier 1868, Dalloz, 1868. 2, 28 ; *Pand. fr. chr.*

réglée par l'article 1449, C. civ. ; cela implique qu'elle ne peut plus devenir commerçante sans l'autorisation de son mari. Toutefois, si elle faisait le commerce sans y être autorisée, elle ne pourrait invoquer la nullité de ses actes pour cause d'incapacité qu'autant qu'on se serait conformé aux dispositions de l'article 311, dern. alin., C. civ. D'après cette disposition, il faut, pour que l'incapacité de la femme dans les limites de l'article 1449, C. civ., soit opposable aux tiers, *que la reprise de la vie commune ait été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445, C. civ., et, de plus, par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation et, enfin, par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales.*

b) De la capacité de la femme commerçante et des effets de ses obligations à l'égard du mari.

64. L'autorisation donnée à une femme mariée de faire le commerce a deux conséquences dont l'une se produit toujours, tandis que l'autre, dépendant du régime matrimonial, ne se produit qu'en certains cas : la première est la capacité conférée à la femme, la seconde est l'obligation du mari envers les tiers résultant des actes faits par elle dans l'exercice de son commerce.

65. *De la capacité de la femme commerçante.* — L'autorisation générale donnée à la femme de faire le commerce l'habilite à faire tous les actes relatifs à son commerce ; par dérogation à l'article 223, C. civ., il n'est pas besoin d'une autorisation spéciale pour chacun de ces actes; c'est là le sens de l'article 5, C. com. et de l'article 220, C. civ., qui, pris à la lettre, pourraient faire croire que la femme commerçante agit sans être autorisée (1).

La femme commerçante peut donc faire non seulement les opérations constituant l'exercice même de son commerce, mais encore tous les actes nécessaires ou utiles pour l'exercice de celui-ci ; elle peut ainsi acheter, vendre, emprunter, échanger, etc. (art. 7, C. com.). Toutefois, la qualité de marchande publique ne fait pas disparaître l'incapacité spéciale dont est atteinte la femme mariée sous le régime dotal. V. n° 65 *bis*.

Sous quelque régime qu'elle fût mariée, la femme marchande publique ne pouvait plaider sans autorisation spéciale, fût-ce à l'occasion d'affaires de son négoce (art. 215, C. civ.). On cherchait à expliquer

cette disposition en disant que, pour un procès, la femme a toujours le temps de requérir l'autorisation de son mari et qu'il importe qu'elle n'aborde pas un débat public sans une autorisation spéciale que la justice peut, du reste, donner à défaut du mari.

Il résultait de là qu'une femme mariée commerçante ne pouvait pas compromettre sans y être spécialement autorisée ; le compromis implique un procès porté devant des arbitres. Au contraire, elle a toujours pu transiger sur des difficultés relatives à son négoce ; elle a la disposition des objets compris dans la transaction (art. 2045, al. 1, C. civ.).

Mais, quant aux procès à porter devant les tribunaux ou devant des arbitres, la capacité de la femme mariée commerçante se trouve étendue en vertu de la loi du 13 juillet 1907. Cette loi (art. 1) confère à la femme mariée sur les produits de son travail personnel et les biens en provenant les mêmes droits d'administration que l'article 1449, C. civ. donne à la femme séparée de biens ; elle l'habilite à en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières et à aliéner à titre onéreux sans autorisation de son mari les biens ainsi acquis. Ce sont ces biens qu'on appelle *les biens réservés*. Aux termes de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1907, *la femme pourra ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi*. Ainsi, depuis cette loi, la femme commerçante peut ester en justice quand il s'agit de contestations se rattachant à l'exercice de sa profession.

65 *bis*. La femme, même commerçante, quand elle est mariée sous le régime dotal, reste soumise à l'incapacité spéciale dérivant d'ordinaire du régime dotal qui subsiste en cas de séparation de corps. Elle ne peut donc, fût-ce pour les besoins de son commerce, aliéner ou hypothéquer ses immeubles dotaux inaliénables ni disposer de sa dot mobilière dans les limites fixées par la jurisprudence, sauf, toutefois, dans les cas prévus par les articles 1557 à 1559, C. civ. (art. 7, al. 2, C. com.).

Il en est ainsi même des biens réservés à son administration en vertu de la loi du 13 juillet 1907 ; la femme mariée ne peut les aliéner quand ils sont dotaux, ce qui a lieu quand elle s'est constituée en dot ses biens à venir ou ses biens présents et à venir. Il est vrai que la loi de 1907 (art. 1, alin. 3) admet que la femme peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens acquis en emploi des produits de son travail. Mais cette disposition paraît déroger à l'incapacité de droit commun de la femme, non à l'incapacité spéciale dérivant pour elle du régime dotal. Ce qui le prouve, c'est que cette disposition exclut seulement la nécessité de l'autorisation du mari qui fait bien disparaître

l'incapacité légale de la femme, non son incapacité dotale. V. art. 1554, C. civ. (1).

66. Quelque étendue que soit la capacité de la femme marchande publique, on ne saurait lui permettre, à moins qu'elle n'ait une autorisation spéciale, de devenir commerçante en entrant dans une société de commerce. A part les dangers qu'offre, au point de vue pécuniaire, toute association, il y a des raisons de convenance qui s'opposent à ce qu'une femme puisse, sans l'autorisation de son mari, former avec une autre personne les liens étroits qui résultent d'un contrat de société. V. analog., n° 56. Cela ne s'applique pas à la femme séparée de corps, qui a pleine capacité (n° 63).

67. En dehors de son commerce, la femme mariée commerçante demeure, en principe, soumise aux règles du droit commun, c'est-à-dire aux règles des articles 215 à 225, C. civ. ; elle a besoin, pour chaque acte qu'elle fait, d'une autorisation spéciale ; sinon, l'acte est nul conformément à l'article 225, C. civ. Il est donc important de savoir si les actes d'une femme mariée commerçante sont ou non relatifs à son commerce. Dans le doute, il y a lieu de présumer l'affirmative, sauf la preuve contraire, en vertu de l'article 638, al. 2. V. analog., n° 57.

Mais ce qui vient d'être dit n'est plus exact, depuis la loi du 13 juillet 1907, du moins pour les biens réservés à la femme commerçante. Ces biens qui sont ceux qui proviennent du produit de son travail, peuvent être aliénés par elle à titre onéreux sans autorisation de son mari ni de justice, alors même qu'ils ne le sont pas pour les besoins de son commerce.

68. Il va de soi que les obligations contractées par la femme marchande publique, dans les limites de sa capacité, l'obligent sur tous ses biens (art. 2092 et 2093, C. civ.).

Toutefois, ses biens dotaux inaliénables (n° 65 *bis*) restent, par suite, insaisissables, même en ce qui concerne les obligations contractées pour les besoins de son commerce. Il semble difficile d'admettre qu'il y ait exception à l'insaisissabilité pour les biens réservés à la femme alors qu'ils sont inaliénables en qualité de biens dotaux. Quand l'article 3, 1er alin., déclare que les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par des créanciers, il n'exclut pas l'application des règles du régime dotal. Du reste, il a été dit, plus haut (n° 65 *bis*), que les biens réservés à l'administration de la femme

(1) Cette solution a été contestée. On a, en effet, prétendu qu'en vertu de la loi du 13 juillet 1907 qui est applicable, d'après son texte même (art. 1er), sous tous les régimes matrimoniaux, les produits du travail et les biens réservés de la femme sont nécessairement des biens paraphernaux sur lesquels elle a les pouvoirs que la loi nouvelle reconnaît à la femme mariée.

par la loi du 13 juillet 1907 demeurent inaliénables quand ils sont dotaux, et l'insaisissabilité est une conséquence de l'inaliénabilité.

69. *Effets des obligations de la femme à l'égard du mari.* — Le mari ne saurait assurément être obligé par suite des actes de la femme dans le cas où celle-ci a été autorisée par justice à faire le commerce, si l'on admet que cette autorisation peut remplacer celle du mari (n°63). Jamais, en effet, sous quelque régime matrimonial que ce soit, les actes faits par la femme autorisée par la justice n'obligent le mari (art. 1409-2° et 1426, C. civ.). Except., art. 1427, C. civ.

70. Le mari qui a autorisé est-il obligé par les actes de la femme relatifs à son commerce ? On ne peut faire une réponse absolue ; la solution varie avec les divers régimes matrimoniaux. Aussi faut-il parler séparément de chacun d'eux. Nos lois (art. 5, C. com.) n'ont prévu expressément que le cas du régime de communauté. Des difficultés, qui s'élevaient sous les régimes dotal et sans communauté, se trouvent écartées grâce à la loi du 13 juillet 1907.

71. *Régime de communauté.* — En s'obligeant pour les besoins de son commerce, la femme oblige aussi la communauté et le mari (art. 220, C. civ.; 5, C. com.); il y a là simplement une application des principes généraux (art. 1419, C. civ.). Cela n'a pas cessé d'être vrai en vertu de la loi du 13 juillet 1907. L'article 3, dernier alinéa, de cette loi dispose : *Le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'article 1er, mais sans autorisation maritale.* Cette disposition est sans application au cas où il s'agit d'une femme mariée commerçante ayant contracté pour les besoins de son commerce. Car, quand elle s'oblige, elle le fait, sinon avec une autorisation spéciale de son mari, du moins en vertu de l'autorisation générale de celui-ci.

L'autorisation du mari communique à la femme le pouvoir d'obliger la communauté qu'elle n'a pas sans cela, et, dès que la communauté est tenue, le mari l'est aussi; les biens de la communauté et ceux du mari que les tiers ne peuvent pas distinguer sont réputés se confondre. Du reste, l'application des principes généraux est ici d'autant plus juste que la communauté et, par suite, le mari peuvent profiter des bénéfices réalisés par la femme dans son commerce, sinon dans tous les cas en vertu de l'article 1401-1°, C. civ., comme avant la loi du 13 juillet 1907, du moins dans celui où il y a acceptation de la communauté (L. 1907, art. 5).

La loi ne faisant aucune distinction entre les diverses obligations de la femme, il semble juste d'admettre que le mari en est tenu alors

même qu'elles résultent de délits ou de quasi-délits, pourvu qu'elles aient le caractère commercial en vertu de la *théorie de l'accessoire* (nº 38) (telle serait l'obligation de réparer le dommage causé par un fait de concurrence déloyale ou par une négligence commise par la femme à l'occasion de son commerce) (1).

Le mari obligé par les actes de sa femme commerçante n'est pas commerçant ; il n'agit pas lui-même et la femme n'agit pas au nom de son mari comme une préposée (nº 75) ; l'autorisation ne peut être considérée comme un mandat que le mari aurait donné à sa femme de faire le commerce pour lui, mais cette autorisation a pour unique but de rendre la femme capable de faire le commerce et de l'habiliter à engager les biens de la communauté (2).. Aussi le mari d'une femme commerçante ne peut-il être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire.

Bien plus, l'obligation qui résulte, pour le mari, des actes de sa femme, n'est pas commerciale : elle a son unique fondement dans les règles du Droit civil relatives au régime matrimonial admis par les époux. Par suite, en cas de contestation, le mari ne peut être actionné devant le tribunal de commerce. Le mari n'était pas contraignable par corps avant la suppression de cette voie d'exécution sur la personne en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867.

72. *Séparation de biens contractuelle ou judiciaire.* — Chaque époux conserve la pleine propriété et l'administration de ses biens ; rien n'est commun entre eux. Aussi est-il certain que le mari n'est pas obligé par les actes de sa femme.

73. *Régime sans communauté.* — Sous ce régime, le mari a, en principe, l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme (art. 1530 et suiv., C. civ.) (3). S'il autorise la femme à faire le commerce, les créanciers de celle-ci ont assurément le droit de se faire payer sur tous les biens de leur débitrice pour la pleine propriété. Il est de règle que, sous ce régime, le mari, par son autorisation même, abdique éventuellement son droit de jouissance. Mais le mari est-il tenu sur ses biens personnels ? La négative résulte des principes généraux et des textes. D'après les articles 220, C. civ., et 5, C. com., la femme marchande publique oblige son mari, *quand il y a communauté entre eux* ; on est autorisé à conclure de là que le mari n'est pas obligé lorsqu'il n'y

(1) V. *en sens contraire*, Cass., 8 juillet 1872, S. 1872, 1. 257 ; *J. Pal.*, 1872. 657 ; D. 1872. 1. 33.

(2) Cf. Thaller, *op. cit.*, nºs 170-172.

(3) On dit que, sous le régime sans communauté, tous les biens de la femme sont dotaux sauf stipulation contraire, ce qui constitue une différence notable avec le régime dotal. V. art. 1561, C. civ.

a pas de communauté. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'en principe, celui qui se borne à autoriser n'est pas engagé (*qui auctor est non se obligat*) ; les articles 220, C. civ., et 5, C. com., sont donc des dispositions exceptionnelles ; comme telles, elles doivent recevoir une interprétation restrictive.

On avait, pourtant, soutenu, avant la loi du 13 juillet 1907 que le mari était obligé, en prétendant que, comme les bénéfices réalisés par sa femme lui appartenaient à titre de revenus ou de fruits, il était équitable que, par réciprocité, il répondît de ses dettes. Mais le point de départ du raisonnement était faux : les bénéfices commerciaux ne constituent pas des fruits ou revenus dans le sens légal et, par suite, ne sont pas gagnés par le mari. La loi distingue toujours les produits de l'industrie des époux des fruits et revenus de leurs biens. V. art. 1498, C. civ.

Du reste, le point de départ même de cette doctrine fait défaut depuis la loi du 13 juillet 1907. Il résulte de cette loi que les produits du travail de la femme mariée sous le régime sans communauté et les biens qu'elle acquiert avec eux lui sont propres. L'article 5, 4e alinéa, de la loi de 1907, dispose, en effet, que, *sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté ni société d'acquêts, ces biens sont propres à la femme.*

74. *Régime dotal.* — Lorsque la femme ne s'est constitué en dot que ses biens présents, elle est, quant aux biens acquis pendant le mariage, dans la situation d'une femme séparée de biens et, en conséquence, elle n'oblige assurément point son mari (n° 72). Quand la constitution de dot porte sur les biens à venir, la même question se posait avant la loi du 13 juillet 1907 que sous le régime sans communauté. Elle devait, par identité de raisons, être résolue de la même manière. Aujourd'hui, cette solution résulte aussi de la disposition de l'article 5, 4e alinéa, de la loi du 13 juillet 1907. V. n° 73.

75. *Révocation de l'autorisation maritale.* — Le mari peut-il révoquer son autorisation ? L'affirmative n'est pas douteuse. Le mari ne peut abdiquer d'une façon définitive son autorité pour l'avenir (1) ; d'après l'article 4, C. com., la femme ne peut être marchande publique *sans le consentement de son mari.*

La révocation ne doit pas être arbitraire ; la femme qui prétendrait que la révocation n'est pas motivée aurait le droit de recourir à la justice pour demander le maintien de l'autorisation. Ce recours doit être admis, alors même qu'on ne reconnaît pas que, pour habiliter la

(1) Il ne pourrait pas le faire même par une stipulation du contrat de mariage. V. art. 1388, C. civ.

femme mariée à faire le commerce, l'autorisation de justice peut remplacer celle du mari (n° 63). Dès que le commerce a été entrepris, les choses ne sont plus entières, et le tribunal peut se décider en connaissance de cause d'après les résultats déjà obtenus. V. analog., n° 55.

Bien qu'il n'y ait à cet égard aucune prescription légale, il est bon de rendre public le retrait de l'autorisation. A défaut de formalités de publicité déterminées par la loi, c'est aux tribunaux à apprécier, en fait, si les formalités accomplies ont été suffisantes pour faire connaître aux tiers que l'autorisation a été retirée ou si, même en l'absence de toute publication, les tiers n'ont pas connu, en fait, ce retrait. V. analog., n° 55.

Ce n'est pas tout, la révocation de l'autorisation donnée à une femme mariée de faire le commerce peut être indirecte. En effet, d'après la loi du 13 juillet 1907 (art. 2), le mari jouit du droit de faire retirer par justice à la femme mariée les droits exceptionnels que cette loi lui confère sur les produits de son travail et sur les biens qui leur ont servi d'emploi (1). Le retrait de ces droits relatifs aux biens réservés de la femme peut avoir pour conséquence de lui rendre, en fait, impossible l'exercice du commerce pour l'avenir.

76. *De la femme d'un commerçant.* — Quand le mari est commerçant, il arrive souvent que sa femme l'aide dans son commerce, notamment en détaillant les marchandises, en tenant les livres, etc. Elle doit être traitée, en droit, comme un préposé de son mari ; elle l'oblige donc sans s'obliger elle-même (cf. art. 1420, C. civ.). Aussi est il très important de ne pas confondre la femme d'un commerçant qui lui sert d'auxiliaire avec la femme commerçante. Afin d'éviter autant que possible les difficultés à cet égard, l'article 5, al. 2, C. com., a posé, pour la femme mariée, deux règles : *a*) *elle n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ; b*) *elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé*. Il résulte de là que, s'il n'est pas nécessaire, pour être considérée comme commerçante, qu'une femme mariée fasse un commerce

(1) L'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 est ainsi conçu :

En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage, par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, en présence de la femme, ou elle dûment appelée, le ministère public entendu. En cas d'urgence, le président du tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer à un acte que la femme se propose de faire avec un tiers.

d'un autre genre que celui de son mari, du moins faut-il que son commerce soit distinct.

77. INTERDITS, INDIVIDUS POURVUS D'UN CONSEIL JUDICIAIRE. — Le Code de commerce ne s'est pas occupé des incapables autres que le mineur et la femme mariée. Les principes généraux doivent donc servir à déterminer comment doivent être traités, au point de vue de l'exercice du commerce, les interdits et les individus pourvus d'un conseil judiciaire.

Les individus frappés d'interdiction judiciaire ou légale ne peuvent faire le commerce, puisqu'ils sont incapables d'agir eux-mêmes, et personne ne peut faire le commerce en leur nom : nos lois n'admettent pas que le commerce soit exercé par une personne au nom d'une autre qui ne l'a pas librement choisie comme son représentant. Du reste, pour les individus interdits légalement, il y a une impossibilité de fait à ce qu'ils fassent des actes de commerce ; ils subissent l'interdiction pendant la durée même de leur peine qui implique qu'ils sont privés de leur liberté (art. 29, C. pén.).

Les individus pourvus d'un conseil judiciaire peuvent faire des actes de commerce isolés avec l'assistance de leur conseil donnée pour chacun de ces actes. Mais ils ne peuvent être autorisés, d'une façon générale, par leur conseil à faire le commerce ; une autorisation de cette espèce, à raison même de sa généralité, détruirait une incapacité créée par la justice et qu'elle seule peut lever.

5° OBLIGATIONS SPÉCIALES AUX COMMERÇANTS.

78. Deux obligations que la loi n'impose pas aux autres personnes, pèsent sur les commerçants : *a*) celle de tenir des livres ; *b*) celle de rendre public, dans des formes déterminées par le Code de commerce, leur régime matrimonial.

SECTION PREMIÈRE. — **Des livres de commerce.**

79. *Utilité des livres de commerce.* — En prescrivant aux commerçants de tenir des livres pour y mentionner leurs opérations, le législateur s'est proposé plusieurs buts. Il y va d'abord de l'intérêt des commerçants eux-mêmes ; en consultant leurs livres, ils peuvent se rendre un compte exact des résultats de leurs opérations et se décider en connaissance de cause à étendre ou à restreindre leurs affaires.

Ce n'est pas tout. Les opérations commerciales ne sont pas toujours constatées par un acte dressé *ad hoc*, à raison même de ce qu'en principe, pour elles, quelle que soit l'importance de leur objet, la loi n'exige pas qu'il soit dressé un écrit ; si les livres de commerce ne les mentionnaient pas et ne servaient pas de moyen de preuve, il faudrait recourir à la preuve testimoniale, qui offre toujours de grands dangers. Enfin, quand un commerçant est dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements et que, la cessation des paiements étant judiciairement constatée, il y a faillite ou liquidation judiciaire, il importe de savoir quelle est la cause du mauvais état de ses affaires. Suivant qu'il est dû à des événements imprévus ou que des fautes ou des fraudes ont été commises, il y a liquidation judiciaire ou faillite, délit de banqueroute simple ou crime de banqueroute frauduleuse (art. 1 et 19, L., 4 mars 1889 ; art. 585, 586, 591, C. com.). L'examen des livres permet de vérifier la cause de la situation.

80. La loi indique les livres qu'elle oblige tout commerçant à tenir, elle les soumet à certaines formalités pour en assurer la régularité art. 8 à 17, C. com.), elle en détermine la force probante (art. 12 et 13, C. com., art. 1329 et 1330, C. civ.) et indique de quelle manière et dans quelles circonstances la production en justice des livres de commerce peut avoir lieu (art. 14 à 17, C. com.). Mais aucune loi ne s'occupe de la façon dont doivent être formulées sur les livres les mentions relatives aux différentes opérations. Les règles concernant la méthode à suivre pour que le commerçant se rende le plus facilement et le plus sûrement compte de sa situation générale ou de sa situation à l'égard de chacune des personnes avec lesquelles il est en relation, constituent la *comptabilité*, qui ne rentre pas dans le domaine du droit proprement dit (1).

Dans cette section, il sera seulement traité des livres dont la loi prescrit la tenue et des formalités auxquelles ils sont soumis. Tout ce qui concerne la force probante des livres de commerce et la manière dont la production peut en être faite en justice, sera exposé à propos de la théorie générale des preuves en matière commerciale. V. nos 384 et suiv.

81. L'obligation de tenir des livres incombe à tous les commerçants, aux sociétés commerciales comme aux individus. V. art. 34, loi du 24 juillet 1867 ; art. 4, loi du 5 novembre 1894. Les étrangers

(1) Aussi ne sera-t-il pas traité de la comptabilité dans cet ouvrage. V. des notions générales sur la comptabilité dans notre *Traité de Droit commercial*, I, nos 302 et suiv. V. aussi Boistel, *Précis de Droit commercial*. Consulter, pour une étude plus complète, Desplanques, *La comptabilité en partie simple et en partie double* (25e édition, 1904).

faisant le commerce en France y sont soumis comme les Français ; il s'agit d'une sorte de loi de police dans le sens large de l'article 3, al. 1, C. civ.

82. La loi réduit au minimum le nombre des livres que doit tenir tout commerçant. Il y a trois livres légalement obligatoires : le *livre-journal*, le *livre-copie de lettres*, le *livre des inventaires*. Outre ces livres, que *tout* commerçant doit avoir, la tenue de certains livres spéciaux est exigée de quelques commerçants. Voir, pour les agents de change et courtiers, art. 84, C. com. ; D. 7 octobre 1890, art. 41 ; et L. 15 juin 1872, art. 13 ; pour les changeurs, L. 15-27 mai 1791, ch. IX, art. 5 ; pour les entrepreneurs de transport, art. 1785 C. civ., et 102, C. com.

83. *Livre-journal.* — D'après l'article 8, C. com., tout commerçant est tenu d'avoir un *livre-journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives* (c'est-à-dire ses créances et ses dettes), *les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison.* Le *Journal* est la base même de toute la comptabilité, on a dit exactement que c'est le « procès-verbal quotidien et détaillé de tous les actes de la vie du commerçant qui peuvent influer sur sa fortune ». Il ne doit pas mentionner seulement les opérations commerciales, mais tout ce qui est reçu ou payé à un titre quelconque par le commerçant, par exemple, à raison d'une constitution de dot, d'une donation faite ou reçue, d'une succession recueillie, etc.

84. *Livre de copies de lettres.* — Tout commerçant *est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie* (art. 8, al. 2). Il faut évidemment comprendre sous le nom de *lettres missives* toutes les formes de correspondance : on y ferait rentrer aujourd'hui les télégrammes.

Beaucoup d'opérations commerciales se concluent par correspondance ; pour que la preuve en soit faite, il peut être nécessaire de rapprocher les réponses des lettres qui les ont provoquées. Il est indispensable que chaque intéressé ait entre ses mains le moyen de prouver la conclusion de l'opération ; il ne saurait le faire qu'en produisant l'original ou la copie des lettres contenant l'offre et l'acceptation.

Bien que la loi ne le prescrive pas, il va de soi qu'il est prudent, pour un commerçant, comme pour toute autre personne, de conserver aussi les effets de commerce qu'il a payés, les factures acquittées, les lettres de voiture, les connaissements et les autres titres relatifs à ses opérations.

85. *Livre d'inventaires.* — Un commerçant doit *faire, tous les ans,*

sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et le copier année par année sur un registre spécial à ce destiné (art. 9). L'inventaire n'a pas besoin, comme en matière de succession (art. 941 et suiv., C. proc. civ.), d'être fait par un notaire (1) ; cela occasionnerait trop de frais. La loi veut seulement que l'inventaire ne reste pas consigné sur une feuille volante, mais que, pour en assurer la conservation, il soit copié sur un registre. L'inventaire a, en effet, une grande importance ; il donne des indications précises sur la situation du commerçant aux différentes époques de sa vie commerciale.

Beaucoup de commerçants dressent un inventaire tous les six mois.

Dans les sociétés anonymes, outre l'inventaire annuel, il doit être fait chaque semestre un état sommaire de la situation active et passive (art. 34, L., 24 juillet 1867).

86. *Livres auxiliaires ou facultatifs.* — En dehors des livres obligatoires, presque tous les commerçants tiennent d'autres livres (art. 8, C. com.) qu'on appelle *facultatifs* ou *auxiliaires*. Ces livres varient avec l'importance et la nature du commerce : ils ont, en général, pour but de permettre à un commerçant de mieux connaître sa situation générale ou l'état de ses relations avec chacun de ses clients.

Les livres auxiliaires les plus usités sont :

Le *livre-brouillard*, sur lequel on consigne les opérations au fur et à mesure de leur conclusion, pour les reporter, ensuite, à loisir et au net, sur le livre-journal ;

Le *grand-livre*, qui est le relevé du journal dans un ordre méthodique ;

Le *livre de caisse* indiquant les espèces qui entrent dans la caisse et celles qui en sortent, de telle façon qu'à l'aide de deux additions et d'une soustraction, on voit quelle somme doit se trouver en caisse ;

Le *livre d'achats et ventes*, qui contient la copie des factures envoyées aux acheteurs ou reçues des vendeurs ;

Le *livre des traites et billets*, indiquant les effets de commerce à payer ou à recevoir, leur montant et leurs échéances. Il est très important de connaître celles-ci, même pour les effets à recevoir, à raison des formalités (protêt, signification du protêt, etc.), que le porteur d'un de ces titres doit remplir à l'échéance dans des délais très brefs, s'il n'est pas payé, sous peine d'encourir des déchéances (art. 168 et s., C. com. V, nos 686 et suiv.).

(1) L'intervention d'un notaire n'est pas non plus exigée pour la confection de l'inventaire dressé après la faillite ou la liquidation judiciaire (art. 480 et 481, C. com., et loi du 4 mars 1889, art. 4). V. n° 1132.

87. DES FORMALITÉS AUXQUELLES SONT SOUMIS LES LIVRES DE COMMERCE. — Les formalités diverses auxquelles la loi soumet les livres de commerce ont pour but d'en assurer la sincérité, de prévenir les fraudes consistant spécialement dans des antidates et des suppressions.

L'expression même de *livres de commerce* indique qu'il doit s'agir de registres ou de feuillets rattachés les uns aux autres et non de feuilles détachées.

88. Avant qu'un commerçant se serve de ses livres, ils doivent être soumis aux formalités prescrites par l'article 11, C. com.: ils doivent être *cotés*, *paraphés* et *visés*. La *cote* est le numérotage des feuillets dont se compose le livre; elle prévient la suppression ou l'intercalation. Le *paraphe*, ou signature abrégée du juge ou du maire, rend difficile et peu probable la substitution d'un feuillet à un autre; pour l'opérer, il faudrait imiter la signature d'un fonctionnaire public, ce qui constituerait un faux en écriture publique entraînant la peine des travaux forcés à temps (art. 147, C. pénal). Le *visa* consiste dans un procès-verbal dressé au commencement ou à la fin du registre pour constater l'opération, sa date, le nom du magistrat qui y a procédé et celui du commerçant qui doit employer le registre, enfin le nombre des feuillets dont il se compose.

Ces formalités, d'après l'article 11, ont lieu *sans frais*. Cela signifie seulement que les magistrats y procédant n'ont droit à aucune rémunération. Jusqu'à la loi du 27 juillet 1838 (art. 4), les livres devaient être timbrés; le droit de timbre, supprimé par cette loi, a été remplacé par des centimes additionnels à l'impôt de la patente. Le greffier a droit à une rémunération, mais les procès-verbaux de cote et de paraphe des livres de commerce, qui étaient soumis à un droit d'enregistrement, en ont été dispensés par la loi de finances du 22 avril 1905 (art. 9).

89. Les écritures ne doivent pas nécessairement être de la main du commerçant; elles peuvent être tenues par un employé, cela n'en diminue aucunement la force probante.

90. Afin d'éviter les additions ou modifications après coup et les antidates, le Code (art. 10, al. 3) prescrit de tenir les livres par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge. Aussi, quand l'on découvre une erreur ou une omission, ne peut-on la réparer que par un article spécial inscrit sur le livre à la date même de cette découverte; des ratures ne doivent pas être faites. Cpr. article 84, alinéa 2.

91. Il n'y a pas seulement des formalités à remplir avant qu'il soit fait usage des livres de commerce; il faut, en outre, que le livre-journal et le livre des inventaires soient paraphés et visés une fois par année. Le livre de copies de lettres seul n'est pas soumis à cette formalité

(art. 10, al. 1 et 2, C. com.). Ce visa annuel est tout à fait distinct du visa antérieur à l'usage du registre dont parle l'article 11. C'est un procès-verbal indiquant à quelle page d'un livre en sont les écritures à une date déterminée ; il a pour but d'empêcher qu'on ne puisse après coup fabriquer un registre entier pour une ou plusieurs années. Cette formalité n'est pas exigée pour le livre de copies de lettres ; l'existence des originaux entre les mains du destinataire rend cette fraude presque impossible en ce qui concerne ce registre.

92. Conservation des registres. — Pour ne pas encombrer les magasins des commerçants, la loi les dispense de conserver indéfiniment leurs livres. Leur conservation n'est légalement obligatoire que pendant dix ans. On a pensé qu'après ce laps de temps, les contestations relatives aux opérations portées sur des livres étant rares, l'utilité de la conservation de ceux-ci disparaît le plus souvent. La loi ne détermine pas le point de départ du délai de dix ans ; il est naturel de le fixer à la date du dernier article de chaque livre.

Du reste, cela n'implique pas qu'en matière commerciale, la prescription soit, en principe, de dix ans. Elle est, au contraire, de trente ans, comme en matière civile ; le Code de commerce ne contient pas de dérogation générale à l'article 2262, C. civ.; seulement, en beaucoup de cas spéciaux d'une grande importance, la loi commerciale admet des prescriptions de cinq ans (art. 64, 189, C. com.; art. 10, L. 24 juillet 1867) ou même de moindre durée (art. 108 et 433, C. com.).

Bien qu'un commerçant ne soit pas tenu de conserver ses livres plus de dix ans, il peut arriver, en fait, qu'il les ait encore après l'expiration de ce délai. Alors, il peut s'en servir en justice et être contraint de les produire tout aussi bien qu'avant que le délai de dix ans soit écoulé. Seulement, tandis que, pendant dix ans, un négociant ne peut alléguer raisonnablement qu'il n'a plus ses livres, après dix ans, il est recevable à le dire et, pour l'obliger à les produire, il faut prouver contre lui qu'il les a conservés.

93. Sanction des prescriptions de la loi relatives aux livres de commerce. — Le Code de commerce a sanctionné à la fois l'obligation de tenir les livres qu'il détermine et l'obligation de remplir les formalités qu'il prescrit d'observer.

Le commerçant qui ne tient pas de livres peut, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, être puni comme banqueroutier simple (art. 586-6°). Cette disposition est très rarement appliquée ; les commerçants ont un intérêt personnel évident à tenir des livres.

Au contraire, il y a peu de livres de commerce qui soient soumis aux formalités prescrites par les articles 10 et 11, C. com. On les tient par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge, comme le

prescrit la loi, mais on ne les fait guère coter, parapher et viser. Il en est ainsi même depuis qu'en 1838, le timbre des livres de commerce a été supprimé (n° 88) et qu'ainsi, à cet égard, les commerçants n'ont plus d'intérêt *pécuniaire* à se soustraire aux formalités légales. Cela tient à ce que ces formalités ne sont pas sanctionnées d'une façon sérieuse. Sans doute, d'après l'article 586-6°, le commerçant dont les livres sont irrégulièrement tenus *peut*, en cas de faillite, être déclaré banqueroutier simple ; mais aucun tribunal, dans l'état de la pratique, n'oserait appliquer cette disposition. Sans doute aussi, d'après l'article 13, C. com., les livres non régulièrement tenus ne peuvent faire foi en justice au profit de celui qui les a tenus. Cette seconde sanction paraît sérieuse ; elle ne l'est point en réalité. Par cela même que tous les moyens de preuve, et spécialement les présomptions de fait, sont, en principe, admis en matière commerciale (n° 402), les tribunaux admettent les livres, même irréguliers au point de vue légal, à titre de présomptions de fait. La sanction est ainsi réduite à néant ; il n'y a plus là qu'une simple question de mot.

Ce ne sont pas seulement des omissions ou des négligences qui sont possibles à l'égard des livres de commerce ; ce sont aussi des fraudes. La loi punit sévèrement la soustraction (art. 501, C. com. et 402, C. pén.) et l'altération des livres de commerce (art. 147, C. pén).

Section II. — Obligation pour les commerçants de rendre public leur régime matrimonial.

94. Le Code de commerce exige qu'une certaine publicité soit donnée au régime matrimonial des commerçants. Cette publicité est utile pour les tiers qui contractent avec l'époux commerçant et deviennent ses créanciers ; leurs droits varient, en effet, avec le régime matrimonial de leur débiteur. Si le mari commerçant est marié sous le régime dotal, sous le régime sans communauté ou sous celui de la séparation de biens, ses créanciers ne peuvent se faire payer que sur les biens de leur débiteur ; s'il est marié sous le régime de la communauté, ils ont de plus pour gage les biens communs. Dans le cas où il s'agit d'une femme mariée commerçante autorisée par son mari à faire le commerce, les créanciers, si elle est commune en biens, ont action non seulement sur ses biens, mais encore sur ceux de la communauté et sur ceux du mari (art. 220, C. civ. ; art. 5, C. com. ; V. n° 71) ; sous les autres régimes, au contraire, les créanciers de la femme mariée marchande publique n'ont de droit que sur les biens de leur débitrice (nos 70 à 74). Les personnes qui contractent avec un commerçant marié ont donc

intérêt à savoir s'il est soumis à un régime autre que celui de la communauté, et le commerçant lui-même, pour jouir d'un plus grand crédit, est intéressé à faire savoir à tous qu'il est soumis au régime de la communauté.

Bien que le régime adopté avant la célébration du mariage soit, en principe, irrévocable (art. 1395, C. civ.), il peut être changé exceptionnellement en vertu d'une décision judiciaire ou cesser par suite de la dissolution du mariage arrivée même sans la mort de l'un des conjoints ; c'est ce qui se présente en cas, soit de séparation de biens ou de corps, soit de divorce. Ce sont des faits que les créanciers ont un grand intérêt à connaître ou que l'époux commerçant est intéressé à rendre publics (1).

Les dispositions du Code de commerce sont relatives, soit à la publicité du régime établi par le contrat de mariage des commerçants (art. 67 à 70), soit à celle des jugements de séparation de biens ou de divorce (art. 65 à 66). L'intitulé du titre IV du livre I du Code de commerce : *Des séparations de biens*, n'indique donc pas tout ce dont il y est traité.

A. — *Publicité du contrat de mariage des commerçants.*

95. L'objet et les formes de la publicité sont toujours les mêmes ; mais, au point de vue, soit des personnes chargées d'accomplir les formalités de publicité, soit de la sanction de l'obligation de les remplir, soit des régimes matrimoniaux pour lesquels elles sont nécessaires, la loi distingue selon que les époux (ou l'un d'eux) étaient déjà commerçants lors de la célébration du mariage ou qu'ils ne le sont devenus que postérieurement.

96. *Objet et formes de la publicité.* — Ce qui doit être rendu public, ce n'est ni le contrat de mariage dans son entier, ni même le montant des apports faits par chaque époux, mais exclusivement le régime qu'ils ont adopté. Une publicité plus étendue serait gênante pour les familles et pourrait entraver le mariage des commerçants.

Un extrait du contrat de mariage, indiquant seulement le régime adopté par les époux, doit être transmis aux greffes du tribunal de commerce et du tribunal civil du domicile du conjoint commerçant, pour être affiché pendant un an dans l'auditoire, sur un tableau à ce destiné ; s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la mairie. Pareil extrait doit être inséré au tableau placé dans les

(1) V., en ce qui concerne la femme pour le cas de séparation de corps, la loi du 6 février 1893, n° 63, ci-dessus.

chambres d'avoués et de notaires (art. 67 et 68, C. com., et 872, C. proc. civ.).

97. *a) Les époux (ou l'un d'eux) étaient déjà commerçants lors de la célébration du mariage.* — C'est le notaire qui est chargé, dans le mois du contrat de mariage, de déposer les extraits prescrits (art. 67 et 68). Il résulte de là que, s'il n'y a pas de contrat, aucune publicité n'est requise. Cela n'a pas d'inconvénients : les époux mariés sans contrat sont soumis à la communauté légale (art. 1393, C. civ.), régime de tous le plus avantageux pour les créanciers. Mais, en dehors de ce cas, la publicité est requise, quel que soit le régime adopté, qu'il soit favorable ou non au crédit des époux.

Le notaire qui ne remplit pas la mission dont la loi le charge, encourt une amende de 20 francs (L., 16 juin 1824, art. 10 modifiant l'art. 68, C. com.). En outre, il peut être destitué et même rendu responsable du dommage causé aux créanciers, s'il y a eu collusion entre lui et les époux.

98. *b) Les époux (ou l'un d'eux) deviennent commerçants pendant la durée du mariage.* — Ce n'est plus le notaire (il peut ignorer qu'un des conjoints est devenu commerçant), qui doit déposer les extraits du contrat de mariage, mais l'époux qui devient commerçant : il doit remplir cette formalité dans le mois à partir du jour où il ouvre son commerce (art. 69).

En ce cas, d'après le Code de commerce, la publicité n'est prescrite que lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous celui de la séparation de biens : ce sont là deux régimes très défavorables aux tiers qui ont, par suite, le plus grand intérêt à en connaître l'existence. Il n'est pas à craindre que les époux cachent leur régime quand c'est celui de la communauté légale : il ne peut qu'augmenter leur crédit. Mais d'autres régimes que le régime dotal et celui de la séparation de biens sont défavorables aux tiers et il leur importe de les connaître : tels sont le régime sans communauté et aussi les régimes de communauté dans lesquels l'actif est plus réduit que dans la communauté légale, par exemple, la communauté réduite aux acquêts, qui est le régime le plus souvent adopté dans les contrats de mariage. Il serait conforme à l'esprit de la loi d'exiger aussi que ces régimes fussent rendus publics ; mais le texte fait défaut, et comme il s'agit, à raison de la sanction, d'une matière pénale, on peut hésiter à étendre les dispositions de la loi.

L'obligation imposée aux époux reçoit une sanction purement éventuelle : en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, l'époux commerçant peut être condamné comme banqueroutier simple (art. 69, art. 586-2°, C. com. ; art. 402, C. pén.).

Cette sanction est-elle la seule ? N'y a-t-il pas aussi une sanction civile consistant en ce que l'époux commerçant ne peut opposer à ses créanciers les clauses dérogatoires au régime de communauté légale de nature à leur nuire ? On l'a nié, en se fondant sur le silence du Code de commerce qui ne prononce pas cette sanction. Les principes généraux du droit conduisent à admettre le droit pour les tiers de méconnaître ces clauses dérogatoires : l'époux commerçant a commis un délit ou un quasi-délit, il doit réparer le préjudice en résultant (art. 1382 et 1383, C. civ.) ; la réparation la plus directe consiste dans le refus fait au contrevenant du droit de se prévaloir des clauses dérogeant au régime de la communauté.

99. La publicité du régime matrimonial des commerçants est peu efficace, car les extraits affichés dans les salles d'audience ne sont guère lus ; elle est, de plus, onéreuse pour les gens sans fortune à raison des frais qu'elle entraîne ; enfin, elle est rendue à peu près inutile par la loi du 10 juillet 1850, qui a organisé un système de publicité, applicable aux époux, quelle que soit leur profession : grâce à ce système de publicité, les tiers sont, au moins, mis à même de savoir si les conjoints sont mariés avec ou sans contrat de mariage (art. 75, 76, 1391, C. civ.).

B. — *Publicité des séparations de biens, des séparations de corps et des divorces.*

100. Les règles de publicité pour les séparations de biens, les séparations de corps et les divorces, sont, sauf une légère différence, les mêmes pour les commerçants et pour les non-commerçants.

101. *Séparations de biens*. — Pour elles, il n'y a aucune règle spéciale au cas où les époux (ou l'un d'eux) sont commerçants. Le Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 65, C. com., prescrit à la fois la publicité de la demande elle-même et celle du jugement.

Publicité de la demande. — Elle est utile à raison de la rétroactivité du jugement (art. 1445, al. 2, C. civ.). Le greffier du tribunal civil doit insérer un extrait de la demande dans un tableau spécial placé dans la salle d'audience (art. 866, C. proc. civ.) ; pareil extrait doit être inséré dans des tableaux placés à cet effet dans l'auditoire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles des notaires, dans les lieux où il y en a (art. 867, C. proc. civ.) ; en outre, cet extrait doit être publié dans l'un des journaux du lieu où siège le tribunal (art. 868, C. proc. civ.). Il ne peut être prononcé de jugement qu'un mois après l'observation de ces formalités (art. 869, C. proc. civ.).

Publicité du jugement. — Le jugement, alors même que les époux ne sont point commerçants, doit être lu à l'audience publique du tribunal de commerce, s'il y en a. Il est, en outre, soumis aux mêmes formalités de publicité que la demande (art. 872, C. proc. civ.).

102. *Séparations de corps.* — La publicité ne s'applique qu'au jugement et non à la demande. Sauf une légère différence, elle est la même dans le cas où les époux (ou l'un d'eux) sont commerçants et dans celui où cette qualité n'appartient à aucun d'eux. S'agit-il de non-commerçants ? L'extrait du jugement doit être exposé tant dans l'auditoire du tribunal civil et du tribunal de commerce que dans les chambres d'avoués ou de notaires (art. 880, C. proc. civ.). La lecture publique du jugement, l'audience tenante, au tribunal de commerce est, en outre, prescrite *quand l'un des conjoints est commerçant* (art. 66, C. com.).

A défaut de ces formalités, le jugement ne peut être opposé aux tiers, en tant que la séparation de biens en résulte (art. 66, C. com.).

103. *Divorces.* — Les dispositions du Code civil, remises en vigueur par la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce, supprimé en 1816, ne prescrivaient aucune mesure de publicité destinée à faire connaître le divorce, et, par suite, le changement de capacité de la femme et la dissolution du régime sous lequel les époux étaient mariés, dissolution qui est une conséquence nécessaire de celle du mariage même. Mais il n'en était pas de même lorsque les époux (ou l'un d'eux) étaient commerçants. D'après l'article 66, C. com., qui, n'ayant été abrogé que par suite de la suppression du divorce en 1816, s'était trouvé rétabli avec lui en 1884, le jugement prononçant un divorce, quand l'un des époux était commerçant, recevait la même publicité que les jugements de séparation de corps ou de biens (art. 66, C. com.). La loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce a abrogé les règles spéciales à la publicité du divorce des commerçants, en soumettant à des formalités de publicité, ne variant pas avec la profession des époux, les jugements ou arrêts de divorce : extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département (art. 250, C. civ., modifié par la loi du 18 avril 1886). En outre, le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. V. art. 251 et 252, C. civ.

CHAPITRE III.

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

104. Le commerce n'est pas fait seulement par des individus isolés, il l'est très souvent, surtout de nos jours, par des sociétés.

Dans un sens très large, on désigne sous le nom de *société* ou d'*association* la réunion de plusieurs personnes qui s'entendent pour diriger leurs efforts vers un but commun. Ce but peut être très varié : il y a des associations religieuses, politiques, littéraires, artistiques, scientifiques, de bienfaisance, de commerce, etc. Le Code civil et le Code de commerce ne s'occupent point des sociétés dans cette large acception, mais seulement de celles qui ont pour but de réaliser, à l'aide d'opérations commerciales ou civiles, des bénéfices pécuniaires à partager entre les associés (art. 1832, C. civ.). Les associations ayant d'autres buts (politiques, scientifiques, littéraires, religieux, charitables, etc., etc.) sont régies par les lois administratives. Depuis 1810 jusqu'à la loi du 1er juillet 1901 sur le *contrat d'association*, les associations étaient soumises aux articles 291 et 292, C. pén. ; ces dispositions frappaient de peines ceux qui constituaient des associations de plus de 20 personnes sans une autorisation administrative. La loi du 1er juillet 1901 a abrogé ces dispositions ; elle contient les règles générales sur les *associations* opposées aux *sociétés* (1). Il y a, en outre, quelques lois spéciales sur certaines associations, notamment les lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 sur les *associations syndicales*, une loi du 21 mars 1884 sur les *syndicats professionnels*, une loi du 1er avril 1898 sur les *sociétés de secours mutuels*.

105. Les sociétés (2) ont pris de nos jours une grande extension et rendu de très grands services. En facilitant la réunion d'immenses

(1) V., p. 89, note 1, la définition de l'*association*, par opposition à la *société*, donnée dans l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901. V., sur la législation relative aux associations, Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, nos 1992 à 2037, et spécialement sur la loi du 1er juillet 1901, Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association* (1902).

(2) Il en est de même des associations depuis la loi du 1er juillet 1901.

capitaux, elles ont permis l'accomplissement de travaux considérables (construction de chemins de fer, percement d'isthmes, exploitation de mines, etc.), qui, sans elles, n'auraient pu se faire.

Si l'idée d'association est très ancienne et a été de toute antiquité appliquée aux opérations commerciales, du moins les formes que revêtent les sociétés ont subi des modifications profondes. Dans les temps modernes, une forme nouvelle de société, celle de la société par actions, s'est fait jour et a pris un grand développement : elle seule, pour des raisons qui seront expliquées plus loin (n° 176), se prête à l'exécution des entreprises de longue durée exigeant la réunion de capitaux très importants.

106. *Lois régissant les sociétés.* — Il n'y a pas en France de loi unique sur les sociétés. Les dispositions qui les régissent sont éparses ; elles se trouvent à la fois dans le Code civil, dans le Code de commerce et dans plusieurs lois spéciales.

Le titre du Code civil (art. 1832 à 1873) consacré aux sociétés régit, en principe, les sociétés civiles et même les sociétés de commerce, en tant qu'il n'y est pas dérogé pour celles-ci (art. 1873, C. civ.). Le titre du Code de commerce (art. 18 à 64) sur les sociétés est fait principalement pour les sociétés commerciales (n° 335) ; de nombreuses lois l'ont modifié ou complété. Ce sont :

a) La loi du 17 juillet 1856, abrogeant les articles 51 à 63 sur l'arbitrage forcé pour les contestations entre associés et modifiant l'article 631, C. com. ;

b) La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, abrogée par la loi du 24 juillet 1867 (art. 20) ;

c) La loi du 30 mai 1857 sur les sociétés étrangères ;

d) La loi du 6 mai 1863, modifiant les articles 27 et 28, C. com. ;

e) La loi du 23 juillet 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, abrogée par la loi du 24 juillet 1867 (art. 47) ;

f) La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, qui traite des sociétés en commandite par actions, anonymes, à capital variable, et des formalités de publicité prescrites pour toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation ;

g) La loi du 1er août 1893, modifiant la loi du 24 juillet 1867 ;

h) La loi du 5 novembre 1894, relative *à la création de sociétés de crédit agricole*, modifiée par la loi du 20 juillet 1901 ;

i) La loi du 16 novembre 1903 concernant les *actions de priorité* et la négociation des actions d'apport en cas de fusion de sociétés (1).

(1) Les dispositions de cette loi sont insérées dans l'article 34, C. Com., et dans l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867.

j) La loi du 23 avril 1906 relative *à la création de sociétés de crédit maritime ;*

Il faut, en outre, mentionner trois lois spéciales :

a) La loi du 9 avril 1898 concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, qui soumet à la surveillance et au contrôle de l'État les sociétés d'assurances contre les accidents (art. 27) (1) ;

b) La loi du 17 mars 1905 qui soumet aussi à la surveillance et au contrôle de l'État les sociétés d'assurances sur la vie et toutes celles dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine.

c) La loi du 19 décembre 1907 relative à la surveillance et au contrôle des sociétés de capitalisation.

Cette dispersion des dispositions légales relatives aux sociétés a empêché que cette partie de notre législation fût toujours suffisamment dominée par des idées d'ensemble.

107. D'après l'article 18, C. com., *le contrat de société se règle par le Droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties*, et l'article 1873, C. civ., dispose que les règles du titre des sociétés (art. 1832 à 1872, C. civ.) *ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce*. Il va de soi que la convention des parties ou les usages ne prévalent sur les dispositions légales qu'autant que celles-ci sont purement interprétatives (n° 13). Il y a, spécialement pour les sociétés par actions, des dispositions impératives et prohibitives nombreuses dans les lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893.

En conséquence, les sociétés commerciales sont régies : 1° par les conventions des parties ; 2° par les usages ; 3° par les lois commerciales ; 4° par les lois civiles.

108. L'étude de la matière des sociétés sera divisée de la façon suivante :

SECTION Ire : *Notions générales sur les sociétés et leurs différentes espèces.* — SECTION II : *Constitution et fonctionnement des différentes espèces de sociétés* (*sociétés en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions, sociétés anonymes, sociétés à capital variable, sociétés en participation, sociétés à formes commerciales, sociétés de crédit agricole, sociétés de crédit maritime, sociétés étran-*

(1) Les dispositions de la loi du 9 avril 1898 sont applicables aux sociétés pratiquant les assurances contre les accidents régis par cette loi, par la loi du 12 avril 1906 et par la loi du 18 juillet 1907.

gères). — SECTION III : *Dissolution, liquidation, partage des sociétés. Prescription des actions contre les associés. Contestations entre associés.*

SECTION PREMIÈRE. — Notions générales sur les sociétés et leurs différentes espèces.

A. — *Notions générales sur les sociétés.*

109. Le mot *société* se prend dans deux sens principaux : il désigne tantôt le contrat qui intervient entre les associés, tantôt les associés en tant qu'ils ont des intérêts communs ou la personne civile société admise parfois par la loi comme distincte des associés. V. ci-après, n° 125.

Selon l'article 1832, C. civ., qui prend le mot société dans la première de ces acceptions, 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* (1). La société, étant un contrat, doit, par cela même, réunir toutes les conditions générales exigées pour l'existence et pour la validité des contrats (Cf. art. 1108, C. civ.) ; de plus, elle doit, d'après la définition légale, réunir trois choses essentielles. Pour qu'il y ait société, il faut : 1° que chaque partie fasse un apport ; 2° que les parties, en réunissant leurs apports, aient pour but de réaliser des bénéfices pécuniaires à partager entre elles ; 3° qu'elles aient eu la volonté de former entre elles une société.

110. 1° Chaque associé doit apporter quelque chose à la société. Il y aurait donation et non société à l'égard d'une partie qui recevrait une part dans les bénéfices sans avoir rien fourni en retour.

Un apport social peut consister, soit en argent (ce qui est le cas le plus fréquent), soit en choses quelconques appréciables en argent, telles qu'un fonds de commerce (2), un immeuble, un brevet d'invention, l'industrie de l'homme (c'est-à-dire l'obligation contractée par un associé de travailler pour la société), etc., c'est là ce qu'on appelle un

(1) La loi du 1er juillet 1901 (art. 1er) sur le *contrat d'association* donne la définition de l'association, par opposition à la *société*, dans les termes suivants : *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager des bénéfices.* Cette définition fait bien pendant à celle que l'article 1832, C. civ., donne du contrat de *société*.

(2) La loi du 17 mars 1909 (art. 7) prévoit spécialement le cas où un fonds de commerce est apporté à une société.

apport en nature (art. 1853, al. 2, C civ. ; art. 4, L. 24 juillet 1867).

Si chaque associé doit faire un apport, il n'est pas, du moins, nécessaire que l'apport de chacun soit de la même sorte et ait la même importance. La variété des apports augmente l'utilité des sociétés.

La mise en argent peut être versée immédiatement ou simplement promise. Dans les sociétés par actions seules, la loi restreint la liberté des parties en exigeant le versement du quart et quelquefois même de l'intégralité de chaque mise en argent avant la constitution de la société (L. 24 juillet 1867, art. 1, modifié par la loi du 1er août 1893 et art. 24). V. n° 234.

Quand les sommes promises à titre d'apport ne sont pas versées aux époques fixées, les règles du droit commun (art. 1153, C. civ.) reçoivent une double dérogation indiquée par l'article 1846, C. civ. : *a*) à partir du terme fixé, les intérêts moratoires courent de plein droit, sans qu'une sommation soit faite à l'associé débiteur ; *b*) des dommages-intérêts peuvent être alloués à la société en sus des intérêts moratoires au taux légal. La première dérogation a pour but d'éviter aux sociétés des frais (1) et de rendre les associés exacts en les frappant promptement, quand ils sont en retard. La seconde dérogation se justifie par une considération d'équité : en général, les sociétés tirent de leurs capitaux des bénéfices dépassant l'intérêt au taux légal : le préjudice éprouvé par la société à raison du non-versement de la mise d'un associé est donc presque toujours supérieur au montant de cet intérêt, et les associés ont dû s'attendre à être obligés de le réparer.

111. 2° La seconde condition essentielle pour qu'il y ait société, c'est que les parties aient pour but de réaliser des bénéfices pécuniaires à partager entre elles, à l'aide d'opérations faites avec ou sur le fonds commun et de contribuer aux pertes pouvant en résulter (nos **115** et suiv.). De là résultent plusieurs conséquences.

a) Les associations politiques, scientifiques, littéraires, artistiques, religieuses, charitables, ne sont pas des sociétés dans le sens du Code civil et du Code de commerce. Aussi sont-elles régies, non par ces

(1) Avant la loi du 7 avril 1900, qui a modifié l'article 1153, C. civ., les intérêts moratoires ne couraient, en règle, que du jour de la demande en justice. En vertu de la loi du 7 avril 1900, les intérêts moratoires courent, en principe, du jour de la sommation de payer signifiée au débiteur. Ainsi, avant la loi du 7 avril 1900, l'article 1846, C. civ., évitait aux sociétés les frais d'une demande en justice ; depuis cette loi, l'article 1846, C. civ., leur évite les frais d'une sommation. Mais cela n'est absolument vrai que pour les sociétés civiles, si l'on admet qu'en matière de dettes commerciales, la mise en demeure, nécessaire, en règle générale, pour faire courir les intérêts moratoires, peut résulter de la volonté des créanciers de se faire payer, exprimée dans une forme quelconque, par exemple, dans une lettre-missive. V. n° 380.

Codes, mais par la loi du 1er juillet 1901 ou par une des lois spéciales à certaines associations. V. nº 104.

b) Quand plusieurs personnes s'engagent à supporter en commun les pertes que quelques-unes d'entre elles pourront éprouver, il y a là un contrat pouvant avoir beaucoup d'analogie avec une société, mais il n'y a pas en droit une société proprement dite. Ainsi, le contrat d'assurances mutuelles n'est pas une véritable société : les mutualistes ont pour but de restreindre les pertes qu'ils pourront éprouver par suite de certains risques, non de réaliser des bénéfices (1). V. nº 36.

c) La *tontine* n'est pas non plus une société ; on appelle ainsi un contrat par lequel plusieurs personnes, plaçant leurs capitaux en rentes, conviennent que les parts des prédécédés accroîtront aux survivants. Il n'y a pas là des bénéfices résultant de l'exploitation d'un fonds commun ; les gains réalisés par les survivants proviennent uniquement de l'ordre des décès (2).

112. 3º Il faut enfin, pour qu'il y ait société, que la volonté des parties ait bien été d'en former une : c'est ce qu'on appelle *affectio societatis*. Ainsi, souvent un commerçant *intéresse* un commis ou un ouvrier dans ses opérations, c'est-à-dire lui attribue une part dans les bénéfices. On pourrait croire qu'il y a là une société : chacun fait un apport, le patron apporte sa clientèle et son établissement, le commis ou l'ouvrier son industrie et, de plus, chacun a droit à une part dans les bénéfices. Cependant, il n'y a pas société, il y a un contrat de louage de services dans lequel le salaire est aléatoire et variable. La raison en est que la volonté des parties n'a pas été de former une société. Ce n'est pas une simple question de mot : *a*) Le commis ou l'ouvrier intéressé peut être congédié par son patron, on ne congédie pas un associé. *b*) Le commis ou l'ouvrier n'est pas tenu des dettes qui peuvent seulement restreindre ses bénéfices. *c*) Le patron conserve toute indépendance quant à la direction des affaires (3).

De même, entre l'armateur et le capitaine ou les gens de l'équipage qui sont engagés pour une part du fret ou pour une portion des bénéfices à réaliser par la pêche (*engagement au fret* ou *engagement au*

(1-2) L'analogie qui existe entre les associations d'assurances mutuelles ou les tontines et les sociétés, explique que des lois s'occupent en même temps des sociétés, des associations d'assurances mutuelles et des tontines. V. L. 9 avril 1898 (art. 27) ; D. 22 janvier 1868 ; L. 17 mars 1905 (art. 4) ; ancien article 66, 1er alinéa, de la loi du 24 juillet 1867, abrogé par la loi du 17 mars 1905.

(3) Un projet de loi, sur lequel l'accord n'a pu se faire entre les deux Chambres durant la législature de 1893 à 1898, s'occupait de la *participation aux bénéfices* en même temps que des *sociétés coopératives*.

profit), il y a non une société, mais un louage de services à profits éventuels. Enfin, entre le bailleur d'un fonds rural et le métayer ou colon partiaire qui lui remet à titre de fermage une part de la récolte, il y a louage et non société (1).

112 *bis*. Il résulte de ce qui est dit plus haut (nº 111) qu'un but pécuniaire quelconque ne suffit pas pour qu'il y ait société, qu'il y a association dès l'instant où le but pécuniaire que les contractants ont en vue ne consiste pas dans la réalisation de bénéfices en argent à partager entre eux. Cette distinction rigoureuse et subtile paraît bien résulter de l'article 1832, C. civ., dont la portée est encore précisée par la définition que la loi du 1er juillet 1901 (art. 1) donne, par opposition, du contrat d'association (2).

113. Par cela même qu'en dehors des conditions qui lui sont spéciales, le contrat de société doit réunir les conditions générales exigées pour l'existence et pour la validité de tous les contrats (art. 1108 et suiv., C civ.), toute société doit avoir un objet licite (art. 1833, al. 1, C. civ.) et les associés doivent être des personnes capables.

On doit considérer notamment comme ayant un objet illicite des sociétés constituées pour faire la traite des noirs, pour tenir en France une maison de jeu, pour exploiter un office ministériel (3). Le caractère illicite de l'objet d'une société apparaît avec évidence quand il est contraire à une prohibition formelle de la loi. Mais, même en l'absence d'une prohibition expresse, une société peut être considérée comme ayant un objet illicite, parce qu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 6, C. civ.). Des difficultés d'application se présentent parfois sur ce point. V. nº 114.

113 *bis*. La capacité doit être examinée d'après les principes généraux (art. 1123, C. civ.). Une des questions relatives à la capacité de former une société est celle de savoir si deux époux peuvent former une

(1) Une loi du 18 juillet 1889, qui doit former le titre IV du Code rural, a réglementé le colonage partiaire et a ôté presque tout intérêt pratique à cette observation.

(2) Des auteurs pensent, au contraire, que l'existence d'un but pécuniaire, même autre que la réalisation et le partage de bénéfices en argent, suffit pour qu'il y ait société, de telle sorte que la loi du 1er juillet 1901 serait applicable seulement aux groupements n'ayant aucun but pécuniaire. V. Planiol, *op. cit.*, II, nº 1990 ; Adolphe Pichon, *Les caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1er juillet 1901*, p. 46 et suiv. (1905). V., *en sens contraire*, Henri Hayem, *Domaines respectifs de l'association et de la société* (1907).

(3) Par exception, une société peut être constituée pour l'acquisition et pour l'exploitation d'une charge d'agent de change, sous les conditions fixées par la loi du 2 juillet 1862, article 75, C. com. V. nº 809.

société ; cette question rentre dans la théorie générale des contrats entre époux qui est du domaine du Droit civil auquel nous ne pouvons que renvoyer. Disons seulement que la jurisprudence est fixée dans le sens de la nullité de la société entre époux, même quand il y a d'autres associés (1).

114. La société ayant un objet illicite est assurément nulle. Quelles sont les conséquences de cette nullité ? Il est certain que, si les choses sont encore entières lors de l'annulation de la société, c'est-à-dire si, à ce moment, aucun apport n'a encore été réalisé, si, en l'absence de toute opération, aucun bénéfice n'a été fait et aucune perte n'a été subie, la société est complètement anéantie et les parties sont remises dans le même état que s'il n'y avait jamais eu de société entre elles. Mais que décider quand, lors de l'annulation de la société, des apports ont déjà été réalisés, des bénéfices faits et des pertes subies ? Les apports peuvent-ils être répétés par ceux des associés qui les ont faits ? On a prétendu que la répétition n'est pas possible et que les apports restent entre les mains de celui des associés qui en est le détenteur. On a invoqué en faveur de cette solution la règle : *in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*. Mais cette règle, dont l'admission dans notre législation est même douteuse (2), suppose un paiement fait en retour de la promesse d'un fait illicite. Cela ne se rencontre pas dans notre hypothèse. L'intention de l'associé qui effectue sa mise n'est pas d'en transférer la propriété à l'associé qui la reçoit, mais de la mettre en commun, pour qu'elle soit employée à l'usage convenu entre les parties. Si cet emploi n'est pas possible, la mise sociale demeure sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue.

Quand il y a eu des bénéfices réalisés ou des pertes éprouvées et que la répartition en a été faite entre les associés, rien ne peut être changé à celle-ci. Si, au contraire, il n'y a pas eu de répartition, les associés n'ont pas d'action les uns contre les autres pour la faire opérer ; une pareille action impliquerait la validité de la société (3).

(1) Paris, 10 déc. 1896, D. 1897. 2. 125. V., sur la question des sociétés entre époux, Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 1937 et notre *Traité de Droit commercial*, n°s 78 et 326.

(2) Les articles 1131 et 1235, C. civ., paraissent bien impliquer que la répétition est toujours admise quand une obligation ayant une cause illicite, quelle qu'elle soit, a été exécutée. V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 846.

(3) Mais des auteurs et des arrêts admettent qu'on doit traiter la société annulée à raison de son objet illicite comme une société de fait dont les bénéfices et les pertes sont à répartir entre les associés en proportion de la valeur de leurs apports. Cass , 6 novembre 1880, S. 1881. 1. 248 ; *J. Pal.*, 1881. 1. 606 ; D. 1881. 1. 115. V. notre *Traité de Droit commercial* (4e édition), II, 1re partie, n° 73.

La nullité de la société ayant un objet illicite peut être invoquée, soit par les associés eux-mêmes, soit par des tiers. Ceux-ci, quand la nullité est demandée contre eux, ne sauraient prétendre qu'elle ne leur est pas opposable ; en général, ils ont connu ou dû connaître le caractère illicite de l'objet de la société.

115. *Détermination des parts des associés dans les bénéfices et dans les pertes.* — Au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes, des règles spéciales régissent le contrat de société. Les associés doivent avoir chacun droit à une certaine part dans les bénéfices et supporter une portion des pertes, en même temps qu'ordinairement, lors de la dissolution de la société, ils ont droit à une portion de l'actif social. Ce droit de participer aux bénéfices avec l'obligation corrélative de supporter une portion des pertes et de prendre une part dans l'actif social constitue une *part d'associé*. Selon une distinction capitale, qui sera faite plus loin et que consacre l'article 529, C. civ., une part d'associé est tantôt un *intérêt* (ou *part d'intérêt*), tantôt une *action* (nos 177 et 178).

116. Quelle est la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes? En principe général, les associés peuvent, dans l'acte de société, fixer, comme bon leur semble, la répartition des bénéfices et des pertes. Cette liberté subit seulement deux restrictions indiquées par l'article 1855, C. civ.

a) Il ne peut pas être convenu que la totalité des bénéfices appartiendra à un associé (art. 1855, al. 1) : il y aurait là ce que, par souvenir du lion de la fable, on appelle une *société léonine*.

b) Chaque associé doit contribuer aux pertes, en ce sens qu'il doit risquer au moins de perdre son apport (art. 1855, al 2).

Pour bien déterminer comment se répartissent les bénéfices et les pertes, il y a lieu de distinguer, avec le Code civil, trois cas différents.

117. *1er cas.— L'acte même de société fixe la répartition à faire des bénéfices et des pertes.* — Les clauses relatives à cette répartition sont valables par cela seul que les deux prohibitions de l'article 1855, C. civ., sont respectées. Rien n'empêche, par exemple, d'attribuer à un associé une part dans les bénéfices, différente de celle qu'il supporte dans les pertes (1). Il y a là, toutefois, quelque chose d'exceptionnel ; aussi quand l'acte de société a fixé la part des associés dans les bénéfices sans rien exprimer quant aux pertes, doit-on admettre que la

(1) La crainte des donations indirectes qui, comme telles, échapperaient à la révocabilité essentielle des donations entre époux, a fait prohiber les clauses de ce genre dans les régimes de communauté entre époux. V. art. 1521, C. civ.

volonté des parties a été que les pertes se répartiraient de la même façon que les bénéfices...

117 *bis*. Que décider si l'acte de société contient une clause violant l'une des deux prohibitions de l'article 1855, C. civ. ? On a soutenu que la clause seule est nulle et qu'en laissant subsister le contrat de société, il faut répartir les pertes et les bénéfices comme on le fait en cas de silence des statuts (n° 118); on peut invoquer en faveur de cette opinion le texte de l'article 1855, C. civ , qui parle de la nullité de la *stipulation* ou de la *convention* prohibée. Cependant, cette opinion doit être rejetée : il y a un lien intime entre les différentes clauses d'un contrat de société et on ne peut pas, sans risquer de méconnaître la volonté des parties, en annuler certaines et conserver les autres. Peut-être la clause dont il s'agit a-t-elle déterminé les parties à s'associer ; elle doit donc entraîner la nullité de la société entière.

118. 2e *cas*. — L'acte de société est muet sur la répartition des bénéfices et des pertes. Ce cas est très rare : car la répartition des bénéfices et des pertes est, à raison du but de la société, une chose d'une grande importance pour les associés. Si ce cas se présente, la part de chaque associé est proportionnelle à la valeur de sa mise (art. 1853, al. 4, C. civ.) ; c'est là une interprétation équitable de la volonté des parties.

En cas de difficulté, c'est au juge qu'il appartient d'évaluer les mises des associés. Toutefois, la loi elle-même évalue l'apport de l'associé qui n'apporte que son industrie, en le considérant comme égal à la mise de celui des associés qui a le moins apporté (art. 1853, al. 2). Si donc il y a trois associés dont le premier apporte 200.000 francs et le second 100.000 francs, alors que le troisième apporte seulement son industrie, la loi considère l'apport du troisième comme valant seulement 100.000 francs.

Cette disposition légale est arbitraire. Aussi doit-elle être restreinte rigoureusement au cas qu'elle prévoit, celui où un associé n'apporte que son industrie, tandis que d'autres font des apports d'une autre nature. L'article 1853, al. 2, C. civ., doit donc être écarté quand un associé apporte autre chose avec son industrie ou quand chaque associé n'apporte que son industrie. Dans ces cas, à défaut d'entente entre les associés, le juge aurait à fixer en toute liberté la valeur de l'apport de chacun pour en déduire la part de chacun dans les bénéfices.

119. 3e *cas*. — Il se peut que les associés s'en rapportent à l'un d'eux ou à un tiers pour la répartition des bénéfices et des pertes ; ce cas très rare est prévu par l'article 1854, C. civ. Le règlement fait par la personne désignée ne peut être attaqué que lorsqu'il est *évidemment contraire à l'équité* ; il y a alors une sorte de rescision pour lésion énorme. L'action en nullité, même dans ce cas, est repoussée quand le règle-

ment a reçu un commencement d'exécution ou quand il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée en a eu connaissance (art. 1854, al. 2). Dans le premier cas, il n'y a qu'une application du droit commun sur la ratification tacite des actes nuls (art. 1338, al. 2 et 3, C. civ.) ; dans le second, il y a dérogation à l'article 1304, C. civ., qui fixe, en principe, à dix ans la durée des actions en nullité ou en rescision.

120. *Différences entre la société et l'indivision ou copropriété.* — Il ne faut pas confondre la *société* avec la *copropriété*, appelée aussi parfois *communauté* ou *indivision*. Il existe entre la société et la copropriété une certaine ressemblance : elles supposent également des personnes ayant des intérêts communs ; mais il y a aussi entre elles de notables différences.

La société est un contrat. Ce contrat est à titre onéreux, synallagmatique et commutatif. L'indivision, qui est un état juridique et non un contrat, peut, sans doute, résulter d'un contrat, mais elle se produit souvent sans contrat. Le premier cas se réalise, par exemple, quand plusieurs personnes achètent un bien en commun : le second, lorsqu'une succession est dévolue à plusieurs héritiers, quand un bien est légué à plusieurs personnes. Aussi la communauté ou indivision qui engendre des obligations entre les copropriétaires est-elle rangée parmi les quasi-contrats.

Les associés se proposent d'exploiter le fonds social pour en tirer des bénéfices. L'état d'indivision n'implique pas un but de spéculation ; l'esprit qui anime les parties est tout passif : chacune ne considère que son intérêt personnel et peut se déterminer d'après cet intérêt ; la majorité ne fait pas la loi à la minorité (1). Aussi l'état d'indivision est-il la cause fréquente de contestations ; c'est pour les éviter que la loi permet à tout copropriétaire de réclamer le partage (art. 815, C. civ.). Ce droit n'existe pas, en principe, pour les coassociés : il serait la destruction même de la société.

Au surplus, si parfois les biens sociaux sont indivis entre les associés, il est loin d'en être toujours ainsi. Dans la plupart des sociétés, ces biens sont considérés comme appartenant, non par indivis aux associés, mais à la société considérée comme une personne morale distincte des associés, de telle façon que l'état d'indivision ne s'établit entre les associés qu'après la dissolution de la société (n° 125).

(1) Des règles particulières régissent, toutefois, la copropriété d'un bâtiment de mer, qui, le plus souvent, implique l'existence d'une société entre les copropriétaires du navire. V. article 220, C. com., et, plus loin, n° 878.

B. — *Notions générales sur les différentes espèces de sociétés.*

121. On peut diviser les sociétés de plusieurs manières, selon le rapport sous lequel on les considère.

SOCIÉTÉS UNIVERSELLES ET SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES. — En s'attachant à l'étendue des apports faits par les associés, le Code civil (art. 1835) distingue les sociétés universelles et les sociétés particulières (art. 1836, 1837, 1838, 1841, 1842).

Il y a deux sortes de sociétés universelles : la société *de tous biens présents* et la société *universelle de gains*. Dans la première, les parties mettent en commun tous leurs biens, meubles et immeubles, et les profits à en tirer; dans la seconde, elles réunissent tout ce qu'elles acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société, les meubles actuels de chaque associé et la jouissance de leurs immeubles.

La société particulière, au contraire, est celle qui ne s'applique qu'à certains biens particuliers, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir. Quelle que soit, du reste, l'importance des apports des associés, le Code civil range aussi parmi les sociétés particulières celles qui sont formées pour une entreprise désignée ou pour l'exercice de quelque art ou profession.

Il résulte de là que les sociétés universelles sont très rares et que toutes les sociétés de commerce sont des sociétés particulières (art. 1842).

122. SOCIÉTÉS CIVILES ET SOCIÉTÉS COMMERCIALES. — Cette distinction a une grande importance pratique. A quels points de vue est-elle utile à faire? A quoi faut-il s'attacher pour distinguer ces deux classes de sociétés?

La distinction est importante, notamment aux points de vue suivants :

a) Les contestations entre associés sont de la compétence du tribunal civil ou du tribunal de commerce, selon que la société est civile ou commerciale (art. 631-2°, C. com.).

b) Les sociétés de commerce peuvent seules être déclarées en liquidation judiciaire ou en faillite, de même que les individus commerçants seuls peuvent être soumis à un de ces régimes (n° 45).

c) Les sociétés commerciales constituent, en général, des personnes morales, tandis qu'en principe, selon une opinion très répandue que repousse la jurisprudence, les sociétés civiles ne jouissent pas de la personnalité (n° 126).

123. Pour distinguer les sociétés civiles des sociétés commerciales,

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R. F.

c'est en principe, sauf une importante exception consacrée par la loi du 1er août 1893, à la nature des opérations faites par elles qu'on doit s'attacher : ainsi, une société constituée pour acheter et revendre des marchandises ou des denrées est commerciale ; au contraire, une société formée pour acheter et revendre des immeubles ou pour exploiter des mines est une société civile. La loi n'indique pas ce *criterium*, mais il est naturel de s'attacher, pour distinguer les sociétés civiles des sociétés de commerce, au même principe que pour distinguer les individus non commerçants des individus commerçants. Il va de soi que l'on ne doit considérer ni la qualification donnée à la société par les associés, ni la profession personnelle de ceux-ci.

Il sera expliqué plus loin (nº 317) que des sociétés, se proposant de faire des opérations civiles, peuvent revêtir l'une des formes réglementées par le Code de commerce et par la loi du 24 juillet 1867, et qu'on appelle parfois pour cette raison *formes commerciales ;* il était généralement admis que l'adoption de ces formes laissait à ces sociétés leur caractère de sociétés civiles (nº 336). La situation a été profondément modifiée, tout au moins pour les sociétés par actions (1) ayant un objet civil constituées depuis la loi du 1er août 1893, qui a ajouté à la loi de 1867 un nouvel article 68 ainsi conçu : *Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes, qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.* V. nos 537 et suiv. pour l'explication de cette disposition.

124. *Différentes sortes de sociétés de commerce.* — Les sociétés de commerce ne sont pas toutes régies par les mêmes règles ; il y a entre elles des différences notables, spécialement au point de vue, soit de l'étendue des obligations des associés envers les créanciers sociaux, soit de la faculté pour chacun des associés de céder sa part et de se substituer ainsi d'autres personnes dans la société.

On peut distinguer cinq sortes de sociétés de commerce : *la société en nom collectif, la société en commandite simple* ou *par intérêts, la société en commandite par actions, la société anonyme, la société en participation.*

Dans la *société en nom collectif,* tous les associés sont tenus *in infinitum* et solidairement des dettes sociales envers les tiers. Cette société étant par là même formée *cum intuitu personæ*, un associé ne peut, sans le consentement des autres, se substituer une autre per-

(1) Il est soutenu qu'il en est de même pour les sociétés en commandite *simple.* V. Douai, 13 mai 1907, D. 1907. 2. 279.

sonne en cédant sa part sociale. Il y a là une application de l'article 1861, C. civ.

Dans les *sociétés anonymes*, aucun associé n'est responsable des dettes sociales au delà de son apport promis ou réalisé. La considération des personnes ne joue aucun rôle dans ces sociétés ; aussi chaque associé peut-il céder librement sa part à une personne qui vient se substituer complètement à lui.

Dans les *sociétés en commandite,* il y a deux classes d'associés : les uns, appelés *commandités*, sont tenus sur tous leurs biens des dettes sociales comme les associés en nom collectif; les autres, appelés *commanditaires* ou *bailleurs de fonds*, ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises. La société est qualifiée de *commandite par intérêts* ou *simple* quand les commanditaires ne peuvent se substituer des cessionnaires de leurs parts sans le consentement de leurs coassociés ; — quand, au contraire, cette faculté de cession existe à leur profit, la société est appelée *commandite par actions* (n° 178).

La *société en participation* diffère profondément de toutes les autres en ce qu'elle ne se manifeste pas au public. Les associés y agissent individuellement comme s'il n'y avait pas de société entre eux ; tandis que les autres sociétés de commerce se révèlent à l'extérieur, dans les participations, ce sont les associés *agissant en leur nom personnel* qui font les opérations sociales ; seulement, une fois les opérations terminées, les associés se répartissent entre eux les bénéfices qui en résultent ou supportent les pertes en commun. Tel est, du moins, selon l'opinion la plus générale, le caractère qui distingue la participation des autres sociétés (n° 326).

L'article 19, C. com., ne cite que trois sortes de sociétés de commerce, parce qu'il comprend les deux sortes de commandites sous une seule dénomination et qu'il ne mentionne pas les sociétés en participation, dont il est seulement question dans les articles 47 à 50, C. com.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 48 à 54) parle encore des *sociétés à capital variable*. Il n'y a pas là une espèce distincte de société ; c'est plutôt une modalité qui peut affecter les diverses sociétés ; toutes les sociétés, à l'exception des sociétés en participation, peuvent être à capital variable (L. de 1867, art. 48). V. n° 314.

Il faut ajouter aux sociétés de commerce les *sociétés de crédit agricole* et les *sociétés de crédit maritime* régies par les règles spéciales des lois du 5 novembre 1894 (art. 4) et du 23 avril 1906 (art. 2). Ces sociétés se distinguent des autres sociétés de commerce, non seulement par les règles particulières qui les régissent, mais aussi par la nature spéciale de leur objet.

125. DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE (1). — Toutes les sociétés de commerce, à l'exception des participations, forment des *personnes morales* (ou *personnes civiles*), c'est-à-dire qu'elles sont considérées en droit comme ayant une personnalité distincte de celle des associés ; elles ont ainsi un actif et un passif qui sont séparés de l'actif et du passif de chaque associé. Cependant, aucun texte de loi n'admet expressément en France la personnalité des sociétés de commerce ; mais elle était admise dès le moyen-âge par les auteurs, et, si aucun texte légal ne consacre expressément la personnalité des sociétés de commerce, quelques dispositions de nos lois en supposent la reconnaissance, en édictant des règles qui ne sont que des applications pratiques du principe de la personnalité.

Quelles sont les conséquences de la personnalité des sociétés de commerce ? Les unes sont indiquées par la loi même ; les autres se déduisent logiquement de l'idée de la personnalité, sans être écrites nulle part :

1. Les associés ne sont pas copropriétaires par indivis du fonds social, il appartient à la société.

2. Le droit des associés est mobilier, quand même la société serait propriétaire d'immeubles (art. 529, C. civ.). C'est à elle, en effet, et non aux associés individuellement que ces immeubles, comme tous les biens sociaux, appartiennent ; le droit des associés, pendant la durée de la société, se réduit à une part dans les bénéfices.

De là il faut conclure :

a) Que la part d'un associé se mariant sous le régime de la communauté légale tombe dans l'actif commun, quelle que soit la nature des biens de la société (art. 1401-1°, C. civ.) ;

b) Que, quand un associé meurt ayant fait un legs de ses meubles et un autre legs de ses immeubles, sa part sociale appartient au légataire de ses meubles ;

c) Que l'hypothèque légale de la femme ou du pupille d'un associé ne frappe pas les immeubles sociaux ;

d) Que l'hypothèque judiciaire grevant les immeubles d'un associé, à la suite d'un jugement de condamnation prononcé contre lui, ne s'applique pas aux immeubles de la société.

3. Quand une société a un procès, tous les associés n'y figurent pas en nom, le représentant de la société est seul en cause, et, si la société est défenderesse, il suffit qu'un seul exploit d'ajournement soit signifié au siège social (art. 69, § 6, C. proc. civ.). C'est là une grande simplification qui économise des frais.

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 105 et suiv.

4. En cas de procès intenté contre une société de commerce, il n'y a pas plusieurs défendeurs, mais un seul, la société ; aussi le préliminaire de conciliation est exigé, à moins, bien entendu, qu'il ne s'agisse d'un procès commercial qui exclut ce préliminaire, à raison de sa nature même. V. C. proc. civ., art. 49, 4° et 6°.

5. La société de commerce peut être mise en faillite ou en liquidation judiciaire (art. 438, al. 2, et 530, C. com. ; art. 3, L. du 4 mars 1889).

D'après le Code de commerce, la déclaration de la faillite de la société entraîne celle des associés tenus des dettes sociales sur tous leurs biens (n° 1328) (1).

6. Les créanciers d'une personne n'ayant un droit de gage général que sur les biens de leur débiteur, les créanciers personnels des associés n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la société qui n'appartiennent pas à leur débiteur ; l'actif social sert exclusivement de gage aux créanciers sociaux. Ceux-ci n'ont donc pas à souffrir, en ce qui concerne leurs droits sur les biens de la société, de l'insolvabilité personnelle des associés. C'est là une des conséquences les plus importantes de la personnalité des sociétés de commerce ; peut-être même est-ce en vue de cette conséquence qu'elle a été admise ; cela donne plus de crédit aux sociétés.

7. Pour qu'il y ait compensation légale, il faut que deux personnes soient respectivement créancières l'une de l'autre (art. 1289 et suiv., C. civ.). Quand un tiers est créancier de la société et débiteur d'un de ses associés, la société ne peut pas opposer la compensation même jusqu'à concurrence de la part sociale de cet associé. A l'inverse, quand un tiers est débiteur de la société et créancier d'un des associés, le tiers ne peut pas opposer la compensation à la société, même jusqu'à concurrence de la part de cet associé.

125 *bis*. Faut-il assimiler la société de commerce à une personne physique, même au point de lui reconnaître la capacité de recevoir des donations entre-vifs ou des legs ? La question est discutée. On a soutenu la négative en disant que les sociétés ne doivent être considérées comme des personnes que dans la mesure où cela est nécessaire pour leur permettre d'atteindre leur but et pour leur procurer du crédit, et que la capacité de recevoir des libéralités ne peut leur servir de rien à ces points de vue. Cette solution est, selon nous, arbitraire. Par cela même que les sociétés de commerce sont des personnes morales, elles

(1) En cas de liquidation judiciaire de la société, une question spéciale se pose : le bénéfice de la liquidation judiciaire obtenu par la société entraîne-t-il concession de ce bénéfice à tous les associés tenus des dettes sociales sur tous leurs biens ? V. n° 1320.

doivent jouir de tous les droits qui appartiennent aux personnes physiques, dès l'instant où il ne s'agit pas de droits incompatibles avec le caractère d'êtres purement fictifs de ces sociétés. Il est, du reste, fort utile et parfois même nécessaire à une société de commerce, au point de vue du but qu'elle se propose, que son actif soit augmenté par des legs ou par des donations ; puis, beaucoup de grandes sociétés de commerce ont des services d'assistance organisés dans l'intérêt de leurs ouvriers et employés, et on conçoit que, pour le développement de ces services, interviennent des donations ou des legs (1). Il est vrai qu'alors, à la différence des établissements d'utilité publique (art. 937, C. civ. : L. 4 février 1901, art. 5), elles peuvent recevoir des libéralités sans aucune autorisation administrative. Cela ne doit pas étonner. Notre législation favorise précisément les sociétés commerciales ; c'est ainsi qu'elle leur accorde d'une façon générale la personnalité sans exiger une autorisation individuelle pour chacune d'elles, comme elle l'exige pour les établissements d'utilité publique (L. 1er juillet 1901, art. 10 et 11). Du reste, il peut y avoir là un oubli du législateur.

126. *Les sociétés civiles sont-elles des personnes morales ?* — Il est soutenu que toutes les sociétés civiles, comme les sociétés de commerce, sont des personnes morales (2). On a prétendu, en effet, que tel a déjà été le système, soit du Droit romain, soit de l'ancien Droit français, et que ce système est implicitement consacré par plusieurs dispositions du Code civil (art. 1845, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867), qui parlent des rapports des associés avec la *société* et non avec les autres associés. Enfin, on argumente en ce sens des articles 1860 et 529, C. civ. L'article 1860 dispose qu'un associé ne peut pas aliéner les biens de la société même pour une portion correspondant à sa part; cela, dit-on, ne se comprendrait pas si les associés étaient, dans une société civile, copropriétaires du fonds social. Enfin, l'article 529, C. civ., qui consacre une conséquence certaine de la personnalité des sociétés, est appliqué expressément aux sociétés de mines, constituées même avant la loi du 1er août 1893 (art. 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867), L. 21 avril 1810, art. 8, al. dernier), dont le caractère civil n'est pas douteux (3).

(1) Cf. Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1895.

(2) Tel est le système que consacre la Cour de cassation : Cass., 23 fév. 1891, D. 1891. 1. 337 ; S. et *J. Pal.*, 1892 1. 73 ; *Pand. fr.*, 1892. 1. 97; Cass., 2 mars 1892, S. 1892. 1. 497. V. aussi Thaller, *op. cit.*; nos 299 et s.

(3) Les avantages pratiques de cette doctrine ne sont point niables. Au point de vue *législatif*, elle doit être préférée. Mais les sociétés civiles ne sont soumises, lors de leur constitution, à aucune formalité de publicité, et il faut reconnaître que, dans une bonne législation, la personnalité civile ne devrait

Il faut, au contraire, refuser, en principe, aux sociétés civiles le bénéfice de la personnalité : celle-ci constitue une fiction qui ne peut être admise en l'absence de textes positifs. Le Droit romain, à défaut d'une autorisation législative spéciale, n'admettait la personnalité que pour certaines sociétés privilégiées. Rien n'avait été changé à cela dans l'ancien Droit : Pothier dit que les associés « rendent communes entre eux les choses qu'ils apportent à la société ». L'admission de la personnalité des sociétés civiles aurait donc été une grande innovation faite par le Code civil ; elle n'est formulée par aucun texte et n'est même pas supposée par les dispositions qu'on invoque. Si divers articles du Code civil parlent de la *société*, il y a seulement là une expression abrégée destinée à désigner les associés au point de vue de leurs intérêts communs et non de leurs intérêts individuels. Ce qui le prouve, c'est que ce mot est employé seulement quand il s'agit des rapports des associés entre eux et que le mot *associé* reparaît à propos des rapports avec les tiers (art. 1862 et suiv., C. civ.). Quant à l'article 1860, il s'explique sans l'idée de personnalité. Un associé ne doit rien faire qui entrave les opérations de la société dont il est membre ; ce pourrait être le résultat de l'aliénation faite par un associé de sa part dans un bien de la société ; il n'y a là qu'une conséquence de la règle générale contenue dans l'article 1859-2°, C. civ. Enfin, l'application de l'article 529, C. civ., aux sociétés de mines, par la loi du 21 avril 1810, se justifie même dans notre doctrine, comme cela sera expliqué plus bas (n° 336). Il faut ajouter que l'article 69, § 6, C. proc. civ., qui tire une conséquence de la personnalité des sociétés, dispose que les *sociétés de* COMMERCE *sont assignées, tant qu'elles existent, en leur maison sociale ;* cela implique que les membres d'une société civile doivent être tous actionnés et que, par conséquent, cette société n'est point une personne morale.

On ne saurait, toutefois, refuser la personnalité aux sociétés civiles sans exception. Il y a des sociétés civiles qui constituent des personnes morales. Ce sont :

a) Les sociétés civiles à capital variable (art. 53, L. 24 juillet 1867) ;

b) Les sociétés civiles qui ont revêtu une forme commerciale (1). V. n° 336.

pas être admise sans des formalités de publicité destinées à faire connaître la formation de la société et, par suite, la naissance de la personne civile.

(1) Il ne s'agit ici que : 1° des sociétés en nom collectif et en commandite simple ayant un objet civil ; 2° des sociétés par actions ayant un objet civil, mais constituées avant la loi du 1er août 1893. Car les sociétés par actions dont l'objet est civil, constituées depuis le 1er août 1893 sont des sociétés commerciales, en vertu de l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867 (ajouté à cette loi par celle du 1er août 1893). On soutient qu'il en est de même des sociétés en commandite simple.

Il n'y a à parler ici ni des *associations syndicales* constituées pour les travaux agricoles ou urbains (LL. 21 juin 1865 et 22 décembre 1888), ni des *syndicats professionnels* (L. 21 mars 1884), ni des *sociétés de secours mutuels* (L. 1er avril 1898), qui forment des personnes morales. Ce ne sont pas des *sociétés* dans le sens de l'article 1832, C. civ., mais des *associations* (n° 104).

Section II. — De la constitution et du fonctionnement des différentes espèces de sociétés.

I. — DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF.

Textes : Code de commerce, art. 20 à 22 ; L. 24 juillet 1867, art. 55 et suiv.

127 La société en nom collectif est la plus simple et la plus fréquente des sociétés de commerce (1) ; c'est celle qui se rapproche le plus des sociétés civiles, telles qu'elles sont réglées par le Code civil (2).

Il y a lieu d'examiner : A. *Quels sont les caractères distinctifs de la société en nom collectif ;* B. *Quelles sont les conditions exigées pour sa constitution ;* C. *Quelles sont les règles relatives à son fonctionnement.*

B. — *Des caractères distinctifs de la société en nom collectif.*

128. La société en nom collectif est une société dans laquelle les associés font le commerce sous une raison sociale et sont *tous* tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (art. 20 et 22, C. com.). On peut ainsi réduire à deux les caractères distinctifs de la société en nom collectif :

1°. La société fait le commerce sous une raison sociale. Mais ce n'est pas là, bien que l'article 20, C. com., paraisse le dire, le caractère distinctif de la société en nom collectif ; car la société en commandite a également une raison sociale. V. n° 159.

(1) Ainsi, en 1905, sur un total de 6.034 sociétés de commerce, autres que les sociétés en participation, constituées en France, 3.718 étaient des sociétés en nom collectif.

(2) La société en nom collectif, comme la société civile régie par le Code civil, repose sur la considération des personnes (*intuitus personae*), et, dans les deux sortes de sociétés dont il s'agit, la responsabilité des associés est illimitée. Seulement, dans la société civile, cette responsabilité n'est pas solidaire (art. 1862, C. civ), à moins que la solidarité ait été expressément stipulée (art. 1202, C. civ.) ou qu'il s'agisse d'une obligation commerciale (nos 332 et 381).

2. Tous les associés sans exception sont tenus envers les tiers des dettes sociales personnellement (c'est-à-dire sur tous leurs biens) et solidairement. Cet engagement solidaire grève lourdement les associés ; mais il a l'avantage de donner du crédit à la société et de suppléer, dans une certaine mesure, à l'insuffisance du capital formé par les mises ou apports des associés. Il y a sans doute une autre société dans laquelle on trouve des associés qui sont ainsi tenus des dettes sociales, c'est la société en commandite ; mais cela n'est vrai, dans cette société, que de certains associés, des commandités, et non pas des commanditaires. Art. 23, 24 et 26, C. com. V. nos 157 et 159.

129. Dans les sociétés en nom collectif, les associés se choisissent personnellement à raison de la confiance qu'ils ont les uns dans les autres, l *intuitus personæ* domine. C'est là ce qui fait dire que la société en nom collectif est au nombre des sociétés de personnes. De là résultent plusieurs conséquences :

a) La mort d'un associé, son interdiction, sa mise en liquidation judiciaire ou en faillite, entraînent la dissolution de la société ; il peut, toutefois, être convenu que la société subsistera entre les autres associés. Cf. articles 1865 et 1868, C. civ., V. n° 352.

b) Un associé ne peut, en cédant sa part sociale, se substituer complètement une autre personne dans la société sans le consentement de tous les associés. En outre, cette cession doit être rendue publique, afin d'avertir les tiers que les personnes tenues des dettes sociales ont été changées, L., 24 juillet 1867, art. 61.

Il est sans doute possible qu'un associé cède sa part à une autre personne sans le consentement de ses coassociés. Alors, le cessionnaire ne devient pas associé, il n'est pas substitué au cédant dans les rapports, soit avec la société, soit avec les autres associés, soit avec les tiers : une pareille cession n'a d'effets qu'entre l'associé cédant et le cessionnaire. Le cédant demeurant obligé envers la société et les tiers, le cessionnaire doit seulement rembourser au cédant ses déboursés, comme le cédant doit remettre au cessionnaire sa part dans les bénéfices.

Parfois, un associé en nom collectif ne cède sa part sociale à un tiers que pour partie ; pour cette partie, les effets de la cession sont limités aux rapports entre le cédant et le cessionnaire. Ce cas se présente quand un associé en nom collectif est marié sous le régime de la communauté ; son conjoint est une sorte de cessionnaire.

On appelle *croupier* le cessionnaire qui ne devient pas associé faute du consentement des coassociés du cédant. C'est en parlant du croupier qu'un texte du Droit romain dit : *socii mei socius socius meus non est* (L. 20, Digeste, XVII, 2, *Pro socio*). V. article 1861, C. civ.

130. De la raison sociale. — La raison sociale est le nom d'un associé ou la réunion des noms, soit de tous les associés, soit de plusieurs d'entre eux ; c'est par elle qu'on désigne la société comme être moral distinct des associés. Tous les noms des associés n'y sont pas nécessairement compris ; seulement, quand il en est ainsi, l'on indique, par l'adjonction des mots *et compagnie* ou *et Cie*, qu'il y a des associés dont les noms ne figurent pas dans la raison sociale. Cette adjonction est indispensable, quand la raison sociale ne comprend que le nom d'un seul associé, pour qu'elle révèle l'existence d'une société. Au reste, on ne trouve pas de raison sociale seulement dans la société en nom collectif ; la société en commandite est désignée aussi par une raison sociale (1). V. n° 159.

Si les noms de tous les associés ne figurent pas nécessairement dans la raison sociale, du moins les noms des associés seuls peuvent la composer (art. 21, C. com.). Autrement, les tiers seraient induits en erreur par la raison sociale ; ils considèreraient comme associés et, par suite, comme obligés envers eux, des individus ne faisant pas partie de la société.

Il y aurait escroquerie de la part des associés véritables à introduire dans la raison sociale des noms de personnes non associées (art. 405, C. pén.). Peu importerait même que ces noms insérés dans la raison sociale fussent purement imaginaires.

Si les tiers dont les noms ont été ainsi introduits indûment dans la raison sociale le savaient, ils pourraient être poursuivis comme complices de l'escroquerie et, à titre de dommages-intérêts, être condamnés envers les créanciers sociaux comme s'ils étaient réellement associés en nom collectif.

Quand un associé, dont le nom figure dans la raison sociale vient à mourir ou à se retirer, si, malgré cela, la société continue entre les autres associés, le nom de l'associé qui est décédé ou qui s'est retiré doit disparaître. En fait, on ne se conforme pas toujours à cette règle ; une raison sociale subsiste alors que des associés dont elle comprenait les noms sont morts ou ont cessé d'être membres de la société. Mais les héritiers de ces associés auraient le droit de se plaindre et de demander que le nom de leur auteur disparaisse de la raison sociale.

Il faut bien distinguer de la *raison sociale* la *raison de commerce*, mode de désignation tiré de la nature même du commerce fait par la

(1) La raison sociale implique toujours une société dans laquelle, soit tous les associés, soit, au moins, un ou plusieurs, sont tenus personnellement des dettes sociales. Aussi n'y a-t-il pas de raison sociale dans la société anonyme (art. 29 et 30 C com.), où aucun associé n'est tenu des dettes sociales au delà de son apport (art. 33).

société (Banque de Nancy, Forges de Châtillon, etc...) ou dénomination de pure fantaisie (la Belle-Jardinière, le Bon Marché). La *raison de commerce*, à la différence de la raison sociale, est indépendante des personnes qui sont membres de la société ; elle subsiste, encore que des associés viennent à mourir, et elle peut se transmettre avec le fonds exploité par une société dont elle ne suppose même pas l'existence. Il en est de même de l'*enseigne* qui consiste dans un dessin, un tableau ou tout autre signe ou emblème matériel employé pour indiquer un établissement commercial. Du reste, ni une raison de commerce, ni une enseigne n'implique l'existence d'une société. Un individu exerçant le commerce a souvent une raison de commerce ou une enseigne.

B. — *Des conditions de la formation de la société en nom collectif.*

131. Il y a des conditions de fond et des conditions de forme.

Pour les premières, il suffit de renvoyer aux règles posées plus haut sur l'objet des sociétés et sur la capacité des parties (nos 109 et suiv.).

Au sujet de la capacité, il a été admis précédemment qu'un mineur (n° 56) et une femme mariée (n° 66), autorisés à faire le commerce, ne peuvent pas, par cela seul, devenir associés en nom collectif ; une autorisation spéciale leur est nécessaire dans ce but.

132. PREUVE DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF. — Le Code de commerce a posé des règles sur la preuve de la société en nom collectif. Pour comprendre ce que la disposition du Code de commerce sur ce point a de spécial, il faut rappeler les règles du Code civil sur la preuve des sociétés civiles ; d'après l'article 1834, *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs*. Il y a là une application de l'article 1341, C. civ. ; la preuve testimoniale est seule exclue avec les présomptions de fait (art. 1353, C. civ.) ; la preuve par l'aveu ou par le serment est admise. Il en serait même ainsi de la preuve par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.). Pour que la preuve par témoins soit écartée, il faut, ce qui est, en fait, toujours le cas, que, l'*objet de la société* excède 150 francs. Les mots *objet de la société* désignent ici non le but de la société, comme dans l'article 1833, al. 1, C. civ., mais la réunion des apports des associés. Il résulte de là qu'il est fort rare dans une société civile que la preuve testimoniale soit admise : on ne trouve guère de cas où les apports réunis des associés ne dépassent pas 150 francs.

Par dérogation à l'article 109, C. com., qui, en matière commerciale, admet tous les moyens de preuve, le Code de commerce exige un écrit

pour la société en nom collectif, comme pour toutes les autres sociétés de commerce autres que la participation (art. 39). Cela ne signifie pas que la société en nom collectif est un acte solennel, mais qu'elle ne peut pas être prouvée par témoins ou par présomptions de fait, quelque minime que soit l'intérêt en cause.

La nécessité d'un écrit ne peut entraver la constitution des sociétés de commerce, qui ne se fait pas avec la même rapidité que les opérations commerciales usuelles. En outre, les questions litigieuses relatives aux sociétés offrent souvent des complications qui seraient encore aggravées par l'emploi de la preuve testimoniale ou par le recours aux présomptions de fait. L'emploi de ces modes de preuve offriraient d'autant plus de danger que souvent les sociétés de commerce durent longtemps.

L'écrit peut être indifféremment un acte authentique ou un acte sous seings privés (1) et, dans ce dernier cas, il doit être dressé autant d'exemplaires qu'il y a d'associés et que le nombre des exemplaires dressés soit mentionné sur chacun d'eux (art. 39, C. com. et 1325, C. civ.) ; il faut, en outre, deux exemplaires pour les formalités de publicité. V. n° 134.

Par cela même qu'un écrit n'est exigé que *ad probationem* et pour exclure la preuve testimoniale et les présomptions de fait, on peut recourir à l'aveu ou au serment. Mais cela n'a guère qu'une portée théorique : car, dès qu'il n'y a pas d'écrit, la preuve qui serait faite par l'un de ces deux moyens n'aurait pas d'utilité sérieuse, par cela même que les formalités de publicité exigées par la loi, qui présupposent nécessairement un écrit, n'ont pas été observées et que, par suite, la société peut être annulée (nos 133 et suiv.). Toutefois la nullité de la société pour défaut de publicité n'équivaut pas à l'inexistence de la société que doit faire admettre, en droit, l'absence de preuve, en vertu de la règle, *idem est non esse aut probari*. V. n° 137.

Par application de l'article 1341, 2e al., C. civ., le Code de commerce (art. 41) exclut la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes de société sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis.

Du reste, ces règles concernant la preuve ne s'appliquent pas aux tiers ; dès qu'ils sont intéressés à prouver l'existence de la société ou de quelque clause contenue dans le contrat de société, ils peuvent le

(1) Mais, dans un cas spécial, il y a, en vertu d'une disposition légale, intérêt à recourir à un acte authentique. V. article 854, C. civ. et Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, n° 2254.

faire par tous les moyens : on ne peut leur reprocher de ne pas produire un écrit, puisque ce n'était pas à eux à le dresser (1).

133. PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF. — La loi ne se borne pas à exiger un écrit pour les sociétés en nom collectif ; elle prescrit encore pour elles, comme, du reste, pour toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation (art. 39, C. com. ; art. 21, L. 24 juillet 1867 ; art. 49, C. com.), l'accomplissement de formalités de publicité, destinées à porter à la connaissance des tiers l'existence de la société, la création d'une nouvelle personne morale et les clauses de l'acte de société qu'ils ont intérêt à connaître. Les sociétés de commerce ont des rapports continuels avec le public ; il faut qu'il soit éclairé sur la durée de ces sociétés, sur leur nature, sur les pouvoirs des personnes ayant le pouvoir de les obliger et chargées d'agir pour elles, etc. ; sans avoir besoin de se faire produire constamment l'acte de société par les représentants de la société. Ces formalités de publicité sont d'une grande importance ; elles sont prescrites à peine de nullité de la société.

Les formalités de publicité, organisées par les articles 42-46, C.com., ont été modifiées par la loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv.), qui a eu pour but de les simplifier, de les rendre plus efficaces et moins onéreuses, et de les ramener à un système unique et applicable à toutes les sociétés de commerce.

134. Les formalités de publicité sont au nombre de deux : *a*) le dépôt de l'acte de société aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix du siège de la société ; *b*) la publication d'un extrait de cet acte dans les journaux d'annonces légales.

a) Dans le mois de la constitution de la société, un double de l'acte de société, s'il est sous seings privés, ou une expédition, s'il est authentique, doit être déposé au greffe du tribunal de commerce et au greffe de la justice de paix du siège de la société (L.24 juillet 1867, art. 55) (2).

b) Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte de société doit être publié dans un journal d'annonces légales (L. 24 juillet 1867, art. 56).

(1) Il y a là une application des principes généraux du Droit civil : les dispositions du Code civil qui excluent la preuve par témoins ou par présomptions de fait au-dessus de 150 francs, sont sans application à l'égard des tiers ; ceux-ci peuvent toujours avoir recours à un de ces moyens de preuve.

(2) Le projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867, déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906, supprime comme inutile le dépôt au greffe de la Justice de paix.

L'article 57 énumère ce que cet extrait doit contenir (1). Il mentionne :

1. *Les noms des associés ;*
2. *La raison de commerce (ou raison sociale) ;*
3. *Le siège social ;*
4. *Les noms des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ;*
5. *L'époque où la société commence et celle où elle doit finir ;*
6. *La date du dépôt fait au greffe ;*
7. *La forme de la société* (art. 58).

Cette énumération ne paraît pas devoir être considérée comme limitative. C'est ainsi que la loi ne prescrit pas la mention de l'objet de la société, qui est, pourtant, indispensable pour individualiser celle-ci (2). En réalité, l'extrait doit contenir toutes les clauses des statuts que les tiers ont intérêt à connaître.

L'extrait est signé, si l'acte de société est authentique, par le notaire qui l'a reçu, et, s'il est sous seings privés, par les associés (art. 60, art. 1867).

Lorsqu'une société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt de l'acte de société et la publication d'un extrait ont lieu dans chacun de ces arrondissements ; dans les villes divisées en plusieurs arrondissements (comme Paris et Lyon), ces formalités ne sont remplies que dans l'arrondissement où la société a son principal établissement (L. de 1867, art. 59).

135. Les actes de société ne doivent pas être seuls publiés dans ces formes. La loi soumet aux mêmes formalités les actes et délibérations des associés modifiant les statuts, c'est-à-dire l'acte de société originaire (L. de 1867, art. 61). Ce n'est pas à dire que la publication de toutes les modifications soit prescrite ; l'article 61 énumère celles qui doivent être rendues publiques ; il mentionne à ce titre les actes ayant pour objet la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement à la raison sociale. Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée exacte de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 et en considérer l'énumération comme limitative. Deux observations doivent être faites à cet égard :

(1) Les mentions à insérer dans l'extrait publié dans les journaux varient avec la nature de la société, c'est-à-dire qu'elles sont différentes pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ou par intérêts, les sociétés anonymes.

(2) V. *Recueil* de Sirey et *Journal du Palais*, 1900. 1. 6 (Note de Ch. Lyon-Caen).

a) Tout acte portant une modification *quelconque* aux statuts doit être déposé aux greffes. Car, l'acte de société devant y être déposé en entier, le dépôt ne serait pas complet si, quand l'acte de société est modifié, l'acte modificatif n'était pas déposé, quel qu'en soit l'objet.

b) La publication par voie d'extrait inséré dans les journaux d'annonces légales est nécessaire non seulement pour les modifications énumérées dans l'article 61, mais encore pour toutes celles qui ont trait aux clauses de l'acte de société dont la mention dans l'extrait est prescrite (modification du siège social, changement de gérant, etc.).

135 *bis*. Par suite d'une singulière distraction du législateur, la loi de 1867 a omis de prescrire aux greffiers de communiquer au public les actes de société en nom collectif et les actes qui y apportent des modifications déposés aux greffes, comme cette loi prescrit la communication des actes de sociétés par actions. Ce serait assurément se conformer à l'esprit et au but de la loi que de reconnaître cette obligation pour les greffiers ; autrement, le dépôt ne constitue pas une formalité de publicité. Mais le texte de l'article 63 de la loi de 1867 qui ne vise que les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions rend difficile l'admission de cette solution.

136. *Sanction des formalités de publicité*. — Le défaut de publicité peut se produire, soit pour l'acte même de société, soit pour les actes qui le modifient.

Le défaut de dépôt au greffe ou d'insertion d'un extrait de l'acte de société dans les journaux entraîne la nullité de la société (art. 56, al. 3). La loi ne prononçant, au contraire, la nullité de la société, ni à raison de ce que l'acte n'a pas été déposé aux greffes des tribunaux de toutes les succursales et publié dans les journaux de tous les arrondissements où ces succursales sont situées, ni en raison de ce que l'extrait de l'acte de société n'est pas signé par le notaire ou par les associés (art. 59 et 60), on ne saurait déclarer la société nulle pour l'absence d'une de ces formalités, qui sont secondaires.

136 *bis*. Mais que décider de l'omission, dans l'extrait inséré dans les journaux, de quelqu'une des indications mentionnées dans les articles 57 et 58 de la loi de 1867 ? Cette omission a une gravité incontestable, puisque des clauses intéressant le public demeurent secrètes. Entraîne-t-elle la nullité de la société elle-même ou seulement celle de la clause non publiée ? Il paraîtrait exorbitant que l'omission d'une simple clause des statuts entraînât la nullité de la société. Elle doit avoir seulement pour conséquence de rendre non opposable aux tiers la clause omise. Cpr. n° 137[a] : Ainsi, quand la gestion a été confiée par les statuts à un seul associé, les actes faits par un autre associé n'obligent point, en principe, la société. Mais il en doit être autrement

lorsque la clause des statuts confiant la gestion à un seul associé, n'a pas été dûment publiée ; cette clause n'est pas opposable aux tiers, de telle sorte que les autres associés eux-mêmes peuvent obliger la société.

136 *ter*. — L'article 56 *in fine* de la loi du 24 juillet 1867, reproduisant sur ce point la disposition de l'ancien article 42, C. com., dispose que les formalités de publicité sont prescrites *à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais que le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé aux tiers par les associés*. La règle générale est donc que *tous* les intéressés peuvent invoquer la nullité pour défaut de publicité contre toute personne, ou en d'autres termes, que la nullité est *absolue* ; une seule exception est apportée à cette règle, les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers. Ainsi, un associé ne pourrait soutenir efficacement qu'il n'a pas été obligé par les actes du gérant, à raison de ce que la société est nulle pour défaut de publicité. Les associés ne peuvent légitimement invoquer contre les tiers une négligence que ces associés eux-mêmes ont commises ou laissé commettre.

Il importe de déterminer quelles personnes rentrent ou non dans la règle générale et, par suite, quelle personnes, au contraire, sont comprises dans l'exception. Plusieurs difficultés s'élèvent à cet égard.

137. Les *créanciers sociaux* sont évidemment au nombre des intéressés ayant le droit d'invoquer la nullité. Ils ont intérêt spécialement à faire considérer comme non avenues à leur égard les clauses des statuts qui restreignent les pouvoirs du gérant ou ne confient la gestion qu'à un seul associé, lorsqu'on veut les leur opposer, bien qu'elles n'aient pas été publiées dans l'extrait inséré dans les journaux. Mais, les créanciers sociaux n'ont pas d'ordinaire intérêt à faire annuler la société pour défaut de publicité ; grâce à l'existence de la société, ils peuvent se faire payer sur les biens sociaux à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 125-6°) ; ils perdent ce droit exclusif quand la société est annulée.

Au contraire, les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les créanciers sociaux, qui sont des tiers dans le sens de l'article 56 de la loi de 1867.

137[1]. Mais les associés peuvent-ils, du moins, s'opposer, dans leurs rapports entre eux, la nullité de la société? On l'a nié autrefois, en disant, soit que la publicité est organisée dans l'intérêt des tiers et non des associés, soit que, tous les associés étant également en faute, il serait injuste que quelques-uns profitâssent de la faute commune au préjudice des autres. Cette opinion a définitivement succombé. Les associés ont intérêt à invoquer la nullité ; ils sont donc compris dans la

règle générale de l'article 56 de la loi de 1867. Il ne serait pas raisonnable que la loi les obligeât à rester dans une société dont la nullité peut être à chaque instant demandée par des tiers ; il est juste et utile qu'ils puissent demander à sortir d'une situation aussi instable. Mais ce motif même, tout autre que celui qui justifie le droit pour les tiers de se prévaloir du défaut de publicité, doit faire restreindre, dans les rapports entre les associés, les effets de la nullité. En ce qui les concerne, elle ne doit avoir d'effets que pour l'avenir ; pour le passé, la société a existé entre eux, au moins comme une société de fait ; ainsi, à l'égard des associés, la nullité opère comme une dissolution. Il résulte de cette doctrine consacrée par les arrêts, que la liquidation de la société annulée et le partage des bénéfices doivent se faire conformément aux clauses des statuts (1).

137². A certains égards, le droit des associés dans leurs rapports entr'eux est plus étendu que celui des tiers. Il a été dit plus haut (n° 136) que l'omission dans l'extrait publié par les journaux d'une clause des statuts ne peut être invoquée par les créanciers sociaux comme entraînant la nullité de la société elle-même, que cette clause seule doit être réputée non avenue à l'égard des tiers. Il semble juste, au contraire, de reconnaître, en pareil cas, aux associés le droit d'invoquer la nullité de la société dans leurs rapports entre eux. Dans un contrat de société, toutes les clauses se tiennent : un associé peut légitimement alléguer qu'il a été déterminé à s'associer par telle clause et qu'il ne veut pas rester dans une société dans laquelle cette clause est inopposable aux tiers, puisque ceux-ci ont le droit d'en demander la nullité.

137³. Il va de soi que les *créanciers personnels d'un associé* peuvent, en vertu de l'article 1166, C. civ., en exerçant les droits de leur débiteur, invoquer contre les autres associés la nullité pour défaut de publicité. Faut-il même autoriser les créanciers personnels d'un associé à se prévaloir de la nullité contre les créanciers sociaux ? La question est délicate. L'intérêt des créanciers personnels à faire annuler la société contre les créanciers sociaux est évident. Si la société est annulée, il n'y a plus de fonds social sur lequel ceux-ci puissent se faire payer à l'exclusion des créanciers personnels des associés ; les biens mis en société sont partagés entre les associés, et sur ces biens les créanciers personnels et les créanciers sociaux viennent en concours. On a soutenu que la nullité ne peut être opposée aux créanciers sociaux par les créanciers personnels des associés, en disant que ceux-ci ne

(1) Cass., 7 juillet 1873, S. 1873. 1. 388 ; *J. Pal.*, 1873, 957 ; D. 1873. 1. 327 ; Cass., 28 mars 1898. D. 1899, 1. 588 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 422.

peuvent pas avoir plus de droit que l'associé, leur débiteur. On a aussi fait remarquer que la publicité est organisée pour les tiers qui traitent avec la société, et non pour les créanciers personnels des associés. Ces motifs ne sont pas décisifs. La jurisprudence reconnaît avec raison le droit des créanciers personnels (1). Il y a des cas exceptionnels où les créanciers ont plus de droit que leur débiteur ; on se trouve ici dans un cas de ce genre. En présence d'un texte aussi général que l'article 56, alinéa 3, de la loi de 1867, on ne peut, sans tomber dans l'arbitraire, refuser aux créanciers personnels des associés qui sont bien des intéressés le droit d'invoquer la nullité contre les créanciers de la société.

137[4]. Il ne faut, toutefois, pas exagérer la portée à donner au mot *intéressés*. On ne saurait ranger sous ce nom les personnes qui, quoique n'ayant eu aucun rapport juridique avec la société ou avec les associés, tireraient profit de la nullité, comme des concurrents.

138. *Nature de la nullité. Nullité d'ordre public.* — La nullité pour défaut de publicité ne peut être couverte par la ratification expresse des associés ou par la ratification tacite résultant de l'exécution donnée à l'acte de société. D'un côté, les associés ne peuvent, par leur fait, retirer aux tiers le droit d'invoquer la nullité consacrée à leur profit ; d'un autre côté, les associés doivent conserver ce droit tant qu'il appartient aux tiers. Enfin, comme il s'agit là d'une nullité d'ordre public, l'action en nullité ne peut s'éteindre par aucune prescription ni par la prescription de dix ans de l'article 1304, C. civ., qui repose sur une présomption de ratification, ni même par la prescription trentenaire (2).

139. *Publicité tardive.* — Il peut se faire que les formalités de publicité soient remplies, mais seulement après l'expiration du délai d'un mois depuis la constitution de la société. Cette publicité tardive ne peut enlever le droit de demander la nullité aux tiers qui avaient ce droit avant que l'acte de société fût publié, ni aux associés qui ont déjà introduit une demande en nullité quand les formalités sont rem-

(1) Cass., 6 juin 1904, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 8 ; D. 1904. 1. 455 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 43.

(2) Les dispositions ajoutées à l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893 sur la prescription des actions en nullité et la manière de couvrir les nullités ne s'appliquent pas à la nullité pour défaut de publicité, mais seulement aux nullités des sociétés par actions pour violation des règles spéciales prescrites pour la constitution de ces sociétés. V. n° 264. Cela n'a pas d'inconvénient par suite des effets attachés à la publicité tardive ; celle-ci couvre, en grande partie, parfois en totalité, le vice résultant du retard apporté à l'accomplissement des formalités de publicité. V. n° 139.

plies. Par suite, malgré cette publicité, les associés eux-mêmes peuvent faire annuler la société, s'il y a des créanciers antérieurs. Mais, s'il n'y a pas de créanciers antérieurs et si aucun associé n'a encore formé une demande en nullité lorsque les formalités de publicité ont été remplies (1), le vice, dont la société était entachée, disparaît pour l'avenir.

140. Les tiers ont le droit de demander la nullité pour défaut de publicité, alors même qu'il serait prouvé qu'en fait, ils ont connu l'existence de la société, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique dans les formes légales. Le défaut de publicité établit la présomption absolue que les tiers n'ont pas connu l'acte de société. Le but de la loi, ici, comme toutes les fois qu'elle prescrit des formalités de publicité, a été d'éviter les contestations relatives à la question de savoir si les tiers ont eu ou n'ont pas eu connaissance de l'acte à rendre public (arg. art. 1071, C. civ.). A l'inverse et par identité de raison, la demande en nullité formée par un intéressé doit être rejetée dès que les formalités de publicité ont été remplies, sans qu'il puisse être allégué que, malgré ces formalités, celui qui invoque la nullité a ignoré l'existence de la société (2).

141. *Défaut de publicité des modifications apportées à l'acte de société.* — Les modifications à l'acte de société, non publiées dans les formes légales, sont nulles aussi, c'est-à-dire que les intéressés peuvent les faire considérer comme non avenues, de telle sorte que les clauses primitives de l'acte de société s'appliquent, à l'exclusion des changements qui y ont été apportés. Ainsi, lorsque le gérant est changé, si ce changement n'est pas publié, les tiers qui ont fait des opérations avec l'ancien gérant peuvent faire considérer ces opérations comme valables. Mais le défaut de publicité des modifications apportées au contrat de société n'a aucun effet sur la validité de ce contrat lui-même.

C. — *Du fonctionnement de la société en nom collectif, des gérants et des engagements sociaux.*

142. Les sociétés ne peuvent agir par elles-mêmes, il leur faut des représentants ; on donne à ceux-ci le nom de *gérants* dans la société en nom collectif (3).

(1) En général, les juges doivent statuer sur une demande d'après l'état des choses existant au moment où elle a été introduite.

(2) Cass., 10 avril 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 289.

(3) Le nom de *gérant* est aussi employé dans la société en commandite (nos 168 et suiv.).

Si, ce qui est fort rare, les statuts sociaux sont muets, le droit de gérer appartient à chacun des associés (art. 1859-1°, C. civ.). Souvent, la qualité de gérant est conférée à un seul des associés ou à plusieurs d'entre eux ; les autres sont bien indéfiniment tenus des dettes sociales, mais ils ne peuvent pas gérer, ils peuvent seulement surveiller la gestion.

143. Les gérants peuvent-ils être révoqués par les autres associés ? Cela dépend. S'ils ont été désignés par les statuts (*gérants statutaires*), cette désignation constitue une clause de l'acte social ; leurs coassociés ne peuvent les révoquer, il faut le consentement de tous les associés et, par conséquent, des gérants eux-mêmes, pour que ceux-ci soient changés (art. 1856, C. civ.). La même raison empêche que les gérants statutaires puissent donner leur démission sans le consentement de leurs coassociés. Toutefois cela ne met nul obstacle à ce que la révocation des gérants statutaires soit prononcée par justice, lorsqu'ils manquent à leurs obligations, en vertu de l'article 1184, C. civ., ou à ce qu'ils puissent se retirer, s'ils ont une cause légitime à invoquer. Au contraire, si les gérants ont été nommés pendant la durée de la société, il y a là un mandat ordinaire révocable au gré des associés (art. 2003, C. civ.), et auquel les gérants peuvent aussi renoncer (art. 2007, C. civ.). V. n° 147.

144. Si, en fait, la gestion est presque toujours confiée à un ou plusieurs associés, rien, en droit, n'empêche de choisir comme gérant une personne étrangère à la société. Le gérant agit prudemment alors, pour ne pas induire les tiers en erreur et ne pas risquer d'être obligé comme s'il était associé, en indiquant dans tous ses actes qu'il a seulement la qualité de mandataire de la société ; il oblige celle-ci et les associés, sans s'engager lui-même. Cf. n° 47.

145. *Des pouvoirs des gérants.* — L'acte de société détermine les pouvoirs des gérants. Dans le silence de cet acte, leurs pouvoirs qui sont fixés par les usages et non par la loi, sont très étendus ; ils sont chargés d'*administrer*, c'est-à-dire qu'ils peuvent faire, en principe, tous les actes nécessaires à la réalisation du but de la société. Ainsi, ils peuvent louer les locaux nécessaires à l'entreprise, engager des commis et des ouvriers, acheter et renouveler les machines, acheter et vendre au comptant ou à crédit les choses faisant l'objet du commerce de la société, émettre et endosser des billets à ordre, des lettres de change et des chèques, représenter la société dans tous les procès où elle est défenderesse ou demanderesse, même en matière immobilière, etc. Ils peuvent aussi emprunter dans les limites des besoins journaliers de la société et transiger ou compromettre sur tout ce dont ils ont, en qualité d'administrateurs, la libre disposition.

Les gérants ont-ils le pouvoir de vendre ou d'hypothéquer les immeubles de la société ? On l'a nié en se fondant sur l'article 1988, C. civ., selon lequel le mandat conçu en termes généraux n'embrasse pas le pouvoir d'aliéner. Mais cette disposition ne nous paraît pas devoir s'appliquer ici. Les gérants ont un mandat spécial, celui de faire tout ce qui est nécessaire à la marche des affaires sociales. Ce qui est vrai, c'est que le gérant ne peut faire que les actes se rattachant au but de la société et les aliénations d'immeubles ou les constitutions d'hypothèques n'entrent pas ordinairement à ce titre dans ses pouvoirs, de telle sorte qu'un mandat spécial lui est nécessaire pour qu'il puisse faire ces actes.

Il était également admis avant la loi du 1er août 1893 (1) que, par application de l'article 2127, C. civ., un gérant ne pouvait hypothéquer un immeuble de la société en vertu des pouvoirs à lui conférés par l'acte de société, que si cet acte avait été passé par devant notaires. De même, si l'acte social exigeait pour la constitution d'hypothèque une délibération des associés, cette délibération conférant au gérant le pouvoir de constituer une hypothèque devait être constatée par acte notarié. Cette exigence, conforme aux principes du Droit civil d'après lequel, en principe, le mandat donné pour faire une opération qui exige un acte authentique doit être lui-même constaté par acte authentique, entraînait des lenteurs et des frais qu'a voulu faire disparaître la loi du 1er août 1893. D'après l'article 69 (*nouveau*) de la loi de 1867, *il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation, même sous seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique, conformément à l'article 2127 du Code civil.*

L'acte de société peut-il apporter toutes sortes de restrictions aux pouvoirs des gérants, notamment leur interdire de faire des opérations à crédit ? Ces clauses restrictives sont assurément valables entre les associés, en ce sens que les gérants qui les violent sont responsables envers les associés. Sont-elles aussi opposables aux tiers, de telle sorte que la société et les associés peuvent se refuser à exécuter les engagements des gérants qui dépasseraient leurs pouvoirs ? Des doutes ont été élevés sur cette question, à raison de l'erreur dans laquelle les tiers peuvent se trouver induits, quand ils ne connaissent pas les statuts. Mais ceux-ci ont dû être publiés, et les personnes qui contractent avec les gérants peuvent, du reste, toujours en réclamer la représentation. Toute clause dûment publiée, dès l'instant où elle n'est pas nulle en elle-même, est opposable aux tiers, comme aux associés.

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nº 183.

146. *Pluralité des gérants.* — Quand il y a plusieurs gérants, divers cas peuvent se présenter au point de vue de leurs pouvoirs respectifs.

a) Si les diverses branches de la gestion ont été divisées entre eux, chacun doit se renfermer dans le cercle de ses attributions ; les actes qu'un gérant ferait en le dépassant ne seraient pas opposables à la société.

b) En l'absence de division des attributions, chaque gérant peut, en principe, agir seul et obliger ainsi la société (art. 1857, C. civ.).

c) Toutefois, s'il a été dit que tous gèreraient en commun, l'un d'eux ne peut rien faire sans le concours des autres (art. 1858, C. civ.).

Pour que les clauses relatives aux pouvoirs des gérants soient opposables aux tiers, il faut, bien entendu, qu'elles aient été publiées conformément aux articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867.

147. Dans le cas où les gérants doivent gérer en commun, comment procède-t-on s'il y a désaccord entre eux ? La majorité décide ; il y a lieu de penser que la volonté des associés a été qu'on ferait les opérations jugées utiles par la majorité des gérants. Si les gérants sont en nombre pair et partagés, on ne peut que s'abstenir ; il n'y a pas là un *litige* de nature à être tranché par les tribunaux, mais une question d'opportunité et d'utilité. Il en serait autrement dans le cas où il y aurait dissentiment entre les gérants sur le point de savoir si une opération rentre ou non dans l'objet de la société ; le recours aux tribunaux serait possible, ils auraient à interpréter l'acte de société.

148. Les associés non gérants peuvent-ils s'opposer aux actes que le gérant veut faire ? Il faut distinguer. L'opposition n'est pas admise contre les actes d'un gérant *statutaire* qui rentrent dans l'objet de la société ; elle constituerait une révocation partielle, qui n'est pas plus admise qu'une révocation complète (n° 143). Au contraire, l'opposition des associés est admise contre les actes du gérant nommé au cours de la société ; il est révocable *ad nutum ; a fortiori* est-il possible de restreindre ses pouvoirs en l'empêchant de faire une opération qu'il projette (V. art. 1856, C. civ.). C'est la majorité des associés qui peut décider de former l'opposition.

149. Dans les divers cas où l'opinion de la majorité des associés doit prévaloir, à moins de clause contraire dans les statuts, on compte les votes par tête, sans s'attacher à l'importance de l'intérêt de chaque associé. A raison de l'engagement indéfini et solidaire des associés, les personnes doivent être plutôt considérées que les capitaux. C'est là, du reste, le système admis implicitement par la loi du 24 juillet 1867, même dans les sociétés par actions. V. n° 303.

150. Quand il s'agit, non d'appliquer les statuts ou de se prononcer

sur l'utilité d'une opération, mais de modifier les statuts, le consentement de tous les associés est nécessaire ; une décision judiciaire ne peut y suppléer en cas de désaccord (V. art. 1134, al. 2, C. civ.).

151. Les gérants, étant des mandataires, sont, en cette qualité, responsables de leurs fautes de gestion (art. 1992, C. civ.) ; cette responsabilité existe même lorsque les opérations dommageables, ayant été faites dans les limites des pouvoirs des gérants, obligent la société.

152. Pour que la société soit obligée envers les tiers, il faut, en principe, que l'acte dont il s'agit ait été fait par un gérant dans les limites de ses pouvoirs et pour le compte de la société.

En général, il est facile de savoir si le gérant a agi pour son compte ou pour celui de la société. Dans ce dernier cas, il signe ordinairement de la raison sociale; c'est ce que suppose l'article 22, C. com , en disposant que les associés sont tenus des engagements de la société, *encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.*

Mais la société et les associés pourraient-ils être obligés, alors même que le gérant n'aurait pas signé sous la raison sociale ? L'Ordonnance de 1673 (titre IV, art. 7) exigeait expressément que le gérant eût signé *pour la compagnie et non autrement* (1). Le Code n'a pas reproduit ce système restrictif ; peu importe que le gérant n'ait pas fait usage de la raison sociale, s'il résulte des circonstances que c'est bien pour la société qu'il a contracté. C'est là, du reste, la doctrine qui fut toujours admise en Italie (2).

Ce n'est pas seulement par les actes contractuels du gérant que la société est obligée, mais aussi par les délits et quasi-délits commis dans l'exercice de ses fonctions. Il y a là une application de l'article 1384, C. civ. (3).

153. Le gérant, qui fait un acte en dehors de ses pouvoirs, n'oblige évidemment pas, en principe, la société. Mais si, dans son intérêt personnel, le gérant fait un acte qu'il signe de la raison sociale, si, par exemple, il souscrit un billet à ordre pour une dette qui lui est propre, la société se trouve-t-elle, par cela seul, obligée? L'affirma-

(1-2) Cette règle formaliste était contraire à celle qui était admise en *Italie*. Caseregis disait : *Socius socium non obligat, nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, vel forte ex facti circumstanciis aut subjecta materia illud argui potuerit.*

(3) Indépendamment de cette responsabilité pécuniaire, y a-t-il pour la société une responsabilité *pénale ?* La négative doit être admise en principe : la question est, d'ailleurs, du domaine du Droit criminel. La solution dérive de ce qu'en règle générale, les individus seuls peuvent tomber sous le coup de la loi pénale, à l'exclusion des personnes civiles.

tive doit être, en règle générale, admise. Les associés n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes de ce que le gérant qu'ils ont choisi a abusé de la signature sociale ; du reste, une solution contraire serait de nature à préjudicier au crédit de la société. Il en serait autrement, toutefois, dans le cas où les tiers seraient de mauvaise foi, c'est-à-dire auraient su que le gérant agissait, en réalité, pour son propre compte et n'avait point été autorisé (ce qui serait possible) à user, pour ses affaires personnelles, de la raison sociale, afin d'augmenter son crédit (1).

154. *Des effets des engagements sociaux*. — Quand la société est engagée, les créanciers sociaux ont le droit d'agir contre la société et contre chacun des associés.

1° *Contre la société*. Ils peuvent la poursuivre en justice, provoquer sa déclaration de faillite, saisir et faire vendre les biens de la société. Ils ont même le droit de se faire payer sur le prix de ces biens à l'exclusion des créanciers personnels des associés. V. n° 125-6°.

2° *Contre chacun des associés*. Ceux-ci ont, en adoptant la forme de la société en nom collectif, donné, par cela même, au gérant le mandat de les obliger sur tous leurs biens et solidairement (2). Les associés sont obligés commercialement à raison des dettes commerciales de la société ; ils sont même tous commerçants et peuvent être, par suite, déclarés en faillite ou mis en liquidation judiciaire.

Sur les biens personnels des associés, les créanciers sociaux ont à subir le concours des créanciers personnels des associés (art. 2092 et 2093, C. civ.).

155. La solidarité est de droit pour les associés en nom collectif. Peut-elle être écartée par une clause formelle insérée dans les statuts ? On l'a soutenu, en invoquant le principe de la liberté des conventions et en faisant observer que, du reste, les tiers n'auraient point à se plaindre par cela même que, pour leur être opposable, cette clause devait être rendue publique. Cf. n° 134. Il faut, au contraire, déclarer cette clause nulle. La solidarité est de l'essence de la société en nom collectif ; la dénomination de cette société vient de ce que précisément, à raison de la solidarité, tous les associés ne forment, pour ainsi dire, qu'une seule personne à l'égard des tiers, par cela même que l'un quelconque d'entre eux peut être poursuivi pour le tout. On ne saurait dire absolument, en matière de sociétés de commerce, que le principe

(1) Consult. Cass., 11 juillet 1899, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 5 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 337.

(2) Chaque associé ne peut être tenu que des engagements contractés pendant qu'il faisait partie de la Société. Cette observation a son importance si l'on suppose qu'un associé n'est pas entré dans la société dès le début de son existence ou en est sorti avant sa dissolution.

général est la liberté des convèntions ; la loi a créé des types de sociétés commerciales dont il n'est pas permis de s'écarter. Du reste, rien n'empêche de convenir avec un tiers, à propos d'une opération déterminée, que les associés ne seront pas tenus solidairement de cette opération.

156. La solidarité ne concerne que les rapports des associés avec les tiers et non leurs rapports entre eux ; aussi l'associé, qui a payé en entier une dette sociale, ne peut-il recourir contre chacun de ses coassociés que pour sa part sociale (art. 1214, C. civ.).

Aucune disposition légale n'oblige les créanciers sociaux à poursuivre la société avant de s'en prendre aux associés, ce qui serait, pour les associés, une sorte de bénéfice de discussion qui ne peut exister sans texte le consacrant ; les créanciers ne sont astreints à aucun ordre dans leurs poursuites. Mais l'équité exige qu'ils réclament, tout au moins, le paiement au gérant comme représentant de la société avant de s'en prendre individuellement à un ou plusieurs associés (1).

II. — DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE

Code de commerce, art. 23-28. — L. 24 juillet 1867, art. 1 à 20, art. 55 et suiv.

157. La société en nom collectif ne peut réunir, en fait, qu'un petit nombre d'associés ; pour en devenir membre, il faut consentir à être tenu des dettes sociales personnellement et solidairement, à devenir commerçant, à être exposé, par suite, à la faillite ou à la liquidation judiciaire. La société en commandite remédie en partie à ces inconvénients ; elle permet à des personnes qui veulent avoir la chance de réaliser les gros bénéfices du commerce sans courir des risques illimités, d'atteindre leur but sans devenir pour cela des commerçants.

L'origine de la société en commandite se trouve dans les usages maritimes du moyen-âge. Le *contrat de commande* (*Commanda*, *accommanda*, *commandita*) était pratiqué surtout dans la Méditerranée : une personne confiait un capital en argent ou en marchandises à un capitaine ou à un marchand qui se chargeait de le vendre ou de le faire fructifier dans les pays où il se rendait ; elle stipulait une part dans les bénéfices des opérations et ne risquait que le capital fourni par elle. Cette pratique pénétra dans le commerce de terre ; la *commande*

(1) Cf. Cass., 18 janvier 1898, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 185 ; D. 1899. 1. 49 (note de M. Thaller).

permettait, à une époque où la prohibition canonique du prêt à intérêt était admise, de faire valoir ses capitaux; elle donnait aux personnes de qualité le moyen de réaliser des bénéfices commerciaux sans déroger. Ce contrat, appliqué d'abord à certaines opérations déterminées, finit par l'être à des branches entières du commerce.

Dans l'ancien Droit français, jusqu'au Code de 1807, il y avait là un contrat dont les effets étaient restreints aux rapports entre les associés. Aujourd'hui, la société en commandite a une existence extérieure, elle a une raison sociale, elle est soumise à des formalités de publicité et forme une personne morale, comme les sociétés de commerce autres que la société en participation.

On peut définir la société en commandite : *une société dans laquelle plusieurs personnes conviennent de faire le commerce sous une raison sociale, en acceptant les unes une responsabilité limitée à leurs apports, les autres une responsabilité illimitée et même solidaire, s'il y a plusieurs associés indéfiniment responsables* (art. 23, C. com.). D'après l'article 24, C. com., cette société est en nom collectif pour les associés solidaires, elle est en commandite pour les autres. Elle comprend ainsi des associés tenus personnellement, qui sont appelés *commandités*, puis des associés tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises, qui sont désignés sous le nom de *commanditaires* ou de *bailleurs de fonds*

158. De nos jours, les sociétés en commandite se sont multipliées. Cette forme de société convient spécialement aux inventeurs, aux personnes ayant une aptitude technique particulière ou dont le nom inspire confiance et qui manquent de capitaux; elle leur permet de s'en procurer parfois plus aisément que par voie d'emprunt, à raison des bénéfices que le commanditaire a l'espérance de réaliser, et de conserver une grande indépendance dans la gestion de l'entreprise par cela même que les commanditaires ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion (art. 27 et 28, C. com.). V. n° 168.

Le Code de commerce distingue deux sortes de sociétés en commandite : la *commandite simple* ou *commandite par intérêts* et la *commandite par actions* (art. 23 et 38) (1). Certaines règles légales sont communes aux deux espèces de commandites : d'autres sont spéciales à chacune d'elles. La *commandite simple* se rapproche de la société en nom collectif, la *commandite par actions* de la société anonyme.

(1) En 1905, il s'est fondé en France 6.034 sociétés de commerce autres que des sociétés en participation, dont 1.165 commandites par intérêts et 67 commandites par actions.

Il sera traité successivement ci-après : A. des règles communes ; B. des règles particulières à la commandite par intérêts. — La commandite par actions rentre dans la théorie générale des *sociétés par actions* (1) et sera, par suite, rapprochée de la société anonyme. V. nos 176 et suiv.

1° De la commandite en général.

A. — *Caractères généraux de toute société en commandite.*

159. Deux caractères sont communs aux deux espèces de sociétés en commandite : *a*) l'existence d'une raison sociale ; *b*) la coexistence de deux catégories d'associés, les *commandités* et les *commanditaires* ou *bailleurs de fonds*.

a) D'après l'article 23, C. com., la commandite *est régie sous un nom social*. C'est là une innovation du Code de 1807 ; antérieurement, la commandite n'avait pas de raison sociale, par cela même qu'elle n'avait pas d'existence extérieure. V. n° 157.

La raison sociale ne peut comprendre que des noms de commandités ; le commanditaire, qui y laisserait insérer le sien, contribuerait à induire les tiers en erreur sur sa qualité ; il serait tenu des dettes sociales, comme s'il était commandité (art. 23, al. 2, et 25). Cf. anal., n° 130.

b) Il peut y avoir soit plusieurs commandités soit un seul.

Quand même il n'y a qu'un commandité, on peut, pour former la raison sociale, joindre au nom de celui-ci les mots *et compagnie* : autrement, il n'y aurait pas, en réalité, de raison sociale et l'on ne pourrait pas aisément distinguer les actes faits par le commandité pour son compte personnel de ceux qu'il fait pour le compte de la société.

Il peut aussi y avoir soit plusieurs commanditaires soit un seul. Ainsi, il est possible qu'il n'y ait qu'un commanditaire et un commandité.

En fait, les commanditaires sont d'ordinaire plus nombreux dans la commandite par actions que dans la commandite par intérêts.

(1) L'expression *sociétés par actions* comprend à la fois les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. V. art. 34, C. com., modifié par la loi du 16 novembre 1903.

B. — *Formation et preuve de la commandite, formalités de publicité.*

160. Comme pour toutes les sociétés de commerce autres que la société en participation, la loi exige, pour la commandite, un écrit, qui peut être un acte authentique ou un acte sous seings privés (art. 39, 40 41). V. nº 132.

Quand l'acte de société est sous seings privés, combien doit-il en être fait d'originaux ? La loi du 24 juillet 1867 (art. 1) se contente de deux originaux pour les commandites par actions (nº 246). Mais il y a là une disposition exceptionnelle : dans les commandites par actions, le nombre des associés étant souvent très grand, la confection d'autant d'originaux qu'il y a d'associés serait gênante. Dans la commandite par intérêts, le nombre des associés est d'ordinaire très restreint et, du reste, en ce qui concerne ces sociétés, aucune exception n'est apportée par la loi à la règle de la formalité des doubles (art. 1325, C. civ.) appliquée par l'article 39, C. com., aux sociétés de commerce. Aussi doit-on, pour l'acte sous seings privés relatif à une société en commandite simple, exiger autant d'originaux qu'il y a de commanditaires et de commandités.

En principe, sauf quelques différences de détail, relatives aux mentions à insérer dans les extraits de l'acte de société publié dans les journaux, les mêmes formalités de publicité sont prescrites que pour les sociétés en nom collectif ; il y a des règles spéciales pour les commandites par actions dont la publicité se rapproche plutôt de celle qui est prescrite pour les sociétés anonymes (nº 247).

L'extrait publié dans les journaux (nº 134), qu'il s'agisse d'une société en commandite de l'une ou de l'autre espèce, ne doit pas contenir les noms des commanditaires, mais seulement ceux des commandités ; pour les commanditaires, au lieu d'indiquer leurs noms, on se borne à mentionner le montant des valeurs fournies ou à fournir par eux (L. 24 juillet 1867, art. 58).

C. — *Droits et obligations des commanditaires et commandités.*

161. Le commanditaire ressemble à un prêteur d'argent. Cette ressemblance est plus apparente que réelle. Comme un prêteur d'argent, le commanditaire fournit des fonds (quand il ne fait pas d'apport en nature), qui permettent à la société de fonctionner ; mais, pas plus que le commandité, ce n'est un simple créancier ; il fournit une somme d'argent à titre de mise sociale, c'est un *associé*. De là découlent plusieurs conséquences importantes :

a) Le commanditaire a droit à une part dans les bénéfices sociaux. Ces bénéfices ne sont pas limités ; on n'appliquait pas, par suite, même avant la loi du 12 janvier 1886, au commanditaire, la loi du 3 septembre 1807 qui fixait, en matière commerciale, à 6 p. 100 le maximum du taux de l'intérêt conventionnel. Il peut se faire, par contre, que le commanditaire ne touche aucun revenu, parce qu'il n'y a pas de bénéfices sociaux.

b) En cas de liquidation judiciaire, de faillite ou de dissolution de la société, le commanditaire ne peut produire pour réclamer le remboursement de sa mise tant que les créanciers sociaux n'ont pas été désintéressés.

c) Il a un droit de contrôle sur les actes du gérant et peut demander, comme tout associé, la communication des livres de la société (art. 14, C. com. ; L. 24 juillet 1867, art. 12).

162. La société en commandite *simple*, comme la société en nom collectif, est une société de personnes, elle repose sur l'*intuitus personæ*, même en ce qui concerne les commanditaires ; le commandité choisit ses commanditaires et ceux-ci se choisissent entr'eux. Aussi un commanditaire, de même qu'un commandité, ne peut-il pas, sans le consentement de tous les associés, se substituer, en cédant sa part sociale, une autre personne dans la société (art. 1861, C. civ.), et la mort, l'interdiction, la faillite d'un commanditaire, entraînent-elles, à moins de convention contraire, la dissolution de la société. Il en est autrement dans la commandite par actions.

163. Le commandité est non seulement obligé d'opérer sa mise, mais encore il est tenu des dettes sociales sur tous ses biens. Au contraire, l'unique obligation du commanditaire est de verser sa mise. A défaut de versement à l'époque fixée, le commanditaire est, comme tout associé, tenu de plein droit de payer des intérêts moratoires, et peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts (art. 1846, C. civ.). V. n° 110.

164. L'apport d'un commanditaire, comme de tout autre associé, peut consister, soit en argent, soit en autre chose que de l'argent ; il y a dans le dernier cas ce qu'on appelle un *apport en nature*. Les parties évaluent l'importance de cet apport et les droits qui en résultent pour le commanditaire. La loi du 24 juillet 1867 (art. 4) a posé des règles spéciales sur les formalités à remplir pour l'évaluation des apports en nature dans les commandites par actions. V. nos 239 et suiv.

165. L'obligation du commanditaire d'effectuer sa mise est-elle civile ou commerciale ? La question a perdu l'intérêt qu'elle présentait au point de vue de la contrainte par corps avant la loi du 22 juillet 1867 (n° 18, *in fine*) ; elle en présente toujours notamment quant à la com-

pétence (1) et quant au taux des intérêts dus en cas de retard dans le versement de la mise. On soutient que l'obligation du commanditaire est civile : en ce sens, on fait observer que l'énumération des actes de commerce (art. 632 et suiv., C. com.) ne contient pas l'acte dont il s'agit, qui constitue un simple placement (2). Cette opinion n'a pas triomphé dans la jurisprudence. Il y a là une obligation commerciale (3); le commanditaire donne mandat au gérant de la société de faire des opérations de commerce pour son compte, et le gérant engage le commanditaire, au moins jusqu'à concurrence de sa mise. On ne peut dire qu'il y a un simple placement de la part du commanditaire, qui peut perdre entièrement son apport et qui, d'ordinaire, ne verse pas immédiatement sa mise, mais s'oblige à en faire le versement.

Il est, du reste. bien certain que le commanditaire n'a pas la qualité de commerçant ; il ne fait pas des actes de commerce sa profession habituelle.

166. Envers qui le commanditaire est-il tenu de verser sa mise ? Il l'est d'abord envers la société ; par suite, le gérant peut agir au nom de celle-ci contre lui. Le commanditaire n'est-il pas tenu aussi envers les créanciers sociaux ? Il n'est pas douteux que ces créanciers ont, tout au moins, contre le commanditaire, le droit d'exercer l'action de la société, leur débitrice, en vertu de l'article 1166, C. civ. La question est de savoir si, outre l'action *oblique*, ils n'ont pas une action *directe*.

Quel intérêt présente cette question ? Avant la loi du 17 juillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé en matière de sociétés commerciales, les contestations entre associés, dans les sociétés de commerce, devaient être nécessairement portées devant des arbitres (art. 51 à 63, C. com.). Par suite, si les créanciers ne pouvaient agir qu'en exerçant les actions des associés les uns contre les autres, il y avait lieu à l'arbitrage forcé. Au contraire, s'ils pouvaient exercer une action directe et usaient de ce droit, la compétence appartenait aux tribunaux de commerce. La suppression de l'arbitrage forcé a fait disparaître cet intérêt de la question. Elle est importante à d'autres points de vue : *a*) Si les créanciers ont une action directe, les commanditaires ne peuvent pas

(1) Sans doute, si la société poursuit le commanditaire, on peut dire que c'est une contestation entre associés dans une société commerciale qui, par suite, est nécessairement de la compétence des tribunaux de commerce (art. 631-2°, C. com.), mais la question présente de l'intérêt si l'on admet qu'une action *directe* peut être intentée par le créancier contre le commanditaire. V. n° 166.

(2) En ce sens, Thaller, *op. cit.*, nos 333 et 334.

(3) Cass., 13 août 1856, D. 1856. 1. 343 ; Cass., 15 juillet 1863, D. 1863. 1. 347 ; Paris, 22 mai 1884, D. 1885. 2. 177.

leur opposer les exceptions et moyens de défense qu'ils auraient contre la société. *b*) Spécialement, si les créanciers ont une action directe, les commanditaires ne peuvent leur opposer la nullité pour défaut de publicité, puisqu'elle n'est pas opposable par les associés aux tiers (L. 24 juillet 1867, art. 56). V. nº 136.

On a soutenu que les créanciers n'ont pas d'action directe. Ils ne sont pas, a-t-on dit, même censés connaître les commanditaires dont les noms ne figurent pas dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux. Le gérant a le mandat d'employer les fonds des commanditaires aux affaires sociales, non celui de les obliger envers les tiers. Telle était, du reste, a-t-on ajouté, la solution admise dans l'ancien Droit.

Les créanciers ont, selon l'opinion qui a triomphé dans la jurisprudence (1), une action directe. L'ancien Droit ne peut être invoqué : avant le Code de commerce, la commandite était un simple contrat qui ne se révélait pas aux tiers ; elle n'était pas, en principe, soumise à des formalités de publicité et n'avait pas de raison sociale. V. nº 157. Aujourd'hui, la société en commandite est une personne morale comme toutes les sociétés de commerce, elle est soumise à des formalités de publicité et la raison sociale révèle son existence. L'extrait publié dans les journaux indique, au moins, les sommes à fournir par les commanditaires (nº 160). Ceux-ci donnent, en réalité, mandat au gérant de les obliger jusqu'à concurrence de leurs apports. Les obligations des commanditaires et des commandités existent envers les mêmes personnes, elles ne diffèrent que par leur étendue.

167. Les mises des commanditaires constituent le gage des créanciers sociaux. Aussi ne peuvent-ils être dispensés par le gérant d'en faire le versement ni en tout ni en partie ; ils ne peuvent non plus, pour la même raison, recevoir le remboursement de leurs mises, quand elles ont été effectuées. Malgré la libération accordée aux commanditaires par le gérant ou la restitution qui leur aurait été faite par lui, les créanciers peuvent poursuivre les commanditaires et les contraindre à verser ce dont ils ont été indûment libérés ou à rendre ce qui leur a été indûment restitué.

Le paiement fait aux commanditaires de dividendes qui ne correspondent point à des bénéfices réels, n'est qu'un remboursement déguisé de leurs mises ; aussi les créanciers peuvent-ils contraindre les actionnaires qui les ont reçus, en connaissant le caractère de ces *dividendes fictifs*, à les restituer. Cette action en restitution est-elle admise même

(1) Cass., 6 novembre 1865, S. 1866. 1. 109 ; *J. Pal.*, 1866. 275 ; D. 1865. 1. 479.

contre les commanditaires qui ont reçu ces dividendes fictifs de bonne foi, croyant qu'ils correspondaient à des bénéfices véritables? La loi du 24 juillet 1867 (art. 10) a résolu la question pour les commandites par actions dans un sens favorable aux commanditaires. Faut-il étendre la même solution aux commandites par intérêts? Cela dépend du point de savoir si l'on considère la disposition de la loi de 1867 comme une application des principes du droit commun ou comme une dérogation à ces principes. V. nos 174 et 279.

D. — *Administration de la société en commandite.*

168. La gestion des commandites ne peut être confiée qu'à un ou plusieurs commandités ou à des tiers étrangers à la société. — Les pouvoirs du gérant d'une commandite sont les mêmes que ceux du gérant d'une société en nom collectif. V. n° 145.

Un commanditaire ne peut être choisi comme gérant, il lui est même interdit par la loi de faire des actes isolés de gestion; autrement, les tiers pourraient être trompés, ils prendraient le commanditaire pour un commandité et compteraient sur sa responsabilité illimitée. Ce n'est pas là le seul motif de la prohibition. Les commanditaires ne doivent pas faire des actes de gestion, même en vertu d'une procuration du gérant (art 27, C. com.); cependant, alors, les tiers ne sont pas induits en erreur sur la qualité réelle des commanditaires. Si la loi défend aux commanditaires de gérer la commandite, c'est que, comme ils ont droit à une part dans les bénéfices dont le montant n'a pas de limites, tandis que leur responsabilité est limitée à leurs mises, ils se laisseraient parfois trop facilement entraîner à des opérations hasardeuses. Cela explique que, si l'on ne peut choisir comme gérant un commanditaire, la gestion peut être confiée à une personne étrangère à la société qui, si elle ne court pas de risques, n'a, du moins, aucune part dans les bénéfices. La prohibition est donc établie dans l'intérêt même de la société et non pas exclusivement dans celui des créanciers sociaux. Il faut ajouter que, sans cette prohibition, on recourrait trop facilement à des gérants qui, se déchargeant de la gestion sur un commanditaire, ne seraient que des *hommes de paille*.

Quelle est la portée de la prohibition? Quelle en est la sanction?

Les articles 27 et 28, C. com., qui résolvent ces deux questions, ont été modifiés par une loi du 6 mai 1863.

169. 1° *Des actes interdits aux commanditaires.* — Les commanditaires ne peuvent pas faire des actes de gestion les mettant en rapport avec des tiers; mais, en leur qualité d'associés, ils ont le droit de con-

trôler les opérations des gérants, d'empêcher la violation des statuts et d'examiner les comptes (art. 28, al. 2). La loi du 24 juillet 1867 (art. 5, 10 et 11) exige même, dans les commandites par actions, qu'un certain nombre de commanditaires soient choisis pour former un conseil de surveillance. V. n° 244.

Un commanditaire peut aussi être employé par la société, par exemple comme commis, caissier, teneur de livres, etc. ; cela ne peut pas tromper les tiers sur sa véritable qualité et lui donner une influence décisive sur les affaires sociales. La jurisprudence a toujours admis ces solutions que l'article 27, modifié en 1863, consacre expressément.

Il n'est pas non plus douteux qu'un commanditaire peut faire avec la société toutes les opérations que des tiers pourraient conclure avec elle ; par exemple : lui vendre des matières premières, être son banquier, etc.

Sont-ce là les seuls actes permis aux commanditaires ? la jurisprudence admet sur ce point une distinction entre les actes de gestion intérieure et les actes de gestion extérieure. D'après la théorie qu'elle consacre, si les commanditaires doivent s'abstenir de faire pour la société des opérations avec les tiers, du moins rien ne les empêche de faire à l'intérieur tous les actes possibles, de manière à exercer une influence sur la gestion. C'est ainsi qu'on est arrivé à permettre aux commanditaires de se réserver la faculté de révoquer *ad nutum* le gérant (n° 171). Cette jurisprudence ne paraît pas être d'accord avec les motifs mêmes de la prohibition, qui ne sont pas tirés exclusivement de l'intérêt des tiers. V. n° 168.

170. 2° *Sanction de la défense faite aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion.* — Le Code de commerce avait admis une sanction très rigoureuse. D'après l'article 28, le commanditaire qui avait fait ne fût-ce qu'un acte de gestion, était tenu personnellement et solidairement, comme un commandité, de *toutes* les dettes sociales même de celles ne dérivant pas de cet acte, y fussent-elles antérieures. La loi du 6 mai 1863, en modifiant l'article 28, alinéa 1, en a beaucoup atténué la rigueur. Il y a deux sanctions, l'une obligatoire pour le juge, l'autre facultative. L'associé commanditaire est sans doute obligé solidairement avec les associés en nom collectif (commandités) pour les dettes et engagements de la société dérivant des actes de gestion qu'il a faits ; mais il *peut*, d'après la gravité et le nombre de ses actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.

Lorsqu'un commanditaire est déclaré responsable de toutes les dettes de la société, peut-il être mis en liquidation judiciaire ou déclaré en

faillite? On l'a soutenu en disant qu'alors, il est un véritable commanditè et que, par suite, il est commerçant. On ajoute ainsi à la loi une rigueur qu'elle n'admet point. Il faut seulement reconnaître que, d'après les circonstances, le tribunal peut estimer que le commanditaire a réellement fait des actes de commerce sa profession habituelle et doit être ainsi traité comme un commerçant.

171. Les gérants des commandites, étant toujours désignés par les statuts, ne peuvent être révoqués librement par les autres associés (art. 1856, C. civ.). V. nº 143. Du reste, on peut dire que la faculté de révocation *ad nutum* des gérants accordée aux commanditaires leur donnerait un pouvoir d'immixtion dans la gestion que la loi leur refuse. La révocation des gérants ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement (art. 1184, 1156-2º, 1871, C. civ.). Le choix du gérant, dont le nom figure le plus souvent dans la raison sociale, est même un élément si essentiel de la société que sa révocation doit, en principe, en entraîner la dissolution.

Ces règles laissent aux gérants des commandites une grande indépendance. Souvent, les commanditaires veulent ne pas être à leur discrétion; aussi stipulent-ils que le gérant pourra être révoqué par les commanditaires pour des causes déterminées ou qu'il sera révocable à leur gré et que la révocation n'amènera pas la dissolution de la société. Ces clauses ne sont pas conformes aux règles qui doivent régir les commandites (nº 169); la jurisprudence a été entraînée à en admettre la validité avant 1867, dans les commandites par actions, pour une raison qui sera indiquée plus loin (nºs 228 et 270), et, en l'absence de texte légal, elle ne fait pas, sur ce point, de distinction entre les deux espèces de sociétés en commandite.

2º Des sociétés en commandite simple ou par intérêts.

172. La commandite simple ou par intérêts diffère de la commandite par actions en ce que les parts des commanditaires sont des *intérêts* (ou *parts d'intérêts*) et non des *actions*. Aussi est-ce surtout à propos de la commandite qu'il y a utilité à déterminer à quoi l'on doit s'attacher pour distinguer dans les sociétés les parts d'associés constituant des *intérêts* de celles qui forment des *actions*. V. nº 178. Sans résoudre ici cette question examinée plus loin, on peut dire que, dans la commandite par intérêts, la considération des personnes joue un rôle déterminant, même relativement aux commanditaires, de telle sorte que la mort, l'interdiction, aussi bien de l'un d'eux que d'un commandité, est, sauf convention contraire, une cause de dissolution. V. nº 162.

Il y a grand intérêt à distinguer les deux espèces de commandites. Cet intérêt provient principalement de ce que les commandites simples jouissent, au point de vue de leur constitution et de leur fonctionnement, de la même liberté que les sociétés en nom collectif, tandis que les sociétés en commandite par actions sont soumises à une réglementation rigoureuse par la loi du 24 juillet 1867, semblable à celle qui s'applique aux sociétés anonymes (art. 1 à 20) (1).

Les commandites simples ne sont pas très nombreuses (2). Elles ont une partie des inconvénients que présente, pour les grandes entreprises, la société en nom collectif, sans avoir les avantages des sociétés par actions. V. n° 176.

173. *Publicité.* — Les formalités de publicité sont les mêmes que pour les sociétés en nom collectif. Il y a seulement quelques différences quant aux mentions à insérer dans l'extrait publié dans les journaux. Quand il s'agit d'une commandite simple, cet extrait doit contenir (L., 24 juillet 1867, art. 58) :

1. Les noms des commandités seuls. Par cela même que les commanditaires ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, les tiers ont moins d'intérêt à connaître leurs noms. En outre, la divulgation des noms des commanditaires serait contraire à l'un des buts de la commandite, qui est de permettre à certaines personnes, qui ne veulent pas se faire connaître, de réaliser des bénéfices commerciaux ; — 2. La raison sociale ; — 3. Le siège social ; — 4. Les associés (ou les tiers) autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ; — 5. Le montant du capital social ; — 6. Le montant des valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires ; — 7. L'époque où la société commence et celle où elle doit finir ; — 8. L'époque du dépôt de l'acte de société fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

(1) L'intérêt de la distinction entre les deux espèces de sociétés en commandite existe aussi en matière fiscale, spécialement sous les rapports suivants :

a. L'impôt de 4 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières s'applique dans les commandites par actions aux bénéfices distribués aux commandités aussi bien qu'aux commanditaires. Il ne frappe que les bénéfices distribués aux commanditaires dans les commandites simples. L. 1er décembre 1875. V. n° 225.

b. Pour assurer la perception des différents impôts, les sociétés en commandite par actions sont soumises à une surveillance des agents du fisc qui ne s'applique pas aux sociétés en commandite simple. V. n° 225.

c. La taxe des biens de mainmorte, applicable aux immeubles des commandites par actions, n'existe pas pour ceux des commandites par intérêts. Loi du budget du 31 mars 1903, article 2.

(2) En 1905, sur 6.034 sociétés de commerce, autres que les sociétés en participation, constituées en France, 1.165 étaient en commandite simple.

La sanction des formalités de publicité est, comme dans les autres sociétés, la nullité. V. nos 136 et suiv. Les intéressés (n° 137) peuvent, à leur choix, demander la nullité ou ne pas l'invoquer, mais ils n'ont pas un troisième parti à prendre, celui de faire considérer tous les associés comme tenus personnellement et solidairement des dettes sociales : ce serait dénaturer la société, en la faisant traiter comme société en nom collectif.

174. *Constitution et administration.* — Le Code de commerce ne pose aucune règle spéciale à la commandite simple au point de vue des conditions qui doivent être réunies pour sa constitution, des organes dont elle doit être pourvue et de leur fonctionnement. En principe général, sauf les prohibitions spéciales des articles 26 et 28, C. com., communs, du reste, aux deux espèces de sociétés en commandite, les associés, pour régler la constitution et le fonctionnement de la société en commandite simple, jouissent de la même liberté que les associés en nom collectif ; les règles posées sur la gestion de la société en nom collectif (nos 142 et suiv.) s'appliquent à la société en commandite simple.

Il faut se garder d'appliquer à la commandite simple les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 (art. 1 à 20), qui sont faites seulement pour les commandites par actions. Par exemple, il n'est pas exigé que, dans une société en commandite simple, il y ait un conseil de surveillance, et, s'il y en a un en fait, ses attributions ne sont pas nécessairement déterminées par la loi de 1867. Toutefois, il y a évidemment lieu d'étendre aux commandites simples les dispositions de la loi de 1867, qui sont l'application des principes généraux du droit. Il en est, selon nous, ainsi, comme nous l'expliquerons (n° 279), des dispositions de l'article 10 de cette loi relatives à la répétition des dividendes fictifs (1).

III. — DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

(Sociétés anonymes. — Sociétés en commandite par actions).

175. Il y a des règles communes aux deux grandes sortes de sociétés par actions, la *société en commandite par actions* et la *société anonyme ;* ces règles tiennent à ce que les parts de tous les associés dans la société anonyme ou celles de quelques-uns (les commanditaires dans les sociétés en commandite) sont des *actions*. Le régime légal,

(1) La jurisprudence est contraire : Cass., 1er juillet 1896, S. et *J. Pal*, 1896. 1. 452 ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 323.

auquel les deux espèces de sociétés par actions ont été soumises, a subi de notables changements depuis le Code de 1807 ; aujourd'hui, elles sont régies par la loi du 24 juillet 1867, qu'ont modifiée ou complétée sur divers points notamment les lois du 1er août 1893 et du 16 novembre 1903 (n° 106). L'étude de la matière sera divisée de la manière suivante :

A. *Règles générales sur les sociétés par actions.* — B. *Historique de la législation jusqu'en 1903.* — C. *Des sociétés en commandite par actions* — D. *Des sociétés anonymes.*

A. — *Règles générales sur les sociétés par actions.*

176. La société en nom collectif et la commandite simple ne conviennent pas aux grandes entreprises qui doivent se poursuivre pendant de longues années et qui exigent la réunion de capitaux considérables. Comme, dans ces sociétés, les associés se choisissent à raison de la confiance qu'ils ont les uns dans les autres (*intuitus personæ*), elles peuvent être à chaque instant dissoutes par la mort, l'interdiction, la faillite, la liquidation judiciaire de l'un d'eux (art. 1866, 3° et 4°, C. civ.). De plus, un associé qui a besoin de son argent ne peut pas s'en procurer en vendant sa part sociale et en se substituant dans la société la personne à laquelle il l'a vendue, s'il n'a pas le consentement de ses coassociés (n° 129). Les sociétés par actions échappent à ces inconvénients ; aussi seules permettent-elles de réunir de nombreux capitaux et d'entreprendre des opérations de très longue durée.

Dans la commandite par actions, comme dans la commandite simple, il y a deux catégories d'associés, les commandités, tenus personnellement et solidairement (s'ils sont plusieurs) des dettes sociales, puis des commanditaires, qui en sont tenus seulement jusqu'à concurrence du montant de leurs apports. Dans la société anonyme, tous les associés sont dans cette dernière situation (art. 33, C. com.).

177. Ces deux sortes de sociétés ne se forment pas, en général, de la même manière que les sociétés en nom collectif et en commandite simple. Dans celles-ci, les associés se choisissent personnellement et discutent ensemble les conditions du contrat. Souvent, au contraire, quand il s'agit d'une société par actions, l'idée de la fonder vient à un petit nombre de personnes (1). Elles rédigent l'acte de la société qui

(1) D'ordinaire, ce sont les personnes qui joueront ensuite le rôle important dans le fonctionnement de la société, qui seront le gérant de la commandite ou les administrateurs de la société anonyme. Ce peuvent être aussi des financiers, qui se proposent de spéculer sur le placement des actions.

contient les statuts, elles y fixent notamment le chiffre du capital social et le montant de chaque action, c'est-à-dire la somme qu'il faut s'obliger à verser pour acquérir une part dans la société; toute personne, quelle qu'elle soit, peut ainsi devenir un associé en versant ou en s'obligeant à verser une ou plusieurs fois cette somme; elle donne son adhésion aux statuts par sa souscription même. La plupart du temps, les associés ne se connaissent donc point; on considère non pas la personne, mais la mise de chacun. Aussi la mort, la faillite, la liquidation judiciaire d'un associé quelconque dans la société anonyme ou d'un commanditaire dans la commandite par actions, n'ont-elles aucune influence sur la durée de la société. En outre, chaque actionnaire peut, de sa seule volonté, tirer parti de ses actions en les cédant à des personnes qui prennent complètement sa place dans la société (n° 178).

Il arrive aussi très souvent aujourd'hui que les fondateurs de la société, des banquiers ou de riches capitalistes, qui sont en petit nombre, se répartissent entr'eux par l'acte de société auquel ils interviennent toutes les actions, de telle sorte qu'ils n'ouvrent pas de souscription, qu'ils ne font appel au public qu'après que la société est constituée par eux et entre eux seuls. Les nouveaux associés sont des *acheteurs* d'actions déjà existantes, non des *souscripteurs* d'actions. Cette pratique augmente sans doute les risques des fondateurs, devenus responsables de l'intégralité du capital, mais supprime parfois certaines garanties légales, notamment en ce qui concerne les actions d'apport. V. n° 243.

On oppose souvent les sociétés par actions aux sociétés en nom collectif ou en commandite simple, en appelant les premières *sociétés de capitaux* et les secondes *sociétés de personnes* ; on dit aussi de celles-ci qu'elles sont des *sociétés par intérêts*.

178. Le mot *intérêt* ne se prend pas toujours dans le même sens. Parfois, il désigne la part d'un associé dans une société quelconque (art. 33, C. com.); le plus souvent l'*intérêt* est opposé à l'*action* (art. 529, C. civ.; art. 91, 3e alin., C. com.). Quel est le criterium de la distinction ? Nos lois ne contiennent aucune règle, aucune définition pouvant servir à résoudre la question.

Elle présente de l'importance, d'abord au point de vue de l'application de la loi du 24 juillet 1867, qui établit un certain nombre de restrictions à la liberté des parties, et aussi au point de vue fiscal, l'impôt de 4 p. 100 sur le revenu n'atteignant pas les dividendes alloués aux commandités dans la commandite par intérêts (L. 1er décembre 1875).

On ne saurait admettre, comme on a proposé de le faire, que ce qui caractérise l'action par rapport à l'intérêt, c'est que l'actionnaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ; dans les commandites sim-

ples, les parts des commanditaires sont des intérêts, et, cependant, ils ne sont pas tenus des dettes sociales au delà de leurs mises. — Les avis sont très partagés entre trois opinions.

1. C'est l'égalité qui distingue les actions des intérêts. Les actions sont toujours du même chiffre (de 50 fr. ou de 100 fr. ou de 500 fr., par exemple) pour tous les actionnaires, tandis que l'intérêt peut être et est souvent d'une quotité différente pour chaque associé : l'un a un intérêt de 1/15, l'autre de 1/20, par exemple (1). On peut invoquer en ce sens l'article 34, C. com., d'après lequel *le capital social des sociétés par actions se divise en actions d'une valeur nominale égale.*

Cette doctrine paraît abandonnée. Elle ne semble pas admissible. D'un côté, rien n'empêche d'établir des parts d'intérêt d'une valeur égale; d'un autre côté, il est douteux que toutes les actions d'une société doivent *nécessairement* être d'une égale valeur. Il est vrai que cette égalité se rencontre généralement. Elle présente, en effet, à plusieurs points de vue, de grands avantages pratiques. Elle facilite la répartition des bénéfices entre les actionnaires ; le total des bénéfices étant connu, une simple division de celui-ci par un chiffre correspondant au nombre des actions suffit pour déterminer la part dans les bénéfices (dividende) afférente à chaque action. Grâce à cette égalité, la fixation du cours de la Bourse est simplifiée, le prix de toutes les actions d'une société est, en principe, le même. Enfin, comme souvent, d'après les statuts de la société, dans les assemblées générales d'actionnaires, le nombre de voix de chacun est proportionnel au nombre de ses actions (n° 303), le calcul des voix de chaque actionnaire est plus simple que s'il y avait des actions de valeur inégale.

Pour comprendre les deux autres opinions, il faut savoir que des parts d'associés sont *cessibles* et que d'autres sont *négociables* : on dit qu'elles sont *cessibles,* quand les formalités à remplir pour les transmettre sont celles que prescrit le Code civil pour la cession des créances (art. 1690) ; on dit, au contraire, que des parts d'associés sont *négociables,* quand les titres qui constatent les droits des associés, étant au porteur, nominatifs ou à ordre (nos 199 et suiv.), peuvent être transmis, soit par la simple tradition, soit au moyen d'un transfert opéré sur les registres de la société, soit par endossement.

2. Selon une seconde opinion, les actions seraient des parts d'associés constatées par des titres *négociables*, de telle sorte que des parts d'associés, même cessibles à volonté, seraient des intérêts, si elles ne pouvaient se transmettre ni par tradition, ni par voie de transfert sur les registres de la société ni par endossement (2). Ces formes de trans-

(1) Demante, *Cours analytique de Code civil,* II, pagé 421.
(2) Paris, 30 décembre 1890, *Annales de Droit commercial,* 1891, p. 53.

mission sont parfois appelées formes *commerciales* de transmission, à raison de ce qu'elles ont été introduites à l'origine exclusivement pour les transmissions de créances commerciales. Cette opinion très simple a beaucoup de partisans ; elle est d'une application facile, puisqu'il suffit de considérer la forme des titres destinés aux associés pour savoir si les parts sociales constituent des actions, car des titres ne sont négociables que lorsqu'ils revêtent la forme au porteur, nominative ou à ordre.

Cette seconde opinion ne doit pas être admise. Il résulte de plusieurs dispositions de nos lois que des *intérêts* peuvent être négociables et qu'au contraire, des *actions* peuvent ne point l'être. D'un côté, l'article 91, al. 3, C. com., parle de la constitution en gage de *parts d'intérêts transmissibles par voie de transfert* ; d'un autre côté, la loi du 5 juin 1850, qui établit un droit de timbre sur les actions, décide que ses dispositions ne s'appliquent point *aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'article 1690, C. civ.* V. n° 247.

3. Selon une troisième opinion, plus exacte selon nous, ce qui caractérise l'action, c'est la faculté de la transmettre à une autre personne qui est substituée à l'aliénateur, sans l'assentiment des autres associés, indépendamment des formes à observer pour la transmission (1). Quand les parts d'associés peuvent être cédées à des tiers qui prennent complètement la place des cédants, ce sont des actions, alors même que la cession ne s'en ferait pas par la tradition, le transfert ou l'endossement. Au contraire, quand elles ne sont pas cessibles à volonté, ce sont des intérêts. Dans l'usage, pour faciliter la cession, on délivre à chaque actionnaire un titre spécial, distinct de l'acte de société, qui constate ses droits.

Mais, en adoptant cette opinion en principe, on peut éprouver un embarras lorsque la cession des actions est, d'après les statuts, subordonnée à quelque condition particulière. La restriction apportée à la cessibilité fait-elle perdre aux parts d'associés leur caractère d'actions ? Il est impossible de poser une règle absolue, tout dépend de l'importance de la restriction ; elle n'enlève pas aux parts d'associés leur caractère d'actions, si, malgré elle, on peut dire que la cession a été considérée comme un acte ordinaire et normal ; il en est autrement si elle implique que la cession a été considérée comme quelque chose d'exceptionnel et d'anormal. Ainsi, quand la cession est subor-

(1) Cass., 2 août 1886, S. 1887. 1. 319 ; *J. Pal.*, 1887, 788 ; D. 1887. 1. 167 ; *Pand. fr.*, 1886. 1. 226 ; Cass., 5 novembre 1888, S. 1889. 1. 437 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 1071 ; D. 1889. 1. 453 ; *Pand. fr.*, 1889. 6. 18.

donnée à l'agrément des administrateurs, on peut dire que, néanmoins, les parts d'associés sont des actions parce que cet agrément a été réservé à titre exceptionnel pour écarter des personnes peu recommandables ou gênantes. Au contraire, si, par exemple, il a été stipulé que les associés ne pourront céder leurs parts qu'à certains parents, il n'y a plus là des parts vraiment cessibles, ce ne sont pas des actions.

179. Comme tout associé, l'actionnaire a divers droits et est tenu à certaines obligations.

180. *Droits des actionnaires.* — Ces droits sont les suivants :

1° Le droit de prendre dans les bénéfices nets de la société une part proportionnelle au nombre de leurs actions. Cette part afférente à chaque action est appelée ordinairement *dividende*, parce que les bénéfices sociaux *doivent être divisés* entre les actionnaires ;

2° Le droit de prendre après la dissolution une part proportionnelle au nombre de leurs actions dans l'actif social dont les actionnaires sont devenus copropriétaires par le fait même de la dissolution de la société ;

3° Le droit de participer aux assemblées générales d'actionnaires, qui ont notamment le pouvoir d'examiner chaque année les comptes des administrateurs ou gérants, de fixer les dividendes à distribuer, d'apporter, s'il y a lieu, des modifications aux statuts ;

4° Le droit de céder leurs parts à des tiers, qui deviennent actionnaires à leur place.

181. 1° *Droit à des dividendes.* — Les actionnaires ont droit à une part dans les bénéfices, qui peuvent varier chaque année. Ils n'ont pas, au contraire, au moins en principe, droit à l'intérêt de leurs mises, car ce sont des associés, non des prêteurs.

Il arrive, pourtant, très souvent, que les statuts donnent aux actionnaires droit à un intérêt fixe de leurs mises, qui est un acompte sur le dividende, et à une part dans les bénéfices. On dit alors qu'il y a deux coupons (1), un coupon d'intérêt qui est fixe, qui se paie avant que le montant des bénéfices de l'exercice écoulé soit connu, et un coupon de dividende qui est variable, parce qu'il correspond, sous déduction de l'intérêt déjà payé, à la part des bénéfices à attribuer à chaque action.

D'après la pratique générale, les bénéfices se calculent et se distribuent pour chaque année. Quand il y a un coupon d'intérêt, il se paie au cours de l'exercice, et, le plus souvent, le coupon de dividende six mois après le coupon d'intérêt, quand l'exercice annuel est clos.

Cet usage très répandu de distinguer ainsi en deux parties ce qui

(1) V. n° 201 sur ce qu'on entend par le mot *coupons*.

revient annuellement aux actionnaires, s'explique par plusieurs considérations pratiques :

a) Grâce à cet usage, les actionnaires ne sont pas obligés d'attendre, jusqu'à la constatation des résultats de l'exercice écoulé qui exige la confection d'un inventaire, pour toucher un certain revenu ;

b) Il y a des actionnaires qui sans doute ont droit et à l'intérêt de leur mise et au coupon de dividende ; mais il en est d'autres qui n'ont droit qu'au coupon de dividende ou qu'au coupon d'intérêt.

Des actionnaires ont droit seulement au coupon de dividende. Quand une société réalise des bénéfices, un actionnaire prudent ne devrait pas consommer tout ce qui lui revient ; il devrait en employer une partie à reconstituer le capital placé par lui dans la société, en prévision d'une destruction ou d'une dépréciation du fonds social. Beaucoup d'actionnaires négligeraient de prendre cette mesure de prévoyance. Du reste, l'exiguïté de la somme que chaque actionnaire aurait à sa disposition, en rendrait le placement difficile. Les sociétés font souvent, pour les actionnaires, ce qu'ils ne feraient pas eux-mêmes ou ce qu'ils feraient difficilement. Elles prélèvent chaque année sur les bénéfices une somme qui permet de rembourser le montant d'un certain nombre d'actions, ordinairement déterminées par voie de tirage au sort ; c'est là ce qu'on appelle *amortissement* des actions (1). Cette pratique est particulièrement utile dans les sociétés qui exploitent en vertu d'une concession dont l'expiration fera disparaître une partie notable de l'actif social (Compagnies de chemins de fer, par exemple). Les actions amorties ne donnent plus droit à aucun intérêt, par cela même que ceux auxquels elles appartiennent ont recouvré une somme égale à leurs mises ; mais les actionnaires conservent, néanmoins, leur qualité d'associés et ont, par suite, toujours droit au coupon de dividende. Les actions ainsi amorties reçoivent le nom d'*actions de jouissance* (2).

(1) L'amortissement opéré en l'absence de bénéfices ne serait pas régulier, puisqu'il constituerait une diminution de capital, par cela même qu'il ne pourrait être fait qu'en prenant sur le capital les sommes payées aux actionnaires.

Il ne faut pas confondre l'amortissement des actions avec l'amortissement qui se pratique dans toutes les sociétés et même dans les établissements commerciaux exploités par des individus et qui consiste à diminuer dans les inventaires l'évaluation des différents éléments de l'actif dont la valeur diminue avec le temps par suite de l'usure ou de la diminution des chances de vente (machines et marchandises, par exemple).

(2) V., sur les *actions de jouissance*, Maria, *Etude sur les actions de jouissance et l'amortissement de capital dans les sociétés par actions* (1905) ; Thaller, *A propos des actions de jouissance* (*Journal des Sociétés*, 1906, page 481).

Des actionnaires ont droit seulement au coupon d'intérêt. Cela peut se présenter, spécialement lorsqu'une société augmente son capital en émettant des actions nouvelles. Parfois, les actions nouvelles ne doivent recevoir, pendant une ou plusieurs années, qu'un intérêt; on restreint ainsi temporairement les droits des nouveaux actionnaires, à raison de ce qu'ils n'ont pas couru les risques de l'entreprise à son origine et parce qu'on veut éviter que l'émission d'actions nouvelles ne nuise trop aux anciens actionnaires.

182. 2° *Droit de partager l'actif social.* — Quand la société est dissoute, après le paiement de toutes les dettes, l'actif social net est réparti entre les actionnaires proportionnellement au nombre de leurs actions. Il va de soi que, si des actions n'ont pas encore été amorties, on commence par les amortir, et l'excédent de l'actif est seul réparti entre tous les actionnaires; autrement, les actionnaires remboursés pendant la durée de la société seraient placés dans une situation privilégiée par rapport aux autres actionnaires.

182 *bis*. *Actions ordinaires, actions de priorité.* — En général, les actionnaires ont tous les mêmes droits, l'étendue en varie seulement avec le nombre des actions appartenant à chacun, c'est là ce qu'on appelle le principe d'égalité. Mais ce principe n'est pas absolu; il peut être écarté par les stipulations des statuts ou d'un acte qui les modifie, c'est-à-dire que des avantages peuvent être accordés à certaines actions par rapport à d'autres. Ainsi, il peut être stipulé notamment que certaines actions conféreront un droit de prélèvement sur les bénéfices ou sur l'actif social après la dissolution ou à la fois sur les bénéfices et sur l'actif social ou que d'autres avantages appartiendront à certaines actions à l'exclusion des autres. Les actions dont il s'agit sont appelées *actions de priorité* ou *actions de préférence* ou *actions privilégiées*. Une loi du 16 novembre 1903 dont les dispositions sur ce point ont été insérées dans l'article 34, C. com., a facilité la création des actions de priorité (nos 276 et 278).

Les actions de priorité ont la même nature juridique que les actions ordinaires, ce sont, comme celles-ci, des parts d'associés et elles donnent, en principe, les mêmes droits. Mais, quand un droit de préférence y est attaché, elles se rapprochent quelque peu d'autres droits, des obligations émises par les sociétés par actions (n° 194 *bis*).

183. 3° *Droit de prendre part aux assemblées générales d'actionnaires.* — Les actionnaires réunis en assemblées générales ont à prendre les mesures nécessaires pour la constitution de la société, à nommer les administrateurs, à examiner les comptes de l'administration, à apporter, s'il y a lieu, des modifications aux statuts, etc. Le droit de participer à ces assemblées n'appartient pas nécessairement à tous les

actionnaires. La loi française admet que le droit d'y prendre part peut être subordonné par l'acte de société à la possession d'un certain nombre d'actions, de telle sorte que ce droit est refusé à ceux qui n'ont qu'un nombre d'actions inférieur (L. 24 juillet 1867, art. 27). Ces derniers peuvent, du reste, se faire représenter par l'un d'entre eux entre les mains duquel ils réunissent le nombre d'actions qui donne le droit de voter d'après les statuts, au moins dans les sociétés anonymes. V. n° 303.

184. 4° *Droit de céder les actions.* — Ce droit est, comme nous l'avons dit plus haut, de l'essence de l'action, en ce sens qu'il sert à distinguer l'action proprement dite de la part d'intérêt. Toutefois, il se peut qu'il soit restreint, comme cela a lieu quand le cessionnaire doit être agréé par le conseil d'administration de la société. V. n° 178.

184 *bis.* — Les sociétés par actions, surtout les sociétés anonymes, créent souvent des *parts de fondateur* ou *parts bénéficiaires*. On discute sur le point de savoir si ce sont là des actions ou des créances d'un genre spécial. Il y aura lieu, pour résoudre cette question, d'expliquer quels droits les parts de fondateur ou parts bénéficiaires confèrent et d'indiquer à quels points de vue il importe d'en fixer la nature. V. n° 252 *bis*.

185. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que les actionnaires n'ont pas droit à l'intérêt de leurs mises quand la société ne réalise pas de bénéfices. En principe, si, malgré cela, il leur en était distribué, il y aurait là une distribution de dividendes fictifs entraînant toutes les conséquences civiles et pénales attachées au paiement de dividendes de cette sorte (n° 279). Mais ne peut-il pas, du moins, être stipulé dans les statuts que l'intérêt de leurs mises sera payé aux actionnaires, même si la société ne fait pas de bénéfices ou éprouve des pertes ?

Une objection grave est faite contre la validité de cette clause. Les actionnaires, ayant fait leurs versements en qualité d'associés, ne sont pas des prêteurs ; dès lors, ils ont seulement droit à un *dividende*, et il n'y a point de dividendes en l'absence de bénéfices. Du reste, on ne peut, lorsqu'il n'y a point de bénéfices, distribuer un intérêt aux actionnaires, qu'en entamant le capital social. Comment cela serait-il légalement possible ? Le capital sert de gage aux créanciers sociaux ; il est formé des mises des associés, qui ne peuvent, sous aucun prétexte, leur être remboursées (n° 167).

La jurisprudence admet avec raison la validité de cette clause (1).

(1) Paris, 9 août 1877, S. 1878. 2. 225 ; *J. Pal.*, 1878. 966 et la note de M. Labbé ; Cass , 8 mars 1881, S. 1881. 1. 277 ; *J. Pal.*, 1881. 619 ; *Pand. fr. chr.*

D'abord, la loi n'impose pas de maintenir invariable le capital social ; il pourrait être stipulé dans les statuts qu'il sera réductible par le retrait partiel des mises des actionnaires (1). En réalité, la clause dont il s'agit équivaut à une stipulation de réductibilité du capital pour le cas où des intérêts seraient payés en l'absence de bénéfices. Il y a, du reste, une raison pratique décisive. Beaucoup de sociétés ont pour objet des opérations exigeant l'exécution préalable de travaux importants qui demandent un temps assez long (sociétés de chemins de fer, de canaux, de mines, etc.). Durant cette période préparatoire, on fait des dépenses et l'on ne peut réaliser de bénéfices. Si les actionnaires devaient attendre la fin de cette période pour toucher un revenu quelconque, leurs capitaux mis dans la société resteraient improductifs : les capitalistes seraient peu encouragés à souscrire des actions et, par suite, des sociétés utiles ne pourraient pas se constituer. Ce motif pratique n'a sans doute de valeur que pour la période des travaux préparatoires ; aussi les lois étrangères, qui se sont prononcées sur la question, n'admettent-elles la validité de la clause que pour la durée de cette période. Mais, les lois françaises étant muettes, la jurisprudence ne pouvait admettre qu'une solution absolue : elle a reconnu la validité de la clause, même pour le temps postérieur à la période préparatoire, car autrement, elle eût dû en admettre la nullité même pour cette dernière période, ce qui nuirait à la constitution des sociétés par actions. Toutefois, il n'est pas contesté que la clause doit cesser de recevoir son application à partir du jour où le passif devient égal à l'actif. Le paiement d'intérêts opéré en pareil cas détruirait le gage des créanciers.

186. Si cette clause est valable en elle-même, ne faut-il pas, au moins, qu'elle ait été comprise dans l'extrait de l'acte de société dont la loi prescrit l'insertion dans les journaux pour les sociétés par actions comme pour les autres ? La jurisprudence (2) décide que la publication de cette clause est inutile ; elle considère qu'il y a là une règle d'administration intérieure ayant pour but de comprendre parmi les frais généraux annuels une rémunération à payer sous forme d'intérêts aux actionnaires. Cette solution est inadmissible. Il s'agit d'une clause exceptionnelle dont l'application peut conduire à une véritable réduction du capital social. La loi (L. 24 juillet 1867, art. 58) exige que

(1) Même en dehors des sociétés à capital variable, constituées conformément aux articles 48 et suiv. de la loi du 24 juillet 1867. V. n° 322.

(2) V. les arrêts cités à la note 1 de la page précédente. V., pourtant, en faveur d'une atténuation de la solution consacrée par la jurisprudence, Cass., 7 nov. 1899, D. 1900. 1. 369 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321

l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux mentionne le capital social ; il est essentiel que les clauses en vertu desquelles il peut être réduit, soient portées à la connaissance des tiers.

187. *Obligations des actionnaires*. — Comme tout associé, l'actionnaire est tenu de certaines obligations. La principale est de verser la mise jusqu'à concurrence de laquelle il est tenu des dettes de la société.

Le montant des actions n'est pas toujours acquitté au moment où elles sont souscrites. D'après l'article 1er de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, la société ne peut être définitivement constituée qu'après la souscription de la totalité du capital et le *versement en espèces*, par chaque actionnaire, *du montant des actions* ou coupures d'actions souscrites par lui, *lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs* et *du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 francs et au-dessus* (1). Dans ce dernier cas, l'excédent non versé lors de la souscription est payable, soit à des époques fixes déterminées par avance, soit le plus souvent aux époques indéterminées où il y aura des appels de fonds.

188. A l'occasion de l'obligation pour les actionnaires de verser le montant de leurs actions, se présentent deux questions semblables à celles qui s'élèvent à propos de l'obligation, pour les commanditaires, de verser le montant de leur commandite (n° 165) : 1° l'obligation des actionnaires est-elle commerciale, de sorte que la demande en versement est de la compétence du tribunal de commerce ? 2° les créanciers de la société n'ont-ils contre les actionnaires que l'action oblique de l'article 1166, C. civ., ou ont-ils une action directe ? Conformément à ce qui a été dit plus haut, à propos de la société en commandite simple et par identité de raisons : 1° l'obligation des actionnaires est commerciale. Il faut en conclure que, lorsqu'un souscripteur ne verse pas immédiatement le montant de son action, il doit, pour souscrire, avoir la capacité nécessaire pour faire un acte de commerce (2). 2° Les créanciers sociaux ont une action directe en versement de leur mise contre le commanditaire.

189. Du reste, tout le monde reconnaît qu'à raison du droit qu'ont les créanciers sociaux sur les mises (ou apports) des actionnaires, une souscription une fois faite ne peut pas être résiliée, fût-ce du consente-

(1) Sur la difficulté que soulève l'application de ce texte. V. n° 234. Il y a une règle de faveur quant au montant du versement pour les sociétés par actions à capital variable. L. 24 juillet 1867, article 51.

(2) La jurisprudence ne tire pas toujours de la commercialité de l'obligation des souscripteurs des conséquences logiques au point de vue de la capacité. V. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 256.

ment de tous les actionnaires, et que les mises des actionnaires ne peuvent pas être restituées. V. anal., nº 167.

190. A cette dernière solution se rattache une question importante : une société peut-elle acheter ses propres actions ? La loi française, à la différence de plusieurs lois étrangères, ne prévoit pas cette question. Elle ne peut être résolue que par une distinction tirée de l'origine des sommes avec lesquelles cet achat est fait. S'il est opéré à l'aide d'une portion des bénéfices, il n'y a là rien que de très licite ; le capital social n'est pas entamé, et, par suite, le gage des créanciers n'est pas diminué. On conçoit qu'une société procède ainsi parfois pour amortir des actions, au lieu de déterminer par la voie du sort les actions à rembourser. Cela présente toujours l'avantage suivant : quand une société amortit par voie de remboursement fait aux actionnaires, ceux-ci ne perdent pas tous leurs droits, ils obtiennent des actions de jouissance auxquelles la société a la charge de payer un dividende (nº 181) ; au contraire, les actions achetées par la société disparaissant, les actionnaires, dont les titres ont été acquis, n'ont plus aucun droit contre elle. En outre, éventuellement, l'achat des actions par une société a un autre avantage : l'amortissement consiste dans le remboursement du montant nominal des actions, tandis que l'achat se fait au cours du jour ; si ce cours est inférieur au montant nominal des actions, la société supporte une charge moins lourde et bénéficie de la différence.

Mais une société pourrait-elle employer à l'achat de ses propres actions une portion du capital social ? Cela s'est pratiqué fort souvent. On a soutenu qu'il n'y a là rien d'illicite ; que c'est une opération utile et presque nécessaire pour soutenir le cours des actions, c'est-à-dire pour empêcher leur abaissement au-dessous d'un certain taux dû parfois à des manœuvres, en augmentant le nombre des demandes d'actions sur le marché. Ce motif d'utilité ne peut faire admettre la validité d'une telle opération, elle est contraire aux principes généraux régissant les sociétés. Les mises des actionnaires, qui ne peuvent pas leur être remboursées directement (nº 189) ne doivent pas non plus l'être indirectement. L'achat, avec une partie du capital social, d'actions d'une société n'est qu'un remboursement déguisé qui réduit ce capital. Pour qu'une telle opération fût valable, il faudrait que l'on remplît toutes les conditions et formalités prescrites pour le cas de réduction du capital social qui, d'ailleurs, n'est jamais opposable aux créanciers de la société dont les créances sont antérieures à cette réduction (1). Autrement, l'achat fait par une société de ses propres actions est nul, et les créanciers sociaux peuvent réclamer aux actionnaires le rembourse-

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nºs 875 à 878.

ment des sommes qui leur ont été payées à titre de prix. Il en est, du moins, ainsi, quand les actionnaires vendeurs ont su que c'était la société qui achetait les actions. Toutefois, ce droit des créanciers disparaîtrait avec le préjudice qu'ils ont souffert, c'est-à-dire si la société, en revendant les actions, avait, avec le prix de revente, reconstitué le capital social entamé ; les créanciers ne pourraient plus alors se plaindre (1).

191. Quand (ce qui est le cas ordinaire) les actions ne sont pas entièrement libérées avant la constitution de la société, il est souvent stipulé dans les statuts qu'à défaut par un actionnaire de répondre aux appels de fonds, il sera procédé à la revente des actions par la société, que le titre de l'actionnaire en retard sera annulé et remplacé par un titre nouveau qui sera délivré à l'acheteur. Il y a là une clause licite, qui doit même être sous-entendue conformément au droit commun (art. 1184, C. civ.). Ce qui rend cette clause utile, c'est qu'à son défaut, la mise en demeure préalable de l'actionnaire suivie d'un jugement autorisant la vente pourrait être exigée, et que, presque toujours, il est stipulé dans les statuts que la revente des actions sera possible sans mise en demeure préalable.

Si les actions ainsi frappées de déchéance sont revendues par la société pour un prix inférieur à leur montant nominal, la différence est naturellement supportée (à titre de dommages-intérêts) par les actionnaires qui étaient tenus de libérer les actions. V. nos 253 à 260 *bis*.

192. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que l'action constitue durant la société un droit de créance ; l'actionnaire est alors seulement créancier de la part qui lui revient dans les bénéfices. Mais, quand la société est dissoute, il devient copropriétaire des biens sociaux qui, jusqu'à la dissolution, étaient réputés appartenir à la société, personne morale (2). Ainsi donc, l'action est, à certains égards, un droit de créance ; à certains autres, un droit de propriété. Il faut conclure de là que, lorsqu'une action n'est pas négociable, la cession ne peut en être opérée pendant la durée de la société, qu'en observant les formalités de l'article 1690, C. civ., qui sont les formalités à observer pour les transmissions de créances non négociables. V. nos 250 et 251.

193. Des obligations. — Quand une société, par suite du développement de ses affaires ou de pertes éprouvées, a besoin d'argent,

(1) V., sur le rachat par une société de ses propres actions, notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 880 à 887.

(2) Quand il y a une liquidation après la dissolution d'une société, ce qui est dit pour la durée de la société demeure vrai après sa dissolution pour la durée de la liquidation. V. no 365.

elle peut s'en procurer de plusieurs manières différentes entre lesquelles elle a à faire un choix ; presque toujours, ou elle augmente son capital social en émettant des actions nouvelles (1) ou elle recourt à l'emprunt.

Comme les sommes empruntées par une société sont souvent très considérables, le plus souvent, en fait, elle ne s'adresse pas à un ou plusieurs capitalistes déterminés, elle divise la somme à emprunter en un grand nombre de parts égales et fait appel au public : chacun peut devenir prêteur en versant une ou plusieurs fois la somme représentant une de ces parts (2).

Les droits appartenant à chacun des prêteurs sont appelés *obligations* ; on donne aussi ce nom aux titres délivrés aux *obligataires* pour constater leurs droits. C'est ainsi qu'on prend également le mot *actions* dans deux sens : on désigne sous ce nom, soit les droits des actionnaires, soit les titres destinés à prouver leurs droits.

194. *Comparaison entre les actions et les obligations.* — S'il n'y a pas de société par actions sans actions, toutes les sociétés par actions n'empruntent pas en émettant des obligations. Ainsi, en France, si les compagnies de chemins de fer recourent sur une large échelle à ce mode d'emprunt, les sociétés de banque ne créent pas d'obligations ; elles se procurent par d'autres moyens les capitaux qui leur sont utiles.

Les obligations ont, avec les actions, une certaine ressemblance. Elles constituent également des meubles incorporels ou droits mobiliers compris dans l'usage sous le nom de *valeurs mobilières*. Les unes et les autres donnent, en général, des revenus périodiques et sont représentées par des titres ayant des formes identiques et se transmettant, par suite, de la même manière ; elles sont soumises aux mêmes impôts spéciaux (nos 197 et suiv.). Les formalités spéciales de publicité prescrites pour l'émission, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France d'actions ou d'obligations de sociétés sont les mêmes (L. 30 janvier 1907, art. 3 ; D. 27 février 1907). Ces ressemblances sur lesquelles il sera insisté plus loin (nos 197 et suiv.), sont secondaires. Au fond, il y a entre les actions et les obligations des différences notables, qui dérivent, en général, de la même idée : l'action est une part d'associé, l'obligation une créance résultant d'un prêt ; l'actionnaire est

(1) V., sur l'augmentation du capital des sociétés par actions, notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 870 à 874.

(2) La division de la somme empruntée en parts égales est essentielle pour qu'on puisse parler d'*obligations*, mais parfois, toutes les obligations sont souscrites par une seule personne (banquier ou société de banque) qui les revend à un grand nombre de personnes.

un associé, l'obligataire un prêteur. De là découlent les conséquences suivantes :

a) Les actions supposent l'existence d'une société ; des obligations peuvent être et sont souvent émises non seulement par des sociétés, mais par des villes, des départements, des provinces, des Etats (1).

b) Les actions produisent des revenus variables, puisque le dividende auquel elles donnent droit est une partie des bénéfices nets de la société. Les obligations donnent droit d'ordinaire à un revenu fixe, l'intérêt de la somme prêtée à un taux fixé à l'avance (2). Aussi le prix des obligations varie-t-il généralement peu ; celui des actions est soumis à de grandes oscillations ; tandis que les premières sont des *valeurs de placement*, les secondes sont des *valeurs de spéculation*. — Parfois, aux obligations sont attachés d'autres avantages que la perception d'un intérêt fixe. V. n° 195.

c) L'engagement de verser la somme à prêter est certainement civil pour l'obligataire ; l'engagement de l'actionnaire est commercial, d'après l'opinion qui prévaut (n° 188).

d) Il n'y a de bénéfices nets dans une société et, par suite, il n'y a de dividendes à distribuer aux actionnaires qu'après le paiement des dettes ; de même, comme tous les autres associés, les actionnaires ne peuvent réclamer une part dans l'actif social qu'après le paiement de toutes les dettes de la société. En conséquence, les intérêts afférents aux obligations doivent être payés avant que les actionnaires aient à réclamer aucun dividende ; en outre, après la dissolution de la société, toutes les obligations doivent être remboursées avant que l'actif soit partageable entre les actionnaires.

e) L'amortissement des actions n'est pas obligatoire, c'est seulement souvent une sage mesure de prudence (n° 181). Au contraire, le remboursement des obligations s'impose, comme celui de tout prêt (3). On peut ajouter que l'obligataire reçoit le montant nominal de l'obligation, ordinairement supérieur à la somme réellement versée (*prime de rem-*

(1) Rien ne s'opposerait à ce que même des individus empruntâssent par voie d'émission d'obligations. Mais, en fait, cela ne se pratique point.

(2) Rien ne s'oppose à ce qu'il soit stipulé que les obligations donneront droit à une part dans les bénéfices. Mais les obligataires n'en demeurent pas moins des prêteurs, non des associés.

(3) Le remboursement doit d'ordinaire avoir lieu dans une certaine période (50 ans, 99 ans, par exemple) et le sort détermine l'ordre dans lequel les diverses obligations sont remboursées. La société peut-elle rembourser par avance les obligataires en renonçant au bénéfice du terme ? V. Paris, 28 novembre 1895 et Cass., 21 avril 1896, S. 1897. 1. 481 (note de M. Chavegrin). V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 579 et 580.

boursement, n° 195), tandis que l'actionnaire reçoit le montant de l'action souscrite sans augmentation.

f) L'obligataire remboursé ne conserve plus de droit contre la société. L'actionnaire dont l'action est amortie ne devient pas étranger à la société, il a une *action de jouissance* lui laissant son droit à un dividende (n° 181).

g) Les actionnaires ont des assemblées dans lesquelles sont décidées à la majorité les questions concernant la société. Il n'existe pas d'assemblées d'obligataires, à moins qu'ils n'aient formé entre eux une association. Celle-ci constituée conformément à la loi du 1er juillet 1901 (art. 5 et 6) peut ester en justice par l'entremise de son représentant, par cela seul qu'elle constitue une association déclarée. Autrement, chaque obligataire a des droits individuels à l'égard de la société, que la majorité des obligataires ne peut ni supprimer, ni réduire, ni modifier (1).

194 *bis. Actions de priorité et obligations.* — Les actions de priorité (n° 282 *bis*) se rapprochent des obligations en ce que ces actions confèrent le droit de se faire payer sur les bénéfices ou sur l'actif social, ou sur les deux, avant les porteurs d'actions ordinaires. Mais elles ne se confondent point ; par cela même que les actions de priorité constituent, comme les actions ordinaires, des parts d'associés, les porteurs d'actions de priorité, comme les porteurs d'actions ordinaires, n'ont aucun droit ni sur les bénéfices, ni sur l'actif social, tant que les obligataires n'ont pas reçu leurs intérêts et n'ont pas été remboursés.

195. Quelquefois, les obligations, comme cela a été indiqué plus haut (n° 194 *b*), ne donnent pas seulement droit à un intérêt ; elles sont émises avec des *primes* ou des *lots*. Les *primes* ou les *lots* ont ce caractère commun que les obligataires qui y ont droit touchent une somme

(1) On a souvent demandé, dans l'intérêt des obligataires et des sociétés qui ont émis des obligations, que la loi organise des assemblées d'obligataires dans lesquelles la majorité prendrait des décisions obligatoires pour la minorité. Une loi *allemande* du 4 décembre 1899 (*Annuaire de législation étrangère*, 1900, p. 176 et suiv.) est relative à ce sujet. Un projet de loi ayant pour objet l'organisation des assemblées d'obligataires a été déposé à la Chambre des députés une première fois, le 4 juillet 1903, une seconde fois, le 18 juin 1906. Le rapport sur ce projet de loi a été fait par M. Chastenet et déposé le 27 novembre 1906.

On peut ajouter que le recours à un emprunt par voie d'émission d'obligations est décidé, à moins de stipulation contraire, par l'assemblée *ordinaire* des actionnaires, tandis que, pour la création d'actions ordinaires, qu'il s'agisse d'actions ordinaires ou d'actions de priorité, une délibération d'une *assemblée extraordinaire* est nécessaire, V. L. 24 juillet 1867, article 31 ; C. de com., article 34, modifié par la loi du 26 novembre 1903, et plus loin, nos 276 et 278.

supérieure à celle qu'ils ont réellement prêtée, mais il y a une différence notable entre les *primes* et les *lots*.

Quand des obligations à *primes* sont émises, la société s'engage à rembourser pour chaque obligation une même somme, mais supérieure à celle qui a été effectivement versée. Ainsi, des obligations étant émises à 400 fr., la société s'engage à rembourser 500 fr. par chaque obligation. Chaque année, un tirage au sort détermine les obligations à rembourser, de façon que toutes soient remboursées (amorties) dans un certain nombre d'années. La somme versée (400 fr.) est le *taux d'émission*, la somme à rembourser (500 fr.) est le *capital nominal*, et la différence (100 fr.) est la *prime* (1). — Les *lots* rompent complètement l'égalité entre les obligataires ; ce sont des sommes, d'ordinaire plus importantes que les primes, montant parfois à 100.000 fr. et plus, qui sont payées à des obligataires dont les titres sont déterminés par la voie du sort, à l'exclusion des obligataires que le sort ne favorise pas.

195 *bis*. Les sociétés peuvent-elles émettre des obligations à *primes* ou à *lots* sans y être spécialement autorisées par des lois spéles? Deux questions ont été posées à cet égard, dont l'une a perdu, en grande partie, sa portée pratique. *a*) On peut se demander si l'émission des obligations à *primes* ou à *lots* est contraire à la loi du 3 septembre 1807 qui a fixé le maximum du taux de l'intérêt conventionnel ; très souvent le montant de la prime touchée pour chaque obligation, joint à l'intérêt payé, donne à l'obligataire un avantage pécuniaire dépassant le taux maximum de la loi de 1807. *b*) Il y a lieu aussi de rechercher si l'émission de ces obligations ne constitue pas une loterie et n'est pas, à ce titre, prohibée par la loi du 21 mai 1836 sur les loteries.

a) La première de ces questions ne peut plus se poser pour les obligations à primes ou à lots émises depuis la loi du 12 janvier 1886 par les sociétés de commerce. Par ces émissions, les sociétés font un emprunt qui est commercial à raison de la destination même des fonds, et la loi du 12 janvier 1886 a supprimé le maximum du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale (n° 18, *e*). La question peut être posée encore, soit pour les obligations émises avant cette loi par les sociétés civiles ou de commerce, soit pour les obligations émises avant ou après cette loi par des sociétés civiles (le taux de l'intérêt en matière civile est toujours limité à 5 0/0).

L'opinion qui triomphait avant la loi du 12 janvier 1886 et qui doit

(1) Les obligations à primes sont très nombreuses en France. Toutes les obligations émises par les compagnies de chemins de fer sont à primes.

être admise, c'est qu'en principe, il n'y a point là une opération usuraire. Généralement, l'obligataire ne reçoit qu'un intérêt minime, inférieur à 6 0/0, ancien taux maximum de l'intérêt conventionnel en matière de commerce. La société constitue la prime de remboursement dûe pour chaque obligation ou les lots, en capitalisant la différence entre l'intérêt réduit qu'elle paie effectivement et celui qu'elle paierait si ces avantages spéciaux n'étaient pas attachés aux obligations ou en employant cette différence dans ses opérations. Il se peut qu'ainsi les obligataires, surtout les premiers qui sont remboursés, obtiennent un avantage supérieur au maximum du taux de l'intérêt. Mais, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas l'importance de l'avantage obtenu par le prêteur, c'est celle de la charge supportée par l'emprunteur que la loi veut protéger en limitant le taux de l'intérêt. Or, si l'obligataire retire de son argent un avantage dépassant le maximum du taux de l'intérêt conventionnel, la société ne supporte pas une charge qui l'excède. Toutefois, il y aurait une opération usuraire, si l'intérêt atteignait à lui seul le maximum de l'intérêt conventionnel (1).

b) La question de savoir si l'émission d'obligations à primes ou à lots constitue une loterie et est, par suite, prohibée par la loi du 21 mai 1836, est plus délicate. Cette loi ne se borne pas à prohiber les loteries (art. 1), elle énumère encore (art. 2) des opérations qui sont assimilées aux loteries et interdites comme telles, et cette énumération se termine par une formule générale, d'après laquelle sont réputées loteries *généralement toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.* Cette formule ne s'applique-t-elle pas à l'émission d'obligations *à primes* ou *à lots* ?

L'émission d'obligations *à primes* ne paraît pas avoir les caractères de la loterie (2). Le sort, quand il s'agit de ces obligations, détermine, non pas, comme dans la loterie, qui perdra et qui gagnera, mais bien l'ordre dans lequel chacun réalisera le bénéfice consistant dans la prime ; il est vrai seulement que le bénéfice est plus grand pour les obligataires qui sont remboursés les premiers. En outre, dans la loterie, ce sont de petites sommes qu'on est appelé à exposer pour avoir la chance de réaliser un gain important; ceux qui exposent ces petites sommes risquent de les perdre complètement. Dans les obligations à primes, on ne fait pas ainsi appel aux petites bourses ; le taux d'émis-

(1) V., sur la jurisprudence relative au caractère usuraire ou non des émissions d'obligations à primes, notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 573.

(2) Cass., ch. crim., 14 janvier 1876, S. 1876. 1. 433 ; *J. Pal.*, 1876. 1091 ; D. 1876. 1. 185.

sion est en général, de cent francs au moins ; puis, les obligataires reçoivent un intérêt de leur argent et sont tous remboursés à une époque plus ou moins éloignée ; il y a, par suite, là un placement sérieux.

On a parfois soutenu que l'émission d'obligations *à lots* n'est pas non plus une loterie, en se fondant sur ce que l'*aléa* est ici l'accessoire d'un placement à raison duquel chaque obligataire reçoit un intérêt fixe. Mais il semble que l'opinion contraire doive être admise : outre que les lots sont des sommes considérables qui peuvent exciter la cupidité, chaque obligataire ne touche pas un lot, comme chacun touche une prime de remboursement. Le sort intervient pour déterminer quels sont les obligataires qui gagnent à l'exclusion des autres.

196. Le capital fourni par les actionnaires servant de gage aux obligataires, ne faut-il pas que le *capital-obligations* ne dépasse point le *capital-actions* ? Des lois étrangères ont imposé cette limite à l'émission des obligations (1). En France, l'émission des obligations est entièrement libre ; il n'y a de dispositions restrictives que pour les obligations à émettre par les sociétés de chemins de fer d'intérêt local et pour les sociétés de tramways (Loi du 11 juin 1880, art. 18 et 39). Aussi, dans un grand nombre de sociétés, le capital-obligations dépasse-t-il de beaucoup le capital-actions (2). Cela provient de deux causes principales : d'abord, parfois, les obligations se placent mieux que les actions ; puis, l'émission d'actions a l'inconvénient, pour les anciens actionnaires, de diminuer leurs dividendes, par cela même que les nouveaux actionnaires ont droit aux bénéfices ; les obligations, ne donnant droit qu'à un intérêt fixe, n'ont pas le même inconvénient.

197. Les actions et les obligations, si dissemblables à beaucoup d'égards, se ressemblent, au contraire, sous plusieurs rapports : *a.* elles sont les unes et les autres indivisibles ; *b.* les titres constatant les droits des actionnaires et des obligataires ont ordinairement les mêmes formes et, par suite, les actions et les obligations se transmettent de la même manière ; *c.* elles sont soumises à des impôts identiques. V. nos 221 et suiv.

198. *Indivisibilité des actions et des obligations.* — Les actions et les obligations sont *indivisibles.* — Cette règle est parfois posée dans les statuts ou dans l'acte contenant les conditions de l'émission de l'emprunt (cahier des charges de l'emprunt). Elle doit être admise comme conforme à la volonté certaine des intéressés, même à défaut de clause

(1) V. loi *belge* du 18 mai 1873, article 68, 3e alin. ; C. de com. *italien*, article 171, 1er alin. ; *portugais*, article 196 ; *roumain*, article 173, 1er alin.

(2) Il en est ainsi dans les cinq grandes compagnies de chemins de fer.

formelle. Elle signifie que l'action ou l'obligation est une part qui ne peut pas être subdivisée ; la subdivision des actions ou des obligations serait une cause de grandes complications.

Il résulte de là que chacun des héritiers d'un actionnaire ou d'un obligataire ne peut pas réclamer un titre distinct pour sa part, ni exiger la part qui lui revient, soit dans les dividendes ou les intérêts, soit dans le capital remboursable, ni verser sur les actions ou les obligations non libérées une somme correspondant à sa part : c'est aux héritiers à s'entendre pour se faire délivrer un titre unique, pour faire toucher en une seule fois les sommes auxquelles ils ont droit, pour verser en entier la somme encore due sur l'action ou sur l'obligation dont il s'agit.

199. *Titres nominatifs et titres au porteur*. — Pour rendre facile la cession des obligations et des actions, des titres constatant les droits des actionnaires et des obligataires leur sont délivrés. Ces titres peuvent revêtir toutes les formes admises, en général, pour les titres de créance ; ce sont presque toujours des titres *au porteur* ou des titres *nominatifs*, plus rarement des titres *à ordre*.

Un titre est *au porteur*, quand il est désigné par un simple numéro d'ordre et ne contient pas le nom de la personne à laquelle l'obligation ou l'action appartient, de telle sorte que toute personne, par cela même qu'elle l'a entre les mains, qu'elle en est *porteur*, doit être considérée comme actionnaire ou obligataire.

Au contraire, un titre d'action ou d'obligation est *nominatif*, lorsqu'il contient le nom du titulaire qui est reproduit sur des registres spéciaux tenus par la société pour constater chaque cession (1).

S'il y a, en fait, des actions nominatives dans toutes les sociétés, il n'y a pas dans toutes des actions au porteur. Ces derniers titres, par cela même qu'ils circulent avec une grande facilité, sans qu'il reste trace des personnes entre les mains desquelles ils passent, se prêtent spécialement aux abus de la spéculation qu'on peut vouloir éviter. Aussi la loi elle-même n'admet les actions au porteur qu'après entière libération (art. 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 1er août 1893). Du reste, les statuts peuvent n'admettre que des actions nominatives : il en est ainsi des actions de la Banque de France et du Crédit foncier de France.

C'est quant aux formes de la transmission que la distinction entre ces

(1) Il ne faut pas confondre les titres *nominatifs* avec les titres *à personne dénommée* (art. 281, dernier alin., C. com., L. 14 juin 1865 sur *le chèque*, art. 1er). Les créances que ces derniers titres constatent ne peuvent se transmettre que dans les formes indiquées par les articles 1689 et 1690 C. civ.

deux sortes de titres est surtout importante. Il y a aussi intérêt à les distinguer au point de vue de la situation faite à celui qui est dépossédé sans sa volonté (perte, vol, etc.) d'un de ces titres (nos 203 et suiv.) et au point de vue des impôts auxquels ils sont soumis (n° 223).

200. *Modes de transmission des titres au porteur et des titres nominatifs.* — Dans les rapports des parties (le cédant et le cessionnaire), les actions et les obligations se transmettent par le seul effet de la convention, dès qu'elles sont individualisées ; en effet, dans notre législation, la seule convention transfère la propriété (art. 711, 1138, 1583, C. civ.). Mais la convention ne suffit pas pour faire considérer le cessionnaire comme actionnaire ou obligataire à l'égard des tiers, spécialement à l'égard de la société.

D'après l'article 35, C. com., la cession des actions au porteur s'opère par la tradition, et cela s'applique à tous les titres au porteur. Ces titres sont traités comme les choses mobilières corporelles ; en conséquence, bien que la propriété d'un titre au porteur, quand il a été individualisé, soit transmise du cédant au cessionnaire par la seule convention, la situation du cessionnaire est très précaire tant qu'il n'a pas reçu la livraison du titre. Si le même titre est vendu et livré à un tiers de bonne foi, celui-ci est préféré (art. 1141, C. civ.). En outre, une société ne laisse exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire en vertu d'un titre au porteur qu'à celui qui a le titre entre les mains. V. n° 201.

Pour les titres nominatifs, d'après l'article 36, C. com., la cession s'en opère par une déclaration de transfert inscrite sur le registre de la société et signée de celui qui fait le transfert ou de son fondé de pouvoir. La société doit donc s'assurer de l'identité des parties et de leur capacité ; les agents de change interviennent pour garantir les deux choses (n° 816). En conséquence, entre deux personnes ayant acquis un même titre nominatif, celle-là est préférée au profit de laquelle la déclaration de transfert a été faite en premier lieu, et la société peut et doit se refuser à laisser exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire par une personne qui ne justifie pas d'un transfert opéré à son profit.

201. Au point de vue du paiement des intérêts et des dividendes, la distinction entre les deux grandes espèces de titres n'a point d'utilité : les intérêts et les dividendes sont, dans l'usage, payables au porteur, même pour les titres nominatifs (1) ; seulement, le paiement

(1) Cela n'est pas vrai d'une façon absolue. Ainsi, les dividendes des actions de la Banque de France qui sont toutes nominatives, ne sont payables qu'au titulaire ou à un mandataire désigné par lui.

effectué ne se constate pas de la même manière. Aux titres au porteur sont attachés de petits bons appelés *coupons* ; chaque coupon correspond à une échéance de dividendes ou d'intérêts ; pour toucher, il suffit de détacher du titre le coupon afférent à l'échéance dont il s'agit et de le remettre à la société. Les titres nominatifs ne sont pas munis de coupons ; pour toucher les intérêts ou les dividendes, il faut présenter ces titres eux-mêmes, et, pour constater le paiement fait à chaque échéance, un timbre est apposé sur le titre. C'est donc un peu par abus de mots qu'on dit, en parlant de titres nominatifs : le coupon est échu ou est payable tel jour.

Ce qui est vrai du paiement des intérêts ou des dividendes ne l'est pas du remboursement du capital de l'action ou de l'obligation. Toute personne ayant entre les mains un titre au porteur peut exiger le remboursement sans aucune justification à faire, tandis que la personne dont le nom se trouve sur les registres de la société et sur le titre comme propriétaire d'un titre nominatif ou son mandataire, a seule le droit de toucher la somme à rembourser.

Les sociétés (1) émettent parfois des titres *mixtes*, c'est-à-dire des titres qui participent à la fois de la nature des titres nominatifs et de celle des titres au porteur. Comme les titres nominatifs, ils portent le nom du titulaire, ils ne sont transmissibles que par voie de transfert sur les registres de la société, le capital ne doit en être payé qu'au titulaire ou à son mandataire ; mais, comme les titres au porteur, ils sont munis de coupons, qu'on détache à chaque échéance pour les remettre à la société et pour constater ainsi le paiement. Les titres *mixtes* sont donc des titres nominatifs munis de coupons : ils offrent cette commodité que l'actionnaire ou l'obligataire peut, comme s'il s'agissait d'un titre au porteur, faire toucher les intérêts ou les dividendes en détachant des coupons, sans se démunir du titre et qu'il est, au point de vue des conséquences de la dépossession du titre et des impôts, dans la même situation que celui auquel appartient un titre nominatif. V. nos 203 et suiv.

202. *De la conversion des titres*. — Il ne faut pas confondre avec le transfert des titres nominatifs l'opération appelée *conversion*, à l'aide de laquelle on transforme un titre nominatif en titre au porteur ou à l'inverse. Cette opération est, en principe, possible au gré des actionnaires ou obligataires, quand la société admet les deux espèces de titres (no 199) ; elle consiste dans un simple changement de la forme du titre, elle n'implique pas une aliénation comme le *transfert*.

Elle est pourtant, à certains égards, soumise, en vertu de disposi-

(1) Comme, du reste, les personnes morales publiques (État, départements, villes).

tions légales formelles, aux mêmes règles que si elle constituait une aliénation :

a) Il faut, pour faire opérer une conversion de titres nominatifs en titres au porteur, avoir la même capacité ou les mêmes pouvoirs que pour aliéner (L. 27 février 1880, art. 10) (1). Ainsi, un mineur émancipé ou un tuteur ne peut pas faire opérer une telle conversion sans avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille et parfois l'homologation du tribunal civil (n° 56). Il y aurait autrement là, pour eux, un moyen trop facile d'arriver à aliéner les titres sans être munis de l'autorisation exigée par la loi pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs (2).

b) Toute conversion de titres était soumise par la loi du 23 juin 1857 au même impôt de transmission que la cession de ces titres. La raison de cette assimilation est qu'une conversion peut déguiser une aliénation. Mais la loi du budget du 26 décembre 1908 (art. 5, 21e alin.), voulant favoriser les titres nominatifs, a décidé que *la conversion des actions et obligations au porteur en actions et obligations nominatives est exempte du droit de transmission*. Ainsi, la conversion des titres nominatifs en titres au porteur est seule soumise au même impôt que la cession.

Les conversions des titres nominatifs en titres au porteur sont particulièrement fréquentes. La fréquence de cette conversion tient à ce que, les agents de change ne négociant que les titres au porteur, à moins qu'il n'y ait que des titres nominatifs pour les valeurs dont il s'agit (D. 7 octobre 1890, art. 46 et 47), toute vente faite par un agent de change est précédée d'une conversion.

203. DE LA PERTE ET DU VOL DES TITRES NOMINATIFS OU AU PORTEUR. — Le propriétaire de titres peut en être dépossédé sans sa volonté, par suite d'une perte, d'un vol, d'un abus de confiance, etc. En ce cas, plusieurs questions se posent au point de vue des rapports du propriétaire dépossédé, soit avec la société, soit avec les tiers acquéreurs entre les mains desquels les titres ont pu passer. Il s'agit de savoir à quelles conditions le propriétaire dépossédé peut parvenir à

(1-2) Le principe posé au texte est certain seulement pour les titres appartenant à des mineurs ou à des interdits. La loi du 27 février 1880 dans laquelle se trouve l'article 10 est consacrée aux meubles incorporels des mineurs et des interdits. Aussi soutient-on que l'assimilation de la conversion à l'aliénation ne s'applique pas aux titres des autres incapables, notamment des femmes mariées. Mais les termes généraux dans lesquels est conçu cet article 10, paraissent devoir faire admettre qu'il s'applique à tous les incapables. Cet article dispose : *La conversion de tout titre nominatif en titre au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.*

toucher les intérêts et les dividendes, à se faire rembourser le capital devenu exigible, à réclamer la délivrance d'un nouveau titre (*duplicata*), afin de pouvoir le négocier. Puis, il faut rechercher si le propriétaire dépossédé n'est pas exposé à ce que les titres passent entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi contre lequel il ne pourra pas les revendiquer à raison de la règle : *en fait de meubles, possession vaut titres* (art. 2279, C. civ.).

A l'un et à l'autre points de vue, la situation du propriétaire d'un titre nominatif est bien meilleure que celle du propriétaire d'un titre au porteur.

204. *Perte des titres nominatifs.* — Le titulaire d'un titre nominatif, qui en est dépossédé, doit faire le plus tôt possible une opposition dans les bureaux de la société. Il est à craindre que celui qui a le titre entre les mains ne se présente pour toucher les intérêts ou dividendes qui, ordinairement, sont payables au porteur (n° 201), ou qu'il n'essaie même, en se faisant passer pour le titulaire ou son mandataire, soit d'obtenir le remboursement du capital devenu exigible, soit de faire opérer un transfert. La situation de l'opposant est très simple, qu'on l'envisage à l'égard de la société ou à l'égard du détenteur du titre. Si celui-ci se fait connaître, il devra justifier de son droit à cette détention, prouver que le titulaire a réellement aliéné le titre, sans quoi le titre devra être restitué à ce titulaire qui doit naturellement en être présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. A l'égard de la société, le titulaire est considéré comme propriétaire tant qu'un transfert régulier n'a pas été inscrit sur les registres ; il peut donc réclamer les droits afférents à un actionnaire ou à un obligataire, et la société ne court aucun risque en les lui accordant ; s'il se présente un détenteur du titre qui prétend que celui-ci avait été régulièrement cédé par celui qui s'est plaint d'une dépossession, la société aura le droit de dire à ce détenteur que la cession invoquée par lui est non avenue à son égard tant qu'elle n'a pas été constatée par un transfert. Par la même raison, le titulaire dépossédé pourrait obtenir de la société un *duplicata* de son titre.

205. *Perte de titres au porteur.* — La situation du propriétaire dépossédé d'un titre au porteur est réglée aujourd'hui par la loi du 15 juin 1872, modifiée par la loi du 8 avril 1902. Avant la loi du 15 juin 1872, il n'y avait dans notre législation aucune disposition spéciale à ce sujet ; aussi se bornait-on à déduire les solutions à admettre des principes généraux du droit. Voici celles qui prévalaient en jurisprudence :

1° Les actions et les obligations au porteur étant traitées, en droit, comme des meubles corporels, on leur appliquait les articles 2279 et

2280, C. civ. Par suite, la revendication de titres au porteur n'était pas admise, en principe, contre les tiers acquéreurs de bonne foi. Ils pouvaient exceptionnellement être revendiqués quand il y avait eu perte ou vol : encore la revendication n'était-elle possible que pendant trois ans contre les tiers de bonne foi et fallait-il que le revendiquant, pour se faire restituer son titre, remboursât au possesseur actuel le prix payé par celui-ci, si l'achat avait eu lieu dans une Bourse.

2° Afin d'éviter qu'un tiers exerçât les droits attachés au titre, celui qui prétendait en avoir été dépossédé devait faire opposition entre les mains de la société débitrice. Puis, il pouvait faire déposer les intérêts ou les dividendes à la Caisse des dépôts et consignations, et les toucher cinq ans après leur échéance. Après ce délai, la société n'avait pas à craindre les réclamations d'un tiers possesseur de bonne foi auquel elle eût dû payer une seconde fois, car, si ces réclamations se produisaient, la société était protégée par la prescription de l'article 2277, C. civ. De même, quand trente ans s'étaient écoulés depuis que le capital était devenu exigible, le propriétaire dépossédé pouvait toucher le capital ; la société était, en principe (1), en vertu de l'article 2262, C. civ., protégée contre les réclamations d'un tiers possesseur. Mais il n'y avait aucun moyen d'obtenir la délivrance d'un duplicata du titre : si la société en avait délivré un, elle eût pu se trouver en présence à la fois du porteur du titre nouveau et d'un porteur de bonne foi du titre ancien.

206. La loi du 15 juin 1872 a eu pour but d'améliorer la situation du porteur dépossédé et à l'égard de la société et à l'égard du tiers détenteur des titres : *a*) elle abrège les délais après lesquels le porteur peut toucher, soit les intérêts et dividendes échus, soit le capital devenu exigible ; *b*) elle donne au porteur des facilités pour se faire délivrer un duplicata ; *c*) elle accorde au porteur dépossédé, par dérogation aux articles 2279 et 2280, C. civ., le droit de revendiquer même contre un tiers possesseur de bonne foi, sans avoir rien à lui rembourser, quand celui-ci n'a acquis qu'après l'accomplissement de formalités destinées à empêcher la négociation du titre.

207. Celui qui prétend avoir été dépossédé d'un titre au porteur doit, avant tout, s'il veut profiter des dispositions de la loi du 15 juin 1872, modifiées par la loi du 8 avril 1902, faire signifier par huissier deux oppositions, l'une au syndicat des agents de change de Paris, afin d'empêcher la négociation du titre (art. 1 et 11) ; l'autre à l'établissement débiteur,

(1) Il en était ainsi en principe seulement, parce que, dans le cas où le propriétaire dépossédé était mineur ou interdit, la prescription était suspendue à son profit.

afin d'empêcher que celui-ci ne paie au tiers porteur qui pourrait se présenter, soit les intérêts ou les dividendes, soit le capital devenu exigible. Le premier acte d'opposition doit contenir l'indication du nombre, de la nature, de la valeur nominale, des numéros et, s'il y a lieu, de la série des titres (art. 1) ; il doit aussi contenir, autant que possible, différentes autres énonciations (1). En outre, cet acte d'opposition, signifié au syndicat des agents de change de Paris, doit contenir réquisition de faire publier les numéros des titres dans un bulletin spécial que publie le syndicat des agents de change (art. 11). Sous la responsabilité du syndicat, l'insertion des numéros des titres frappés d'opposition doit être faite dans ce bulletin un jour franc au plus tard après celui où elle a été signifiée. L'opposition signifiée à l'établissement débiteur contient les indications requises pour l'opposition notifiée au syndicat des agents de change et, de plus, à peine de nullité, une copie certifiée par l'huissier de la quittance délivrée par le syndicat du coût de la publication au *Bulletin des oppositions* (2). Il est fait, dans l'acte d'opposition, élection de domicile dans la commune du siège de l'établissement débiteur. Cette dernière notification emporte opposition au paiement tant du capital que des intérêts ou dividendes échus ou à échoir jusqu'à ce que mainlevée en ait été donnée par l'opposant ou ordonnée par justice, ou jusqu'à ce que déclaration ait été faite, par le syndicat des agents de change, à l'établissement débiteur, de la radiation de l'opposition.

208. Les oppositions ainsi formées peuvent ne pas être contredites par un tiers possesseur des titres prétendant en être légitime proprié-

(1) L'acte d'opposition doit aussi, autant que possible, énoncer : 1° l'époque et le lieu où l'opposant est devenu propriétaire, ainsi que le mode de son acquisition ; — 2° l'époque et le lieu où il a reçu les derniers intérêts ou dividendes ; — 3° les circonstances qui ont accompagné sa dépossession (art. 2, L. 15 juin 1872). Cet acte contient une élection de domicile à Paris.

(2) La loi du 15 juin 1872 n'établissait aucun lien entre l'opposition faite à l'établissement débiteur et l'opposition faite au syndicat des agents de change de Paris. Aussi arrivait-il que la première de ces oppositions fût seule formée. Cela avait de graves inconvénients. La négociation du titre pouvait être valablement faite. L'acheteur, surpris par l'opposition faite à l'établissement débiteur, devait, pour toucher les intérêts ou les dividendes et, s'il y avait lieu, le capital, obtenir une mainlevée qui devait lui être accordée. L'opposant était parfois trompé ; il s'était imaginé que l'opposition faite à l'établissement débiteur suffisait pour le protéger même contre les négociations du titre au porteur. — La loi du 8 février 1902, modifiant celle du 15 juin 1872, fait disparaître ces inconvénients, en exigeant que l'opposition soit faite d'abord au syndicat des agents de change. On peut espérer que les frais attachés à cette opposition contribueront à diminuer le nombre des oppositions formées à la légère ou de mauvaise foi.

taire, ou, au contraire, un tiers peut y contredire. Dans le premier cas, il n'y a qu'à régler les rapports de celui qui allègue avoir été dépossédé avec la société débitrice ; dans le second cas, il y a à décider qui doit être reconnu propriétaire des titres.

209. Lorsque personne ne contredit à l'opposition et n'en demande la mainlevée, l'opposant peut arriver : *a*) à toucher les intérêts et les dividendes ; *b*) à se faire payer le capital devenu exigible ; *c*) à se faire délivrer un duplicata pour le négocier. Mais il va de soi que l'opposition seule ne suffit pas pour lui permettre d'exercer ces droits. Il peut se faire que l'opposant ne soit pas propriétaire des titres, soit parce qu'il les a cédés lui-même, soit parce que, même sans son fait, ils ont passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi qui est devenu propriétaire avant toute opposition. L'opposition faite au siège de la société n'a, par elle-même, immédiatement, qu'un effet purement négatif ; elle met obstacle au paiement des intérêts et des dividendes et au remboursement du capital devenu exigible entre les mains d'un tiers porteur du titre. Si la société avait l'imprudence de payer, malgré l'opposition, un tiers porteur qui se présenterait, elle risquerait d'être obligée de payer une seconde fois l'opposant (analog., art. 1242, C. civ.).

Les autres conditions exigées pour que l'opposant puisse exercer ses droits à l'encontre de la société sont plus ou moins rigoureuses, selon qu'il veut, soit toucher seulement les intérêts ou les dividendes, soit aller jusqu'à se faire rembourser le capital exigible ou obtenir la délivrance d'un duplicata.

210. Pour que l'opposant puisse exiger le paiement des intérêts ou des dividendes, quatre conditions doivent être réunies. Il faut :

1. Qu'une année au moins se soit écoulée depuis la date de l'opposition sans qu'elle ait été formellement contredite par un tiers se prétendant propriétaire du titre frappé d'opposition (1) (art. 3) ;

2. Que, dans cet intervalle, deux termes d'intérêts ou de dividendes aient été mis en distribution, ou, s'il s'agit, soit de titres ne donnant pas droit à des intérêts ou dividendes, soit de titres à l'égard desquels il y a eu cessation de distributions périodiques, qu'il se soit écoulé trois ans sans que l'opposition ait été contredite dans les termes qui viennent d'être indiqués ;

3. Que l'opposant obtienne du président du tribunal civil de son domicile ou, s'il habite hors de France, du président du tribunal civil

(1) Il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait contradiction, qu'un coupon du titre soit présenté à l'encaissement par un tiers quelconque. Sur ce point la loi du 8 février 1902 a confirmé la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi du 15 juin 1872.

du siège de l'établissement débiteur, l'autorisation de toucher les intérêts ou dividendes à mesure de leur exigibilité (art. 3). Le président a un pouvoir discrétionnaire ; avant de statuer, il examine les circonstances et tient notamment compte de l'honorabilité de l'opposant.

4. Que l'opposant fournisse une caution dont l'engagement s'applique au montant des annuités exigibles et à une valeur double de la dernière annuité échue (art. 4). Cette garantie est exigée dans l'intérêt du tiers porteur de bonne foi qui pourrait se présenter par la suite. A défaut de caution, l'opposant peut fournir un nantissement de rentes sur l'Etat (art. 2041, C. civ.). L'opposant peut aussi, s'il le préfère, exiger le dépôt des intérêts et dividendes à la Caisse des dépôts et consignations à mesure de leur échéance. Si, pendant deux années, à partir de l'autorisation, l'opposition n'a pas été contredite dans les termes de l'article 3, il n'est guère à supposer qu'un tiers porteur de bonne foi se présentera. Aussi, après ce délai, la caution est-elle libérée ou les titres de rentes sur l'Etat donnés en nantissement peuvent-ils être retirés ou l'opposant peut-il opérer le retrait des sommes déposées à titre d'intérêts ou de dividendes à la Caisse des consignations et toucher librement les intérêts et dividendes à échoir, au fur et à mesure de leur exigibilité.

210 *bis*. Si le président du tribunal civil refuse l'autorisation qui lui est demandée, l'opposant peut saisir par voie de requête le tribunal civil lui-même ; celui-ci statue, après avoir entendu le ministère public. Le jugement produit les effets attachés à l'ordonnance d'autorisation.

211. Pour que l'opposant puisse toucher le capital devenu exigible, il faut la réunion des mêmes conditions que pour la perception des intérêts et des dividendes. Seulement, à cet égard, la caution n'est déchargée, les titres de rente donnés en nantissement ne peuvent être retirés que lorsque dix ans après l'époque de l'exigibilité et cinq ans au moins après l'autorisation se sont écoulés sans que l'opposition ait été contredite dans les termes de l'article 3. Si l'opposant fait déposer le capital devenu exigible à la Caisse des dépôts et consignations, il ne peut se le faire remettre qu'après ces délais. Les porteurs des titres, ignorant que le capital est devenu exigible, tardent assez souvent à le réclamer ; aussi faut-il, en ce qui concerne le capital, qu'un temps relativement long se soit écoulé pour qu'on puisse induire de l'absence de réclamation que personne ne se présentera.

212. La société (ou établissement débiteur) qui paie à l'opposant, après l'accomplissement de toutes ces conditions, les intérêts, les dividendes ou le capital devenu exigible, est libérée (L. 15 juin 1872, art. 9 ; art. 1240, C. civ.). En conséquence, s'il se présente un tiers porteur

dont le droit soit reconnu, il n'a de recours que contre l'opposant et contre la caution, si celle-ci n'est pas encore libérée, ou sur les rentes déposées en nantissement, ou sur les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations.

213. Le porteur dépossédé peut même réclamer un duplicata, s'il désire négocier son action ou son obligation. La loi prend des précautions pour que la délivrance d'un duplicata ne puisse avoir lieu qu'alors qu'il y a presque certitude qu'un tiers porteur ne se présentera pas et pour que cette délivrance ne puisse causer aucun préjudice à la société.

Pour qu'un duplicata puisse être obtenu, il faut :

a) Qu'il se soit écoulé au moins 10 ans depuis l'autorisation du président du tribunal civil, c'est-à-dire 11 ans depuis l'opposition ;

b) Que, pendant ce délai, l'opposition n'ait pas été contredite par une personne se prétendant propriétaire du titre ;

c) Que l'opposant paie les frais qu'occasionne le duplicata ;

d) Que le numéro du titre ait été publié dans le *Bulletin des oppositions* jusqu'au jour où le *duplicata* est réclamé et que, de plus, l'opposant paye à l'avance la publication faite dans ce bulletin, à la rubrique des titres frappés de déchéance, pour le nombre d'années représenté par la feuille de coupons attachée au titre, sans que cette publication puisse être inférieure à dix ans, et pour ce délai de dix ans en ce qui concerne les titres ne portant aucun coupon.

Dès que ces conditions sont réunies, sans qu'il soit besoin d'une autorisation nouvelle du président du tribunal civil et sans qu'une garantie de restitution soit exigée, l'opposant a le droit d'exiger un *duplicata*, portant le même numéro que le titre originaire, indiquant qu'il est délivré en double et négociable comme le titre primitif. Ce titre confère les mêmes droits que le titre primitif, de telle sorte que le tiers porteur, qui représenterait ce dernier titre, n'aurait plus le droit d'agir que contre l'opposant, si son opposition avait été faite sans droit (art. 15).

214. L'opposition, faite par le porteur qui se prétend dépossédé, peut être contredite par un tiers qui se présente pour exercer les droits attachés au titre (art. 10) ; c'est alors à la justice à prononcer entre l'opposant et le tiers porteur. Il va de soi que l'opposant peut revendiquer contre le tiers qui a trouvé le titre ou qui l'a volé ou qui l'a acheté sciemment de la personne qui l'a volé ou trouvé. Cette revendication ne peut être paralysée que par la prescription de trente ans (art. 2262, C. civ.). Mais le titre peut avoir été acquis par un tiers de bonne foi ; la loi de 1872 (art. 12) pose, pour ce cas, des règles spéciales.

Il faut distinguer selon que la négociation du titre est antérieure ou

postérieure au jour où le premier numéro du *Bulletin* mentionnant l'opposition a pu arriver dans le lieu où la négociation a été opérée.

La négociation a-t-elle été antérieure? Comme l'opposition formée entre les mains du syndicat des agents de change n'était pas encore portée à la connaissance du public, on applique les articles 2279 et 2280, C. civ. La négociation est, par suite, valable et opposable au propriétaire dépossédé. Par exception, celui-ci a seulement, en cas de *vol* ou de *perte*, le droit de revendiquer le titre pendant trois ans contre les acquéreurs de bonne foi (il ne l'aurait pas en cas d'abus de confiance ou d'escroquerie, ni dans tout autre cas de dépossession que ceux de perte ou de vol). Selon l'article 14 de la loi du 15 juin 1872, *à l'égard des négociations ou transmissions de titres antérieures à la publication de l'opposition, il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2279 et 2280 du Code civil.* C'est dans les hypothèses de ce genre que le tiers acquéreur de bonne foi qui survient a le droit d'exiger, soit de l'opposant, soit de la caution, tout ce que l'opposant a touché à l'occasion du titre.

La négociation a-t-elle été, au contraire, postérieure au jour où le Bulletin *est parvenu ou aurait pu parvenir, par la voie de la poste, dans le lieu où elle a été faite?* Alors, elle est sans effet à l'égard de l'opposant (art. 12). L'opposant peut ainsi revendiquer son titre, il n'est même pas limité dans le délai de trois ans en cas de perte ou de vol, il ne peut être arrêté que par la prescription trentenaire, et il n'a pas à restituer au tiers acquéreur évincé le prix de la négociation. Il y a ainsi dérogation aux articles 2279 et 2280, C. civ.

Le tiers acquéreur ne pourrait triompher contre le revendiquant qu'en prouvant que celui-ci a fait l'opposition sans droit, parce qu'il n'était pas propriétaire du titre. Cela peut se présenter même en l'absence de toute fraude de la part de l'opposant qui revendique. Ainsi, l'on peut supposer que les héritiers d'une personne, trouvant sur les livres du défunt mention de numéros de titres au porteur et ne retrouvant pas les titres eux-mêmes, forment opposition, en s'imaginant qu'ils ont été perdus ou volés, alors que le défunt les a vendus régulièrement (1). Il est évident que la revendication ne sera pas admise, quoique les négociations aient été postérieures à l'opposition : celle-ci avait été formée sans droit.

Il faut certainement assimiler au cas où il n'y a pas eu d'opposition celui où l'opposition a été irrégulière à raison de l'indication inexacte du numéro du titre.

Du reste, pour déterminer s'il y a lieu ou non à revendication à rai-

(1) Ce cas se présente assez souvent.

son de la date de la négociation rapprochée de celle de l'opposition, c'est la date de la première négociation depuis la dépossession du titre qu'il faut considérer. Si cette négociation a précédé la publication de l'opposition, le porteur dépossédé a perdu la propriété de son titre en vertu de l'article 2279 et il ne peut plus revendiquer même contre un sous-acquéreur dont l'acquisition est postérieure à la publication de l'opposition. La seconde aliénation ne peut pas faire renaître au profit des opposants un droit qui avait cessé d'appartenir à leur auteur.

214 *bis*. A quel moment doit-on considérer la négociation comme effectuée, de telle façon que les seules oppositions publiées précédemment la rendent sans effet? De grandes difficultés s'étaient élevées sur ce point sous l'empire de la loi du 15 juin 1872, avant la loi du 8 février 1902. Des décisions judiciaires avaient été rendues en sens divers. Les unes avaient admis que la négociation n'était parfaite que lorsqu'il y avait livraison à un acheteur (agent de change ou client). Selon d'autres, il fallait que les titres eussent été attribués à l'acheteur par l'agent de change vendeur. Enfin, selon d'autres, il suffisait que les titres livrés par le client vendeur eussent été inscrits sur ses livres par un agent de change. C'est cette dernière solution qu'a consacrée la loi du 8 février 1902. L'article 13, 3e alinéa, dispose : *la négociation qui rend sans effet toute publication postérieure de l'opposition sera réputée accomplie dès le moment où aura été opérée sur les livres des agents de change l'inscription des numéros des titres vendus pour compte du donneur d'ordre et livrés par lui.* Il faut qu'il suffise à l'agent de change vendeur de consulter le *Bulletin des oppositions* au moment où son client lui remet le titre. Cependant, une certaine atténuation est apportée à la règle ainsi posée pour le cas où la publication de l'opposition, bien que postérieure à l'inscription des numéros des titres vendus pour compte du donneur d'ordre et livrés par lui, survient avant la livraison ou l'attribution au donneur d'ordre ou à l'agent de change acheteur. Alors, *l'opposant peut, sur la demande de mainlevée formée par l'agent de change ou par tout autre ayant droit, réclamer les titres contre le remboursement du prix, par application de l'article 2280, C. civ.*

215. Les actions et les obligations sont le plus souvent vendues et achetées par des agents de change pour le compte de leurs clients. L'acheteur évincé par l'opposant peut-il s'en prendre à son agent de change et lui réclamer une indemnité? La loi de 1872 (art. 12, al. 2) a voulu restreindre à cet égard la responsabilité de l'agent de change. Il n'est responsable que dans trois cas : 1° quand il a acheté le titre pour le compte de son client après la publication de l'opposition dans le

Bulletin officiel ; 2° quand l'opposition (ce qui est assez rare) lui a été signifiée personnellement ; 3° quand il est prouvé qu'il a été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il a acheté sciemment un titre dont le propriétaire a été dépossédé. Mais un agent de change ne peut être rendu responsable à raison d'une simple imprudence, en dehors de ces trois cas. — Cette limitation de responsabilité ne s'applique pas aux intermédiaires autres que les agents de change, qui parfois vendent ou achètent des titres pour des clients. En conséquence, une simple négligence peut, conformément au droit commun, faire déclarer responsables ces intermédiaires.

216 Il se peut qu'une personne ait été dépossédée des coupons seuls, soit qu'ils lui aient été pris après qu'elle les a détachés du titre, soit qu'un tiers les ait détachés lui-même. Ce cas, prévu par les articles 2, dernier alinéa, et 8 de la loi, est moins grave que celui de la dépossession du titre lui-même. Aussi suffit-il, pour arriver à toucher les coupons, que le porteur dépossédé ait fait opposition à leur paiement entre les mains de l'établissement débiteur ; il n'y a pas lieu à notification au syndicat des agents de change, ni à l'insertion des numéros des titres au *Bulletin* quotidien (art. 2, dernier alinéa) et, dès que trois ans se sont écoulés depuis la date de l'opposition, l'opposant peut toucher les coupons, si l'opposition n'a pas été contredite. Il n'est pas besoin alors d'autorisation de justice, ni de garantie (art. 8).

216 *bis*. Les oppositions formées en vertu de la loi du 15 juin 1872 sont nombreuses et il en est souvent de mal fondées, soit que l'opposant ait commis une erreur ou ait été de mauvaise foi, soit que l'opposition ait été formée tardivement d'après les articles 12 et 13, 3e alinéa. Il importe que la mainlevée d'une opposition puisse être obtenue promptement et sans beaucoup de frais. Ainsi, elle est promptement levée, puis le déboursé et les frais occasionnés par l'instance ne risquent pas de détourner des personnes peu fortunées de demander la mainlevée d'une opposition. C'est pour cela que la loi du 8 février 1902 a organisé une procédure de mainlevée rapide et peu coûteuse. V. articles 17 et 18 ajoutés à la loi du 15 juin 1872 par la loi du 8 février 1902.

217. *Cas d'application de la loi du 15 juin 1872*. — Les dispositions de la loi de 1872 s'appliquent, d'après l'article 1, au propriétaire de titres au porteur *qui en est dépossédé par quelque événement que ce soit*. Malgré la généralité de ces expressions, il n'est pas douteux qu'en cas de destruction d'un titre au porteur, sans avoir besoin de remplir les formalités et conditions prescrites par la loi de 1872, le propriétaire pourrait, en prouvant le fait de la destruction, se faire délivrer immédiatement un titre nouveau et exercer tous les droits attachés à l'an-

cien titre. Cette preuve peut se faire par tous les moyens (art. 1348-4°, C. civ.) ; mais elle est difficile par cela même que le propriétaire doit établir qu'un titre portant tel numéro a été détruit.

218. *A quels titres s'applique la loi de 1872.* — Elle régit, en principe, tous les titres au porteur de nature à être négociés dans les Bourses, qu'ils soient émis par des sociétés, des départements, des communes ou des établissements publics (1). Elle ne s'applique, au contraire, ni aux billets émis par la Banque de France ou par des établissements légalement autorisés, comme la Banque de l'Algérie et les banques coloniales, ni aux rentes sur l'Etat (art. 16).

La loi de 1872 a laissé de côté les rentes sur l'Etat, parce qu'elles ne sont passibles d'aucune opposition (L. 8 nivôse an VI, art. 4, et L. 22 floréal an VII, art. 7) (2).

219. La loi du 15 juin 1872 s'applique aux titres au porteur français négociés dans les Bourses françaises. Mais s'applique-t-elle aussi aux titres étrangers négociés dans les Bourses de France ou aux titres français négociés dans les Bourses étrangères ? Ces deux questions doivent être examinées séparément.

a) Il est bien évident que des sociétés étrangères ne peuvent être contraintes de payer des intérêts ou des dividendes, de rembourser le capital, de délivrer un duplicata, sous les conditions fixées par la loi du 15 juin 1872, aux obligataires ou aux actionnaires qui prétendent avoir été dépossédés de leurs titres. Cette loi n'a pu obliger à tout cela les sociétés françaises que parce qu'elle leur assure leur libération envers les tiers porteurs qui se présenteraient par la suite ; assurément, la loi française ne peut avoir cette action à l'égard des sociétés étrangères. Mais, si une opposition à la négociation de titres au porteur étrangers est formée au syndicat des agents de change de Paris, les négociations postérieures à l'insertion au *Bulletin* des numéros des titres sont-elles non avenues à l'égard de l'opposant, comme s'il s'agissait de titres français ? Avec la jurisprudence (3), nous admettons l'affirmative. Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux ordres de dispositions de la loi de 1872, si bien qu'il est possible qu'une opposition à négociation soit faite sans opposition à paiement (4). La loi de 1872, en tant qu'elle prévient les négociations faites au préjudice du

(1) C'est à raison de cette application étendue de la loi de 1872 qu'elle parle, dans plusieurs dispositions, non de la société, mais de l'*établissement débiteur*.

(2) Cependant, la loi de 1872 a un peu amélioré la situation des porteurs de rentes au porteur sur l'Etat dépossédés. V. art. 16. al. 2. de cette loi.

(3) Cass., 13 février 1884, S. 884. 1. 225 ; *J. Pal.*, 1884. 540 ; *Pand. fr. chr.*

(4) Le cas contraire ne peut pas se présenter. V. n° 207 et note 2 de la page 157.

porteur dépossédé, est une loi de police qui doit s'appliquer aux négociations de tous titres au porteur faites sur le territoire national, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

b) En ce qui concerne les titres français négociés dans les pays étrangers et qui reviennent ensuite en France, on a proposé de leur appliquer aussi la loi de 1872, et la jurisprudence se prononce en ce sens (1) ; on se fonde principalement sur ce que la loi ne fait pas de distinction. Cette doctrine est très critiquable ; elle peut paraître en contradiction avec le principe selon lequel les conditions de la transmission de la propriété des valeurs mobilières se règlent d'après la loi du pays où celle-ci s'opère. En outre, il semble bien dur de frapper de nullité des négociations faites dans les pays où le *Bulletin des oppositions* ne parvient pas ou n'arrive que très irrégulièrement.

220. *Continuation du paiement des intérêts et des dividendes après qu'une obligation ou une action est remboursable par suite d'un tirage au sort.* — Quand un tirage au sort a désigné pour le remboursement une action (n° 181) ou une obligation (n° 195), l'actionnaire ou l'obligataire doit toucher à la date fixée le capital exigible. Il arrive parfois que le remboursement n'est pas réclamé par l'actionnaire ou par l'obligataire et que la société continue à lui payer les dividendes ou les intérêts pendant un temps plus ou moins long. Quand on s'apercevait que le capital de l'action ou de l'obligation aurait dû être remboursé, la société prétendait déduire du capital à payer le montant des intérêts ou des dividendes payés après le jour fixé pour le remboursement, et la jurisprudence avait admis cette prétention (2). Des réclamations s'étaient souvent élevées à ce sujet ; on avait fait remarquer notamment que les erreurs commises par les actionnaires ou obligataires ne se faisant pas rembourser le capital amorti, étaient plus excusables que celles de la société dont les représentants ont entre les mains, lors du paiement des coupons, toutes les listes de tirages. De plus, la société a gardé le capital à sa disposition. L'article 70, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893, a fait droit à ces réclamations en disposant : *Dans le cas où les sociétés* (3) *ont continué à payer*

(1) Trib. civ. Seine, 6 août 1885. — *Journal des valeurs mobilières*, 1882, p. 433 et suiv., article de M. Ledebt ; *Journal de Droit international privé*, 1881, p. 26 et suiv., article de M. Buchère.

(2) Cass., 29 juillet 1879, S. 1880. 1. 109 ; D. 1880. 1. 88 ; Rennes, 16 novembre 1885, S. 1891. 1. 17.

(3) Il serait à désirer qu'une loi appliquât la même disposition aux valeurs émises par les villes, les départements, l'Etat et les autres personnes morales publiques.

Une proposition de loi en ce sens avait été prise en considération par la Chambre des députés en 1890 (Rapport favorable déposé le 5 mars 1891).

les intérêts ou dividendes des actions, obligations ou tous autres titres remboursables par suite d'un tirage au sort, elles ne peuvent répéter ces sommes lorsque le titre est présenté au remboursement. Il convient de remarquer que la loi n'exclut pas la convention contraire, de sorte qu'il est à craindre que les sociétés ne prennent la précaution d'insérer dans les titres d'actions ou d'obligations une clause destinée à paralyser l'effet de la disposition légale (1).

221. DES IMPÔTS SUR LES ACTIONS ET SUR LES OBLIGATIONS — Les actions et les obligations nominatives ou au porteur, comprises dans des successions, des donations ou des legs, sont soumises aux mêmes droits de mutation que les autres biens. En outre, elles sont grevées de trois impôts spéciaux : 1° l'impôt du timbre ; 2° le droit de transmission ou la taxe annuelle destinée à le remplacer ; 3° l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

222. *Impôt du timbre.* — La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 2, 6°) soumettait à un droit proportionnel d'enregistrement de 50 centimes par 100 francs les cessions d'actions. Cet impôt très élevé ne se percevait guère, car c'était un droit d'acte supposant la confection d'un écrit, destiné à constater la cession, et les titres d'actions ou d'obligations se transmettent généralement sans qu'un écrit soit dressé. Afin de modérer l'impôt et d'en assurer la perception, la loi de finances du 5 juin 1850 remplaça le droit d'enregistrement par un droit de timbre proportionnel.

Sur les *actions*, le droit de timbre est de 1 fr. par 100 fr. ; il est réduit à 50 centimes pour les sociétés dont la durée n'excède pas dix ans (art. 14 et suiv.). Sur les *obligations*, le droit de timbre est toujours de 1 pour 100 (art. 27). Le droit est établi sur le montant nominal du titre, sans qu'on tienne compte ni du cours des actions ou des obligations, ni de leur revenu, ni de la portion dont elles ne sont pas encore libérées.

Au lieu de payer immédiatement les droits de timbre sur les actions ou les obligations, la société peut contracter un abonnement en vertu duquel elle paie annuellement 5 centimes par 100 francs du montant des actions ou des obligations (art. 22 et 31). Sauf de rares exceptions, les sociétés usent de la faculté d'abonnement.

(1) C'est ce que fit remarquer le commissaire du gouvernement (M. Falcimaigne, alors directeur des affaires civiles, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation), dans la discussion au Sénat, le 3 juillet 1893. La proposition de loi, citée à la note précédente, excluait toute convention contraire, ce qui était préférable. M. Thaller (*op. cit.*, n° 695) admet que la clause serait nulle, parce que le refus de répétition tient à une faute lourde de la société et qu'on ne peut pas s'exonérer par avance des conséquences de sa faute lourde.

223. *Droit de transmission et taxe annuelle.* — La loi du 5 juin 1850 dispensait de tout droit d'enregistrement les cessions d'actions ou d'obligations moyennant le droit de timbre qu'elle établissait ; cette dispense n'a pas été de longue durée. La loi de finances du 23 juin 1857 a établi, en sus du droit de timbre, un *droit de mutation*, qui se perçoit de deux manières différentes, selon que les titres sont au porteur ou nominatifs.

Sur les titres nominatifs, le droit est payé pour chaque cession ; il est perçu à chaque transfert, pour le compte du Trésor, par la société qui en est constituée débitrice. Pour les titres au porteur, l'établissement d'un droit payé à chaque cession eût été plein de dangers pour le Trésor public : les transmissions de ces titres se font de la main à la main, sans que rien les constate, et il est facile, par suite, de les dissimuler. Aussi, pour les titres au porteur, le droit de transmission est-il remplacé par une taxe annuelle dont la société fait l'avance et qu'elle recouvre sur les actionnaires ou sur les obligataires au moyen d'une retenue opérée sur les dividendes ou sur les intérêts qui leur sont dus (art. 7).

Pour les titres nominatifs, le droit de transmission se calcule sur le prix de la vente. Pour les titres au porteur, la taxe annuelle s'établit sur la valeur moyenne des titres durant l'année précédente (art. 6).

Après différentes variations dans leur quotité, le droit de transmission est actuellement de 75 centimes et la taxe annuelle est de 25 centimes par 100 francs, sans décimes (L. 29 juin 1872, art. 3, al. 4 ; L. 26 décembre 1908, art. 5, 1er alin.).

La conversion d'un titre au porteur en titre nominatif, ou l'opération inverse, était soumise au droit de transmission par la loi du 23 juin 1857 (art. 8). Mais la loi du 26 décembre 1908 (art. 5) a supprimé tout droit sur la conversion des titres au porteur en titres nominatifs. Le droit de transmission (75 centimes) est, au contraire, perçu sur la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. Ce droit est établi sur le prix moyen des titres dont il s'agit, d'après le cours moyen de la Bourse de la veille du jour où la conversion a eu lieu.

224. Quand il s'agit d'établir l'impôt sur le prix même de la cession (droit de transmission) ou sur le cours moyen de l'année précédente (taxe annuelle), une question spéciale doit être résolue par suite d'un usage particulier aux Bourses françaises. En France, lorsque des actions ne sont pas libérées, le cours de la Bourse ne tient pas compte de cette circonstance. Ainsi, des actions de 500 fr. sont libérées de moitié seulement, soit 250 fr. Elles sont en hausse de 75 fr. et, par suite, pour acheter une action, il faut payer 250 + 75 fr., soit 325 fr., le cours de la Bourse porte 575 fr. Des actions de 500 fr. libérées de

moitié seulement sont en baisse de 25 fr., de telle sorte qu'il suffit, pour acheter une action, de payer 225 fr. : le cours de la Bourse porte 475 fr. Jusqu'en 1872, c'était le chiffre ainsi porté au cours de la Bourse qui servait de base au droit de transmission et à la taxe annuelle. Ce système était très rigoureux. Aussi, la loi du 30 mars 1872 (art. 1, al. 2) a-t-elle décidé que la perception serait faite d'après la valeur négociée, déduction faite des versements à opérer sur les titres non encore libérés. C'est donc sur le prix réel qu'est perçu le droit de transmission et c'est sur le cours moyen réel de l'année précédente qu'est établie la taxe annuelle.

225. *Impôt sur le revenu des valeurs mobilières*. — Cet impôt a été créé par la loi du 29 juin 1872, qu'a modifiée la loi du 26 décembre 1890 (1), sous le nom de *taxe* ou *impôt sur le revenu des valeurs mobilières*. Il consiste dans une taxe annuelle de 4 0/0 perçue sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature et sur les intérêts des obligations des sociétés ; il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les titres nominatifs et les titres au porteur. Cette taxe porte, du reste, même en dehors des sociétés par actions, sur les intérêts et bénéfices annuels des parts d'intérêt et commandites (art. 1).

Le législateur n'a pas entendu frapper les produits du travail, et a voulu seulement atteindre les revenus des placements. Cependant, en présence de la généralité des termes de la loi de 1872, l'Administration de l'enregistrement prétendait percevoir l'impôt même sur les parts d'intérêt dans les sociétés en nom collectif et sur les parts des commandités dans les commandites simples. Pour éviter toute difficulté, une loi du 1er décembre 1875 a déclaré que l'impôt sur le revenu ne frappe ni les parts des associés en nom collectif, ni celles des commandités dans les commandites simples.

Mais les intérêts des *emprunts* faits par les sociétés des deux dernières espèces étaient demeurés, d'après la jurisprudence, soumis à l'impôt sur le revenu. La loi du budget du 28 avril 1893 (art. 36) a décidé que l'impôt sur le revenu ne s'applique pas aux emprunts contractés par les *sociétés en nom collectif pures et simples* (2).

Comment constate-t-on le revenu sur lequel est perçue la taxe de 4 0/0 ? La constatation est simple pour les intérêts des obligations, par cela même qu'ils sont invariables. Mais la question est plus com-

(1) L'impôt était de 3 0/0 d'après la loi du 29 juin 1872.

(2) Ces expressions ont été employées pour ne pas comprendre dans la faveur fiscale les sociétés en commandite même par intérêts qui sont des sociétés en nom collectif à l'égard des commandités (art. 24, C. com.).

pliquée pour les dividendes. La loi distingue selon qu'il s'agit de sociétés par actions ou d'autres sociétés. Pour les sociétés par actions, le revenu sur lequel la taxe est perçue est fixé d'après les délibérations des assemblées générales d'actionnaires ou des conseils d'administration, les comptes rendus ou tous autres documents analogues que l'Administration de l'enregistrement peut rechercher. Pour les sociétés autres que les sociétés par actions, à défaut de délibération des conseils d'administration, le revenu imposé est fixé par l'évaluation à raison de 5 0/0, soit du montant du capital social ou de la commandite, soit du prix moyen des cessions de parts d'intérêts consenties durant l'année précédente. Le législateur ne veut pas que l'Administration de l'enregistrement puisse faire des recherches dans les documents et pièces des sociétés de personnes.

Les lots et les primes de remboursement sont aussi soumis, en vertu de la loi du 21 juin 1875 (art. 25), à la taxe sur le revenu. Cela s'explique : les lots et les primes sont formés à l'aide de retenues opérées sur les intérêts (n° 195). La valeur soumise à l'impôt se détermine pour les lots par leur montant même et pour les primes par la différence entre la somme remboursée et le taux d'émission. La taxe était de 4 0/0 sur les *lots* et sur les *primes*, comme sur les revenus des valeurs mobilières ; elle a été élevée à 8 0/0 sur les *lots* par la loi du budget du 25 février 1901 (art. 20).

L'avance de l'impôt sur le revenu est faite, comme celle de la taxe annuelle, par la société. Elle le recouvre sur les actionnaires ou sur les obligataires, en opérant une retenue sur les dividendes, les intérêts, les lots ou les primes (analog., n° 223).

226. Les impôts spéciaux dont il vient d'être parlé s'appliquent à toutes les valeurs mobilières françaises. La rente sur l'Etat français y est seule soustraite (1) ; cela en augmente le revenu et contribue à la faire rechercher avec faveur.

227. *Avantages et inconvénients comparés des titres nominatifs et des titres au porteur.* — On se demande souvent s'il est plus avantageux, pour un actionnaire ou pour un obligataire, d'avoir des titres nominatifs ou des titres au porteur. La question ne doit pas recevoir

(1) L. 9 vendémiaire an VI (art. 98). Les diverses lois relatives aux émissions de rentes sur l'Etat ont reproduit, pour celles-ci, le principe posé par la loi du 9 vendémiaire an VI. L'exemption a été supprimée seulement pour les transmissions par donations entre vifs (L. 18 mai 1836, art. 6) et pour les mutations par décès (L. 15 mai 1850, art. 7). Il est question d'appliquer l'impôt général sur le revenu aux arrérages des rentes sur l'Etat, ce qui ferait disparaître le bénéfice fiscal accordé à ces rentes.

une solution absolue : chaque forme de titre a ses avantages et ses inconvénients.

D'abord, le titre nominatif présente plus de sécurité. Celui qui en est dépossédé n'a pas, pour se mettre à l'abri des conséquences de sa dépossession, à remplir les formalités et à subir les délais et les frais qui sont imposés au propriétaire dépossédé d'un titre au porteur (nos 203 et suiv.). Mais le titre nominatif est un moyen de crédit parfois plus difficile à utiliser que le titre au porteur : il y a des établissements de crédit qui font des avances sur les titres au porteur et non sur les titres nominatifs.

Au point de vue des impôts qui diminuent le revenu des actions ou des obligations, l'acquéreur a intérêt à se faire délivrer des titres de l'une ou de l'autre espèce selon le but qu'il se propose. S'il veut faire un placement sérieux et conserver ses titres pendant longtemps, il doit préférer la forme nominative. Il n'a rien à payer pour la conversion en titres nominatifs des titres qu'il a achetés sous la forme au porteur et qu'il lui a plu de faire convertir en titres nominatifs (art. 47, D. 9 octobre 1890 et L. 26 décembre 1908, art. 5). Il n'aura à acquitter le droit de 75 centimes pour 100 francs que si, plus tard, vendant ses titres, il doit les faire convertir en titres au porteur (L. 23 juin 1857, art. 8, et L. 26 décembre 1908, art. 5). Il a le grand avantage, tant qu'il conserve les titres, de toucher un revenu net supérieur à celui qu'il toucherait avec un titre au porteur. En effet, sur les titres nominatifs, les actionnaires et obligataires ne subissent la retenue que de l'impôt de 4 0/0 sur le revenu, tandis que, sur les titres au porteur, ils sont soumis à cette retenue et, de plus, à celle de la taxe annuelle (1). Au contraire, celui qui veut spéculer a intérêt à avoir des titres au porteur. Il les garde peu de temps ; parfois, il n'en touche pas les revenus, parce qu'il ne les conserve pas jusqu'à une échéance et, par suite, il ne souffre pas de ce que les revenus des titres au porteur sont moindres que ceux des titres nominatifs et il n'a pas, en cas de vente, à payer l'impôt de 75 centimes pour 100 francs pour la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

(1) Comme la taxe annuelle est établie sur le cours moyen de l'année précédente et que ce cours varie selon les années, les revenus nets des titres au porteur peuvent varier, alors même qu'il s'agit de titres à revenus fixes, comme les obligations.

HISTORIQUE DE LA LÉGISLATION RELATIVE AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

228. Sans remonter même au delà du Code de commerce de 1807, on peut constater que la législation relative aux sociétés par actions a subi, à plusieurs époques, de notables modifications en France, comme, du reste, dans les Etats étrangers. Ces changements sont dus aux efforts, jusqu'ici infructueux, qu'a faits le législateur pour prévenir ou pour réprimer les fraudes auxquelles les sociétés par actions donnent trop souvent lieu, sans cependant entraver la constitution et le développement des sociétés indispensables pour les grandes entreprises industrielles et commerciales (1).

Le Code de commerce avait adopté deux régimes tout différents pour les deux sortes de sociétés par actions.

Les sociétés *anonymes* ne pouvaient être créées sans l'autorisation préalable du gouvernement. L'autorisation était précédée d'un examen des statuts par le Conseil d'État ; le gouvernement pouvait y exiger des modifications. L'autorisation et l'approbation des statuts étaient données par un décret rendu sur l'avis du Conseil d'État (C. com., ancien art. 37) ; la même approbation était nécessaire pour les modifications apportées aux statuts. En outre, le gouvernement avait sur les sociétés anonymes un droit de surveillance qui lui permettait même de révoquer l'autorisation. Le législateur avait cru devoir établir l'autorisation préalable et la surveillance, afin de protéger les intérêts des créanciers qui ne peuvent se faire payer que sur les biens sociaux et d'empêcher les fraudes commises au préjudice des actionnaires, qui, pour la plupart, ne participent point à la rédaction des statuts, arrêtés seulement par les fondateurs (n° 177).

Les sociétés *en commandite par actions* étaient traitées tout autrement ; elles pouvaient être créées sans autorisation préalable, et le Code laissait pleine liberté aux fondateurs pour régler, comme ils le voulaient, la constitution et le fonctionnement de ces sociétés. Une seule règle restrictive existait, c'est celle qui défend de confier la gestion à un simple commanditaire (art. 27 et 28, V. n° 168). Cette règle est, du reste, commune aux commandites simples et aux commandites par actions et, en fait, dès qu'il y a des titres au porteur, elle ne peut guère s'appliquer à ces sociétés, par cela même que les commanditaires ne sont pas connus.

(1) Aussi est-il sans cesse question de réformer à nouveau la législation relative aux sociétés par actions. V. la note 1 de la page 173.

Le système consistant à soumettre à deux régimes aussi différents les deux sortes de sociétés par actions, était vicieux. Il n'y avait pas de bonne raison pour accorder aux unes une liberté dont ne jouissaient pas les autres. Sans doute, on avait bien allégué que, dans les commandites, les intéressés ont une garantie résultant de ce que les commandités sont tenus des dettes sociales solidairement et sur tous leurs biens ; mais cette obligation illimitée n'a aucune importance quand il s'agit de sociétés faisant des opérations considérables, dont les dettes peuvent atteindre ou dépasser les fortunes des particuliers les plus riches. Dans une bonne législation, le régime général des deux sortes de sociétés par actions doit être le même.

Les vices du système dualiste du Code de commerce se manifestèrent d'une façon éclatante. On recourait à la forme de la commandite par actions, non à raison des avantages qu'elle présente par rapport à la société anonyme, mais à cause de la gêne qu'imposait la nécessité de recourir à l'autorisation du gouvernement ; cette forme de société était surtout adoptée par ceux qui voulaient entreprendre des affaires véreuses et pratiquer des fraudes au préjudice des actionnaires ou des tiers.

Après la révolution de 1830, les abus auxquels donnaient naissance les commandites par actions se développèrent tellement qu'en 1838, il fut question de supprimer la faculté de diviser en actions le capital des commandites. Des abus semblables se produisirent au début du second Empire. Aussi une loi du 17 juillet 1856 réglementa-t-elle les commandites par actions, en soumettant à un grand nombre de règles restrictives leur constitution et leur fonctionnement. La loi du 17 juillet 1856 a été elle-même remplacée par les dispositions du titre I de la loi du 24 juillet 1867 (art. 1 à 20), de telle sorte que, depuis 1856, les commandites par actions, sans être soumises à l'autorisation préalable, ne jouissent pas de la liberté que leur avait accordée le Code de commerce.

Du reste, le régime des sociétés anonymes a été lui-même profondément modifié : l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement ont été supprimées. Cette suppression n'a pas, toutefois, été faite d'un seul coup. Une première loi du 23 mai 1863 a supprimé l'autorisation préalable seulement pour les sociétés anonymes dont le capital n'excédait pas 20 millions. Du reste, pour ces sociétés, l'autorisation et la surveillance du gouvernement étaient remplacées par une réglementation légale relative à leur constitution et à leur fonctionnement : cette réglementation était analogue à celle qu'avait établie la loi du 17 juillet 1856 pour les commandites par actions. Ces sociétés anonymes, dispensées de l'autorisation préalable, avaient reçu de la loi même le nom

de *sociétés à responsabilité limitée*, afin que le public ne les confondît pas avec les sociétés anonymes autorisées. La loi du 24 juillet 1867 (art. 21) a complété la réforme, en supprimant l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes en général, quelle que soit l'importance de leur capital. Mais les sociétés anonymes ne sont pas, pour cela, absolument libres : la loi du 24 juillet 1867 (titre II), comme l'avait fait la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, les a soumises, au point de vue de leur constitution et de leur fonctionnement, à un grand nombre de règles restrictives. Il était question, depuis plusieurs années, de refondre la loi de 1867, soit pour supprimer certaines gênes, soit pour empêcher certains abus. On s'est borné, dans la loi du 1er août 1893, à réaliser quelques réformes partielles considérées comme particulièrement urgentes, mais il a été entendu qu'on ne devait voir dans la loi nouvelle qu'une *préface de la réforme générale des sociétés* (rapport au Sénat) (1). En 1902, l'utilité d'une réforme de la loi sur les sociétés a de nouveau attiré l'attention publique. Une commission extraparlementaire, constituée en juin 1902, a rédigé un projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867 (2).

(1) Un projet de loi destiné à remplacer la loi de 1867 avait été adopté par le Sénat le 29 novembre 1884 et soumis à la Chambre des députés en 1885 et en janvier 1890 ; ce projet n'y a même pas été l'objet d'un rapport. Divers événements ayant appelé l'attention sur plusieurs défectuosités de notre législation sur les sociétés, spécialement en ce qui concerne les sociétés civiles par actions, quelques propositions de lois eurent pour but d'y remédier. La commission de la Chambre des députés, chargée de l'examen de ces propositions en même temps que du projet de loi voté par le Sénat, pensa qu'une refonte intégrale de la loi de 1867 exigerait beaucoup de temps et qu'il était indispensable d'opérer sans retard certaines réformes partielles. Elle détacha donc un certain nombre de dispositions répondant aux principales préoccupations de l'opinion publique et les soumit à la Chambre, qui les vota sans discussion le 26 mars 1893. Le projet fut soumis au Sénat, qui en adopta l'esprit et introduisit quelques modifications de détail après une assez courte discussion. Le projet ainsi modifié retourna devant la Chambre, qui l'accepta, et il devint la loi du 1er août 1893, *portant modification de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions*. D'une part, certains articles de la loi de 1867 ont été modifiés (art. 1, § 1 et 2, art. 3, 8, 27, 42, 50) ; d'autre part, trois dispositions toutes nouvelles qui forment les articles 68, 69, 70, ont été ajoutées à la loi de 1867 restant ainsi la base de la législation. Quelques-unes des réformes opérées par la loi du 1er août 1893 sont très importantes et méritent d'être approuvées, ainsi qu'on le verra par l'explication des dispositions auxquelles elles se rapportent. Il est seulement à regretter qu'un travail législatif touchant à des questions graves et délicates ait été accompli avec une précipitation par suite de laquelle il subsiste une grande obscurité sur divers points.

(2) Le projet a été déposé à la Chambre des députés, une première fois le 3 avril 1903 et une seconde fois le 18 juin 1906.

La loi de 1867 n'avait pas supprimé l'autorisation préalable pour toutes les sociétés, quel que fût leur objet. Aux termes de l'article 66 de cette loi, les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, étaient restées soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. Mais la surveillance de ces sociétés n'était pas sérieusement organisée et la disposition légale qui la consacrait pouvait donner aux intéressés une fausse confiance. La loi du 17 mars 1905 a organisé la surveillance et le contrôle de l'Etat sur les sociétés et les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine (1). Cette loi soumet ces sociétés et entreprises à un système spécial ; elles ne peuvent fonctionner qu'autant qu'elles ont été enregistrées au Ministère du travail et de la prévoyance sociale. L'enregistrement doit avoir lieu dès l'instant où les conditions requises par la loi sont réunies. Un recours devant le Conseil d'Etat est ouvert en cas de refus d'enregistrement.

D'autres sociétés sont soumises à un régime spécial de surveillance et de contrôle de l'Etat, celles qui font des assurances contre les accidents du travail régis par les lois du 9 avril 1898, du 12 avril 1906 et du 18 juillet 1907.

Quant aux autres sociétés d'assurances (maritimes ou terrestres), elles se forment sans autorisation et ne sont pas soumises à la surveil-

La même Commission extraparlementaire de 1902 a arrêté deux autres projets de lois :

a) Sur les obligations émises par les sociétés par actions et sur les parts de fondateur ;

b) Sur les sociétés étrangères.

Ces deux projets ont été déposés à la Chambre des députés en même temps que le projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867.

Des rapports sur ces trois projets de lois dus à M. Chastenet ont été déposés à la Chambre des députés le 27 novembre 1906 (projets de lois sur les sociétés par actions ainsi que sur les obligations et les parts de fondateur) et le 6 décembre 1906 (projet de loi sur les sociétés étrangères par actions).

(1) Deux conséquences importantes résultent des termes mêmes de loi du 17 mars 1905 :

1° Le régime de surveillance et de contrôle qu'elle organise ne s'applique pas seulement aux sociétés anonymes et aux associations d'assurances mutuelles que régissait exclusivement l'article 66, 1er alinéa, de la loi du 24 juillet 1867, mais à toutes les sociétés ou entreprises ayant les objets que cette loi indique ;

2° Les sociétés et entreprises visées ne sont pas seulement celles qui ont pour objet des assurances sur la vie, mais toutes les autres opérations reposant sur des calculs relatifs à la durée de la vie humaine, ce qui comprend notamment les constitutions de rentes viagères.

A ces deux points de vue, la loi du 17 mars 1905 a une portée beaucoup plus large que celle de l'ancien article 66, 1er alinéa, de la loi du 24 juillet 1867.

lance et au contrôle de l'Etat ; mais un décret du 22 janvier 1868, rendu en vertu de l'article 66, 2e alin., de la loi du 24 juillet 1867, les soumet à quelques règles spéciales.

Le régime de l'enregistrement et du contrôle du gouvernement a été appliqué aussi aux sociétés de capitalisation par la loi du 19 décembre 1907 (1).

229. Quels motifs ont fait supprimer l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement ? Pourquoi a-t-on maintenu un régime de surveillance et de contrôle pour certaines sociétés ?

Le système de l'autorisation préalable avait de graves inconvénients. D'abord, la lenteur des formalités administratives à remplir mettait parfois obstacle à la constitution de sociétés anonymes au moment opportun. Avec ce système, le gouvernement était chargé de défendre des intérêts privés, ce qui n'est pas son rôle. Le nombre sans cesse croissant des sociétés pour lesquelles l'autorisation était demandée empêchait que l'administration supérieure pût exercer sérieusement et efficacement les pouvoirs que la loi lui conférait. Quand une société anonyme s'effondrait, les intéressés pouvaient s'en prendre au gouvernement et faire peser sur lui au moins une certaine responsabilité morale. Enfin, la faculté de former librement des commandites par actions n'était guère conciliable avec le régime de l'autorisation pour les sociétés anonymes (n° 228). Du reste, une réforme de la législation s'imposait par suite d'une cause nouvelle. Le célèbre traité de commerce de 1860 avait admis en partie, entre la France et la Grande-Bretagne, le principe du libre échange. De plus, une convention internationale du 30 avril 1862 conférait aux sociétés anglaises constituées conformément à leurs lois nationales le droit d'agir en France. Or, en Grande-Bretagne, depuis 1862, les sociétés qui correspondent à nos sociétés anonymes, peuvent se former librement (2). Le maintien de l'autorisation préalable aurait placé le commerce français dans une situation d'infériorité à l'égard du commerce anglais.

Quant aux sociétés d'assurances sur la vie, aux associations de la nature des tontines et aux sociétés faisant des opérations fondées sur des calculs relatifs à la durée de la vie humaine, leurs opérations sont de très longue durée et se rattachent à des calculs assez compliqués. Les intéressés, qui sont spécialement les assurés, ne comprennent pas le plus souvent ces opérations ; il est à craindre qu'ils ne se laissent

(1) Il faut remarquer, comme pour les sociétés d'assurances sur la vie, que presque toutes les sociétés de capitalisation sont des sociétés anonymes. Mais la loi du 19 décembre 1907 soumet au même régime légal toutes les entreprises de capitalisation, quelle que soit la forme que celles-ci revêtent.

(2) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 674 *ter*.

très facilement tromper. Afin de les protéger, on a cru devoir maintenir la surveillance et le contrôle du gouvernement pour les sociétés de cette sorte (n° 312).

Des raisons particulières expliquent aussi le régime spécial des sociétés d'assurances contre les accidents régis par la loi du 9 avril 1898. Il importe, dans l'intérêt des ouvriers auxquels ces assurances doivent profiter, que ces sociétés soient solvables ; leur solvabilité intéresse même l'Etat qui a la charge des pensions à payer sur le fonds de garantie lorsque le patron de la victime est assuré dans le cas où la société d'assurances ne remplit pas ses obligations (L. 9 avril 1898, art. 26).

Enfin, pour protéger l'épargne, il importe que les entreprises qui y font appel en vue de la capitalisation et contractent, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés, satisfassent à des conditions spéciales et fonctionnent sous le contrôle du gouvernement.

230. Par suite des modifications apportées au Code de commerce, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions sont aujourd'hui soumises à un régime légal analogue. Les unes et les autres peuvent, comme les sociétés par intérêts, se former sans autorisation préalable et ne sont pas, sauf quelques exceptions touchant à l'objet de certaines sociétés, soumises à la surveillance administrative : mais, pour prévenir les fraudes auxquelles elles ont trop souvent donné lieu au préjudice des actionnaires et des tiers, la loi les soumet à un grand nombre de règles restrictives, sans qu'aucune autorité ait à intervenir à l'occasion de la création d'une société déterminée. Cependant, il y a dans les règles applicables aux deux sortes de sociétés par actions des différences assez nombreuses : les unes proviennent de ce fait que les deux sortes de sociétés n'ont pas la même nature, les autres sont arbitraires. Aussi devra-t-il être traité séparément des sociétés en commandites par actions et des sociétés anonymes ; à propos de chacune de ces deux sortes de sociétés, il faudra examiner : 1° les règles relatives à sa constitution ; 2° les règles concernant son fonctionnement (1).

(1) Nous suivons l'ordre même de la loi du 24 juillet 1867, en traitant des commandites par actions avant de parler des sociétés anonymes. La beaucoup plus grande importance des sociétés anonymes déterminerait sans aucun doute à renverser cet ordre si l'on faisait une loi nouvelle sur les sociétés par actions. Ce changement avait été fait dans le projet de loi adopté par le Sénat, le 29 novembre 1884. Dans le tome II de notre *Traité de Droit commercial*, nous avons aussi placé d'abord les sociétés anonymes.

Il sera constaté que les règles qui régissent les deux grandes sortes de sociétés par actions sont, en général, identiques. Cette identité permet de citer, à propos des commandites par actions, des décisions judiciaires rendues à propos des sociétés anonymes ou à l'inverse.

A. — Des sociétés en commandite par actions.

1° *Constitution des commandites par actions.*

231. La constitution des commandites par actions est soumise à des conditions légales multiples. La loi ne laisse pas, comme pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple (1), la faculté aux intéressés de fixer à leur gré l'époque de la constitution et les conditions du fonctionnement de la société.

Pour qu'une commandite par actions soit valablement constituée et puisse commencer, en conséquence, ses opérations, il faut :

1° Que la valeur (ou taux) des actions ne soit pas inférieure au montant minimum fixé par la loi de 1867 modifiée par la loi du 1er août 1893 ;

2° Que le capital social soit intégralement souscrit ;

3° Que chaque actionnaire ait versé le quart au moins du montant de chacune des actions souscrites par lui ou même les ait libérées intégralement suivant le taux de ces actions ;

4° Que le gérant déclare par-devant notaire que le capital a été entièrement souscrit et que les actions sont libérées de la totalité ou du quart ;

5° Que l'évaluation des apports en nature et la cause des avantages particuliers, stipulés au profit des fondateurs, soient approuvées dans les formes déterminées par la loi ;

6° Qu'un conseil de surveillance soit nommé.

Il va de soi que l'acte de société doit être rédigé par écrit, conformément aux dispositions du Code de commerce (art. 39). V. n° 246.

Chacune des conditions auxquelles est subordonnée la constitution de la société, est destinée à éviter des abus qui s'étaient produits, soit avant la loi du 17 juillet 1856, soit depuis. Elles reçoivent de sévères sanctions civiles ou même pénales.

Il y a lieu de reprendre à part chaque condition, de déterminer l'abus qu'elle a pour but de prévenir et d'indiquer ensuite les sanctions de ces conditions.

232. 1° *Taux minimum des actions.* — La législation a beaucoup varié à ce sujet. Avant 1856, on avait profité de la liberté qu'elle laissait pour fractionner parfois le capital en actions ou en coupures

(1) Il n'y a d'exception à cette liberté que dans les articles 27 et 28, C. com. V. nos 168 et suiv.

d'actions d'une valeur tellement minime qu'on les avait comparées à des billets de loterie.

Les lois de 1856 et de 1867 fixèrent le minimum du montant des actions, avec la préoccupation de mettre l'épargne modeste à l'abri des tentatives de la spéculation. D'après l'ancien article 1 de la loi de 1867, les sociétés en commandite ne pouvaient diviser leur capital en actions ou en coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque le capital n'excédait pas 200.000 francs, et moins de 500 francs lorsqu'il était supérieur. On se plaignait de ce que la trop grande élévation du taux des actions empêchait des combinaisons utiles, et l'on demandait qu'on mît les actions à la portée des ouvriers et qu'on facilitât ainsi la participation des travailleurs aux bénéfices souvent très importants que réalisent les sociétés. On faisait surtout remarquer qu'il y avait sur le marché français un grand nombre de titres étrangers de 250, de 100 et même de 25 francs sollicitant les capitaux français, qu'il n'y avait pas de raison pour refuser cette latitude aux capitaux qui voulaient s'associer sous l'empire de la loi française. En conséquence, la Chambre des députés, saisie de la proposition de loi devenue la loi du 1er août 1893, vota que les sociétés en commandite, quel que fût leur capital, pourraient le diviser en actions de 25 francs au moins. La commission sénatoriale trouva cet abaissement excessif et proposa le taux de 100 francs comme taux minimum, sans distinguer suivant le capital de la société. Mais, après discussion, le Sénat adopta un amendement qui fut aussi accepté par la Chambre des députés. Le paragraphe 1er de l'article 1 de la loi de 1867 est, en vertu de la loi du 1er août 1893, ainsi formulé : *Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupures d'actions de moins de 25 francs, lorsque le capital n'excède pas 200.000 francs; de moins de 100 francs, lorsque le capital est supérieur à 200.000 francs*. Ainsi, l'on a maintenu la distinction tirée de l'importance du capital telle qu'elle se trouvait dans la loi de 1867, mais les taux de 25 francs et de 100 francs sont substitués aux taux de 100 francs et de 500 francs (1). La distinction tirée de l'importance du capital s'explique par le désir d'empêcher que les actions de moins de 100 francs soient très nombreuses ; les sociétés en commandite par actions dont le capital n'excède pas 200.000 francs sont en petit nombre. Il convient de faire remarquer que les actions de 25 francs sont soumises à une règle particulière quant à l'obligation

(1) Il a été question à plusieurs reprises, depuis 1893, d'abaisser, pour toutes les sociétés, quel que soit leur capital, le minimum du taux des actions à 25 francs. Cette innovation n'est pas admise par le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 13 juin 1906.

d'en verser le montant intégral (n° 234). L'abaissement du taux des actions à 25 francs avait été surtout critiqué en le rapprochant de la faculté de verser seulement le quart lors de la souscription, ce qui serait un versement dérisoire.

233. 2° *Souscription intégrale du capital social.* — La souscription est l'acte par lequel une personne s'oblige à verser le montant d'une ou de plusieurs actions pour devenir actionnaire (n° 177). Il arrivait, avant la loi du 17 juillet 1856 qui prescrivait déjà cette condition, qu'une société commençait ses opérations, alors qu'une faible partie du capital était souscrite. Les tiers qui contractaient avec une telle société, pouvaient être trompés, et, de plus, les actionnaires qui, en souscrivant, avaient compté que le capital entier serait souscrit, ou qu'autrement, leurs versements leur seraient rendus, risquaient de ne pas être remboursés par suite de pertes éprouvées.

Il est certain, bien que la loi de 1867 ne consacre pas expressément cette règle, que toute souscription doit être *ferme*, c'est-à-dire qu'un souscripteur d'actions ne peut pas se réserver la faculté de se décharger de son engagement dans un cas prévu, et *pure et simple*, c'est-à-dire non soumise à une condition. Un souscripteur ne peut être libéré que par un versement effectif qui en constitue l'exécution ; autrement, les tiers, qui ont cru pouvoir compter sur le capital social en présence des souscriptions le couvrant entièrement, seraient trompés dans leur attente légitime. Du reste, comme cela a été dit précédemment (n° 166), les souscripteurs d'actions doivent être considérés comme étant obligés directement envers les créanciers de la société.

Si les représentants de la société ne peuvent pas libérer les souscripteurs avant qu'ils aient exécuté leurs engagements en versant le montant des actions, ils ne peuvent pas non plus restituer aux actionnaires libérés les versements que ceux-ci ont faits (n° 167).

233 *bis*. Les souscripteurs adhèrent aux statuts par le fait même de leurs souscriptions et sont, par suite, liés par eux. Pourtant, jusqu'en 1907, la loi n'exigeait aucune formalité de publicité antérieure à l'ouverture des souscriptions pour porter les statuts à la connaissance des souscripteurs. Les fondateurs pouvaient organiser en fait la publicité comme bon leur semblait. Cette lacune a été comblée par la loi du budget du 30 janvier 1907 (art. 3). D'après cette loi, préalablement à toute mesure de publicité, il y a lieu de faire insérer dans un bulletin annexe du *Journal officiel* une notice contenant les énonciations suivantes : 1° la dénomination de la société ou la raison sociale (1) ;

(1) La loi parle de la dénomination de la société ou de la raison sociale, parce qu'elle s'applique aux sociétés anonymes qui n'ont pas de raison sociale (art. 29 et 30, C. com.).

2° l'indication de la législation (française ou étrangère) sous le régime de laquelle fonctionne la société (1) ; 3° le siège social ; 4° l'objet de l'entreprise ; 5° la durée de la société ; 6° le montant du capital social, le taux de chaque catégorie d'actions et le capital non libéré (2). Il doit être fait, en outre, mention des avantages stipulés au profit des fondateurs et des administrateurs ou de toute autre personne, des apports en nature et de leur mode de rémunération, des modalités de la convocation des assemblées générales et de leur lieu de réunion. Ce n'est pas tout : les affiches, prospectus et circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice et contenir mention de l'insertion de celle-ci au bulletin annexe du *Journal officiel*, avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée. Les annonces dans les journaux doivent reproduire les mêmes énonciations ou, tout au moins, un extrait de ces énonciations avec référence à la dite notice et indication du numéro du *Journal officiel* où elle a été publiée.

Ces dispositions ne sont pas sanctionnées par la nullité des souscriptions faites sans que les formalités prescrites aient été observées et, par suite, par la nullité de la société, comme le sont les formalités de publicité à remplir après la constitution de la société en vertu des articles 55 et suiv. de la loi du 24 juillet 1867 (n°. 247). La sanction ne consiste que dans une amende de 10.000 à 20.000 fr., avec application possible de l'article 463 du Code pénal. Les infractions sont constatées par des agents de l'enregistrement.

234. 3° *Libération intégrale ou versement du quart.* — La loi de 1867 exigeait le versement par chaque actionnaire du quart du montant de ses actions. Le but était d'assurer à la société des fonds pour commencer ses opérations et surtout d'écarter les *coureurs de primes*. On appelle ainsi des personnes qui, à l'origine des sociétés, souscrivent des actions dans le seul but de les revendre le plus tôt possible, en réalisant un bénéfice (une *prime*) au moyen d'une vente faite pour un prix supérieur au montant nominal des actions. Ces *coureurs de primes* sont à redouter, parce qu'ils usent trop souvent de manœuvres frauduleuses pour faire hausser les cours des actions, et on les écarte quelque peu en obligeant le souscripteur à verser, et, par suite, à exposer au moins le quart du montant des actions souscrites par lui, c'est-à-dire, suivant les cas, 25 francs ou 125 francs par

(1) La loi du 30 janvier 1907 s'applique avec quelques différences aux sociétés par actions étrangères dont les actions sont émises en France comme aux sociétés par actions françaises.

(2) D'après la loi, la notice doit indiquer aussi le dernier bilan certifié et la mention qu'il n'a pas été dressé de bilan. Cela n'a d'application qu'au cas où il s'agit de l'augmentation du capital social.

action. Il semble que le législateur aurait mieux atteint son but en exigeant la libération *intégrale* des actions avant la constitution de la société, mais cette exigence aurait eu de graves inconvénients. D'abord, on aurait trouvé plus difficilement des souscripteurs, puisqu'il aurait fallu, dès le début, débourser, d'après le taux minimum des actions admis originairement par la loi du 24 juillet 1867, 100 francs ou 500 francs par action. De plus, une société n'a pas, en général, besoin immédiatement de tout son capital, et les fonds versés resteraient improductifs dans la caisse sociale. Il y a même des sociétés, spécialement les sociétés d'assurances ou de banque, dans lesquelles, si l'entreprise réussit, jamais le capital entier n'est nécessaire, parce qu'il est destiné, non à être employé aux opérations de la société, mais à servir de garantie aux assurés ou créanciers en cas de pertes éprouvées.

Mais, pour les actions de 25 francs admises par la loi du 1er août 1893, la libération intégrale avant la constitution de la société est exigée. D'après le paragraphe 2 de l'article 1er de la loi du 24 juillet 1867 (modifié par la loi du 1er août 1893),

Elles (les sociétés en commandite) *ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui, lorsqu'elles n'excèdent pas 25 francs, et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 francs et au-dessus.*

Il résulte de là que la constitution de la société doit être précédée, tantôt de la libération intégrale des actions, tantôt du versement du quart, tandis que, d'après la loi de 1867, le versement du quart suffisait toujours. La nouvelle condition a été justifiée par plusieurs considérations. Si, sur une action de 25 francs, on exigeait seulement le versement d'un quart, on arriverait à un chiffre trop minime pour garantir que la souscription est sérieuse. Les petits souscripteurs doivent être entièrement libérés, parce qu'autrement, il pourrait leur être difficile de répondre aux appels de fonds ultérieurs et que les frais nécessités par le non-paiement ne seraient pas en rapport avec les sommes à recouvrer. De plus, on a fait remarquer que la raison donnée pour ne pas soumettre la société à un versement intégral ne s'applique guère qu'aux sociétés de quelque importance, que les petites sociétés ont tout de suite l'emploi du capital social.

Le principe de la distinction faite par la loi nouvelle se comprend donc. Mais la disposition de l'article 1 de la loi du 24 juillet 1867 rapportée plus haut n'indique pas d'une manière assez complète les cas dans lesquels la libération intégrale est nécessaire et ceux dans lesquels

le versement du quart suffit. Il résulte, en effet, de cette disposition : 1° que les actions *n'excédant pas 25 francs* doivent être intégralement libérées ; 2° que le versement du quart suffit pour les actions *de 100 francs et au-dessus*. La loi ne s'explique pas sur les actions *de plus de 25 francs et de moins de 100 francs*. Doivent-elles être intégralement libérées ou suffit-il de verser le quart ? On a soutenu que le versement du quart suffit. On a fait valoir en ce sens que, d'après l'historique de la législation comme d'après les discussions qui ont précédé au Sénat l'adoption de la disposition nouvelle, on a considéré le versement du quart comme la règle et la libération intégrale comme l'exception ; dans le silence de la loi, il faut en revenir à la règle. Avec ce système, on arrive à des résultats très choquants : une action de 25 francs doit être intégralement libérée, tandis que, pour une action de 26 francs, il suffira de verser 6 fr. 50 ! Il est préférable de maintenir, pour les actions de 25 francs et de moins de 100 francs, la règle du versement du quart, mais en y ajoutant ce correctif que le versement initial ne pourra jamais être inférieur à 25 francs par action (1).

Le versement de la totalité ou du quart peut, selon les conventions, avoir lieu, soit au moment même de la souscription, soit postérieurement, pourvu que ce soit avant la constitution de la société. Quand le versement est immédiat, les souscripteurs doivent être remboursés dans le cas où la souscription ne couvrirait pas le capital entier. Seulement, il est ordinairement stipulé que le remboursement ne se fera que sous la déduction des frais, auxquels l'ouverture de la souscription restée sans succès aura donné lieu.

235. Pour la libération intégrale ou la libération du quart, suivant les cas, il faut un *versement en espèces* d'après la disposition de la loi du 1er août 1893, insérée dans la loi du 24 juillet 1867 (art. 1), qui est plus sévère que l'ancienne disposition. Celle-ci parlait d'un *versement*, sans préciser, ce qui avait permis à la jurisprudence d'admettre certains équivalents au paiement en espèces, comme la remise de chèques, de coupons et même la libération par compensation pour les souscripteurs qui étaient créanciers de la société. Ces équivalents sont exclus aujourd'hui, et la libération ne peut se faire qu'en numéraire ou en billets de la Banque de France.

236. Dans les cas où le versement du quart est seulement exigé, les statuts indiquent librement les époques des versements ultérieurs. Souvent même, aucune époque précise n'est fixée à cet égard ; la société

(1) C'est ce système qu'a adopté un décret du 1er décembre 1893, relatif à l'admission à la cote officielle des actions des sociétés étrangères. V. n° 314. V. aussi, sur la question, notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 695.

peut, au fur et à mesure de ses besoins, faire des appels de fonds sur les actions non libérées. Il arrive assez souvent que la libération des actions n'est réclamée qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société par le syndic ou par le liquidateur judiciaire.

237. Ce n'est pas seulement dans le cas où les actions sont de 25 fr. que la loi de 1867, modifiée en 1893, exige la libération intégrale, comme condition de la constitution de la société. D'après la disposition de la loi du 1er août 1893 formant l'article 3, § 1, *les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société*. Cette disposition se réfère aux actions qu'on a quelquefois qualifiées d'actions *mixtes*, parce qu'elles correspondent, chacune, pour partie à des apports en espèces, pour partie à des apports en nature. Par exemple, pour un immeuble apporté à la société et évalué 100.000 fr., un actionnaire reçoit non pas 200 actions de 500 fr., mais 800 actions de 500 fr., soit 400.000 fr. d'actions, pour un apport en nature de 100.000 fr. Chaque action correspond à l'apport en nature pour 125 fr. et à une mise à faire en numéraire pour 375 fr. La légalité de ces actions a toujours été admise ; on s'était seulement demandé si, sur ces actions, il fallait opérer le versement du quart en espèces ou s'il ne suffisait pas que la valeur de l'apport en nature correspondît au moins au quart du montant des actions (1). La loi nouvelle n'interdit pas les actions mixtes ; mais elle exige qu'elles soient entièrement libérées avant la constitution de la société ; il faudra donc verser entièrement en espèces la différence entre le montant des actions et la valeur assignée à l'apport en nature (2). Vraisemblablement, cette exigence rendra les actions mixtes plus rares. C'est précisément le résultat qu'a visé le législateur. Il a pensé que l'émission d'actions mixtes, en permettant d'attribuer un plus grand nombre d'actions à ceux qui font des apports en nature, multiplie et facilite les spéculations auxquelles se livrent trop souvent les apporteurs. L'appel fait au public par voie de souscription est ainsi restreint, et les évaluations exagérées (ou *majorations*) des apports en nature en deviennent plus faciles. La défiance qu'inspirent les apports en nature a, du reste, fait admettre au législateur de 1893 une autre disposition restrictive concernant le moment à partir duquel les actions correspondant à ces apports (actions souvent appelées dans l'usage *actions d'apport*) peuvent être négociées. V. nos 251-252.

238. 4° *Déclaration du gérant.* — Afin de mieux assurer l'observa-

(1) Dans le sens de cette dernière solution. V. Cass. crim., 15 février 1884, *J. Pal.*, 1884. 471 ; S. 1884. 1. 199 ; *Pand. fr. chr.*

(2) Cass. ch. crim., 26 octobre 1905, *Pand. fr.*, 1906. 1. 19.

tion des deux conditions indiquées précédemment, la loi exige que le gérant déclare *par-devant notaire* que le capital a été entièrement souscrit et que le quart a été versé sur chaque action (art. 1, dern. al.). La loi du 1er août 1893 n'a pas modifié cet alinéa; il faut évidemment le compléter conformément aux nouvelles dispositions, qui exigent dans certains cas la libération intégrale des actions (nos 234 et 237). On veut par là contraindre celui qui viole la loi à faire un mensonge solennel, et l'on espère qu'il hésitera ; l'expérience paraît avoir prouvé que ce but est loin d'être toujours atteint.

A l'appui de la déclaration, le gérant doit joindre : 1° la liste des souscripteurs et l'état des versements; 2° un exemplaire de l'acte de société, s'il est sous seings privés, ou une expédition de cet acte, s'il est authentique et s'il a été reçu par un notaire autre que celui qui constate la déclaration (1). Le notaire reçoit la déclaration avec ces pièces, qu'il y annexe, sans avoir à examiner si elle paraît conforme à la vérité ; ce soin est réservé au premier conseil de surveillance (L. 24 juillet 1867, art. 6). V. n° 245.

239. 5° *Evaluation des apports en nature. Appréciation des avantages particuliers.* — Il est rare qu'une société par actions soit créée sans qu'il y ait des apports en nature et des avantages particuliers. Ils ont donné lieu à des fraudes que la loi de 1867 a cherché à prévenir, mais, on doit l'avouer, sans y réussir. La loi de 1893 n'a pas tenté d'obtenir directement une plus grande sincérité dans l'évaluation des apports en nature : elle a donc laissé subsister les dispositions de la loi de 1867, mais elle a édicté des précautions particulières en ce qui concerne les actions représentant des apports en nature. V. n° 251.

Les *apports en nature sont*, selon l'expression de la loi de 1867 (art. 4), *tous ceux qui ne consistent pas en numéraire*, tels que ceux qui ont pour objet un immeuble, une mine, une usine, un brevet d'invention, un fonds de commerce, etc. Souvent, les fondateurs (qui sont ordinairement des commandités) attribuent, dans les statuts qu'ils rédigent, une valeur excessive à leurs apports en nature et s'allouent, par suite, en retour, un nombre d'actions en disproportion avec la valeur

(1) La déclaration notariée n'implique nullement que le notaire auquel elle est faite, vérifie si la souscription intégrale a eu lieu réellement et si les actions sont effectivement libérées dans la mesure déterminée par la loi. Cette vérification serait impossible pour le notaire. On peut conclure de là que la formalité de la déclaration notariée n'est pas vraiment utile au point de vue des intéressés ; elle les induit même parfois en erreur, en leur laissant croire à l'existence d'une garantie efficace. Aussi, dans le projet de loi modifiant la loi de 1867, déposé à la Chambre le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906, cette formalité est supprimée.

réelle de ces apports. Ces exagérations avaient donné lieu à de vives plaintes avant la loi du 17 juillet 1856. Les souscripteurs étaient considérés comme adhérant, par le fait même de leurs souscriptions, à l'évaluation donnée par les statuts aux apports en nature, bien qu'ils ne pussent pas la discuter, par cela même qu'ils ne participent pas à la rédaction des statuts. Ces évaluations exagérées nuisent aux actionnaires et aux créanciers, qu'elles induisent en erreur sur l'importance du capital social.

Les *avantages particuliers* sont des bénéfices accordés à des actionnaires pour les rémunérer à raison des services qu'ils ont rendus à la société ou qu'ils prétendent lui avoir rendus, en contribuant à sa création, ou qu'ils sont réputés devoir lui rendre dans l'avenir. Tout ce qui rompt l'égalité entre les actionnaires constitue un avantage particulier; ainsi, une somme fixe attribuée à un actionnaire, un prélèvement de tant pour cent sur les bénéfices, des jetons de présence, etc., sont des avantages particuliers. Les fondateurs sont trop souvent disposés à s'attribuer dans les statuts des avantages particuliers excessifs, qui nuisent aux autres actionnaires.

240. La loi de 1867 s'est approprié, avec des différences de détail, le système consacré par la loi du 17 juillet 1856 ; elle a cherché à éviter ces graves abus, en considérant l'évaluation des apports en nature et la fixation des avantages particuliers, telles qu'elles sont faites par les statuts, comme subordonnées au vote de l'assemblée générale des actionnaires. De cette façon, les actionnaires ont le moyen de faire entendre leurs critiques et d'entraver des abus trop criants. La loi a même, pour rendre aussi sérieuse que possible l'assemblée qui a cette mission, accumulé les précautions.

Une première assemblée générale des actionnaires doit se borner à prendre connaissance de l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers, à ordonner qu'une vérification sera faite et à déterminer comment elle aura lieu ; ordinairement, on nomme un ou plusieurs actionnaires chargés de faire un rapport. Afin d'éviter les délibérations précipitées, la loi n'admet pas que cette première assemblée donne immédiatement son approbation. Celle-ci ne peut être accordée que par une seconde assemblée, qui même ne peut statuer qu'autant qu'un rapport imprimé a été mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion (art. 4).

241. Tous les actionnaires ont le droit de participer à ces assemblées, et chacun d'eux a une voix, quel que soit le nombre de ses actions. Il n'y a même pas à tenir compte, pour ces assemblées, des clauses des statuts, qui proportionnent le nombre des voix de chacun au nombre de ses actions et qui excluent les actionnaires ne possédant

pas au moins un certain chiffre d'actions. Les statuts ne sont pas applicables, par cela même que la société n'existe point encore.

Les décisions de la seconde assemblée ont une grande importance ; aussi les conditions exigées pour qu'elles soient obligatoires sont-elles déterminées par la loi. Il faut : 1° que la délibération soit prise par la majorité, c'est-à-dire au moins par la moitié plus un des actionnaires présents ; 2° que cette majorité comprenne au moins le quart des souscripteurs ; 3° que les actions appartenant aux actionnaires formant la majorité representent au moins le quart du capital en numéraire (art. 4, L. 1867).

A raison de l'intérêt personnel qu'ils ont dans la question, ceux qui ont fait l'apport en nature ou stipulé des avantages particuliers, n'ont pas voix délibérative (art. 4, L. 1867).

242. Quels sont les pouvoirs de la seconde assemblée générale ainsi réunie ? Elle peut certainement, à la majorité fixée par la loi, prendre deux décisions absolues, c'est-à-dire soit approuver l'évaluation des apports en nature ou les avantages particuliers, soit repousser cette évaluation ou ces avantages. Ne peut-elle modifier cette évaluation ou diminuer ces avantages ? Les principes généraux du droit devraient conduire à admettre que les changements de ce genre ne peuvent être l'œuvre que de l'*unanimité* des actionnaires. Mais cette solution aurait de grands inconvénients ; avec elle, les actionnaires, pour ne pas entraver la constitution de la société, pourraient être trop facilement entraînés à donner leur approbation ; aussi paraît-on, dans la discussion de la loi, avoir admis que l'assemblée générale peut, à la majorité fixée par l'article 4, modifier l'évaluation des apports et réduire les avantages particuliers (1).

Lorsqu'il y a approbation, ou, selon ce qui vient d'être dit, quand la majorité requise par la loi se prononce pour des modifications, l'évaluation des apports en nature est définitive, les avantages particuliers sont irrévocablement arrêtés. Toutefois, la loi même (art. 4, alin. 7) réserve aux actionnaires trompés le droit d'agir à raison du dol dont ils ont été victimes. Ils peuvent ou réclamer des dommages-intérêts ou, conformément à l'article 1116, C. civ., faire prononcer la nullité de l'approbation donnée à l'évaluation des apports en nature et, par suite, celle de la société. Mais les actionnaires, étant obligés directement envers les créanciers sociaux (n° 166), ne peuvent invoquer cette nullité contre ceux-ci, pour se décharger envers eux de l'obligation de libérer leurs actions. Le dol n'est une cause de nullité qu'à l'égard du contractant qui l'a pratiqué (art. 1116, C. civ.).

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, 2e partie, n° 717.

243. La nécessité de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers souffre une exception : elle n'existe pas quand *la société, à laquelle est fait l'apport, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis.* Cette exception, consacrée par l'article 4, al. dern., s'imposait : dans ce cas, il n'y a pas d'assemblée générale possible, par cela même que tous les actionnaires sont privés du droit de délibérer (n° 241). Il n'en est pas moins vrai que cela donne lieu à des fraudes fréquentes. Les actionnaires qui, copropriétaires par indivis d'un apport, forment la société entre eux, donnent à cet apport une valeur excessive; puis, ils cèdent leurs actions à des personnes qui se trouvent en présence d'un fonds social sans importance ; ou bien ils émettent des obligations, de telle façon que le gage des obligataires qui, d'après le chiffre du capital social, ont cru à la grande valeur de l'apport, est presque nul ou très réduit.

Parfois, une société en nom collectif ou en commandite par intérêts se transforme en commandite par actions ; les biens de la société primitive sont apportés à la nouvelle société. On n'est pas alors littéralement dans le cas prévu par l'article 4, al. dern., de la loi de 1867 ; les biens de la première société n'étaient pas indivis entre les associés, par cela même qu'elle constituait une personne morale (n° 125). Cependant, il n'est pas douteux que la dispense d'approbation par l'assemblée générale s'applique à ce cas, qui a été le seul prévu dans la discussion de la loi de 1867 (1).

244. 6° *Nomination d'un conseil de surveillance.* — Les commanditaires ont assurément le droit de surveiller la gestion (n° 169) ; mais ils sont souvent très nombreux et ils ne se réunissent en assemblées générales qu'à des époques éloignées. Aussi la surveillance exercée par eux tous ne peut-elle être sérieuse. Même avant la loi du 17 juillet 1856, il y avait souvent dans les commandites par actions des personnes chargées spécialement de contrôler la gestion et formant un conseil de surveillance. Mais la constitution de ce conseil n'était pas obligatoire, ses attributions n'étaient pas définies par la loi, et fréquemment c'était le gérant lui-même qui indiquait dans les statuts les personnes chargées de le surveiller, ce qui réduisait le contrôle à rien. La loi de 1856,

(1) Mais doit-on encore exclure la nécessité de l'approbation, quand la société est bien formée exclusivement entre personnes qui se font des apports en nature, mais que chacun fait un apport distinct ? la jurisprudence admet l'affirmative ; Cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876, S. 1877. 2. 1 ; *J. Pal.*, 1877. 79 ; Cass., 5 mai 1880, S. 1881. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1881. 5 ; Paris, 20 mars 1891, *Journal des sociétés*, 1891, p. 519. V. en sens contraire, sous les deux premiers arrêts, les notes de MM. Ch. Lyon-Caen et Labbé. V. aussi notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 718.

et, après elle, la loi de 1867, ont exigé la nomination d'un conseil de surveillance, déterminé son organisation et ses attributions (art. 5, L. de 1867).

Le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale des actionnaires. Il se compose de *trois* personnes au moins, choisies parmi les actionnaires. Les statuts fixent la durée de leurs fonctions ; la loi exige seulement que le premier conseil ne soit pas nommé pour plus d'un an : à l'époque à laquelle il est nommé, les actionnaires, souvent pleins d'illusions, sont trop disposés à ne choisir comme membres du conseil que des personnes agréables au gérant. L. 24 juillet 1867, art. 5.

245. *Rôle du premier conseil de surveillance.* — Le premier conseil de surveillance doit remplir une fonction spéciale qui se lie à la constitution même de la société : il doit, d'après l'article 6, examiner si toutes les conditions exigées pour la constitution de la société sont réunies. Quand il est constaté que certaines de ces conditions ont été omises ou méconnues, le premier conseil de surveillance doit, ou, s'il est possible, faire réparer l'omission avant qu'on ne commence les opérations sociales, par exemple, faire procéder à l'approbation des apports en nature lorsqu'elle a été omise, ou, si la condition méconnue ne peut être réparée, empêcher la société de commencer à fonctionner ; ce dernier cas se présenterait si le capital avait été fractionné en actions inférieures au minimum légal.

246. Preuve. — Les statuts de la commandite par actions, comme ceux de toutes les sociétés commerciales, à l'exception des sociétés en participation (n° 328), doivent être constatés par écrit. Seulement, comme cela a été dit plus haut (n° 160), la loi de 1867 (art. 1, al. 5), dans un but de simplification et d'économie, n'exige pas, si l'acte est sous seing privé, autant d'originaux qu'il y a d'associés : elle se contente de deux originaux, dont l'un reste déposé au siège social et l'autre est annexé à la déclaration notariée faite par le gérant, pour constater la souscription intégrale et le versement de la totalité ou du quart sur chaque action (n° 238 ; aj. n° 247).

247. Publicité. — La commandite par actions est soumise, lors de sa constitution, aux mêmes formalités de publicité que la commandite par intérêts : ces formalités doivent aussi être remplies dans le mois de la constitution de la société, à peine de nullité (nos 134, 136 et 160). Seulement, à l'acte de société déposé aux greffes doivent être annexées les pièces qui prouvent que les conditions légales exigées pour la constitution de la société ont été remplies. Ces pièces sont : 1° une expé-

dition de l'acte notarié constatant, d'après la déclaration du gérant, la souscription du capital social et le versement de la totalité ou du quart; 2° une copie des délibérations prises par l'assemblée générale des actionnaires relativement aux apports en nature et aux avantages particuliers, en vertu de l'article 4 de la loi (art. 55).

Ces formalités de publicité postérieures à la constitution de la société sont indépendantes de celles qui précèdent l'ouverture de la souscription aux actions. Celles-ci, à la différence des premières, ne sont pas sanctionnées par la nullité de la société (n° 233 *bis*).

Les sociétés par actions sont, plus encore que les autres, en rapport avec le public en raison de l'importance de leurs opérations et des cessions qui font passer les actions à chaque instant entre les mains de personnes nouvelles. Aussi la loi les soumet-elle, en outre, à des formalités de publicité permanentes pendant leur durée.

a) Toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou le notaire dépositaire (art. 63).

b) Toute personne peut aussi exiger qu'il lui soit délivré, au siège de la société, une copie certifiée des statuts, moyennant le paiement d'une somme qui ne peut excéder un franc (art. 63).

c) Les pièces déposées aux greffes doivent être affichées d'une façon apparente dans les bureaux de la société (art. 63).

d) Dans tous les actes, factures et autres documents, imprimés ou autographiés, émanés des sociétés en commandite par actions, la dénomination de la société doit être suivie des mots : *société en commandite par actions*, avec l'énonciation du montant du capital social. Il s'agit seulement du capital primitif de la société ; ce capital peut être diminué par des pertes éprouvées, aussi l'énonciation du capital est-elle parfois de nature à induire les tiers en erreur (art. 64) (1).

(1) L'organisation de la publicité laisse beaucoup à désirer. Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 y apporte des modifications importantes. Il supprime le dépôt au greffe de la justice de paix et exige, outre l'insertion d'un extrait dans les journaux, celle de l'acte de société entier dans un bulletin spécial formant une annexe du *Journal officiel*.

Ce n'est pas tout : la publicité, telle qu'elle est organisée par la loi de 1867, ne sert de rien aux souscripteurs, puisqu'elle suit la constitution de la société. Afin de renseigner les souscripteurs avant la souscription, le projet de loi établit des formalités de publicité pour le projet d'acte de société, avant l'ouverture de la souscription publique aux actions, et exige que les bulletins de souscription reproduisent, en extrait, les principales clauses des statuts, qui sont ainsi placées sous les yeux des souscripteurs. La loi du 30 janvier 1907 a corrigé quelque peu ce vice de la loi de 1867. V. n° 233 *bis*.

248. Augmentation du capital. — Le capital social originaire peut être augmenté par l'émission d'actions nouvelles (1). Faut-il appliquer alors, comme pour la constitution de la société, les articles 1 à 4 de la loi de 1867 et exiger, par suite, la souscription intégrale du nouveau capital, le versement de la totalité ou du quart sur chaque action, l'approbation, dans la forme de l'article 4, de la valeur attribuée aux apports en nature nouvellement faits? On a soutenu que ces règles ne sont pas applicables, parce que la loi les pose exclusivement pour la constitution de la société. La jurisprudence s'est avec raison fixée, au contraire, dans le sens de l'application à l'augmentation du capital des règles relatives à la constitution des sociétés (2). Les motifs donnés pour justifier les conditions auxquelles est subordonnée la constitution de la société s'appliquent à l'augmentation du capital. Autrement, du reste, de graves abus pourraient se produire : on ferait des émissions successives d'actions, au lieu de constituer immédiatement la société avec un capital suffisant. En conséquence, à défaut de souscription intégrale du capital nouveau, les souscripteurs pourraient faire considérer leurs souscriptions comme non avenues. V. n° 233.

249. Sociétés constituées sans appel au public. — Le capital d'une société peut être souscrit par voie d'appel au public et il semble que c'est le cas que la loi de 1867 a eu principalement en vue : mais il arrive souvent aujourd'hui que les fondateurs se répartissent entre eux toutes les actions sans ouvrir une souscription publique (3).

Quoique la loi n'ait pas prévu expressément ce mode de constitution, il n'a certainement rien d'illicite (n° 243). Mais, quand une société est ainsi constituée, faut-il, comme dans le cas où il y a souscription publique, que les conditions des articles 1 et 4 de la loi de 1867 soient remplies? On l'a nié, en prétendant que les dispositions de la loi ont seulement pour but de protéger les souscripteurs qui ne participent pas à la rédaction des statuts (4). Cette doctrine ne semble pas exacte. Les dispositions dont il s'agit n'ont pas en vue l'intérêt des souscripteurs seuls : elles tendent aussi à la protection de ceux qui peuvent

(1) Dans quel cas l'assemblée générale des actionnaires a-t-elle le pouvoir de décider l'augmentation du capital social ? Cette question se rattache aux pouvoirs de l'assemblée générale quant aux modifications des statuts. V. n° 278.

(2) Cass., 5 novembre 1879, S. 1880. 1. 172 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 17 juillet 1885, S. 1887. 1. 286 ; *J. Pal.*, 1887. 1. 69 ; *Pand. fr. chr.*

(3) Cela se présente notamment quand une société en nom collectif ou en commandite simple est transformée en société en commandite par actions.

(4) Cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876, S. 1877. 2. 1 ; *J. Pal.*, 1877. 79 ; Cass., 5 mai 1880, S. 1881. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1881. 5.

devenir plus tard créanciers de la société ou actionnaires en achetant des actions pendant la durée de la société. La loi, du reste, ne distingue pas dans les articles 1 et 4 selon que la société est constituée après un appel au public ou après une répartition de toutes les actions faite entre les fondateurs.

250. ÉPOQUE A PARTIR DE LAQUELLE LES ACTIONS SONT NÉGOCIABLES. — Les actions d'une société sont destinées à être négociées. Peuvent-elles l'être dès que la souscription a été ouverte ? On a souvent constaté qu'au début des sociétés, et avant même qu'elles soient constituées, des spéculations exagérées se font sur les actions ; ces spéculations sont favorisées par l'incertitude qui règne sur le succès de l'entreprise. La loi du 17 juillet 1856, pour empêcher ces spéculations, avait reculé la négociabilité des actions jusqu'au moment où elles étaient libérées des 2/5. La loi de 1867 (art. 2) se montre moins sévère, en disposant que, pour que les actions soient négociables, le versement du quart seulement est exigé. Il est assez singulier que le texte de cet article n'ait pas été modifié par la loi du 1er août 1893, de manière à être en harmonie avec la nouvelle rédaction de l'article 1er. Il y a là une inadvertance qui ne doit pas empêcher de décider que les actions de 25 francs ne sont négociables qu'après leur libération intégrale. Pour ces actions, en effet, le versement de la totalité est tout aussi indispensable à la constitution de la société que le versement du quart pour les autres actions, et ce qu'a voulu le législateur, c'est n'autoriser la négociation des actions qu'après qu'elles sont libérées dans la mesure exigée par la loi pour que la société puisse être régulièrement constituée (1).

Du reste, l'article 2 de la loi de 1867 n'est pas complet, et il résulte des explications données dans les travaux préparatoires (2) que la faculté de négocier les actions ne dépend pas seulement du versement exigé par la loi, mais de la constitution de la société, de telle sorte que toutes les conditions prescrites par les articles 1 à 5 doivent être réunies pour que la négociation soit possible (3). En réalité, tant que la société

(1) L'inadvertance dont il s'agit est réparée dans le projet de loi, modifiant la loi du 24 juillet 1867, déposé à la Chambre le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 ; l'article 2 est ainsi conçu : *Les actions ou coupures d'actions sont négociables* APRÈS LE VERSEMENT EXIGÉ PAR LA LOI.

(2 3) Un amendement présenté au Corps législatif par M. Millet déclarait que « la négociation des actions ou des coupons d'actions est interdite avant « la constitution définitive de la société ». L'amendement fut rejeté, mais sur l'observation du rapporteur que « l'économie de la loi dans son ensemble « indique cette idée ».

L'article 50, 2e alinéa, de la loi du 24 juillet 1867 exige, du reste, expressément

n'est pas constituée, il y a plutôt des *promesses d'actions* que des actions proprement dites. On dit, quand des promesses d'actions sont vendues, qu'on vend des actions *livrables à l'émission*, c'est-à-dire quand les actions seront régulièrement émises après la constitution de la société.

Ce que la loi entend par *négociation*, c'est la transmission par voie de transfert, de simple tradition ou d'endossement (n° 178). Quant à la *cession*, elle est possible même avant la constitution de la société; car la complication des formes de l'article 1690, C. civ., se prête mal aux spéculations que le législateur a voulu éviter.

251. *Règles spéciales aux actions qui représentent des apports en nature.* — Si, en principe, les actions sont négociables à partir de la constitution de la société, il en est autrement des actions qui correspondent à des apports en nature, d'après l'article 3, al. 2, de la loi de 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, aux termes duquel les actions représentant des apports en nature *ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société*. Le but de cette disposition est de rendre plus difficiles les spéculations et les fraudes auxquelles donnent trop souvent lieu les actions d'apport. Les apports en nature sont, malgré les précautions prises par la loi (nos 239 à 242), fréquemment majorés, et alors surtout, ceux qui les ont faits se hâtent de réaliser les actions qui leur ont été attribuées. Ils échappent ainsi aux conséquences fâcheuses qui résultent, pour la société, de la majoration des apports. On a voulu qu'ils demeurassent au moins deux ans attachés à la société. Cette disposition soulève, d'ailleurs, diverses objections, et ce n'est pas sans résistance qu'elle a été admise. C'est une grave restriction apportée à la liberté des conventions et elle ne se justifie pas dans le cas où les apports ont été loyalement évalués. De plus, elle n'atteint pas toujours son but. Les apporteurs seront tentés de se faire attribuer des avantages supplémentaires, à raison même de ce que, leurs actions n'étant pas négociables pendant deux ans, le capital à eux attribué est, durant ce laps de temps, indisponible entre leurs mains. En outre, pendant ce temps, les actions correspondant à des apports en espèces étant seules sur le marché, il est facile de leur donner un cours artificiel, qui se modifie subitement, lorsque les actions représentant des apports en nature deviennent disponibles (1).

la constitution de la société, pour que les actions d'une société à capital variable soient négociables.

(1) Ces critiques n'ont pas paru suffisantes pour faire abroger les règles spéciales aux actions d'apport dans le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 5 avril 1903 et le 18 juin 1906.

Il convient de remarquer que ce qui est prohibé, ce n'est pas toute aliénation ou *cession*, mais la *négociation* des actions d'apport, et il faut entendre cette expression dans le sens admis par l'article 2 de la loi de 1867 (n° 250 *in fine*) (1).

La disposition qui suspend la négociabilité des actions d'apport s'applique aux actions qui correspondent pour partie à des apports en nature (actions mixtes) comme à celles qui y correspondent pour le tout. De même, peu importe que le capital ne se compose que d'apports en nature ou qu'il y ait aussi un capital en espèces. La loi n'a pas distingué et, son point de vue étant donné, elle a bien fait de ne faire aucune distinction.

La prohibition relative à la négociation des actions d'apport avait un caractère absolu Aussi était-elle applicable même dans les cas où elle ne pouvait pas bien se justifier. Une loi du 16 novembre 1903 indique ces cas spéciaux où la prohibition est sans application. V. n° 357 *bis*.

252. Pour assurer sa prescription relative aux actions d'apport, la loi de 1893, après avoir dit qu'elles ne peuvent être détachées de la souche (2) et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société, ajoute : *Pendant ce temps, elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution*. L'emploi du mot *administrateur* constitue une inadvertance ; car l'article 3 de la loi de 1867 ainsi modifié se trouve dans la section consacrée aux *commandites par actions*, et, dans les commandites, il n'y a pas d'*administrateurs*, mais des *gérants*. La disposition a été empruntée à un texte qui se référait aux sociétés anonymes (3).

Si, en fait, des actions d'apport sont négociées avant l'expiration du délai de deux ans, aucune peine n'est prononcée par la loi (4). Mais la jurisprudence, qui déclare nulles les négociations de toutes les actions

(1) C'est ce qui a été dit au Sénat par l'auteur de l'amendement (M. Poirrier) qui a passé dans la loi (séance du 3 juillet 1893).

(2) Ces actions pourraient être données en gage, bien que la mise en possession du créancier-gagiste soit une condition essentielle de la validité du gage (art. 2076, C. civ., art. 92, C. com.). V. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 742.

(3) La disposition qui prohibe la négociation des actions d'apport pendant deux ans après la constitution de la société s'applique, du reste, aux sociétés anonymes en vertu du renvoi fait par l'article 24 de la loi du 24 juillet 1867 à l'article 3 de cette loi.

(4) L'interprétation restrictive que doivent recevoir les lois pénales empêche d'appliquer, par voie d'analogie, l'article 14 de la loi de 1867 qui édicte une amende contre la négociation d'actions avant la constitution de la société.

antérieures à la constitution de la société, ne manquera sans doute pas d'admettre aussi la nullité des négociations dont il s'agit (1).

252 *bis*. PARTS DE FONDATEUR OU PARTS BÉNÉFICIAIRES. — Il a été dit plus haut (n° 148 *bis*) que les sociétés créent souvent des parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Qu'entend-on par là ? Sont-ce des actions ? Quelle est l'importance de cette question ? L'examen de ces divers points a été réservé (n° 184 *bis*).

Pour rémunérer les fondateurs des services qu'ils ont rendus, on leur attribue souvent, sans qu'ils fassent un apport compris dans le capital, un tant pour cent dans les bénéfices. Presque toujours il est stipulé : 1° qu'ils n'auront droit à cette part dans les bénéfices, qu'après le prélèvement fait sur ceux-ci d'une somme suffisante pour assurer aux actionnaires un intérêt à un taux déterminé ; 2° qu'ils n'auront aucun droit sur l'actif social lors de la dissolution de la société ; 3° qu'ils ne pourront pas participer aux assemblées générales. Les droits dont il s'agit sont appelés *parts de fondateur*, à raison de la qualité des personnes auxquelles ils sont d'ordinaire attribués, et il est habituellement délivré à celles-ci des titres au porteur ou nominatifs (2).

Quelle est la nature des parts de fondateur ? On a soutenu à cet égard deux opinions principales. D'après l'une, ce sont de simples créances, non des actions (3). En ce sens, on se prévaut de ce qu'on ne leur donne pas ce dernier nom, de ce que les porteurs de ces parts n'ont aucun droit dans le fonds social et ne peuvent pas prendre part aux assemblées générales d'actionnaires. Selon une doctrine opposée, les parts de fondateur sont des actions (4). Le nom qui leur est donné ne signifie rien ; il faut considérer les droits qu'elles confèrent. Sans doute, les porteurs de ces parts n'ont pas droit à une part du fonds social ; mais il en est ainsi des porteurs d'actions industrielles, qui correspondent à des apports en industrie, et il est des actionnaires que les statuts privent du droit de vote dans les assemblées d'actionnaires, en stipulant que, pour participer à ces assemblées, il faut posséder un

(1) Cpr. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 731.

(2) Ces titres pourraient être aussi, comme, du reste, les titres d'actions, à ordre ou à personne dénommée. V. n° 178. Mais cela se présente rarement.

(3) Albert Wahl, *Des parts de fondateur* ; aj. note dans *Sirey*, 1898. 2. 89. V. aussi Lecouturier, *Traité des parts de fondateur* (1903).

(4) Cass. req., 16 novembre 1904, *Journal des sociétés*, 1904, p. 114. Cet arrêt déduit de ce que les parts de fondateur sont des actions que l'impôt de 4 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières est applicable à ces parts. V. dans le même sens, sur la nature juridique des parts de fondateur : Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), nos 640 et suiv. ; Chavegrin, dans le *Recueil de Sirey*, 1889. 1. 147, et dans le *Journal du Palais*, 1889. 1. 1036.

certain nombre d'actions. Les porteurs de parts de fondateur ont les droits essentiels qui constituent l'action, celui de participer aux bénéfices et celui de se substituer par voie de cession d'autres personnes.

Si les parts de fondateur étaient des créances, elles échapperaient aux règles restrictives de la loi du 24 juillet 1867 ; si elles constituent des actions d'apport, elles y sont soumises. De là résultent les conséquences suivantes :

a) Des parts de fondateur ne peuvent être créées valablement qu'à charge d'obtenir de l'assemblée générale l'approbation prescrite par l'article 4 de la loi de 1867. Car, si les parts de fondateur sont des actions, elles sont certainement des actions d'apport.

b) Les parts de fondateur ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société, et les titres qui les concernent ne peuvent être détachés de la souche qu'après l'expiration de ce délai : L. de 1867, art. 3 modifié par la loi du 1er août 1893 (1).

c) Les parts de fondateur sont soumises aux mêmes taxes fiscales que les autres actions (2).

Des parts, donnant droit à une portion des bénéfices, sont parfois créées au profit de certaines personnes qui ne sont pas des fondateurs. Le nom de *parts bénéficiaires* leur convient mieux alors. Par exemple, on attribue une de ces parts au souscripteur, soit d'un certain nombre d'actions à l'origine de la société, soit aux nouveaux actionnaires ou aux anciens en cas d'augmentation du capital social.

253. *Moment à partir duquel les actions peuvent être au porteur. Obligation, pour les souscripteurs, cessionnaires intermédiaires et détenteurs actuels, de libérer les actions.* — Lorsque les actions sont complètement libérées, elles peuvent être indifféremment nominatives ou au porteur ; les statuts décident souverainement si elles auront nécessairement l'une de ces formes ou si elles auront, soit l'une, soit

(1) Aussi, comme la jurisprudence admettait généralement, au moins jusqu'à l'arrêt de la Chambre des requêtes du 16 novembre 1904 cité à la note 4 de la page précédente, que les parts de fondateur ne sont pas des actions, elles échappent à l'application de la prohibition de négociation pendant deux ans. C'est ce qui fait que, depuis la loi du 1er août 1893, les parts de fondateur dont l'invention revient à la compagnie de Suez se sont multipliées, tandis que le nombre des actions d'apport a diminué. Les fondateurs préfèrent avoir des titres qu'ils peuvent immédiatement négocier.

(2) Le projet de loi dont a été saisi la Chambre, le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906, ne considère pas comme des actions les parts de fondateur ou parts bénéficiaires, qui ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices de la société. Aussi admet-il qu'elles sont négociables à partir de la constitution de la société (art. 3 et 4).

l'autre au choix des actionnaires ; il va de soi que, par cela même que les actionnaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant des actions, ils ne sont plus obligés dès qu'ils l'ont versé intégralement.

Mais il résulte des dispositions de la loi du 1er août 1893 que, tout au moins quand les actions sont de 100 fr. au minimum et aussi, suivant nous, même quand les actions sont de plus de 25 fr. et de moins de 100 fr. (n° 234), la société peut être valablement constituée, encore que les actions ne soient qu'en partie libérées, et ces actions non libérées peuvent être négociées (n° 250). Deux questions se présentent dans ce cas : 1° *les actions peuvent-elles être au porteur avant leur entière libération ?* 2° *les versements complémentaires peuvent-ils être réclamés aux souscripteurs et aux cessionnaires intermédiaires comme aux actionnaires actuels ?*

Entre ces deux questions il y a un lien évident. Si les actions ne restent pas nominatives jusqu'à entière libération, il n'est possible de connaître avec certitude ni les cessionnaires intermédiaires, ni les détenteurs actuels, par cela même que les actions au porteur se transmettent de la main à la main, sans que rien en constate la transmission.

Pratiquement, la seconde question se pose surtout dans les conditions suivantes (1). D'ordinaire, comme cela a été expliqué (n° 191), les statuts disposent qu'à défaut de versement dans un certain délai après un appel fait aux actionnaires, la société pourra faire vendre les actions non libérées et appliquer le prix à provenir de la vente au paiement des sommes encore dues sur ces actions. Si la société est prospère, le prix étant au moins égal à la somme à verser sur ces actions suffit à les libérer complètement. Mais, si l'on ne trouve pas d'acheteurs ou si l'on n'en trouve que pour un prix inférieur aux sommes à verser sur les actions, il faut décider à qui la société peut demander le complément des versements (2).

Les solutions données à ces deux questions n'ont pas toujours été les mêmes : il faut distinguer les diverses périodes de notre législation.

254. Avant la loi du 17 juillet 1856, à défaut de disposition légale, les statuts pouvaient résoudre ces questions en toute liberté. Aussi était-il souvent stipulé que les détenteurs actuels d'actions pourraient seuls être poursuivis pour compléter les versements. Du reste, comme rien n'empêchait de mettre les actions au porteur dès qu'on le voulait, il était souvent impossible de connaître, soit les détenteurs actuels

(1-2) Il se peut aussi que la société, ne faisant pas usage du droit de faire vendre les actions non libérées, poursuive en complément de versements ceux qui sont tenus de libérer les actions.

d'actions, soit les cessionnaires intermédiaires. On stipulait même qu'en cas de défaut de versement, le seul droit de la société serait de faire vendre les actions non libérées aux risques de l'actionnaire actuel. Cette liberté avait des inconvénients graves. D'abord, avec elle, les tiers qui contractaient avec la société n'avaient souvent à compter que sur la portion du capital déjà versée, qui pouvait être très minime. En outre, les souscripteurs, qui pouvaient se libérer de toute obligation de versement ultérieur en cédant leurs titres, faisaient hausser le cours des actions par des manœuvres habiles et se déchargeaient des chances mauvaises de l'entreprise en cédant leurs actions. Cet agiotage était favorisé par la possibilité de donner dès l'origine aux actions la forme au porteur.

255. Par réaction contre ces abus, la loi du 17 juillet 1856 (art. 2) avait adopté un système très rigoureux. Elle admettait : 1° que les souscripteurs primitifs étaient tenus de libérer les actions par eux souscrites, encore qu'ils les eussent négociées ; 2° que la même obligation pesait sur les cessionnaires intermédiaires (1) et sur les titulaires actuels ; 3° que les actions devaient rester nominatives jusqu'à leur entière libération, de façon que la société pût connaître toutes les personnes entre les mains desquelles les actions avaient passé successivement. Ces règles étaient applicables sans qu'aucune clause des statuts pût y déroger ; en outre, aucune prescription spéciale ne protégeait les personnes qui avaient cédé des actions non libérées.

Ce système de la loi de 1856 avait des avantages. Avec lui, la réalisation du capital social était sérieusement assurée, par cela même que les cessions, loin de décharger le cédant de l'obligation de libérer les actions cédées, contribuaient à augmenter le nombre des personnes obligées ; l'agiotage était quelque peu entravé par la forme des titres, qui restaient nominatifs jusqu'à complète libération. Mais ce système n'avait pas échappé aux critiques : il était trop rigoureux pour les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires (2), qui restaient tenus pendant de longues années même après la cession de leurs titres. L'obligation de compléter les versements ne se prescrivait, d'après les règles du droit commun, que du jour où ils étaient exigibles, c'est-à-dire de l'époque fixée pour les effectuer d'après les statuts ou à partir de l'appel de fonds à défaut de dates fixées par avance pour les versements à faire. La prescription était, en principe, de 30 ans (art. 2262, C. civ.). Cet inconvénient était surtout sensible dans les sociétés de

(1 2) Le texte de la loi de 1856 ne visant pas expressément les cessionnaires intermédiaires, il était soutenu que ceux-ci n'étaient pas obligés de compléter les versements.

banque ou d'assurances, où l'on attend parfois très longtemps avant de faire des appels de fonds. Par une règle aussi stricte, on risquait d'empêcher la constitution de commandites par actions sérieuses ; on écartait par trop les spéculateurs, sans lesquels il serait souvent impossible que les actions fussent souscrites ; car, avant d'être *classées*, c'est-à-dire avant d'arriver entre les mains de personnes qui les achètent pour les conserver et en tirer un revenu régulier, les actions passent presque nécessairement à des personnes qui ne les acquièrent que pour spéculer sur la revente. Aussi, en 1867, voulut-on atténuer la rigueur de la loi de 1856. L'article 3 de la loi de 1867, voté après de longues discussions, résolut la question. Bien que cet article ait été remplacé par une disposition nouvelle, en vertu de la loi du 1er août 1893, il importe d'expliquer le système un peu compliqué de l'article 3 primitif de la loi de 1867. D'abord, cela est nécessaire pour faire comprendre l'importance de l'innovation de la loi de 1893. Puis, la disposition nouvelle de cette loi n'ayant pas d'effet rétroactif, les nombreuses sociétés constituées avant la loi de 1893 sont encore régies par l'ancien article 3 de la loi de 1867.

256. La loi de 1867 admettait bien, en principe, que les actions devaient rester nominatives jusqu'à complète libération et que les versements complémentaires pouvaient être exigés des titulaires actuels d'actions comme de tous ceux entre les mains desquels auraient passé les actions non libérées (souscripteurs et cessionnaires intermédiaires). Mais, à la différence de la loi de 1856, elle permettait de déroger à ces deux principes dans la mesure que déterminait ainsi l'article 3 :

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. — Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions 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.

Il résulte de ce texte obscur que trois conditions étaient exigées pour que les actions pussent être converties en actions au porteur avant leur libération intégrale, et que les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires pussent être déchargés avant cette libération. Il fallait :

a) Que les actions fussent libérées de moitié ;

b) Qu'une clause formelle des statuts permît à l'assemblée générale

des actionnaires d'autoriser la conversion des actions nominatives en actions au porteur après leur libération de moitié ;

c) Que l'assemblée générale des actionnaires autorisât effectivement ladite conversion. Cette assemblée générale devait constater avant tout que toutes les actions étaient libérées de moitié. En outre, comme l'autorisation de conversion devait avoir pour conséquence de libérer différentes personnes tenues jusque-là, ou qui pouvaient l'être dans l'avenir, de compléter les versements, l'assemblée générale devait examiner si l'état des affaires de la société rendait prudente une résolution d'après laquelle la réalisation du capital social devenait moins certaine. Elle décidait donc s'il y avait lieu de profiter de la clause insérée dans les statuts pour autoriser la conversion des actions nominatives en actions au porteur.

Si la décision était négative, aucune dérogation n'était apportée aux principes généraux rappelés plus haut (l'article 3 ne visait même pas ce cas). En conséquence, les actions devaient rester nominatives jusqu'à complète libération et les souscripteurs, cessionnaires intermédiaires et titulaires actuels, étaient tenus de compléter les versements. Si l'assemblée générale des actionnaires décidait, au contraire, qu'il y avait lieu d'appliquer la clause des statuts et d'autoriser la conversion, les effets de cette autorisation étaient déterminés par l'article 3.

257. Quand, au contraire, l'assemblée générale autorisait la conversion en titres au porteur des actions libérées de moitié, deux effets se produisaient, touchant l'un à la forme des titres d'actions, l'autre aux personnes tenues de compléter les versements.

1. Les actionnaires avaient la faculté de convertir leurs actions en actions au porteur. Ils n'y étaient pas obligés ; car, à raison des avantages que présente, sous certains rapports, la forme nominative (n° 226), des actionnaires pouvaient désirer que leurs actions conservassent cette forme.

2. Du reste, que les actionnaires profitassent ou non de cette faculté (et chacun avait pleine liberté de prendre le parti qui lui convenait sur ce point), une atténuation notable était apportée à l'obligation de compléter les versements. Il résultait du texte de l'article 3 qu'à cet égard, il y avait lieu de distinguer deux catégories de personnes :

a) Certaines, malgré l'accomplissement des conditions de l'article 3, demeuraient tenues de compléter les versements encore pendant deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion des actions ;

b) D'autres personnes n'étaient pas tenues de compléter les versements.

Quelles personnes rentraient dans l'une ou dans l'autre de ces catégories ?

a) L'ancien article 3 de la loi de 1867 énumérait (mais d'une façon peu nette) ceux qui restaient tenus encore pendant deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale. C'étaient :

1. Ceux qui étaient actionnaires au moment du vote de l'assemblée générale. Ils participent au vote de l'assemblée, et il serait à craindre, s'ils étaient immédiatement libérés de l'obligation de verser la seconde moitié sur leurs actions, qu'ils ne se laissassent trop facilement entraîner à voter la conversion pour échapper aux conséquences de la ruine de la société qu'ils prévoient (1) ;

2. Ceux mêmes qui, ayant été actionnaires avant la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion, avaient cédé leurs actions avant cette délibération. Sans doute ceux-ci, n'étant plus actionnaires quand l'assemblée se réunit, ne participent pas au vote ; mais le législateur a craint que, si ceux qui ont cédé leurs titres avant la délibération, étaient libérés immédiatement en vertu de cette délibération, des actionnaires ne cédassent leurs actions à des compères insolvables qui, eux, voteraient la conversion. Du reste, on a voulu que les garanties de réalisation du capital, qui existent au moment de la délibération, ne disparussent pas au moins aussitôt qu'elle est prise (2).

b) Au contraire, ceux qui, devenus actionnaires après la délibération de l'assemblée générale, avaient à leur tour cédé leurs actions, n'étaient plus obligés de verser la seconde moitié dès le jour même de la cession. Une fois la conversion autorisée, on ne voulait pas que ceux qui devenaient actionnaires et cessaient de l'être, demeurassent obligés. Cela n'était pas douteux et résultait implicitement de l'article 3, qui visait exclusivement ceux qui avaient été actionnaires avant la délibération de l'assemblée générale, ou qui l'étaient encore au moment où cette

(1) L'article 3 déclarait libérés, seulement au bout de deux ans, les souscripteurs qui ont aliéné leurs actions : *a fortiori*, cette disposition s'appliquait-elle aux souscripteurs qui n'auraient pas encore cédé leurs actions lors de la réunion de l'assemblée générale. Ce que la loi voulait dire, c'est que *même* ceux qui ont cédé leurs actions avant cette réunion, demeurent obligés pendant deux ans.

(2) Le texte de l'article 3 parlait de ceux qui ont cédé leurs titres *avant le versement de moitié* ; il les déclarait tenus pendant deux ans de compléter les versements. Il était impossible de prendre ce texte à la lettre ; autrement, on en aurait déduit que ceux qui ont acheté des actions après le versement de moitié ne sont pas tenus pendant deux ans. Cela serait déraisonnable, puisque ce sont ces personnes qui votent à l'assemblée générale. Il faut lire le texte de l'article 3 comme s'il y avait ; *avant la délibération de l'assemblée générale*, au lieu de *avant le versement de moitié*.

délibération était prise, et non ceux qui le devenaient après la délibération et cédaient leurs actions.

258. Une grave difficulté s'était élevée relativement à ceux qui étaient encore actionnaires au moment de l'appel de fonds fait par la société. Celle-ci avait assurément le droit d'exécuter leurs actions, s'ils ne les libéraient pas, c'est-à-dire de faire vendre à la Bourse les actions non libérées. Mais, si le prix de la vente n'était pas égal au moins à la moitié non versée, les détenteurs pouvaient-ils être poursuivis sur tous leurs biens? La Cour de cassation admettait l'affirmative (1), tandis que, d'après le plus grand nombre des auteurs (2), la société n'avait pas le droit de poursuivre personnellement les détenteurs, mais n'avait que le droit d'exécuter les actions non libérées, c'est-à-dire de les faire vendre. La raison alléguée dans le dernier sens était qu'il ne faut plus parler d'obligation personnelle, dès que les obligations peuvent être mises au porteur; car il devient très difficile ou même impossible de connaître les actionnaires actuels quand il a été fait usage de cette faculté de conversion, et il n'y avait certainement pas de distinction à admettre entre ce cas et celui où les actions restaient nominatives, parce que les actionnaires n'usaient pas de la faculté qui leur appartenait. Dans cette dernière opinion, après deux ans écoulés depuis la délibération de l'assemblée générale, il n'y avait plus, pour qui que ce fût, d'obligation personnelle de libérer les actions de la seconde moitié, le titre seul était débiteur. On s'accordait, du reste, à trouver peu satisfaisant le système de la loi; il avait ce résultat que la réalisation du capital social n'était assurée que pour moitié.

259. La loi du 1er août 1893 a simplifié et amélioré notre législation sur ce point, pour les sociétés constituées après la mise en vigueur de cette loi, en décidant que *les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération* (art. 3 nouveau, al. 1). Elle ajoute : *les titulaires, les cessionnaires intermédiaires et les souscripteurs sont tenus solidairement du montant de l'action* (art. 3 nouveau, al. 4). Les divers débiteurs seront faciles à connaître, précisément parce que les actions restent nominatives. La loi établissant la solidarité entre eux, on peut s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre pour lui demander de libérer l'action. Seulement, le fardeau de la dette doit retomber définitivement sur ceux qui sont actionnaires au moment de l'appel de fonds, parce qu'ils ont les avantages afférents aux actions : *ubi emolumentum, ibi onus esse debet*. Aussi le souscripteur ou le cessionnaire, qui a libéré

(1) Ch. civ., 21 juillet 1879, S. 1880. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1880. 5 ; D. 1879. 1. 321 ; *Pand. fr. chr.*

(2) V. notamment Beudant, *Revue critique de législation*, 1880, p. 28 et s.

les actions, a certainement un recours, soit contre les cessionnaires postérieurs, soit contre le titulaire actuel. et, pour ce recours, celui qui l'exerce peut invoquer la subrogation légale, en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil (1).

260. Bien que la loi de 1893 ne l'ait pas dit expressément, il ne faut pas hésiter à admettre que les règles, qu'elle édicte au sujet de la forme des actions et des diverses personnes obligées à la libération (n° 259), sont impératives et qu'il ne peut y être aucunement dérogé par les statuts. Le but et les motifs de la disposition l'indiquent assez clairement. On a trouvé que la loi de 1867 (art. 3) laissait aux intéressés une liberté dangereuse et l'on a voulu restreindre cette liberté, en posant des règles légales auxquelles la convention ne peut pas déroger.

260 *bis*. L'application pure et simple des règles précédentes aurait eu cette conséquence, que l'obligation de libérer les actions aurait pu subsister pendant très longtemps à la charge d'un assez grand nombre de personnes, souscripteurs, cessionnaires successifs. Comme souvent, il n'y a pas d'époque d'exigibilité fixée à l'avance. la poursuite aurait pu être exercée contre ces diverses personnes indéfiniment (2). Cela aurait été tout à fait excessif et cela aurait pu empêcher bien des personnes de devenir actionnaires d'une société dont les actions n'étaient pas entièrement libérées. Pour tempérer la rigueur des nouvelles règles, le dernier alinéa de l'article 3 nouveau dispose : *Tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés*. Le point de départ de cette courte prescription est, d'après le texte de l'article 3, la *cession*, mais il faut tenir compte de ce qu'il s'agit de titres nominatifs, dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers que par le transfert. Les personnes (sociétés, créanciers sociaux ou syndic) auxquelles la prescription est opposée, sont précisément des tiers, de sorte que la prescription ne court que du jour du transfert opéré sur les registres de la société. Quant au porteur actuel, il ne peut, par cela même qu'aucune disposition spéciale ne le concerne, invoquer que la prescription de trente ans, et cette prescription ne court qu'à partir de la date de l'exigibilité fixée par les statuts ou de celle de l'appel de fonds à défaut de fixation préalable des dates des appels de fonds. Cf. article 2257, C. civ.

(1) Sous l'empire de l'article 3 primitif de la loi de 1867, des questions très difficiles se posaient au sujet des recours, quand, après libération de moitié, la conversion au porteur avait été autorisée. V. notamment Lyon, 8 juillet 1883, S. 1883. 2. 193 ; Cass., 29 juin 1885, S. 1886. 1. 17, et les notes de Ch. Lyon-Caen ; *Pand. fr. chr.*

(2) V. n° 255, al. 2.

261. SANCTIONS DES DISPOSITIONS DE LA LOI RELATIVES A LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ, A LA FORME DES ACTIONS ET A LA RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES. — Les règles contenues dans les articles 1 à 5 de la loi de 1867 reçoivent trois sanctions différentes : *a.* la nullité de la société ; *b.* la responsabilité pécuniaire des personnes qui, par leur faute, ont contribué à la nullité ; *c.* des peines édictées contre les personnes coupables de certains faits prévus par la loi qui accompagnent souvent la constitution irrégulière des sociétés par actions.

262. NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ. — Aux termes de l'article 7 de la loi de 1867, *est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.* — Il résulte de cette disposition qu'une commandite par actions peut être nulle, non seulement en vertu des principes du droit commun (vices du consentement, objet illicite, etc..) et du défaut d'accomplissement des formalités de publicité des articles 55 et suiv. de la loi de 1867, mais encore pour violation des règles spéciales contenues dans les articles 1 à 5 de la loi de 1867. Ainsi, est nulle la société en commandite par actions dont les actions sont inférieures au taux minimum légal, ou la société constituée en fait, sans que le capital ait été entièrement souscrit ou sans qu'il y ait eu versement de la totalité ou du quart sur chaque action suivant les cas, ou sans que les apports en nature aient été vérifiés dans les formes prescrites, ou sans qu'il y ait eu un conseil de surveillance régulièrement nommé. Est également nulle la société en commandite par actions dont les statuts stipulent que les actions pourront être mises au porteur avant d'être entièrement libérées ou pourront être négociées avant la constitution définitive de la société, que les actions d'apport seront détachées de la souche et pourront être négociées avant l'expiration de deux années depuis la constitution de la société. Il va de soi que, si les statuts ne renferment aucune clause à cet égard, le seul fait de la mise au porteur d'actions non libérées, comme la négociation d'actions d'apport avant l'expiration du délai de deux ans, ou la négociation de toutes actions avant la constitution de la société, ne suffirait pas pour entraîner la nullité de la société ; on ne saurait dire en pareil cas que la société est *constituée* contrairement aux prescriptions des articles 1 à 5 de la loi de 1867 : des actes contraires à la loi ont été seulement commis après la constitution de la société par certaines personnes.

La nullité dérivant de l'article 7 de la loi de 1867 peut être invoquée par les intéressés, mais elle ne peut être opposée aux tiers par les asso-

ciés. La règle est la même que pour la nullité résultant du défaut de publicité. Il a été bien entendu, lors de la discussion de la loi de 1867, que, pour les personnes à comprendre parmi les intéressés, il faut s'en référer aux solutions admises par la jurisprudence à propos de l'article 42, C. com., remplacé par l'article 56 de la loi de 1867 (1) V. nos 136 et suiv.

Une conséquence pratique importante résulte de ce que les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers : les actionnaires, qui n'ont pas libéré leurs actions, n'ont pas le droit de se prévaloir de la nullité de la société à l'égard des créanciers sociaux, pour se dispenser de compléter leurs versements.

263. *Caractères de la nullité.* — La nullité d'une société constituée en violation des articles 1 à 5 de la loi de 1867 est considérée comme une nullité d'ordre public ; elle a pour but de protéger non seulement les tiers et les actionnaires, mais encore le crédit général, qui peut être compromis quand des actions de sociétés vicieuses sont répandues sur le marché. Aussi était-il généralement admis avant la loi du 1er août 1893 qui a apporté quelques modifications à la loi de 1867 : 1° que la nullité ne pouvait être couverte par la ratification, le droit de la demander ne pouvant se prescrire, ni par dix ans en vertu de l'article 1304, C. civ., ni même par trente ans en vertu de l'article 2262, C. civ. ; 2° que la nullité subsistait même lorsque le vice, cause de la nullité, avait été réparé, par exemple quand, la société ayant été constituée irrégulièrement, le quart avait été postérieurement versé sur chaque action, le capital entier souscrit, un conseil de surveillance nommé, etc.

Les tribunaux n'ont en cette matière aucun pouvoir d'appréciation. Dès que la nullité est demandée, ils doivent la prononcer par cela seul qu'on se trouve dans l'un des cas visés par l'article 7 de la loi de 1867 ; ils ne pourraient donc pas refuser de prononcer la nullité sous le prétexte que l'inobservation de la loi n'a fait éprouver aucun préjudice au demandeur.

Ici, du reste, comme en matière de nullité pour défaut de publicité (n° 173), les intéressés peuvent faire considérer la société comme non avenue, mais ils n'ont pas le droit d'en demander la transformation et

(1) La nullité pour défaut de publicité tient à une omission qui s'est produite après la constitution de la société, tandis que la nullité pour inobservation des dispositions des articles 1 à 5 de la loi du 24 juillet 1867 tient à des irrégularités commises dans le contrat de société ou lors de la constitution de la société. Aussi la nullité pour défaut de publicité ne répond-elle pas exactement à l'idée de la nullité qui tient à un vice inhérent à un acte.

de prétendre que les commanditaires sont tenus sur tous leurs biens, comme des associés en nom collectif.

264. Quelques-unes des règles qui viennent d'être posées au sujet des caractères de la nullité de la société, dérivent des principes généraux du droit. Elles n'en entraînaient pas moins des conséquences fâcheuses qui souvent avaient provoqué des réclamations.

Une société, viciée par la moindre irrégularité, restait perpétuellement sous le coup de la nullité, qui pouvait, quand elle était prononcée, atteindre de nombreux intérêts. Des individus peu scrupuleux profitaient de cette situation pour se livrer à des tentatives de chantage contre des sociétés prospères ; ils se rendaient acquéreurs d'actions, fût-ce d'une seule, recherchaient des causes de nullité et menaçaient de s'en prévaloir.

Pour faire cesser ou pour atténuer ces inconvénients, la loi du 1er août 1893 a ajouté à l'article 8 de la loi de 1867 des dispositions qui auront pour effet d'amener l'extinction des actions en nullité.

1° *L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de la nullité a cessé d'exister.* Par exemple, le capital social n'était pas entièrement souscrit, les actions de 25 fr. n'étaient pas entièrement libérées ou le quart n'avait pas été versé sur les actions de 100 francs ou d'un taux supérieur ; la nullité ne pourra plus être invoquée quand la souscription aura été complétée ou que les versements exigés auront été opérés.

Parfois, pour couvrir la nullité, il faut le concours de l'assemblée des actionnaires ; c'est ce qui se produit notamment quand une commandite par actions a été, en fait, constituée sans approbation des apports en nature et des avantages particuliers. Le vice ne disparaîtra que par la délibération ; si l'on s'était contenté de la règle précédente, il y aurait eu à craindre que la convocation même de l'assemblée, faisant connaître le vice dout la société est entachée, ne provoquât une action en nullité. En prévision de ce cas, la loi dispose : *Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera pas recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée.*

2° Même si le vice ne disparaît pas, l'action en nullité ne subsiste pas indéfiniment. *Les actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans* (1). Par application des principes

(1) La disposition s'applique aux sociétés constituées avant la loi du 1er août 1893 avec un tempérament nécessaire indiqué par la loi elle-même : *Cette prescription ne pourra, toutefois, être opposée avant l'expiration des dix années qui suivront la promulgation de la présente loi.*

généraux, il faut admettre que le point de départ du délai est le jour où la société a été irrégulièrement constituée.

Cette prescription décennale ne ressemble que par la durée à celle qui est édictée par l'article 1304, C. civ., pour les actions en nullité en général. Cette dernière, en effet, dérive d'une confirmation présumée : cette idée ne peut être admise dans notre matière où il s'agit de nullités d'ordre public, par suite non susceptibles de confirmation expresse ou tacite. Le législateur a seulement pensé qu'au bout d'un certain temps, le maintien d'une société même irrégulièrement constituée est préférable à son annulation.

265. *Effets de la nullité prononcée.* — Le plus souvent la nullité n'est demandée qu'après que la société irrégulièrement constituée a fonctionné et fait des opérations plus ou moins nombreuses. La société est considérée comme n'ayant point existé même dans le passé, ce qui prive les créanciers sociaux de leur droit exclusif sur les biens de la société à l'égard des créanciers personnels des associés. Mais, dans les rapports entre les associés, la société est réputée avoir existé jusqu'au jour où la nullité a été prononcée, aussi les statuts s'appliquent dans les rapports entre associés au point de vue, soit de la liquidation, soit du partage des bénéfices et des pertes : jusqu'à ce moment, il y a eu une société de fait. Entre les associés, la nullité opère comme une dissolution plutôt que comme une nullité. On ne peut donc ici invoquer l'adage : *Quod nullum est nullum producit effectum*, pour anéantir tous les actes qui ont dû être faits à la suite de la constitution irrégulière de la société. Il résulte notamment de là que les négociations d'actions faites depuis cette constitution ne sont pas frappées de nullité (1). Cpr. n° 137.

266. *Responsabilités pécuniaires.* — La nullité de la société pour inobservation des prescriptions de la loi de 1867 provient de la fraude ou, tout au moins, de la négligence, soit du gérant, soit du premier conseil de surveillance, soit de ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers. Aussi, quand la nullité est prononcée, ces différentes personnes peuvent-elles être déclarées responsables du dommage que la nullité cause à la société ou aux tiers (art. 8).

La nullité ne se conçoit guère sans une négligence grave du gérant, d'ordinaire fondateur de la société ; elle est presque toujours accompagnée de celle du premier conseil de surveillance, qui a eu le tort de ne pas vérifier avec un soin suffisant si toutes les conditions exigées pour

(1) Lyon, 23 janvier 1884, S. 1884. 2. 49 ; *J. Pal.*, 1884, 316 et la note de M. Ch. Lyon-Caen ; D. 1884. 2. 153 ; Cass., 3 juin 1885. S. 1885. 1. 259 ; *J. Pal.*, 1885, 2. 40 ; *Pand. fr. chr.*

la constitution de la société étaient bien réunies. Quant à ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, il y a aussi un grave reproche à leur faire, s'ils n'ont pas fait procéder aux vérifications et approbations prescrites par l'article 4 de la loi de 1867 (nos 239 et suiv.).

La responsabilité du gérant est une conséquence nécessaire de l'annulation de la société. Pour les membres du conseil de surveillance, pour ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, la responsabilité n'est que facultative ; elle est ou non admise par les juges selon les circonstances.

Les dommages-intérêts auxquels ces différentes personnes sont condamnées doivent être restreints au préjudice causé par la nullité de la société ; il doit être fait abstraction du préjudice provenant de toute autre cause, comme d'une crise, des mauvaises conditions dans lesquelles les opérations de la société ont été conclues, etc. (art. 8, (L. 1867).

Si le conseil de surveillance n'est pas tenu avec le gérant d'une responsabilité solidaire, il y a du moins solidarité entre les membres du conseil de surveillance, dont la responsabilité est collective. Cela doit être remarqué ; car la responsabilité des membres du conseil de surveillance, à raison des fautes commises par eux pendant la durée de la société est, en principe, individuelle (art. 9, al. 2, L. de 1867).

267. Comme on vient de le voir, la nullité de la commandite par actions engendre des actions en responsabilité. En l'absence de texte spécial, on admettait, avant la loi du 1er août 1893, que ces actions se prescrivaient seulement par 30 ans à partir du jour où la nullité avait été prononcée. La loi nouvelle qui a admis (n° 264) que la nullité ne peut plus être demandée quand le vice a disparu, a en même temps statué sur la durée de la responsabilité de ceux auxquels le vice est imputable. *L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister, et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue.* Ainsi, en réparant l'irrégularité, on couvre la nullité, mais on ne fait pas nécessairement disparaître l'action en responsabilité, née du préjudice causé par l'irrégularité ; cette action n'est éteinte que si, de plus, trois ans se sont écoulés depuis la constitution de la société. « Il ne faut pas, a-t-on dit, que les fondateurs qui ont commis la faute « de constituer une société nulle, puissent, du jour au lendemain, par « un acte habile de résipiscence, s'affranchir des conséquences de « leur faute ».

L'action en nullité est soumise à une prescription décennale

(nº 264, 2·) qui n'est pas appliquée aux actions en responsabilité ; mais ces actions disparaissent quand l'action en nullité est éteinte par la prescription de dix ans.

268. Sanctions pénales. — Le législateur a pensé que la responsabilité pécuniaire pourrait ne pas être une sanction suffisante des dispositions de la loi de 1867, et il a prononcé, dans quelques cas, des peines contre ceux qui les violent.

L'article 13, alin. 1, de la loi punit d'une amende de 500 à 10.000 fr. l'émission des actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3. La même peine frappe le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance (art. 13, al. 2). Un troisième fait est puni d'une peine identique (art. 14, al. 4), c'est la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme est contraire aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867 (actions mises au porteur avant libération complète ou sur lesquelles le versement du quart ou de la totalité n'aurait pas été opéré). La participation à la négociation et la publication de la valeur de ces actions sont assimilées à la négociation elle-même (art. 14, al. 2) L'amende peut donc être prononcée à la fois contre le cédant, contre le cessionnaire et contre les intermédiaires.

Ces différents faits sont punissables même en l'absence de mauvaise foi de la part de leurs auteurs Mais des faits plus graves qui sont punis d'emprisonnement et qui impliquent la mauvaise foi comme élément essentiel, sont prévus par la loi de 1867. Cette loi punit des peines de l'escroquerie (art. 405, C. pén.) : la simulation de souscriptions ou de versements qui n'existent pas et tous les faits faux à l'aide desquels on a obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements, de publier de mauvaise foi les noms des personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque (art. 15, 1° et 2°). L'article 405, C. pén., est du reste, applicable à tous autres faits réunissant les conditions constitutives de l'escroquerie qui se rattachent à la constitution de la société.

268 *bis*. *Dispositions transitoires*. — La loi du 1er août 1893 ayant innové sur un certain nombre de points importants, il y a lieu de se demander si les dispositions qu'elle édicte sont ou non applicables aux sociétés constituées avant la mise en vigueur de la loi nouvelle. La question est tranchée par la loi elle-même (art. 7) pour la plupart des cas.

Le taux minimum des actions des sociétés anciennes demeure régi par la loi sous l'empire de laquelle elles se sont constituées. Le consen-

tement unanime des actionnaires serait nécessaire pour abaisser ce taux au chiffre fixé par la loi de 1893, car les actionnaires n'ont pu prévoir un changement qui aurait été illicite d'après la loi antérieure. Cela n'est plus vrai des actions que les sociétés viendraient à émettre sous l'empire de la loi nouvelle ; rien ne les empêcherait de profiter des facilités que donne cette loi. Il n'y a pas à objecter qu'il y aura ainsi dans la société des actions d'un taux différent ; car, nonobstant l'article 34, C. com., toutes les actions n'ont pas nécessairement une valeur égale ; l'article 34 n'a pas le caractère impératif. V. n° 178, 1.

Par application de la même idée, si le capital d'une société constituée avant la loi du 1er août 1893 est augmenté à l'aide d'apports en nature, les actions correspondant à ces apports devront être entièrement libérées et ne seront négociables que deux ans après l'augmentation du capital social, conformément au nouvel article 3, al. 1-3 (1).

Les clauses des statuts des sociétés antérieures à la loi de 1893 permettant, en vertu de l'article 3 ancien de la loi de 1867, la conversion des actions nominatives en actions au porteur après libération de moitié, continuent de s'appliquer avec leurs conséquences normales (art. 7, al. 1, loi du 1er août 1893). V. nos 256 et suiv.

Quant aux sociétés dans les statuts desquelles il n'avait pas été fait usage de la faculté accordée par l'ancien article 3, leurs actions devaient rester nominatives jusqu'à entière libération : les souscripteurs, cessionnaires et titulaires actuels, étaient tenus de compléter les versements (n° 256, *initio*). Ces règles subsistent, puisque ce sont celles qui désormais s'appliqueront dans toutes les sociétés. Mais nous avons vu que, d'après la loi de 1893, *tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés* (art. 3 nouveau, dern. al.). V. n° 261. Cette prescription pourra être invoquée par les actionnaires des sociétés anciennes qui viendraient à céder leurs titres et même qui les auraient cédés avant la mise en vigueur de la loi nouvelle. Voici ce que dit sur ce point l'article 7, al. 2, de la loi du 1er août 1893 : *les deux ans après lesquels tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse d'être responsable des versements non appelés, ne courront, à l'égard des créanciers antérieurs à la présente loi, qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi et sauf application de l'article 2257 du Code civil pour les créances conditionnelles ou à terme et les actions en garantie.*

Les règles nouvelles sur les causes d'extinction des actions en nul-

(1) Il faut rappeler, pour comprendre cette solution, que l'augmentation du capital est soumise aux mêmes conditions légales que la constitution de la société. V. n° 248.

lité et en responsabilité (n° 264) sont applicables aux sociétés anciennes entachées de quelques causes de nullité. Ainsi, les actions en nullité résultant de l'article 7 de la loi de 1867 ne sont plus recevables, que la cause de nullité ait cessé d'exister lors de la promulgation de la loi du 1er août 1893, ou, *a fortiori*, qu'elle cesse d'exister depuis (art. 7, al. 3 et 4, de la loi de 1893). Quant à la prescription décennale, elle n'a pu être opposée avant l'expiration des dix années qui ont suivi la promulgation de la loi de 1893 (art. 8 nouveau, dern. al., de la loi de 1867). De même, l'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, quand le vice originaire a été réparé, n'a cessé d'être recevable que trois ans après la loi de 1893 (art. 7, al. 5, de cette loi).

2° *Règles relatives au fonctionnement des commandites par actions.*

269. Les organes essentiels des sociétés en commandite par actions sont le *gérant*, l'*assemblée générale des actionnaires* et le *conseil de surveillance*.

270. *Du gérant.* — D'après les principes généraux qui régissent la commandite (art. 27 et 28, C. com. et ci-dessus, nos 159 et 168), le gérant, qui peut être choisi parmi les commandités ou parmi les tiers (ce dernier cas est très rare), ne peut être pris parmi les commanditaires, c'est-à-dire parmi les personnes qui n'ont que cette qualité, mais rien n'empêche de prendre comme gérant un commandité qui a des actions dans la société. Ce dernier cas se présente très souvent, car fréquemment les statuts stipulent que le gérant doit posséder un certain nombre d'actions et des mesures sont prises pour qu'elles servent de garantie de la gestion (1).

La désignation du gérant est tellement importante qu'elle est toujours faite dans les statuts ; on ne laisse pas à l'assemblée générale le soin de la faire. Parfois, le gérant est l'unique fondateur de la société. Par cela même que le gérant doit être indépendant des commanditaires, en ce sens que ceux-ci n'ont à son égard qu'un droit de surveillance, le gérant ne devrait pas pouvoir être révoqué par eux, et sa révocation judiciaire, seule possible, devrait entraîner la dissolution de la société. Il a été dit que la jurisprudence admet qu'en vertu d'une clause des statuts, le droit de révoquer le gérant *ad nutum* peut être réservé à

(1) Cette stipulation rapproche les gérants des commandites par actions des administrateurs des sociétés anonymes. V. articles 22 et 25, L. 24 juillet 1867.

l'assemblée générale des actionnaires (n° 171) et que cette révocation n'entraîne pas la dissolution de la société, si les statuts le stipulent ainsi.

Les pouvoirs du gérant d'une commandite par actions sont les mêmes que ceux des gérants des sociétés en nom collectif ou des commandites par intérêts (nos 143 et 168).

271. *Conseil de surveillance.* — La loi de 1867, comme, du reste, celle de 1856, ne s'est pas bornée à exiger la nomination d'un conseil de surveillance avant la constitution et le commencement des opérations sociales (n° 244). Elle a voulu éviter (ce qui s'était produit avant la loi du 17 juillet 1856), que les membres du conseil de surveillance s'abstinssent de surveiller par ignorance de leurs fonctions ou par crainte d'être obligés personnellement pour s'être immiscés dans la gestion : pour cela, elle a déterminé les attributions du conseil de surveillance et la responsabilité encourue par ses membres.

272. *Attributions du conseil de surveillance.* — Les droits et les obligations du conseil de surveillance, tels que la loi les détermine, ne peuvent être restreints par les statuts, mais rien n'empêche de les étendre, pourvu, bien entendu, qu'on n'aille pas jusqu'à autoriser le conseil de surveillance à s'immiscer dans la gestion, ce qui serait une violation des articles 27 et 28, C. com. C'est, en quelque sorte, un minimum d'attributions que la loi indique.

Le contrôle des membres du conseil de surveillance est permanent, c'est-à-dire qu'il peut s'exercer d'un bout de l'année à l'autre ; il a pour but de vérifier si les gérants se conforment aux statuts, s'ils ne commettent ni fraudes, ni fautes dans la gestion. Dans ce but, la loi confère aux membres du conseil de surveillance les attributions suivantes :

a) Ils vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société (art. 10, al. 1).

b) Ils doivent faire chaque année à l'assemblée générale des actionnaires un rapport dans lequel ils apprécient le compte de l'administration du gérant ; ils ont à signaler les irrégularités et les inexactitudes commises dans les inventaires et à constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent à la distribution de dividendes proposée par le gérant (art. 10, al. 2).

c) Les actionnaires tiennent, au moins, une assemblée ordinaire par année. Ils peuvent avoir aussi des assemblées extraordinaires, c'est-à-dire réunies à titre exceptionnel. Le conseil de surveillance a le pouvoir d'en convoquer dans les circonstances graves, spécialement pour faire

délibérer les actionnaires sur le point de savoir s'il n'y a pas lieu de provoquer la dissolution de la société (art. 11, L. de 1867).

Ces attributions sont communes à tous les conseils de surveillance. Mais, comme cela a été dit plus haut (n° 244), le premier conseil de surveillance a la mission spéciale d'examiner si toutes les conditions prescrites par la loi pour la constitution des commandites sont réunies.

273. *Responsabilité des membres du conseil de surveillance.* — Les membres du conseil de surveillance, ne pouvant pas s'immiscer dans la gestion, ne sont pas responsables à raison des actes de gestion ou de leurs résultats (art. 9). Ils le sont quand ils commettent quelque fraude ou quelque faute dans l'exercice de leurs attributions, notamment quand ils ont négligé de constater dans leur rapport annuel que les dividendes, dont la distribution était proposée par le gérant, dépassaient les bénéfices et constituaient, par suite, des dividendes fictifs, quand ils ont laissé commettre au gérant des irrégularités pour n'avoir pas suffisamment vérifié les écritures, quand ils ont négligé de provoquer la dissolution de la société qu'exigeait l'intérêt des actionnaires, etc.

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la gravité de la faute des membres du conseil de surveillance. D'après les principes généraux (art. 1992, C. civ.), on doit se montrer plus sévère quand ils reçoivent une rémunération que lorsque leur mandat est gratuit. On conçoit aussi qu'il soit tenu compte notamment de la difficulté que pouvait présenter la découverte des fraudes commises par le gérant.

La responsabilité des membres du conseil de surveillance est individuelle et non solidaire, quand elle n'est pas encourue à raison de la constitution irrégulière de la société (n° 266, *in fine*) (art. 9, 2e alin.). Toutefois, cela n'empêche pas que, s'il y avait une faute commune et s'il était impossible de déterminer l'étendue proportionnelle de la faute de chacun, ils devraient être condamnés chacun pour le tout à des dommages-intérêts. comme cela a lieu toutes les fois que, plusieurs personnes ayant commis un délit ou un quasi-délit, on ne peut arriver à fixer dans quelle mesure chacune a été la cause du dommage subi. Du reste, quand il s'agit d'un acte à faire après une délibération commune, tel que le rapport à présenter à l'assemblée générale annuelle des actionnaires, afin d'éviter d'encourir une responsabilité collective, les opposants peuvent toujours faire constater leur dissentiment.

Envers qui les membres du conseil de surveillance peuvent-ils être déclarés responsables? Ils peuvent l'être certainement envers les action-

naires, par application des règles du mandat auxquelles renvoie expressément l'article 9, al. 2, de la loi de 1867. Mais peuvent-ils être aussi déclarés responsables envers des tiers, c'est-à-dire envers les créanciers sociaux ? La responsabilité ne saurait à leur égard être fondée sur les principes du mandat. Elle semble devoir être admise en vertu des articles 1382 et 1383, C. civ., à raison de ce que la nomination d'un conseil de surveillance est prescrite dans l'intérêt des tiers, en même temps que dans celui des actionnaires, de telle sorte que les membres du conseil de surveillance commettent un délit ou un quasi-délit à l'égard des tiers, en exerçant négligemment les attributions que la loi leur confère.

274. Plusieurs questions de compétence s'élèvent à propos des actions en responsabilité intentées contre les membres du conseil de surveillance.

a) Il y a lieu d'abord de déterminer si elles doivent être portées devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. La compétence commerciale est certaine quand l'action en responsabilité est exercée par les actionnaires ou au nom de la société ; il s'agit, en effet, alors, d'une contestation entre les associés (art. 631-2°, C. com.). Que décider lorsque l'action est intentée par des créanciers sociaux ? Il s'agit assurément là de questions pour lesquelles les juges consulaires ont une aptitude spéciale ; mais, à défaut de texte, il semble difficile de reconnaître avec la jurisprudence qu'ils sont compétents.

b) Une autre question de compétence, qui s'était élevée sous l'empire de la loi du 17 juillet 1856, a été résolue par la loi de 1867. Il se peut que le gérant soit poursuivi comme coupable d'un délit correctionnel (c'est ce qui a lieu notamment en cas de distribution de dividendes fictifs faite sciemment) et que les membres du conseil de surveillance soient actionnés comme responsables. Peuvent-ils être cités en même temps que le gérant devant le tribunal correctionnel ? La jurisprudence l'avait admis avant la loi de 1867, en considérant que la responsabilité légale des membres du conseil de surveillance est analogue à celle qui résulte pour les parents et pour les patrons de l'article 1384, C. civ. La loi de 1867 (art. 15, dern. alin.) repousse cette solution en disposant que *les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.* La jurisprudence faisait une assimilation erronée ; la responsabilité civile de l'article 1384, C. civ., suppose chez la personne responsable un pouvoir de direction que n'ont pas les membres du conseil de surveillance, investis seulement d'un droit de contrôle. En outre, la crainte d'être poursuivis comme civilement responsables devant une juridiction de répression

pourrait avoir le grave inconvénient d'écarter des conseils de surveillance des hommes capables et honnêtes.

275. ASSEMBLÉES GÉNÉRALES DES ACTIONNAIRES. — Les actionnaires réunis en assemblée générale ont des attributions multiples. On peut distinguer, selon les expressions usitées, les *assemblées constitutives*, les *assemblées ordinaires*, les *assemblées extraordinaires*.

a) Les assemblées constitutives sont celles dont la réunion doit, d'après la loi, précéder la constitution de la société, spécialement celles qui ont à approuver l'évaluation des apports en nature, à vérifier les avantages particuliers (art. 4) (nº 239) et à nommer le premier conseil de surveillance (art. 5) (nº 244).

b) Les assemblées ordinaires sont des assemblées annuelles, se réunissant, en général, à époque fixe.

c) Les assemblées extraordinaires. On appelle ainsi les assemblées d'actionnaires qui sont convoquées à titre exceptionnel dans un but quelconque, mais plus spécialement celles qui le sont pour apporter des modifications aux statuts, par exemple pour décider que le capital social sera augmenté ou réduit, que la société sera dissoute après ou avant le terme fixé par les statuts (art. 11, L. de 1867). V. nº 278.

Il y a des règles communes à toutes les assemblées d'actionnaires et des règles spéciales à chacune des sortes d'assemblées qui viennent d'être distinguées.

Une des règles communes à toutes les assemblées est celle d'après laquelle ces assemblées ne peuvent être convoquées que par le gérant ou par le conseil de surveillance (art. 11, L. de 1867). Dans le silence de la loi, le droit de convocation ne saurait appartenir aux actionnaires même groupés en plus ou moins grand nombre, à moins que ce droit ne leur soit conféré par les statuts.

276. Des questions importantes se posent à propos des assemblées générales au point de vue des conditions de la validité de leurs délibérations. Il y a à déterminer notamment quelle portion du capital doit être représenté par les actionnaires participant aux assemblées pour qu'une délibération valable soit prise (question semblable à celle du *quorum* dans les assemblées politiques), combien d'actionnaires doivent former la majorité pour que la délibération soit obligatoire pour tous. Il y a aussi à décider si tout actionnaire a le droit de participer au vote ou si ce droit n'appartient qu'à ceux qui possèdent au moins un certain nombre d'actions, si chaque actionnaire a une voix ou un nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions. La loi de 1867 (art. 27 et 28), qui a résolu en grande partie ces questions pour les assemblées générales des sociétés anonymes (nºs 301 et suiv.), ne

s'est occupée, en ce qui concerne les commandites par actions, que des assemblées constitutives qui statuent sur l'évaluation des apports en nature et sur les avantages particuliers : d'après l'article 4, ces assemblées prennent leurs décisions à la majorité des actionnaires présents, et cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire (n° 241).

276 *bis*. Les statuts déterminent le mode de convocation des actionnaires, qui varie naturellement suivant que les titres sont nominatifs ou au porteur. Pour les actionnaires seuls dont les titres sont nominatifs, il peut y avoir une convocation individuelle par lettres ; pour les autres, la convocation est collective : elle se fait ordinairement par un avis inséré dans les journaux.

277. *Assemblées ordinaires*. — L'assemblée ordinaire, qui se tient chaque année, a pour mission de recevoir les comptes du gérant et de les approuver s'il y a lieu (1), de statuer sur les propositions de dividendes qui lui sont faites par le gérant et de nommer, quand il y a lieu, des membres du conseil de surveillance. Pour l'éclairer, on lui soumet le bilan, l'inventaire, le compte des profits et pertes, et il lui est donné lecture du rapport du gérant et du rapport du conseil de surveillance.

Comme ces pièces sont remplies de chiffres et se comprennent parfois assez difficilement à la simple lecture, la loi (art. 12) prescrit de mettre à la disposition des actionnaires ou de leurs mandataires l'inventaire, le bilan et le rapport du conseil de surveillance, au siège social, un certain temps avant la réunion de l'assemblée extraordinaire. La communication peut en être exigée quinze jours *au plus* avant cette réunion (2). La communication préalable du rapport du gérant n'est pas prescrite (3).

(1) Le gérant a, le plus souvent, un nombre plus ou moins considérable d'actions (n° 270). Il peut prendre part au vote du chef de ces actions encore qu'il soit intéressé personnellement dans la question de savoir si ces comptes seront approuvés par l'assemblée des actionnaires, puisque cette approbation entraîne la décharge du gérant. En effet, la loi ne contient aucune disposition privant le gérant du droit de vote sur les questions dans lesquelles il a un intérêt propre ; il n'y a, en ce qui concerne le gérant, aucune disposition légale, analogue à celle de l'article 4, al. 5, de la loi de 1867. On peut dire cependant qu'en pareil cas, le gérant est juge et partie Cf Cass., 26 oct. 1896, D. 1898. 1. 65 (note de M. Thaller); *Pand. fr.*, 1898. 1. 33. V. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 846.

(2-3) C'est par suite d'une erreur que l'article 12 de la loi de 1867 dit que ces pièces sont communiquées aux actionnaires, au siège social, 15 jours *au moins* avant la réunion de l'assemblée. Il va de soi que la communication peut être réclamée moins de 15 jours avant cette réunion. C'est 15 jours *au plus* qu'il faut lire. La loi veut empêcher qu'on n'exige du gérant et du conseil de sur-

A défaut de disposition spéciale fixant le *quorum* exigé pour les assemblées ordinaires, il appartient aux statuts de le fixer librement. Ils peuvent même stipuler que ces assemblées délibèreront valablement quelque minime que soit la portion du capital qui y est représentée par les actionnaires présents.

Aucune disposition de la loi de 1867 ne fixe le *quorum* nécessaire dans une assemblée d'actionnaires pour qu'elle ait le pouvoir d'apporter des modifications aux statuts. Aussi, jusqu'à la loi du 16 novembre 1903, les statuts fixaient librement quelle portion du capital devait être représentée dans les assemblées extraordinaires pour la validité de leurs délibérations. Cette situation a été changée. D'après une disposition de l'article 34, C. com., insérée dans cet article en vertu de la loi du 16 novembre 1903, l'assemblée générale qui a le pouvoir de modifier les statuts en décidant la création d'actions de priorité, doit être constituée conformément à l'article 31 de la loi de 1867 relatif aux assemblées extraordinaires des sociétés anonymes, c'est-à-dire comprendre des actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. Il n'est pas admissible que le même *quorum* ne soit pas exigé pour toute assemblée générale extraordinaire d'une société en commandite par actions, quelle que soit la modification des statuts dont il s'agisse.

Il y a lieu de tenir compte, dans les commandites par actions, de l'existence d'un ou plusieurs commandités. Ceux-ci ne font pas, comme tels (1), partie de l'assemblée des actionnaires. Mais les commandités sont des associés ayant même d'ordinaire un plus grand intérêt dans la société qu'aucun des commanditaires ; aussi semble-t-il aller de soi qu'aucune modification aux statuts n'est possible sans l'assentiment des commandités (2). Au reste, le plus souvent ceux-ci sont tous gérants, et, par suite, l'assemblée des actionnaires ne peut, en principe, être convoquée que par eux, de telle façon que la convocation même de l'as-

veillance qu'ils tiennent les documents dont il s'agit prêts très longtemps avant la tenue de l'assemblée ordinaire.

L'article 12, modifié dans le projet déposé à la Chambre les 3 avril 1903 et 18 juin 1906, prescrit la communication du rapport du gérant.

(1) Nous disons *comme tels*, parce que les commandités, qui, comme cela arrive très souvent, sont en même temps commanditaires, prennent part aux assemblées générales en cette dernière qualité.

(2) C'est cette solution qu'adopte le projet de loi déposé à la Chambre des députés en 1903 et en 1906. D'après ce projet, l'article 12, dernier alinéa, modifié, de la loi de 1867 dispose : « L'assemblée générale peut, sur la propo- « sition du gérant, décider toutes les modifications autorisées par l'article 31 ». Le mot *gérant* est ici pris improprement, comme il arrive souvent, pour le mot *commandité*.

semblée générale des actionnaires pour délibérer sur certaines modifications implique que les gérants les approuvent. V. n° 275.

278 *bis*. Les statuts peuvent conférer à l'assemblée générale le pouvoir d'y apporter les modifications qu'ils déterminent expressément.

Mais il arrive très souvent que les statuts, après avoir fait l'énumération d'un certain nombre de modifications que l'assemblée générale pourra décider, ajoutent qu'elle pourra, en outre, admettre toutes les modifications qui seront nécessaires ou utiles. Une clause de ce genre conçue en termes généraux suffit-elle pour conférer à l'assemblée des actionnaires le pouvoir d'apporter aux statuts toutes les modifications possibles, les plus graves comme les moins importantes? Une jurisprudence bien établie reconnaît que cette clause générale permet toutes les modifications, sauf, toutefois, celles qui touchent aux clauses formant les bases essentielles du pacte social. Cette restriction est fondée sur ce qu'il est improbable ou, tout au moins, douteux que les parties aient porté leur attention sur des changements de cette gravité. Pour ceux-ci, l'unanimité des actionnaires est exigée. V. n° 307 *d*.

Une autre question se pose lorsque (ce qui est très rare) les statuts sont muets sur les modifications des statuts : l'assemblée générale a-t-elle de plein droit le pouvoir d'y apporter des modifications? La loi du 16 novembre 1903 paraît avoir mis fin à l'incertitude qui existait à cet égard.

Avant cette loi, il n'y avait aucune disposition légale qui, de près ou de loin, touchât à la question. L'article 31 de la loi de 1867 dont on s'était prévalu pour établir le pouvoir de l'assemblée générale de modifier les statuts (n° 306) ne concernait que les sociétés anonymes. Aussi avait-on pu ou devait-on revenir aux principes généraux du droit selon lesquels une convention ne peut être modifiée que du consentement de toutes les parties, que, par suite, soutenir que, dans les commandites par actions, l'assemblée générale qui n'en avait pas reçu le pouvoir des statuts, ne pouvait pas les modifier. Mais cette doctrine qui conduisait à exiger l'unanimité des actionnaires, très difficile ou même impossible à obtenir pour les moindres modifications aux statuts, avait de graves inconvénients pratiques. De plus, il était injustifiable, au point de vue rationnel, qu'on admît deux solutions différentes pour les deux espèces de sociétés par actions. Aussi la jurisprudence reconnaissait-elle que, dans les sociétés en commandite par actions, comme dans les sociétés anonymes, l'assemblée des actionnaires pouvait, même quand les statuts étaient muets à cet égard, y apporter des modifications, pourvu, toutefois, qu'elles n'eûssent pas trait à des clauses formant des bases essentielles du pacte social. La solution était donc

la même qu'en présence d'une clause générale autorisant les modifications devenues nécessaires ou utiles.

La loi du 16 novembre 1903 a rendu incontestable, en principe, le pouvoir de l'assemblée générale. Cette loi (disposition insérée dans l'article 34, C. com.), admet que, dans toute société par actions, en conséquence, dans la société en commandite par actions, comme dans la société anonyme, l'assemblée générale extraordinaire (nº 272), à moins qu'il n'y ait une clause contraire dans les statuts, peut décider la création d'actions de priorité. Cela implique bien que cette assemblée, même quand les statuts sont muets, a le pouvoir de les modifier.

Mais, par là ne se trouvent pas tranchées toutes les difficultés. Par cela même que les modifications relatives aux bases essentielles du pacte social ne peuvent, d'après la jurisprudence, être décidées, par l'assemblée extraordinaire, que les statuts soient muets ou contiennent une clause conçue en termes généraux, il y a un départ à faire entre les clauses secondaires des statuts et les clauses fondamentales. Le *criterium* de la distinction est difficile à trouver. La loi du 16 novembre 1903 a atténué, sans la faire disparaître, la difficulté qui s'élève à propos d'un grand nombre de modifications. Il est, en effet, rationnel de considérer comme ne touchant pas aux bases essentielles de la société les modifications qui ne sont pas plus graves que celle qui résulte de la création d'actions de priorité. Autrement, on arriverait à des contradictions choquantes.

La même doctrine s'appliquant dans les sociétés anonymes, les conséquences à en tirer seront indiquées à propos de ces sociétés. V. nº 307 *bis*.

279. DES DISTRIBUTIONS DE DIVIDENDES FICTIFS. — Des distributions de dividendes *fictifs*, c'est-à-dire ne correspondant pas à des bénéfices réels, sont parfois opérées pour augmenter le crédit d'une société et faire hausser le cours de ses actions en faisant croire à sa prospérité. Elles ont les conséquences les plus fâcheuses ; elles trompent les actionnaires et les tiers ; elles ne sont possibles qu'en entamant le capital social, par suite en diminuant le gage sur lequel les créanciers sociaux ont compté et les ressources à l'existence desquelles les acquéreurs d'actions ont dû naturellement croire. C'est pour les empêcher que la loi cherche, par divers moyens, à éclairer sur la situation réelle de la société les actionnaires qui ont à statuer sur le montant des dividendes à distribuer (art. 10, al. 2, et art. 12. V. nos 272 et 277). Malgré toutes les précautions, il arrive que des dividendes fictifs sont distribués grâce, soit à l'évaluation exagérée de certains biens de la société (*majoration*, selon l'expression usuelle), soit à la

dissimulation de pertes ou de mauvaises créances, etc. La loi réprime alors la fraude qu'elle n'a pu prévenir.

Le fait par le gérant d'avoir distribué des dividendes fictifs en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, est assimilé à l'escroquerie punie par l'article 405, C. pén. (art. 15-3°, L. de 1867) (1). En outre, en vertu des principes généraux du droit (art. 1382 et 1383, C. civ.), les personnes lésées, spécialement les créanciers sociaux, ont une action en dommages-intérêts contre le gérant et contre les membres du conseil de surveillance, s'ils sont ses complices ou si leur négligence a rendu possible la distribution de dividendes fictifs.

Les créanciers sociaux n'ont-ils pas encore un autre droit, celui de faire restituer les dividendes fictifs aux actionnaires qui les ont reçus? Avant la loi de 1867, aucun texte de loi ne résolvait la question. Il allait de soi que la répétition pouvait être exercée en cas de mauvaise foi des actionnaires. Etait-elle aussi possible quand ils avaient reçu de bonne foi les dividendes fictifs? La jurisprudence admettait, même dans ce cas, la répétition ; elle se fondait sur ce que, les dividendes fictifs étant pris sur le capital, les actionnaires, en les recevant, se trouvaient avoir repris une partie de leurs mises. Cette jurisprudence était-elle conforme aux principes du droit? On peut le nier. Que sont les dividendes pour les actionnaires qui ont ignoré le caractère fictif des dividendes? Ce sont des revenus ou fruits civils. Quand ils ont reçu de bonne foi ces dividendes, les actionnaires les emploient naturellement à leurs besoins ; en les obligeant à en restituer le montant, peut-être après plusieurs années, on risquerait de les ruiner. C'est bien le cas d'appliquer les dispositions du Code civil (art. 549 et 550) sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (2). Pour déterminer si ce qui a été payé constitue un revenu, dont la bonne foi doit empêcher la répétition, il faut se placer au point de vue de la personne qui reçoit et non de celle qui effectue le paiement. Du reste, sans cette solution équitable, bien des capitalistes ne voudraient pas placer leurs fonds, dans les sociétés, par crainte d'être obligés de restituer des sommes qu'ils croiraient légitimement acquises par eux à titre de dividendes.

(1) Ce qui empêche qu'il n'y ait là une escroquerie proprement dite c'est que la fraude n'est pas dirigée contre des personnes déterminées.

(2) La jurisprudence n'admet pas qu'il y ait là une application des principes généraux sur le gain des fruits par le possesseur de bonne foi. Aussi reconnaît-elle que, dans la société en commandite simple, à défaut de disposition légale résolvant la question, la restitution des dividendes fictifs est du même par les commanditaires qui les ont reçus de bonne foi.

Au surplus, la question de savoir si la bonne foi, d'après les principes généraux du droit, doit mettre obstacle à la répétition des dividendes fictifs, ne peut plus se poser que pour les commanditaires dans les commandites simples (nos 167 et 174). Pour les commandites par actions, la loi de 1867 l'a tranchée en faveur des actionnaires. L'article 10, al. 3. de cette loi exclut toute répétition de dividendes fictifs, sauf dans deux cas : lorsque la distribution a été faite, soit *en l'absence de tout inventaire*, soit *en dehors des résultats constatés par l'inventaire*. Dans ces deux cas, il y a mauvaise foi ou, tout au moins, négligence très grave des actionnaires. Il n'est pas douteux qu'on devrait décider de même dans tous les autres cas où la mauvaise foi des actionnaires serait prouvée, spécialement quand, les dividendes distribués étant conformes aux résultats de l'inventaire, les actionnaires sauraient que l'inventaire était frauduleux.

279 *bis*. L'action en répétition des dividendes fictifs n'est pas une action en répétition de l'indû, c'est plutôt une action en complément de la mise d'un associé qui lui a été restituée en partie (1). Elle a la même nature que l'action en versement de la mise des actionnaires ; elle est donc de la compétence du tribunal de commerce, si l'on reconnaît, comme le fait, avec raison, la jurisprudence (n° 188), le caractère commercial à l'obligation de verser le montant des actions.

280. Par suite des conséquences civiles et même pénales attachées aux distributions de dividendes fictifs, il est très important de bien les distinguer des dividendes réels.

A la rigueur, on peut dire qu'on ne sait si une société a produit réellement des bénéfices que quand on peut apprécier l'ensemble de ses opérations. Mais, avec cette idée, on reculerait les distributions de dividendes jusqu'au moment de la dissolution de la société, ou, si l'on distribuait des dividendes d'après les bénéfices réalisés en fait chaque année, cette distribution aurait un caractère provisoire, de telle sorte que les dividendes devraient être restitués si, durant les années suivantes, des pertes étaient éprouvées. L'un et l'autre système sont impraticables : le premier priverait les actionnaires de tout revenu pendant de longues années ; le second les exposerait à de fâcheuses surprises en les contraignant à restituer, par suite de pertes sociales imprévues, des dividendes distribués pendant des années de prospérité. Aussi a-t-il toujours été admis par la pratique commerciale que les bénéfices se déterminent définitivement d'après les résultats des opérations sociales faites chaque année. C'est la période durant laquelle

(1) On a parfois appelé action *en recomblement* l'action en restitution des dividendes fictifs.

on examine s'il y a eu des pertes subies ou des bénéfices réalisés par la société qu'on appelle ordinairement un *exercice social*.

Il résulte de là que les dividendes, répartis pendant des années où une société a réalisé des bénéfices, ne peuvent donner lieu à une action en répétition à raison de pertes éprouvées postérieurement.

Mais que décider, quand, après avoir éprouvé des pertes qui ont entamé le capital, une société réalise des bénéfices durant une ou plusieurs années considérées séparément? Ces bénéfices peuvent-ils être distribués comme dividendes, sans que les actionnaires soient exposés à la répétition, ou ne faut-il pas que le capital soit avant tout reconstitué avec les bénéfices ultérieurs? Le Code ne contient aucune disposition à cet égard; mais la prudence, comme les règles d'une bonne comptabilité, exigent qu'aucune distribution ne soit faite tant que le capital n'est pas reconstitué. A vraiment parler, tant que cette reconstitution n'a pas eu lieu, il n'y a point de bénéfices (1).

281. Actions sociales. Actions individuelles. — Il résulte des solutions données précédemment (nos 266, 270 et 273) que des actions diverses en responsabilité existent souvent contre les membres du conseil de surveillance et contre les gérants. A qui ces actions appartiennent-elles? Qui en a l'exercice?

Les actions en responsabilité peuvent appartenir, soit à des tiers (créanciers sociaux), soit à la société, soit aux actionnaires individuellement.

Les actions en responsabilité appartenant à des tiers sont individuelles, c'est-à-dire que chacun d'eux les exerce ou non à son gré (2). Ces actions n'appartenant pas à la société, l'assemblée générale des actionnaires ne peut pas les en priver en y renonçant. Cela s'applique aux actions qu'ont les créanciers sociaux à raison de dommages qui leur ont été causés et même aux actions qu'ont les actionnaires eux-mêmes à raison de manœuvres frauduleuses qui les ont déterminés à souscrire ou à acheter des actions.

L'action en responsabilité provenant de dommages causés à la société appartient à celle-ci, c'est l'action de mandat (*mandati directa*). Elle est exercée par ses représentants (gérant, délégué spécial, syndic, liquidateur de la société dissoute). C'est l'assemblée générale qui a la dispo-

(1) Pour hâter le moment où des bénéfices pourront être régulièrement distribués, il arrive souvent que l'assemblée générale décide la réduction du capital.

(2) Il y a seulement à déterminer si, en cas de faillite de la société, les actions en responsabilité des créanciers sont concentrées entre les mains du syndic qui seul peut les exercer au nom de la masse des créanciers.

sition de l'action sociale en responsabilité, c'est-à-dire que, selon la décision de cette assemblée, elle est ou n'est pas exercée et que l'assemblée peut y renoncer, ce qu'elle fait souvent à l'égard des gérants, en approuvant leurs comptes en connaissance de cause ou en transigeant avec eux.

Mais, quand l'assemblée des actionnaires s'abstient de se prononcer sur l'exercice de l'action sociale ou y renonce, chaque actionnaire peut-il l'exercer individuellement? On formule souvent cette question en ces termes : dans ces cas, les actionnaires peuvent-ils agir *ut singuli*?

La jurisprudence adopte sur cette importante question deux solutions qui se résument ainsi : 1° Les actionnaires sont privés de tout droit quand la société, par ses organes réguliers, a renoncé à l'action sociale; 2° Si l'action sociale n'a pas été exercée sans qu'il y ait eu une renonciation, chaque actionnaire qui se trouve lésé peut agir en responsabilité dans la mesure de son intérêt (1).

Ces deux solutions sont très critiquables. La seconde paraît inexacte, la première doit être atténuée. D'abord, les gérants et les membres du conseil de surveillance étant les mandataires de la société et non de chacun des actionnaires, ceux-ci ne peuvent se plaindre individuellement de la mauvaise exécution d'un mandat qui n'a pas été donné par chacun. Du reste, en entrant dans la société, les actionnaires ont abdiqué entre les mains de ses organes pour la solution des questions sociales. Mais cette doctrine n'est exacte que lorsqu'il s'agit de responsabilité provenant de fautes de gestion ou de négligences. Quand la responsabilité invoquée est fondée sur une violation de la loi ou des statuts, l'action individuelle des actionnaires doit exister même après que l'assemblée générale y a renoncé par une transaction ou par l'approbation des comptes. Il n'appartient pas plus à la majorité des actionnaires, d'absoudre une violation de la loi ou des statuts que de l'autoriser (2).

281 *bis. Procès entre les actionnaires et le gérant ou les membres du conseil de surveillance.* — A raison même de la responsabilité qu'encourent le gérant et les membres du conseil de surveillance, des procès sont souvent intentés contre eux par les actionnaires. Les procès sont surtout nombreux avec le système de la jurisprudence qui reconnaît aux actionnaires le droit d'intenter *ut singuli* même les actions

(1) V., sur l'action sociale et l'action individuelle, note de M. Labbé dans le *Recueil de Sirey*, 1885. 1. 97 et dans le *Journal du Palais*, 1885. 1. 225. Cpr. Cass., 3 décembre 1884, S. 1885. 1. 97 ; *J. Pal.*, 1885. 1. 225.

(2) Voir note précédente.

sociales en responsabilité (n° 281). Si l'on appliquait le droit commun, il faudrait que tous les actionnaires figurassent en nom dans la procédure, alors même qu'ils choisiraient un mandataire unique, par application de la règle : *nul ne plaide en France par procureur*, et que les actes de la procédure fussent signifiés à chacun d'eux. Il y aurait là une source de complications et de frais. Pour les éviter, la loi de 1867 (art. 17) a dérogé à cette règle, en permettant aux actionnaires de choisir un mandataire qui plaide en son nom. Il est évident que cela facilite les procès; afin de ne pas trop exciter les minorités à intenter des procès en responsabilité, cet avantage n'est accordé qu'à des actionnaires représentant au moins un vingtième du capital social.

B. — Des sociétés anonymes (1).

282. La loi de 1867, en supprimant l'autorisation préalable (n° 228), n'a pas modifié les caractères distinctifs des sociétés anonymes; du reste, l'article 21, dern. alin., de cette loi renvoie notamment aux articles 29, 30 et 33, C. com., qui déterminent ces caractères.

Tous les associés sans exception ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises (art. 33, C. com.). La personne des associés n'étant nullement prise en considération, la mort, la faillite, l'interdiction d'aucun d'eux n'entraînent la dissolution de la société. Par cela même, la société anonyme n'a point de raison sociale (art. 29, C. com.); elle est désignée, soit par un nom tiré de l'objet de l'entreprise (*Compagnie des chemins de fer de l'Est, Compagnie des mines de la Loire*, etc.), soit par un nom de fantaisie (*le Phénix, l'Union, la Nationale*, etc.) Ce dernier mode de désignation s'impose quand il y a plusieurs sociétés anonymes se livrant au même genre d'opérations, ainsi que cela se présente notamment pour les sociétés d'assurances et de banque.

Comme cela a été dit plus haut (n° 228), le régime des sociétés anonymes a été profondément modifié par la loi de 1867. L'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement ont été remplacées par une réglementation légale analogue à celle des sociétés en commandite par actions. Aussi la loi de 1867 a-t-elle eu à faire, dans son *titre II*, consacré aux *sociétés anonymes*, de nombreux renvois aux dispositions du *titre Ier* relatif aux *sociétés en commandite par actions* ; toutefois, la loi a établi entre les règles applicables aux deux espèces de sociétés

(1) En 1905, il s'est fondé en France 836 sociétés anonymes, sur un nombre total de 6.034 sociétés de commerce.

des différences dont plusieurs ne peuvent s'expliquer. Ces règles concernent, comme pour la commandite par actions, soit la constitution, soit le fonctionnement de la société anonyme.

1° *Constitution des sociétés anonymes.*

283. Pour la société anonyme, comme pour la société en commandite par actions, les fondateurs ne sont pas libres de fixer à leur gré le moment où la société sera constituée. Pour qu'elle le soit et pour qu'elle puisse, en conséquence, commencer ses opérations, la loi exige la réunion de conditions presque identiques à celles qui sont prescrites pour les commandites par actions (art. 24, L. de 1867). V. n^os^ 231 et suiv. (1). Il faut :

1° Que le montant des actions ne soit pas inférieur à 100 francs ou à 25 francs, selon que le capital excède ou non 200.000 francs (n° 232) ;

2° Que le capital soit entièrement souscrit (n° 233) ;

3° Que chaque action soit entièrement libérée ou que le quart au moins soit versé sur chaque action, suivant qu'il s'agit d'actions de 25 francs ou d'actions d'un taux supérieur (n^os^ 234 et 237) (2) ;

4° Qu'il soit déclaré par devant notaire que le capital a été entièrement souscrit et que chaque action est, suivant le cas, intégralement libérée ou libérée du quart ; à cette déclaration doivent être jointes les pièces justificatives exigées pour les commandites par actions (n° 238). Seulement, comme il peut ne pas y avoir d'administrateurs désignés par les statuts, la déclaration est faite par les fondateurs (art. 24, al. 2), tandis que, dans les commandites, elle émane du gérant, que les statuts désignent nécessairement et qui, du reste, est d'ordinaire le fondateur ;

5° Que l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers soient approuvés par l'assemblée générale des actionnaires (n^os^ 239 à 243). Les conditions de la validité des délibérations de l'assemblée ne sont pas les mêmes que dans les commandites par actions (Cpr. n^os^ 241 et 304) ; il y a là une différence arbitraire ;

(1) V., sur les modifications proposées dans le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906, les notes 1 de la page 178 et 1 de la page 184.

Ces modifications sont les mêmes pour les deux sortes de sociétés par actions en ce qui concerne leur constitution.

(2) La société anonyme d'assurances à primes n'est valablement constituée qu'après le versement d'un capital de garantie, qui ne peut, en aucun cas, être inférieur à 50.000 fr. (Déc. du 22 janv. 1868, art. 2).

6° Que l'assemblée générale, à défaut d'une désignation contenue dans les statuts, ait nommé les premiers *administrateurs* (art. 25, n° 295) ;

7° Que les personnes chargées de la surveillance et appelées *commissaires* (on les appelle souvent dans l'usage *commissaires des comptes* ou *commissaires aux comptes* ou *commissaires de surveillance*) aient été nommées par l'assemblée générale (art. 25). La surveillance exercée par ces commissaires est tout autrement organisée que dans les commandites par actions (nos 239 et suiv.).

Dans la société anonyme, les assemblées générales constitutives ont une mission plus étendue que dans les commandites : dans celles ci, c'est le premier conseil de surveillance qui examine si la déclaration du gérant est conforme à la vérité (n° 245) ; dans la société anonyme, cet examen est fait par la première assemblée générale (art. 24, *in fine*).

283 *bis. Nombre minimum des associés.* — Une condition toute spéciale est imposée à la société anonyme ; elle est relative au nombre minimum des associés. La société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à *sept* (art. 23). On a cherché à justifier cette exigence, en disant que la forme anonyme n'est faite que pour les entreprises importantes, qui supposent un grand nombre d'actionnaires, et que, du reste, s'il n'y a pas au moins sept actionnaires, il ne saurait y avoir des administrateurs, un commissaire de la société anonyme et une assemblée générale.

284. *Preuve.* — La loi de 1867 n'exige pas, comme le faisait le Code de commerce (art. 40), un acte authentique ; elle exige seulement un écrit, qui peut être sous seings privés. Comme pour les sociétés en commandite par actions (n° 246), par dérogation à l'article 1325, C. civ., il n'est pas besoin, quand l'acte de société est sous seings privés, d'autant d'originaux qu'il y a d'associés ; il suffit de deux originaux, dont l'un reste déposé au siège social et dont l'autre est annexé à la déclaration faite devant notaires par les administrateurs (art. 21, 2e alin.).

285. *Publicité.* — Les formalités de publicité à remplir dans le mois qui suit la constitution de la société sont les mêmes que dans les commandites par actions (n° 247), sauf, toutefois, une petite différence. A l'acte de société déposé aux greffes doit être annexée une liste nominative des souscripteurs d'actions (art. 55, dern. alin.) ; on ne saurait expliquer pour quelle raison la même formalité n'est pas prescrite dans les commandites par actions.

Les formalités de publicité à accomplir pendant la durée de la société sont également identiques (n° 247).

La sanction de la nullité est régie par les mêmes règles.

285 *bis*. De ces formalités de publicité il y a lieu de distinguer, comme pour les sociétés en commandite par actions, celles qui sont prescrites par la loi du 30 janvier 1907 (art. 3) en cas d'émission, d'exposition, de mise en vente et d'introduction d'actions sur le marché en France. Les infractions à ces formalités qui sont constatées par les agents de l'enregistrement, entraînent l'application d'une amende, mais non la nullité ni de la société ni d'aucun acte. V. sur ces points, nos 194 et 233 *bis*.

286. Tout ce qui a été dit à propos, soit des conditions et formalités prescrites pour l'augmentation du capital social (n° 248), soit du moment à partir duquel les actions peuvent être négociées (nos 250 et 251) ou mises au porteur (nos 253 et suiv.), soit des personnes obligées de compléter les versements à faire sur les actions non libérées, s'applique dans les sociétés anonymes.

287. SANCTIONS DES RÈGLES RELATIVES A LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES. — Les règles concernant la constitution des sociétés anonymes reçoivent, comme les règles semblables relatives aux commandites par actions (nos 261 et suiv.), trois sanctions. Elles consistent : 1° dans la nullité de la société ; 2° dans la responsabilité pécuniaire des personnes qui, par fraude ou par négligence, ont laissé la société se constituer, en fait, sans les conditions légales requises ; 3° dans des peines infligées en certains cas à ceux qui ont contrevenu à la loi.

288. *a*) *Nullité de la société*. — L'inobservation des dispositions contenues dans les articles 22, 23, 24 et 25 de la loi de 1867 entraîne la nullité de la société. La nullité a le même caractère et les mêmes effets que celle qui est admise dans les commandites par actions (nos 262 et suiv.). Cpr. art. 41 et 7. L'action en nullité peut être éteinte comme dans les commandites par actions. Les règles ajoutées sur ce point à l'article 8 (n° 264) ont été étendues aux sociétés anonymes (paragraphe ajouté à l'art. 42 de la loi de 1867 par la loi du 1er août 1893). — L'article 41 ne reproduit pas expressément la disposition de l'article 7 qui refuse aux associés le droit de se prévaloir de la nullité contre les tiers ; mais cette restriction, qui se trouvait dans le projet de la loi de 1867, a disparu par suite d'un simple oubli.

289. *b*) *Responsabilité pécuniaire*. — Quand la nullité de la société est prononcée, la loi (art. 42) déclare responsables : *a*) les fondateurs ; *b*) les premiers administrateurs ; *c*) les actionnaires qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers et qui ne les ont

pas fait vérifier ou approuver. Cette responsabilité est encourue à l'égard, soit des actionnaires, soit des créanciers sociaux.

A propos de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs, des difficultés assez graves se présentent.

290. Il n'y a pas de doute possible sur la responsabilité des fondateurs auxquels la nullité est imputable. Il n'en est pas de même de celle des premiers administrateurs, quand ils n'ont pas en même temps été fondateurs de la société : on a soutenu que ces premiers administrateurs ne sont pas alors responsables avec les fondateurs. En faveur de cette opinion, on a fait remarquer qu'ils ne sont pas en fonctions au moment où les irrégularités, causes de la nullité, sont commises, puisque, d'après l'article 25, l'acceptation des fonctions qui leur sont conférées par l'assemblée des actionnaires est le dernier acte qui précède immédiatement la constitution de la société. On a ajouté que la loi n'impose pas, du reste, aux premiers administrateurs l'obligation de vérifier si toutes les conditions voulues pour la constitution de la société sont réunies. Enfin, si l'on oppose aux partisans de cette doctrine que l'article 42 de la loi de 1867 semble bien admettre la responsabilité des premiers administrateurs avec celle des fondateurs dans le cas où la société est annulée, ils répondent que cet article doit être entendu distributivement, que les fondateurs sont responsables de la nullité de la société et que les administrateurs le sont de la nullité des délibérations des assemblées générales prises alors qu'ils sont en fonctions, de telle sorte que les fondateurs et les administrateurs ne peuvent jamais être responsables en même temps.

La jurisprudence (1) s'est avec raison prononcée pour la responsabilité solidaire des premiers administrateurs avec les fondateurs. L'article 42 de la loi de 1867 les déclare en même temps responsables, sans faire la distinction qu'on lui attribue. La loi a voulu que les administrateurs n'entrassent pas en fonctions avant d'avoir vérifié si toutes les conditions légales prescrites pour la constitution de la société sont réunies. Elle eût été bien imprévoyante en chargeant de cette vérification exclusivement l'assemblée générale ; le grand nombre des personnes qui la composent empêche une vérification sérieuse. On peut dire, du reste, que les premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale sont en fonctions au moment où la nullité est encourue, puisque la nullité n'existe qu'autant qu'après la nomination des premiers administrateurs, la société commence à fonctionner malgré les irrégularités de sa constitution.

(1) Cass., 27 janvier 1873, D. 1873. 1. 331 ; S. 1873. 1. 16 ; *J. Pal.*, 1872. 833 ; Cass., 13 mars 1876, D. 1877. 1. 49 ; S. 1876. 1. 461 ; *J. Pal.*, 1876. 873.

291. Les fondateurs et administrateurs sont responsables, soit envers les créanciers sociaux, soit envers les actionnaires. Il est certain qu'envers les actionnaires, la responsabilité s'applique seulement au préjudice causé par la nullité de la société, mais non aux dommages qui ont pu être éprouvés pour d'autres causes. N'en est-il pas autrement relativement aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers de la société? A leur égard, les fondateurs et les administrateurs ne sont-ils pas responsables de toutes les dettes sociales ? La question était vivement discutée sous l'empire de la loi de 1867. On avait soutenu que la responsabilité devait être restreinte au préjudice causé par la constitution vicieuse de la société, qu'il n'était pas juste de l'étendre au delà des conséquences de la faute commise. Mais la jurisprudence reconnaissait avec raison que, d'après la loi, les fondateurs et les premiers administrateurs étaient responsables solidairement de tout le passif social existant lors de l'annulation de la société, alors même qu'une cause étrangère au vice de la constitution empêchait de l'acquitter (1). Le texte de l'article 42 pouvait être invoqué à l'appui de cette solution ; sans faire aucune distinction, il déclarait les fondateurs et les administrateurs responsables solidairement envers les tiers. En outre, il paraissait distinguer la responsabilité envers les tiers de celle qui existe envers les actionnaires et qui certainement est limitée au dommage causé par la nullité de la société (2). Cette solution était fort rigoureuse ; elle est écartée par la loi du 1er août 1893, qui modifie le texte du § 1 de l'article 42 dans les termes suivants : *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 est encourue, sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation.* Ainsi, la responsabilité est de la même nature envers les actionnaires et envers les tiers, et elle ne peut excéder le dommage causé par l'annulation de la société.

D'après un paragraphe ajouté à l'article 42 de la loi de 1867 par la loi du 1er août 1893, l'action en responsabilité peut être éteinte comme dans les commandites, en vertu de l'article 8 nouveau. Voir n° 267.

(1) Cass., 13 mars 1876, S. 1876. 1. 361 ; *J. Pal.*, 1886. 873 ; Cass., 9 avril 1888, S. 1888. 1. 207 ; *J. Pal.*, 1888. 1. 506 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 258.

(2) L'ancien article 42 de la loi de 1867 était ainsi conçu : *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 du droit des actionnaires.*

292. La même responsabilité existe pour ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, dans le cas où les formalités de vérification prescrites par la loi n'ont pas été remplies. Seulement, pour ces personnes, à la différence de ce qui a lieu pour les fondateurs et les administrateurs, les tribunaux ne sont pas obligés d'admettre la responsabilité, ils en ont seulement la faculté (art. 42).

293. *Sanctions pénales* — Elles frappent les mêmes faits et sont les mêmes que dans les commandites par actions : l'article 45 de la loi de 1867 se borne à renvoyer aux articles 13 à 16. V. n° 288.

2° *Fonctionnement des sociétés anonymes.*

294. La société doit, d'après la loi, avoir trois organes qui correspondent à ceux de la commandite par actions : des *administrateurs*, des *commissaires de surveillance*, dénommés par la loi simplement *commissaires* et appelés dans l'usage *commissaires aux comptes* ou *commissaires des comptes* ou *commissaires de surveillance*, une *assemblée générale d'actionnaires*.

295. *Administrateurs*. — Les administrateurs sont des mandataires de la société chargés de faire des opérations en son nom et de la représenter en justice. Ils sont ordinairement nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Mais il peut être utile de donner au début l'administration aux fondateurs qui ont eu l'idée première de l'entreprise ; aussi la loi (art. 25, al. 3) admet-elle que les premiers administrateurs peuvent être désignés par les statuts. C'est une faculté dont il est fait le plus souvent usage. Dans ce cas les premiers administrateurs sont souvent appelés administrateurs *statutaires*.

Le nombre des administrateurs n'est pas fixé par la loi. Il peut, selon les dispositions des statuts, y en avoir un seul ou plusieurs ; dans ce dernier cas, qui est de beaucoup le plus fréquent, la réunion des administrateurs constitue le *conseil d'administration*.

Chaque administrateur n'agit pas individuellement ; le conseil d'administration délibère et prend des décisions à la majorité. Les statuts déterminent ordinairement le nombre des administrateurs qui devront être présents pour qu'une délibération soit valable. Souvent, un administrateur est désigné par ses collègues pour prendre les mesures nécessaires dans l'intervalle des séances du conseil ; cet administrateur est connu dans le langage usuel sous le nom *d'administrateur délégué* (n° 298).

Du reste, que les administrateurs soient désignés par les statuts ou

nommés par l'assemblée générale, ils sont toujours révocables au gré de cette assemblée. Dans les autres sociétés, les personnes chargées de l'administration par les statuts ne peuvent, en principe, être révoquées que par justice (nos 170 et 171). Comme, dans les sociétés anonymes, les associés changent continuellement, il est juste et utile que les nouveaux associés puissent révoquer les administrateurs qu'ils n'ont pas choisis et qui ne leur inspirent pas confiance, sans même qu'ils aient contre eux aucun grief déterminé. Aucune clause des statuts ne pourrait rendre les administrateurs irrévocables, ou restreindre, même indirectement, la faculté de révocation, par exemple, en allouant une indemnité aux administrateurs révoqués sans cause suffisante.

Pour donner plus de liberté aux actionnaires, la loi décide que non seulement les administrateurs sont révocables, mais encore qu'ils sont nommés à temps ; l'assemblée générale pourrait, en effet, hésiter à prononcer des révocations. Le temps maximum pour lequel les administrateurs peuvent être nommés, est fixé par la loi (art. 25) : il est, en principe, de 6 ans ; mais, pour les premiers administrateurs nommés par les statuts, la durée des fonctions est au maximum de 3 ans.

Les administrateurs sont ordinairement salariés ; ils peuvent aussi être des mandataires gratuits (art. 22).

Le Code de commerce (ancien art. 31) admettait que les administrateurs pouvaient être choisis en dehors des associés. La loi de 1867 (art. 22) exige, au contraire, qu'ils soient pris parmi eux. On a pensé que l'intérêt qu'ils ont comme associés à la prospérité de la société, est une garantie de bonne administration. Cette condition n'est pas gênante, car les statuts déterminent librement le nombre d'actions qui doit appartenir à chaque administrateur ; ce nombre peut être restreint, être réduit même à une action. Les actions qui doivent appartenir aux administrateurs, se trouvent constituées en gage au profit de la société (n° 297). Aussi, pour que la garantie soit sérieuse, doivent-elles être nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant cette inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale (art. 26, al. 3).

296. *Pouvoirs des administrateurs.* — Les administrateurs, n'étant que des mandataires, obligent la société envers les tiers sans s'obliger personnellement (art. 32).

C'est aux statuts à fixer les pouvoirs des administrateurs. En cas de silence ou d'insuffisance des statuts, les principes généraux du mandat doivent être appliqués, pour déterminer quels actes les administrateurs peuvent faire. Leurs pouvoirs sont étendus ; ils ont qualité pour faire tous les actes habituels nécessaires à la marche de la société. Pour les actes exceptionnels, il leur faut l'autorisation de l'assemblée générale

des actionnaires. Cette autorisation leur est donc, à moins de clause contraire des statuts, nécessaire pour emprunter et pour constituer une hypothèque.

Si la loi n'a pas déterminé les pouvoirs des administrateurs, elle leur a, du moins, défendu de faire certains actes sans l'autorisation de l'assemblée générale; dans la crainte que, placés dans une situation où leur intérêt serait en conflit avec leur devoir, celui-ci ne fût méconnu par eux. Elle leur interdit, en principe, 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 (art. 40). Il s'agit là, non pas d'opérations quelconques, mais de conventions importantes et dont l'exécution demande un temps assez long, par exemple de l'engagement de fournir des matières premières ou des objets manufacturés pendant plusieurs mois ou plusieurs années. En outre, il a été entendu, lors de la discussion de la loi, que cette prohibition ne s'applique point aux marchés et aux entreprises adjugés avec publicité et concurrence.

Cette prohibition n'est levée qu'à deux conditions. Il faut : 1° que l'assemblée générale ait autorisé le marché ; 2° qu'il soit, chaque année, rendu compte à cette assemblée de l'exécution du marché autorisé. Cette dernière condition a pour but d'éviter toute fraude dommageable à la société dans l'exécution du marché ou de l'entreprise.

297. *Responsabilité des administrateurs.* — Les administrateurs sont responsables envers la société ou envers les créanciers sociaux (art. 44).

Leur responsabilité envers la société résulte du mandat ; elle peut exister quand il y a eu faute commise dans la gestion, violation d'une disposition légale ou d'une clause des statuts. Il n'est pas douteux que les créanciers sociaux peuvent exercer, en vertu de l'article 1166, C. civ., l'action en responsabilité de la société contre les administrateurs. Mais ceux-ci peuvent aussi être actionnés directement par les créanciers ; cette responsabilité directe, que consacre l'article 44 de la loi de 1867, se rattache aux articles 1382 et 1383, C. civ. Il est évident que les créanciers ne peuvent pas critiquer les actes de gestion (les administrateurs ne sont pas les mandataires des créanciers sociaux), mais ils peuvent se plaindre, soit de la violation de la loi ou des statuts, soit des fraudes commises à leur préjudice.

La responsabilité des administrateurs est-elle solidaire ou individuelle ? Cela dépend : elle est solidaire quand, la faute étant commune, on ne peut fixer la part pour laquelle chacun a contribué au préjudice, elle est individuelle quand il y a des fautes commises individuellement par certains administrateurs ou quand (ce qui est très rare) on peut fixer la part pour laquelle chacun a été la cause du dommage. Mais,

même quand il s'agit de fautes individuelles, les actions déposées dans la caisse sociale par les administrateurs servent de garantie à tous les actes de gestion (art. 26, al. 2) ; il y a ainsi dans ce cas une solidarité, dont l'effet est restreint à ces actions. C'est une sorte de *solidarité réelle*.

Il va de soi que les administrateurs auxquels il n'y a point de faute à reprocher, ont un recours contre les autres, sur lesquels doit peser, en définitive, exclusivement la responsabilité.

298. *Du directeur*. — A côté du conseil d'administration se trouve souvent une personne désignée le plus fréquemment sous le nom de *directeur*. Il exécute les décisions du conseil d'administration et représente la société dans les actes journaliers. Il est d'après les statuts, choisi par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale des actionnaires. On peut, comme le suppose la loi (art. 22), 2e al., le choisir parmi les membres du conseil d'administration. On désigne souvent sous le nom d'*administrateur-délégué* l'administrateur ainsi choisi (n° 295). Rien, du reste, n'empêche de le prendre en dehors du conseil d'administration ; souvent, ce conseil ne comprend personne ayant des aptitudes spéciales suffisantes pour être directeur. Il est possible aussi qu'on trouve avantage à ne pas prendre le directeur parmi les administrateurs, afin qu'il soit plus soumis au conseil d'administration.

Les fonctions d'administrateur ont un caractère personnel incontestable. Cependant, la loi (art. 22, al. 2) admet qu'en vertu d'une clause des statuts, un administrateur peut se substituer un mandataire ; c'est un cas exceptionnel. Aussi la loi déroge-t-elle, en ce qui le concerne, aux principes ordinaires. D'après le droit commun (art. 1994, C. civ.), le mandataire, ayant reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, n'est responsable de son substitué que lorsqu'il a choisi comme tel un homme notoirement incapable ou insolvable. Ici, l'administrateur est responsable de tous les actes de la personne qu'il se substitue, n'eût-il commis aucune faute en la choisissant.

298 *bis*. Il ne faut pas confondre avec le directeur chargé d'exécuter les décisions du conseil d'administration, et qu'on peut appeler directeur *général*, le directeur *technique*, chargé de s'occuper des opérations sociales au point de vue technique, par exemple, de diriger une ou plusieurs usines, de se consacrer à une branche d'affaires.

La distinction entre le *directeur général* et le *directeur technique* a, en droit, une réelle importance (1).

(1) En fait, il y a souvent plusieurs directeurs techniques dont chacun a sa spécialité, tandis qu'il n'y a d'ordinaire qu'un directeur *général*.

Le premier tient ses pouvoirs de l'assemblée générale directement ou indirectement alors que, d'après les statuts, il est nommé par elle ou par le conseil d'administration. Aussi est-il révocable *ad nutum* par l'assemblée générale, comme les administrateurs, sans avoir droit à aucune indemnité, tandis que le directeur technique, qui est un employé, a le droit, s'il est révoqué sans cause légitime, de réclamer une indemnité, par application de l'article 1780, C. civ.

299. DES COMMISSAIRES. — Il y a un organe de surveillance dans les sociétés anonymes comme dans les commandites par actions, mais il ne porte pas le même nom, n'est pas constitué de la même manière et n'a pas les mêmes attributions dans les deux espèces de sociétés par actions. Quelques-unes des différences consacrées par la loi s'expliquent dans une certaine mesure par cette considération que le contrôle est plus nécessaire dans les commandites, à raison de ce qu'en général, les gérants ont plus d'indépendance que les administrateurs ; d'autres différences sont inexplicables.

Les personnes chargées de la surveillance sont désignées par la loi sous le nom de *commissaires* (art 25 et 32). La loi n'en fixe pas le nombre, comme elle le fait pour les membres du *conseil de surveillance* dans les commandites par actions : il peut y avoir, selon les clauses des statuts, un ou plusieurs commissaires. A la différence des membres du conseil de surveillance, ils peuvent être choisis aussi bien en dehors des actionnaires que parmi eux. Les fonctions ne durent qu'un an. Les premiers commissaires sont choisis par l'assemblée générale constitutive, qui nomme les premiers administrateurs, quand ceux-ci n'ont pas été désignés par les statuts (n° 293) ; ils sont ensuite nommés par l'assemblée générale annuelle. Si l'assemblée générale omet de choisir les commissaires, ils sont désignés par ordonnance du président du tribunal de commerce, à la requête d'un intéressé, les administrateurs dûment appelés.

Les commissaires ont pour mission principale de faire à l'assemblée générale annuelle un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs (art. 32, al. 1). Ils doivent y indiquer si le dividende proposé par les administrateurs peut ou non être distribué.

Le contrôle exercé par les commissaires n'est pas nécessairement permanent, comme l'est celui du conseil de surveillance C'est seulement pendant le trimestre précédant la réunion de l'assemblée générale que les commissaires ont le droit de prendre communication des livres

et d'examiner les opérations de la société (art. 33, al. 1) (1). En outre, on doit mettre à leur disposition le bilan, le compte des profits et pertes le 40e jour au plus tard avant la réunion de l'assemblée, à laquelle ils doivent être présents, afin de pouvoir donner des explications verbales (art. 34). Enfin, un état de la situation active et passive dressé chaque semestre doit leur être communiqué.

Les commissaires peuvent aussi, en cas d'urgence, convoquer extraordinairement l'assemblée générale, alors qu'en principe le droit de convocation appartient au conseil d'administration (art. 33, dern. alin.).

Les statuts ne peuvent pas valablement restreindre les pouvoirs des commissaires de surveillance ainsi déterminés par la loi ; mais ils peuvent les étendre, pour rendre leur contrôle plus efficace ; on peut notamment stipuler qu'il s'exercera d'une façon permanente (2).

300. *Responsabilité des commissaires.* — Ils sont responsables de leurs fautes envers la société, conformément aux règles générales du mandat (art. 33). Ils peuvent l'être aussi envers les tiers en vertu des articles 1382 et 1383, C. civ., quand ils commettent quelque négligence, quoique aucun texte ne le dise formellement. On ne voit pas pourquoi la loi, qui admet la responsabilité directe des administrateurs envers les tiers (n° 297), exclurait celle des commissaires de surveillance envers eux. C'est, d'ailleurs, dans l'intérêt des tiers comme dans celui de la société que la loi exige la nomination des commissaires.

301. Assemblees générales des actionnaires. — Il y a lieu de distinguer, comme dans les commandites, en s'attachant à l'objet de leurs délibérations, les assemblées générales *ordinaires*, *constitutives* et *extraordinaires*. La loi de 1867, qui a presque complètement gardé le silence sur les assemblées générales dans les commandites par actions (n° 269), a posé, au contraire, un certain nombre de règles destinées à les régir dans les sociétés anonymes. Parmi ces règles, les unes sont communes à toutes les assemblées générales, quel que soit leur objet, les autres, spéciales à telle ou telle des trois espèces d'assemblées.

302. *Règles générales.* — Dans toutes les assemblées, les délibérations sont prises à la majorité des voix des membres présents ou dûment représentés (art. 28). On ne tient compte que des opinions émises dans la réunion même ; celles qui seraient exprimées par lettres ne devraient pas être prises en considération.

(1-2) Le projet de loi, déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906, rend le droit de surveillance des commissaires permanent, comme celui du conseil de surveillance dans la société en commandite par actions. V. n° 272.

Afin de mettre tous les intéressés à même de constater si les délibérations ont été prises valablement, il doit être tenu une feuille de présence contenant les noms des actionnaires et le nombre des actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant (art. 28).

La loi ne contient aucune règle sur la composition du bureau des assemblées générales ; elle est, par suite, réglée par les statuts. En fait, le bureau est ordinairement composé du président du conseil d'administration assisté de deux actionnaires choisis par l'assemblée, et le bureau désigne un secrétaire chargé de rédiger le procès-verbal.

303. *Assemblées générales ordinaires.* — Ces assemblées se tiennent au moins une fois par an, à l'époque fixée par les statuts (art. 27). Elles entendent le rapport des administrateurs et celui du commissaire. Elles ont à déterminer, d'après ces rapports, si les comptes doivent être approuvés et si le dividende proposé doit être distribué. La délibération de l'assemblée générale approuvant les comptes est nulle quand elle n'a pas été précédée du rapport des commissaires (art. 32, al. 2). L'approbation des comptes vaut décharge aux administrateurs pour leurs actes de gestion. Malgré cette approbation, les actes faits par les administrateurs en violation de la loi ou des statuts, peuvent être attaqués ; pour de tels actes, la majorité ne saurait lier la minorité. Si les comptes ne sont pas approuvés et si, en conséquence, l'assemblée estime qu'il y a lieu d'agir en responsabilité contre eux, elle a à désigner des personnes chargées d'agir contre les administrateurs (1).

En outre, les assemblées ordinaires nomment des commissaires pour l'année suivante et ont à procéder au remplacement des administrateurs démissionnaires, révoqués ou parvenus à l'expiration de leurs fonctions. Afin que ces assemblées se prononcent autant que possible en connaissance de cause, la loi exige que l'inventaire et la liste des actionnaires, ainsi que le bilan (résumant l'inventaire) et le rapport des commissaires, soient déposés au siège social. Tout actionnaire peut prendre communication de ces pièces quinze jours *au plus* (2) avant la réunion de l'assemblée et se faire délivrer copie du bilan et du rapport (art. 35).

Dans le silence des statuts, tout actionnaire (3) a le droit de prendre

(1) Thaller, *op. cit.*, nos 668 et suiv.

(2) V. note 2 de la page 215 sur l'article 12 de la loi du 24 juillet 1867.

(3) Cela comprend même les administrateurs, qui ont, cependant, un intérêt direct dans le vote. V. l'observation faite à propos du gérant de la commandite par actions, nº 277, en note, et notre *Traité de Droit commercial*, II, nº 846.

part aux assemblées et a une voix, quel que soit le nombre de ses actions ; mais la loi ne restreint aucunement la liberté des stipulations sur ce point. Aussi les statuts peuvent-ils, comme cela arrive le plus souvent, subordonner le droit de prendre part aux assemblées à la possession d'un certain nombre d'actions et proportionner le nombre de voix de chacun au nombre de ses actions ; on évite ainsi l'encombrement et la présence, dans les assemblées, de personnes qui n'ont pas grand intérêt à la prospérité de la société. Afin que les petits actionnaires ayant le droit de vote ne soient pas complètement sacrifiés, le plus souvent les statuts n'admettent pas la proportionnalité des voix sans restriction, mais stipulent qu'un actionnaire ne pourra jamais avoir plus d'un certain chiffre de voix, quel que soit le nombre de ses actions.

D'après la loi de 1867, les petits actionnaires se trouvaient complètement exclus des assemblées générales par la clause des statuts attachant le droit de vote à la possession d'un nombre minimum d'actions. On a pensé que cela était injuste. La loi du 1er août 1893 a ajouté au § 1 de l'article 27 de la loi de 1867 la disposition suivante : *Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux.* Ce droit de *groupement* ne saurait évidemment être enlevé aux actionnaires par une clause des statuts. Il est bien singulier qu'on n'ait pas songé à établir le même droit pour les actionnaires des commandites par actions (1). Du reste, il n'appartient pas aux actionnaires dans les sociétés anonymes constituées avant la loi du 1er août 1893 (2).

Pour que les assemblées ordinaires délibèrent valablement, il faut qu'elles soient composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins le quart du capital social (3). Si l'assemblée générale ne réunit

(1) Le projet de loi déposé à la Chambre des députés, le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 admet le groupement dans les commandites par actions comme dans les sociétés anonymes. V. article 12, 4e alin., du projet de loi modifiant la loi de 1867. — Ce projet admet, en outre, que, dans les deux espèces de sociétés par actions, les actionnaires groupés peuvent choisir, pour les représenter, même un actionnaire pris en dehors d'eux, ayant entrée à l'assemblée générale.

(2) Paris, 19 février 1897, S. et *J. Pal.*, 1899. 2. 185 ; D. 1898. 2. 153 ; *Pand. fr.* 1900. 1. 369.

(3) Il est très singulier que la loi n'ait pas indiqué de *quorum* pour la commandite par actions. Du reste, il a été constaté plus haut (n° 276) que le législateur de 1867, qui s'est occupé avec quelque détail des assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes, garde un silence presque complet sur ces assemblées dans les commandites par actions. C'est aux statuts à

pas ce nombre, il en est convoqué une autre, qui délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée (art. 29).

304. *Assemblées constitutives.* — Ce sont celles qui ont à prendre les délibérations nécessaires pour la constitution de la société (art. 30, al. 1 ; 27, al. 2 ; 25, al. 1). V. nº 275. A raison de leur importance et de la date de leur réunion antérieure à la constitution de la société, elles sont soumises à des règles spéciales. Tout actionnaire a le droit d'y prendre part, malgré les clauses des statuts qui ne confèrent le droit de vote qu'à ceux qui ont un certain nombre d'actions. Toutefois, afin que tout avantage ne soit pas enlevé aux gros actionnaires, et que, pourtant, ils n'écrasent pas les petits, chaque actionnaire a le nombre de voix fixé par les statuts, sans toutefois qu'il puisse dépasser dix.

Les assemblées constitutives doivent être composées d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital. Quand il s'agit de la vérification des apports en nature, on ne tient pas compte, pour la détermination de ce capital, des apports à vérifier, et les associés qui les font n'ont pas voix délibérative (art. 39, al. 4). Il se peut que les actionnaires présents ne représentent pas au moins la moitié du capital social. Alors, la délibération n'est que provisoire et il y a lieu à une convocation nouvelle. Deux avis publiés dans un journal, à huit jours d'intervalle, un mois au moins à l'avance, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires de la première assemblée. Celles-ci deviennent définitives quand elles sont adoptées par une nouvelle assemblée qui délibère valablement, par cela seul qu'elle réunit un nombre d'actionnaires représentant un cinquième du capital social (art. 30, al. 2).

Aucune disposition légale expresse n'exige dans les assemblées constitutives une majorité spéciale, et l'article 30 paraît statuer d'une façon complète sur tout ce qui concerne ces assemblées. Mais, selon la jurisprudence et la plupart des auteurs, la majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital en numéraire, comme dans les commandites par actions. On prétend déduire cette solution de ce que l'article 24 renvoie à l'article 4 qui, dans son 4e alinéa, consacre cette règle pour les assemblées constitutives des commandites par actions.

305. *Assemblées extraordinaires.* — On désigne ainsi, dans un sens large, toutes les assemblées qui se réunissent à une époque autre que celle fixée pour l'assemblée ordinaire, quel que soit, du reste, l'objet de

réparer cette omission. Celle-ci paraît, toutefois, être comblée, pour les *assemblées générales extraordinaires*, par la loi du 16 novembre 1903 (disposition insérée dans l'article 34, C. com.). V. nº 278.

leurs délibérations. Mais, dans un sens étroit, on appelle assemblées extraordinaires seulement celles qui sont réunies pour statuer sur des modifications à apporter aux statuts. Ce dernier sens est le plus fréquent, parce que ce sont exclusivement les assemblées ayant cet objet qui sont soumises à des règles spéciales, en ce qui concerne le *quorum* exigé pour la validité des délibérations.

La loi de 1867 (art. 31) se borne à disposer, en prévoyant quelques modifications apportées aux statuts, que l'assemblée ne délibère valablement que si elle comprend un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

L'article 31 de la loi de 1867 est ainsi conçu : *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 peuvent délibérer valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.*

Cette disposition laconique laisse sans les résoudre plusieurs questions :

1. Doit-on appliquer, même aux assemblées extraordinaires, la clause des statuts qui enlève le droit de vote à ceux qui n'ont pas au moins un certain nombre d'actions (n° 303)? La gravité des délibérations à prendre paraît devoir faire admettre que, comme dans les assemblées constitutives, tous les actionnaires ont le droit de prendre part au vote (argument de l'article 37), et que les statuts s'appliquent seulement (1) en tant qu'ils proportionnent le nombre des voix à celui des actions. V. n° 304.

2. La loi ne prévoit pas le cas où une première assemblée extraordinaire ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, comme elle le prévoit pour les assemblées constitutives (n° 394). S'il devient, par suite, nécessaire de convoquer une nouvelle assemblée extraordinaire, peut-elle délibérer valablement, quelle que soit la portion du capital représentée ? Dans le silence de la loi, il y a lieu d'exiger que cette nouvelle assemblée satisfasse à la condition exigée pour la première. Ainsi, la modification proposée aux statuts est impossible si l'on ne parvient pas à réunir, dans une assemblée, que ce soit la première convoquée ou une assemblée subsé-

(1) La Cour de cassation admet au contraire, que, même pour les assemblées extraordinaires, on doit appliquer la clause des statuts n'accordant le droit de vote qu'aux actionnaires possédant un certain nombre d'actions : Cass., 30 avril 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 305 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1894. 1. 153 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 389.

quente, des actionnaires représentant au moins la moitié du capital social (1).

306. Ces difficultés sont secondaires et ne touchent pas au-fond. Il en est autrement de celles qui s'élèvent sur le point de savoir dans quels cas et sous quelles conditions l'assemblée générale, composée comme l'exige l'article 31 de la loi de 1867, a le pouvoir de modifier les statuts. Elles ont déjà été touchées plus haut (n° 278 *bis*) à propos des commandites par actions et paraissent devoir se résoudre de la même manière dans les deux espèces de sociétés par actions. Ces difficultés sont atténuées ou restreintes grâce à la loi du 16 novembre 1903 qui, en statuant sur un point spécial (conditions de la création d'actions de priorité), implique l'adoption de quelques principes qui étaient antérieurement très incertains.

L'assemblée générale satisfaisant au *quorum* exigé par l'article 31 de la loi de 1867, a certainement toujours eu le pouvoir de modifier les clauses de l'acte de société que celui-ci indique expressément comme pouvant être modifiées par elle.

Mais des difficultés s'élèvent soit lorsque (ce qui est rare) les statuts sont muets sur le pouvoir de l'assemblée générale quant aux modifications à y apporter, soit (ce qui est au contraire très fréquent) lorsqu'ils contiennent une clause générale d'après laquelle cette assemblée aura le pouvoir d'y apporter toutes les modifications utiles (2).

Ces deux cas sont à examiner séparément.

306 *b*. a) *Silence des statuts*. — On avait soutenu, avant la loi du 16 novembre 1903 qu'à défaut de clause expresse, des modifications aux statuts ne pouvaient être admises que du consentement unanime des actionnaires (3). Cette solution ne paraissait pas contraire à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 et semblait imposée par les principes généraux du droit. Cet article, disait-on, se borne à déterminer la por-

(1) Dans la pratique, on se plaint beaucoup que le *quorum* ne soit pas abaissé, en cas de convocation d'une nouvelle assemblée. Des modifications aux statuts très utiles ou même nécessaires pour la marche de la société sont ainsi rendues impossibles. Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 décembre 1903 admet la possibilité de convocations nouvelles avec abaissement du *quorum* exigé. V. page 241, note 1.

(2) On consultera très utilement sur les questions relatives aux pouvoirs des assemblées d'actionnaires et, en général, sur toutes les questions relatives à ces assemblées, G. Bourcart, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions* (1905).

(3) P. Pont, *Traité des sociétés*, II, n° 1688 ; Vavasseur, n^os^ 167 et 908 ; Houpin, *op. cit.*, II, n^os^ 907 et suiv. C'est cette opinion rigoureuse que nous avions nous-mêmes adoptée. Cpr. Paris, 1^er^ août 1868, D. 1868. 2. 65 ; Paris, 19 avril 1875. S. 1876. 2. 113 ; *Pand. fr. chr.*

tion du capital qui doit être représentée dans une assemblée extraordinaire pour qu'elle délibère valablement, mais il n'indique point dans quels cas elle a le pouvoir de modifier les statuts. Dans le silence de la loi spéciale, les principes généraux seuls à consulter semblaient conduire à reconnaître que l'unanimité était nécessaire ; car un contrat ne peut être modifié que du consentement de tous les contractants (art. 1134, C. civ.). Sans doute, au point de vue pratique, cette doctrine a de graves inconvénients : l'unanimité est impossible à obtenir dans une société comprenant de nombreux actionnaires et parfois des modifications aux statuts sont indispensables à la marche et au développement d'une société. Mais cela prouve seulement que le législateur de 1867 aurait dû déroger aux principes généraux et que les fondateurs des sociétés anonymes agissent sagement en insérant dans les statuts une clause expresse permettant à l'assemblée générale d'y apporter des modifications.

Mais, dès avant la loi du 16 novembre 1903, la jurisprudence (1) et la plupart des auteurs reconnaissaient que les statuts peuvent être modifiés par une assemblée générale extraordinaire même en l'absence de toute clause lui conférant ce pouvoir. En faveur de cette opinion, on invoquait l'article 31 de la loi de 1867 qui, sans exiger aucune clause de cette nature, détermine quelle portion du capital doit être représentée dans les assemblées ayant à se prononcer sur des modifications à faire aux statuts. On ne manquait pas aussi, en dehors de cet argument de texte, d'insister sur les graves inconvénients de la doctrine contraire. Avec celle-ci, l'esprit d'opposition ou la malveillance d'un seul peut apporter au bon fonctionnement de la société un obstacle insurmontable. Du reste, dans les assemblées qui délibèrent sur des questions concernant une personne civile, la majorité doit faire la loi, parce que les personnes qui les composent ont, dans l'intérêt collectif, renoncé à leurs droits individuels.

Les partisans de cette opinion n'ont jamais été jusqu'à admettre le droit, pour l'assemblée générale, de faire aux statuts des modifications quelconques. Ils reconnaissent que les modifications aux clauses formant les bases essentielles du pacte social ne peuvent être arrêtées que du consentement de tous les actionnaires (1).

Depuis la loi du 16 novembre 1903, il est hors de doute que l'unanimité n'est pas requise pour que l'assemblée générale ait le pouvoir, même dans le silence des statuts, d'y voter des modifications. Cette loi con-

(1) Cass., 30 mai 1891, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 561 (note de Ch. Lyon-Caen) : D. 1893. 1. 105 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 83 ; Cass., 31 décembre 1893, 30 mai 1894. 1. 12 et 305.

sacre implicitement ce principe. Présentée comme contenant une interprétation de l'article 31 de la loi de 1867, elle admet qu'une assemblée générale extraordinaire a le pouvoir de modifier les statuts en votant la création d'actions de priorité, à moins qu'il y ait dans les statuts une prohibition directe et expresse. Cela implique bien que, pour que l'assemblée générale ait le pouvoir de modifier les statuts, il n'est pas nécessaire que ce pouvoir lui ait été conféré par une clause expresse.

Mais les dispositions de la loi du 16 novembre 1903 n'impliquent nullement que l'assemblée générale a le pouvoir d'apporter aux statuts les modifications même les plus graves. Elle a seulement atténué les difficultés qui s'élèvent sur le point de savoir quelles modifications sont à considérer comme ne portant pas atteinte aux bases fondamentales du pacte social. V. sur ce point nos 307 et suiv.

306 *c Clause générale des statuts.* — Les statuts peuvent, après avoir précisé certains changements qui pourront y être apportés, conférer en termes généraux à l'assemblée générale le pouvoir de faire les modifications utiles, et c'est là un cas d'une grande fréquence. Doit-on alors reconnaître à l'assemblée, composée conformément à l'article 31, le droit de changer une disposition quelconque des statuts? On s'accorde à distinguer les bases essentielles du pacte social et les clauses accessoires : pour qu'il puisse être touché aux premières, il faut une clause expresse des statuts ou, à défaut, l'unanimité des actionnaires; les secondes peuvent, au contraire, être modifiées conformément à l'article 31. La difficulté est de distinguer ce qui est essentiel de ce qui est accessoire (1).

Ainsi, la solution adoptée pour le cas de silence des statuts et la solution admise en présence d'une clause conçue en termes généraux sont identiques et les controverses qui naissent de l'une et de l'autre sont aussi les mêmes.

(1) Lors de la discussion de la loi du 1er août 1893, un amendement avait été proposé au Sénat pour remplacer l'article 31 par une disposition précisant les pouvoirs de l'assemblée générale. Il a été rejeté par les motifs suivants : « L'article 31 est aujourd'hui interprété par la jurisprudence de la Cour de « cassation dans le sens le plus large. L'assemblée générale est souveraine, à « la condition de ne pas changer l'objet de la société. La disposition proposée « n'a donc plus un caractère d'urgence qui s'impose. En fait, elle ne paraît « pas nécessaire » (Rapport).

Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 résout la question. L'article 31 nouveau de la loi de 1867, tel qu'il est conçu dans le projet de loi, accorde les pouvoirs les plus larges aux assemblées d'actionnaires. Il diminue le *quorum* exigé pour les assemblées subséquentes quand celui de la moitié du capital n'a pu être atteint dans une première assemblée, sauf pour le cas où il s'agit de modifier l'*objet*, la *forme* ou la *nationalité* de la société.

307. Qu'il s'agisse d'une société dont les statuts contiennent une clause générale autorisant les modifications utiles ou d'une société dont les statuts sont muets (dans le système consacré par la jurisprudence), il faut déterminer quelles clauses des statuts ont le caractère de bases essentielles de la société, quelles clauses, au contraire, sont accessoires.

Le *criterium* de la distinction n'est pas facile à trouver. A cet égard, des opinions divergentes ont été émises. Les uns prétendent que les clauses formant les bases essentielles de la société sont celles d'où résultent, au profit des actionnaires, des droits personnels ou individuels, qui, comme tels, sont indépendants du vote de la majorité. Les autres rangent dans cette catégorie les clauses que les actionnaires ont dû prendre principalement en considération lors de la constitution de la société, en prenant comme type un actionnaire raisonnable.

Mais l'un ou l'autre de ces *criteriums* laisse à l'appréciation du juge, quand il s'agit d'en faire l'application, un pouvoir très large.

En fait, on s'accorde bien :

1° A ranger parmi les clauses accessoires pouvant comme telles être modifiées par l'assemblée générale, les clauses des statuts qui fixent le nombre des administrateurs et la durée de leurs fonctions, le nombre des commissaires, l'époque de la réunion de l'assemblée générale ordinaire, les dates des distributions de dividendes et, généralement, toutes les clauses concernant l'administration de la société ;

2° A ranger parmi les clauses formant la base de la société celles qui déterminent la forme ou l'objet de la société, qui limitent la responsabilité des actionnaires au montant de leurs actions, de telle sorte que, pour modifier ces clauses, l'unanimité des actionnaires doit consentir.

Mais, sur beaucoup d'autres points, les avis sont partagés. Ainsi, une controverse existe au sujet des modifications relatives à la durée de la société (prolongation ou dissolution avant le terme), au montant du capital (augmentation ou réduction), etc. (1).

307 *b*. Jusqu'à la loi du 9 juillet 1902 (dont les dispositions insérées dans l'article 34, C. com. ont été remplacées par celle du 16 novembre 1903), on était d'accord pour ranger parmi les bases essentielles du pacte social les clauses relatives à la répartition des bénéfices et le principe d'égalité entre les actionnaires; en vertu duquel les bénéfices sont distribués et l'actif partagé entre eux en proportion du nombre de

(1) V., sur les questions diverses qui s'élèvent sur ces points, notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 864 et suiv.

leurs actions. La jurisprudence en avait conclu qu'à moins d'une clause expresse des statuts l'y autorisant, l'assemblée générale n'a pas le pouvoir de décider l'émission d'*actions de priorité* (appelées aussi *actions de préférence* ou *actions privilégiées*), auxquelles est attaché, soit un droit de préférence sur les dividendes ou sur l'actif social ou à la fois sur les dividendes et sur l'actif ou d'autres avantages, soit tout autre avantage. Ces actions ont, pourtant, parfois une grande utilité : spécialement, en cas d'augmentation du capital de la société, il peut paraître juste ou utile d'accorder un droit de préférence de cette sorte, soit aux anciens actionnaires qui ont couru les risques de l'entreprise à ses débuts, soit aux nouveaux actionnaires, pour être plus certain d'attirer des souscripteurs. Aussi, une loi du 9 juillet 1902 (remplacée par une loi du 16 novembre 1903) a-t-elle reconnu à l'assemblée générale le pouvoir de créer des actions de priorité, à moins que les statuts n'interdisent, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature. La règle antérieurement admise est de cette façon retournée.

Les dispositions insérées dans l'article 34, C. com., par la loi du 9 juillet 1902 ont été modifiées en quelques points par la loi du 16 novembre 1903 qui consacre, du reste, les mêmes principes généraux.

Selon l'article 34, C. com., tel qu'il est rédigé en vertu de la loi du 16 novembre 1903, *le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale. — Toute société par actions* (1) *peut, par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, créer des actions de priorité jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux, si les statuts n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature.*

(1) Les dispositions de la loi du 9 juillet 1902 ne s'appliquaient qu'aux sociétés anonymes. Celles de la loi du 16 novembre 1903 visant les *sociétés par actions* s'appliquent aussi aux commandites par actions. De plus, la loi de 1902 ne se prononçant pas sur la question de savoir si elle régissait même les sociétés antérieures, il avait été décidé que, dans les sociétés antérieures, les actions de priorité ne pouvaient être émises qu'en vertu d'une clause expresse des statuts (Tribunal de commerce de la Seine, 10 décembre 1902), les actionnaires de ces sociétés ayant un droit acquis à ce que le principe d'égalité ne fût pas méconnu à leur préjudice par la création d'actions de cette nature. Les dispositions de l'article 34, C. com , telles qu'elles sont rédigées en vertu de la loi du 16 novembre 1903, s'appliquent aux sociétés constituées même avant la loi du 9 juillet 1902 (L. 16 novembre 1903, art. 2).

Il est possible qu'il s'agisse, lorsqu'il y a plusieurs catégories d'actions, de modifier les droits d'une catégorie seulement ; il est juste qu'alors, un vote de l'assemblée générale composée conformément à l'article 31 de la loi de 1867, ne suffise pas, qu'il faille, en outre, un vote de la majorité des actionnaires dont les droits sont modifiés, émis dans une assemblée spéciale, dans laquelle les votants représentent au moins la moitié du capital correspondant aux actions de ces derniers actionnaires. Par une autre disposition ajoutée à l'article 34, C. com., cette règle est consacrée dans les termes suivants :

Dans le cas où une décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés à une catégorie d'actions, cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie visée. — Cette assemblée spéciale, pour délibérer valablement, doit réunir au moins la moitié du capital représenté par les actions dont il s'agit, à moins que les statuts ne prescrivent un minimum plus élevé.

307 *c* Les dispositions de la loi du 16 novembre 1903 qui reconnaissent en principe, à l'assemblée des actionnaires, le pouvoir de décider la création d'*actions de priorité* ont d'autant plus d'importance qu'on doit, semble-t-il, en déduire que l'assemblée générale a le pouvoir, même en dehors du cas de création d'actions de priorité spécialement prévu par cette loi, d'apporter aux statuts des modifications équivalentes ou *a fortiori* d'une gravité moindre que celle qui consiste dans la création d'actions de cette sorte ou qui sont moins graves (1).

De là résulte notamment que l'assemblée générale extraordinaire a le pouvoir :

a. De décider l'augmentation du capital par la création d'actions ordinaires ;

b. De réduire le capital ;

c. De décider que l'amortissement des actions qui avait lieu sera suspendu ou cessera ;

d. De décider, au contraire, que l'amortissement que les statuts n'admettent pas, fonctionnera dorénavant ;

e. De créer un fonds d amortissement à raison des pertes de valeur des différents éléments de l'actif social ou d'augmenter ou de diminuer le taux de cet amortissement ;

(1) Consulter, sur cette doctrine et les principales solutions pratiques à en déduire, Percerou, *Du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à l'effet de modifier les statuts, envisagé spécialement au point de vue de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité* (*Journal des sociétés*, 1907, p. 5 et suiv. ; p. 49 et suiv. ; p. 97 et suiv.

/. De créer ou de modifier le taux des prélèvements à faire sur les bénéfices pour la formation de réserves statutaires.

307 *d*. Dans les cas où l'unanimité des actionnaires est exigée, on peut, au lieu de convoquer une assemblée dans laquelle on ferait voter, recueillir le consentement individuel des actionnaires. Sans doute, il est de principe, quand il s'agit de décisions à prendre par une assemblée générale, qu'on ne tient compte, pour la formation de la majorité, que des voix exprimées dans l'assemblée même par les actionnaires ou par leurs mandataires. Mais, aucune disposition légale ne s'occupe des cas où l'unanimité est requise et aucun principe n'exige qu'alors, une assemblée soit tenue. Cela peut contribuer à faciliter l'obtention de l'unanimité qui serait extrêmement difficile ou même impossible à obtenir, s'il fallait réunir à un jour donné tous les actionnaires ou leurs mandataires.

307 *e*. Les modifications apportées aux statuts font naître des questions spéciales quand la société a créé des parts de fondateur. Il s'agit de savoir si et à quelles conditions les modifications apportées aux statuts sont opposables aux porteurs de ces parts.

Sur ce point, une distinction doit être faite entre deux classes de modifications. Les unes n'atteignent que par contre-coup les porteurs de parts de fondateur, comme la dissolution de la société avant le terme fixé, la création de réserves nouvelles à l'aide de prélèvements faits sur les bénéfices, l'attribution d'une plus grande part dans les bénéfices aux administrateurs. Les autres modifications sont celles qui atteignent directement les porteurs de parts de fondateur, comme le rachat de ces parts, la réduction de la portion des bénéfices leur revenant.

Les modifications aux statuts de la première sorte sont opposables aux porteurs de parts de fondateur ; le consentement de ceux-ci n'est pas nécessaire. Il n'y a même pas à réunir une assemblée générale des porteurs de parts de fondateur. Les statuts leur enlèvent toujours le droit de participer aux assemblées générales et, dès lors, on ne saurait leur appliquer les dispositions de la loi du 16 novembre 1903 relatives au cas où une décision de l'assemblée générale comporte des modifications dans les droits attachés à une catégorie d'actions (n° 307 *c*).

Les porteurs de parts ne peuvent même pas réclamer à la société des dommages-intérêts à raison du préjudice que leur causent les modifications dont il s'agit, à moins qu'il n'y ait eu une fraude pratiquée à leur égard (1).

Au contraire, les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires modifiant directement les droits des porteurs de parts de fonda-

(1) Cass., 4 juillet 1893, D. 1893. 1. 565 ; Paris, 8 juin 1901, D. 1902. 2. 7.

teur, dépassent les limites des pouvoirs de cette assemblée. Aussi les porteurs de ces parts peuvent en demander la nullité. L'assentiment de la majorité de ceux-ci ne suffirait même pas pour rendre les délibérations opposables à tous. Jusqu'ici la loi n'a pas organisé des assemblées de porteurs de parts de fondateur dans lesquelles la majorité ferait la loi à la minorité (1).

308. Afin d'assurer la sincérité du vote des assemblées générales dans les sociétés anonymes, comme dans les commandites par actions, la loi de 1867 (art. 45 et 43) punit les fraudes ayant pour effet de produire une majorité factice.

309. *Dividendes. Fonds de réserve. Fonds d'amortissement.* — Les règles relatives aux dividendes et aux conséquences de la distribution de dividendes fictifs sont les mêmes dans les deux espèces de sociétés par actions (art. 45, 15 et 10, et nos 279 et suiv.).

Toutefois, dans les sociétés anonymes, la loi ne permet pas la distribution de tous les bénéfices nets. Afin de pourvoir aux besoins urgents et inattendus ou de couvrir les pertes extraordinaires, il faut qu'un prélèvement soit fait sur les bénéfices pour former un fonds de réserve. Ce prélèvement doit être d'un vingtième au moins des bénéfices nets : quand le fonds de réserve atteint le dixième du capital, il est jugé suffisant pour pourvoir à toutes les éventualités, et le prélèvement du vingtième sur les bénéfices nets cesse d'être exigé (art. 36). Les statuts peuvent naturellement exiger un prélèvement plus important pour la constitution du fonds de réserve. Assez souvent on constitue, en dehors de la réserve légale, une réserve supplémentaire et une réserve extraordinaire en prévision de besoins spéciaux. Ce sont ces réserves statutaires et non légales qui servent notamment à relever les dividendes dans les années mauvaises.

Dans les commandites par actions, la formation d'un fonds de réserve n'est pas obligatoire : on a pensé qu'il y est, en quelque sorte, remplacé par la responsabilité personnelle et solidaire des commandités. En fait, les statuts de ces sociétés exigent souvent la formation d'un fonds de réserve à l'aide de prélèvements opérés sur les bénéfices.

La loi ne prescrit point l'amortissement des actions ; mais c'est là, comme cela a été dit (n° 181), une mesure de prudence qui est adoptée dans un grand nombre de sociétés. Quand l'amortissement est admis,

(1) Un projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 organise à la fois des assemblées générales de porteurs de parts de fondateur et des assemblées générales d'obligataires. V. note 2 de la page 143.

il faut prélever sur les bénéfices nets la somme nécessaire pour l'opérer.

310. *Actions individuelles. Actions sociales.* — Les questions relatives aux actions sociales et aux actions individuelles sont les mêmes que dans les commandites par actions et doivent recevoir les mêmes solutions. V. n° 281.

Pour faciliter les procès à intenter contre les administrateurs ou contre les commissaires de surveillance, la loi de 1867 (art. 39 et 17) admet que des actionnaires peuvent charger de les représenter une personne qui plaide en son nom. Il faut seulement que ces actionnaires représentent au moins un vingtième du capital social. V. n° 281 *bis*.

311. *Questions transitoires.* — Les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 et celles de la loi du 1er août 1893 relatives aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes devaient nécessairement donner lieu à des questions transitoires. Les principales ont été tranchées par ces lois elles-mêmes.

La loi de 1867 (art. 47, 2e alin.) a abrogé et l'article du Code de commerce soumettant les sociétés anonymes à l'autorisation préalable (art. 37), et la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Mais, d'après le principe de la non-rétroactivité des lois, les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, constituées avant la promulgation de la loi nouvelle, sont demeurées soumises au Code de commerce et à la loi de 1863 La loi de 1867 a voulu seulement que les sociétés anciennes pussent se transformer, si l'on y trouvait avantage, en sociétés anonymes soumises à la loi nouvelle. Cette transformation peut avoir lieu, pour les sociétés à responsabilité limitée, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts (art. 47, al. 1). Quant aux sociétés anonymes antérieures à 1867, leur conversion en sociétés anonymes dans les termes de cette loi a une gravité particulière : elle les soustrait à la surveillance du gouvernement et leur permet de modifier leurs statuts dans l'avenir sans son autorisation ; aussi doivent-elles non seulement observer dans ce cas les formes et conditions prescrites pour la modification de leurs statuts, mais encore obtenir l'autorisation du gouvernement. Le nombre des sociétés demeurées soumises, en vertu de l'article 37, C. com., à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement va sans cesse en diminuant. Car, depuis la loi du 24 juillet 1867, le gouvernement refuse, en général, d'autoriser les modifications des statuts des sociétés constituées sous l'empire du Code de commerce, spécialement la prorogation de leur durée ; ainsi, celles de ces sociétés qui ont voulu modifier leurs

statuts ont dû préalablement se transformer en sociétés soumises à la loi de 1867 (1).

Pour l'application des dispositions de la loi du 1er août 1893 qui modifient les premiers articles de la loi de 1867, également applicables aux sociétés anonymes, il n'y a qu'à renvoyer aux explications déjà données. V. n° 268 *bis*. La faculté de groupement accordée aux actionnaires par l'addition faite à l'article 27, § 1er, de la loi de 1867 ne peut pas être exercée dans les sociétés antérieures à la loi de 1893. Mais le nouveau règlement de l'étendue de la resposabilité des fondateurs et administrateurs dans le cas de nullité de la société (n° 291) s'applique même pour les sociétés anonymes constituées antérieurement (art. 7, al. 3, loi du 1er août 1893).

Les dispositions de l'article 34, C. com. (Loi du 16 novembre 1903, art. 2) relatives aux actions de priorité s'appliquent dans les sociétés constituées même avant la loi du 9 juillet 1902 qui a admis que l'assemblée générale a le pouvoir de décider la création d'actions de cette nature même dans le silence des statuts. La loi du 16 novembre 1903 a été faite en partie pour donner cet effet rétroactif à la disposition conférant ce pouvoir à l'assemblée générale.

312. Différentes espèces de sociétés anonymes. — Les sociétés anonymes sont, en principe, soumises à la même réglementation, quel que soit leur objet, et c'est celle qui résulte de la loi de 1867 telle qu'elle vient d'être exposée. Mais cela n'est pas exact d'une façon absolue. On peut distinguer les différentes sortes de sociétés anonymes suivantes :

1° Celles qui sont régies exclusivement par la loi du 24 juillet 1867 modifiée par les lois du 1er août 1893 et 16 novembre 1903, ce sont de beaucoup les plus nombreuses, puisque les autres sociétés anonymes ont des objets spéciaux ;

2° Les sociétés anonymes d'assurances autres que les sociétés d'assurances sur la vie et contre les accidents du travail régies par les lois du 9 avril 1898, du 12 avril 1906 et du 18 juillet 1907 (sociétés anonymes d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre les maladies des bestiaux, etc.) (2), qui sont soumises à la fois à la loi du 24 juil-

(1) Parmi les sociétés anonymes demeurées soumises au régime légal antérieur à la loi de 1867 se trouvent les cinq grandes compagnies de chemins de fer.

(2) Les sociétés anonymes d'assurances contre les accidents non régies par les lois citées au texte, sont soumises simplement à la loi du 24 juillet 1867 et aux lois qui l'ont complétée ou modifiée.

let 1867 et aux dispositions spéciales du décret du 22 janvier 1868 (L. 24 juillet 1867, art. 66, 2e alin.). Cf. 3° et 4° (1) ;

3° Les sociétés d'assurances sur la vie ou ayant pour objet des opérations fondées sur des calculs relatifs à la durée de la vie humaine, qui sont à la fois régies par la loi du 24 juillet 1867 et soumises à un régime de surveillance et de contrôle de l'Etat organisé par la loi du 17 mars 1905 (2) (3) ;

4° Les sociétés d'assurances contre les accidents du travail régies par la loi du 24 juillet 1867 et soumises à un régime spécial de surveillance et de contrôle de l'Etat en vertu de la loi du 9 avril 1898 (art. 27) et du décret du 27 février 1899 (4) ;

5° Les sociétés de capitalisation qui sont soumises à un régime légal presque identique à celui des sociétés d'assurances sur la vie (Loi du 19 décembre 1907) (5).

En outre, il y a naturellement des sociétés anonymes anciennes qui sont restées soumises au régime du Code de commerce (ancien article 37), et des sociétés à responsabilité limitée régies par la loi du 23 mai 1863 (n° 311).

IV. — DES SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE.

313. Les sociétés à capital variable sont le plus souvent, à raison de leur but, *des sociétés coopératives* (n° 323) (6). Les *sociétés coopératives* se sont surtout développées en Allemagne et en Angleterre, depuis

(1) A titre exceptionnel, les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles qui sont gérées ou administrées gratuitement, qui n'ont en vue et qui, en fait, ne réalisent aucun bénéfice, sont affranchies des formalités prescrites par la loi du 24 juillet 1867 et le décret du 22 janvier 1868, relatif aux sociétés d'assurances. Elles peuvent se constituer en se soumettant aux prescriptions de la loi du 20 mars 1884 sur les syndicats professionnels (L. 4 juillet 1900).

(2) Cette loi a abrogé l'article 66, 1er alinéa, qui soumettait les sociétés dont il s'agit à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement.

(3-4-5) Les lois relatives à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances et des sociétés de capitalisation s'appliquent à toutes les sociétés et entreprises ayant cet objet et pas seulement aux sociétés anonymes.

(6) L'expression *société coopérative* semble un pléonasme, puisque, dans toute société, il y a bien *coopération*. On a dit, il est vrai, que *coopérer* ne signifie point travailler ensemble, mais *travailler avec*, la société coopérative étant celle qui travaille *avec* ses propres associés (Thaller, *op. cit.*, n° 604). Mais cela n'est pas toujours exact, attendu que souvent les sociétés coopératives opèrent avec des non-associés, ce qui se présente pour les sociétés de production et même pour les sociétés de consommation, Cf n° 323.

cinquante ans, grâce aux idées mises en circulation par Schulze-Delitsch, en lutte avec le socialisme. D'après la doctrine commune aux écoles socialistes, c'est de l'Etat que les ouvriers doivent attendre le relèvement de leur situation sociale : l'industrie ou la société elle-même devrait être dans ce but soumise à une organisation nouvelle. Des économistes contemporains soutiennent au contraire, avec raison, que c'est surtout par leurs propres efforts que les ouvriers doivent chercher à améliorer leur sort. Dépourvus de capitaux et n'ayant pas de crédit pour en obtenir, les ouvriers ne peuvent pas grand'chose s'ils demeurent isolés. Dans l'association, ils ont un moyen d'acquérir une force qu'ils n'ont pas quand ils demeurent à l'état d'isolement ; ils peuvent ainsi se procurer un certain crédit, parvenir même à travailler pour leur compte et à se soustraire au salariat. V. n° 323.

Les ressources des ouvriers même économes sont restreintes. Pour arriver à s'associer, il faut qu'ils puissent, s'ils ont besoin de leur argent, retirer leurs mises et diminuer ainsi le capital social, ou qu'à l'inverse, de nouveaux associés puissent entrer dans la société et augmenter le capital par leurs apports. La variabilité du capital et du personnel est une condition de succès pour les sociétés coopératives ; aussi sont-elles d'ordinaire des *sociétés à personnel et à capital variables*.

Avant la loi de 1867, la constitution par actions de sociétés de ce genre était, en fait, impossible. La loi du 17 juillet 1856 exigeait, dans les commandites par actions, que le minimum des actions fût de 100 francs et qu'un quart fût versé sur chaque action avant la constitution de la société. Le gouvernement avait des exigences analogues pour les sociétés anonymes qu'il autorisait. Les ouvriers, qui n'épargnent à la fois que des sommes très restreintes, n'auraient pu parvenir à constituer des commandites par actions ou des sociétés anonymes. Les sociétés coopératives revêtaient par suite la forme des sociétés en nom collectif ou en commandite simple ; les mises y sont de telle valeur qu'il plaît aux associés de fixer. Mais, dans les sociétés de personnes, les retraites d'associés doivent recevoir la même publicité que l'acte de société même ; les retraites étant fréquentes dans les sociétés coopératives, il y avait là une source de frais relativement considérables.

Le législateur de 1867 a voulu faire disparaître les entraves légales qui s'opposaient au développement des sociétés coopératives. C'est dans ce but principal que la loi du 24 juillet 1867 (titre IV, art. 48 à 54) a admis et réglementé les *sociétés à capital variable* : ce nom est tiré de ce que, dans ces sociétés, les statuts mêmes stipulent la faculté pour les associés de diminuer le capital en retirant leurs mises ou la

faculté de l'augmenter par l'admission de nouveaux associés (1).

314. La société à capital variable n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, une nouvelle espèce de société créée par la loi de 1867 à côté des sociétés organisées par le Code civil et par le Code de commerce. La variabilité du capital est une sorte de modalité qui peut se rencontrer, soit dans les sociétés à forme civile régies par le Code civil, soit dans les sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes. Ce sont ces différentes sortes de sociétés qui sont à capital variable, quand, conformément à l'article 48 de la loi de 1867, il a été stipulé dans les statuts que *le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par des associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués*. En conséquence, les sociétés à capital variable sont soumises aux règles inhérentes à la forme de société qu'elles ont adoptée, à moins que des règles spéciales n'aient été posées pour elles (art. 48, al. 2).

Parmi ces règles spéciales, les unes sont communes à toutes les sociétés à capital variable, les autres sont faites seulement pour celles de ces sociétés qui sont par actions. La loi n'a pas fait nettement cette distinction. On parvient à la faire à l'aide de l'idée générale suivante : les dispositions ayant pour but de régler la faculté de retirer les mises et d'en déterminer les effets, pour éviter qu'un préjudice soit causé aux créanciers sociaux, sont générales ; au contraire, les dispositions tendant à empêcher qu'en stipulant la variabilité du capital, toutes les sociétés n'arrivent à se soustraire aux règles contenues dans les deux premiers titres de la loi de 1867, doivent être restreintes aux sociétés par actions, puisque c'est uniquement aux sociétés par actions que les articles 1 à 47 de la loi de 1867 sont relatifs.

315. Dispositions communes a toutes les sociétés a capital

(1) Il est question depuis longtemps de faire une loi spéciale nouvelle sur les sociétés coopératives. Un projet de loi sur les sociétés coopératives et sur la participation aux bénéfices a été voté par les deux Chambres, en dernier lieu par la Chambre des députés. A raison de désaccords existant entre elles sur un certain nombre de dispositions, le projet est revenu devant le Sénat, qui n'est pas parvenu, en mars 1896, à l'adopter en seconde délibération, par suite de dissentiments sur des questions fiscales, spécialement sur la question de savoir dans quelle mesure les sociétés coopératives de consommation doivent échapper à l'impôt de la patente (question aujourd'hui résolue, n° 324 *ter*). Le projet laissait, du reste, subsister les dispositions de la loi de 1867 sur les sociétés à capital variable, qui ne sont pas restreintes aux sociétés coopératives, de telle façon que les sociétés coopératives pourraient se soumettre, soit à cette loi comme sociétés à capital variable, soit à la loi nouvelle. Ce projet de loi semble abandonné.

VARIABLE. — D'après le droit commun, la retraite de chaque associé ayant pour effet de diminuer le capital social, puisque la retraite implique une reprise de la mise faite par l'associé, devrait être rendue publique dans les mêmes formes que l'acte de société (art. 64, al. 2, L. de 1867). C'est là un fait fréquent dans les sociétés à capital variable ; pour éviter les frais, la loi dispense de publier la retraite d'un associé (art. 62). Il en serait autrement, bien entendu, si l'associé qui se retire était gérant ou administrateur.

La faculté, pour les associés, de se retirer offre des dangers. Il est à craindre qu'ils ne l'exercent pour se soustraire aux dettes sociales et que de nombreuses retraites ne réduisent à rien ou à presque rien le capital social qui forme le gage des créanciers. Différentes mesures sont prises par la loi pour parer à ces dangers. D'abord, la retraite d'un associé n'a pas pour effet de le libérer immédiatement des dettes sociales ; l'associé qui reprend sa mise n'est libéré de ces dettes que cinq ans après sa retraite (art. 52). En outre, la faculté pour les associés de reprendre leurs mises n'existe pas jusqu'à l'épuisement complet du capital social ; les statuts doivent fixer une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit, et cette somme ne peut être inférieure au dixième du capital de la société (art. 51) (1).

316. Les sociétés à capital variable sont soumises aux mêmes formalités de publicité que si elles n'avaient pas ce caractère particulier, sauf en ce qui concerne les retraites d'associés (n° 315). L'extrait de l'acte de société publié dans les journaux doit indiquer que la société est à capital variable et contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut pas être réduit. Tous les documents émanant de la société doivent indiquer aussi qu'elle est à capital variable (art. 64).

317. La retraite volontaire des associés n'est pas la seule cause qui puisse amener la réduction du capital. Souvent, dans les sociétés à capital variable, l'activité personnelle de tous les associés est une condition essentielle du succès de l'entreprise. Il ne faut pas que les associés souffrent de la négligence de quelques-uns. Aussi, peut-il être stipulé dans les statuts que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour les modifications aux statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société. Les associés ainsi exclus peuvent retirer leurs mises ; mais, comme ceux qui se retirent, ils restent tenus pendant cinq ans des dettes sociales (art. 52).

(1) Dans les sociétés à capital variable de crédit agricole, le capital ne peut être réduit au-dessous du capital de fondation. L. 5 novembre 1894, dern. alin. ; L. 23 avril 1906.

Bien que la loi ne le dise pas expressément, il paraît conforme à son esprit de ne pas admettre d'exclusion d'associés une fois que le capital a été réduit au minimum fixé par les statuts. La réduction au-dessous de ce minimum aurait toujours, en définitive, les mêmes inconvénients, qu'elle résulte de la retraite ou de l'exclusion des associés.

Les sociétés à capital variable peuvent être des sociétés civiles ou des sociétés commerciales (n° 324 *bis*). Dans le premier cas, elles ne devraient pas être considérées comme des personnes morales, si l'on refuse, contrairement à la jurisprudence (n° 126), la personnalité aux sociétés civiles. Mais la loi de 1867 reconnaît la personnalité de toutes les sociétés à capital variable. C'est, du moins, là ce qui paraît résulter implicitement de l'article 53 de cette loi, d'après lequel la société à capital variable peut, quelle que soit sa forme, se faire représenter en justice par ses administrateurs.

318. Une autre disposition de faveur concerne les causes de dissolution. La mort, la retraite, l'interdiction, la faillite, la déconfiture d'un associé entraînent la dissolution des sociétés en nom collectif et en commandite simple ainsi que des sociétés régies par le Code civil ; et ces faits ou événements ont le même effet sur les sociétés en commandite par actions quand ils atteignent un commandité (nos 352 à 355). Ces causes de dissolution ne sont pas admises dans les sociétés à capital variable, à moins que les statuts n'en décident autrement (art. 54). L'admission de ces causes de dissolution entraverait le développement de ces sociétés ; elles comptent, quand elles réussissent, un très grand nombre d'associés, et il leur faut longtemps pour arriver à une réelle prospérité.

319. DISPOSITIONS SPÉCIALES AUX SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE PAR ACTIONS. — Ces sociétés sont soumises aux mêmes règles que les sociétés par actions à capital fixe similaires, sauf les dérogations spéciales édictées par la loi elle-même. Telle est la règle posée par l'article 48, al. 2, de la loi de 1867. Il résulte de là que les nouvelles dispositions des lois des 1er août 1893 et 16 novembre 1903 s'appliquent aux sociétés anonymes ou en commandite par actions à capital variable, en tant qu'une règle spéciale de la loi de 1867 ne s'y oppose pas.

Les actions peuvent toujours, à l'origine de la société, être de 25 fr. au minimum, puisque le capital ne peut excéder, au début, 200.000 fr. (n° 322). L'article 71 nouveau de la loi de 1867 supprime dans l'article 50, al. 1, les mots : *ils* (les actions ou coupons d'actions) *ne pourront être inférieurs à 50 fr.* Cette limitation, avant la loi nouvelle, était une faveur, puisque, alors, le taux minimum des actions était de 100 fr. (n° 232). Du moment qu'on admettait des actions de 25 fr. dans les

sociétés ordinaires, on ne pouvait maintenir le minimum de 50 fr. dans les sociétés à capital variable. Le minimum de 50 fr. aurait pourtant été utile à maintenir en vue des sociétés à capital variable, dont le capital excède 200.000 fr. par suite d'augmentations successives. Avant la loi du 1er août 1893, les actions pouvaient y être de 50 fr. ; depuis cette loi, elles ne peuvent être d'un taux inférieur à 100 fr.

Ainsi, la loi de 1867, modifiée en 1893, ne fixe pas un taux minimum de faveur pour les actions des sociétés à capital variable. Mais le versement total ou le versement du quart sur chaque action n'est pas exigé pour la constitution de la société : le versement du dixième suffit et encore la loi se contente-t-elle du versement du dixième du capital entier, sans s'inquiéter de la somme versée sur chaque action (art. 51, al. 3). Ainsi, parmi les associés, les uns peuvent verser en plus ce que les autres versent en moins ; cette faculté est très utile quand les associés ont des ressources inégales. Il résulte de là que, le nombre minimum des associés dans les sociétés anonymes étant de sept, une société anonyme à capital variable peut avoir un capital de 175 fr. seulement, sur lequel il suffit que 17 fr. 50 soient versés avant la constitution de la société. Cette faculté exceptionnelle n'est, en rien, modifiée par la loi du 1er août 1893.

320. Les actions des sociétés à capital variable doivent rester nominatives, même après leur complète libération ; par suite, la transmission des actions n'est possible que par voie de transfert (art. 50). Le législateur a voulu éviter que les actions pussent être l'objet des spéculations ou de l'agiotage auxquels se prêtent surtout les titres au porteur ; c'était un mal d'autant plus à craindre que ces actions sont d'une valeur minime, sont ainsi facilement susceptibles de hausse ou de baisse et peuvent être achetées par des personnes dont les ressources sont modiques.

Ces actions ne sont négociables qu'après la constitution définitive de la société (art. 50).

Par application de la règle posée plus haut (n° 319), les actions représentant des apports en nature doivent être intégralement libérées avant la constitution de la société, et les actions d'apport ne sont négociables que deux ans après cette constitution. V. n° 251.

Les actions en nullité ou en responsabilité sont éteintes dans les cas déterminés par les dispositions ajoutées à l'article 8 de la loi de 1867. V. n° 264.

321. De même qu'il peut être utile à la société d'exclure certains associés, elle peut aussi avoir avantage à ne pas admettre comme associés certaines personnes. Aussi la loi (art. 50, dern. alin.) autorise-t-elle formellement à stipuler dans les statuts que l'assemblée générale

ou le conseil d'administration pourra s'opposer au transfert des actions à certaines personnes. Cette stipulation est possible, du reste, aussi dans les sociétés par actions à capital fixe.

322. Si toutes les sociétés, quelle que fût l'importance de leur capital, pouvaient se soumettre aux dispositions de la loi sur les sociétés à capital variable, beaucoup sans doute stipuleraient la variabilité de leur capital, afin de pouvoir, par exemple, se constituer après le simple versement d'un dixième du capital ; les dispositions de la loi de 1867 (art. 1 et 24) seraient ainsi facilement éludées. Aussi les sociétés qui veulent profiter des avantages faits par la loi de 1867 aux sociétés à capital variable, doivent-elles n'avoir qu'un capital de 200.000 fr. au plus. Seulement, comme le développement des affaires sociales peut exiger une augmentation du capital, le capital primitif peut être augmenté, pourvu que l'augmentation ne dépasse pas 200.000 fr. par année.

Il ne faut pas exagérer toutefois la portée de ces dispositions restreignant le montant du capital des sociétés à capital variable. Une société ayant un capital de plus de 200.000 fr. pourrait avoir un capital variable ; mais, à raison de l'importance de son capital, elle serait soumise aux règles générales des deux premiers titres de la loi de 1867, de telle sorte que notamment la constitution de la société ne serait possible qu'après le versement du *quart* sur *chaque* action.

323. Si la jouissance des avantages spéciaux accordés par la loi de 1867 aux sociétés à capital variable dépend de l'importance du capital, elle est indépendante de l'objet de la société. Toutefois, le décret du 22 janvier 1868 (art. 1, al. 2) défend aux sociétés d'assurances de se constituer à capital variable.

Les sociétés à capital variable sont le plus souvent des sociétés coopératives ; elles sont fréquemment formées entre ouvriers. Mais la loi ne tient aucun compte de la profession des associés, et ces sociétés peuvent être formées entre des personnes de toute profession.

En fait, on distingue souvent, parmi les sociétés coopératives, des sociétés de *consommation*, de *crédit mutuel* et de *production*. Les sociétés de *consommation* ont pour but d'acheter des objets de première nécessité et de les revendre aux associés ou même à des personnes étrangères à la société. Les associés ont alors, outre l'avantage de toucher une part dans les bénéfices, celui de payer un prix moins élevé, à raison de ce qu'ils n'ont point à recourir à des intermédiaires, c'est-à-dire à des marchands de détail (1). — Les sociétés de

(1) Les sociétés de consommation emploient des procédés variés. Elles peuvent d'abord vendre au prix coûtant, déduction faite des sommes nécessaires pour les frais généraux. Elles peuvent aussi vendre au prix de détail,

crédit mutuel ont pour but de donner aux ouvriers associés un crédit qu'ils n'auraient pas isolément et de leur permettre ainsi de se procurer le avances dont ils ont besoin. — Enfin, les sociétés de *production* ont pour objet la fabrication, l'exercice d'un commerce et d'une industrie par les ouvriers associés, de telle sorte qu'ils échappent au salariat. Il y a aussi des sociétés ayant pour but de construire des des maisons pour les associés (*Building societies*, en Angleterre). Comme on le voit, il y a un but commun qu'on retrouve dans toutes les sociétés coopératives, la suppression d'un intermédiaire, marchand, banquier ou patron.

324. Les dispositions spéciales de la loi de 1867 s'appliquent certainement aux sociétés dont les statuts admettent que le capital pourra être augmenté ou diminué. Mais rien dans la loi n'implique qu'une société ne doive pas être traitée comme étant à capital variable, lorsque le capital est susceptible seulement d'augmentation et non de diminution.

324 *bis*. Les sociétés coopératives sont-elles des sociétés de commerce ? A cet égard, il n'y a pas de règle absolue à poser. En principe, ces sociétés sont des sociétés civiles ou commerciales selon qu'elles ne font des opérations qu'avec leurs membres ou qu'elles en font même avec des étrangers ; le premier cas se présente souvent pour les sociétés de consommation et de crédit. Mais, en vertu de l'article 68 de la loi du 1er août 1893, ce sont toujours des sociétés de commerce, quand elles revêtent la forme de la société anonyme ou celle de la commandite par actions (1) V. n° 237. En fait, presque toutes les sociétés coopératives sont des sociétés *anonymes* à capital variable. Cela tient à ce que les personnes qui constituent ces sociétés redoutent la responsabilité personnelle et solidaire (2).

---

c'est-à-dire au prix ordinaire du commerce ; les acheteurs associés touchent alors chaque année, une part dans les *bonis*, c'est-à-dire dans la différence entre le prix de détail payé et le prix de gros, sous la déduction des frais généraux. Ces *bonis* sont, en quelque sorte, des trop-perçus qui sont restitués ; ce ne sont pas des bénéfices proprement dits. — Certaines sociétés de consommation vendent non seulement aux associés, mais même à des tiers et, à ce dernier point de vue, elles ne restent pas dans les limites rigoureuses de la coopération.

(1) La question de savoir si les sociétés à capital variable sont soumises à la patente (n° 324 *ter*) est tout à fait distincte de celle de savoir si ce sont des sociétés commerciales ; car la patente frappe, en général, toute personne ou société exerçant une profession quelconque, même non commerciale. V. n° 15 *in fine*.

(2) 248 sociétés à capital variable ont été constituées en France en 1905. Mais le compte rendu de l'administration de la justice civile et commerciale

324 *ter. Dispositions fiscales. Patentes.* — Les sociétés coopératives sont soumises aux mêmes impôts que les autres sociétés et les actions, parts d'intérêts et obligations de ces sociétés, sont, au point de vue fiscal, traitées, en principe, de la même manière que celles des autres sociétés. Mais des règles spéciales sont édictées pour certaines sociétés coopératives en ce qui concerne la patente et l'impôt sur le revenu.

La loi du 19 avril 1905, relative à la contribution des patentes (art. 9 et 10), dispose que les sociétés coopératives de consommation, lorsqu'elles possèdent des établissements, boutiques ou magasins, pour la vente des denrées, produits ou marchandises, sont passibles des droits de patente au même titre que les sociétés ou particuliers possédant des établissements, boutiques ou magasins similaires, en exemptant, toutefois, de la patente celles des sociétés qui se bornent à grouper les commandes de leurs associés et à distribuer dans leurs magasins de dépôt les denrées, produits ou marchandises qui ont fait l'objet de ces commandes.

Dans les sociétés coopératives de toute nature, les parts d'intérêts ou actions, les emprunts ou obligations sont dispensés de l'impôt sur le revenu quand elles sont formées exclusivement entre ouvriers ou artisans.

La même dispense s'applique aux associations de toute nature formées exclusivement par ces sociétés coopératives. V. loi du budget du 30 décembre 1903, article 21.

V. — DES SOCIÉTÉS EN PARTICIPATION (1).

325. Outre les sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes, la loi reconnaît les *associations en participation* (2) (art. 47, C. com.). Ces associations sont très nombreuses et, pourtant, à aucune époque, elles n'ont fait en France l'objet de dispositions précises (3).

qui donne ce chiffre, n'indique pas plus que les comptes rendus précédents les différentes espèces de sociétés à capital variable entre lesquelles ce chiffre total se répartit.

(1-2) Le Code de commerce (art. 47 à 48) emploie l'expression *associations* en participation. Il est préférable d'employer celle de *sociétés* en participation : car la participation a les caractères legaux du contrat de société défini par l'article 1832, C. c., et ne répond pas à la définition que la loi du 1er juillet 1901 (art. 1) donne du contrat d'association. V. n° 104. G. Poulle, *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales en participation* (1884).

(3) Une proposition de loi relative aux sociétés en participation ayant pour

L'Ordonnance de 1673 les passait sous silence ; on les appelait dans l'usage : *sociétés en participation*, *comptes à demi*, *comptes en participation*, *sociétés anonymes*. Le Code de commerce se borne à dire qu'elles sont *relatives à une ou plusieurs opérations de commerce*, à renvoyer, pour les règles qui les régissent, aux conventions des parties et à les dispenser, au point de vue de la preuve et de la publicité, des formalités prescrites pour les autres sociétés commerciales (art. 48 à 50). Le laconisme de la loi fait naître une controverse sur le caractère distinctif de la participation. Il importe de se fixer à cet égard, à raison même de ce que la participation, à la différence des autres sociétés de commerce, peut être prouvée par tous les moyens, n'exige aucune formalité de publicité et ne jouit pas, ainsi que cela sera expliqué (n° 329), de la personnalité civile.

326. Dans un système, que repousse la jurisprudence, on soutient que la participation se distingue, par son objet, des autres sociétés de commerce. Dans celles-ci, dit-on, les associés se proposent d'exploiter une branche de commerce et de faire toutes les opérations qui s'y rattachent, tandis que, dans la société en participation, les associés veulent seulement faire une ou plusieurs opérations déterminées, dont les pertes ou les bénéfices se répartiront entre eux ; par exemple, plusieurs personnes s'associent pour acheter une cargaison et la revendre. En faveur de ce système, on se prévaut à la fois du texte de l'article 48, C. com., selon lequel les participations sont *relatives à une ou plusieurs opérations de commerce*, et d'explications données dans les travaux préparatoires du Code de commerce. Dans l'*exposé des motifs* du titre des sociétés, Regnauld de Saint-Jean-d'Angély explique que, dans le projet primitif, il avait été indiqué qu'il y avait quatre espèces de sociétés y compris la participation : « La société en participation, « dit-il, n'étant qu'un acte passager, qu'une convention qui s'applique « à un objet unique, elle ne repose pas sur les mêmes bases et ne peut « avoir les mêmes résultats que les autres genres d'associations. » (1).

Cette opinion a été consacrée par d'anciens arrêts, mais elle est aujourd'hui repoussée avec raison par la jurisprudence (2). Il est vrai que, le plus souvent, la participation a une durée très brève et n'a pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées ; ce n'est, cependant, pas là le caractère distinctif et essentiel de la participation. Les autres sociétés de commerce se révèlent à l'extérieur, de telle sorte que les

but de poser des règles précises sur ces sociétés, en modifiant les articles 47 à 50, C. com., a été présentée au Sénat par M. Guillaume Poulle, le 13 octobre 1908. Rapport de la commission d'initiative parlementaire du 30 octobre 1908.

(1) Locré, XVII, *Législation de la France*, p. 493.

(2) Cass., 4 déc. 1860, D. 1861. 1. 302.

tiers, qui ont contracté avec un associé ayant les pouvoirs nécessaires pour agir, peuvent dire qu'ils ont pour débitrice ou pour créancière la société. Au contraire, la participation n'existe pas pour les tiers ; c'est une société occulte (1). Les associés ou l'un d'eux contractent avec les tiers comme s'il s'agissait d'une affaire les intéressant individuellement ; les tiers n'ont pour créanciers ou pour débiteurs que ceux des associés qui sont intervenus au contrat ; mais, une fois que l'opération est terminée, les bénéfices et les pertes sont répartis entre les associés (2).

Cette doctrine est conforme à celle de nos anciens auteurs. Voici comment Savary (*Le Parfait Négociant,* I, p. 368) expliquait qu'on appelât société *anonyme* la société que nous appelons aujourd'hui la société en participation : « Elle s'appelle ainsi, parce qu'elle est sans « nom et qu'elle n'est connue de personne; comme n'important en « aucune façon quelconque au public ; tout ce qui se fait en la négo- « ciation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde « que les associés, chacun en droit soi, de sorte que celui des associés « qui s'oblige est celui qui achète et qui paye au vendeur : celui qui « vend reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent pas tous deux ensemble « envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul « obligé ; ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre, en « ce qui regarde cette société. » Pothier (*Traité des sociétés*, n° 61) définit ainsi la société en participation : « La société anonyme ou incon- « nue, 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'entre elles en son nom. »

Les rédacteurs du Code de commerce n'ont point manifesté l'intention de modifier le caractère légal de la participation. S'ils ont parlé d'une société ayant pour objet une ou plusieurs opérations et si l'article 47 semble conçu dans cet ordre d'idées, c'est qu'ils se sont référés à ce qui se présente le plus souvent. Du reste, l'exposé des motifs même du titre des sociétés indique que la participation est une société occulte (3)

327. Les sociétés en participation sont très nombreuses (4) et elles

(1) Cass., 28 août 1879, S. 1879. 1. 454 ; *J. Pal.*, 1879. 1191 ; Cass., 27 juin 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 25.

(2) Il y avait ainsi, primitivement, un étroit rapport entre les sociétés en participation et la société en commandite ; dans cette dernière, le commandité, en qualité de gérant, agissait comme si la société qui ne recevait aucune publicité n'avait pas existé. V. n° 157.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, II, 2e partie, (4e édit.), n° 1053, note 1 de la page 454.

(4) On ne peut indiquer le nombre des sociétés en participation qui sont

peuvent avoir pour objet les opérations les plus diverses. Voici notamment quelques cas dans lesquels ce genre de société intervient :

a) Un éditeur, qui veut publier un grand ouvrage, convient avec un de ses confrères ou un capitaliste que les bénéfices et les pertes seront répartis entre eux, mais que lui seul fera la publication et apparaîtra en nom.

b) Des commerçants, se rendant à des foires, s'associent pour les achats que chacun fera séparément ; ils réunissent les marchandises ainsi achetées et se les partagent dans des proportions arrêtées par avance.

c) L'adjudicataire d'un octroi, n'ayant pas les ressources nécessaires pour payer le prix de l'adjudication, admet des capitalistes qui n'ont aucun rapport avec la ville, à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise.

d) La participation joue surtout un rôle important dans les opérations du commerce maritime. L'armement des navires se fait parfois en participation entre le propriétaire et les tiers qui fournissent les agrès, les victuailles et tout ce qui est nécessaire à la navigation, moyennant une part dans les bénéfices espérés. — C'est avec les sociétés en participation que les contrats conclus avec des ouvriers ou des employés avec participation aux bénéfices et spécialement les engagements des gens de mer au fret ou au profit ont une grande analogie. Mais ces contrats ne sont pas des sociétés. V. n° 112.

328. Les sociétés en participation, à la différence des autres sociétés de commerce, n'ont pas à être constatées par écrit ; elles peuvent se prouver par tous les moyens (art. 49, C. com.). L'exigence d'un écrit serait gênante pour des sociétés aussi fréquentes et qui parfois se concluent avec une grande rapidité. Elles ne sont pas non plus soumises aux formalités de publicité prescrites pour toutes les autres sociétés commerciales (art. 50, C. com.). Une société qui n'a aucune existence à l'égard des tiers, qui ne produit d'effets qu'entre les associés, n'a pas besoin d'annoncer sa constitution au public.

Le Code se borne à accorder ces deux faveurs aux participations. Pour les règles qui les régissent au fond, il laisse aux participants la plus grande liberté : *Ces associations*, dit l'article 48, *ont lieu pour les objets, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants*. Mais il importe de se fixer sur diverses questions qui,

constituées en France chaque année, par cela même que la constitution de ces sociétés n'est soumise à aucune formalité de publicité (art. 50, C. com.). V. n° 328.

d'après leur nature, ne peuvent être résolues par les parties à leur gré et, en outre, de déterminer quelles règles sont applicables sur certains points, dans le silence du contrat.

329. Les particuliers ne peuvent créer des personnes morales qu'avec l'autorisation de la loi et sous les conditions fixées par elle (n° 126); on doit refuser aux participations la personnalité qui appartient à toutes les autres sociétés de commerce. Elle a été accordée à ces sociétés surtout pour leur donner plus de crédit, pour permettre aux créanciers sociaux de se faire payer sur les biens de la société, à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 125). Il ne peut être question de donner du crédit à une société qui, comme la participation, n'a pas d'existence à l'égard des tiers. D'ailleurs, quand la loi admet la personnalité d'une société, elle prescrit, en général, des formalités de publicité, pour que la formation de cette société et les principales règles qui la régissent soient portées à la connaissance des tiers, et aucune formalité de ce genre n'est exigée pour les sociétés en participation (1).

Du défaut de personnalité des sociétés en participation résultent plusieurs conséquences importantes :

a) Les créanciers, qui ont contracté pour les opérations rentrant dans la participation, n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens compris dans la participation à l'exclusion des créanciers personnels des participants.

b) Quand un procès s'élève à l'occasion d'une opération faite en participation, tous les participants qui y sont intervenus doivent figurer en nom dans l'instance et tous les actes de procédure doivent être signifiés à chacun d'eux.

c) Il n'y a pas de domicile social auquel la société puisse être actionnée; les participants peuvent être assignés, comme dans tous les cas où il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux (art. 59, C. proc. civ.).

d) Il n'est pas possible qu'il y ait faillite ou liquidation judiciaire de la société en participation, mais chaque associé, s'il est commerçant, peut être déclaré individuellement en faillite (2).

330. Les participants font des apports ou achètent des marchandises. Les apports effectués ou les marchandises achetées pour la participation forment-ils un fonds social dont les participants sont coproprié-

(1) Cela n'est pas absolument exact, si l'on admet, avec la jurisprudence, la personnalité des sociétés régies par le Code civil (n° 126), puisque ces sociétés ne sont soumises à aucune formalité de publicité.

(2) Cpr., n° 125, ce qui est dit des conséquences de la personnalité des sociétés de commerce autres que la société en participation.

taires, ou chacun ne conserve-t-il pas la propriété des choses dont il fait l'apport ou qu'il a achetées en son nom ? Il y a là une question à résoudre dans chaque espèce, d'après l'intention des parties. En principe, il n'y a pas de fonds social. Chaque participant est seulement créancier du coparticipant qui a promis de faire un apport ou qui a acheté des marchandises. Le but des participants est, en effet, d'ordinaire, seulement de partager les bénéfices et les pertes, mais non d'établir une communauté quant à la propriété.

Cette question présente un grand intérêt pratique en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du participant qui doit faire un apport de biens déterminés ou qui a acheté des marchandises. S'il n'y a pas copropriété, ses coparticipants en sont réduits à subir, comme créanciers, la loi du dividende. Au contraire, s'il y a copropriété, chacun peut revendiquer la part qui lui revient.

331. Le participant qui agit dans l'intérêt commun, le fait en son nom personnel ; aussi est-il seul obligé directement envers les tiers avec lesquels il contracte, ou devient-il seul leur créancier. Les tiers n'ont pas d'action directe contre les autres participants ; ils peuvent seulement exercer contre eux, conformément à l'article 1166, C. civ., l'action qui appartient à celui avec lequel ils ont contracté.

332. Le plus souvent, un seul participant agit en son nom pour tous les autres. Il se peut parfois que tous les participants ou plusieurs d'entre eux interviennent à un contrat fait dans l'intérêt commun. Chacun est-il obligé seulement pour sa part ou sont-ils obligés solidairement ? D'après les principes du Code civil, la solidarité devrait être écartée ; car elle ne peut exister qu'en vertu d'une convention expresse ou d'une disposition de la loi (art. 1202, C. civ.). Mais, en vertu d'une tradition très ancienne en matière commerciale, la règle opposée est admise : la solidarité se présume à moins de convention contraire. Rien n'indique que le Code de commerce ait dérogé à cette règle consacrée par l'usage, indépendante, du reste, de l'existence de la société en participation, qui doit faire loi. V. nos 13 et 381.

333. Les règles qui viennent d'être posées permettent de comprendre comment parfois les tribunaux peuvent avoir à rechercher si une société a bien les caractères propres de la participation. Cette question peut se présenter, soit dans les rapports entre les associés, soit dans les rapports des associés avec les tiers.

a) Quand une société a été formée et qu'un des associés en demande la nullité pour défaut de publicité, il se peut que les autres associés se défendent en répondant que, la société étant en participation, il n'y avait pas de formalités de publicité à remplir. Pour admettre ou repous-

ser la demande en nullité, le juge doit être préalablement fixé sur le caractère distinctif de la participation.

b) Un associé contracte dans l'intérêt commun : par exemple, il achète à crédit ou il emprunte : on n'a pas dressé d'acte de société ou on ne l'a pas publié ; cependant, comme les tiers peuvent faire la preuve d'une société par tous les moyens et que le défaut de publicité légale ne leur est pas opposable (nos 129 et 133), les créanciers veulent poursuivre ceux des associés qui n'ont pas figuré dans l'opération. Les associés ainsi actionnés répondent qu'il s'agit d'une participation et que, par suite, l'action directe n'est pas recevable. Il faut encore ici, pour résoudre cette question, se prononcer préalablement sur le caractère propre de la participation.

Il a été admis plus haut (n° 326) que, conformément à la jurisprudence, la participation a pour caractère distinctif d'être occulte, de n'avoir pas d'existence à l'égard des tiers. Il faut, pour que les associés jouissent des avantages inhérents à la participation, qu'ils n'aient pas tenu une conduite en contradiction avec son caractère S'ils autorisaient le public à croire qu'il y a entre eux une société, si notamment ils donnaient à leur société une raison sociale, les tiers pourraient, par cela même, les considérer comme ayant formé une société autre qu'une participation.

334. En principe, dans les sociétés en participation, les associés sont tenus des dettes communes sur tous leurs biens. Mais rien n'empêche de convenir que certains participants ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises ; il y a alors ce qu'on appelle *participation en commandite*. Les participants n'ont alors de recours contre les commanditaires que jusqu'à concurrence du montant des mises de ceux-ci.

VI. — DES SOCIÉTÉS A FORMES COMMERCIALES AYANT UN OBJET CIVIL.

335. D'après la doctrine exposée précédemment (n° 123), les *sociétés civiles* sont celles qui se proposent de réaliser des bénéfices au moyen d'opérations qui ne constituent pas des actes de commerce. Ces sociétés sont, en principe, régies par les articles 1832-1872, C. civ., ce qui entraîne notamment les conséquences suivantes : *a*. les associés sont tenus indéfiniment des dettes sociales, tout en n'étant pas solidaires (art. 1862, C. civ.) ; *b*. il n'est pas certain que ces sociétés jouis-

sent de la personnalité juridique (1) ; *c.* elles sont dissoutes par la mort d'un associé (art. 1863-3°, C. civ.).

Ces règles sont-elles obligatoires pour les sociétés civiles ou ne peut-on pas les écarter en donnant à ces sociétés la forme des sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes ? La question n'était prévue par aucun texte avant la loi du 1er août 1893 et avait soulevé de grandes discussions.

On ne semble avoir jamais contesté aux sociétés civiles la faculté d'adopter la forme en nom collectif ; mais on a prétendu, avant la loi du 1er août 1893, qu'une société ayant un objet civil ne pouvait être en commandite ou anonyme. L'admission d'une de ces formes implique une dérogation au principe fondamental : *qui s'oblige oblige le sien* (art. 2092, C. civ.), dérogation qui, disait-on, doit être autorisée par un texte exprès ; or, le Code de commerce ne l'admet que pour les sociétés commerciales.

Bien que plusieurs arrêts eussent adopté cette doctrine (2), elle nous paraissait devoir être condamnée. Les sociétés civiles pouvaient, même avant la loi du 1er août 1893, revêtir une des formes du Code de commerce ; il n'y avait dans nos lois aucune disposition prohibitive à cet égard. Quand le législateur a voulu défendre aux sociétés civiles l'adoption d'une certaine forme, il l'a dit expressément : ainsi, la loi sur *les sociétés à responsabilité limitée* du 23 mai 1863 [aujourd'hui abrogée (n° 228)], indiquait (art. 1) que cette forme était réservée aux sociétés de commerce. Des lois spéciales venaient à l'appui de cette solution : les sociétés de mines sont des sociétés civiles (n° 123), la loi du 20 avril 1810 (art. 8) suppose que le capital en est divisé par actions ; la loi du 6 juin 1850 (art. 14) soumet au timbre proportionnel tout certificat d'action dans une société *civile*. La règle : *qui s'oblige oblige le sien*, n'est pas une règle fondamentale, à laquelle les parties ne doivent pas pouvoir déroger à leur gré. Du reste, la solution contraire aurait des inconvénients pratiques très graves : des sociétés civiles font des opérations tellement considérables qu'elles ne parviendraient pas à réunir des capitaux suffisants et n'auraient pas le crédit qui leur est nécessaire, si elles en étaient réduites à se soumettre aux dispositions du Code civil.

336. Par cela même que les sociétés civiles pouvaient revêtir, même avant la loi du 1er août 1893, une des formes des sociétés de com-

(1) La Cour de cassation admet la personnalité des sociétés civiles. V. n° 126.

(2) Cass., 21 fév. 1883, S 1884. 1. 361 ; *J. Pal.*, 1884, 929, et la note de M. Labbé ; *Pand. fr. chr.*

merce, il importe de déterminer l'influence qu'avait à cette époque l'adoption de l'une de ces formes. A cet égard, il y avait lieu de poser, en l'absence de texte, les deux principes généraux suivants : 1° l'adoption d'une des formes du Code de commerce ne rendait pas commerciale une société qui faisait des opérations civiles, et il n'y avait pas lieu de lui appliquer les règles des sociétés de commerce qui tiennent au caractère commercial de leurs opérations ; 2° au contraire, on devait lui faire l'application des règles des sociétés de commerce tenant à leur forme et non à leur objet.

En vertu du premier principe, une société civile à forme commerciale ne pouvait pas être déclarée en liquidation judiciaire ou en faillite (Cf. art. 438, C. com. ; L. du 4 mars 1889, art. 1er), n'était pas obligée de tenir des livres (art. 8, C. com.) ; le tribunal de commerce n'était pas compétent pour connaître des contestations entre les associés (Cf. art. 631-2°, C. com.).

En vertu du second principe, si la société civile était en nom collectif, les associés étaient tenus solidairement et sur tous leurs biens des dettes sociales ; si elle était en commandite, les commanditaires n'étaient obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises ; enfin, si elle était anonyme, cette dernière limitation s'appliquait aux obligations de tous les associés. L'adoption d'une forme commerciale donnait aussi à la société civile la personnalité (n° 126).

Devait-on appliquer aux sociétés civiles en commandite par actions ou anonymes la loi du 24 juillet 1867? Au point de vue rationnel, l'affirmative ne saurait faire doute. Les dispositions de la loi de 1867 ont eu pour but principal d'éviter les abus et les fraudes auxquels les sociétés par actions donnent lieu ; ces abus et ces fraudes se rattachent à la forme de ces sociétés, nullement à la nature de leurs opérations. S'il en avait été autrement, les sociétés civiles par actions, à défaut de dispositions légales les régissant, auraient joui d'une liberté absolue. Mais quelque doute provenait de ce que, lors de la discussion de la loi de 1867 au Corps législatif, le gouvernement promit d'étudier une loi sur les sociétés anonymes civiles, ce qui semblait, a-t-on prétendu, impliquer que le titre II de la loi de 1867 n'était pas fait pour elles (1).

337. La loi du 1er août 1893 a réglé la condition des sociétés qui, ayant un objet civil, ont une forme commerciale. D'après le nouvel

(1) Ce motif avait entraîné la Cour de cassation à admettre que les sociétés civiles anonymes n'étaient pas régies par la loi du 24 juillet 1867 : Cass., 29 novembre 1873, *J. Pal.*, 1875. 660 ; S. 1875. 1. 1881 ; D. 1874. 1. 411. V. la note, en sens opposé, de Ch. Lyon-Caen, S. et *J. Pal.*, *loc. cit.*

article 68 ajouté à la loi de 1867 : *Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.*

Cette disposition consacre les règles suivantes : 1° une société, dont l'objet est civil, peut prendre la forme de la commandite par actions ou de la société anonyme ; 2° une telle société est soumise aux dispositions de la loi de 1867, modifiées ou complétées par la loi de 1893 ; 3° elle doit être traitée comme une société de commerce. Cette dernière solution entraîne comme conséquences : *a*) qu'une société anonyme ou en commandite par actions, même quand elle a pour objet des opérations civiles, peut être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire ; *b*) qu'elle doit tenir les livres prescrits pour les commerçants ; *c*) que les contestations entre les associés sont de la compétence des tribunaux de commerce.

Mais l'article 68 de la loi de 1867 implique-t-il aussi que les opérations des sociétés dont il s'agit sont à considérer comme des actes de commerce, encore qu'elles auraient le caractère civil, si elles étaient faites par des individus ou des sociétés par intérêts? La question est discutée (1). Il a été admis plus haut (n° 43 *bis*) que ces opérations restent civiles. De là résulte 1° que les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu ne sont pas de la compétence des tribunaux de commerce ; 2° que tous les moyens de preuve ne sont pas admis pour les opérations de la société.

338. Il est certain, d'une part, que la disposition du nouvel article 68 de la loi de 1867 s'applique aux sociétés dont l'objet est civil et qui prennent la forme de la *commandite par actions* ou de la *société anonyme* ; d'autre part, qu'elle ne s'applique pas à ces sociétés, si elles prennent la forme de la société *en nom collectif* ; les principes posés pour la période antérieure à la loi du 1er août 1893 (n° 336) restent donc applicables à ces dernières. Un doute s'élève au sujet des sociétés ayant un objet civil, qui prendraient la forme de la commandite *par intérêts*. Devraient-elles être considérées comme des sociétés commerciales? Le texte du nouvel article 68 peut être invoqué dans le sens de l'affirmative, puisqu'il parle des sociétés en commandite en général et qu'il renvoie au Code de commerce comme à la loi de 1867 (2).

Toutefois, il nous paraît préférable d'admettre pour la commandite par intérêts la même règle que pour la société en nom collectif. En fait,

(1) V., sur cette question, notre *Traité de Droit commercial* I, n° 182 *quater*, et II, nos 1085 et 1085 *bis*.

(2) Douai, 13 mai 1907, *Journal des sociétés*, 1907, p. 516.

quand, avant la loi de 1893, on a demandé que le caractère commercial fût reconnu aux sociétés ayant un objet civil, on a toujours eu en vue les sociétés par actions. C'est à ces sociétés qu'on a pensé constamment dans les discussions auxquelles la disposition a donné lieu. C'est surtout pour les sociétés par actions que se présenteraient les inconvénients qu'on a voulu éviter par l'attribution du caractère commercial.

338 *bis*. Au reste, il n'est pas besoin qu'une société ayant un objet civil ait reçu dans ses statuts la qualification de société anonyme ou de société en commandite par actions pour qu'elle soit traitée comme une société de commerce en vertu de l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867 ; il suffit, qu'en fait, elle réunisse les caractères d'une de ces sociétés par actions (1). Autrement, il serait facile de se soustraire à la disposition de l'article 68 ; il n'y aurait là qu'une question de mot.

Rien ne s'oppose, pourtant, à ce qu'une société ayant un objet civil soit soumise, si, telle est la volonté des fondateurs, aux dispositions du Code civil, à l'exclusion de la loi du 24 juillet 1867, si l'on s'est borné à diviser le capital en actions, sans limiter la responsabilité des associés ; car la cessibilité des parts sociales est admise par le Code civil en vertu d'une stipulation formelle (argument de l'article 1861, C. civ.). Mais la limitation des obligations des associés au montant de leurs mises semble soustraire nécessairement les sociétés, quel que soit leur objet, au régime du Code civil, pour rendre applicable l'article 68 de la loi de 1867 en faisant considérer la société comme société anonyme et cette limitation existe pour tous les associés (2).

339. *Disposition transitoire*. — Le nouvel article 68 de la loi de 1867 ajouté par la loi du 1er août 1893 s'applique-t-il aux sociétés constituées avant la mise en vigueur de cette dernière loi ? Le projet voté par la Chambre des députés admettait expressément l'affirmative, qui a été, avec raison, rejetée par le Sénat. Il était contraire aux principes sur la rétroactivité des lois de modifier après coup la nature d'une société et, par suite, spécialement l'étendue des obligations qu'elle entraînait pour les associés V. n° 340.

340. En dehors des sociétés civiles régies par le Code civil et des sociétés qui, ayant un objet civil, revêtent une forme commerciale, il est des sociétés civiles, spécialement des houillères du nord de la France, qui sont constituées sous des formes diverses qu'aucune loi n'a

(1-2) Besançon, 27 mars 1903, S. et *J. Pal.*, 1904. 2. 241 ; Cass., 19 janv. 1905, *Journal des sociétés*, 1905, p. 245. Consult. Albert Chéron, *Des sociétés civiles qui se constituent avec certains caractères des sociétés de capitaux sans observer les formes prescrites par la loi commerciale (Annales de Droit commercial*, 1905, p. 199 et suiv.). V. notre *Traité de Droit commercial*, II, n° 1086².

prévues ni réglementées. La loi du 1er août 1893 a voulu permettre de les régulariser par la disposition suivante (art. 7, *in fine*) : *les sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes pourront, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en sociétés en commandite ou en sociétés anonymes par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'article 31 ci-dessus*. Cela signifie que cette assemblée doit être composée d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. V. n° 305.

La même règle doit s'appliquer, à plus forte raison, aux sociétés anonymes ou en commandite par actions ayant un objet civil, qui, contituées avant la mise en vigueur de la loi du 1er août 1893, veulent, profitant du bénéfice de l'article 68 nouveau de la loi du 24 juillet 1867, se transformer en sociétés soumises à cette disposition, et devenir, par suite, des sociétés de commerce.

VII. — DES SOCIÉTÉS DE CRÉDIT AGRICOLE (1).

340 *a*). Pour favoriser le développement du crédit agricole, une espèce nouvelle de sociétés, auxquelles le caractère de sociétés de commerce est légalement reconnu (n° 340 *g*), a été introduite par la loi du 5 novembre 1894.

Les *sociétés de crédit agricole* régies par cette loi se rattachent aux syndicats agricoles, formés en vertu de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels. Elles peuvent être fondées, soit par la totalité des membres d'un ou de plusieurs syndicats professionnels agricoles, ou par une partie des membres de ces syndicats, soit par la totalité ou par une partie des membres d'une ou plusieurs sociétés d'assurances mutuelles agricoles régies par la loi du 4 juillet 1900 (note 1 de la page 249). Sans doute, avant même la loi de 1894, un syndicat professionnel pouvait fonder une société de banque et de crédit dans l'intérêt de ses membres ; mais il fallait alors observer les règles ordinaires sur la constitution et le fonctionnement des sociétés. On a constaté que ces règles sont trop compliquées ; la loi de 1894 a posé des règles plus simples.

(1) Loi du 5 novembre 1894 relative à la *création des sociétés de crédit agricole*, modifiée par les lois du 20 juillet 1901 et du 14 janvier 1908. V., sur la loi du 5 novembre 1894, un article de M. Arthuys dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895, p. 318 et suiv.

Les sociétés visées par la loi nouvelle ne peuvent pas avoir un objet quelconque ; *elles ont exclusivement pour objet de faciliter et même de garantir les opérations concernant l'industrie agricole et effectuées par ces syndicats ou par des membres de ces syndicats*. Elles peuvent notamment, dans ce but, faire des avances de fonds, fournir une garantie à leurs membres en apposant la signature sociale sur les effets souscrits par eux. Comme tous les banquiers, ces sociétés peuvent, pour se procurer des fonds, recevoir des dépôts en compte courant avec ou sans intérêts, se charger, relativement aux opérations concernant l'industrie agricole, des recouvrements et des paiements à faire pour les syndicats ou pour les membres des syndicats. Elles peuvent aussi contracter des emprunts (art. 1, al. 2).

Par ces opérations, la société peut réaliser des bénéfices. L'emploi de ceux-ci est réglementé par la loi. Ils doivent servir, avant tout, à payer les frais généraux, parmi lesquels se trouvent les intérêts des emprunts et du capital social. S'il y a un excédent, il est affecté, jusqu'à concurrence des trois quarts au moins, à la constitution d'un fonds de réserve tant que celui-ci n'a pas atteint la moitié du capital. Le surplus ne peut être réparti sous forme de dividendes entre les associés, mais entre les syndicats ou les syndiqués qui ont formé la société, en proportion des opérations faites par chaque membre avec la société. A la fin de la société, ce fonds de réserve et le reste de l'actif doivent être partagés entre les associés proportionnellement à leur souscription, à moins que les statuts n'en aient affecté l'emploi à une œuvre d'intérêt agricole (art. 3).

340 *b*). Ni le minimum ni le maximum du capital ne sont fixés par la loi ; ils le sont par les statuts, qui indiquent la composition du capital et la proportion pour laquelle chaque membre contribue à sa formation (art. 2). Pour le former, la société ne peut créer des actions (art. 1, al. 3). On a craint les spéculateurs. Les parts sociales sont des parts d'intérêts. Elles peuvent être de valeur inégale ; elles doivent être nominatives et ne sont transmissibles que par voie de cession aux membres des syndicats et avec l'agrément de la société.

340 *c*). La société n'est constituée que lorsque le capital a été souscrit et que le quart de ce capital a été versé (art. 1, al. 4). Du reste, il n'est pas exigé que l'accomplissement de ces deux conditions soit déclaré par-devant notaire, comme cela est requis pour les sociétés par actions. V. Loi de 1867, art. 1, alin. 3. La société peut être à capital variable ; mais les retraits d'apports ne peuvent faire descendre le capital social au-dessous du quart à verser à l'origine (art. 1, dern. alin.).

Des formalités de publicité sont exigées, mais elles diffèrent de celles qui sont prescrites pour les autres sociétés de commerce. V. article 5.

340 *d*). En principe, les associés ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leurs mises, mais il peut être stipulé dans les statuts qu'ils seront tenus personnellement et solidairement. La solidarité a été écartée comme règle générale (art. 2, avant-dern. alin.). A moins que la société ne soit à capital variable, les associés ne peuvent être libérés de leurs engagements qu'après la liquidation des opérations contractées par la société avant leur sortie (art. 2, dern. alin.).

340 *e*). La plus grande liberté est laissée par la loi pour le choix des administrateurs, qui peuvent être pris parmi les associés ou en dehors d'eux. Ils sont responsables envers les personnes lésées en cas de violation des statuts ou des dispositions de la loi (art. 6). En outre, en cas de fausse déclaration relative aux statuts ou aux noms et qualités des administrateurs, des directeurs ou sociétaires, les administrateurs peuvent être poursuivis et punis d'une amende de 16 à 500 francs (art. 6 modifié par une loi du 20 juillet 1901). Il va de soi qu'ils peuvent aussi être responsables à raison de fautes de gestion.

Aucun organe de surveillance n'est exigé par la loi. Les statuts peuvent en constituer un et en régler librement la constitution et le fonctionnement.

340 *f*). La loi (art. 2) renvoie aux statuts pour la détermination des causes de dissolution. Comme il s'agit de sociétés de personnes, dans le silence des statuts, elles sont dissoutes par les différentes causes indiquées dans les articles 1865 à 1871, C. civ. (nos 347 et suiv.). Une disposition tout exceptionnelle (art. 6, dern. alin.) donne au tribunal le pouvoir de prononcer la dissolution de la société à la diligence du ministère public, en cas de violation des statuts ou de la loi (1).

340 *g*). Les sociétés de crédit agricole sont des sociétés commerciales, la loi (art. 1, al. 1) le déclare expressément. Elle en tire une conséquence, en décidant que les livres de ces sociétés doivent être tenus conformément aux prescriptions du Code de commerce. Il faut en conclure, notamment, aussi : *a*) que les contestations entre les associés sont de la compétence des tribunaux de commerce (art. 631-2°, C. com.); *b*) que ce sont certainement des personnes morales ; *c*) qu'elles peuvent être déclarées en faillite ou mises en liquidation judiciaire.

340 *h*). Les sociétés de crédit agricole jouissent de certaines faveurs au point de vue fiscal. Elles sont exemptes : 1° du droit de patente ; 2° de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (art. 4, al. 2)

340 *i*). *Caisses régionales de crédit agricole mutuel.* — Les sociétés de crédit agricole doivent avoir une circonscription très limitée, une

(1) Le pouvoir de dissolution n'appartient d'ordinaire aux tribunaux que pour les associations. V. L. 21 mars 1884, art. 9 ; L. 1er juillet 1901, art. 7, 2e alin.

commune ou un canton, et ne grouper le plus souvent que les membres d'un seul syndicat agricole. Il importe que des sociétés de crédit agricole, ayant pour circonscription toute une région, se forment pour escompter les effets de commerce souscrits par des membres d'une société locale et déjà escomptés par celle-ci, ou pour faire des avances aux sociétés locales. Ces sociétés régionales peuvent servir d'intermédiaires entre les sociétés locales et des établissements de crédit, spécialement la Banque de France.

Dans le but de favoriser le développement des sociétés régionales du crédit agricole, une loi du 31 mars 1899 a décidé que l'avance de 40 millions et la redevance annuelle à verser au Trésor public par la Banque de France (convention du 31 octobre 1897 approuvée par la loi du 17 novembre 1897) sont mises à la disposition du Gouvernement, pour être attribuées à titre d'avances, sans intérêts, aux caisses régionales de crédit agricole mutuel constituées d'après les dispositions de la loi du 5 novembre 1894 (1). Les opérations, que peuvent faire ces caisses régionales pour pouvoir bénéficier de ces avances, sont fixées par la loi même (art. 2 et 3). Celle-ci exige que les statuts de ces sociétés soient déposés au Ministère de l'Agriculture, et elle indique quelques clauses qui doivent y être insérées (art. 5). — Les caisses régionales de crédit agricole sont soumises au contrôle et à la surveillance du Gouvernement dans les conditions à déterminer par des décrets (2).

VIII. — DES SOCIÉTÉS DE CRÉDIT MARITIME (3).

340 *j*). Les populations rurales ont tiré profit de la loi du 5 novembre 1894 grâce à laquelle elles ont pu constituer des sociétés de crédit agricole. Aussi a-t-on eu la pensée d'étendre aux marins le bénéfice de cette loi. C'est là l'objet de la loi du 23 avril 1906. Les petits armateurs, pêcheurs, ostréiculteurs, etc., en formant des sociétés de crédit maritime, peuvent trouver des prêteurs grâce auxquels ils sont mis à même notamment de renouveler leur matériel, d'acheter des appâts et tous autres objets ou ustensiles utiles pour l'exercice de leurs industries.

(1) La répartition des avances doit être faite par le Ministre de l'Agriculture, sur l'avis d'une commission spéciale (art. 4).

(2) D. 31 mars 1899, 9 février 1904, 11 avril 1905.

(3) Loi du 23 avril 1906 ; D. 30 juillet 1906 relatif au contrôle et à la surveillance exercée par le Ministre de la Marine, sur les sociétés de crédit maritime.

Les sociétés de crédit maritime sont régies par les mêmes règles que les sociétés de crédit agricole. Les premières comme les secondes sont formées par la totalité ou une partie des membres d'un ou plusieurs syndicats professionnels.

Une loi du 18 juin 1909 a autorisé la création de caisses régionales de crédit maritime mutuel d'après les dispositions de la loi du 23 avril 1906 (1). Elles ont pour but de faciliter aux membres des sociétés locales de crédit maritime les opérations qui ont trait à l'exercice de leur profession. Les seules opérations indiquées par la loi spéciale sont permises à ces sociétés (art. 2 et 3).

Les statuts de ces sociétés doivent être déposés au Ministère de la Marine (art. 4). Elles sont soumises au contrôle et à la surveillance organisés par le décret du 30 juillet 1906 pour les sociétés de crédit maritime.

IX. — DE LA CONDITION DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE.

341. Les règles exposées jusqu'ici concernent les sociétés françaises, c'est-à-dire les sociétés constituées et fonctionnant en France, quand même elles seraient, en tout ou en partie, composées d'étrangers. La personnalité de la Société se distinguant de la personne des associés, ce n'est pas la nationalité de ceux-ci qui doit être prise en considération pour caractériser celle de la société (n° 345). Il y a aussi des sociétés *étrangères*. Les sociétés étrangères ont-elles en France une existence légale, peuvent-elles y plaider devant nos tribunaux, y faire des opérations, y établir une succursale, par cela seul qu'elles ont été constituées conformément aux lois de leur pays ? La solution affirmative n'a jamais fait difficulté pour les sociétés en nom collectif et en commandite. On leur a toujours appliqué le principe admis pour les individus, selon lequel les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes les suivent hors de leur pays d'origine (arg. art. 3, al. 3, C. civ.). Au contraire, une question grave s'était élevée, avant une loi du 30 mai 1857, au sujet des sociétés anonymes étrangères. Ne devaient-elles pas, pour faire des opérations en France ou pour y agir devant les tribunaux, être pourvues de l'autorisation préalable du gouvernement français ? L'administration admettait la nécessité de cette autorisation quand il s'agis-

(1) La loi du 18 juin 1909 correspond, pour le crédit maritime, à la loi du 31 mars 1899 pour le crédit agricole. V. n° 340 *i*.

sait de sociétés faisant des opérations en France, mais les tribunaux ne faisaient pas de difficultés pour admettre à plaider devant eux les sociétés anonymes étrangères, malgré l'absence d'une autorisation du gouvernement français. Cette question a été tranchée par la loi du 30 mai 1857.

342. Cette loi, votée à la suite de difficultés survenues entre la France et la Belgique au sujet de la condition légale des sociétés anonymes (1) dans chacun des deux pays, comprend deux dispositions, l'une relative aux sociétés *belges*, l'autre aux sociétés des autres pays étrangers en général.

D'après l'article 1er, *les sociétés anonymes belges et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France*... L'article 2 décide qu'*un décret, rendu en Conseil d'Etat, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article 1er.*

L'autorisation, ainsi exigée pour les sociétés étrangères, n'a pas le même caractère que celle dont les sociétés anonymes avaient besoin en vertu de l'article 37, C. com. Celle-ci était *spéciale* (ou *individuelle*), en ce sens qu'elle était donnée à chaque société, après que le gouvernement avait examiné ses statuts et ses chances de succès. L'autorisation prescrite par la loi du 30 mai 1857 est, au contraire, *générale* ou *collective* ; elle s'applique à toutes les sociétés d'un même pays sans distinction. Avant d'accorder cette autorisation, le gouvernement doit examiner si la législation du pays dont il s'agit offre des garanties à peu près équivalentes à celles de la loi française.

Ce n'est pas seulement, du reste, pour les sociétés *anonymes*, c'est aussi pour les autres sociétés soumises dans leur pays d'origine à l'autorisation, que la loi de 1857 (art. 1 et 2) exige une autorisation du gouvernement français (2). Cela peut s'appliquer aux commandites par actions qui, dans certains pays, étaient, en 1857, ou sont encore aujourd'hui (spécialement en Autriche), soumises au régime de l'autorisation préalable.

Des décrets ont, en vertu de la loi de 1857 (art. 2), été rendus au profit des sociétés d'un grand nombre de pays étrangers (3). Du reste,

(1) V., sur la question théorique et sur l'histoire de cette loi : *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, par Ch. Lyon-Caen (1870).

(2) V. la critique de la loi à cet égard, brochure citée à la note précédente, nos 26 et 26 *bis*.

(3) *Turquie, Sardaigne, Portugal, Grand-Duché de Luxembourg, Suisse, Espagne, Grèce, Etats Romains, Pays-Bas, Russie, Saxe, Prusse, Autriche, Suède et Norvège, Etats-Unis d'Amérique, Roumanie.*

il va de soi qu'un traité international peut aussi conférer le droit d'agir en France aux sociétés d'un pays étranger [V. traité du 30 avril 1862 entre la France et l'Angleterre ; traités de commerce et de navigation conclus le 4 mars 1865 avec les villes libres de Hambourg, Brême et Lubeck (art. 18) et le 9 juin 1865 avec le Grand-Duché de Mecklembourg (art. 20) (1)].

343. Depuis 1857, le système de l'autorisation préalable a été écarté pour les sociétés anonymes françaises par la loi de 1867 (art. 21). Ce système a été abandonné aussi par un grand nombre de législations étrangères. Ces réformes législatives n'ont-elles pas eu des conséquences pour l'application de la loi du 30 mai 1857 ? Deux questions se sont posées à cet égard.

1° On a soutenu que la suppression de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes françaises a entraîné l'abrogation de la loi du 30 mai 1857 et que, depuis cette suppression, les sociétés anonymes étrangères ont en France une existence légale reconnue et peuvent y agir par cela seul qu'elles sont légalement constituées dans leur pays (2). Cela n'est pas admissible ; la loi du 30 mai 1857 est demeurée en vigueur. Comme il a été expliqué plus haut (n° 320), l'autorisation exigée par la loi de 1857 et l'autorisation de l'article 37, C. com., n'ont pas le même caractère : la suppression de l'une n'a pas pu entraîner nécessairement la suppression de l'autre. De plus, les sociétés anonymes françaises ne sont pas complètement libres ; elles sont, au contraire, soumises par la loi de 1867 à une réglementation minutieuse destinée à remplacer les garanties que l'abrogation de l'article 37, C. com., faisait disparaître. Des garanties analogues existent-elles dans tel pays étranger ? C'est au gouvernement à l'examiner, conformément au pouvoir que lui a donné la loi de 1857.

2° On a aussi soutenu que, si la loi de 1857 est toujours en vigueur, du moins le droit d'agir en France ne peut être réclamé par les sociétés anonymes étrangères, constituées sous l'empire d'une législation n'exigeant plus l'autorisation préalable du gouvernement (3). On a, en

(1) Un arrêt de cassation de la Chambre civile du 14 mai 1895 (D. 1896. 1: 249 ; S et *J. Pal*, 1896. 1. 161, note de Ch. Lyon-Caen ; *Rand. fr.*, 1896. 5. 9), a décidé qu'en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'article 11 du Traité de Francfort de 1871 et dans la convention additionnelle du 11 décembre 1871, les sociétés allemandes, spécialement les sociétés d'Alsace-Lorraine, ont le droit d'ester en justice devant les tribunaux français.

(2) Paris, 8 juillet 1881, S. 1881. 2. 169 ; *J. Pal.*, 1881. 937, et la note de Ch. Lyon-Caen.

(3) Trib. com. Seine, 14 octobre 1879, *J. Pal.*, 1881. 941 ; S. 1881, 271 ; Thaller, *Journal des sociétés*, 1881, p. 50 et suiv., 186 et suiv., 303 et suiv.

effet, prétendu que la loi de 1857 ne vise que les sociétés autorisées par le gouvernement de leur pays d'origine. Il y a là une argumentation littérale qui doit être condamnée. Si la loi de 1857 parle des sociétés autorisées par les gouvernements étrangers, c'est qu'à l'époque à laquelle cette loi fut faite, l'autorisation préalable existait encore dans presque toutes les législations. Mais la volonté du législateur semble avoir été d'indiquer par là seulement que la loi suppose des sociétés par actions constituées conformément aux lois de leur pays d'origine (1); d'ailleurs, quelle conséquence faudrait-il tirer de la non-application de la loi de 1857 aux sociétés étrangères par actions dont il s'agit ? On prétend qu'elles sont absolument exclues de notre territoire et qu'aucune autorisation du gouvernement français ne peut les habiliter à y agir. Il y aurait là, pour les relations commerciales entre la France et les pays étrangers, une grande gêne, qui risquerait de provoquer des mesures de représailles préjudiciables à notre commerce.

344. Quand les sociétés par actions d'un pays sont autorisées à agir en France, quels y sont leurs droits ?

Elles jouissent, en principe, de tous les droits qui appartiennent aux sociétés françaises. Elles peuvent donc faire des opérations en France, y créer des succursales, y plaider devant nos tribunaux. Toutefois, les actions et les obligations de ces sociétés ne sont pas, en vertu de l'autorisation dont il s'agit, admises à la cote officielle des Bourses en France. L'admission d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères à la cote officielle dans les Bourses françaises est soumise à des règles spéciales (Décrets des 6 février 1880 et du 1er décembre 1893) (2).

344 *bis*. A quelles lois sont soumises en France les sociétés étrangères ? La loi du 30 mai 1857 (art. 1, *in fine* et art. 2) dit que les sociétés étrangères dûment autorisées en France peuvent y exercer leurs droits, *en se conformant aux lois françaises*. Cette formule ne saurait être prise à la lettre ; il en résulterait que les sociétés étrangères sont soumises à toutes les lois françaises, spécialement à la loi du 24 juillet 1867. Cela serait d'une excessive rigueur et contraire au but même de la loi du 30 mai 1857. Il s'agit de sociétés déjà soumises aux lois de leur pays d'origine. Avec un pareil système, s'il était généralisé, les relations internationales deviendraient presque impossibles, il faudrait

(1) Renault, *Journal des sociétés*, 1880, p. 152 et suiv. — Bruxelles, 14 janvier 1875, S. 1881. 2. 171 ; *J. Pal.*, 1881. 941. Cf. Gênes, 23 juillet 1886. S. 1887. 4. 1 et la note de M. Lainé ; Cass., 28 avril 1902, D. 1902. 1. 281 (arrêt de cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 4 mars 1898, rendu sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi).

(2) Pour les règles fiscales applicables aux titres des sociétés étrangères, V. L. 25 mai 1872, art. 3 ; L. 13 avril 1898, art. 12 et 13 ; D. 22 juin 1898.

qu'une société se soumît aux lois de tous les pays dans lesquels elle veut faire des opérations. En réalité, la loi de 1857 a entendu seulement exiger des sociétés étrangères qu'elles se conforment aux lois françaises qui régissent en France les individus étrangers, c'est-à dire à nos lois réelles et aux lois de police et de sûreté (art. 3, C. civ.). Il résulte de là qu'au point de vue des conditions de leur constitution, des formalités de publicité à remplir et de leur fonctionnement, des causes de leur dissolution, les sociétés étrangères sont soumises, en France même, à leurs lois nationales et non aux lois françaises (1).

345. Par cela même qu'à beaucoup de points de vue, les sociétés étrangères échappent à l'application des lois françaises, des personnes, en fondant une société, ont parfois l'idée de la qualifier de société étrangère pour la soustraire à nos lois (2). Afin d'empêcher ces fraudes, il importe de déterminer ce qu'on doit entendre par *société étrangère* : aucun texte légal ne s'explique à cet égard. Il est certain qu'on ne doit considérer ni la nationalité des associés, ni le pays dans lequel l'acte de société a été passé, ni le pays dans lequel les souscriptions ont été faites (3), ni même le pays où existent des bureaux de la société. Il paraît rationnel de s'attacher, en principe, au pays dans lequel est le principal établissement de la société. Ce pays est facile à déterminer pour les sociétés qui, comme les compagnies de chemins de fer ou de mines, se livrent à des opérations se rattachant au sol même. La difficulté peut être plus grande pour d'autres sociétés, telles que les sociétés d'assurances ou de banque, qui souvent font des opérations dans plusieurs États. Mais, à moins qu'il y ait une fraude caractérisée, on peut laisser aux fondateurs d'une société le droit de la rattacher au pays dans lequel elle a son siège social, c'est-à-dire son siège administratif réel (4).

(1) Lyon, 7 janvier 1881, et la note de Ch. Lyon-Caen, S. 1881. 2. 25 ; *J. Pal.*, 1881. 193.

(2) Une société peut avoir intérêt, au contraire, à être considérée comme société française plutôt que comme société étrangère. Ainsi, une société française a le bénéfice de l'article 14 C. civ., et n'a pas à fournir comme demanderesse la caution *judicatum solvi* (art. 16, C civ.).

(3) V., cependant, Thaller, *Annales de Droit commercial*, 1890, 2 257.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, II, nº 1167. C'est cette solution alternative qu'a adoptée, en 1900, le Congrès international des sociétés par actions, réuni à Paris à l'occasion de l'Exposition universelle.

La jurisprudence admet en général qu'une société doit se rattacher au pays où elle a son siège social réel ou, en d'autres termes, que c'est le pays du siège social qui détermine la nationalité d'une société : Cass., 20 juin 1870, S. 1870. 1. 373 ; D. 1870. 1. 416 ; Cass., 29 mars 1898, S. et *J. Pal.*, 1901. 1. 70 ; D. 1899 1. 595.

345 *bis. Sociétés d'assurances et sociétés de capitalisation étrangères.* — L'autorisation générale permettait jusqu'à une époque récente à toutes les sociétés étrangères d'exercer leurs droits en France et, quel que fût leur objet, les sociétés étrangères n'étaient pas soumises aux règles spéciales applicables en France aux sociétés françaises similaires. Ainsi, sous l'empire de l'ancien article 66, 2e alin., de la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes d'assurances sur la vie appartenant à un pays dont les sociétés avaient en France une existence légale en vertu d'une autorisation générale, pouvaient avoir en France des agences ou succursales et y faire des opérations, sans avoir besoin d'une autorisation individuelle et y être soumises à la surveillance du gouvernement. Il y avait là une inégalité choquante et injustifiable ; car, dès l'instant où le législateur reconnaît que la nature des opérations faites par une société doit la faire soumettre à des règles particulières, on ne voit pas pourquoi ces règles ne s'appliquent pas à toutes les sociétés ayant pour objet ces opérations, quelle que soit leur nationalité. Les lois du 9 avril 1898 et du 17 mars 1905 ont tenu compte de ces critiques ; les sociétés étrangères d'assurances contre les accidents du travail, régis par les lois du 9 avril 1908, du 12 avril 1906 et du 18 juillet 1907, les sociétés d'assurances sur la vie ou ayant pour objet des opérations fondées sur des calculs relatifs à la durée de la vie humaine sont, pour leur fonctionnement en France, soumises à la surveillance et au contrôle du gouvernement et ainsi assimilées aux sociétés françaises ayant les mêmes objets (1) (L. 9 avril 1898, art. 27 modifié par la loi du 31 mars 1905 ; L. 17 mars 1905, art. 1, 6, 7, 8, 12, etc.). Il en est de même, pour les sociétés de capitalisation étrangères en vertu de la loi du 19 décembre 1907. En conséquence, l'autorisation générale résultant d'un décret ou d'un traité ne suffit plus pour que les sociétés dont il s'agit puissent faire des opérations sur le territoire français.

346. Malgré le grand nombre de décrets d'autorisation rendus en vertu de la loi du 30 mai 1857 (2), il y a des pays pour les sociétés desquels aucun décret n'a été rendu. Les sociétés de ces pays n'ont pas d'existence légale en France. Les tribunaux français doivent les déclarer non recevables à agir devant eux. Toutefois, si elles ne peuvent plaider comme demanderesses, elles peuvent, du moins, être actionnées devant nos tribunaux comme défenderesses ; il serait exor-

(1) Mais, toutes les autres sociétés d'assurances étrangères (contre l'incendie, contre la grêle, etc...) bénéficient de l'autorisation générale donnée aux sociétés de leur pays.

(2) V. note 3 de la page 273.

bitant que le défaut d'autorisation pût leur permettre de se soustraire à leurs obligations, sans qu'elles eussent à redouter une condamnation. L'Administration pourrait empêcher ces sociétés d'établir des succursales sur notre territoire. En fait, c'est un droit dont elle n'use point (1).

Section III. — Dissolution, liquidation et partage des sociétés. Prescription des actions contre les associés. Contestations entre associés.

A. — De la dissolution des sociétés.

347. Les sociétés prennent fin par des causes nombreuses. Le Code civil seul les énumère (art. 1865 à 1871); il sert à combler la lacune du Code de commerce muet sur ce point (art. 18, C. com. et ci-dessus, nº 104). Mais les causes de dissolution mentionnées dans le Code civil ne s'appliquent complètement qu'aux sociétés civiles régies par les articles 1832 et suiv., C. civ.; beaucoup de ces causes ne sont pas admises dans toutes les sociétés de commerce, surtout dans les sociétés par actions; ce sont celles qui tiennent à ce que la société repose sur la considération des personnes.

348. *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée* (art. 1865-1°, C. civ.). — Cette cause de dissolution s'applique à toutes les sociétés. Du reste, les associés peuvent convenir que la société sera dissoute avant l'époque fixée par l'acte de société, ou, au contraire, en proroger la durée. Il faut suivre alors les règles prescrites pour les modifications des statuts qui varient avec la nature de la

(1) Un projet de loi a été présenté à la Chambre des députés une première fois le 4 juillet 1903 et une seconde fois le 18 juin 1906. Le rapport sur ce projet de loi, dû à M. Chastenet, a été déposé le 6 décembre 1906. Voici l'analyse des principales dispositions de ce projet. Il reconnaît aux sociétés étrangères constituées conformément aux lois de leur pays le droit de faire des opérations en France et d'y ester en justice. Mais elles ne peuvent établir une succursale en France que si un traité ou un décret général rendu dans la forme des règlements d'administration publique a autorisé les sociétés de ce pays à exercer tous leurs droits en France. Les sociétés étrangères doivent, avant la création d'une succursale en France, y publier leurs statuts dans les formes que le projet de loi détermine, à peine de nullité de leurs opérations, sans que, toutefois, cette nullité soit opposable aux tiers par les associés. Une amende est édictée contre le fait de créer une succursale d'une société étrangère en l'absence de tout décret et de tout traité d'autorisation et contre l'omission des formalités de publicité prescrites en cas d'ouverture d'une succursale.

société dont il s'agit (nos 306 et 307). La prorogation ou l'abréviation ne peut être constatée que par un écrit qui, de même que l'acte de société, peut être authenthique ou sous seings privés. Il y a lieu, en outre, de remplir les formalités de publicité prescrites par la loi de 1867. V. nº 357.

349. *Consommation de la négociation* (art. 1865-2º, C. civ.). — Cette cause de dissolution, commune aussi à toutes les sociétés, s'applique, en fait, surtout aux sociétés en participation, par cela même que, le plus souvent, elles n'ont pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées (nos 326 et 327).

350. *Extinction de la chose* (art. 1565-2º). — Sous ce nom se trouvent comprises à la fois la perte de l'objet même de la société et la perte de la chose formant l'apport d'un associé.

La perte de l'objet de la société est un fait rare, mais qui peut se produire lorsqu'elle a un seul objet. Ainsi, l'on peut supposer que le navire que des coarmateurs associés font naviguer, périt dans un naufrage, ou que le brevet qu'une société a pour but unique d'exploiter tombe en vertu d'un jugement de déchéance (L. 5 juillet 1844, art. 32), ou que la concession en vertu de laquelle elle exploite vient à lui être retirée (rachat d'un chemin de fer).

Le cas de perte de la chose formant l'apport d'un associé peut se produire plus souvent. Pour qu'elle entraîne la dissolution de la société, il faut, d'après les principes généraux du droit, qu'il s'agisse d'un corps certain et que la perte arrive avant que l'apport ait été réalisé ; car, après la réalisation de l'apport, les risques sont pour la société, en ce sens qu'elle subsiste malgré la perte de l'apport : *res perit domino*. Il y a lieu d'appliquer ces principes aux différentes sortes d'apports :

a) Quand un associé a promis d'apporter la propriété d'un corps certain, il semblerait que, d'après les principes généraux du droit (art. 1138, C. civ.), la propriété étant transmise dès le moment où le contrat de société a été conclu, il ne peut plus y avoir de dissolution de la société par la perte de l'apport. Mais le Code civil distingue selon que, lors de la perte, la mise n'était pas encore effectuée ou que la propriété était déjà transmise, pour décider que, dans le premier cas, la société est dissoute (art. 1867, al. 1 et 3). Comment ce premier cas peut-il se présenter, alors que la propriété se transmet par la seule convention (art. 1138, C. civ.) et qu'aucune dérogation à cette règle n'a été admise en matière de société ? Il faut supposer, soit que l'apport a pour objet un bien appartenant à un tiers, de telle sorte que l'associé doit l'acquérir avant que la propriété en soit transmise à la société, soit que l'associé s'est réservé la propriété jusqu'à une certaine époque.

b) La même solution doit être donnée pour le cas où il s'agit d'un apport en usufruit.

c) Mais, au contraire, la dissolution de la société a lieu dans le cas de perte de la chose, dont la jouissance seule a été mise en commun (art. 1867, 2e alin., C. civ.). Dans cette hypothèse, l'associé s'est engagé, comme le fait un bailleur, à faire jouir la société, pendant sa durée, du bien désigné. L'apport, qui se fait, pour ainsi dire, au jour le jour, n'est complet que quand toute la jouissance promise a été procurée à la société. Les risques sont pour l'associé comme ils sont pour le bailleur dans le louage de choses.

d) Il faut assimiler au cas précédent celui de l'apport en industrie : si l'associé qui a promis son industrie se trouve dans l'impossibilité de travailler, il y a dissolution de la société, l'apport promis n'est point réalisé.

351. Le Code civil ne prévoit pas le cas de la perte *partielle* du fonds social. Il est évident qu'à moins de clause contraire dans les statuts, la perte partielle du fonds social n'entraîne pas la dissolution. — D'après la loi du 24 juillet 1867 (art. 37), *dans les sociétés anonymes*, en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de *tous* les actionnaires, à l'effet de décider s'il y a lieu de provoquer la dissolution en justice.

352. *Mort de quelqu'un des associés* (art. 1865-3°, C. civ.). — Cette cause de dissolution est fondée sur ce que les sociétés sont formées entre personnes qui se choisissent à raison de la confiance qu'elles ont les unes dans les autres ; aussi n'est-elle admise que dans les *sociétés de personnes* (n° 168). La mort d'un associé en nom collectif ou d'un commandité, celle d'un commanditaire dans une commandite simple, dissout donc la société ; il n'en est pas de même de la mort d'un actionnaire. La mort d'un associé n'entraîne pas la dissolution des sociétés à capital variable, alors même que ce sont des sociétés de personnes (L. de 1867, art. 54). V. n° 318.

Cette cause de dissolution rend incertaine et fragile la durée des sociétés ; aussi la loi permet-elle aux sociétés de l'exclure par l'expression d'une volonté formelle. L'article 1868, C. civ., prévoit à cet égard deux espèces de conventions :

a) *Il peut être convenu que, malgré le décès d'un associé, la société continuera entre les survivants*. — Dans ce cas, les héritiers de l'associé prédécédé deviennent étrangers pour l'avenir à la société. Ils ont seulement droit à une somme déterminée, pour la part du défunt : la fixation de cette part exige, en principe, une liquidation établissant la situation lors du décès. Afin d'éviter les complications et les frais d'une liquidation, l'acte de société décide le plus souvent que la valeur de la

part des héritiers de l'associé prédécédé sera déterminée d'après les résultats du dernier inventaire dressé de son vivant.

b) *Il peut être convenu que la société continuera entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé.* — Les héritiers prennent alors la place de leur auteur et doivent laisser dans la société la mise de celui-ci (1). Parfois, il est stipulé que les héritiers d'un associé en nom collectif ou d'un commandité seront considérés comme commanditaires ; grâce à cette clause, ils n'ont qu'un droit de surveillance sur la gestion. On évite aussi de cette façon les difficultés qui se présentent quand un associé en nom collectif laisse des héritiers mineurs qui ne sont pas en âge de devenir commerçants (2).

353. *Déconfiture d'un associé* (art. 1865-4°). — L'associé ne présente plus pour ses coassociés les garanties sur lesquelles ils avaient compté en s'associant. Cette cause de dissolution ne s'applique, comme la mort d'un associé, qu'aux sociétés de personnes. Comme il n'y a pas de mode légal de constatation de la déconfiture, une demande en justice est, en fait, toujours nécessaire pour faire déclarer que la société est dissoute pour cette cause.

354. *Faillite, liquidation judiciaire d'un associé.* — Le Code civil ne mentionne pas la faillite. Il est cependant certain qu'elle entraîne la dissolution des sociétés de personnes ; elle implique presque toujours l'insolvabilité du failli et le frappe d'une sorte d'incapacité légale, en le dessaisissant de l'administration de ses biens.

La liquidation judiciaire, introduite par la loi du 4 mars 1889, doit avoir à ce point de vue les mêmes effets que la faillite. Elle suppose également la cessation des paiements et implique, par suite, que l'associé est hors d'état d'exécuter ses obligations envers ses créanciers.

355 *Interdiction légale ou judiciaire d'un associé* (art. 1865-4°). — Sans la dissolution de la société, les associés se trouveraient en rapport avec le tuteur de l'interdit. Il y aurait là une situation incompatible avec une société formée *intuitu personæ*. Du reste, un interdit ne peut être commerçant (n° 77).

Les graves modifications apportées à la capacité par la nomination d'un conseil judiciaire et l'incapacité pour l'individu qui en est pourvu d'être commerçant (n° 77) doivent faire admettre que les sociétés de personnes sont dissoutes par la nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés (3).

(1-2) V. pour le cas où l'héritier de l'associé prédécédé est mineur, Paris, 7 avril 1887, S. 1888. 2. 145 ; *J. Pal.*, 1888. 1. 1829 et la note de Ch. Lyon-Caen et notre *Traité de Droit commercial*, II. 1re partie, n° 319.

(3) V., pourtant, en sens opposé, Aubry et Rau, IV (4e édit.), p. 379, n° 9 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), n° 483.

Il en est de même de l'internement d'un associé dans une maison d'aliénés.

356. *La volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société* (art. 1865-5°, C. civ.). — Les sociétés peuvent présenter certains des inconvénients de toute communauté d'intérêts ; aussi chaque associé a-t-il la faculté de faire dissoudre la société, mais cela n'est vrai que des sociétés à durée illimitée. Cette faculté n'existe même en aucun cas dans les sociétés par actions (1), ni dans les sociétés à capital variable. Les associés y ont un moyen fort simple de sortir de la société, ils n'ont qu'à céder leurs actions ou à reprendre leurs mises.

Pour que la volonté exprimée par un associé de dissoudre la société produise ses effets, il faut, d'après les articles 1869 et 1870, C. civ. : 1° que l'associé notifie sa renonciation à tous les autres associés ; 2° que la renonciation soit faite de bonne foi ; elle n'est pas de bonne foi quand l'associé renonçant a pour but de réaliser seul un bénéfice que tous les associés se proposaient de faire en commun ; 3° qu'elle n'ait pas lieu à contretemps ; elle est faite à contretemps quand les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée.

357. *La volonté des associés.* — Il faut, d'après les principes généraux, le consentement de tous les associés pour qu'une société soit dissoute avant le terme fixé par les statuts. Mais, dans les sociétés par actions, il est, en général, stipulé que l'assemblée générale pourra voter la dissolution anticipée ; les statuts exigent seulement, le plus souvent, des conditions spéciales concernant, soit la majorité, soit la composition de l'assemblée (nos 278 et 306). A défaut de toute stipulation, il a été soutenu, avant la loi du 16 novembre 1903, que l'assemblée générale n'a pas le pouvoir, sauf dans le cas spécial prévu par l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867, de voter à la majorité la dissolution de la société avant le terme fixé par les statuts (2). Cette solution, fondée sur un argument *a contrario* tiré de cet article 37, ne paraît plus soutenable depuis la loi du 16 novembre 1903. Cette loi admet implicitement que l'article 31 de la loi de 1867 s'applique même au cas de silence des statuts et cet article mentionne formellement la dissolution de la société anonyme avant le terme assigné à sa durée.

357 *bis. Fusion.* — A la dissolution on peut rattacher la *fusion*. Il y a fusion lorsqu'il y a réunion de deux ou de plusieurs sociétés jusqu'alors distinctes, de façon à ce qu'elles ne forment plus qu'une

(1) V. *Traité de Droit commercial*, II, 2e partie, n° 867[3].
(2) Cass., 29 avril 1897, D. 1898. 1. 106 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 63.

seule société. Tantôt l'une des sociétés absorbe l'autre, tantôt elles disparaissent l'une et l'autre pour former une société nouvelle. V. art. 34, C. com., modifié par la loi du 16 novembre 1903.

La fusion est surtout fréquente pour les sociétés par actions. La gravité des conséquences produites par la fusion, pour la société qui cesse d'exister, fait généralement admettre qu'il y a là une modification aux bases essentielles des statuts et exiger, par suite, pour qu'il y ait fusion, le consentement de l'unanimité des actionnaires. Mais, pour la société absorbante, il y a seulement augmentation de son capital par suite de la fusion et, par suite, l'assemblée extraordinaire peut décider qu'elle aura lieu.

Au cas de fusion de sociétés par actions se rattache une disposition spéciale, insérée dans l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 en vertu de la loi du 16 novembre 1903. Cette disposition apporte une dérogation à la prohibition de négocier les actions d'apport tant que deux ans ne se sont pas écoulés depuis la constitution de la société (nos 251 et 252). Cette prohibition étant absolue, on l'appliquait même quand il s'agissait d'une fusion entre deux sociétés ayant chacune plus de deux ans d'existence. Cependant, en pareil cas, la prohibition ne se justifie point, puisque les actions d'apport ont déjà été soustraites à toute négociation pendant deux ans après la constitution de la société à laquelle elles se rattachent. Aussi la disposition suivante a-t-elle été ajoutée par la loi du 16 novembre 1903 à l'article 3, paragr. 3, de la loi du 24 juillet 1867 :

En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle, englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions, ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence.

Il suffit, d'après cette disposition, que les actions d'apport soient attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux années d'existence, quand même l'autre ou les autres sociétés n'auraient pas déjà une existence d'une durée supérieure à ce délai. Cela concorde avec les motifs mêmes de l'exception ; la circonstance dont il s'agit suffit pour qu'on puisse dire que le temps d'épreuve est déjà accompli.

358. *Une décision de justice.* — La dissolution de toute société peut être demandée en justice par l'un des associés, quand il a de justes motifs, spécialement quand un des associés manque à ses engagements ou quand une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires sociales (art. 1871, C. civ.). Dans le premier cas, il y a une application de l'article 1184, C. civ., sauf qu'il n'y a pas, comme dans le cas de ce

dernier article, une *résolution* proprement dite, mais une résiliation ; le contrat de société n'est pas rétroactivement anéanti, mais il cesse de produire ses effets pour l'avenir. C'est, du reste, ce qui a toujours lieu quand il s'agit de contrats successifs, comme l'est la société.

359. De la publication de la dissolution des sociétés. — Il importe que les tiers aient connaissance de la dissolution, car, lorsque la société est dissoute, les pouvoirs des administrateurs ou des gérants cessent, et ceux-ci ne peuvent plus par leurs actes obliger la société. Dans les sociétés civiles, la loi ne prescrit pas plus de formalité de publicité pour la dissolution que pour la constitution de ces sociétés ; la dissolution est ou non opposable aux tiers selon qu'ils ne sont pas ou qu'ils sont de bonne foi (art. 2009, C. civ.). Dans les sociétés de commerce, autres que les sociétés en participation, afin d'éviter les complications que peut engendrer l'examen de la question de savoir si les tiers ont connu ou non la dissolution, la loi a soumis la dissolution aux mêmes formalités de publicité que la constitution. Ces formalités doivent incontestablement être remplies pour la dissolution des sociétés à objet civil ayant revêtu une forme commerciale, même quand elles n'ont pas le caractère commercial ; car elles tiennent à la forme. Cf. n° 336.

La loi ne prescrit pas de remplir les formalités de publicité dans tous les cas de dissolution. L'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 y soumet *les actes et délibérations prononçant la dissolution*. Il résulte de ce texte que la publicité est requise, quand une délibération des associés avance ou retarde l'époque de la dissolution fixée par l'acte de société (n^os^ 348 et 357) ; qu'au contraire, il n'y a à remplir aucune formalité de publicité, quand la dissolution a lieu à l'époque fixée par les statuts ou résulte d'une cause ne consistant pas dans un fait volontaire, par exemple du décès d'un associé. — Y a-t-il lieu à publicité en cas de dissolution prononcée par justice ? La jurisprudence n'est pas bien fixée sur ce point. Il semble juste et utile d'exiger la publicité du jugement ; il y a bien là *un acte* prononçant la dissolution.

Dans le cas où la publicité est requise, la loi n'accorde pas de délai pour remplir les formalités (argument tiré de l'article 64, C. com.) (1) ; aussi la société n'est-elle réputée dissoute qu'à partir du jour où elles ont été accomplies.

(1) Elle accorde, au contraire, un délai d'un mois pour les formalités de publicité à remplir lors de la constitution des sociétés. V. n° 134.

B. — De la liquidation des sociétés.

360. Quand une société est dissoute, il y a lieu de partager l'actif entre les associés. Le partage est le plus souvent précédé d'opérations diverses qui ont pour but commun de bien établir quel est l'actif à partager ; ces opérations reçoivent le nom collectif de *liquidation*. Elles consistent principalement à achever les opérations en cours lors de la dissolution, à payer les dettes sociales, à recouvrer les sommes dues à la société, à vendre les biens de la société, pour en employer au besoin le prix au paiement des dettes sociales. Nos lois ne renferment aucune disposition sur la liquidation des sociétés. Cette lacune ne peut être comblée qu'à l'aide des principes généraux du droit et de règles déduites du but même de la liquidation.

361. Le droit de procéder à la liquidation appartient, en principe, à tous les associés. Afin d'éviter les complications, le plus souvent, surtout dans les sociétés par actions où les associés sont nombreux, les fonctions de liquidateur sont conférées à une ou plusieurs personnes associées ou non.

Les liquidateurs sont parfois nommés par l'acte même de société, ou cet acte indique comment ils seront choisis : il dispose, par exemple, qu'ils le seront par l'assemblée générale des actionnaires. Si les statuts sont muets, les associés choisissent les liquidateurs. L'unanimité est-elle nécessaire pour ce choix ? Elle paraît devoir être exigée et elle l'est par la jurisprudence : il s'agit d'un contrat nouveau, d'un mandat à conférer. Si l'unanimité ne peut être obtenue, c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de nommer un liquidateur (1).

362. *Rôle des liquidateurs des sociétés dissoutes.* — Les liquidateurs sont mandataires de la société qu'ils représentent, non des créanciers. On peut déduire de cette idée plusieurs conséquences, dont les principales sont les suivantes :

(1) Il ne faut pas confondre avec les liquidateurs *nommés par justice* en cas de dissolution d'une société, les liquidateurs *judiciaires* dont la nomination implique une société en état de cessation de paiements qui a obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889. V. nos 1326 et suiv.

Auprès des tribunaux de commerce importants, spécialement du tribunal de commerce de la Seine, il y a, pour la liquidation des sociétés dissoutes, des liquidateurs professionnels organisés en compagnie et soumis à la surveillance du tribunal. C'est une organisation analogue à celle des syndics de faillites qui jouent aussi le rôle de liquidateurs judiciaires des sociétés ayant obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire. Cf. n° 1356.

a) Les liquidateurs peuvent intenter des actions en paiement des créances de la société.

b) C'est contre eux que sont formées les demandes en paiement des créances de la société.

c) Ils ne peuvent pas poursuivre les associés au nom des créanciers sociaux (n° 363).

Toutefois, les liquidateurs représentent exceptionnellement les créanciers, quand certains d'entre eux ont coopéré à leur nomination ou quand la décision judiciaire qui les a nommés les a chargés de ce rôle.

363. *Attributions et pouvoirs des liquidateurs.* — L'acte nommant les liquidateurs fixe ordinairement leurs pouvoirs, mais il n'en est pas toujours ainsi ; le silence ou les lacunes de l'acte de nomination font naître des difficultés. Le principe général est que les liquidateurs peuvent faire ce qui est nécessaire pour mener à bonne fin la liquidation. Cela comprend d'abord tous les actes conservatoires (renouvellement d'inscriptions, interruption de prescriptions, etc.), le paiement des dettes sociales, le recouvrement des créances.

Les liquidateurs peuvent réclamer aux associés le versement ou le complément de leurs mises, qui font partie des valeurs sociales et ainsi de l'actif qui doit être réalisé. Mais les liquidateurs ne peuvent pas agir contre les associés au delà de leurs apports, quand même les associés sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, à moins que les liquidateurs ne prouvent que l'actif social versé ne suffit pas pour payer les dettes sociales. Ce droit n'appartient qu'aux créanciers, et le liquidateur ne les représente pas, en principe (n° 362, *in fine*).

Si les fonds manquent, les liquidateurs peuvent-ils, alors même qu'ils n'auraient pas reçu de pouvoirs formels, emprunter, hypothéquer ou vendre des immeubles de la société ? La jurisprudence, avec beaucoup d'auteurs, leur refuse ces pouvoirs. Elle se fonde principalement sur l'article 1988, C. civ., d'après lequel un mandat spécial est nécessaire pour conférer le pouvoir d'aliéner. On peut répondre que, chargés de faire la liquidation qui comprend le paiement des dettes sociales, les liquidateurs doivent avoir tous les pouvoirs nécessaires pour atteindre ce but. La disposition de l'article 1988, C. civ., ne saurait être invoquée ici ; car elle s'applique aux aliénations de meubles, comme aux aliénations d'immeubles, et personne ne doute que les liquidateurs aient le pouvoir de vendre les biens meubles de la société, spécialement les marchandises se trouvant en magasin.

Les auteurs qui, avec la jurisprudence, refusent aux liquidateurs le pouvoir de vendre les immeubles, ne leur reconnaissent pas non plus celui de transiger ou de compromettre, tout au moins sur des contestations de nature immobilière (art. 2045, C. civ., art. 1003, C. proc.

civ.). Ce pouvoir doit leur être, au contraire, reconnu si l'on admet que les liquidateurs ont celui de vendre les immeubles de la société.

364. Les besoins de la liquidation amènent souvent les liquidateurs à contracter des dettes ; il en est ainsi quand ils endossent des effets de commerce ou font des achats pour terminer des opérations commencées. Ils obligent alors la société, sans s'obliger eux-mêmes, puisqu'ils sont des mandataires qui contractent au nom de la société. Ils obligent même les associés personnellement, comme l'aurait pu faire le gérant avant la dissolution, s'il s'agit d'associés tenus sur tous leurs biens des dettes de la société.

365. Personnalité des sociétés en liquidation. — Du jour où une société est dissoute, on peut rigoureusement dire qu'il n'y a plus qu'une communauté d'intérêts entre les anciens associés, devenus des copropriétaires. Cette idée, appliquée avec toutes ses conséquences, porterait atteinte à des droits acquis et entraverait les opérations de la liquidation. Aussi, d'après une doctrine traditionnelle, la société est-elle considérée, même après sa dissolution, comme continuant d'exister et comme conservant sa personnalité pour les besoins de la liquidation. De là résultent des conséquences pratiques importantes :

a) Les créanciers sociaux conservent le droit de se faire payer, même après la dissolution, sur les biens de la société, à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Autrement, du reste, les créanciers sociaux seraient exposés à perdre à chaque instant leur droit de gage exclusif sur les biens sociaux, et cela nuirait au crédit de la société.

b) Le même droit exclusif appartient aux créanciers avec lesquels le liquidateur a contracté pendant la liquidation pour les besoins de celle-ci, par exemple, à celui qui a consenti un prêt aux liquidateurs.

c) La société en liquidation continue à avoir un domicile, auquel elle doit être assignée en cas de procès.

d) Le liquidateur seul doit être actionné : il n'y a pas à mettre en cause les associés, à moins qu'il ne s'agisse d'associés tenus indéfiniment des dettes sociales, que les créanciers veulent poursuivre sur leurs biens personnels.

e) Le liquidateur seul peut toucher le montant des créances sociales. Un associé n'aurait pas le droit de réclamer le paiement même pour sa part.

f) Le droit de chaque associé conserve sa nature mobilière, comme pendant la durée de la société (art. 529, C. civ.). Aussi les immeubles sociaux ne sont-ils pas atteints par l'hypothèque légale de la femme ou du pupille de chacun des associés pour la part de celui-ci, ni par l'hypothèque judiciaire attachée au jugement de condamnation rendu contre

un associé, comme cela devrait se produire si l'on admettait que, dès la dissolution de la société, il n'y a plus qu'un état de copropriété entre les associés. En vertu de la même idée, chaque associé ne peut, pas plus pendant la liquidation qu'avant la dissolution de la société, hypothéquer les immeubles sociaux. Aussi, dans les cas où ceux-ci sont vendus, le tiers acquéreur n'a-t-il à faire la purge que sur la société et non sur chacun des associés.

g) Une société dissoute peut être déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire (n° 1336).

C. — Du partage des sociétés.

366. Quand la liquidation est achevée, l'actif à partager est déterminé et le partage peut avoir lieu. La part de chaque associé est fixée par l'acte de société ou, dans le silence de cet acte, est proportionnelle au montant de son apport.

L'article 1872, C. civ., contient sur le partage des sociétés une disposition générale, qui, conformément à l'article 18, C. com., s'applique aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles : *les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés*. De là des conséquences nombreuses : *a*) dès le jour de la dissolution, tout associé a le droit de réclamer le partage (art. 815, C. civ) ; *b*) il y a lieu de remplir les formalités du partage judiciaire, quand parmi les associés se trouvent un mineur, un interdit, un absent, ou quand les associés capables et présents ne parviennent pas à s'entendre pour faire un partage amiable ; *c*) les coassociés se doivent la garantie pour éviction, conformément aux articles 884 et suiv., C. civ.; *d*) le partage est rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887, C. civ.) ; *e*) le partage est déclaratif : chaque associé est réputé avoir été seul propriétaire des biens placés dans son lot à partir du jour où l'indivision a commencé, c'est-à-dire à compter de la dissolution de la société, si elle constituait une personne morale (art. 883, C. civ.), etc...

Il y a difficulté sur l'application au partage des sociétés de quelques dispositions du Code civil, se rattachant au partage des successions, spécialement des articles 882, 841 et 792 (1).

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 416 et suiv.

D. — De la prescription dans les sociétés commerciales.

367. Tant qu'une société dure, les actions qui peuvent être intentées contre elle ou contre les associés sont soumises aux règles ordinaires de la prescription ; elles ne s'éteignent donc, en principe, qu'au bout de trente ans depuis la date d'exigibilité des dettes (art. 2262, C. civ.) Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce.

La dissolution de la société amène un changement important. L'article 64, C. com., admet, à partir de cette dissolution, une prescription de cinq ans : *toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 46* (1), *et si, cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à cet égard par aucune poursuite judiciaire.* Le but général de cette disposition est, en restreignant la durée des obligations des associés, d'engager un plus grand nombre de personnes à former des sociétés et de ne pas détourner des associés, après la dissolution d'une société, d'entrer dans une société nouvelle.

Cette prescription quinquennale n'a pas de précédent dans notre législation, et la loi manque de netteté. Aussi de nombreuses difficultés s'élèvent-elles. Les plus graves sont relatives à la détermination des sociétés et des personnes pouvant bénéficier de cette courte prescription.

368. Des sociétés auxquelles s'applique l'article 64, C. com. — La prescription de cinq ans peut certainement être invoquée par les associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales, c'est-à-dire par les associés en nom collectif et par les commandités dans les commandites simples ou par actions. Leurs obligations sont onéreuses, et il convenait d'y apporter quelque atténuation par l'abréviation de leur durée. Mais la prescription de cinq ans s'applique-t-elle aussi aux actionnaires et aux commanditaires qui ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises et qui, n'ayant pas versé leurs mises, peuvent être actionnés directement par les créanciers sociaux (nos 166 et 223) ? La jurisprudence (2) et la plupart des auteurs (3)

(1) Ces dispositions du Code de commerce ont été remplacées par les articles 55 et suiv. de la loi du 24 juillet 1867.

(2) Cass., 24 janvier 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 497 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 116.

(3) Thaller, *op. citat.* (3e édit.), nos 462 à 464 ; Alb. Wahl, note dans le *Recueil de Sirey* et dans le *Journal du Palais*, 1895. 1. 497.

l'admettent, en se fondant sur l'absence de toute distinction faite par l'article 64 entre les différentes espèces d'associés. On allègue aussi que le législateur de 1867 a admis cette portée large de la prescription de cinq ans. D'après l'article 52, alin. 3, de la loi du 24 juillet 1867, dans les sociétés à capital variable qui, souvent, sont des sociétés anonymes, l'associé qui se retire reste encore tenu des dettes sociales pendant cinq ans (n° 298). Or, dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, on a dit qu'il y a une sorte de dissolution à l'égard de l'associé qui se retire et que, dès lors, l'article 64, C. com. doit lui être appliqué.

Cette opinion ne nous semble pas exacte. La prescription quinquennale n'est faite que pour les associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales ; les actionnaires et les commanditaires restent donc tenus pendant trente ans. Sans doute, l'article 64 ne distingue pas ; mais la distinction, que ne fait pas le texte même, résulte des motifs donnés dans les travaux préparatoires du Code de commerce. A plusieurs reprises, il y a été fait allusion à ce qu'il y aurait de rigoureux à maintenir l'obligation solidaire des associés pendant trente ans. Il est vrai que le législateur de 1867 a entendu l'article 64 de la manière la plus large ; mais il n'a pu modifier le sens de l'article du Code de commerce et lui donner la portée étendue qu'il n'avait pas dans l'intention des rédacteurs de ce Code.

369. La prescription de cinq ans est étrangère aux associés dans les sociétés civiles régies par le Code civil. L'article 64 placé dans le Code de commerce, ne saurait s'appliquer à ces sociétés. Mais le sens que nous donnons à l'article 64 doit conduire à l'appliquer, même dans les sociétés civiles, aux associés tenus solidairement, quand ces associés ont adopté la forme de la commandite ou de la société en nom collectif. La jurisprudence voit, au contraire, dans l'article 64 une disposition de faveur pour toutes les sociétés de commerce, mais pour elles seules (1).

370. Il va de soi, d'ailleurs, que l'article 64 est étranger aux sociétés en participation, par cela même qu'elles n'ont point d'existence à l'égard des tiers. V. n° 329.

371. A QUELS ASSOCIÉS S'APPLIQUE L'ARTICLE 64 ? — Des difficultés spéciales s'élèvent quant aux associés qui peuvent invoquer l'article 64. Ces difficultés se présentent, qu'on restreigne ou non la prescription de cinq ans aux sociétés en nom collectif et en commandite. Pour comprendre ces difficultés, il faut distinguer le cas où le liquidateur est une personne étrangère à la société et le cas où le liquidateur est un associé.

(1) Ch. Req., 28 janvier 1884, D. 1884. 1. 145.

1. *Le liquidateur est une personne étrangère à la société.* — Dans ce cas, la prescription quinquennale peut être-invoquée par tous les associés contre les créanciers sociaux. Au contraire, la prescription trentenaire seule est applicable aux actions des créanciers contre le liquidateur tendant à obtenir le paiement sur les valeurs sociales. Le liquidateur est alors actionné comme représentant la société et, à l'égard de la société, la prescription n'est nullement abrégée.

2. *Le liquidateur est choisi parmi les associés.* — Il est certain que, dans ce cas, les associés non liquidateurs peuvent se prévaloir de la prescription de cinq ans ; l'article 64 est formel à cet égard. En est-il de même de l'associé liquidateur ? La jurisprudence, avec beaucoup d'auteurs, admet que la prescription de trente ans lui est seule applicable. La prescription trentenaire, dit-on en faveur de cette opinion, forme le droit commun ; un texte formel est indispensable pour y substituer une prescription plus courte. Ce texte n'existe pas pour l'associé liquidateur : l'article 64 déclare prescrites par 5 ans *toutes actions contre les associés non liquidateurs*, cela semble exclure les associés liquidateurs.

Il faut, selon nous, rejeter ce système absolu, qui applique la prescription de trente ans à toutes les actions pouvant exister contre l'associé chargé de la liquidation. Parmi ces actions, il en est qui demeurent soumises à cette prescription, mais il en est d'autres qui se prescrivent par cinq ans. L'associé liquidateur a deux qualités : quand il est actionné comme liquidateur, à raison de son obligation de payer avec les valeurs sociales qu'il a entre les mains, il n'est protégé, comme un liquidateur non associé, que par la prescription de trente ans ; s'il est actionné comme associé, il peut recourir à la prescription de cinq ans. Ce système n'est pas contraire au texte de l'article 64, et il est rationnel. L'article 64 n'implique point que toutes les actions contre les associés liquidateurs se prescrivent par trente ans. Il dispose que *toutes* actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans. Il en résulte seulement, par *a contrario*, que cette courte prescription ne s'applique pas à *toutes* les actions contre les associés liquidateurs ; il en est qui ne sont prescrites qu'au bout de trente ans. Avec le système opposé, les associés souffriraient d'avoir choisi le liquidateur parmi eux ; car celui-ci, actionné après cinq ans par les créanciers sociaux, aurait un recours contre ses coassociés, qui ainsi ne profiteraient pas pleinement de la prescription abrégée de l'article 64.

372. ACTIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE LA PRESCRIPTION DE CINQ ANS. — La prescription quinquennale s'applique aux actions des créanciers sociaux contre les associés, à raison des obligations que ceux-ci ont contractées en entrant dans la société. Mais elle est étrangère :

a) Aux actions des associés les uns contre les autres. Il résulte du texte de l'article 64 que la prescription abrégée concerne seulement les actions des personnes à l'égard desquelles surtout la dissolution de la société doit être rendue publique, c'est-à-dire des tiers. Du reste, dans les rapports entre les associés, il n'y a pas de solidarité ;

b) Aux actions en responsabilité que peuvent avoir les créanciers sociaux contre les administrateurs, notamment dans les cas des articles 42 et 44, L. du 24 juillet 1867. La prescription n'a pas été abrégée en faveur des personnes qui se rendent coupables de fautes à raison desquelles elles sont actionnées.

373. Si les associés ont la faculté d'invoquer la prescription de cinq ans, ils n'y sont pas du moins obligés. Ils peuvent, s'ils y ont plus d'avantage, se borner à invoquer la prescription trentenaire ; c'est là ce qui se présente quand, lors de la dissolution de la société, il n'y a plus cinq ans à courir pour l'accomplissement de cette prescription.

374. Point de départ de la prescription. — La prescription a un point de départ différent selon que la dissolution de la société a dû ou non être rendue publique (n° 359). Dans le premier cas, elle ne court qu'à partir de l'accomplissement des formalités de publicité ; si elles n'étaient pas remplies, la prescription de trente ans serait seule applicable. Dans le second cas, elle court à compter de la date même de la dissolution, pourvu que l'acte de société qui indique cette date ait été lui-même publié dans les formes légales. V. article 64, C. com.

375. Interruption et suspension de la prescription. — Comme toute prescription, celle de l'article 64, C. com., peut être interrompue ou suspendue.

Cette prescription est soumise aux mêmes causes d'interruption que toutes les prescriptions libératoires, en général. Une poursuite judiciaire peut l'interrompre (art. 64), et l'interruption se produit à l'égard de tous les associés quand ils sont obligés solidairement (art. 1206, C. civ). Il en serait de même de la reconnaissance de dette émanée d'un associé. Si celle-ci renfermait une novation, il y aurait substitution de la prescription de trente ans à la prescription quinquennale (analog., art. 189, C. com. Cf. n° 653-2°).

Il va de soi que la prescription de l'article 64 est suspendue à l'égard des créances à terme ou condition ou jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition. Mais, comme il s'agit d'une courte prescription, il n'y a pas de suspension au profit des créanciers mineurs ou interdits (art. 2278, C. civ.).

E. — Des contestations entre associés.

376. Le Code de commerce (art. 51 à 63), comme l'Ordonnance de 1673 (tit. IV, art. 9), soumettait les contestations entre associés à des arbitres choisis par les associés eux-mêmes ou, à leur défaut, par le tribunal de commerce. L'arbitrage forcé avait été admis pour ces contestations à raison des avantages qu'on lui attribuait. Le législateur avait pensé que, les procès étant ainsi jugés sans publicité, le crédit des associés serait ménagé, que les arbitres formeraient une sorte de tribunal de famille qui préviendrait souvent les procès en faisant accepter des transactions, qu'ils expédieraient les affaires promptement et à peu de frais. Les faits avaient démenti ces prévisions : les arbitres n'avaient pas d'autorité morale sur les plaideurs ; la juridiction arbitrale donnait lieu à de nombreux incidents, chaque arbitre défendant toujours les intérêts de l'associé qui l'avait choisi ; aussi fallait-il dans tous les cas nommer un sur-arbitre (art. 60, C. com.) ; enfin l'absence de tarif permettait aux arbitres d'exiger des honoraires exorbitants. En présence de ces faits, la loi du 17 juillet 1856 a, en abrogeant les articles 51 à 63, C. com., supprimé l'arbitrage forcé et conféré compétence aux tribunaux de commerce pour *les contestations entre associés pour raison d'une société de commerce* (art. 631-2°, C. com., addition faite en 1856).

377. De la clause compromissoire. — Les associés ont, comme toute autre personne, la faculté de soumettre à des arbitres leurs contestations ; il n'y a aucune difficulté à cet égard pour les différends déjà nés. N'ont-ils pas aussi la faculté de convenir par avance, dans l'acte de société, que leurs contestations futures seront soumises à des arbitres ? Cette clause, appelée *clause compromissoire*, doit être déclarée nulle dans la société comme dans tout autre contrat (1). Elle est, en effet, contraire à l'article 1006, C. proc. civ., qui exige que le compromis contienne l'indication du litige et la nomination des arbitres. Lors de la formation de la société, les associés ne connaissent pas la nature des contestations qui pourront naître entre eux et ne sauraient dès lors choisir les arbitres en connaissance de cause. Quand le législateur a voulu admettre dans un contrat la *clause compromissoire*, il l'a dit expressément. V. article 332, C. com. (2).

(1) V., cependant, Bravard et Demangeat, I, p. 481 et suiv.

(2) La faveur que mérite l'arbitrage, devrait faire admettre la clause compromissoire, soit dans tous les contrats, soit, tout au moins, dans les contrats commerciaux ou dans ceux de ces contrats où elle est d'un usage constant.

Des propositions de loi ont pour but de réaliser cette réforme désirable. V. proposition de loi de M. Etienne Flandin déclarant valable la cause compromissoire et rapport de l'auteur de la proposition, déposé à la Chambre des députés le 26 février 1906 ; proposition de loi relative à la clause compromissoire en matière commerciale présentée par M. Louis Dreyfus à la Chambre des députés le 7 mai 1907. V. rapport sur cette proposition de loi déposé à la Chambre des députés le 30 mars 1908.

DEUXIÈME PARTIE.

Des contrats commerciaux.

---

378. Les contrats commerciaux sont, d'après les règles posées précédemment (n° 13), régis, soit par le Code de commerce ou les lois commerciales particulières, soit par les usages du commerce, soit, enfin, par le Code civil (art. 1107, C. civ.).

Le Code de commerce et les lois complémentaires contiennent des règles spéciales à quelques-uns des contrats commerciaux les plus importants (*gage*, *commission*, *contrat de transport*, etc...) ; mais il y a aussi des règles générales communes à *tous* les contrats commerciaux. Elles sont de deux sortes : les unes concernent le fond du droit, les autres sont relatives à la preuve.

CHAPITRE PREMIER.

RÈGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS COMMERCIAUX.

A — *Règles concernant le fond du droit.*

379. Les dispositions du Code civil sur les contrats et les obligations s'appliquent, en général, aux contrats commerciaux (n° 13). Il en est notamment ainsi des dispositions concernant les éléments essentiels des contrats (art. 1103, C. civ.), les vices du consentement (art. 1109 à 1122), la capacité des parties (art. 1123 à 1125), l'objet des contrats (art. 1126 à 1130), la cause (art. 1131 à 1133), les effets des obligations (art. 1136 à 1155). Des dérogations à certaines dispositions du Code civil résultent, sinon de textes légaux, au moins d'anciens usages.

380. *Dommages-intérêts.* — Il y a quelques règles particulières pour les dommages-intérêts dus pour inexécution ou pour retard dans l'exécution d'une obligation commerciale.

L'intérêt moratoire est de 5 0/0, tandis qu'il est de 4 0/0 en matière civile (L. 7 avril 1900) (1). Depuis la loi du 12 janvier 1886, qui admet la liberté de l'intérêt conventionnel en matière commerciale (n° 761), les parties peuvent convenir qu'en cas de retard dans le paiement d'une dette commerciale, il sera dû une somme complémentaire excédant même 5 0/0. A défaut de convention, dans les dettes de sommes d'argent, en matière commerciale comme en matière civile, les dommages-intérêts consistent seulement dans l'intérêt au taux légal. L'article 1153, C. civ., fait réserve, il est vrai, des règles spéciales au commerce ; il vise seulement les dispositions relatives au billet à ordre et à la lettre de change (art. 181, C. com.). V. n° 670.

(1) La loi du 3 septembre 1807 (art. 2 fixait le taux de l'intérêt légal à 6 p.100 en matière commerciale et à 5 p. 100 en matière civile. Ces taux ont été réduits de 1 p. 100 par la loi du 7 avril 1900, à raison de l'abaissement du taux conventionnel de l'intérêt de l'argent. Il n'est ni juste ni conforme à l'intention des parties que le taux de l'intérêt légal dépasse le taux le plus ordinaire de l'intérêt stipulé par les parties.

En matière civile, les dommages-intérêts ou les intérêts moratoires ne sont dus qu'à partir de la mise en demeure du débiteur, et celle-ci ne peut résulter que des actes indiqués par le Code civil (art. 1139, 1239 et 1153). En matière commerciale, au contraire, il est généralement reconnu que la mise en demeure peut résulter, soit d'un des actes énumérés par le Code civil, soit de tout autre acte par lequel le juge estime que le créancier a manifesté d'une façon suffisante sa volonté d'être payé (1); ainsi, le débiteur serait constitué en demeure par une lettre missive que lui aurait adressée son créancier.

381. DIFFÉRENTES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. — Les dispositions du Code civil (art. 1168 à 1233) sur les différentes espèces d'obligations s'appliquent aux obligations commerciales. Il faut seulement remarquer que, d'après un très ancien usage, en matière commerciale, par dérogation à l'article 1202, C. civ., la solidarité se présume entre les codébiteurs, de telle sorte que, la règle contraire à celle du Droit civil étant écartée, si on veut exclure la solidarité, une convention expresse est nécessaire V. nos 13 et 332.

Sauf dans le cas d'effets de commerce (art. 157 et 188, C. com.), le juge est, en matière commerciale, comme en matière civile, investi du pouvoir d'accorder des délais de grâce (art. 1244, 2e alin., C. civ.; art. 122 à 125, C. proc. civ.).

Les causes de déchéance du terme sont les mêmes pour les dettes commerciales que pour les dettes civiles. Mais des causes spéciales de déchéance du terme sont admises par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce (art. 13).

382. MODES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS. — Les articles 1234 et suiv., C. civ., s'appliquent aux obligations commerciales.

Un terme de grâce peut être accordé pour une dette commerciale comme pour une dette civile : c'est seulement en matière de lettres de change et de billets à ordre que la loi défend d'accorder un terme de grâce (art. 157 et 187, C. com.). V. n° 645.

L'article 1273, C. civ., dispose : *la novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.* On pourrait croire que cette règle est exclue en matière commerciale, à raison de ce que toutes les preuves y sont admises (n° 385); ce serait une erreur. L'article 1273 pose non une règle de preuve, mais une règle d'interprétation déduite de ce que les renonciations ne se présument pas. Il en est de même de l'article 1275, C. civ., qui concerne la délégation.

La prescription libératoire est de 30 ans pour les dettes commer-

(1) Douai, 1er février 1894, D. 1894. 2. 529; *Pand. fr.*, 1895. 2. 149.

ciales, comme pour les dettes civiles (art. 2262, C. civ.). Mais les cas dans lesquels une prescription plus courte est admise en matière commerciale, sont nombreux : le plus souvent, la prescription abrégée y est de cinq ans (art. 64, 108, 109, C. com. ; art. 10, loi du 24 juillet 1867) ; parfois, le délai de la prescription est de dix ans, de trois ans, de deux ans (dispositions nouvelles ajoutées aux articles 3 et 8 de la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893) ou même d'un an (art. 108, 433 et 436, C. com.).

383. OBLIGATIONS SE FORMANT SANS CONVENTION. — Les règles du Code civil (art. 1370 à 1386) s'appliquent aussi, en général, aux quasi-contrats, aux délits et aux quasi-délits commerciaux. C'est sur les articles 1382 et 1383 que se fonde notamment l'importante théorie de la concurrence déloyale. V. n° 40.

B. — *Des preuves en matière commerciale.*

384. Des dérogations importantes sont apportées ici au droit commun. Le Code civil consacre, dans une certaine mesure, un système de *preuves légales*, en défendant au juge d'admettre certains genres de preuve : c'est ainsi qu'il exige que, pour toute somme ou valeur excédant 150 francs, un écrit soit dressé et qu'il exclut, en conséquence, au-dessus de cette somme ou de cette valeur, la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme (art. 1341 et 1353). En matière commerciale, un système plus large s'impose : la célérité avec laquelle se concluent les opérations ne saurait se concilier avec la nécessité de dresser un écrit pour les constater.

Deux questions générales doivent être résolues : 1° *Quels sont les moyens de preuve admis en matière commerciale ?* 2° *Dans quels cas les règles spéciales au Droit commercial doivent-elles être appliquées ?*

385. 1° MOYENS DE PREUVE ADMIS EN MATIÈRE COMMERCIALE. — Le principe général est qu'en matière commerciale, tous les moyens de preuve sont admis, spécialement la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme. Le Code de commerce (art. 109) ne le décide expressément que pour le contrat commercial le plus usuel, la vente ; mais il résulte du Code civil que la même règle s'applique d'une façon générale en matière de commerce (art. 1341, dern. alin., et art. 1353, C. civ.). Du reste, le principe de la liberté des preuves était déjà admis dans l'ancien Droit d'une manière générale pour les opérations commerciales (Ordonnance de 1667 sur la procédure, titre XX, art. 2).

386. La règle de la liberté des preuves subit, pourtant, d'assez

nombreuses restrictions ; certains contrats commerciaux doivent être constatés par écrit: tels sont : les sociétés autres que les sociétés en participation (art. 39 et 49, C. com., art. 1 et 21, L. 24 juillet 1867), la vente des navires (art. 195), l'affrètement (art. 273), le prêt à la grosse (art. 311), l'assurance maritime (art. 332). La raison principale de ces dérogations est qu'il s'agit de contrats qui ne se renouvellent pas continuellement pour la même personne et qui ne se concluent qu'après d'assez longs pourparlers, de telle sorte que la nécessité d'un écrit pour la preuve en ce qui les concerne ne nuit aucunement à la célérité nécessaire dans les opérations de commerce. On peut ajouter que quelques-uns de ces contrats supposent des stipulations compliquées, de telle sorte qu'en l'absence d'un écrit les constatant, de nombreuses contestations s'élèveraient.

Du reste, un écrit est toujours nécessaire, même en matière commerciale, toutes les fois que la loi civile en exige un *ad solemnitatem* et non *ad probationem*. Ainsi un acte notarié est nécessaire pour la constitution d'une hypothèque immobilière (art. 2127, C. civ.), un acte authentique ou sous seings privés pour celle d'une hypothèque maritime (L. 10 juillet 1885, art. 2), pour le nantissement d'un fonds de commerce (L. 17 mars 1909, art. 10), garantissant même une dette commerciale. Un écrit est aussi nécessaire pour que le privilège du vendeur existe en cas de vente d'un fonds de commerce (L. 17 mars 1909, art. 1).

387. L'article 109, C. com., qui, bien qu'il vise seulement les achats et les ventes, s'applique d'une façon générale en matière commerciale (n° 385), énumère sept moyens de preuve auxquels les principes généraux du droit doivent en faire ajouter plusieurs autres. Il importe d'examiner ces différents moyens de preuve, en indiquant les règles spéciales qui leur sont parfois appliquées quand ils sont employés en matière commerciale.

388. *Actes publics* ou *authentiques*. — A raison des frais qu'ils entraînent, on emploie rarement ces actes pour constater des contrats commerciaux. On est seulement obligé d'y recourir quand l'une des parties ne sait pas ou ne peut pas signer, ou quand une hypothèque immobilière est constituée. V. n° 386.

Actes sous seings privés. — C'est la forme ordinaire des écrits dressés pour constater des contrats commerciaux. Sous certains rapports, il est dérogé en matière de commerce à des règles du Code civil sur la forme ou sur la force probante des actes sous seings privés.

a) En matière civile, quand il s'agit de contrats synallagmatiques, il doit être dressé autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et le nombre des originaux dressés doit être mentionné sur

chacun d'eux (art. 1325, C. civ.). En fait, cette *formalité des doubles* est souvent observée en matière commerciale ; cependant, on ne doit pas, en droit, la déclarer obligatoire. Sans doute; aucun texte n'exclut expressément l'application de l'article 1325, C. civ., mais, en matière commerciale, tous les moyens de preuve sont admis. Une pareille latitude ne se concilierait pas avec une application rigoureuse de l'article 1325, C. civ.

b) Le Code civil (art. 1326) exige que l'acte sous seing privé, constatant une obligation unilatérale qui a pour objet une somme ou une quantité, soit écrit tout entier de la main du débiteur, ou que, s'il n'est pas écrit de sa main, sa signature soit précédée des mots *bon pour* ou *approuvé*, avec l'indication, en toutes lettres, de la somme ou de la quantité. Cette disposition s'applique-t-elle en matière commerciale? L'article 1326 dispense expressément de son observation *les commerçants* ; ils ont une expérience des affaires qui rend peu probables à leur préjudice les abus de blanc-seing que l'article 1326 a eu pour but d'éviter. Ce motif semble devoir écarter l'article 1326, C. civ., dès l'instant que le débiteur est commerçant, alors même que la dette contractuelle serait civile.

Doit-on, au contraire, en revenir au Code civil quand le débiteur est non-commerçant, alors même que la dette est commerciale. La négative doit, selon nous, se déduire de ce qu'en matière commerciale toutes les preuves sont admises.

c) D'après l'article 1328, C. civ., les actes sous seings privés n'ont date certaine à l'égard des tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour où l'un des signataires est mort, ou, enfin, du jour où ils ont été mentionnés dans un acte authentique. En matière commerciale, le juge ne peut évidemment pas considérer un acte comme n'ayant pas date certaine, alors qu'un de ces trois faits a été accompli : au contraire, il peut admettre qu'un acte a date certaine même en dehors de ces conditions. C'est, en fait, l'enregistrement qui sert ordinairement à donner date certaine ; cette formalité serait gênante et onéreuse pour les affaires commerciales. De plus, l'application rigoureuse de l'article 1328, C. civ., ne se concevrait pas, alors que le juge peut, en l'absence d'un écrit, admettre la preuve par tous les moyens.

C'est par application de cette décision que les dettes commerciales d'une femme commune en biens tombent dans la communauté comme antérieures au mariage, par cela seul que le juge estime que la date de l'acte sous-seings privés qui les constate est exacte (dérogation à l'article 1410, C. civ.).

389. Les articles 1325, 1326 et 1328, C. civ., reprennent, d'ailleurs, leur empire à l'égard des contrats commerciaux dont la loi exige la

constatation par écrit (nº 386). V., du reste, art. 39, C. com. Cette exigence paraît impliquer que le législateur a entendu soumettre ces contrats à toutes les règles de preuve admises par le Code civil (1).

390. *Bordereau ou arrêté d'un agent de change ou d'un courtier, dûment signé par les parties.* — Quand, pour faire une opération, les parties ne se mettent pas directement en rapport, mais recourent à des agents de change ou à des courtiers, ceux-ci dressent ordinairement un écrit appelé *bordereau* ou *arrêté*, qu'ils remettent à chacun de leurs clients et sur lequel ils mentionnent l'opération, sa date et ses principales conditions. Cet écrit fait preuve ; mais, pour qu'il en soit ainsi, la loi veut qu'il soit signé des parties. Sans cela, les particuliers seraient à la discrétion des intermédiaires qui pourraient, en dressant un bordereau, constater une opération qui n'aurait jamais été faite, ou modifier les conditions de celle qui est réellement intervenue. Cette disposition n'a d'application pratique que pour les courtiers. Les bordereaux d'agents de change ne peuvent pas être signés par les parties ; car les agents de change contractent, en leur propre nom, pour leurs clients dont ils ne doivent pas révéler les noms, à moins d'y avoir été autorisés par eux (Cf. nos 825 et 826). D'ailleurs, les juges peuvent toujours admettre comme constituant une présomption de fait un bordereau non signé par les parties.

391. *Facture acceptée.* — On désigne sous le nom de facture l'écrit dressé par le vendeur pour constater les conditions d'une vente et remis à l'acheteur. Acquittée par le vendeur, elle fait preuve du paiement. Indépendamment de l'acquit, une facture fait aussi preuve de la conclusion de la vente et de ses conditions. Toutefois, elle ne saurait avoir cette force probante contre l'acheteur, si elle n'est pas acceptée par lui : autrement, il dépendrait, pour ainsi dire, d'une personne d'imposer une vente à une autre en lui adressant une facture. L'acceptation de la facture peut être expresse ou tacite. Elle est expresse notamment quand l'acheteur a fait savoir au vendeur par une lettre missive qu'il accepte ou quand, le vendeur ayant pris soin de remettre deux exemplaires de la facture à l'acheteur, celui-ci a renvoyé l'un des exemplaires signé de lui au vendeur ; ce procédé est souvent employé quand la vente est conclue par l'intermédiaire d'un commis-voyageur (double de commission). — Il y a acceptation tacite, quand celui auquel a été adressée la facture avec les marchandises a laissé s'écouler un certain temps sans faire aucune protestation.

392. *Correspondance.* — C'est par correspondance, c'est-à-dire

(1) Il y a une dérogation à l'article 1325, C. civ. pour les sociétés anonymes et en commandite par actions (L. 24 juillet 1867, art. 1 et 2). V. nos 246 et 284.

par un échange de lettres ou de télégrammes, que se concluent un très grand nombre d'opérations de commerce. En matière civile, la correspondance constitue, selon les cas, un aveu, une présomption de fait ou un commencement de preuve par écrit pouvant rendre admissible la preuve par témoins ; en matière commerciale, elle constitue une preuve complète. Une lettre ou un télégramme ne prouve le consentement que de la personne qui l'expédie ; aussi un contrat ne peut-il être prouvé que par le rapprochement des lettres et des télégrammes des deux parties. Pour assurer et faciliter ce rapprochement, le Code de commerce (art. 8) prescrit aux commerçants d'avoir un *livre de copies de lettres* et de conserver en liasses les lettres qu'ils reçoivent. Cette obligation s'étend, par identité de raison, aux télégrammes. V. n° 84.

393. *Livres des parties.* — Les livres de commerce sont spécialement utiles à raison de leur force probante (n° 79), qui est beaucoup plus grande que celle des livres que tiennent souvent les non-commerçants, sans y être légalement obligés (C. civ., art. 1331) (1). La loi distingue selon que les livres sont invoqués pour ou contre celui qui les a tenus.

394. Les livres de commerce font preuve *contre* le commerçant qui les a tenus (art. 1330, C. civ.). Peu importe que le procès s'élève avec un non-commerçant, à propos d'un acte de commerce ou d'une opération civile. Peu importe aussi qu'ils ne soient pas tenus régulièrement (art. 13, C. com., *a contrario*) ; les énonciations d'un livre de commerce, contraires aux prétentions du commerçant qui les tient, constituent de sa part des espèces d'aveux ; sa négligence ne peut en diminuer la valeur.

L'aveu qui résulte des livres est indivisible (analog. art. 1356, 3e al., C. civ.). D'après l'article 1330, C. civ., *celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.* Ainsi, celui qui se prévaut contre un commerçant de l'énonciation des livres de celui-ci mentionnant l'achat des marchandises ne peut pas se borner à déclarer fausse l'énonciation des mêmes livres constatant le paiement total ou partiel du prix ; s'il allègue la fausseté de cette dernière énonciation, il doit la prouver. Mais, conformément aux règles admises en matière d'aveu judiciaire, cette indivisibilité n'est plus admise, dès que les faits ou actes constatés par les livres d'un commerçant ne se rattachent pas les uns aux autres. Ainsi, je puis, tout en me prévalant de la mention des livres d'un commerçant constatant qu'il est mon débiteur en vertu d'une opération, écarter

(1) V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, nos 110 et 438.

la mention des mêmes livres constatant que je suis le sien en vertu d'une opération différente, dans le but d'éviter que la compensation me soit opposée.

395. Les principes généraux du droit rigoureusement appliqués auraient conduit à refuser toute force probante aux livres de commerce, au profit de celui qui les a tenus ; car *nul ne peut se créer de titre à soi-même* (1). Mais, avec cette solution, le commerçant qui n'aurait pas voulu en être réduit à s'en remettre, soit au serment ou à l'aveu de son adversaire, soit à la preuve testimoniale, aurait dû faire dresser un écrit, ce qui eût été une cause de gêne pour le commerce. La loi attribue donc force probante aux livres de commerce, en distinguant, cependant, suivant que celui qui les a tenus les invoque contre un non-commerçant ou contre un commerçant.

Contre un non-commerçant, en principe, les livres de commerce ne font pas preuve. Toutefois, après avoir posé cette règle, l'article 1329, C. civ., ajoute : *sauf ce qui sera dit à-l'égard du serment*. Cela signifie que le juge peut considérer les énonciations des livres comme un commencement de preuve suffisant pour permettre la délation du serment supplétoire à l'une ou l'autre des parties (art. 1367, C. civ.). Pour que le juge soit autorisé à déférer ainsi le serment, il faut qu'il s'agisse de fournitures faites par un commerçant à un non-commerçant. Comme il y a là une disposition exceptionnelle, en ce qu'elle attribue la valeur d'un commencement de preuve à des mentions faites sur des livres par celui même qui y a intérêt, elle ne saurait être étendue ; elle ne serait pas applicable notamment au cas où un commerçant produirait des livres pour prouver qu'il a prêté une somme d'argent à un non-commerçant, à moins, bien entendu, que le prétendu prêteur ne soit un banquier : il s'agit bien alors des *fournitures* de son commerce, dans le sens de l'article 1329, C. civ.

Du reste, si les livres de commerce permettent la délation du serment supplétoire dans le cas qui vient d'être indiqué, ils ne constituent pas, du moins, un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve par témoins dans des cas où elle n'est pas admise *de plano* ; ils n'émanent pas de celui auquel ils sont opposés, comme l'exige l'article 1347, C. civ.

396. *Entre commerçants et pour faits de commerce*, les livres de commerce *régulièrement tenus* peuvent être admis par le juge comme

(1) C'est la même idée qu'exprime la règle formulée en latin : *scriptura non probat pro scribente*.

Un proverbe allemand dit que si l'on avait foi dans l'écrit d'une personne, on arriverait à s'enrichir promptement : *Muss man schlichter Schrift glauben, so kann ein Mann sich hastig reich schreiben.*

faisant preuve au profit de celui qui les a tenus (art. 12, C. com.). Trois conditions sont exigées pour que les livres de commerce fassent preuve complète au profit de celui-là même qui les a tenus. Il faut : 1° *Que le débat s'élève entre commerçants.* Chaque partie ayant des livres, le juge peut les contrôler les uns par les autres ; les armes des parties sont égales ; 2° *Que la contestation soit relative à un acte de commerce.* Les énonciations concernant les actes non commerciaux ne sont souvent portées sur les livres que d'une façon sommaire, et celui pour qui l'acte est civil ne serait pas dans une situation d'égalité à l'égard de l'autre partie ; l'article 8, C. com., ne prescrit d'inscrire que mois par mois sur le livre-journal les sommes employées aux dépenses de maison ; 3° *Que les livres soient tenus régulièrement* (art. 12 et 13, C. com.), c'est-à-dire que toutes les conditions et formalités prescrites pour les livres de commerce aient été observées (nos 87 et suiv.). Mais on ne doit pas conclure de là que les livres tenus irrégulièrement n'ont aucune force probante ; ils peuvent, tout au moins, être admis à titre de présomptions de fait. V. n° 402.

397. L'admission des livres de commerce comme preuve n'est pas obligatoire pour le juge (art. 12, C. com.) ; il était nécessaire de lui laisser une grande liberté à raison de la diversité des cas qui se présentent. Il est évident que le juge considère la preuve comme faite lorsque les livres des deux parties sont conformes et également tenus d'une façon régulière. Si, au contraire, les livres réguliers sont en contradiction, il faut recourir à d'autres moyens de preuve. S'ils sont en contradiction, mais si les livres d'une seule partie sont réguliers, le juge sera souvent disposé à ne tenir compte que des livres de cette partie.

Il va de soi, du reste, que les livres n'ont force probante que jusqu'à preuve contraire.

398. Les dispositions légales relatives à la force probante des livres de commerce ne sont faites que pour les livres *obligatoires*. Elles ne s'appliquent donc pas aux livres *facultatifs* ou *auxiliaires* (n° 86). Au point de vue légal, ces derniers livres, n'étant pas soumis aux mêmes formalités que les premiers, n'offrent pas les mêmes garanties de sincérité. Mais les livres facultatifs ou auxiliaires peuvent toujours être admis à titre de présomptions de fait. V. n° 402.

399. COMMENT EST-IL PRIS CONNAISSANCE DES LIVRES DE COMMERCE ? — Il ne suffit pas de savoir quelle est la force probante de ces livres, il faut encore déterminer comment ils sont produits en justice. A cet égard, le Code fait une distinction entre la *communication* et la *représentation* ; il y a *communication*, quand le propriétaire des livres s'en dessaisit, de telle façon qu'ils peuvent être examinés

dans toutes leurs parties ; il y a *représentation*, quand les livres sont produits pour être consultés seulement dans une ou plusieurs de leurs parties.

La *communication* a des inconvénients : elle permet de connaître toutes les opérations faites par un commerçant. Aussi ne peut-elle être ordonnée que dans les cas exceptionnels qu'énumère l'article 14, C. com. : dans les affaires de *succession*, *communauté*, *partage de société* et *en cas de faillite*. L'examen des livres dans toutes leurs parties est indispensable dans ces cas pour établir l'actif à partager ou pour connaître la situation du failli. En dehors des cas prévus par l'article 14, C. com., les juges ne peuvent ordonner la communication. Mais il va de soi qu'une convention intervenue entre un commerçant et une autre personne peut donner à celle-ci le droit d'exiger la communication que la loi même ne confère pas. Ainsi, parfois un banquier fait un prêt à un commerçant à la condition d'avoir communication préalable de ses livres. En outre, pour assurer la perception des droits d'enregistrement et de timbre, et de l'impôt sur le revenu, les agents de l'enregistrement ont le droit de se faire communiquer les livres des sociétés par actions (L. du 21 juin 1875, art. 7).

Si la *communication* ne peut être ordonnée par le juge que dans les cas limitativement déterminés par la loi, la *représentation* des livres peut toujours être prescrite, afin d'en extraire ce qui concerne le différend (art. 15, C. com.). La forme de la représentation est déterminée par le juge : il peut, selon les cas, ou se faire apporter les livres ou se transporter chez le commerçant pour les consulter. La jurisprudence va même jusqu'à admettre qu'il y a simple représentation lorsque le juge ordonne l'apport des livres de commerce au greffe du tribunal, pour qu'il puisse en prendre connaissance. Cette solution ne paraît pas exacte : il y a là, en réalité, *communication* (1) ; celui qui a déposé ainsi ses livres au greffe s'en dessaisit. Le juge, dit-on, ou l'expert nommé par lui, en prend seul connaissance. Mais cela même peut avoir de graves inconvénients : le juge de commerce est parfois le concurrent d'une partie en cause et peut avoir intérêt à connaître les affaires de celle-ci ; des indiscrétions peuvent être commises au greffe.

Quand les livres se trouvent dans un lieu éloigné du siège du tribunal saisi du procès, les juges peuvent adresser une *commission roga-*

(1) En sens contraire, Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 212. Suivant notre savant collègue, il n'y a que représentation, lorsque le livre est examiné, soit par le tribunal ou par un juge commis, soit par un expert nommé par le tribunal, mais en dehors de la présence de l'adversaire.

toire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix, pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu et l'adresser au tribunal (art. 15, C. com.).

La représentation des livres de commerce peut non seulement être *ordonnée d'office* par le juge (art. 15), mais encore être *offerte* ou *requise*. Elle est offerte, lorsqu'un commerçant produit spontanément ses livres pour faire preuve en sa faveur contre son adversaire. La *représentation* des livres est requise, quand une des parties réclame la représentation des livres de son adversaire ; celui-ci doit alors les produire, si le juge l'ordonne, ce qui constitue une exception à la règle générale selon laquelle on n'est pas tenu de produire des preuves contre soi-même (*nemò contra se edere tenetur*).

A propos du cas où la représentation de livres est requise, le Code (art. 17) prévoit l'hypothèse où une partie offre d'ajouter foi aux livres de son adversaire. Si celui-ci ne les représente pas, son refus doit faire présumer que ses livres sont contraires à sa prétention. Aussi était-il admis dans l'ancien Droit, qu'alors le juge devait déférer le serment à la partie qui avait fait cette offre. Le Code de commerce (art. 17) donne seulement au juge la faculté de le déférer. Il est possible que celui qui offre de s'en remettre aux livres d'un commerçant ait commis quelque faux par suite duquel il a précisément, à coup sûr, proposé d'ajouter foi aux livres de son adversaire. Aussi importe-t-il que le juge ne soit pas tenu de déférer le serment à celui qui fait cette proposition.

400. La représentation des livres *auxiliaires* peut être ordonnée, offerte ou requise, comme celle des livres *obligatoires*, dès l'instant où il est établi qu'un commerçant en a tenu. De même, quand un commerçant a conservé ses livres même après le délai de dix ans durant lequel il y a obligation de les garder, il peut, soit être tenu de les produire, soit en faire usage en justice (n° 92).

401. *Preuve testimoniale*. — En matière commerciale, cette preuve est admise même au-dessus de 150 francs ; elle est même permise outre et contre le contenu aux actes (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 109, C. com.). Ces deux exceptions aux règles du Droit civil ne s'appliquent pas aux contrats pour lesquels la loi commerciale exige un écrit. V. nos 386 et 389.

Quand il s'agit de plus de 150 francs, le juge a la faculté d'admettre ou de repousser la preuve par témoins, alors même qu'elle est proposée pour des faits pertinents et admissibles. L'article 109 mentionne parmi les moyens de preuve ; la preuve par témoins, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre*. La même liberté appartient-elle au juge quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur n'excédant pas

150 francs ? En matière civile, dès que les faits sont pertinents et admissibles, la preuve par témoins doit être admise ; on a soutenu qu'il en est de même *a fortiori* en matière commerciale, par cela même que la preuve par témoins y est vue avec plus de faveur. Cette doctrine, qui impose au juge l'admission de la preuve par témoins, est en contradiction avec le texte de l'article 109, C. com., et avec l'esprit général de nos lois, qui est de laisser une grande liberté au juge pour la preuve des opérations commerciales.

Lorsqu'en matière commerciale la preuve par témoins est ordonnée, l'enquête se fait dans les formes prescrites pour les affaires sommaires, c'est-à-dire qu'il y est procédé à l'audience même et non devant un juge-commissaire nommé par le tribunal (art. 432, C. proc. civ.). Cpr. art. 255 et 407, C. proc. civ.

402. Quatre autres modes de preuve, admis en Droit civil, le sont aussi en matière commerciale, bien que l'article 109, C. com., n'en fasse pas mention : *les présomptions de l'homme*, *les présomptions légales*, *l'aveu et le serment*. Comme les *présomptions de l'homme* sont admises dans le cas où l'est la preuve par témoins (art. 1353, C. civ.), elles sont d'une application bien plus fréquente en matière commerciale qu'en matière civile. Le juge autorisé à tenir compte des présomptions de l'homme peut, par suite, avoir égard aux livres obligatoires irrégulièrement tenus ou aux livres auxiliaires (n° 396 *in fine* et n° 398).

403. 2° DANS QUELS CAS S'APPLIQUENT LES RÈGLES DE PREUVE PARTICULIÈRES AU DROIT COMMERCIAL. — L'application de ces règles ne dépend pas de la juridiction saisie, ni, en principe, de la qualité des parties (1) ; elles s'appliquent, que le litige soit porté devant un tribunal civil, un tribunal de commerce ou un tribunal de répression ; que les parties en cause soient des commerçants ou des non-commerçants (2). Les règles de preuve particulières au Droit commercial sont faites pour des actes de commerce. Cela serait fort simple, si toute opération était nécessairement civile ou commerciale à l'égard de toutes les parties ; mais, comme cela a été dit précédemment (n° 25), il y a des actes *mixtes*, c'est-à-dire ayant le caractère commercial pour l'une des parties et le caractère civil pour l'autre. Quelles règles appliquer pour la preuve à de telles opérations, quand elles font naître quelque contestation ? On a parfois proposé d'appliquer ou les règles du Droit civil ou celles du Droit commercial. Cela ne paraît pas admissible. Les preuves du Droit civil sont alors seules permises contre celui pour lequel l'opération a le caractère civil : il ne doit pas souffrir du caractère commercial qu'a l'acte pour l'autre partie. Contre

(1-2) V., cependant, pour les livres de commerce, nos 395 et 396.

celle-ci, la preuve doit pouvoir se faire conformément aux règles du Droit commercial ; on ne concevrait pas qu'elle se plaignît en opposant que l'acte litigieux est civil à l'égard de son cocontractant. Il n'y a pas lieu non plus de tenir compte de la nature de la juridiction saisie qui peut être civile ou commerciale (n° 1360) (1).

Les principales conséquences à tirer de cette doctrine sont les suivantes :

a) La preuve par témoins et les présomptions de l'homme sont admises, même au-dessus de 150 francs, contre la partie pour laquelle l'acte est commercial et non contre l'autre partie, pour laquelle l'acte litigieux a le caractère civil.

b) S'il s'agit d'une contestation entre commerçants relative à un acte mixte, les livres, tenus par celui pour lequel cet acte est commercial, ne font pas foi en sa faveur contre l'autre partie. Le juge peut seulement déférer le serment supplétoire, en vertu de l'article 1329, C. civ. (n° 395).

(1) Cass., 21 mars 1874, S. 1875. 1. 365, *J. Pal.*, 1875, 880. En sens contraire, Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 40 et note 2 de la page 33 Suivant lui, le demandeur qui saisit le tribunal civil, ne peut prouver que conformément au droit commun, puisque, par le choix de la juridiction saisie, il considère l'acte comme civil. Nous ne comprenons pas comment il peut dépendre de la volonté d'une partie de donner à un acte le caractère civil ou le caractère commercial. Le demandeur se borne à opter entre deux juridictions, sans qu'aucune conséquence soit à tirer de son option au point de vue de la nature de l'acte litigieux.

CHAPITRE II.

DE LA VENTE COMMERCIALE.

404. A propos des actes de commerce, les cas dans lesquels la vente a le caractère commercial, ont été déterminés (n° 22). Il s'agit maintenant d'exposer les règles spéciales qui régissent cette vente à raison de son caractère commercial.

Bien que ce soit le contrat commercial le plus fréquent, le Code de commerce n'a pas cru nécessaire de s'en occuper autrement que pour indiquer les modes de preuve par lesquels elle peut se constater (Liv. I, tit. VII, *Des achats et ventes*, art. 109) et qui, du reste, s'appliquent à tous les contrats commerciaux (n° 383). Les règles qui régissent au fond la vente commerciale, doivent être puisées, soit dans les usages du commerce, soit dans la loi spéciale du 13 juin 1866 qui a consacré légalement un certain nombre d'usages applicables à défaut de convention contraire (n° 413), soit dans le Code civil (art. 1582 à 1701) qui contient de nombreuses dispositions sur la vente. Les principes généraux doivent être empruntés au Code civil. Les usages sont, pour la plupart, relatifs à certaines espèces de ventes fréquentes dans le commerce. Une loi du 17 mars 1909 s'est occupée de la vente des fonds de commerce (1). Sans régler l'ensemble de la matière, elle a statué sur quelques questions importantes concernant cette vente.

Il sera traité successivement : 1° des règles générales sur la formation et sur les effets de la vente ; 2° des différentes espèces de ventes commerciales (*ventes en disponible, à livrer, par navire désigné ou à désigner, ventes publiques de marchandises, ventes de fonds de commerce*).

(1) *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. — Décret du 28 août 1909 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de cette loi.*

1° Règles générales sur la formation et sur les effets de la vente commerciale.

405. Effets de la vente : Obligations, translation de propriété, risques. — La vente, qu'elle soit civile ou commerciale, est destinée à produire trois effets : *a*) Elle crée des obligations, notamment l'obligation pour le vendeur de livrer la chose vendue ; pour l'acheteur, celle de payer le prix ; *b*) L'acheteur devient propriétaire de la chose vendue ; *c*) Il court les risques de la chose, c'est-à-dire qu'il est obligé de payer son prix entier, alors même que, par suite d'un cas fortuit, la chose vendue viendrait, soit à être détruite en totalité ou en partie, soit à être détériorée.

A quel moment précis chacun de ces effets est-il produit ? Les parties sont obligées l'une envers l'autre dès le moment où elles se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix; il en est ainsi, que la vente ait pour objet un corps certain, c'est-à-dire une chose individuellement déterminée, ou des choses *in genere*.

La translation de la propriété du vendeur à l'acheteur n'est pas opérée toujours au même moment. Quand la vente porte sur des choses déterminées *in genere*, la transmission de la propriété n'a lieu ordinairement que par la tradition (n° 406). Au contraire, quand il s'agit d'un corps certain, la propriété est transmise immédiatement à l'acheteur, même avant toute livraison (1138 et 1583, C. civ.).

Quand le vendeur, encore en possession de la chose vendue, vient à être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, il y a grand intérêt à savoir si l'acheteur est ou non devenu propriétaire : dans le premier cas, il peut revendiquer la chose à l'encontre de la faillite ; dans le second, il n'est que créancier et subit la loi du dividende. Au premier abord, on pourrait croire que, si l'acheteur ne peut revendiquer la chose vendue, il ne paiera pas son prix et que, par suite, la question n'a pas pour lui autant d'importance qu'il semble. Mais l'acheteur pourrait avoir payé d'avance son prix en tout ou en partie, et, même en admettant qu'il n'eût encore rien payé, la chose pourrait avoir augmenté de valeur depuis la vente, de sorte qu'il y a grand intérêt pour lui à pouvoir en obtenir la livraison moyennant le paiement du prix convenu. Cela peut se produire par suite de la hausse des cours.

Les risques sont pour l'acheteur dès le moment où il est devenu propriétaire (arg. art. 1138, C. civ., et 100, C. com.), c'est-à-dire du jour même de la vente, s'il s'agit d'un corps certain, ou du jour de la tradition dans le cas contraire, sauf ce qui sera dit ci-après (n° 406).

La question des risques a une grande importance en matière commerciale, parce que les marchandises sont souvent exposées à des dangers de perte ou d'avaries dans le transport à effectuer des magasins du vendeur à ceux de l'acheteur, surtout si ce transport se fait par mer. V. n° 407.

406 Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, il y a grand intérêt à déterminer avec précision le moment où l'acheteur devient propriétaire de la chose vendue. L'idée générale est qu'il faut et qu'il suffit pour cela que la chose soit *individualisée*. Quelquefois, il en est ainsi dès le jour même de la vente ; c'est ce qui a lieu quand elle a pour objet *un corps certain* (par exemple, tel cheval, tel tableau, telles pièces d'étoffes). Mais, très souvent, la vente détermine les objets vendus d'une manière générale (tant d'hectolitres de blé de telle qualité) ; c'est alors par la livraison que les objets sont souvent individualisés et que l'acheteur en devient propriétaire. Mais il n'y a là rien de nécessaire : les choses vendues pourraient être individualisées même avant la livraison, par exemple, par l'apposition de la marque de l'acheteur qui deviendrait ainsi propriétaire et courrait les risques.

Une hypothèse très fréquente doit être examinée spécialement, celle dans laquelle il faut transporter les marchandises vendues des magasins du vendeur dans ceux de l'acheteur qui ne sont pas dans le même lieu. Ces marchandises ne doivent être individualisées que par la livraison ; mais où celle-ci est-elle censée s'effectuer ? Au départ, dans les magasins du vendeur ? Ou bien à l'arrivée et dans les magasins de l'acheteur ? Il s'agit de savoir aux risques de qui elles voyagent. Les parties ont pu s'expliquer à cet égard (1). Si elles ne l'ont pas fait, on admet, conformément à une ancienne tradition, qu'elles ont entendu que la délivrance se fît chez le vendeur (Cf. art. 1247, al. 2, C. civ.), de telle sorte qu'à partir de la remise à l'entrepreneur de transport l'acheteur devient propriétaire et court les risques ; il a en quelque sorte donné mandat au vendeur de spécialiser les marchandises en les expédiant. Cela ne supprime évidemment pas le droit pour l'acheteur de refuser les marchandises qui ne seraient pas conformes aux conditions du marché.

Dans les ventes de marchandises dont le transport doit être fait par mer, on trouve souvent la clause : *coût, fret et assurance compris*. Cette clause signifie que le prix fixé comprend, outre une somme repré-

(1) La facture porte que la marchandise est vendue livrable chez le vendeur ou, au contraire, franco chez l'acheteur ou au port de destination. Dans les deux derniers cas, l'agent de transport agit évidemment pour le compte du vendeur resté propriétaire.

sentant la valeur des marchandises, la prime payée pour les assurer et le prix du transport. Grâce à cette clause, l'acheteur sait immédiatement à combien la marchandise lui revient. Dans ce cas, les marchandises, livrables chez le vendeur, voyagent aux risques de l'acheteur.

Alors même que les marchandises ont été ainsi assurées par le vendeur pour le compte de l'acheteur dont le prix comprend la prime, il y a un intérêt pratique à dire que les risques sont pour l'acheteur. En effet, généralement, l'assurance ne couvre pas la valeur entière de la chose assurée, ou l'assureur n'est tenu d'indemniser l'assuré que si l'avarie à une certaine importance, par exemple, dépasse 8 0/0 de la valeur de la chose assurée (1). Puis, il peut arriver (ce qui, d'ailleurs, est rare) que l'assureur soit insolvable, ce qui rend inefficace l'action de l'acheteur contre lui. On voit donc que, malgré l'assurance, l'acheteur qui supporte les risques peut éprouver une perte.

407. Les règles sur les risques précédemment posées s'appliquent aux ventes non conditionnelles. Beaucoup de ventes commerciales sont faites sous condition suspensive A ces ventes s'applique l'article 1182, C. civ. En cas de perte totale survenue par cas fortuit *pendente conditione*, les risques sont pour le vendeur, c'est-à-dire qu'il n'a pas droit au prix. En cas de perte partielle ou de simple détérioration, l'acheteur a le choix ou de demander l'exécution de la vente à la charge de payer le prix entier, ou de résoudre la vente. V. article 1624, C. civ.

408. La question des risques se pose lorsque les marchandises vendues périssent ou sont détériorées *après* la vente. Il se peut aussi que la chose vendue ait déjà péri au moment où la vente est conclue. D'après l'article 1601, C. civ., qui prévoit ce cas, la vente est alors nulle ; elle n'a pas d'objet. Cette disposition s'applique en matière commerciale ; seulement, elle doit être écartée quand la vente est aléatoire, c'est-à-dire quand les parties, incertaines de l'existence de la chose vendue, ont voulu que la vente fût conclue à tous risques. Cela peut se présenter, notamment pour les ventes de navires, quand, lors de la vente, les parties n'en ont pas de nouvelles certaines.

409. *De la formation de la vente.* — Comme la vente civile, la vente commerciale est parfaite, de telle sorte que les parties sont liées irrévocablement lorsqu'elles se sont mises d'accord sur la chose vendue et sur le prix (art. 1582, C. civ.). Le moment où cet accord existe est facile à déterminer quand le vendeur et l'acheteur sont en présence l'un de l'autre. Mais il arrive souvent, surtout en matière commerciale, que la vente a lieu entre absents ; la vente se conclut, soit par correspon-

(1) La clause de la police d'assurance dont il s'agit constitue *une franchise*. V., sur *les franchises* dans les assurances maritimes, n° 1002.

dance (lettres missives ou télégrammes), soit par intermédiaires (commis, commissionnaires, courtiers). Des difficultés se présentent alors sur la détermination du moment où la vente est parfaite ; elles peuvent, d'ailleurs, s'élever pour tous les contrats conclus de cette manière.

410. *Vente par correspondance.* — Comme tout contrat, la vente suppose une offre faite par une des parties de l'acceptation de cette offre par l'autre partie ; suivant les circonstances, l'offre émane du vendeur ou de l'acheteur. Quand les parties ne sont pas en présence, il s'écoule nécessairement un certain temps entre le moment où l offre est acceptée et le moment où cette acceptation est connue de l'auteur de l'offre. Par exemple, Paul, de Paris, offre à Léon, de Lyon, de lui acheter un certain nombre de pièces de soieries. Le 12 mai, Léon accepte cette offre par une lettre qu'il expédie à Paul et qui arrive à celui-ci le lendemain, 13 mai. Il faut déterminer si la vente est parfaite par le concours des volontés le 12 mai, dès le moment où Léon a mis à la poste la lettre dans laquelle il a déclaré accepter l'offre de Paul, ou si la vente n'est parfaite qu'à partir du moment où la lettre d'acceptation est parvenue à Paul (le 13 mai). Cette question (1) présente de l'intérêt à plusieurs points de vue :

a) Si la vente n'est parfaite qu'à partir de l'arrivée de l'acceptation à l'auteur de l'offre, Léon pourra rétracter son acceptation, par exemple, au moyen d'un télégramme, tant que la lettre la contenant ne sera pas parvenue à Paul. Au contraire, si la vente est parfaite à partir du moment où la lettre qui contient l'acceptation a été expédiée, il n'y a plus, dès lors, de rétractation possible.

b) Les parties doivent exister et être capables au moment où le contrat se forme. Si donc Paul décède ou est déclaré en faillite dans l'intervalle entre l'acceptation et l'arrivée de celle-ci à Paris, la vente sera ou non conclue, selon qu'on admettra ou non qu'elle a été formée définitivement dès le moment où l'acceptation a été expédiée.

c) D'après l'article 420, C. proc. civ., l'un des tribunaux compétents en matière commerciale est celui du lieu où la promesse a été faite, c'est-à-dire où le contrat a été conclu, et où la marchandise a été livrée. Il faut donc savoir, pour déterminer si, à ce titre, un tribunal est compétent, en quel lieu le contrat a été formé.

d) Quand le vendeur et l'acheteur résident dans deux Etats régis par des lois différentes, il faut savoir où le contrat doit être considéré comme conclu, pour déterminer la législation à appliquer dans les cas

(1) V. sur les ventes par correspondance : Girault, *Traité des contrats, par correspondance* (1890) ; Jules Valéry, *Des contrats par correspondance* (1895).

où, en présence d'un conflit entre les lois des deux Etats, la loi du lieu de la conclusion du contrat (*lex loci contractûs*) est applicable.

D'après une opinion, qui a pour elle la plupart des auteurs, la vente n'est parfaite que du moment où la lettre d'acceptation est parvenue à l'auteur de l'offre. On fait remarquer que le législateur s'est préoccupé de la question pour la donation entre-vifs et l'a tranchée en ce sens ; d'après l'article 932, C. civ., la donation n'est parfaite à l'égard du donateur que du moment où l'acceptation du donataire lui a été notifiée. On ajoute que, pour que le concours de volontés nécessaire à tout contrat existe, il ne suffit pas que les parties soient d'accord ; il faut encore qu'elles connaissent leurs volontés réciproques (1).

Nous croyons préférable l'opinion d'après laquelle le contrat est parfait lorsque l'acceptation de l'offre a été manifestée par une partie de façon à ce que celle-ci ne puisse revenir sur cette acceptation, notamment par la mise à la poste d'une lettre la contenant (2). L'article 932, C. civ., s'explique par le caractère d'acte solennel de la donation ; il ne peut être étendu à un contrat consensuel comme la vente. On ne peut, du reste, dire qu'une volonté est secrète, lorsqu'elle a été exprimée dans une lettre que son auteur a mise à la poste.

Dans le silence de nos lois, il semble difficile, si l'on admet cette doctrine, d'écarter quelques-unes de ses conséquences. Mais des lois étrangères qui ont statué sur la question, ont fait une distinction se recommandant, au point de vue législatif, par de graves considérations pratiques : elles considèrent le contrat comme parfait, quand il n'y a pas de rétractation, dès le moment de l'acceptation de l'offre ; mais elles reconnaissent, pourtant, à celui qui a manifesté la volonté d'accepter, le droit de rétracter son acceptation jusqu'au moment où celle-ci parvient à l'auteur de l'offre (3).

411. *Des ventes faites par des intermédiaires.* — Les intermédiaires auxquels on peut recourir pour conclure une vente sont de différentes sortes. Il importe, quand on y recourt, de fixer le moment où la vente est parfaite, et cela aux divers points de vue auxquels la question doit être résolue lorsque la vente se conclut par correspondance. V. n° 409.

Il n'y a rien de particulier à dire pour le cas où la vente est conclue par l'intermédiaire d'un *courtier*, car le courtier rapproche seulement les parties qui contractent ensemble, soit directement, soit par corres-

(1) *Voluntas in mente retenta voluntas non est.*

(2) La jurisprudence paraît se fixer en ce sens : Poitiers, 21 janvier 1891, D. 1892. 2. 249 (note de M. Glasson) ; *Pand. fr.*, 1892. 2. 163 ; Limoges, 2 mars 1894, D. 1895. 2. 257.

(3) V. *Code fédéral suisse des obligations*, art. 7 et 8.

pondance. Ce sont aussi les principes posés précédemment qui s'appliquent quand la vente est conclue par l'entremise d'un ou de deux commissionnaires contractant en leur nom (n° 409) : la vente ne crée alors d'obligations qu'à la charge des commissionnaires qui l'ont conclue, comme s'ils avaient agi pour eux-mêmes.

Mais que faut-il décider, lorsque la vente est conclue par une personne qui agit au nom du vendeur ou de l'acheteur, par exemple par un commis sédentaire ou par un commis voyageur ? Il est nécessaire de distinguer les deux hypothèses qui peuvent se présenter :

1. Si le commis a reçu les pouvoirs nécessaires pour vendre ou acheter au nom de son patron; d'après les principes généraux du mandat, le contrat est considéré comme conclu par le patron lui-même (art. 1998, C. civ.). Par suite, la vente est parfaite au moment où le commis la conclut, et elle se forme dans le lieu où le commis s'est rencontré avec l'autre partie.

2. Quand, au contraire, le commis vend ou achète au nom de son patron, sans avoir les pouvoirs nécessaires à cet effet, il est bien évident que le patron n'est lié qu'autant qu'il ratifie. Alors le contrat est-il considéré comme conclu dans le lieu où le commis a fait l'opération ou bien dans le lieu de la résidence du patron où celui-ci a exprimé la volonté de ratifier ? On a admis la dernière solution, en disant que le contrat n'est conclu que par la ratification du maître (1). Mais la solution contraire doit prévaloir : le maître, en ratifiant, fait le contrat sien et, à raison de la rétroactivité de la ratification, il est naturel de considérer le contrat comme formé dans le lieu où le commis a agi (2).

412. Obligations du vendeur. — Le vendeur est tenu avant tout de délivrer à l'acheteur la chose vendue ; il doit le faire à l'époque fixée et livrer des marchandises de la quantité, du poids et de la qualité convenus.

Pour qu'il y ait délivrance, il faut et il suffit que les choses vendues soient mises à la disposition de l'acheteur. Certains modes de délivrance, quoique admissibles au besoin en matière civile, sont surtout employés dans le commerce : telle est la remise de la lettre de voiture pour les marchandises transportées par terre et celle du connaissement pour celles dont le transport s'opère par mer.

Un terme est surtout fixé pour la livraison et corrélativement pour le paiement du prix ; il y a alors ce qu'on appelle une *vente à livrer* ou un *marché à terme* (n° 424).

(1) Dijon, 21 avril 1865, D. 1865. 2. 115.
(2) Cf. Cass., 31 août 1852, D. 1852. 1 225.

A défaut de livraison à l'époque convenue, l'acheteur peut réclamer l'exécution de la vente ou en demander la résolution avec dommages-intérêts (art. 1184, C. civ.). Dans le premier cas, si le vendeur persiste à ne pas livrer, l'acheteur peut *se remplacer*, c'est-à-dire acheter des marchandises semblables, d'une autre personne ; il se fait payer ensuite, s'il y a lieu, la différence entre le prix du remplacement et celui de la vente non suivie de livraison. Le droit de se remplacer, que consacrent généralement les usages, est une application de l'article 1144, C. civ., qui permet au créancier de se procurer lui-même, autant que possible, la chose due, si le débiteur ne la lui fournit pas.

Pour obtenir des dommages-intérêts, l'acheteur doit, à moins de convention contraire, mettre le vendeur en demeure (nº 380). Un jugement est nécessaire pour que la résolution se produise, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle aura lieu de plein droit. L'article 1184, C. civ., qui pose cette règle, ajoute que des délais peuvent être accordés pour l'exécution, mais il n'est guère d'usage d'en accorder en matière de vente commerciale.

413. Le vendeur doit livrer la quantité ou le poids convenu. A ce propos, il y a lieu de se demander si les marchandises se vendent *au poids brut* ou *au poids net ;* le poids brut comprend le poids de la marchandise et de son contenant ; le poids net est le poids de la marchandise seule. La loi du 13 juin 1866, consacrant des usages anciens, décide qu'en principe, les marchandises se vendent au poids net ; un tableau annexé à cette loi énumère des marchandises qui exceptionnellement se vendent au poids brut, à moins de convention contraire (1) ; ce sont, en général, des marchandises de peu de valeur. On constate le poids net ordinairement en déballant les marchandises pour les peser seules. Il y a des marchandises que le déballage pourrait détériorer ; aussi les pèse-t-on avec leur contenant et opère-t-on sur le poids total une réduction correspondant au poids présumé du contenant ; c'est ce qu'on appelle la *tare*. Un tableau annexé à la loi du 13 juin 1866 indique les différentes tares d'usage pour certaines marchandises.

Les soies et les laines ont des propriétés hygrométriques, c'est-à-dire que l'humidité en augmente le poids. Aussi y a-t-il auprès de certaines chambres de commerce des bureaux dans lesquels on fait arriver, au moyen d'une température élevée, les soies et les laines à

(1) Il résulte du texte qu'on ne serait pas admis à prouver l'existence d'un usage contraire, parce qu'alors, le but que s'est proposé le législateur serait manqué ; il a voulu précisément supprimer les difficultés résultant de l'incertitude et de la variété des usages en cette matière.

un état complet de dessiccation (1). On a ainsi un poids net, auquel on ajoute un certain poids pour avoir le poids normal.

414. Le vendeur doit livrer des marchandises de la qualité convenue. A défaut de convention relative à cette qualité, on sous-entend que les marchandises doivent être *de qualité marchande* ou *de recette*; en tenant compte de l'article 1246, C. civ., d'après lequel, pour être libéré, le débiteur n'est pas tenu de donner une chose de la meilleure espèce, mais ne peut l'offrir de la plus mauvaise. D'ailleurs, le plus souvent des clauses spécifient la qualité des marchandises. Ainsi, la vente est faite parfois *sur échantillon*, c'est-à-dire qu'il est convenu que les marchandises seront conformes à un échantillon désigné antérieurement. En principe, alors, l'acheteur peut, dès qu'il y a une différence qui n'est pas tout à fait insignifiante, faire résoudre la vente (art. 1184, C. civ.), c'est-à-dire laisser la marchandise pour compte au vendeur, à moins qu'il ne soit convenu qu'une différence n'entraînera qu'une *réfaction* ou réduction de prix. Il en est de même lorsque la provenance de la marchandise a été indiquée ou quand on a désigné la marque de la marchandise et que le vendeur livre des marchandises d'une autre provenance ou d'une autre marque.

Parfois, des marchandises sont vendues arbitrables sur *types*. On appelle ainsi des séries d'échantillons connues sous des noms spéciaux, déposées souvent aux chambres de commerce ou dans les bureaux de certains syndicats professionnels et auxquelles les parties se réfèrent; des types existent particulièrement pour les sucres et les cotons. Il y a lieu à résiliation, quand la marchandise livrée n'est pas du type convenu.

415. Le vendeur n'est pas seulement tenu de livrer les marchandises; il est encore garant des évictions et des vices cachés ou rédhibitoires. V. art. 1625 à 1649, C. civ.

Il y a rarement lieu, en matière commerciale, à la garantie pour éviction; car il s'agit de choses mobilières et, par suite, le plus souvent l'acheteur est à l'abri de toute revendication, en vertu de la règle : *en matière de meubles possession vaut titre*. Cependant, des évictions peuvent se produire quand cette règle n'est pas applicable; c'est là ce qui a lieu, notamment lorsqu'il s'agit de créances non constatées par des titres au porteur, ou même de titres au porteur, si le porteur dépossédé peut, en vertu de la loi du 15 juin 1872 (nos 205 et suiv.), revendiquer les titres dont il a été dépossédé, ou enfin de choses mobilières corporelles perdues ou volées (art. 2279, 2e alin., C. civ.).

(1) On donne à ces bureaux le nom de *bureaux de conditionnement*. V. loi du 9 avril 1898, relative aux *Chambres de commerce*, art. 14; loi du 21 août 1900, *interdisant la création de conditions privées en concurrence avec des conditions publiques antérieurement établies*.

416. Conformément aux dispositions du Code civil (art. 1641 et suiv.), quand la chose vendue a des vices cachés ou rédhibitoires, c'est-à-dire qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus, l'acheteur peut, à son choix, ou faire résoudre la vente (action rédhibitoire) ou faire réduire le prix. Cette réduction s'appelle, dans le langage commercial, *bonification* ou *réfaction*.

La matière de la garantie des vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques est réglée par la loi du 2 août 1884, modifiée par la loi du 31 juillet 1895 Les actions en réduction de prix et en résiliation ne sont pas admises, si le prix ne dépasse pas 100 francs (art. 4) ; en outre, quand le prix excède cette somme, l'action en réduction de prix ne peut pas être exercée si le vendeur offre de reprendre l'animal en remboursant le prix de la vente et les frais qu'elle a occasionnés.

Dans les ventes commerciales, en général, l'action en diminution de prix est plus fréquente que l'action rédhibitoire. Cette dernière action a cet inconvénient grave que les marchandises reviennent au vendeur grevées des frais de transport pour l'aller et pour le retour.

417. Obligations de l'acheteur. — L'acheteur est tenu de deux obligations principales : il doit : 1° payer le prix ; 2° prendre livraison de la marchandise (*se livrer*, selon l'expression technique).

A quel moment le prix est-il payable ? Il faut distinguer la vente *à crédit* et la vente *au complant*.

Les ventes *à crédit* sont très nombreuses, parce que l'acheteur compte désintéresser son vendeur avec le prix de la revente ; le délai est très souvent de trois mois. Fréquemment alors l'acheteur souscrit un billet à ordre au profit du vendeur ou le vendeur tire sur l'acheteur une lettre de change (ou traite) payable à trois mois, que celui-ci accepte. Si le vendeur a besoin d'argent, il fait escompter le billet ou la traite par un banquier. V. n° 762.

Quand la vente est faite *au complant*, le prix doit, en principe, être payé au moment même de la livraison, tellement que le vendeur a le droit de retenir les marchandises, si l'acheteur ne lui offre pas de payer (C. civ., art. 1612). Sur beaucoup de places de commerce, spécialement dans certains ports de mer, il est d'usage, bien que la vente soit au comptant, que le vendeur livre la marchandise sans recevoir d'argent et laisse à l'acheteur un délai variable selon les places, pour vérifier la marchandise.

L'acheteur à crédit peut, en principe, payer avant le terme, car le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur (1187, C. civ.).

Lorsque le paiement est fait avant le terme, il est possible que le vendeur accorde à l'acheteur une réduction de tant pour cent ; c'est là ce qu'on appelle l'escompte ou *l'escompte pour prompt paiement*. L'expression *escompte* s'emploie dans un autre sens en matière d'effets de commerce (n° 762) et même dans les ventes commerciales. Parfois, le prix pour lequel les marchandises sont offertes est fixé à une somme élevée (*prix fort*), de telle sorte qu'un rabais est consenti à ceux qui achètent au comptant ; ce rabais est aussi appelé escompte. Le montant de ce rabais est, pour les articles non manufacturés vendus dans les ports, fixé par la loi du 13 juin 1866 à 2 0/0 (*Tableau annexé*, n° IX).

418. Quand l'acheteur est en retard de payer le prix, en doit-il des intérêts au vendeur ? Dans les ventes civiles, le prix est productif d'intérêts : *a*) quand il a été ainsi convenu lors de la vente ; *b*) quand il y a eu une sommation faite à l'acheteur ; *c*) quand la chose vendue et livrée est productive de fruits ou d'autres revenus (comme un immeuble, une obligation ou une action). V. article 1652, C. civ. En matière commerciale, les intérêts du prix sont-ils dus même en-dehors de ces cas ? Il est généralement admis que, lorsqu'un jour a été fixé pour le paiement, les intérêts courent de plein droit à partir de ce jour. Mais, quand la vente est faite au comptant, les usages de toutes les places ne s'accordent pas pour faire courir les intérêts à partir de la vente.

419. Les différentes garanties, accordées au vendeur pour assurer le paiement du prix, sont les mêmes en matière commerciale qu'en matière civile. Le vendeur a donc un privilège (art. 2102-4°, C. civ.) et une action en résolution (art. 1184 et 1654, C. civ.) ; il a, en outre, lorsque la vente est au comptant, un droit de rétention (art. 1612, C. civ.) et un droit de revendication qui lui permet de recouvrer le droit de rétention, en se faisant remettre en possession des marchandises livrées à l'acheteur (art. 2102-4°, C. civ.). Mais, en matière commerciale, le vendeur est privé souvent du privilège de l'action en résolution et de l'action en revendication ; car ces droits lui sont enlevés lorsque l'acheteur commerçant est déclaré en faillite ou mis en liquidation judiciaire et que, avant la déclaration de faillite ou la mise en liquidation judiciaire, les marchandises achetées sont entrées dans ses magasins (art. 570 *in fine*, C. com. ; L. 4 mars 1889, art. 24) ; exception en matière de vente de fonds de commerce. L. 17 mars 1909, art. 2, dern. alin. V. nos 1210 et 1211.

420. L'acheteur est tenu de prendre livraison des marchandises. S'il *ne se livre pas*, le vendeur peut ou faire résoudre la vente ou faire revendre les marchandises aux risques de l'acheteur (art. 1144 et 1184,

C. civ.). de telle sorte que l'acheteur paie la différence, si le prix de la revente est inférieur à celui de la vente qui lui avait été faite (1).

La résolution pour inexécution des obligations n'a pas, en général, à moins de convention contraire, lieu de plein droit ; il faut qu'elle soit demandée et prononcée en justice (art. 1184, C. civ.). Mais, d'après l'article 1657, C. civ., une dérogation est apportée à cette règle en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers : le défaut de retirement au terme convenu de la part de l'acheteur entraîne la résolution de plein droit au profit du vendeur et sans même qu'il soit besoin d'une sommation préalable. Cette disposition s'applique-t-elle aux ventes commerciales comme aux ventes civiles ? On l'a nié, en se fondant sur ce que, lors de la discussion de l'article 1657, C. civ., au Conseil d'État, le mot *marchandises* qui s'y trouvait fut effacé, afin, dit Cambacérès, que l'article ne fût pas appliqué aux affaires de commerce. Cependant une jurisprudence constante applique aux ventes commerciales l'article 1657, C. civ. (2). Cet article ne fait pas de distinction et les rédacteurs du Code civil, en effaçant le mot marchandises, ont voulu laisser aux rédacteurs du Code de commerce le soin de déterminer si la même règle régirait ou non les ventes commerciales. Le Code de commerce étant muet sur ce point, à défaut d'usage contraire, la disposition du Code civil est applicable. Du reste, les motifs de l'article 1657, C. civ., ont surtout une grande force en matière commerciale. Les choses mobilières varient souvent très rapidement de valeur. Si le vendeur devait mettre l'acheteur en demeure et former contre lui une demande en justice, il serait à redouter que la baisse des marchandises ne se produisît pendant le temps nécessaire pour remplir ces formalités. Le vendeur éprouverait alors, en reprenant les marchandises, une perte très grande. Il aurait, il est vrai, un recours contre l'acheteur ; mais ce recours serait souvent rendu illusoire par l'insolvabilité de ce dernier.

2° Des différentes espèces de ventes commerciales.

421. Les ventes commerciales sont soumises fréquemment à des modalités diverses : ainsi, il en est qui sont conditionnelles, telles que les ventes *au compte*, *au poids* ou *à la mesure*, les *ventes en disponible*, etc. ; il en est qui sont à terme, comme les *ventes à livrer*, *par*

(1) Cela correspond au droit de se remplacer pour l'acheteur, quand le vendeur ne lui livre pas les marchandises vendues à l'époque fixée. V. n° 412.

(2) Cass., 11 juillet 1882. S. 1882. 1. 472 ; D. 1883. 1. 340.

filière, etc. ; d'autres sont à la fois à terme et sous condition, par exemple, les ventes *par navire désigné* ou *à désigner*. Les ventes commerciales reçoivent parfois l'application de règles spéciales à raison du lieu dans lequel se trouvent les marchandises (ventes de marchandises déposées, soit dans des *entrepôts*, soit dans des *docks* ou *magasins généraux*), ou des lieux dans lesquels les ventes sont conclues (ventes faites dans des bourses) ou de leur objet (ventes de fonds de commerce). Enfin, il y a des ventes *publiques*, se faisant généralement aux enchères. La plupart de ces ventes sont régies par les usages plutôt que par des dispositions légales. V., cependant, articles 1585 et suiv. ; L. 17 mars 1909. Il y a aussi des règles spéciales aux ventes de valeurs mobilières faites par l'entremise des agents de change. Il sera parlé de ces ventes dans le chapitre consacré aux *Bourses de commerce* (nos 830 et suiv.).

422. VENTES DE MARCHANDISES, AU COMPTE, AU POIDS OU A LA MESURE. — La vente de marchandises se trouvant dans un lieu déterminé, par exemple du blé enfermé dans un grenier, peut se faire, soit *en bloc*, soit *au compte*, *au poids* ou *à la mesure*. Il y a vente *en bloc*, lorsque le prix est fixé d'une façon invariable : telle est la vente de 200 hectolitres se trouvant dans un grenier, pour 4.000 francs. La vente est, au contraire, *au compte*, *au poids* ou *à la mesure*, quand, le prix n'étant indiqué que par rapport à l'unité de compte, du poids ou de mesure, la fixation du prix total dépend du mesurage, du compte, du pesage à effectuer ultérieurement ; par exemple, je vends 200 hectolitres à prendre dans le tas de blé se trouvant dans un grenier, à raison de 20 francs l'hectolitre.

Il y a, pour ces ventes, des règles spéciales à poser sur le moment à partir duquel la propriété des marchandises est transférée à l'acheteur, et les risques sont pour lui. Ces questions sont résolues par les articles 1585 et 1586, C. civ. (1).

423. VENTES EN DISPONIBLE. — On appelle ainsi des ventes dans lesquelles les marchandises peuvent être mises immédiatement à la disposition de l'acheteur et vues par lui. En général, d'après l'usage, dans ces ventes, l'acheteur a la faculté d'examiner la marchandise et de l'accepter ou de la refuser à son gré dans un délai très court, ordinairement de trois jours ; elles se trouvent ainsi soumises à la condition suspensive de l'agrément de l'acheteur. Aussi appelle-t-on parfois ces ventes, *ventes avec vue en sus* ; à Bordeaux, on dit *ventes gré dessus*.

(1) V. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 627 ; Baudry-Lacantinerie, III, nos 457 et suiv. ; Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, II, p. 35 et suiv. ; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, nos 1363 et suiv.

Pour que cette faculté appartienne à l'acheteur, il faut : *a*) que les marchandises aient été vendues sans indication de qualité ; autrement, l'acheteur doit accepter les marchandises, dès qu'elles ont la qualité convenue ; *b*) qu'on n'ait pas fait la vente avec la clause *vu et agréé*, qui implique acceptation par l'acheteur ; *c*) que la vente ne soit pas à terme. On pourrait redouter dans les ventes à terme, à raison du délai parfois assez long à courir de la vente à la livraison, que, le cours des marchandises ayant baissé dans l'intervalle, l'acheteur les refusât, dans le but unique d'échapper à la perte que cette baisse lui ferait éprouver.

424. Ventes a livrer. Marchés a terme. — Les ventes dans lesquelles il y a un terme, à la fois pour la livraison de la chose vendue et pour le paiement du prix, sont appelées souvent *ventes à livrer*, quand elles portent sur des marchandises, et *marchés à terme*, quand elles ont pour objet des valeurs mobilières (actions, obligations de sociétés, rentes sur l'Etat, etc.) (1) : il sera traité des *marchés à terme* dans le chapitre consacré aux *Bourses de commerce* (nos 834 et suiv.). Les *ventes à livrer* se font surtout pour les denrées et, en général, pour les choses qui se vendent et s'achètent en grandes quantités, spécialement pour les blés, les farines, les huiles, les sucres, les cotons, etc.

Dans ces ventes, il arrive très fréquemment que le vendeur n'a pas les marchandises lors de la vente (on dit que le vendeur vend *à découvert*) ; alors, il *spécule à la baisse*, en ce sens qu'il compte les acheter, dans l'intervalle entre la vente et la date convenue pour la livraison, pour un prix inférieur à celui pour lequel il les a vendues, ce qu'il parvient à faire si les cours baissent. Au contraire, l'acheteur, dans les ventes de cette sorte, *spécule à la hausse*, c'est-à-dire qu'il espère que, grâce à la hausse des cours, il pourra réaliser un bénéfice en revendant les marchandises à un prix supérieur à son prix d'achat. Si la hausse se produit, le vendeur éprouve une perte ; s'il y a baissé, au contraire, la perte est pour l'acheteur.

Dans le cas où le vendeur ne fait pas la livraison à l'époque fixée, d'après les principes posés précédemment (n° 411), l'acheteur peut acheter à une autre personne ; en cas de hausse, il éprouve une perte égale à la différence des cours, et il a le droit d'en réclamer le montant au vendeur. A l'inverse, quand l'acheteur *ne se livre pas* à l'époque convenue, le vendeur peut vendre les marchandises à une autre personne ; s'il y a baisse, le vendeur éprouve une perte égale à la différence

(1) L'expression *marchés à terme* s'emploie parfois aussi même pour les ventes de marchandises, spécialement quand il s'agit de marchés de spéculation.

des cours dont il peut réclamer le remboursement à l'acheteur (nº 420).

Les ventes à livrer sont souvent sérieuses, en ce sens que la volonté des parties est d'arriver à une livraison effective des marchandises. Il n'en est pas toujours ainsi. Les ventes à livrer sont parfois fictives : l'intention des parties, dès le moment de la conclusion du contrat, est de ne procéder jamais à la livraison des marchandises, mais de tenir seulement compte de la différence entre le prix stipulé dans la vente et le cours des marchandises au moment où la livraison devrait être faite. Si les marchandises sont vendues 20.000 francs et si, d'après les cours du jour fixé pour la livraison, elles valent 21.000 francs, le vendeur paie à l'acheteur 1.000 francs ; c'est ce que le vendeur perdrait s'il devait se procurer les marchandises. Au contraire, dans le cas où les marchandises valent, d'après les cours du jour fixé pour la livraison, 19.000 francs, l'acheteur paie 1.000 francs au vendeur : c'est la somme qui constituerait la perte de l'acheteur, s'il revendait les marchandises après en avoir pris livraison.

La jurisprudence admettait qu'il y a jeu ou pari sur la variation des cours, lorsque, dès l'origine, les parties avaient eu la volonté de ne pas en arriver à une livraison. Aussi reconnaissait-elle, en pareil cas, que la partie perdante pouvait opposer à l'action en paiement de la différence l'exception de jeu conformément à l'article 1965, C. civ., qui refuse toute action pour le paiement d'une dette de jeu. Cette jurisprudence était, selon nous, bien fondée en droit, mais elle donnait lieu à de graves abus. Il est très difficile, impossible même dans bien des cas, de déterminer si la livraison n'a pas lieu à raison de ce que, dès l'origine, il a été entendu qu'elle ne serait pas opérée, ou à raison de ce que, la vente étant sérieuse, le vendeur n'a pas pu ou n'a pas voulu après coup, faire la livraison ou l'acheteur n'a pas pu ou n'a pas voulu la recevoir. Généralement ou, pour mieux dire, jamais, les intéressés ne constatent par écrit, leur volonté de ne pas effectuer la livraison. Les tribunaux en étaient réduits à s'attacher à des circonstances extérieures, spécialement à examiner le rapport existant entre la fortune des parties et l'importance du marché. Des spéculateurs de mauvaise foi profitaient de cette jurisprudence pour se soustraire à des engagements sérieux, en opposant l'exception de jeu, et souvent les tribunaux, induits en erreur sur la nature de l'opération, admettaient cette exception. Il y avait là un abus grave, qui pouvait empêcher la conclusion de ventes à livrer sérieuses, dont l'utilité, notamment pour l'approvisionnement des villes et de l'armée, n'est pas contestable. Aussi une loi du 28 mars 1885 a-t-elle déclaré que dorénavant *nul ne pourra, pour se soustraire aux obligations qui résultent... des marchés à livrer sur denrées et marchandises, se prévaloir de l'article 1965.*

C. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. La loi du 28 mars 1885 s'applique aussi aux marchés à terme sur valeurs mobilières. Il sera parlé des dispositions de cette loi dans le chapitre consacré aux *Bourses de commerce* où ces marchés se font le plus fréquemment. V nº 845.

425. VENTES PAR FILIÈRE. — Les ventes *par filière* sont des ventes à livrer dans lesquelles la livraison s'effectue d'une façon spéciale ; elles contribuent à multiplier les transactions commerciales, en les rendant plus rapides et en diminuant les frais que plusieurs transports successifs des mêmes marchandises pourraient occasionner. Elles sont particulièrement usitées à Marseille et à Paris pour les blés, les farines, les huiles. A raison même des variations des cours et des spéculations auxquelles elles donnent lieu, des marchandises sont souvent l'objet de plusieurs ventes à livrer successives entre la date de la première vente et celle de la livraison. Il faudrait rigoureusement que les marchandises fussent successivement livrées par chaque vendeur à son acheteur et que chaque acheteur payât le prix à son vendeur et le reçût de son propre acheteur ; cela serait compliqué et entraînerait des lenteurs et des frais, surtout quand les vendeurs et les acheteurs habitent dans des lieux différents. Aussi le premier vendeur crée-t-il sur le détenteur des marchandises un ordre de livraison qu'il remet au premier acheteur, celui-ci le remet à son propre acheteur et ainsi de suite jusqu'au dernier ; cet ordre de livraison se transmet ordinairement par endossement. Le premier vendeur est appelé *livreur*, et le dernier acheteur qui prend livraison *réceptionnaire*. Le *réceptionnaire* reçoit les marchandises du détenteur, qui est souvent un entrepôt ou un magasin général ; il n'y a ainsi qu'une livraison, qu'un transport, et les marchandises ne sont pas grevées des frais de plusieurs transports successifs. On appelle *filière* la suite des ventes successives qui s'exécutent, grâce à la transmission d'une offre de livraison, par une livraison unique (1).

Quand la livraison est faite au réceptionnaire, il y a lieu au paiement du prix. Rien ne serait plus simple si le prix de chacune des ventes successives était le même : le *réceptionnaire* paierait le prix au *livreur*, les acheteurs intermédiaires seraient libérés, et tout serait terminé. Mais il en est rarement ainsi, par suite même de la variation des cours. La diversité des prix exige qu'il soit procédé à un règlement qui est fait, tantôt par les parties elles-mêmes, tantôt par un tiers, qu'on

(1) On donne ainsi souvent le nom de *filière* à l'imprimé sur lequel se trouvent des offres successives de livraison avec des blancs qu'il y a seulement à remplir.

appelle *liquidateur* ou *filériste*. Les usages varient à cet égard selon les places de commerce.

Ces usages ont consacré plusieurs règles importantes en matière de vente par filière. Les principales sont les suivantes :

a) Chaque vendeur a le droit d'exiger le paiement du prix de son acheteur immédiat, qui a le droit de lui réclamer la livraison. Dans la pratique, ces droits ne sont pas exercés : le premier vendeur se fait payer par le réceptionnaire ; il ne s'adresse à son acheteur que lorsque le réceptionnaire est insolvable.

b) Un vendeur ne peut pas agir contre un acheteur avec lequel il n'a pas contracté. Cependant le premier vendeur est admis à agir contre le réceptionnaire ; en livrant les marchandises, le premier vendeur lui fait crédit. On admet même que le réceptionnaire, qui paierait directement son propre vendeur, serait exposé à payer une seconde fois le premier vendeur, si celui-ci n'était pas désintéressé.

c) Le réceptionnaire ne peut être tenu de payer plus qu'il n'a acheté, et le livreur ne peut recevoir plus qu'il n'a vendu. Si le réceptionnaire a acheté pour un prix supérieur à celui de la première vente, il ne paie au livreur que ce qui est dû à celui-ci par le premier acheteur, et il remet la différence à son propre vendeur. Si le réceptionnaire a, au contraire, acheté pour un prix inférieur à celui de la première vente, il ne paie au livreur que son prix, et le livreur reçoit la différence de son acheteur immédiat.

Exemples. — Jacques a vendu à Jean 200 hectolitres de blé pour 4.000 francs, Jean les a revendus à Paul pour 4.200 francs, et Paul les a revendus à Pierre pour 4.400 francs ; Pierre paie à Jacques 4.000 francs, puis remet à Paul 400 francs sur lesquels 200 francs reviennent à Jean. Ainsi le second et troisième acheteur perçoivent chacun le montant de leur bénéfice qui est de 200 francs.

Jacques a vendu à Jean 200 hectolitres de blé 4.000 francs, Jean les a revendus à Paul 3.800 francs, et Paul à Pierre 3.600 francs. Pierre ne paiera à Jacques que 3.600 francs, l'acheteur immédiat de Jacques (Jean) lui remettra la différence de 400 francs, mais Jean recouvrera 200 francs de Paul, son acheteur direct. Chacun des acheteurs intermédiaires éprouvera ainsi une perte de 200 francs résultant des différences des prix de vente (1).

426. Ventes par navire désigné ou a désigner. — Quand il

(1) Sur diverses questions qu'ont soulevées les ventes par filière, V. deux arrêts de la Cour de cassation du 25 juillet 1887, D. 1888. 1. 21 ; S. 1890. 1. 161 ; *J. Pal*, 1890. 1. 380, et la note de M. Ch. Lyon-Caen : *Pand. fr.*, 1887. 1. 334.

s'agit de ventes de marchandises à transporter par mer, le vendeur est exposé, dans le cas où elles n'arrivent pas à l'époque convenue, à payer des dommages-intérêts à l'acheteur. Aussi, pour le soustraire à ce risque, très souvent les ventes maritimes se font sous la condition que les marchandises arriveront dans un certain délai. Si les marchandises n'arrivent pas dans le délai fixé, la vente est considérée comme non avenue, et le vendeur, qui n'a pas de prix à réclamer, n'est pas du moins tenu de payer des dommages-intérêts à l'acheteur. Une vente conclue simplement sous une telle condition mettrait trop l'acheteur à la discrétion du vendeur. Celui-ci pourrait facilement, en cas de hausse des cours, profiter d'une occasion de vendre les marchandises plus cher à un autre acheteur et alléguer ensuite qu'elles ne sont pas arrivées dans le délai fixé et que, par suite, la vente est non avenue ; au contraire, en cas de baisse des cours, le vendeur livrerait des marchandises quelconques à l'acheteur. Pour éviter les fraudes de ce genre et restreindre les risques qu'il court, l'acheteur exige souvent que le nom du navire sur lequel sont transportées les marchandises vendues lui soit indiqué ou dans la vente elle-même ou par une déclaration postérieure ; il y a alors *vente par navire désigné* ou *à désigner*.

Quand la désignation du navire a été faite, soit dans la vente, soit postérieurement on peut savoir exactement si les marchandises sont arrivées ou non dans le délai fixé. Le vendeur ne peut pas alléguer, en cas de hausse des cours, la non-arrivée des marchandises, pour ne pas en opérer la livraison. Si les marchandises n'arrivent pas, il est facile d'en trouver la cause, et le vendeur n'est libéré que s'il y a eu cas fortuit.

Quand la vente est faite par navire *à désigner*, il est ordinairement convenu que la désignation sera faite dans un certain délai. Quand ce délai est expiré, on dit que *le défaut de désignation du navire rend la vente ferme ou la résilie au gré de l'acheteur*. Cela signifie que l'acheteur peut ou bien réclamer l'exécution du contrat et *se remplacer* (n° 410), ou bien tenir la vente pour non avenue. Les tribunaux, qui n'ont pas le pouvoir de modifier des conventions, ne pourraient pas même prolonger le délai dans lequel le navire doit être désigné ; mais l'acheteur est, bien entendu, libre d'accorder au vendeur un délai supplémentaire pour faire la désignation du navire. La faculté de prorogation est parfois stipulée dans la vente même.

427. VENTES DE MARCHANDISES SUJETTES A DES DROITS DE DOUANE OU D'OCTROI. VENTES DE MARCHANDISES DÉPOSÉES DANS LES ENTREPÔTS. — Les marchandises vendues, pour être livrées à l'acheteur, doivent parfois pénétrer d'un pays étranger sur le territoire français ou entrer dans une ville ; elles sont alors souvent soumises à des droits de

douane ou d'octroi. A moins de convention contraire, ces droits sont considérés comme compris dans le prix de vente et sont, par suite, supportés par le vendeur. Que décider si, dans l'intervalle, les droits de douane ou d'octroi sont augmentés ou diminués ? En principe, le vendeur supporte les augmentations ou profite des diminutions. Les augmentations de droits peuvent ainsi déranger des combinaisons et causer un grand dommage à des vendeurs, qui ont cru n'avoir à supporter que des droits moins élevés. Aussi le plus souvent les lois augmentant les droits de douane contiennent-elles des dispositions transitoires, en vertu desquelles l'augmentation n'atteint pas les marchandises dont l'expédition remonte à une certaine date antérieure à la mise en vigueur de la loi nouvelle (1).

428. Souvent des marchandises sont introduites sur le territoire français, sans qu'on sache si elles seront livrées à la consommation en France ou si elles seront réexportées à l'étranger ; il serait rigoureux de faire alors payer des droits de douane. Aussi la législation française admet-elle un système en vertu duquel les marchandises provenant de l'étranger en France peuvent être provisoirement dispensées des droits de douane, tant qu'il y a incertitude sur le point de savoir si elles ne seront pas réexportées (2). Les marchandises sont alors placées dans des locaux spéciaux, qu'on appelle des *entrepôts*. Du reste, l'entrepôt est utile même au fabricant ou au commerçant qui introduit des marchandises en France avec l'intention arrêtée de les livrer à la consommation sur notre territoire ; il échappe ainsi à la nécessité du paiement immédiat des droits de douane. En attirant une grande quantité de marchandises dans des villes ou dans des ports, les entrepôts favorisent le développement du commerce et de la marine marchande nationale.

Nos lois distinguent l'*entrepôt réel* et l'*entrepôt fictif*. L'*entrepôt réel* est un bâtiment appartenant à l'Administration des douanes et dans lequel sont placées des marchandises que leur propriétaire veut pouvoir réexporter sans payer des droits de douane. On autorise parfois aussi les commerçants, surtout quand l'administration manque de

(1) V. la loi du 13 décembre 1897 (Loi dite du *cadenas*). Cette loi autorise le gouvernement à rendre provisoirement applicables par décrets les dispositions des projets de lois portant relèvement des droits de douane sur certaines denrées. D'après l'article 3, les denrées conservent le bénéfice de l'ancien tarif, « *lorsqu'il sera justifié qu'à une date antérieure au dépôt du projet de loi, elles ont été embarquées directement pour un port français ou mises en route directement d'Europe à destination de France* ».

On n'a pas cru devoir étendre l'exception aux denrées en entrepôt et aux marchés qui ont été l'objet de ventes à livrer même ayant date certaine par l'enregistrement.

(2) Le système des entrepôts existe dans tous les pays.

locaux, à introduire les marchandises ailleurs que dans des bâtiments appartenant à l'Administration des douanes, notamment dans leurs propres magasins (1), sans payer les droits de douane. Les magasins constituent alors des *entrepôts fictifs* et sont surveillés par l'Administration des douanes, afin que, par fraude, les marchandises ne soient pas livrées à la consommation sans payer les droits (2).

Quelques grandes villes ont des entrepôts qui jouent pour les droits d'octroi le rôle que d'autres remplissent pour les droits de douane.

Les marchandises placées dans un entrepôt peuvent être vendues, soit *à la consommation* (ou *à l'acquitté*), soit *à l'entrepôt*, soit *à l'acquitté avec faculté d'entrepôt.*

Dans la vente *à la consommation*, le vendeur s'oblige à supporter les droits de douane en livrant les marchandises. Le prix est fixé en conséquence et demeure invariable, malgré les modifications que peuvent subir les droits de douane dans l'intervalle de temps qui sépare la vente de la livraison. Dans la vente *à l'entrepôt*, l'acheteur supporte, au contraire, les droits de douane, s'il livre les marchandises à la consommation, et c'est lui qui souffre des augmentations ou profite des diminutions des droits de douane.

Dans la vente *à la consommation* (ou *à l'acquitté*) *avec faculté d'entrepôt*, le prix est fixé en comprenant les droits de douane, qui sont supportés par le vendeur, mais l'acheteur peut recevoir les marchandises à l'entrepôt en déduisant le montant des droits de douane. Lorsque l'acheteur use de cette dernière faculté, si les droits de douane ont varié, il paraît juste de faire supporter au vendeur l'augmentation ou de le faire bénéficier de la diminution, en déduisant les droits de douane tels qu'ils existent lors de la livraison et non tels qu'ils existaient au moment de la vente. La vente dont il s'agit est une vente à la consommation et la faculté d'entrepôt a un caractère exceptionnel; quand cette faculté est exercée, il doit rester quelque chose de la vente à la consommation.

Quand la vente est faite à l'entrepôt, il y a lieu de remplir les formalités du *transfert en douane* pour conférer à l'acheteur le droit de retirer les marchandises. Ces formalités consistent dans la mention de la vente faite sur les registres de l'entrepôt avec engagement pour l'acheteur, s'il ne réexporte pas, de payer les droits de douane à l'administration qui accepte l'acheteur pour débiteur à la place du vendeur.

(1) Les locaux des expositions internationales sont d'ordinaire érigés en entrepôts fictifs.

(2) Il ne faut pas confondre, comme on le fait souvent, les entrepôts avec les magasins généraux. V. n° 449.

Par suite du transfert en douane, l'acheteur devient possesseur des marchandises par l'entremise de l'Administration des douanes qui les détient.

429. VENTES PUBLIQUES DE MARCHANDISES. — Les ventes publiques de marchandises qui ne sont pas neuves sont permises sans aucune restriction (1). Au contraire, les ventes publiques de marchandises neuves sont soumises à des règles spéciales ayant pour but d'en restreindre le nombre, à raison des inconvénients que le législateur leur attribue. Ces règles restrictives sont différentes pour les ventes *en détail* et pour les ventes *en gros*.

430. *Ventes publiques en détail de marchandises neuves.* — Ces ventes ont été considérées comme nuisibles à l'intérêt des consommateurs et à celui du commerce. Par la rapidité avec laquelle elles se font, elles donnent une grande facilité pour tromper l'acheteur. Elles fournissent au commerçant sur le point de faire faillite un moyen de faire disparaître les marchandises formant le gage de ses créanciers et permettent parfois d'écouler des objets provenant du vol. Enfin, en livrant tout d'un coup dans un seul lieu à la consommation une grande quantité de marchandises semblables, elles peuvent amener un abaissement factice des prix, qui cause un grave préjudice aux commerçants. Aussi la loi du 25 juin 1841 (art. 1) défend-elle, sous peine d'amende et de confiscation des marchandises, *la vente au détail des marchandises neuves à cri public, soit aux enchères, soit au rabais. soit à prix fixe proclamé*. Toutefois, des exceptions sont apportées à cette prohibition : 1° elle ne s'applique point *aux comestibles et objets de peu de valeur connus dans le commerce sous le nom de menue mercerie ;* 2° la prohibition est aussi écartée quand la vente a une cause légitime, ce qui a lieu quand la vente est prescrite par la loi ou qu'elle est faite sur saisie, après-décès, faillite ou cessation de commerce, et dans tous les cas où le tribunal de commerce autorise la vente (art. 2).

430 *bis. Ventes au déballage.* — Des inconvénients analogues à ceux des ventes publiques de marchandises résultent de ce que certains individus, sous le prétexte de liquider leurs affaires, vendent des marchandises au rabais ou viennent tout à coup opérer dans des villes des déballages de grandes quantités de marchandises. Les ventes ainsi faites ne tombent pas sous le coup des dispositions prohibitives de la loi du 25 juin 1841, dès l'instant où elles ne sont pas faites à cri public. La loi du 30 décembre 1906, développant la loi de 1841, ne les

(1) Cependant, la loi du 15 février 1898 réglemente l'exercice de la profession de brocanteur dont le commerce porte le plus souvent sur des choses ayant déjà servi.

permet qu'avec l'autorisation du maire de la commune où la vente doit avoir lieu et sous certaines conditions spéciales, à peine de confiscation des marchandises et d'amende (1).

431. *Ventes publiques en gros de marchandises neuves.* — Avant la loi du 28 mai 1858, ces ventes devaient être autorisées par le tribunal de commerce. La nécessité de cette autorisation était gênante et l'on avait constaté que ces ventes, en faisant affluer les acheteurs dans certaines villes, contribuent au développement du commerce et profitent aux détaillants qui achètent directement les marchandises aux producteurs et aux importateurs. Aussi la loi du 28 mai 1858 admet-elle que la vente publique en gros est permise, sans aucune autorisation judiciaire préalable, pour certaines marchandises qu'elle énumère et dont le nombre a été augmenté par des décrets postérieurs (D. 30 mai 1863). On a, en général, pour ne pas nuire à l'industrie française, laissé en dehors les objets manufacturés. En outre, afin que la liberté des ventes publiques en gros ne donnât pas un moyen de tourner la prohibition relative aux ventes publiques en détail, la loi a fixé le minimum de la valeur des lots, nécessaire pour que les ventes soient réputées en gros. Du reste, les tribunaux de commerce peuvent, dans tous les cas de nécessité dont l'appréciation leur est soumise, spécialement après décès ou cessation de commerce, autoriser la vente en gros de marchandises de toute espèce (L. 3 juillet 1861, art. 1).

Les ventes en gros sont faites par les courtiers de marchandises *inscrits* (n° 858), à moins que le tribunal qui autorise la vente ne désigne d'autres officiers publics, par exemple des commissaires priseurs, pour y procéder (L. 3 juillet 1861, art. 2; L. 18 juillet 1866, art. 14).

432. VENTES DE FONDS DE COMMERCE (2). — La vente d'un fonds de

(1) L'article premier de la loi du 30 décembre 1906 est ainsi conçu : *Les ventes de marchandises neuves non comprises dans les prohibitions de la loi du 25 juin 1841 sur les ventes aux enchères, ne pourront être faites sous forme de soldes, liquidations, ventes forcées ou déballages, sans une autorisation du maire de la ville où la vente doit avoir lieu. Pour obtenir cette autorisation, le demandeur sera tenu de fournir un inventaire détaillé des marchandises à liquider, en indiquant leur importance en numéraire et le délai nécessaire pour leur écoulement. Il pourra être tenu de justifier de la provenance des marchandises par la production de ses livres et de ses factures. Pendant la durée de la liquidation, il lui sera interdit de recevoir d'autres marchandises que celles figurant à l'inventaire pour lequel l'autorisation aura été accordée.*

(2) Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et d'industrie* (1905). Cet ouvrage n'est plus en certaines parties au courant de l'état actuel de la législation depuis la loi du 17 mars 1909.

commerce, ainsi que cela a été admis précédemment (nº 38), est d'ordinaire un acte de commerce pour le vendeur et pour l'acheteur (1). Elle comprend le plus souvent la clientèle (ou achalandage), l'installation (comptoirs, machines, etc...), les marchandises se trouvant en magasin, le droit au bail, l'enseigne, le droit à la marque de fabrique et de commerce, etc. Si le nom du commerçant vendeur ne peut être cédé à l'acheteur, du moins est-il admis que l'acheteur peut se dire successeur du vendeur et prendre, en toutes occasions, cette qualité pendant le temps suffisant pour assurer la transmission de la clientèle.

On considère généralement un fonds de commerce comme un meuble incorporel. Sans doute, il comprend souvent, outre le droit au bail et le droit à la clientèle, des choses corporelles, comme le matériel et les marchandises. Mais, en raison du lien existant entre les différents éléments dont il se compose, le fonds de commerce forme une sorte d'universalité de fait. Cette universalité semble devoir prendre le caractère du principal de ces éléments. Celui-ci est le *droit à la clientèle* ou l'*achalandage* (2), auquel tous les autres objets se rattachent comme des accessoires ou des dépendances.

Jusqu'à la loi du 17 mars 1909 *sur la vente et le nantissement des fonds de commerce*, la vente des fonds de commerce n'avait occupé le législateur qu'au point de vue fiscal (nº 433). Aussi ce contrat devenu de plus en plus fréquent, n'était régi que par les usages et par les principes généraux de la vente. La loi du 17 mars 1909, en laissant, en règle, la vente de fonds de commerce soumise à ces usages et à ces principes, a eu pour objet spécial de sauvegarder les droits du vendeur du fonds et ceux des créanciers du vendeur (3).

432. De l'application à la vente de fonds de commerce des principes ordinaires de la vente peuvent être tirées de nombreuses conséquences. Parmi les plus importantes au point de vue pratique sont celles qui concernent l'obligation de garantie du vendeur. Il est, comme tout vendeur, garant envers l'acheteur des évictions et des vices cachés.

(1) Paris, 20 janvier 1904, D. 1906. 2. 29.

(2) Dans un langage rigoureux, on comprend parfois sous le nom de *clientèle* les personnes qui sont dans l'usage de s'adresser à un commerçant et par *achalandage* les personnes qui s'adressent à lui accidentellement, en passant.

(3) Cette loi traite aussi du nantissement ou gage des fonds de commerce. Mais il ne sera naturellement parlé des dispositions relatives à cette matière que dans le chapitre suivant consacré au gage commercial. V. nos 440[1] et suiv.

La loi du 17 mars 1909 est due à l'initiative parlementaire. La proposition de cette loi a été déposée au Sénat, le 21 mars 1905, par M. Cordelet. Rapports de M. Cordelet des 25 janvier et 29 novembre 1907.

Un décret du 28 août 1909 constitue le règlement d'administration publique rendu pour l'exécution de la loi du 17 mars 1909.

Garant des évictions émanant des tiers, le vendeur d'un fonds de commerce ne peut pas évincer lui-même son acheteur en lui faisant concurrence par la création et l'exploitation d'un établissement semblable au fonds de commerce vendu. S'il le fait, il est tenu de dommages-intérêts envers son acheteur pour le préjudice causé et il peut être condamné à cesser d'exploiter le nouveau fonds sous la sanction d'une astreinte. C'est aux tribunaux à apprécier dans chaque espèce si, à raison de la proximité des deux établissements, il y a un dommage subi par l'acheteur. Pour éviter des difficultés d'appréciation sur ce point, les actes de vente de fonds de commerce fixent souvent une distance en deçà de laquelle il est interdit au vendeur de créer un établissement similaire. Parfois même, le vendeur renonce à la faculté de créer un commerce semblable dans un lieu quelconque. Cette clause n'est considérée comme valable que lorsque la prohibition qu'elle contient est limitée à un certain temps. Autrement, elle est nulle comme contraire à la liberté du travail.

432[2]. Par cela même que la vente d'un fonds de commerce est, en général, un acte de commerce, la preuve peut s'en faire par tous les moyens. En fait, à raison de l'importance et de la complexité de son objet, cette vente est le plus souvent constatée par écrit. Du reste, un acte authentique ou sous seings privés enregistré est exigé pour que le vendeur jouisse du privilège pour la garantie du prix (L. 17 mars 1909, art. 1, 1er alin.).

432[3]. La vente peut être faite avec ou sans énumération des divers éléments qui la composent. Mais cette énumération est utile au point de vue des choses sur lesquelles porte le privilège du vendeur. Car, aux termes de la loi du 17 mars 1909 (art. 1, 2e alin.), le privilège ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente, et, à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, c'est-à-dire sur les éléments incorporels du fonds de commerce.

Selon les convenances des parties, il peut être stipulé un prix unique ou des prix distincts pour chacun des éléments du fonds vendu. Mais la stipulation de deux prix distincts est exigée, au point de vue de l'exercice du privilège du vendeur, pour les éléments incorporels du fonds et pour le matériel et les marchandises (L. 17 mars 1909, art. 1, al. 3). La stipulation d'un prix particulier pour les marchandises est aussi nécessaire pour qu'en ce qui les concerne un avantage fiscal soit accordé. V. ci-après, n° 433.

432[4]. La vente d'un fonds de commerce n'était soumise par la loi à aucune formalité de publicité. Mais l'usage en avait introduit une dans l'intérêt des créanciers du vendeur. Souvent, le fonds de commerce

forme la plus notable partie de la fortune d'un commerçant quand il ne la constitue pas tout entière. Ses créanciers peuvent craindre qu'il ne le vende, n'en touche et n'en dissipe le prix. Contre une telle vente, les créanciers n'avaient, d'après les principes ordinaires du droit, d'autres remèdes que l'action paulienne en cas de fraude ou l'action en nullité, au cas de faillite ou de liquidation judiciaire, en vertu de l'article 447, C. com. Pour mieux protéger les droits des créanciers du vendeur, à Paris et dans quelques grandes villes, il était d'usage que la vente d'un fonds de commerce fût portée par la voie d'un journal d'annonces légales à la connaissance du public avec avis aux créanciers d'avoir à former opposition sur le prix dans un délai de dix jours à partir de l'insertion, faute de quoi l'acheteur paiera directement le prix au vendeur. Si l'acheteur, après avoir fait cette publication, payait le prix au vendeur avant l'expiration du délai de dix jours, les créanciers du vendeur, même non opposants, pouvaient obliger l'acheteur à payer le prix une seconde fois ; les créanciers avaient dû compter que l'acheteur ne l'acquitterait pas tant que ce délai ne serait pas écoulé. Mais des difficultés s'élevaient au sujet de cet usage, spécialement sur le point de savoir s'il pouvait être écarté par une clause de la vente, et cet usage n'était pas admis dans tout le territoire.

La loi du 17 mars 1909 (art. 3) a consacré cet usage en le réglementant d'une façon spéciale. Toute vente ou cession d'un fonds de commerce (1) doit être, dans la quinzaine de sa date, publiée, à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds ; ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. Cet extrait ou avis doit contenir la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal. La publication est à renouveler du huitième au quinzième jour après la première insertion. Dans les dix jours, au plus tard, après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former, au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix ; l'opposition doit énoncer, à peine de nullité, le chiffre et les causes de la créance. — L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, a payé son

(1) L'article 5 de la loi du 17 mars 1909 soumet aux formalités dont il s'agit, *toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation.*

vendeur, n'est pas libéré à l'égard des tiers. En outre, aucun transport amiable ou judiciaire (1) du prix ou de partie du prix n'est opposable aux créanciers qui se sont fait connaître dans ce délai par voie d'opposition. — Quand la vente ou cession d'un fonds de commerce comprend des succursales, la publication doit être faite dans chacun des ressorts où ces succursales ont leur siège. La publication doit contenir élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation de l'établissement principal et dans le ressort de la succursale, quand celle-ci forme l'objet principal de la cession (L. 17 mars 1909, art. 4).

La loi nouvelle ne s'est pas bornée là. Elle a voulu aussi protéger les créanciers du vendeur contre une fraude assez fréquente consistant à mentionner dans l'acte de vente un prix inférieur au prix réel et à faire payer comptant la différence par l'acheteur au vendeur. Antérieurement, cette fraude ne pouvait être déjouée qu'au moyen de l'action paulienne de l'article 1167, C. civ., ou de l'application en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du vendeur, de la nullité de l'article 447, C. com. Le moyen créé par la loi du 17 mars 1909 pour déjouer cette fraude consiste dans l'attribution aux créanciers gagistes dûment inscrits sur le fonds de commerce ou même aux créanciers chirographaires du vendeur ayant formé opposition dans le délai de dix jours, d'un droit de surenchère du sixième. Ce droit de surenchère, qui est réglementé par l'article 5, constitue une exception aux principes généraux du droit à plusieurs points de vue. La surenchère du sixième n'est d'ordinaire admise qu'en matière de ventes judiciaires d'immeubles (art. 708, C. proc. civ.). Elle est possible à l'occasion de la vente volontaire d'un fonds de commerce, chose mobilière à l'exclusion même de la vente judiciaire (art. 5, 3e alin.).

432. Il a été dit plus haut que la vente d'un fonds de commerce est soumise à des formalités de publicité. Ces formalités, exigées pour la sauvegarde des droits des créanciers du vendeur, ne le sont nullement pour la transmission de la propriété du fonds de commerce à l'égard des tiers. L'acquéreur devient propriétaire du fonds de commerce par le seul effet de la convention (art. 1138 et 1583, C. civ.). Mais, au point de vue des éléments qui composent le fonds de commerce, il y a lieu d'y appliquer les règles spéciales tenant à la nature de chacun d'eux. Ainsi, pour les marchandises, l'acheteur, auquel elles ont été vendues après l'avoir déjà été, est préféré, s'il a été le premier mis en possession de bonne foi ; le cessionnaire du bail a la préférence, s'il a signifié la cession au bailleur avant l'acquéreur du fonds exploité dans

(1) Par l'expression transport judiciaire du prix, la loi vise une saisie-arrêt validée par jugement.

les locaux loués. En vertu d'une disposition spéciale de la loi du 17 mars 1909 (art. 24, avant-dernier et dernier alinéas), les ventes ou cessions de fonds de commerce comprenant des marques de fabrique ou de commerce, des dessins ou modèles industriels, doivent être inscrits à l'Office national de la propriété industrielle dans les quinze jours de l'inscription du privilège du vendeur au greffe du tribunal de commerce (n° 432[1]), à peine de nullité à l'égard des tiers de la vente, en ce qu'elle s'applique à ces objets. Les brevets d'inventions compris dans la cession d'un fonds de commerce restent soumis, pour leur transmission, aux règles édictées par la loi du 5 juillet 1844 (art. 20 et 21).

432[6]. Le vendeur d'un fonds de commerce jouit des garanties accordées, en général, par la loi au vendeur de choses mobilières. Il a donc le droit de rétention (art. 1612, C. civ.) et le droit de revendication (art. 2102-4°, C. civ.), quand la vente est au comptant et, que la vente soit au comptant ou à terme, le privilège de l'article 2102-4°, C. civ. et l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (art. 1654, C. civ.). Mais ces deux dernières garanties disparaissaient, pour le vendeur d'un fonds de commerce, comme pour tout vendeur de choses mobilières, dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur (art. 550 dern. alin., C. com. et L. 4 mars 1889, art. 24). V. n° 1209. En outre, une controverse s'était élevée sur le point de savoir si l'action résolutoire pouvait être exercée contre un tiers acquéreur. Depuis la loi du 1er mars 1898, qui avait admis qu'en cas de constitution en gage d'un fonds de commerce, le privilège du créancier se conserve par une inscription prise au greffe du tribunal de commerce du lieu de la situation du fonds, les vendeurs de fonds de commerce échappaient, en cas de faillite et de liquidation judiciaire de l'acheteur, à la réduction à la qualité de créanciers chirographaires en se faisant constituer en gage par l'acheteur le fonds par eux vendu. Car la faillite et la liquidation judiciaire du débiteur laissent subsister le privilège du créancier gagiste.

La loi du 17 mars 1909 a rendu à la fois meilleure et plus certaine la situation du vendeur, en lui laissant conserver son privilège et son action résolutoire même en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, par dérogation à l'article 550, dern. alin., C. com. (art. 2, dern. alin.) et en consacrant au profit du vendeur un droit de suite attaché à son privilège et à son action résolutoire (L. 17 mars 1909, art. 22, 1er alin.). Mais, pour sauvegarder tous les droits et empêcher des inconvénients ou des abus, la loi n'a pu adopter ces solutions qu'en réglementant d'une façon spéciale ces deux garanties du vendeur, notamment en les soumettant à la publicité comme l'est, depuis

la loi du 1er mars 1898, le privilège du créancier gagiste sur le fonds de commerce qui lui a été affecté.

Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce est subordonné à une double condition par l'article 1er de la loi du 17 mars 1909. Pour que le privilège existe, il faut : 1° que la vente ait été constatée par un acte authentique ou sous seings privés, dûment enregistré ; 2° que le privilège ait été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

L'inscription doit être prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Opérée dans ce délai, elle prime toute inscription de privilège de créancier gagiste prise dans le même délai du chef de l'acheteur. Elle est même alors opposable à la faillite, à la liquidation judiciaire et à la succession bénéficiaire de l'acheteur, c'est-à-dire que, malgré ces événements qui arrêtent le cours des inscriptions (art. 2146, C. civ. ; art. 448, 1er alin., C. com.), le vendeur peut prendre utilement inscription tant que quinze jours ne se sont pas écoulés depuis la date de la vente (1). Si, au contraire, l'inscription n'est pas prise dans la quinzaine, elle est nulle et, par suite, le vendeur n'a point de privilège.

Un lien a été établi par la loi de 1909 (art. 2, 2e alin.) entre l'action résolutoire et le privilège. Pour que cette action existe, il faut qu'elle soit expressément mentionnée et réservée dans l'inscription du privilège. En outre, elle ne peut pas être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. En conséquence, si l'inscription du privilège n'a pas été prise dans la quinzaine, l'action résolutoire est éteinte avec le privilège. L'idée de cette sorte de solidarité entre le privilège et l'action résolutoire du vendeur de fonds de commerce a été empruntée à l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 qui établit une solidarité de ce genre entre le privilège et l'action résolutoire du vendeur d'immeuble.

Les deux garanties ont été liées aussi au point de vue des choses sur lesquelles elles portent. Elles ne peuvent être invoquées que sur les éléments du fonds de commerce énumérées dans l'acte de vente et dans l'inscription. A défaut de désignation précise, elles sont restreintes à l'enseigne, au nom commercial, au droit au bail, à la clientèle et à l'achalandage (L. 17 mars 1909, art. 1er, 2e alin. et art. 2, al. 2 *in fine*).

En vue de l'exercice possible du privilège ou de l'action résolutoire, la loi prescrit de fixer des prix distincts pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises (art. 1er, 3e alin.). Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû

(1) Il y a là une exception aux principes ordinaires. V. n° 1086.

s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférente aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds (art. 1er, 4e alin.). Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements au comptant s'imputent d'abord sur le prix des marchandises; ensuite sur le prix du matériel (art. 1er, 5e alin.); Il y a lieu à ventilation du prix de revente mis en distribution, s'il s'applique à un ou plusieurs éléments non compris dans la première vente (art. 1er, 6e alin.) (1).

(1) Les dispositions de l'article 1er, alin. 3 et suiv., au sujet des objets sur lesquels s'exerce le privilège du vendeur ne sont pas exempts d'une certaine complication. Aussi est-il utile de donner ici quelques explications et de prévoir un certain nombre de cas qui peuvent se présenter.

La loi distingue selon que les éléments du fonds vendu sont ou ne sont pas énumérés dans l'acte de vente:

1° Quand les éléments du fonds vendu ont été énumérés et qu'un prix distinct a été fixé pour chacun d'eux, le privilège s'exerce distinctement sur chacun. Il s'exerce sur les marchandises achetées en remplacement des marchandises vendues et sur le matériel renouvelé. V. analog. privilège du bailleur sur les meubles garnissant les locaux loués; art. 2102, 1°, C. civ.

Des cas variés peuvent se présenter, notamment les suivants :

A. La revente du fonds de commerce comprend les mêmes éléments que la première vente et, pour chacun d'eux, le même prix est stipulé que dans la première vente. Il va de soi qu'alors, le premier vendeur est intégralement payé.

B. La composition des éléments constituant le fonds n'a pas varié dans la revente, mais le prix afférent à chacun d'eux est changé. Dans ce cas, qui est de nature à se présenter souvent, des circonstances diverses sont à distinguer :

a. Le vendeur n'a reçu aucun acompte sur son prix de vente. Ainsi, Paul a vendu à Pierre un fonds de commerce pour 180.000 francs. Ce prix se subdivise de la façon suivante : éléments incorporels, 60.000 francs ; marchandises, 60.000 francs ; matériel, 50.000 francs. Pierre, avant d'avoir rien payé à son vendeur, revend le même fonds de commerce pour le prix total de 140.000 fr. qui se répartissent ainsi : éléments incorporels, 20.000 francs ; marchandises, 80.000 francs ; matériel, 40.000 francs. Paul, exerçant son privilège distinctement sur chacun des éléments du fonds de commerce, se fera payer 20.000 fr. prix des éléments incorporels, 40.000 francs prix du matériel et 60.000 francs prélevés sur le prix des marchandises. Paul, le premier vendeur, recevra ainsi au total 120.000 francs. Il ne pourra se faire remettre les 20.000 francs pour lesquels le prix de la seconde vente dépasse, pour les marchandises, celui de la première. Sur cette dernière somme, il viendra en concours avec les créanciers chirographaires.

b. Le vendeur a reçu un paiement partiel autre qu'au comptant. Cet acompte s'impute, malgré toute stipulation contraire, d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel, enfin sur le prix des éléments incorporels (art. 1er, alin. 5). Trop souvent la valeur des éléments incorporels qui est difficile à vérifier est surfaite, par cela même qu'elle est incertaine et quelque peu aléatoire. En laissant soumise aux risques d'insolvabilité de l'ache-

Les formes de l'inscription du privilège du vendeur de fonds de commerce (art. 24) et celles de la radiation (art. 31), le délai de la péremption fixée à cinq ans (art. 28), la délivrance par le greffier du tribunal de commerce d'un état des inscriptions ou d'un certificat négatif (art. 32) sont réglés par la loi du 17 mars 1909. Cette loi établit aussi un système de purge au profit des acquéreurs (art. 22).

Au reste, sur ces points les règles sont les mêmes que pour le privilège du créancier gagiste.

432[7]. A propos de la vente et du nantissement des fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909 (art. 13) a consacré des causes spéciales de déchéance du terme à l'égard soit du vendeur du fonds, soit du créancier auquel ce fonds a été constitué en gage soit, en général, des créanciers d'un commerçant.

a. En cas de déplacement du fonds de commerce les créances du vendeur ou des créanciers gagistes dûment inscrits deviennent de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours, au moins, d'avance son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner. — *b*. Le déplacement du fonds de commerce, sans le consentement du vendeur ou des créanciers gagistes, peut, s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs créances exigibles. — *c*. Par cela seul que sur un fonds de commerce une inscription a été prise au profit d'un créancier gagiste, les créances antérieures se rattachant à l'exploitation de ce fonds peuvent être déclarées exigibles.

teur la part du prix afférente à ces éléments, on donne intérêt au vendeur à ne pas en surfaire la valeur et à choisir un acheteur offrant des garanties de solvabilité.

c. Le vendeur a reçu un acompte au comptant. Les contractants sont libres de régler l'imputation comme bon leur semble. C'est seulement au cas d'absence de toute stipulation sur ce point que l'imputation se fait conformément aux règles légales posées à propos d'un paiement partiel du prix postérieur à la vente.

C. La revente comprend des éléments qui n'étaient pas contenus dans la première vente. Il y a lieu alors à la ventilation du prix, pour restreindre l'exercice du privilège aux éléments compris dans la première vente. Art. 1er, al. 6.

2° L'acte de vente ne contient aucune désignation des éléments composant le fonds de commerce. Le privilège du vendeur est restreint à l'enseigne, au nom commercial, au droit au bail, à la clientèle et à l'achalandage. Art. 1er, 2e alin.

Consulter sur la loi du 17 mars 1909, spécialement sur les dispositions relatives au privilège du vendeur de fonds de commerce, Duvergier, *Collection des lois, décrets*, etc., 1909, p. 187 et suiv. V. aussi *la vente et le nantissement des fonds de commerce* (Collection des *lois à la portée de tous*).

433. *Vente de fonds de commerce. Droit fiscal.* — La loi du 28 février 1872 (art. 7 à 9) soumet les ventes de fonds de commerce à un droit de 2 p. 100. Toutefois, les marchandises neuves garnissant le fonds vendu ne sont soumises qu'à un droit de 50 cent. p. 100; afin d'éviter les fraudes, la loi exige, pour que les marchandises profitent de cette réduction de droit, qu'il soit stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles soient désignées et estimées article par article.

Le droit établi sur les ventes de fonds de commerce est un droit *de mutation* et non un droit d'*acte*, c'est-à-dire qu'il est dû, alors même qu'il n'y aurait pas d'écrit dressé pour constater la vente. A défaut d'écrit, il doit être fait une déclaration au bureau de l'enregistrement où l'administration peut faire la preuve de la vente par tous les moyens possibles.

CHAPITRE III

DU GAGE COMMERCIAL. — DU GAGE OU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE. — DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS.

---

434. Le gage est un contrat par lequel un débiteur (ou un tiers pour lui) remet à son créancier un objet mobilier corporel ou incorporel, afin de lui conférer le droit de le retenir jusqu'au paiement de la dette (1) et, si elle n'est pas acquittée, de faire vendre cet objet pour être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers du débiteur (art. 2073, C. civ.) Le créancier gagiste a ainsi : 1° *le droit de rétention ;* 2° *le droit de vente ;* 3° *un privilège.*

Le gage est bien plus fréquent dans le commerce que l'hypothèque ; car l'hypothèque ne peut porter que sur les immeubles ou (depuis 1875) sur des bâtiments de mer, et tous les commerçants n'ont pas des biens de cette nature (2). En outre, la constitution d'hypothèque et la vente des biens hypothéqués sont soumises à des formalités longues et coûteuses, qui ne conviennent guère aux affaires commerciales. A l'époque de la rédaction du Code de commerce, le gage lui-même était rare ; quand une personne y recourait pour se procurer du crédit, on en induisait qu'elle était dans une situation difficile. De nos jours, les constitutions de gage sont assez fréquentes à raison de causes diverses. D'abord, le nombre des choses pouvant être constituées en gage a considérablement augmenté par suite de l'augmentation même du nombre des

(1) Le plus souvent, la dette garantie est une dette de somme d'argent résultant d'un prêt, mais il n'y a là rien de nécessaire. De même, le gage peut être constitué en même temps que naît la dette. Mais il peut aussi en être autrement : le gage peut s'appliquer à une dette existant antérieurement (sauf à tenir compte de la disposition spéciale de l'article 446, C. com., n° 1106) ou à une dette à naître (cas d'ouverture de crédit, n° 764).

(2) Le gage des fonds de commerce est, en réalité, une hypothèque à laquelle on a donné ce nom, pour rester fidèle au principe selon lequel les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèque (art. 2118, C. civ.). V. n° 440³ *in fine.*

valeurs mobilières ; les *avances sur titres*, si pratiquées aujourd'hui, ne sont que des emprunts garantis par la constitution en gage de valeurs mobilières (actions de sociétés, obligations, rentes sur l'Etat, etc...). En outre, à la différence de ce qui avait lieu autrefois, les fabricants devancent souvent les besoins des consommateurs. Ne pouvant pas écouler immédiatement leurs marchandises, ils ont besoin d'argent pour ne pas interrompre la fabrication ; ils s'en procurent en donnant en gage les marchandises dont ils ne trouvent pas immédiatement le placement. Il est d'autant plus utile aux créanciers de se faire donner un gage que, depuis la loi du 22 juillet 1867, ils n'ont plus la garantie de la contrainte par corps, qui leur était accordée pour toutes les dettes commerciales de 200 francs au moins. Il faut ajouter que les *magasins généraux* sont des établissements qui, grâce aux titres appelés *warrants* qu'ils délivrent, facilitent beaucoup la mise en gage des marchandises (nos 449 et suiv.).

Le Code de commerce ne s'était pas occupé du gage, précisément parce que le commerce n'y recourait guère en 1807. Quand un gage était constitué pour une opération commerciale, on appliquait, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (n° 437), les règles du Code civil, qui exigent des formalités spéciales, lentes et coûteuses, pour la constitution et la réalisation du gage. La loi du 23 mai 1863, dont les dispositions ont été insérées dans le Code de commerce (art. 91 à 93), a eu pour but de remédier à cet état de choses et de réglementer le *gage commercial*. Du reste, avant cette loi, des facilités avaient déjà été données pour la constitution et la réalisation du gage établi, soit au profit de la Banque de France et de quelques autres grands établissements de crédit, soit sur des marchandises déposées dans les magasins généraux. Les dispositions insérées dans le Code de commerce en 1863, en dérogeant aux règles du Code civil sur le gage, ont rendu plus facile la constitution du gage commercial ; mais elles n'ont en rien touché à l'article 411, C. pén., qui, dans un but de protection pour les emprunteurs et de défense pour les droits des monts-de-piété, punit la création et l'exploitation des maisons de prêts sur gage sans autorisation spéciale (1).

La constitution en gage des *fonds de commerce* avait donné lieu à de graves difficultés, la légalité même en était contestée : elle a été reconnue par une loi du 1er mars 1898, qui en a réglé les formes, et, depuis la mise en vigueur de cette loi, les constitutions en gage de

(1) Cass., 2 janvier 1890, S. 1890. 1. 366 ; *J. Pal.*, 1890. 1. 852 ; D. 1890. 1. 191 ; *Pand. fr.*, 1890 1. 512. V. notre *Traité de Droit commercial*, III. nos 297.

fonds de commerce sont devenues nombreuses. Mais cette loi dont l'unique disposition avait été insérée dans l'article 2075, C. civ., étant d'une extrême brièveté, laissait indécises de nombreuses questions. Elle a été abrogée et remplacée par la loi du 17 mars 1909 qui est beaucoup plus développée.

Il sera traité successivement : 1° *du gage commercial en général, du gage des fonds de commerce, des règles particulières au gage constitué au profit de quelques établissements de crédit ;* 2° *des magasins généraux et des warrants.*

1° Du gage commercial en général. Du gage des fonds de commerce. Règles particulières au gage constitué au profit de quelques établissements de crédit.

435. Les dispositions du Code civil (art. 2073 à 2083) sur le gage régissent, en principe, le gage commercial comme le gage civil. Ainsi, les deux espèces de gage confèrent les mêmes droits au créancier gagiste (1), peuvent avoir les mêmes choses pour objet et exigent chez les parties la même capacité. Car le Code de commerce et les lois complémentaires ne contiennent aucune disposition sur ces sujets. Il n'y a de différences entre les deux espèces de gage qu'au point de vue : 1° des formes de la constitution du gage exigées pour que le créancier gagiste puisse exercer ses droits à l'égard des tiers ; 2° des conditions de la réalisation du gage, c'est-à-dire de la vente par le créancier gagiste des choses constituées en gage.

436. A raison même des différences qui existent entre le gage civil et le gage commercial, il importe de déterminer avant tout le caractère distinctif du *gage commercial*. L'article 91, C. com., considère comme tel le *gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce.* Il résulte de là que le gage est civil ou commercial suivant la nature de la dette garantie : il est commercial, quand la dette elle-même est commerciale ; si l'opération est civile pour l'une des parties et commerciale pour l'autre (n° 24), on en considère la nature à l'égard du débiteur. Ainsi, un gage constitué par un commerçant peut être civil, s'il garantit une dette étrangère à son commerce, et, à l'inverse, le gage constitué par un non-commerçant est commercial, si la dette est née d'une opération

(1) Une exception existe, toutefois, pour le gage des fonds de commerce. Le créancier ne peut pas, à défaut de paiement, se faire attribuer le fonds par justice (L. 17 mars 1909, art. 8, 2e alinéa).

de commerce faite accidentellement par lui. Par conséquent, il ne faut pas s'attacher, pour distinguer les deux espèces de gage, à la profession du débiteur ni à celle du créancier (le gage constitué au profit d'un banquier pour une dette non commerciale est un gage civil), ni à la nature des choses données en gage (le gage portant sur les actions d'une société ou sur un fonds de commerce peut être civil). Mais, en vertu de la présomption établie par l'article 638, 2e al., C. com. (n° 43), on présume, jusqu'à preuve du contraire, que la dette contractée par un commerçant est commerciale et, par suite, que le gage donné par lui a ce caractère. Il en est ainsi dans le cas le plus ordinaire, celui où le constituant du gage est en même temps le débiteur. Les mêmes règles doivent s'appliquer au cas où le gage est constitué par un tiers étranger à la dette garantie. Du moment que la dette est commerciale, les règles spéciales du Code de commerce sont applicables, sans qu'il y ait à se préoccuper de la profession du tiers constituant ou de la nature de l'opération en ce qui le concerne.

437. FORMALITÉS DE LA CONSTITUTION DU GAGE. — D'après le Code civil, la validité du contrat de gage entre le créancier et le débiteur n'est soumise à aucune autre condition que la mise en possession du créancier gagiste (art. 2071, C. civ). Mais des formalités spéciales sont exigées pour que les droits résultant du gage puissent être invoqués contre les tiers; elles ont pour but d'éviter les fraudes auxquelles les constitutions de gage pourraient donner lieu. Il est à craindre que les débiteurs de mauvaise foi ne simulent un gage de connivence avec un ami complaisant, pour mettre de côté certains biens et les soustraire à leurs créanciers, ou qu'à une époque à laquelle ils prévoient leur ruine, ils n'avantagent par une constitution de gage un ou plusieurs créanciers au détriment des autres. Il importe, spécialement au cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur, de connaître la date exacte de la constitution du gage, pour savoir si ce contrat n'est pas atteint par les nullités qui frappent les actes faits par le débiteur pendant une certaine période qui précède le jugement déclaratif (*période suspecte*, art. 446 et 447, C. com.; L. 4 mars 1889, art. 24) ou si même le contrat n'est pas postérieur à ce jugement (art. 443; L. 4 mars 1889, art. 6). Une antidate pourrait avoir pour but de faire échapper le gage à l'application de ces dispositions et de favoriser ainsi le créancier gagiste au profit des autres créanciers du failli.

Les formalités prescrites par le Code civil pour que le créancier gagiste puisse se prévaloir de ses droits contre les tiers diffèrent selon que le gage porte sur une chose mobilière corporelle ou sur une créance (art. 2074 et 2075). Dans le premier cas, il faut que la constitution de gage soit constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing

privé ayant acquis date certaine par l'enregistrement (1) et indiquant le montant de la somme due ainsi que l'espèce et la nature de la chose donnée en gage ; ces prescriptions ne sont, toutefois, applicables qu'en matière excédant 150 francs, c'est-à-dire quand la dette garantie et le gage pris chacun isolément dépassent 150 francs. Quand il s'agit d'une créance donnée en gage, quelque minime que soit l'intérêt mis en cause, il faut qu'un acte authentique ou qu'un acte sous seing privé enregistré soit dressé et signifié au débiteur de la créance donnée en gage, comme s'il s'agissait d'une cession de créance (art. 2075 et 1690, C. civ.) (2).

Avant la loi du 23 mai 1863, on discutait sur le point de savoir si les formalités des articles 2074 et 2075, C. civ., devaient être appliquées au gage commercial. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était fixée dans le sens de l'affirmative ; elle se fondait sur ce que les articles 2074 et 2075, C. civ., ne posent pas des règles de preuve, que le principe de l'article 109, C. com., pouvait permettre d'écarter en matière commerciale, mais déterminent les conditions de validité du gage sans lesquelles le créancier gagiste n'a pas de privilège. On objectait, il est vrai, que l'article 2084, C. civ., impliquait qu'il y avait des règles spéciales au gage commercial auxquelles il renvoyait ; mais cet article faisait seulement une sorte de renvoi éventuel, demeuré sans effet par cela même qu'aucune disposition sur le gage n'avait été insérée dans le Code de commerce.

La loi du 23 mai 1863, dont les dispositions ont été introduites dans le Code de commerce (art. 91 à 93), a réglé le gage commercial et a ainsi répondu à l'appel que l'article 2084, C. civ., semblait faire au législateur commercial : elle a aussi résolu certaines difficultés relatives au cas où les droits constitués en gage sont constatés par des titres, soit à ordre, soit transmissibles par voie de transfert. Les règles à observer varient avec la nature de l'objet donné en gage ; mais l'idée générale qui domine la loi de 1863 est la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste (art. 2076, C. civ., et 92, C. com.) étant maintenue, de simplifier les formalités, de manière que la constitution du gage ne soit pas soumise à des formes plus compliquées que la vente. La loi du 17 mars 1909, qui a remplacé la loi du 1er mars 1898,

(1) La date certaine peut-elle être acquise en matière de gage par un des deux autres moyens indiqués par l'article 1328, C. civ ? V. Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 482, note 7.

(2) L'acceptation faite par le débiteur cédé dans un acte authentique équivaut à la signification, comme en matière de cession de créance. V. art. 1690, C. civ. Cass., 24 juillet 1905, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 115 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 250.

s'est occupée spécialement des formalités à remplir pour rendre opposable aux tiers la constitution en gage d'un fonds de commerce: V. n° 440 *bis*.

438. *Meubles corporels.* — La constitution du gage peut être établie, même à l'égard des tiers, par tous les moyens possibles. L'article 91, 1er al., C. com., renvoie à cet égard à l'article 109, C. com.

439. *Créances. Titres à ordre, transmissibles par transfert, au porteur.* — Le Code civil (art. 2075) pose une règle unique pour la constitution en gage des créances : il exige la confection d'un écrit et sa signification au débiteur de la créance donnée en gage. Aussi de grandes difficultés s'élèvent-elles quand il s'agit de savoir si ces formalités s'appliquent aux créances constatées par des titres à *ordre*, *nominatifs* ou *au porteur*. La loi de 1863 a tranché ces difficultés, au moins pour le gage commercial.

Titres au porteur. — La loi de 1863 ne contient pas de disposition expresse sur le gage relatif à des titres au porteur, mais il est certain qu'on doit appliquer ici les règles données pour les choses mobilières corporelles. Il a été déclaré expressément dans l'*Exposé des motifs* de la loi de 1863 que l'article 91, 1er al., C. com., s'applique aux titres au porteur, c'est-à-dire que leur constitution en gage peut s'établir par tous les moyens même à l'égard des tiers (1).

Titres à ordre. — Le gage peut être établi par un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie (art. 91, al. 2). Comme l'endossement a le plus souvent pour but de transmettre la propriété du titre, il faut que le débiteur, qui veut seulement le constituer en gage, l'indique par une mention spéciale, faite dans l'endossement, par exemple, à l'aide des mots *valeur en garantie*. Cet endossement est appelé parfois *endossement de garantie* ou *pignoratif* (2). Il est rare pour les effets de commerce dont on transfère la propriété pour se procurer de l'argent (*escompte*, n° 574), mais il peut se produire pour d'autres titres à ordre, comme les polices d'assurances. V. par exemple, Traités documentaires, n° 640.

Titres transmissibles par voie de transfert. — Le gage peut être établi par un *transfert de garantie* inscrit sur les registres des sociétés (art. 91, al. 3). On entend par là un transfert ou déclaration du débiteur indiquant que la propriété du titre n'est pas cédée, qu'il est simplement constitué en gage. Par cela même qu'il n'y a pas de mutation en ce cas, le droit de transmission n'est pas dû (Décret du 17 juillet 1857, art. 4).

Certaines sociétés n'admettent pas sur leurs registres des transferts

(1-2) V. la note 1 de la page suivante.

de garantie pour leurs actions ou pour leurs obligations. L'article 91, al. 3, est alors inapplicable ; comment procéder à la constitution en gage ? Le débiteur peut assurément convertir ses titres nominatifs en titres au porteur et les constituer en gage sous cette dernière forme. Mais ce procédé a l'inconvénient de priver le débiteur des avantages en vue desquels il avait fait donner à ses titres la forme nominative (n° 227) et de l'obliger à payer, pour la conversion de ses titres, le droit de transmission (n° 202) ; du reste, il y a des sociétés dont les actions sont toutes nominatives. Aussi peut-on recourir à d'autres procédés. Le débiteur peut faire un transfert ordinaire au profit de son créancier en même temps que, par une contre-lettre, il est constaté que, le but des parties ayant été de faire seulement une constitution de gage, le titre, après paiement de la dette, devra être retransféré au débiteur. Ce procédé n'est pas sans danger ; car les contre-lettres n'étant pas opposables aux tiers (art. 1321, C. civ.), si le créancier, au profit duquel le transfert ordinaire a été fait, transmet par fraude, fût-ce même avant l'échéance de la dette garantie, les titres à un tiers acheteur, le débiteur ne peut pas les revendiquer contre celui-ci.

Créances dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par les formalités de l'article 1690, C. civ. — Ce sont les créances constatées par des titres qui ne sont ni à ordre, ni nominatifs, ni au porteur. Pour elles, la constitution de gage, même en matière commerciale, est soumise à l'article 2075, C. civ. : il faut donc un écrit enregistré et cet acte doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 91, 4e al.). Il n'y avait pas d'inconvénient à conserver pour ces créances la règle du Code civil ; elles sont rarement données en gage dans le commerce.

439 *bis. Question commune aux titres à ordre et aux titres nominatifs.* — L'endossement de garantie pour les titres à ordre, le transfert de garantie pour les titres nominatifs sont-ils les seuls moyens d'établir le gage à l'égard des tiers. La jurisprudence (1) et des auteurs admettent qu'en ce qui concerne ces titres le gage peut aussi être établi par tous les moyens, comme pour les choses mobilières corporelles et les titres au porteur. Cette opinion se fonde sur le texte de l'article 91, C. com., qui, après avoir posé en règle que le gage commercial s'établit par tous les moyens indiqués dans l'article 109, C. com., ajoute que, pour les titres dont il s'agit, le gage s'établit *aussi* ou *également* par un endossement ou par un transfert.

(1) Paris, 28 novembre 1879, S. 1879. 2. 129 ; *J. Pal.*, 1879, 573 (note critique de Ch. Lyon-Caen), pour les titres nominatifs ; Cass., 12 mars 1879, S. 1880. 1. 1130 ; *J. Pal.*, 1880. 251 ; D. 1880. 1. 110 ; Douai, 12 mai 1891, D. 1893. 2. 140.

Mais cette doctrine qui a l'avantage de faciliter beaucoup la constitution de gage, ne paraît pas exacte. Elle méconnaît la distinction fondamentale admise en matière de gage entre les choses corporelles et les créances. Tout ce que paraît impliquer le texte invoqué, c'est que, lorsqu'il s'agit de titres à ordre ou de titres nominatifs, au lieu de recourir à l'endossement ou au transfert de garantie, on peut recourir au moyen de droit commun, c'est, pour le gage des créances, la formalité de la signification (art. 2075, C. civ.).

Le renvoi fait par l'article 91, 4e al. à l'article 2075, C. civ., doit avoir pour conséquence de faire exiger, pour le nantissement des créances à personne dénommée, la rédaction d'un écrit enregistré. Il a, pourtant, été soutenu qu'un écrit est inutile. Cette doctrine est contraire à la disposition de l'article 91, 4e al., C. com., combinée avec l'article 2075, C. civ. Dès l'instant où ce dernier article est déclaré applicable, il est arbitraire de distinguer entre ses différentes prescriptions.

440. *De la mise en possession du créancier gagiste.* — Le Code civil (art. 2076) exige, pour que le privilège subsiste sur le gage, que celui-ci ait été mis et soit resté (1) en la possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties. Le Code de commerce (art. 92, 1er alinéa) reproduit la même règle. Il y a là une condition de publicité. Le but principal est de mettre les tiers sur leurs gardes et d'empêcher que le débiteur ne présente comme libres des objets déjà donnés en gage. La situation doit donc être telle que le débiteur soit mis hors d'état de disposer de la chose engagée ou de s'en servir pour se procurer frauduleusement du crédit. Il n'est pas nécessaire pour cela que le créancier ait la détention matérielle du gage, il suffit que seul il soit en état d'en disposer, à l'exclusion du débiteur. C'est ce qui arrive quand un tiers détient le gage pour le créancier gagiste. L'article 92 C. com., fait de cette idée plusieurs applications d'une grande importance pratique. Ainsi, le créancier gagiste *est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement* (n° 920) *ou par une lettre de voiture* (n° 513) (2). Ces solutions sont

(1) Sur des difficultés qui se sont présentées au cas de restitution temporaire du gage au débiteur, V. Cass., 25 novembre 1891, S. 1893. 1. 465 (note de Ch. Lyon-Caen) ; Douai, 26 janvier 1893, S. 1893. 2. 233 ; Cass., 9 avril 1894, D. 1894. 1. 409 (note de M. Boistel).

(2) Les cas visés par l'article 92 C. com., se présentent surtout, en fait, pour le gage commercial, mais ils peuvent aussi se présenter pour le gage civil.

conformes, du reste, aux principes généraux sur la possession ; on peut être possesseur non seulement de choses qu'on détient, mais aussi de choses qu'une autre personne détient pour nous (art. 2228, C. civ.).

La mise en possession du créancier gagiste est exigée *dans tous les cas* (art. 92), c'est-à-dire pour le gage des créances comme pour celui des choses corporelles. Le créancier gagiste doit donc avoir en sa possession le titre de la créance donnée en gage (art. 1607, C. civ.) (1).

440[1]. *Nantissement des fonds de commerce* (2).— Parmi les choses pouvant être constituées en gage se trouve le fonds de commerce. Cela résulte de ce qu'il y a là, selon l'opinion la plus répandue, un meuble incorporel (n° 422). Mais, jusqu'à la loi du 1er mars 1898, qu'a remplacée la loi du 17 mars 1909, aucune disposition légale ne s'occupait de la constitution en gage des fonds de commerce. Aussi des difficultés s'élevaient-elles sur le point de savoir si un fonds de commerce pouvait être donné en gage et, en cas d'affirmative, quelles conditions ou formalités devaient être remplies pour rendre opposable aux tiers un pareil nantissement, spécialement comment il pouvait être satisfait à la condition de la mise en possession du créancier gagiste. La loi du 1er mars 1898 (dont la disposition avait été ajoutée à l'article 2075, C. civ.) a eu pour but de résoudre ces difficultés. Il est indispensable de les indiquer préalablement pour faire comprendre la portée de la loi de 1898, les questions qu'elle-même a fait naître et les solutions que leur a données la loi du 17 mars 1909 (3).

On avait soutenu avant la loi du 1er mars 1898 (c'était le système généralement adopté par les tribunaux de commerce, spécialement par le tribunal de commerce de la Seine) qu'un fonds de commerce ne pouvait pas être constitué en gage. Il n'est pas, disait-on, possible de satisfaire à une condition essentielle du gage, en mettant le créancier en possession du fonds ; car le débiteur, qui entend rester à la tête de son fonds de commerce pour l'exploiter, ne peut pas en conférer la

(1) Cass., 20 janvier 1886. S. 1836. 1. 305 : *J. Pal.*, 1886. 1. 732 et la note de Ch. Lyon-Caen : *Pand. fr.*, 1886 1. 59. V. *en sens contraire*, Thaller, *op. citat.* (3e édit., n° 1901).

(2) V. Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et d'industrie* (1905). A raison même de la date de la publication de ce traité, il n'y est pas question de la loi du 17 mars 1909, mais de celle du 1er mars 1898.

(3) Consulter sur les questions relatives à la modification de la loi du 1er mars 1898, un rapport de M. Percerou et les discussions auxquelles il a donné lieu, dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, pages 218 et suiv., 269 et suiv., 294 à 324, 357 et suiv., 603 à 608.

possession au créancier gagiste et il ne semblait pas, ajoutait-on, y avoir d'autre condition ou formalité équivalente ayant pour effet de rendre la constitution de gage notoire pour les tiers.

La Cour de cassation (1) et les Cours d'appel avaient cru trouver des conditions et formalités à remplir pour rendre le nantissement d'un fonds de commerce opposable aux tiers et, par suite, admettaient la possibilité de ce nantissement. Elles exigeaient l'accomplissement des conditions et formalités requises pour rendre opposable aux tiers le gage des choses incorporelles, c'est-à-dire la remise des titres du débiteur au créancier et la signification de la constitution de gage (art. 2075 et 2076, C. civ.). Les titres à remettre au créancier étaient le bail du local où il exploitait son commerce et l'acte d'acquisition du fonds, le certificat de dépôt de la marque de fabrique ou de commerce et le brevet d'invention. La signification de la constitution de gage devait, de plus, être faite au bailleur, débiteur envers son locataire, en ce sens qu'il est tenu de lui procurer la jouissance des lieux loués (art. 1719, C. civ.).

Cette doctrine avait l'avantage d'empêcher que les commerçants fussent privés de la faculté de se procurer du crédit, en affectant à un créancier un des principaux éléments de leur patrimoine. Mais les conditions et formalités exigées n'étaient guère propres à donner, dans l'intérêt des tiers, une publicité sérieuse à la constitution en gage d'un fonds de commerce. En outre, ces conditions et formalités restaient sans application possible, quand le fonds de commerce dont il s'agissait avait été créé par le débiteur, non acquis par lui et qu'il l'exploitait dans un immeuble lui appartenant, qu'en outre, le fonds de commerce ne comprenait ni marque, ni brevet d'invention.

La loi du 1er mars 1898 a eu pour but à la fois de rendre certainement valable la constitution en gage d'un fonds de commerce et d'entourer celle-ci d'une publicité effective. Cette loi se composait d'une seule disposition qui avait été ajoutée au premier alinéa de l'article 2075, C. civ., et en formait l'alinéa 2.

Le premier alinéa de l'article 2075, C. civ., dispose : *le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.*

L'alinéa 2, ajouté par la loi du 1er mars 1898, était ainsi conçu : *tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du*

(1) Cass., 13 mars 1888, S. 1888. 1. 302 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 331 ; Cass., 25 juin 1895, S. 1895. 1. 409.

tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Ainsi, le privilège du créancier gagiste qui grève le fonds de commerce était, d'après la loi du 1er mars 1898, rendu public par une inscription. Ce principe a été conservé par la loi du 17 mars 1909.

La loi du 1er mars 1898 avait donné lieu à d'assez nombreuses controverses. On discutait notamment sur les points suivants :

1° Le nantissement d'un fonds de commerce était-il opposable aux tiers par cela seul qu'il y avait eu inscription au greffe du tribunal de commerce, ou ne fallait-il pas, en outre, qu'il y eût remise des titres (bail, acte d'acquisition, etc.) au créancier gagiste, comme on l'exigeait avant la loi de 1898 (1) ?

2° Le nantissement d'un fonds de commerce comprenait-il les marchandises ? S'il les comprenait, l'inscription suffisait-elle en ce qui les concernait ou ne fallait-il pas qu'elles fussent mises en possession du créancier pour qu'il eût un privilège sur elles (2) ?

Puis, la loi du 1er mars 1898 présentait de graves lacunes ; elle ne déterminait pas les formes de l'inscription, ne fixait pas de délai de péremption, n'indiquait pas si la radiation était possible et à quelles conditions elle pourrait avoir lieu.

Les inconvénients de ces controverses et de ces lacunes étaient d'autant plus grands que les constitutions en gage de fonds de commerce se multipliaient.

La loi du 17 mars 1909, qui traite à la fois de la vente (3) et du nantissement des fonds de commerce, a résolu les controverses et comblé les lacunes.

440 [2]. La loi de 1909 n'admet pas que les marchandises puissent être comprises dans le nantissement d'un fonds de commerce, de telle façon que, si un commerçant veut constituer en gage des marchandises à un créancier, il doit le faire séparément et mettre le créancier gagiste en possession (art. 9, 1er alin.), ce qui rend, en fait, impossible la constitution en gage des marchandises. On a surtout voulu par là qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'un commerçant ayant donné son fonds de commerce en gage, il reste quelque chose aux créanciers formant la masse, qui sont des créanciers chirographaires.

Quels sont donc les éléments du fonds de commerce pouvant être donnés en gage comme faisant partie de celui-ci ?

(1) V., en faveur de la doctrine qui admettait que l'inscription était la seule formalité exigée, Cass., 5 janvier 1904, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 223 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 33.

(2) Sur ce point, des décisions judiciaires en sens opposés avaient été rendues.

(3) V. nos 432 à 432[6].

Sont seuls compris dans le nantissement soumis à la loi de 1909 comme faisant partie du fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, artistique et littéraire qui y sont attachés (1). A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège (art. 9).

440³. Les seules conditions et formalités exigées pour le gage d'un fonds de commerce sont celles que détermine la loi de 1909. Quelles sont-elles ?

1° Le contrat de gage est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré (art. 10, 1er alin.). Cpr., pour le privilège du vendeur de fonds de commerce, art. 1er, 1er alin.

2° Le privilège du créancier gagiste s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité (art. 10, 2e alin.). Une inscription doit être aussi prise au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales du fonds comprise dans le nantissement.

Pour protéger les créanciers qui contractent avec le débiteur commun après la constitution de gage, il faut que l'inscription soit prise, à peine de nullité, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif. Cette inscription est soumise aux causes de nullité qui sont admises pour les inscriptions d'hypothèque en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 446, 447 et 448, § 1er, C. com., L. 4 mars 1889, art. 24).

Il faut remarquer :

a) Que le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire met obstacle à l'inscription, alors même qu'il intervient avant l'expiration de quinze jours depuis l'acte de constitution du gage. Une tout autre solution est admise par la loi spéciale pour le privilège du vendeur de fonds de commerce. V. art. 2, 1er alin. et n° 432⁶.

b) Que la nullité prononcée par l'article 448, 2e alin., ne s'applique pas à l'inscription, puisque, même en dehors des cas de faillite et de

(1) Le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique, suit le sort de ce brevet et fait partie, comme lui, du gage constitué (L. 17 mars 1909, art. 9, 2e alin.).

liquidation judiciaire, l'inscription spéciale dont il s'agit doit être, à peine de nullité, prise dans la quinzaine de l'acte de constitution (art. 2, 1er alin.).

3° Lorsque le nantissement comprend des brevets d'invention ou licences, des marques ou des dessins et modèles, une inscription doit, en outre, être prise à l'Office national de la propriété industrielle, sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce, dans la quinzaine qui suit cette inscription, à peine de nullité, à l'égard des tiers, du gage, en ce qu'il s'applique à ces objets (art. 24, avant-dernier alin.).

Il résulte des dispositions de la loi de 1909 qui viennent d'être analysées que la remise d'aucun titre au créancier gagiste n'est exigée et qu'il n'y a aucune signification à faire pour que le gage d'un fonds de commerce soit opposable aux tiers. C'est cette absence de mise en possession du créancier qui peut faire considérer le gage d'un fonds de commerce comme constituant plutôt une hypothèque.

La loi de 1909 détermine les formalités de l'inscription à faire au greffe du tribunal de commerce (art. 24, 25, 26).

440⁴. L'inscription prise au greffe assure au créancier gagiste son droit de préférence et son droit de suite.

Le rang des créanciers gagistes entre eux, pour le cas où un fonds de commerce a été constitué en gage à plusieurs personnes, est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence (art. 12). L'inscription garantit au même rang que le principal deux années d'intérêts (art. 2, 2e alin.). Elle est soumise au renouvellement : elle conserve le privilège pendant cinq années à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai (art 28, 1er alin.).

440⁵. La loi spéciale détermine les formes de la radiation dont ne parlait pas la loi du 1er mars 1898 (art. 29 à 31) et réglemente la délivrance des états d'inscriptions et des états négatifs par le greffier du tribunal de commerce (art. 32 et 33) (1). Sur ces points, les mêmes règles régissent le privilège du créancier gagiste et celui du vendeur de fonds de commerce.

Comme le privilège du vendeur, celui du créancier gagiste, est soumis, en cas d'aliénation volontaire du fonds de commerce, à la procédure de la purge réglée par les articles 22 et 23 de la loi du 17 mars 1909.

440⁶. La constitution en gage d'un fonds de commerce suivie de

(1) V., sur les droits fiscaux relatifs aux inscriptions, aux mainlevées, etc., les articles 34 et 35 de la loi du 17 mars 1909.

l'inscription peut avoir, pour le débiteur une conséquence grave. Elle permet aux créanciers de celui-ci de le faire déclarer à leur égard déchu du bénéfice du terme. V. L. 17 mars 1909, art. 13, dern. alin. et plus haut n° 432[7] (1).

441. Droits du créancier gagiste. Vente du gage. — Si, en matière commerciale, les droits du créancier gagiste sont les mêmes qu'en matière civile, l'exercice d'un de ces droits, celui de réaliser le gage, c'est-à dire de le vendre, n'est pas soumis à des conditions préalables identiques. En matière civile, le créancier gagiste ne peut faire opérer la vente du gage qu'après y avoir été autorisé par un jugement (art. 2078, C. civ.) ; il y a là une cause de lenteurs et de frais. Aussi, en matière commerciale, l'article 93, al. 1[er], supprime-t-il la nécessité d'une autorisation de justice ; pour que le créancier gagiste puisse faire procéder à la vente du gage, il suffit : *a*) qu'une signification soit faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers qui a constitué le gage ; *b*) qu'il se soit écoulé huit jours depuis la date de cette signification, de telle sorte que le débiteur a quelques jours pour se procurer de l'argent et pour éviter, en payant, la vente du gage (2). Les mêmes conditions ne suffisent, toutefois, pas pour la vente d'un fonds de commerce constitué en gage. Il faut non seulement qu'une sommation ait été faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, et que huit jours se soient écoulés depuis cette sommation, mais encore que la vente ait été ordonnée par justice sur la demande du créancier gagiste (art. 16, 1[er] alin.). Le tribunal de commerce statue sur cette demande (art. 16, 2[e] alin.).

442. Quant aux formes mêmes de la vente et aux officiers publics compétents pour y procéder, ils diffèrent selon la nature du gage. Pour les *titres se négociant à la Bourse*, il est procédé à la vente par un agent de change (art. 93, 2[e] al., C. comm., aj. D 7 octobre 1890, art. 70 et 71). Pour les *choses mobilières corporelles*, la vente est faite par le ministère des courtiers, et, là où il y a des courtiers inscrits (n° 858), c'est parmi eux que doit être choisi celui qui procède à la vente. Toutefois, le président du tribunal de commerce peut désigner pour remplir cette mission une autre classe d'officiers publics. Cela peut être fort utile quand il s'agit de choses dont les courtiers n'apprécient pas ordinairement la valeur ; ainsi, lorsque le gage porte sur un objet d'art, il est préférable que la vente soit faite par un commissaire-priseur (3).

(1) V. n° 432[7] les causes spéciales de déchéance du terme à l'égard du créancier auquel un fonds de commerce a été constitué en gage.

(2) Ces règles ont été empruntées à la loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux (art. 7).

(3) Sur un conflit qui s'est élevé entre les courtiers et les commissaires-

Du reste, quel que soit l'officier public qui procède à la vente, il est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers relativement aux formes, aux droits à percevoir et à la responsabilité ; en outre, les articles 2 à 7 de la loi du 28 mai 1858 sont applicables (1).

Quand un effet de commerce est donné en gage, il ne peut y avoir lieu à aucune vente faite dans l'une des formes qui viennent d'être indiquées. Le créancier gagiste peut le céder dans la forme ordinaire ou en toucher le montant à l'échéance en l'imputant jusqu'à due concurrence sur la créance garantie (art. 91, dern. al., C. com.). Du reste, bien que la loi ne le dise pas expressément, il est certain que le créancier gagiste peut aussi toucher le capital de la créance donnée en gage, même s'il ne s'agit point d'un effet de commerce (montant d'une action ou d'une obligation remboursable, d'une créance ne pouvant être donnée en gage que dans les formes de l'article 2075, C. civ.).

443. L'article 93, dern. alin., comme l'article 2078, C. civ., contient, relativement à la réalisation du gage, deux prohibitions : 1° Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage est nulle (*pacte commissoire*) ; 2° Est nulle aussi la clause autorisant la vente du gage en dehors des conditions prescrites par l'article 93 (sommation, observation du délai de huit jours après la signification faite au débiteur, vente aux enchères). Ces conditions sont très simples et le débiteur ne serait pas assez protégé si elles pouvaient être écartées.

444. L'article 2078, C. civ., donne au créancier gagiste non payé un autre droit que celui de faire vendre le gage : il peut se faire autoriser par le tribunal à garder le gage jusqu'à due concurrence. Le créancier gagiste a-t-il le même droit en matière commerciale ? On l'a nié, en faisant remarquer que l'article 93, dern. alin., ne reproduit pas sur ce point la disposition du Code civil. Il paraît plus juste d'admettre l'affirmative. Le Code de commerce n'ayant pas statué sur la question, il est conforme aux principes généraux de recourir, pour la résoudre, au Code civil (n° 13). Mais, à titre exceptionnel, le nantissement d'un

priseurs, V. Paris, 9 mai 1894, S. 1895. 2. 241 ; *Pand. fr.*, 1895. 2. 89 ; Cass., 5 janvier 1898, *Pand. fr.*, 1895. 1. 361.

(1) En ce qui concerne la vente aux enchères d'un fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909 se borne à disposer que le tribunal de commerce commet, pour y procéder, l'officier public qui dresse le cahier des charges. Cet officier public est-il un commissaire-priseur ou un notaire ? De nombreuses décisions judiciaires attribuent compétence au premier ou au second selon que les éléments matériels ou les éléments incorporels forment la partie principale. Cass., 25 juillet 1893, D. 1896. 1. 89. Mais, comme le fonds de commerce est considéré comme constituant un meuble incorporel, quel que soit le rapport existant entre les divers éléments qui le composent, on peut soutenir qu'un notaire est toujours compétent pour en opérer la vente aux enchères.

fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence (L. 17 mars 1909, art. 8, 2e alin.). On a pensé que ce droit pourrait avoir des inconvénients : la valeur d'un fonds de commerce peut être considérable et l'attribution au créancier gagiste après expertise ne présenterait pas, pour les divers intérêts en cause, autant de garantie que la vente aux enchères.

445. Du gage établi au profit de certains établissements de crédit. — Avant la loi du 23 mai 1863, des lois spéciales avaient dérogé, en faveur de certains établissements de crédit, aux règles du Code civil sur la constitution et sur la réalisation du gage. Malgré la loi de 1863, ces dispositions sont demeurées en vigueur et ont encore leur utilité : d'abord, quelques-unes simplifient les formes plus encore que la loi de 1863 ; ensuite, ces dispositions ayant été édictées plutôt dans l'intérêt des établissements de crédit que dans celui des emprunteurs, régissent même les prêts sur gage purement civils faits par ces établissements.

Les établissements ainsi placés en matière de gage dans une situation privilégiée sont notamment la *Banque de France* et le *Crédit foncier de France* (1).

446. La *Banque de France* est autorisée par ses statuts et par les lois ou décrets qui la régissent à faire des *avances* (ou prêts), soi *sur titres*, soit *sur lingots*.

Avances sur titres. — Les titres sur lesquels la Banque de France prête, sont : 1° les rentes sur l'Etat français et les différentes valeurs émises par le Trésor public (bons du Trésor et bons de liquidation) ; 2° les actions et obligations des chemins de fer français ; 3° les obligations des villes de France et des départements français ; 4° les actions et les obligations du Crédit foncier de France et de la Société algérienne ; 5° les obligations émises par les chambres de commerce ; 6° les bons de liquidation des canaux ; 7° les obligations émises par le gouvernement général de l'Indo-Chine ; 8° les obligations émises par le gouvernement général de l'Algérie. Le maximum des avances est des quatre cinquièmes de la valeur des titres donnés en gage d'après le cours de la veille au comptant (2). — La Banque de France n'admet à

(1) Des règles particulières ont été établies aussi par la loi du 25 juillet 1891, pour les avances sur titres au porteur que peut consentir le Mont-de-Piété de Paris. D'après l'article 14 de cette loi, l'extension de ces dispositions est possible au profit des monts-de-piété des départements. V. notre *Traité de Droit commercial*, III, n° 323 *bis*.

(2) Ce maximum est atteint pour les avances faites sur les rentes françaises,

titre de gage que des titres au porteur ou des titres nominatifs transférés à son nom, ce qui exclut le simple transfert de garantie (n° 438). Les prêts sont consentis pour 90 jours avec facilité de renouvellement. Il n'est pas consenti d'avance au-dessous de 250 francs.

L'emprunteur souscrit un engagement dont une copie reste entre ses mains. Cet acte contient l'obligation, de la part de l'emprunteur, de couvrir la Banque du montant de la baisse des titres engagés pour le cas où cette baisse atteindrait 10 pour 100. — Faute de remboursement par l'emprunteur, le lendemain même de l'échéance, sans qu'il soit besoin de mise en demeure ni d'aucune autre formalité, la Banque peut faire vendre à la Bourse tout ou partie des titres (Ordonnance du 15 juin 1834, art. 5).

Avances sur lingots. — La Banque de France fait aussi des avances sur les lingots d'or et d'argent et sur les monnaies étrangères. Le minimum de ces avances est de 10.000 francs.

447. Le *Crédit foncier de France* fait des avances sur les obligations émises par lui et sur les titres admis en garantie d'avances par la Banque de France. Le nantissement d'*obligations du Crédit foncier* est dispensé des formalités des articles 2074 et 2075, C. civ. ; le privilège de la société du Crédit foncier résulte de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans les mêmes formes que pour les avances faites par la Banque de France. Le Crédit foncier peut, à défaut de paiement, faire procéder le lendemain de l'échéance, sans mise en demeure ni aucune autre formalité, à la vente des titres qui lui ont été donnés en gage, par un agent de change. Mais ces dispositions de faveur ne s'appliquent pas aux prêts faits par le Crédit foncier sur des titres autres que les obligations émises par cet établissement.

448. *Avances sur titres consenties par les banques non privilégiées.* — Elles sont régies par le droit commun, ce qui entraîne une double dérogation aux règles qui viennent d'être exposées pour la Banque de France et le Crédit foncier. Les banques privées (1), d'une part, sont libres de prêter sur tels titres que bon leur semble et dans la proportion qu'elles fixent ; d'autre part, elles sont soumises aux dispositions ordinaires pour la constitution et la réalisation du gage ; il faut donc sur les bons et les obligations du Trésor ; mais les avances faites sur d'autres titres restent au-dessous (70 ou 60 p. 100).

(1) Parfois, on désigne sous le nom de banques *privées* les banques autres que les banques publiques (n° 750) et même que les banques importantes, appelées dans l'usage grands établissements de crédit (*Crédit Lyonnais, Banque de Paris et des Pays-Bas, Société Générale, Société industrielle*). Mais, à proprement parler, ces derniers sont des banques *privées*. Ce que nous disons au texte leur est applicable.

rechercher si le gage est civil ou commercial (n° 434) et appliquer, suivant les cas, soit les règles du Code civil (art. 2074, 2075 et 2078), soit les règles du Code de commerce (art. 91 et 93).

Les banquiers et établissements de crédit pratiquent librement les avances sur titres, parce que l'article 411, C. pén., qui punit la création et l'exploitation des maisons de prêts sur gage non autorisées, ne paraît pas applicable aux établissements qui prêtent sur gage de choses incorporelles (1). L'article 411, C. pén., a surtout pour but de protéger les monts-de-piété contre la concurrence, et, jusqu'à la loi du 25 juillet 1891, les monts-de-piété ne pouvaient faire des prêts que sur des choses mobilières corporelles (2).

2° Des magasins généraux, des warrants et des récépissés.

449. *Les magasins généraux*, désignés parfois sous le nom anglais de *docks* (3), sont de vastes locaux destinés à recevoir en dépôt des matières premières ou des marchandises fabriquées. Ils rendent au commerce de grands services. D'abord, ils permettent à des commerçants de faire des opérations ayant pour objet des marchandises encombrantes, sans être obligés d'avoir constamment la charge d'un loyer élevé ; il leur suffit d'avoir un simple bureau, et, s'ils paient des frais de magasinage, ce n'est qu'autant qu'ils ont des marchandises déposées et proportionnellement à l'importance de celles-ci. Cette utilité matérielle des magasins généraux n'est pas la seule. Ils facilitent singulièrement les transactions relatives aux marchandises qui y sont déposées ; le déposant reçoit un titre, au moyen duquel il peut, soit disposer de la marchandise au profit d'un acheteur, soit la donner en gage à un créancier, sans qu'il soit besoin d'un déplacement matériel, toujours onéreux. La matière des magasins généraux se rattache donc à la fois à celle de la vente et à celle du gage. V. n^os^ 452 et 454.

(1) Cass., 15 avril 1876, S. 1876. 1. 234 ; *J. Pal.*, 1876. 551 ; D. 1876. 1. 404 : *Pand. fr. chr.*

On a tiré de cette solution, rapprochée du caractère de chose incorporelle reconnu au fonds de commerce, une conséquence qui mérite d'être signalée ; la personne qui fait profession de prêter sur nantissement des fonds de commerce, ne commet pas le délit prévu et puni par l'article 411, C. pénal ; Trib. correct. de Lyon, 28 juin 1905, *Le Droit*, n° du 12 juillet 1905.

(2) V. notre *Traité de Droit commercial*, III, n° 323 *bis*.

(3) Le mot *dock* signifie littéralement, en anglais, bassin, parce qu'en Grande-Bretagne, les magasins généraux sont souvent dans des bassins qui se trouvent sur les bords des cours d'eau.

Il faut éviter de confondre, comme on le fait parfois, les *entrepôts* (n° 428) avec les *magasins généraux*. La confusion vient de ce qu'en fait, les mêmes locaux peuvent servir à la fois de magasins généraux et d'entrepôt de douanes ; mais il n'y a là rien de nécessaire.

450. Les magasins généraux, qui depuis longtemps se sont multipliés en *Grande-Bretagne*, en *Hollande*, et en *Allemagne*, ont tardé à devenir nombreux en France et n'ont occupé le législateur français qu'à partir de 1848. Aujourd'hui, la matière est régie par la loi du 28 mai 1858 qui est le texte fondamental, par le décret du 12 mars 1859 rendu pour l'exécution de la loi précédente et par une loi du 21 août 1870.

Nous traiterons successivement : 1° *Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux ;* 2° *De la création des magasins généraux, des droits et des obligations des propriétaires de ces magasins.*

A. — *Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux.*

451. Celui qui dépose des marchandises dans un magasin général reçoit deux titres détachés d'un registre à souche et réunis sur la même feuille de papier : 1° un *récépissé* énonçant les nom, profession et domicile du déposant, ainsi que la nature de la marchandise déposée et les indications propres à en établir l'identité et à en déterminer la valeur ; 2° un *warrant* ou bulletin de gage contenant les mêmes mentions que le récépissé (Loi du 28 mai 1858, art. 1, dern. al., et art. 2). Ces titres sont à ordre et, par suite, se transmettent au moyen d'un simple endossement. Suivant le but qu'il se propose, le déposant les endosse l'un et l'autre, sans les séparer, au profit de la même personne ou les sépare pour qu'ils puissent être transmis, après leur séparation, à deux personnes différentes. Il importe d'examiner les effets produits par l'endossement dans ces diverses hypothèses.

452. Endossement du récépissé et du warrant réunis. — Quand le déposant ne veut pas donner en gage les marchandises, mais a l'intention de conférer à un tiers le droit de disposer des marchandises comme il peut le faire lui-même, il endosse au profit de ce tiers les deux titres réunis. Il agit le plus souvent ainsi en exécution d'une vente et pour mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur (1) : il

(1) Il peut se faire aussi que l'endossement des deux titres réunis soit fait à un commissionnaire pour mettre à la disposition de celui-ci les marchandises du commettant que le commissionnaire est chargé de vendre.

opère par là une véritable livraison, puisque le directeur d'un magasin général ne doit remettre les marchandises qu'au porteur du récépissé ; ce directeur détient les marchandises pour le compte de l'acheteur qui en est le possesseur.

453. Le déposant (ou le tiers porteur des deux titres réunis) peut séparer le récépissé du warrant et endosser le *warrant* à une personne à laquelle il constitue les marchandises en gage. Il conserve le *récépissé*, afin de pouvoir, en endossant ce dernier titre, délivrer les marchandises spécialement à un acheteur, s'il trouve à les vendre. Le cas inverse (endossement du warrant à une personne après endossement du récépissé à un acheteur) ne peut pas se présenter ; car, on ne saurait donner en gage des marchandises qu'on a précédemment vendues et dont, par suite, on n'est plus propriétaire.

454. DROIT DU PORTEUR DU WARRANT SÉPARÉ DU RÉCÉPISSÉ. — L'endossement du warrant séparé du récépissé vaut constitution en gage des marchandises (art. 5, al. 2, loi du 28 mai 1858) Le gage a pour objet les marchandises mêmes représentées par le warrant, et la règle qui exige la mise en possession du créancier gagiste est observée : le magasin général est un *tiers convenu entre les parties*, qui détient les marchandises pour le compte du créancier auquel le warrant a été endossé (Cf. art. 2076, C. civ , 92, C. com., et plus haut, n° 440).

Le créancier, auquel le warrant a été remis, peut l'endosser à son tour et céder ainsi ses droits à son propre créancier ou à un banquier qui lui remet immédiatement le montant de la créance garantie (*escompte*) ; le warrant circule donc comme tout effet à ordre. V. n° 463.

L'endossement du warrant doit être daté ; il doit énoncer le montant en capital et intérêts de la créance garantie, la date de son échéance et les nom, profession et domicile du créancier (art. 5, loi de 1858). Il est, en général, ainsi conçu : *Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de* M..., *demeurant à. ., pour garantie de la somme de...*, *payable le...* (signature et date). Outre ces formalités prescrites pour tous les endossements d'un warrant, une formalité spéciale est exigée pour le premier endossement (art. 5, al 1) : *le premier cessionnaire du warrant doit immédiatement faire transcrire l'endossement sur la souche du registre du magasin général avec les énonciations que cet endossement contient, et le directeur du magasin général fait mention de cette transcription sur le warrant.* La transcription est une formalité de publicité ayant pour but de faire connaître aux tiers que les marchandises déposées ont été données en gage. Elle est spécialement utile pour le porteur du récépissé, auquel ce titre est transmis après le premier endossement du warrant (n° 456) ;

elle lui apprend quelle est la somme nécessaire pour dégager les marchandises à lui vendues (nos 452 et 464). Tant que la transcription n'a pas été opérée, le premier endossement est non avenu à l'égard des tiers ; par suite, les créanciers du déposant pourraient former une saisie-arrêt sur les marchandises, même après le premier endossement du warrant, tant que cet endossement n'a pas été transcrit. — Du reste, on a la faculté, sinon l'obligation, de faire transcrire sur les registres du magasin général les endossements postérieurs au premier (Décret de 1859, art. 12). Ces endossements produisent donc des effets complets indépendamment de toute transcription.

455. Le porteur d'un warrant a, comme tout créancier gagiste : 1° le droit de rétention ; 2° le droit de faire vendre les marchandises engagées ; 3° un privilège. L'exercice de ces droits est soumis à quelques règles spéciales. En outre, si le prix des marchandises n'est pas suffisant pour le désintéresser, le porteur du warrant a, en qualité de porteur d'un titre à ordre, un recours personnel contre le déposant et contre les autres endosseurs du titre.

456. Quand la dette à laquelle se rattache le warrant est payée par le déposant, le gage est éteint. Tout est terminé, si le déposant a gardé le récépissé ; il a alors repris la complète disposition de ses marchandises. Il peut se faire que le déposant, après avoir donné ses marchandises en gage, les ait vendues et qu'il ait endossé le récépissé à son acheteur (n° 453). C'était à l'acheteur à désintéresser le porteur du warrant, le montant de la dette garantie devant être imputé sur le prix. Le déposant, qui a dû payer, a donc un recours contre son acheteur (le porteur du récépissé) et, pour se payer, il peut faire procéder à la vente de la marchandise huit jours après l'échéance et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure (art. 7, al. 2, loi de 1858). Le porteur du récépissé doit savoir à quelle époque, par suite de l'échéance de la dette garantie, la vente des marchandises sera possible ; l'échéance lui est connue par le premier endossement du warrant qui a dû être transcrit et par une mention que, dans l'usage, on fait sur le récépissé.

457. Le droit de rétention du porteur du warrant est assuré par l'obligation où est le directeur du magasin général de ne se dessaisir des marchandises que s'il lui est justifié de l'acquittement de la dette garantie.

458. A défaut de paiement à l'échéance, le porteur du warrant a le droit de faire vendre les marchandises, sans avoir besoin d'une autorisation de justice et huit jours après le *protêt* ; ce dernier acte met le débiteur du warrant en demeure de payer et équivaut à la sommation prescrite avant la réalisation du gage commercial ordinaire (art. 93,

al. 1, C. com., et plus haut n° 441). Il y avait là, avant la loi du 23 mai 1863, une grande faveur faite au gage portant sur les marchandises déposées dans les magasins généraux.

La vente est opérée par des courtiers inscrits (L. 28 mai 1858, art. 7 et L. 18 juillet 1866, art. 4) ; elle se fait aux enchères, dans les formes prescrites pour les ventes en gros. Le minimum de la valeur des lots est de 100 francs, et peu importe que les marchandises n'entrent pas dans la nomenclature annexée à la loi du 28 mai 1858 sur les ventes en gros et au décret du 30 mai 1863. V. n° 431.

Le porteur du warrant est tenu, sous peine de déchéance de son recours contre les endosseurs (n° 462), de faire procéder à la vente dans le mois du protêt (L. de 1858, art. 9, al. 3). Il ne faut pas qu'en retardant indéfiniment la vente, il laisse les endosseurs du warrant sous le coup du recours qu'il a contre eux quand le prix des marchandises ne suffit pas pour le désintéresser. On peut, du reste, craindre que les cours ne baissent et que la vente ne puisse plus se faire dans de bonnes conditions.

459. Sur le prix de vente, le porteur du warrant peut exercer son privilège de créancier gagiste directement et sans formalités de justice (L. de 1858, art. 8, al. 1er). Le rang de ce privilège est meilleur que celui du créancier gagiste ordinaire. D'après l'article 8, al. 1er, de la loi du 28 mai 1858, les seuls privilèges qui passent avant lui sont : 1° ceux des contributions indirectes, des taxes d'octroi et des droits de douane *dus pour la marchandise*. Il y a là un avantage fait au porteur du warrant ; car les privilèges dont il s'agit sont généraux et, en principe, ils peuvent être exercés à l'encontre des créanciers gagistes même sur des choses autres que celles pour lesquelles les droits sont dûs ; 2° le privilège garantissant les frais de vente, de magasinage et autres, faits pour la conservation de la chose. Sur ce second point, le droit commun est confirmé ; car, les privilèges des frais de justice et des frais de conservation passent ordinairement avant celui du créancier gagiste. Mais, contrairement au droit commun (art. 2102-4°, C civ.), le créancier gagiste, alors même qu'il aurait su que le déposant devait encore le prix des marchandises à son vendeur, primerait celui-ci.

S'il reste un excédent après que le porteur du warrant a exercé son privilège sur le prix de vente des marchandises, cet excédent est remis au porteur du récépissé. Dans le cas où ce dernier ne se présente pas, l'excédent est consigné à l'administration du magasin général, qui en demeure responsable (L. de 1858, art. 8, al. 2).

460. Il peut arriver que les marchandises soient incendiées. Si le déposant a eu la précaution de les assurer, l'indemnité due par l'assureur n'est pas distribuée entre tous les créanciers ; mais le porteur du

warrant exerce sur elle le privilège qui lui appartient sur le prix (L. de 1858, art. 10). L'indemnité d'assurance est ainsi subrogée aux marchandises. Il y avait là, jusqu'à la loi du 19 février 1889, une faveur spéciale pour les porteurs de warrants, constituant une dérogation aux principes généraux de notre législation : l'indemnité d'assurance n'était pas considérée comme représentant la chose et, par suite, tous les créanciers venaient sur elle en concours sans que les créanciers privilégiés ou hypothécaires fussent admis à exercer sur elle leurs privilèges ou leurs hypothèques. La loi du 19 février 1889, dans son article 2, fait porter sur l'indemnité due en cas de perte d'un objet assuré les privilèges ou hypothèques existant sur cet objet ; l'article 10 de la loi de 1858 se trouve ainsi n'être plus qu'une application de la règle générale, au lieu de constituer une exception au droit commun.

461. Le plus souvent, le prix des marchandises vendues suffit pour désintéresser intégralement le porteur du warrant ; car, celui qui prête sur les marchandises déposées dans un magasin général ne le fait guère que pour une somme inférieure à leur valeur. Il peut en être autrement, ce qui arrive quand les marchandises subissent une détérioration ou une dépréciation imprévues. En pareil cas, le porteur du warrant a un recours contre l'emprunteur et contre les autres endosseurs qui sont garants envers lui. Ce recours augmente la sécurité du porteur du warrant; mais il n'est que *subsidiaire*, c'est-à-dire qu'il n'est possible qu'après que le porteur du warrant *a exercé ses droits sur la marchandise et en cas d'insuffisance* (art. 9, al 1er, L. de 1858). Il y a là une dérogation aux principes généraux, d'après lesquels le créancier gagiste peut, à son choix, faire vendre d'abord le gage ou les autres biens du débiteur. Du reste, ce n'est point une règle impérative et il pourrait être valablement convenu que le porteur du warrant aura, sans qu'il y ait vente préalable du gage, par cela seul qu'il ne sera pas payé à l'échéance, la faculté de recourir contre l'emprunteur et contre les endosseurs.

462. Comme le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, le porteur d'un warrant doit, sous peine de déchéance, exercer son recours en garantie dans un délai fixé par la loi et après avoir rempli certaines formalités qu'elle détermine. A cet égard, la loi du 28 mai 1858 (art. 9) renvoie aux articles 165 et suiv., C. com., qui statuent sur la question pour les lettres de change et les billets à ordre. D'après ces articles, le porteur d'un de ces effets de commerce, quand il n'est pas payé, doit faire dresser le protêt le lendemain de l'échéance ; il doit de plus notifier le protêt à celui des endosseurs par lequel il veut se faire rembourser et, à défaut de paiement, le faire citer en justice dans les 15 jours qui suivent la date du protêt, sauf les

augmentations de délai à raison des distances. V. nos 346 et suiv., 365 et suiv.

Le porteur du warrant, non payé par le déposant, doit aussi faire dresser le protêt; le renvoi fait par la loi de 1858 aux articles 165 et suiv., C. com., implique que le protêt doit être fait le lendemain de l'échéance. Seulement, le délai de quinzaine, dans lequel le porteur doit notifier le protêt et agir en justice, ne court pas du protêt ; il ne court que de la vente, par cela même que c'est seulement du jour où la marchandise est vendue qu'on peut savoir s'il y a lieu à un recours à raison de l'insuffisance du prix de la vente (L. de 1858, art. 9, al. 3). La durée du recours ne peut, du reste, pas être prolongée outre mesure par le retard apporté à la vente ; celle-ci doit être faite au plus tard dans le mois du protêt (art. 9, al. 2).

Si le protêt n'a pas été dressé le lendemain de l'échéance, ou s'il n'a pas été procédé à la vente dans le mois du protêt, ou si le recours n'a pas été exercé dans les délais qui viennent d'être indiqués, le porteur du warrant encourt une grave déchéance ; il perd son recours contre tous les endosseurs, à l'exception, toutefois, de l'emprunteur (art. 9). Autrement, ce dernier, qui a reçu la somme prêtée sans rien donner en retour, s'enrichirait au préjudice du porteur du warrant.

Celui des endosseurs qui rembourse le porteur du warrant lui est subrogé légalement (art. 1251-3°, C. civ.) ; il a les mêmes droits que lui, comme il est tenu des mêmes obligations au point de vue des délais à observer pour son recours contre les endosseurs précédents, V. art. 166, C. com.

463. Le warrant est, pour le déposant et pour tous ceux qui en deviennent porteurs par la suite, un moyen sérieux de crédit ; car, en endossant le warrant, ils constituent les marchandises en gage Aussi le porteur d'un warrant peut-il, avant l'échéance de la dette garantie, le faire escompter, c'est-à-dire obtenir d'un banquier auquel il l'endosse le paiement de la dette, sous déduction de l'intérêt de la somme due jusqu'à l'échéance. Les particuliers et les établissements de crédit privés peuvent subordonner l'escompte à telles conditions que bon leur semble ; il n'en est pas ainsi de la Banque de France ; elle ne peut escompter les effets de commerce que lorsqu'ils sont revêtus de trois signatures. Afin de favoriser les warrants, la loi de 1858 (art. 11) a décidé que les établissements publics de crédit peuvent les recevoir comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts. La Banque de France peut donc escompter des warrants revêtus de deux signatures seulement : la garantie résultant du privilège attaché au warrant remplace une signature. Du reste, il est de règle générale que, moyennant le transfert ou le dépôt en garantie,

soit d'actions de la Banque, soit de titres dont celle-ci dresse la liste, la Banque de France admet à l'escompte les effets revêtus de deux signatures seulement (n° 768).

464. DROITS DU PORTEUR DU RÉCÉPISSÉ SÉPARÉ DU WARRANT. — Lorsque le warrant a été endossé séparément du récépissé, le porteur de ce dernier titre est, soit le déposant lui-même quand il le conserve, soit un tiers porteur quand le déposant l'a endossé. L'endossement du récépissé est généralement ainsi conçu : *Livrez à l'ordre de M..... demeurant à....., le....*

Le porteur du récépissé séparé du warrant a le droit de disposer de la marchandise, mais il ne peut évidemment le faire qu'en respectant le droit de gage du porteur du warrant. Il doit donc, ou payer au porteur du warrant le montant de la créance garantie ou, si les marchandises sont vendues par le porteur du warrant, le laisser se payer, sur le prix, de ce qui est dû (L. de 1858, art. 4). Tant que le porteur du warrant n'a pas été désintéressé, le porteur du récépissé ne peut obliger le directeur du magasin général à lui livrer les marchandises.

On comprend que, dans une pareille situation, le porteur du récépissé trouverait difficilement à vendre les marchandises avant l'échéance de la dette à laquelle elles servent de gage. Afin que le droit de disposer des marchandises ne soit pas paralysé entre ses mains, le porteur du récépissé est investi du droit de payer la dette garantie avant qu'elle ne soit échue (L. de 1858, art. 6, al. 1er) ; il en est ainsi alors même qu'il s'agit d'une dette dans laquelle le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier. — Comment et à qui ce paiement anticipé est-il fait ? Il faut distinguer selon que le porteur du warrant est connu ou ne l'est pas. — Quand le porteur du warrant est connu, c'est à lui naturellement que le paiement est fait, et le porteur du récipissé doit chercher à s'entendre avec lui sur la déduction à opérer à raison du paiement anticipé. A défaut d'entente, le porteur du récépissé doit déposer à l'administration du magasin général le capital et *tous* les intérêts jusqu'à l'échéance. — Quand, au contraire, le porteur du warrant n'est pas connu (ce qui se présente lorsque le warrant a été endossé plusieurs fois et qu'il n'a pas été fait usage de la faculté de faire transcrire le dernier endossement sur le registre du magasin général (V. n° 454 *in fine*), la somme due, y compris les intérêts jusqu'à l'échéance, est aussi consignée à l'administration du magasin général qui en demeure responsable, et cette consignation libère la marchandise (art. 6, al. 2, L. de 1858). Le porteur du warrant n'a plus le droit d'agir que contre le magasin général.

Il résulte de tout ce qui a été dit ci-dessus que la personne, qui veut acheter des marchandises déposées dans un magasin général et qui doit,

par suite, devenir porteur du récépissé, a le plus grand intérêt à savoir si le warrant afférent à ces marchandises a déjà été endossé et pour quelle somme il l'a été. Elle en est avertie de plusieurs façons. D'abord, le seul fait que le récépissé lui est présenté séparément est un indice, la transcription du premier endossement vient à l'appui et fait connaître le montant de la dette garantie. Du reste, dans l'usage, la négociation du warrant et la somme pour laquelle elle a eu lieu sont mentionnées sur le récépissé (1).

B. — *De la création des magasins généraux, des droits et des obligations des propriétaires de magasins généraux*

465. A raison des avantages attachés à la constitution en gage de marchandises déposées dans les magasins généraux et de la responsabilité qui incombe aux propriétaires de ces établissements pour les marchandises qui leur sont déposées ou pour les sommes qui leur sont consignées (n° 464), le législateur français n'a pas admis que des magasins généraux pussent être créés librement. La loi de 1858 (art. 1er) exigeait, pour l'ouverture d'un magasin général, l'autorisation du gouvernement donnée après avis des chambres de commerce ou des chambres consultatives des arts et manufactures, et elle plaçait ces établissements sous la surveillance du gouvernement. La loi du 31 août 1870 (art. 1er) a facilité l'ouverture des magasins généraux, en transférant au préfet le droit d'autorisation. Les concessionnaires doivent fournir un cautionnement, qui peut varier de 20.000 à 100.000 francs ; c'est une garantie qui peut être utile, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du magasin général, quand il y a une responsabilité encourue ou quand la somme représentant en tout ou en partie les marchandises a été consignée. — Les magasins généraux antérieurs à la loi de 1870 (art. 7) peuvent se transformer pour se soumettre au régime qu'elle a créé. — L'autorisation est révocable quand les exploitants commettent quelque contravention ou quelque abus de nature à préjudicier gravement aux intérêts du commerce (art. 11, Décret du 12 mars 1859).

466. *Droits des propriétaires des magasins généraux.* — D'après la loi de 1858 (art. 1er, alin. 1er), les magasins généraux peuvent recevoir les matières premières, les marchandises et objets fabriqués que

(1) Le récépissé est soumis au droit de *timbre de dimension* dès sa création ; le warrant est soumis au timbre proportionnel de 5 centimes pour 100 francs, qui frappe, en général, les effets de commerce, mais seulement lorsqu'il est endossé

les négociants et industriels veulent y déposer. Un magasin général ne reçoit pas nécessairement des marchandises de toutes sortes : il en est souvent créé seulement pour une ou pour plusieurs espèces de marchandises.

467. Les magasins généraux peuvent ne pas se borner à recevoir en dépôt des marchandises ; ils peuvent aussi se charger de toutes les formalités à remplir à l'occasion, soit du transport, soit de l'exportation des marchandises déposées, accomplir les formalités de douane et d'octroi, de factage et de camionnage, faire les règlements de fret, faire assurer des marchandises, etc. (art. 4, Décret du 12 mars 1859). Jusqu'en 1870, il n'était pas permis aux concessionnaires de magasins généraux de prêter sur les marchandises déposées et de négocier les warrants qui les représentent. La loi du 31 août 1870 (art. 3) les a autorisés à faire ces opérations. Ainsi, le capital offert aux propriétaires de marchandises déposées est augmenté ; il y a simplification de l'opération pour le déposant, et l'espérance de plus amples bénéfices peut provoquer la création de nouveaux magasins.

468. *Obligations des propriétaires des magasins généraux.* — Le nombre des magasins généraux est restreint ; parfois, il y a un seul magasin général dans une portion assez étendue du territoire et l'autorisation nécessaire pour leur création leur donne une certaine attache officielle. Des établissements créés dans ces conditions ne doivent pas servir à favoriser certains commerçants au préjudice des autres. Aussi les exploitants sont-ils tenus de mettre leurs magasins, sans préférence ni faveur, à la disposition de toutes personnes ; les tarifs qui doivent être soumis au préfet et aux corps appelés à donner leur avis sur la création d'un magasin général, doivent s'appliquer sans distinction à tous les déposants (1). V. D. 12 mars 1859, art. 6 et 8.

469. A part ces obligations spéciales, les propriétaires de magasins généraux sont tenus d'obligations qui dérivent des principes généraux du droit.

Le concessionnaire d'un magasin général est un dépositaire salarié ; il répond donc des pertes ou des détériorations des marchandises arrivées par sa faute ou par celle de ses préposés (art. 1927 et 1928-2°, C. civ. ; Décret du 12 mars 1859, art. 3). — Obligé de retenir les marchandises pour le compte du porteur du warrant, le propriétaire d'un magasin général ne peut s'en dessaisir qu'après la consignation de la somme due et de ses intérêts (n° 464) ; sinon, il est responsable envers le porteur du warrant. Quand la vente des marchandises est opérée, le

(1) Il y a là des règles analogues à celles qui s'appliquent aux tarifs des chemins de fer. V. n° 553.

propriétaire du magasin général, sous peine d'être responsable envers le porteur du warrant et les administrations des contributions indirectes, de l'octroi et des douanes, ne doit pas délivrer les marchandises à l'acheteur, sans avoir obtenu la justification du paiement des droits dus à ces administrations financières et de la somme prêtée sur le warrant (Décret du 12 mars 1859, art. 18, al. 2).

Les récépissés et les warrants contiennent des indications relatives à la nature, au poids, à la quantité des marchandises déposées. Ainsi, il devient moins utile à chaque transmission de ces titres de procéder à une vérification. Les propriétaires de magasins généraux sont responsables du préjudice que peuvent causer les indications inexactes contenues dans les titres qu'ils délivrent.

APPENDICE

DES WARRANTS AGRICOLES (1).

469[1]. Le dépôt dans les magasins généraux et la constitution en gage de produits agricoles au moyen de warrants ne paraissent pas possibles en vertu de la loi du 28 mai 1858 ; cette loi (art. 1[er]) ne parle que du dépôt dans les magasins généraux *des matières premières, des marchandises et des objets fabriqués* par les NÉGOCIANTS et les INDUSTRIELS. Cependant, en fait, les agriculteurs ont parfois usé des magasins généraux, mais ils ne l'ont fait que d'une façon très restreinte. L'une des principales raisons en est que le transport des produits agricoles dans un lieu éloigné pour les déposer dans un magasin général est une source de frais. Comme le prêteur n'a que rarement des locaux suffisants pour recevoir des produits encombrants afin de satisfaire à la condition de la mise en possession (art. 2076, C. civ.), les agriculteurs n'ont, dans le passé, guère eu recours au crédit réel mobilier Afin de remédier à cette situation fâcheuse pour l'agriculture, la loi du 18 juillet 1898 qu'a remplacée la loi du 30 avril 1906, a permis de constituer en gage les produits agricoles, sans que ceux-ci soient remis au créancier gagiste ni déposés dans un magasin général. Cette constitution de gage se fait à l'aide d'un warrant endossé par l'emprunteur sous les conditions déterminées par la loi, alors que les produits engagés restent entre les mains de l'emprunteur.

Le fait que la possession est conservée par l'emprunteur a exigé des dispositions spéciales, et, à raison de ce fait, on peut dire qu'il y a plutôt là une hypothèque mobilière qu'un véritable gage (2).

Il va, du reste, de soi que la constitution en gage opérée au moyen

(1) L. 30 avril 1906. V. H. Watrin, *Les warrants agricoles ; Commentaire des lois nouvelles et décrets.* — Typaldo Bassia, *Les warrants agricoles, étude théorique et pratique, commentaire de la loi*).

(2) La même observation peut être faite, pour une raison identique, au sujet du gage des fonds de commerce. V. nos 440[1] et suiv.

d'un warrant agricole n'est pas un acte de commerce, par cela même que, d'ordinaire, les dettes des agriculteurs sont des dettes civiles.

Les warrants agricoles ne s'étaient pas beaucoup développés sous l'empire de la loi du 28 juillet 1898. On a cru que cela tenait, au moins en partie, aux défectuosités de cette loi. Aussi a-t-elle été abrogée et remplacée par une loi du 30 avril 1906 (1).

469[a]. Tout agriculteur, propriétaire, usufruitier ou simple fermier, peut emprunter sur les produits agricoles ou industriels provenant de son exploitation, qui ne sont pas immeubles par destination, y compris le sel marin et les animaux (2). Le bénéfice de la loi s'applique aussi aux ostréiculteurs (art. 18). L'emprunteur peut conserver la garde des choses sur lesquelles il emprunte, dans les bâtiments ou sur les terres de l'exploitation ou en confier le dépôt aux syndicats, comices et sociétés agricoles dont il est adhérent ou à des tiers convenus entre les parties (art. 1[er]) (3).

L'emprunt peut aussi être contracté par des sociétés coopératives agricoles sur les produits dont elles sont devenues propriétaires, lorsque les statuts ne s'y opposent pas (L. 30 avril 1906, art. 1[er], 2[e] alin.) (4).

Le gage constitué par un fermier peut nuire au bailleur en conférant au créancier gagiste un privilège qui prime le sien. Aussi le gage ne peut-il être constitué si le bailleur s'y oppose. La loi (art. 2) organise une procédure dont le but est d'aviser le bailleur auquel des fermages sont dus et de lui permettre de former opposition à la constitution de gage.

Mais, si le prêteur y consent et à la condition que l'emprunteur garde les produits warrantés dans les bâtiments ou sur les terres de l'exploitation, aucun avis n'est donné au bailleur et le consentement donné à cet égard par le prêteur est mentionné dans les clauses particulières du warrant. Dans ce cas, le privilège du bailleur subsiste sans restriction (L. 30 avril 1906, art. 2, av.-dern. alin.). Le bailleur peut aussi renoncer à son privilège jusqu'à concurrence de la dette garantie, en apposant sa signature sur le warrant (5).

(1) V., pour plus de détails, notre *Traité de Droit commercial*, III, n[os] 406 *bis* et suiv.

(2) La loi de 1898 (art. 1) n'admettait l'emprunt que sur certains produits agricoles limitativement déterminés et pas sur les animaux.

(3) La loi de 1898 n'appliquait pas le warrantage agricole au cas de remise des produits à des tiers.

(4) La loi de 1898 n'admettait pas les warrants de la part des sociétés coopératives agricoles.

(5) La loi de 1898 ne contenait pas ces dispositions.

469[3]. Le warrant agricole n'est pas toujours délivré dans les mêmes conditions.

Le greffier de la justice de paix du canton où se trouvent les objets à warranter est chargé par la loi d'inscrire sur les deux parties d'un registre à souche, d'après les déclarations de l'emprunteur, la nature, la quantité, la valeur et le lieu de la situation des objets engagés, le montant des sommes empruntées ainsi que les conditions arrêtées entre les parties (art. 3).

Le warrant agricole peut également être établi entre les parties elles-mêmes sans l'observation de ces formes. Dans ce cas, il n'est opposable aux tiers qu'après sa transcription au greffe de la justice de paix (art. 4).

Le warrant agricole est à ordre et, par suite, transmissible par endossement. L'endossement est daté et signé. Il énonce les noms, professions et domiciles des parties. Tous les signataires ou endosseurs sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (art. 10).

469[4]. Le porteur d'un warrant agricole a : 1° les droits d'un créancier gagiste à l'exception du droit de rétention, puisqu'il n'a pas la possession ; 2° les droits du porteur d'un titre à ordre.

Il importe que l'emprunteur conserve les produits engagés et ne compromette pas les droits du porteur du warrant, en transmettant ces produits à un tiers possesseur de bonne foi. Aussi l'emprunteur est responsable des produits (art. 2, dern. alin.), et les peines de l'abus de confiance sont prononcées contre l'emprunteur qui a détourné, dissipé ou volontairement détérioré, au préjudice de son créancier, le gage de celui-ci (art. 14). La même responsabilité civile et pénale pèse sur le dépositaire.

A défaut de paiement à l'échéance, le porteur d'un warrant agricole peut faire procéder par un officier ministériel à la vente publique aux enchères des produits engagés. L'emprunteur doit avoir reçu préalablement un avis par lettre recommandée, un protêt n'est pas exigé (art. 11, 1er alin.).

Le créancier est payé directement de sa créance sur le prix de la vente par privilège et préférence à tous créanciers, sans autre déduction que celle des contributions directes et des frais de vente et sans autre formalité qu'une ordonnance du juge de paix (art. 12).

Comme porteur d'un titre à ordre, le porteur d'un warrant agricole a un recours en garantie contre les endosseurs successifs. Mais ce recours ne peut être exercé qu'en cas d'insuffisance du prix des produits donnés en gage (art. 13).

La loi est favorable à la libération de l'emprunteur, qui lui fait recouvrer la libre disposition des produits engagés. Aussi la loi même

(art. 8, 2e al.) confère-t-elle à l'emprunteur le droit de rembourser le prêteur avant l'échéance. En cas de refus des offres par le porteur du warrant, le débiteur peut, pour se libérer, recourir aux formalités de la consignation (art. 1259, C. civ.). V. art. 8.

Les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants agricoles comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par les statuts. V. art. 9.

CHAPITRE IV

DE LA COMMISSION.

470. Les commerçants emploient souvent divers auxiliaires ou intermédiaires. Ce sont tantôt des personnes qui engagent leurs services d'une manière générale et se placent sous la dépendance d'un patron (*commis* ou *préposés*) ; tantôt des personnes qui, restant indépendantes, se chargent de faire, à titre professionnel, des opérations pour le compte d'autrui (*commissionnaires* ou *agents de change*), ou de rapprocher les intéressés (*courtiers*). Il sera traité des agents de change et des courtiers dans le chapitre VII, à propos des *Bourses de commerce*. Le présent chapitre est consacré aux *commissionnaires* et aux *commettants;* les seconds chargent les premiers de faire des opérations pour leur compte, et la *commission* est le contrat qui intervient entre eux. Un *appendice* contiendra quelques notions générales sur les *commis* ou *préposés* (nos 499 et suiv.).

1° De la nature et des caractères de la commission.

471. La commission est certainement une variété du mandat ; mais le Code de commerce, qui ne consacre à cette matière que les articles 94 et 95, n'indique pas ce qui la distingue du mandat. Il est essentiel, cependant, de le savoir ; car, à plusieurs points de vue, les règles ordinaires du mandat ne s'appliquent pas à la commission. Voici les différences : 1° Celui qui fait profession d'agir pour le compte d'autrui en qualité de commissionnaire est commerçant, et chacun des contrats de commission intervenant entre lui et ses commettants est un acte de commerce (art. 632 et n° 31). Au contraire, le mandat même salarié ne constitue pas un acte de commerce pour le mandataire, si ce n'est dans le cas où il peut être considéré comme un agent d'affaires (n° 29) ; 2° Le

mandat, à moins de convention contraire, est gratuit (art. 1986, C. civ.). La commission est salariée de sa nature, de telle sorte que, même en l'absence de toute convention, le commissionnaire peut réclamer une rémunération, dont l'usage des lieux peut servir à fixer le montant; 3° Le mandataire n'a, en principe, aucune garantie lui assurant le remboursement des sommes que le mandant peut lui devoir. Le commissionnaire a, au contraire, comme garantie du remboursement de ce qui lui est dû par son commettant, un privilège sur les marchandises qu'il vend pour le compte de celui-ci (n° 491).

472. Deux systèmes principaux ont été soutenus relativement au caractère distinctif de la commission. D'après un premier système, *le commissionnaire agit en son nom pour le compte de son commettant*, de telle sorte que c'est le commissionnaire qui devient créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il fait des opérations, sauf à régler avec le commettant, tandis que le *mandataire agit au nom du mandant*, qui devient directement créancier ou débiteur des tiers, comme s'il était intervenu en personne aux actes faits par son mandataire. Ainsi, c'est la manière dont le commissionnaire opère qui le distinguerait du mandataire, l'un et l'autre pouvant, du reste, faire, soit des actes de commerce, soit des opérations civiles. On se fonde dans cette opinion notamment sur l'article 94, qui, après avoir défini, dans l'alin. 1er, le commissionnaire : *celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant*, dispose, dans l'alin. 2, que, pour celui qui opère *au nom d'autrui*, *ses devoirs et ses droits sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII ;* ce titre du Code civil est celui *Du mandat*, ce qui implique, dit-on, qu'il s'agit là d'un *mandataire.*

Cette opinion n'est pas exacte. Le commissionnaire se distingue du mandataire par la nature des opérations dont il est chargé; il y a commission, quand l'acte à accomplir est un acte de commerce, qu'il soit fait au nom du commissionnaire ou du commettant; il y a mandat, quand l'acte à faire est une opération civile, que le mandataire agisse en son nom ou au nom du mandant. Seulement, en fait, pour des motifs expliqués plus bas (n° 463), celui qui se charge de faire des opérations de commerce pour autrui, agit presque toujours en son propre nom, de telle sorte que, dans l'usage, on dit souvent qu'une personne agit comme commissionnaire lorsqu'elle fait des opérations en son nom pour le compte d'autrui. Les textes du Code de commerce et du Code civil sont favorables à cette doctrine. D'un côté, l'article 94, al. 2, C. com., déclare que *les droits et les devoirs du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le Code civil ;* c'est donc là aussi un commissionnaire ; la loi même lui donne cette qualifi-

cation. D'un autre côté, le Code civil (art. 1997) suppose qu'un mandataire peut agir en son nom (1).

S'il est nécessaire que l'opération à faire soit un acte de commerce pour qu'il y ait commission, cela suffit-il? Ne faut-il pas, en outre, que celui qui agit pour autrui soit commerçant? On n'exige pas généralement cette condition supplémentaire. Nous croyons qu'elle doit être requise : il faut, selon nous, pour qu'il y ait commission, que la personne qui agit pour le compte d'autrui soit un commissionnaire de profession ou, tout au moins, un commerçant qui, à côté d'opérations faites pour son compte, en fait aussi pour autrui. Le Code de commerce (art. 632) range parmi les actes de commerce l'*entreprise* de commission. Celui qui se charge accidentellement de faire des opérations de commerce pour le compte d'autrui s'oblige donc par un contrat qui n'a rien de commercial pour lui (n° 32). Comment ce contrat purement civil serait-il un contrat de commission, c'est-à-dire un contrat régi par le Code de commerce? Sans doute, nous admettons que le commerçant qui, sans être commissionnaire de profession, se charge accidentellement d'opérations de commerce pour le compte d'autrui, conclut un contrat de commission ; mais cela tient à ce que la loi admet la commercialité de tous les actes se rattachant à l'exercice de la profession d'un commerçant. Du reste, aujourd'hui, il est peu de commerçants qui, selon les cas, ne fassent pas des opérations pour leur compte ou pour le compte d'autrui.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que l'on peut donner la définition suivante de la commission : *La commission est un contrat par lequel un commerçant s'oblige, moyennant une rémunération qu'une autre personne appelée commettant s'oblige à lui payer, à faire, pour le compte de ce commettant, soit en son nom, soit exceptionnellement au nom du commettant, une ou plusieurs opérations commerciales.*

473. Si le contrat de commission ne peut avoir pour objet que des opérations commerciales, du moins peut-il se rapporter aux actes de commerce les plus divers. Ainsi, l'on peut donner commission d'acheter, de vendre, de faire assurer un navire ou des marchandises à transporter par mer, de tirer une lettre de change, de traiter avec des voituriers pour faire transporter des marchandises, etc. Rien ne s'oppose à ce qu'une personne se charge de faire, en qualité de commissionnaire, toutes ces opérations ; mais, en fait, les commissionnaires

(1) Les précédents et les travaux préparatoires du Code de commerce peuvent aussi être invoqués en faveur de cette opinion. V. Locré, *Législation de la France*, XX, p. 97.

se spécialisent et il n'y a guère de personnes exerçant la commission à titre de profession que *les commissionnaires en marchandises et les commissionnaires de transports*. On appelle *commissionnaires en marchandises* ceux qui font profession d'acheter et de vendre des marchandises pour le compte d'autrui ; ces derniers, quand des marchandises leur sont déposées pour en opérer la vente, reçoivent souvent dans l'usage le nom de *consignataires*. Enfin, ceux qui se chargent de traiter avec des voituriers reçoivent le nom de *commissionnaires de transports*. V. art. 96 et suiv., C. com. Cf. nº 508.

A côté des règles générales régissant la commission, quel qu'en soit l'objet, il y a des règles spéciales à la commission en matière de *transports* ou d'*assurances maritimes* : il ne sera question dans ce chapitre que des règles générales. On supposera presque toujours que la commission a pour objet des achats ou des ventes ; c'est le cas le plus simple et le plus fréquent. Il sera traité de la commission de transport dans le chapitre suivant qui est relatif au contrat de transport (nºs 506 et suiv.).

474. On a pu dire de la commission qu'elle est l'instrument le plus actif du développement du commerce et de sa prospérité. Grâce à elle, un commerçant peut, sans se déplacer, faire des opérations dans des contrées lointaines et éviter ainsi des pertes de temps et d'argent. Le recours à des commis ou préposés (commis voyageurs ou autres) n'offre pas les mêmes avantages : ils reçoivent un salaire déterminé, qui leur est dû même quand ils ne parviennent à faire aucune opération, tandis que le commissionnaire reçoit une rémunération, calculée d'après l'importance des opérations qu'il conclut effectivement (nº 384). En outre, les commis, opérant au nom de leur patron, ne jouissent pas d'un crédit qui leur soit propre, mais seulement de celui de leur patron, parfois peu connu dans le lieu où se fait l'opération. Il en est autrement des commissionnaires, qui opèrent le plus souvent en leur nom, comme s'ils faisaient les opérations pour eux-mêmes.

En recourant à un commissionnaire, on arrive parfois à acheter des marchandises à meilleur marché que si l'on achetait soi-même. Le marchand de détail ne peut pas, en général, s'approvisionner chez le fabricant ; le commissionnaire achète en fabrique et le commettant paie ainsi moins cher que s'il devait s'adresser à un marchand en gros, qui réaliserait un bénéfice sur le prix de fabrique, bénéfice supérieur au droit de commission.

Les commissionnaires-vendeurs (c'est-à-dire chargés de vendre des marchandises) procurent aux commerçants de l'argent ou du crédit. Ainsi, un fabricant a produit une grande quantité de marchandises, il ne peut pas les écouler immédiatement, et, pourtant, il lui faut des capi-

taux pour continuer sa fabrication. Afin de se les procurer, il envoie tout ou partie de ses marchandises à un commissionnaire, en le chargeant de les vendre. Ce commissionnaire (ou consignataire) avance à son commettant les sommes dont il a besoin. Le commissionnaire ne court, en principe, aucun risque : car il a sur le prix des marchandises consignées un privilège qui lui garantit le remboursement de ses avances (nos 481 et suiv.). D'ailleurs, si le consignataire ne veut ou ne peut faire d'avances, il intervient, du moins, utilement pour procurer du crédit au commettant. En effet, le fabricant tirera sur le consignataire une lettre de change pour une somme équivalente au prix probable des marchandises, et le consignataire acceptera cette lettre de change qui, revêtue ainsi de deux signatures, sera facilement escomptée par le fabricant auprès d'un banquier. L'échéance de la lettre de change concordant à peu près avec l'époque vraisemblable du paiement du prix des marchandises à vendre, le commissionnaire n'aura pas, pour acquitter la lettre de change, à faire d'avances, ou n'en fera que pour un court laps de temps. Les avantages de la consignation expliquent qu'elle peut être pratiquée entre deux commerçants habitant sur la même place ; mais, en fait, elle n'a guère lieu, d'après les usages actuels, qu'entre commerçants de localités différentes et surtout de pays éloignés l'un de l'autre (1).

La manière habituelle, dont les commissionnaires opèrent, augmente l'avantage de leur entremise. Comme ils contractent presque toujours en leur nom, les tiers n'ont pas à s'inquiéter de la solvabilité du commettant, que souvent ils ne connaissent point. Celui-ci peut ainsi jouir, pour ses opérations, du crédit de son commissionnaire, qui est parfois plus grand que le sien, et il obtient pour ses spéculations un secret souvent nécessaire à leur réussite.

Il arrive, pourtant (mais c'est un cas rare), que les intéressés trouvent plus avantageux de faire agir le commissionnaire *au nom du commettant*. Cette manière d'opérer est utile quand le commettant jouit d'un plus grand crédit que le commissionnaire, quand le commettant a intérêt à faire savoir qu'il fait des opérations importantes, quand le commissionnaire ne veut pas, en s'engageant envers les tiers, faire des avances pour son commettant dont la solvabilité lui semble douteuse.

475. Il est tellement conforme à l'usage que le commissionnaire

(1) Les magasins généraux peuvent rendre, à ce point de vue, des services analogues à ceux que rend la consignation ; la marchandise, facilement donnée en gage au moyen du warrant, procure du crédit au déposant. V. nos 449 et suiv. Mais, de plus, le commissionnaire joue un rôle actif en cherchant à placer la marchandise.

agisse en son nom, qu'à moins de convention contraire l'on admet que le commissionnaire ne doit pas opérer au nom du commettant. Du reste, les règles qui régissent les rapports du commettant et du commissionnaire, sont les mêmes, de quelque façon qu'opère le commissionnaire ; la distinction n'a d'intérêt qu'au point de vue des règles applicables dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire d'un côté et les tiers qui ont traité avec le commissionnaire de l'autre (nos 485 et suiv.).

2° Des obligations du commissionnaire envers le commettant et du commissionnaire ducroire.

476. Les obligations du commissionnaire sont, en général, les mêmes que celles du mandataire : la nature des opérations à faire et les besoins du commerce ont seulement fait admettre quelques dérogations. Le commissionnaire est tenu de deux obligations principales ; il doit : 1° exécuter les opérations dont l'a chargé le commettant, en se conformant à ses ordres et en agissant comme un commerçant soigneux, au mieux des intérêts du commettant ; 2° rendre compte de l'opération accomplie. Les obligations du commissionnaire sont souvent augmentées par la convention *ducroire*

477. Obligation de se conformer aux ordres du commettant. La liberté laissée au commissionnaire varie beaucoup avec les circonstances. Le commettant désigne évidemment toujours la nature de l'opération à faire par le commissionnaire ; mais, quant aux conditions dans lesquelles cette opération doit être faite (prix, époque du paiement, etc.), le commettant, selon les cas, les indique avec précision ou s'en remet à l'appréciation du commissionnaire.

Lorsqu'il n'y a pas d'instructions précises sur les conditions de l'opération, le commissionnaire doit agir au mieux des intérêts du commettant ou, ainsi que nous le disions plus haut, comme le fait un commerçant soigneux. En cas de contestation, on doit se montrer sévère envers le commissionnaire à raison, à la fois, de ce qu'il reçoit une rémunération (art. 1992, C. civ.) et de ce que même, le plus souvent, il fait profession de conclure des opérations d'un certain genre pour le compte d'autrui.

Quand (ce qui est le cas ordinaire) le commettant a donné des instructions précises sur les conditions des opérations à faire, le commissionnaire doit s'y conformer. Autrement, le commettant peut ou laisser l'opération pour compte au commissionnaire ou, en la prenant pour lui, réclamer des dommages-intérêts.

478. Il importe de considérer spécialement le cas où le commissionnaire a acheté pour un prix supérieur au prix fixé par le commettant, celui où il a vendu à crédit, alors qu'il avait été chargé de vendre au comptant, et le cas inverse.

Lorsque le commissionnaire a acheté pour un prix supérieur au prix fixé par le commettant, il est évident que le commettant a le droit de refuser de prendre les marchandises au prix d'achat (n° 477). Mais le commissionnaire ne peut-il pas contraindre le commettant à les prendre, en consentant à supporter la différence entre le prix fixé et le prix réel de l'achat ? Ainsi, un commissionnaire a acheté 1.200 fr. des marchandises qu'il avait été chargé d'acheter pour 1.000 fr. Peut-il contraindre le commettant à les prendre pour 1.000 fr., en conservant à sa charge la différence de 200 francs ? Cette question était discutée entre les jurisconsultes romains à propos du mandat (*Institutes de Justinien*, livre III, titre X, § 16), et elle n'a pas cessé de l'être. On soutient que le commissionnaire ne peut contraindre son commettant à accepter les marchandises en prenant à sa charge la différence des prix. Autrement, dit-on, le commettant serait à la discrétion du commissionnaire ; car, le commettant ne peut l'obliger à lui livrer les marchandises pour le prix réel pour lequel elles ont été achetées. Le commissionnaire aurait ainsi la liberté, selon les variations des cours, de garder le bénéfice de l'opération pour lui ou d'en faire retomber, au moins pour partie, la perte sur son commettant. Cette opinion est d'une rigueur excessive, et elle avait succombé déjà dans le dernier état du Droit romain. Dès l'instant où le commissionnaire supporte la différence, le commettant ne souffre aucunement de ce que ses ordres ont été transgressés ; il est placé dans la même situation que s'ils avaient été exactement observés. On craint que le commissionnaire ne se laisse déterminer, selon son intérêt, à garder les marchandises pour lui (si les cours s'élèvent), ou à les faire prendre par le commettant, en supportant la différence entre le prix réel d'achat et le prix fixé par le commettant (si les cours baissent). On évite facilement cet inconvénient, en exigeant que le commissionnaire déclare, immédiatement après qu'il est prévenu de l'achat et du prix, ce qu'il entend faire. Il y a là pour les tribunaux une question d'appréciation.

479. Quand un commissionnaire a vendu à crédit, alors qu'il avait été chargé de vendre au comptant, le commettant qui entend ne pas ratifier, peut agir comme si ses ordres avaient été ponctuellement exécutés. Il peut donc, en faisant abstraction du terme accordé à l'acheteur, réclamer à son commissionnaire le paiement immédiat du prix : mais il serait injuste de permettre au commettant de réclamer une

somme supérieure à ce qu'aurait été le prix, si la vente avait été faite au comptant, ainsi qu'il le voulait. Les ventes à crédit se font d'ordinaire pour un prix plus élevé que les ventes au comptant ; il y a lieu de tenir compte de la différence.

A l'inverse, lorsqu'un commissionnaire chargé de vendre à crédit a vendu au comptant, le commettant peut, à la charge d'attendre l'époque qu'il avait fixée pour le paiement du prix, réclamer le prix des marchandises vendues à crédit, ordinairement supérieur à celui du comptant.

480. En règle générale, un commissionnaire fait avec un tiers l'opération dont il a été chargé. Ne peut-il pas se porter *contre-partie*, c'est-à-dire faire l'opération à son profit ou pour le compte d'un autre commettant dont il a reçu des ordres inverses (1) ? Ainsi, chargé par un commettant d'acheter des marchandises, peut-il vendre à celui-ci des marchandises qu'un autre commettant l'a chargé de vendre ou des marchandises qui lui appartiennent à lui-même ? Il paraît juste de décider que le commissionnaire ne peut pas, à moins de se faire autoriser par ses commettants, procéder de cette manière. Il serait à craindre que le commissionnaire ne sacrifiât l'intérêt de son commettant au sien propre, ou que, chargé d'intérêts contraires, il ne pût pas les défendre en même temps. On peut, du reste, dans ce sens, s'appuyer sur l'article 1596, C. civ., selon lequel le mandataire chargé de vendre ne peut pas acheter. Cf. anal. article 3, L. du 11 juin 1896 sur les mandataires et facteurs à la Halle de Paris.

Si le commissionnaire contrevenait à ces règles, l'opération pourrait lui être laissée pour compte, ce qu'on peut exprimer en disant que le commettant peut faire prononcer la nullité de l'opération à son égard (2) ; en outre, des dommages-intérêts pourraient être réclamés au commissionnaire.

Dans le cas où, avec l'autorisation de son commettant, il lui ferait application de marchandises lui appartenant à lui-même, il n'y aurait plus commission, mais achat ou vente : par suite, la rémunération ordinaire appelée droit de commission ne lui serait pas due (3). Ces

(1) Le commissionnaire qui se porte contre-partie, est souvent appelé *commissionnaire contre-partiste*.

(2) Cpr. Paris, 17 mars 1896, S. et *J. Pal.*, 1898. 2. 121 ; Cass., 29 avril 1902, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 209 (notes de M Albert Wahl) ; *Pand. fr.*, 1902. 1. 281.

La question de savoir si le commissionnaire peut se porter contre-partie du commettant se présente surtout en matière de valeurs mobilières pour les opérations faites par des intermédiaires autres que des agents de change, spécialement à Paris par les coulissiers. V. Albert Dreyfus, *Du contrat direct* (1905).

(3) Cette solution est contestée.

règles sont rarement appliquées ; le commettant ignore le plus souvent les circonstances dans lesquelles s'est faite l'opération.

481. Obligation de rendre compte. — Comme toute personne chargée d'agir dans l'intérêt d'autrui, le commissionnaire est tenu de rendre compte. Il ne peut réclamer, à moins de convention contraire (1), en dehors des sommes qu'il a réellement déboursées, que le droit de commission : ainsi, il ne saurait ni garder pour lui une partie du bénéfice résultant de l'opération, ni réclamer au commettant une somme supérieure à celle qui a été payée. Une pratique contraire serait frauduleuse et pourrait même être considérée comme constituant un abus de confiance (art. 408, C. pén.). En conséquence, un commissionnaire, chargé d'acheter, ne peut facturer à son commettant des marchandises pour un prix supérieur au prix réel d'achat. L'usage des *doubles factures* est frauduleux ; cette dénomination vient de ce que le commissionnaire, qui veut obtenir de son commettant un prix supérieur au prix véritable, se fait délivrer par le vendeur deux factures, l'une pour lui-même, indiquant le prix réellement payé, l'autre pour le commettant mentionnant un prix supérieur.

482. *Du commissionnaire ducroire.* — Le commissionnaire est responsable des fautes qu'il commet dans l'exécution des ordres du commettant. Ainsi, dans le cas où il vend à une personne notoirement insolvable, son commettant peut, à défaut de paiement, s'en prendre à lui. Mais le commissionnaire échappe à toute responsabilité quand l'inexécution du contrat conclu par lui ne provient aucunement de sa négligence. Ainsi, lorsque le commissionnaire a vendu à une personne parfaitement solvable, qui devient insolvable par la suite ou dont l'insolvabilité ne pouvait être aisément constatée, le commettant ne peut rien réclamer au commissionnaire.

On conçoit qu'un commettant veuille pouvoir à tout événement compter sur l'exécution du contrat conclu par le commissionnaire, encore qu'il n'y ait aucune faute à reprocher à celui-ci. Il peut, pour cela, faire une convention appelée convention de *ducroire* (des mots italiens *del credere*, qui signifient : avoir confiance). On appelle aussi *ducroire* ou *commissionnaire ducroire* le commissionnaire qui, en vertu de cette convention, s'est rendu garant de l'opération faite par lui. Enfin, le mot *ducroire* a un troisième sens : il sert à désigner le droit de commission dû dans ce cas et qui, généralement, est double du droit de commission ordinaire.

La convention de *ducroire* est surtout fréquente dans la commission

(1) Cette convention contraire est sous-entendue en matière de commission de transport. V. n° 508.

pour vendre : le commissionnaire vendeur se rend garant du paiement du prix, et le commettant peut lui en réclamer le montant, quelle que soit la cause pour laquelle l'acheteur ne paie pas. Mais la convention de *ducroire* peut s'appliquer à toutes les opérations : ainsi, le commissionnaire acheteur peut se rendre garant de la livraison des marchandises, de telle façon que, si elles ne sont pas livrées, le commettant peut agir contre son commissionnaire.

Le commissionnaire n'est, en général *ducroire*, qu'en vertu d'une convention expresse ou tacite se déduisant des circonstances. Mais une exception est apportée à cette règle par la loi elle-même (art. 99, C. com.) pour le commissionnaire de transport V. nº 518.

La convention de *ducroire* est une sorte d'assurance dans laquelle le commettant joue le rôle d'assuré et le commissionnaire, celui d'assureur ; il y a une chose assurée, la créance du commettant, une prime consistant dans le doublement du droit de commission. Mais l'assurance proprement dite suppose d'ordinaire une personne ou une société qui fait de nombreuses opérations d'assurances, tandis que la convention de *ducroire* intervient accidentellement entre un commissionnaire et un seul commettant. La convention de *ducroire* ressemble aussi à un cautionnement (1) ; il est vrai que le *ducroire* ne jouit pas, comme la caution, du bénéfice de discussion, qui, du reste, n'est pas de l'essence du cautionnement (art. 2021, C. civ.). En conséquence, dès que l'opération n'est pas exécutée, que, par exemple, le tiers acheteur ne paie pas le prix, le commettant peut en réclamer le montant au commissionnaire vendeur, sans que la discussion préalable du tiers acheteur soit nécessaire.

3º Obligations du commettant envers le commissionnaire.

483. Le commettant est tenu envers le commissionnaire : *a*) de payer le droit de commission ; *b*) de rembourser au commissionnaire ses frais et avances ; *c*) de l'indemniser des obligations contractées par lui dans les limites de ses pouvoirs ainsi que des pertes qu'il a éprouvées.

484. *Droit de commission.* — On appelle *droit de commission*, ou simplement *commission*, la rémunération payée par le commettant au

(1) Il n'y a qu'une ressemblance, surtout dans le cas où le commissionnaire fait en son nom l'acte dont il a été chargé par le commettant, car alors, le commettant n'a d'action que contre le commissionnaire et non contre le tiers avec lequel celui-ci a contracté (nº 487).

commissionnaire. Le montant en est fixé, soit par la convention des parties, soit par l'usage du lieu dans lequel l'opération doit être faite. Le plus souvent le droit de commission est de tant pour cent sur le montant de l'opération (du prix de vente ou d'achat, par exemple). Ce mode de fixation du droit de commission a, dans le cas de commission pour la vente, ce grand avantage que le commissionnaire a intérêt à vendre le plus cher possible.

En cas de convention de *ducroire* (n° 482), le droit de commission est le plus souvent porté au double de son taux ordinaire ; il est à la fois le salaire de la peine que s'est donnée le commissionnaire et la prime d'assurance ou le prix du risque qu'il supporte (*pretium periculi*).

4° Effets, a l'égard des tiers, des actes faits par le commissionnaire.

485. Lorsque l'opération a été faite par le commissionnaire, les tiers contractants ont-ils, soit pour créancier, soit pour débiteur, le commettant ou le commissionnaire ? Cette question se résoud différemment selon que le commissionnaire a agi au nom du commettant ou a agi en son nom propre. Ce second cas est de beaucoup le plus important ; le commissionnaire agit presque toujours en son nom (n° 374), et l'on doit admettre qu'il doit procéder de cette façon, dès qu'il n'en a pas été autrement convenu.

486. *Cas où le commissionnaire agit au nom du commettant.* — Tous les effets des actes faits par le commissionnaire se produisent directement dans la personne du commettant, comme si celui-ci y était réellement intervenu. C'est donc le commettant qui devient créancier ou débiteur des tiers contractants, sans que la créance ou la dette ait jamais résidé sur la tête du commissionnaire. On applique alors simplement les règles sur le mandat auxquelles renvoie l'article 94, al. 2, C. com. V. article 1998, C. civ.

487. *Cas où le commissionnaire agit en son nom.* — Dans ce cas, au contraire, les effets des actes se produisent dans la personne du commissionnaire : c'est lui qui devient créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il a contracté, comme s'il avait opéré pour son compte ; c'est donc lui qui peut réclamer le paiement du prix de la vente ou la livraison des marchandises. Il résulte de là que : *a*) les tiers créanciers souffrent de l'insolvabilité ou de la faillite du commissionnaire ; *b*) que la compensation légale a lieu entre les créances ou les dettes nées de

l'opération faite par le commissionnaire et les créances ou les dettes personnelles de ce dernier.

Toutefois, si le commettant n'a pas d'action directe contre les tiers, ni les tiers d'action directe contre le commettant, le commettant peut exercer contre les tiers débiteurs et les créanciers peuvent exercer contre le commettant les actions du commissionnaire. Comme il s'agit là de l'action *oblique* de l'article 1166, C. civ., les tiers qui agissent sont tenus de subir toutes les exceptions que le commettant pourrait opposer au commissionnaire ; de même, le commettant doit subir de la part des tiers les exceptions que ceux-ci pourraient opposer aux commissionnaire.

488. La règle, d'après laquelle les effets des actes du commissionnaire se produisent directement dans sa personne, comme s'il avait agi pour son compte personnel, n'est vrai que dans certaines limites. Elle est exacte par rapport aux tiers et toutes les fois que leur intérêt est en jeu ; mais, dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, ce qui a été fait par ce dernier est réputé l'avoir été par le commettant, et les droits du commettant sont les mêmes que si le commissionnaire avait agi au nom de celui-ci. Dès que les tiers sont désintéressés dans la question et que le commissionnaire lui-même n'a pas intérêt à ce qu'on tienne compte de ce qu'il a agi en son nom, le commettant doit être traité comme créancier ou débiteur des tiers avec lesquels le commissionnaire a contracté. Le commissionnaire ne peut pas se prévaloir, en principe, contre le commettant de ce qu'il a fait l'opération en son nom. Si le Code de commerce n'apporte pas expressément cette atténuation au principe, il contient, du moins, une disposition, celle de l'article 575, al. 2, C. com., qui la présuppose. Quand le commissionnaire vendeur tombe en faillite, si le principe était absolu, il faudrait décider que la créance du prix fait partie de l'actif de la faillite et profite, par suite, à tous les créanciers de la faillite. L'article 575, al. 2, écarte cette solution ; il admet que, lorsque le prix de la vente est encore dû lors de la faillite du commissionnaire, le commettant, quand même le contrat a été fait au nom du commissionnaire, peut *revendiquer le prix*, c'est-à-dire se faire payer directement par le tiers acheteur, à l'exclusion des autres créanciers de la faillite. En effet, les créanciers du commissionnaire failli ne sauraient avoir plus de droit que leur débiteur ; or, à l'égard de ce dernier (du commissionnaire), la créance du prix doit être considérée comme si elle avait été acquise directement par le commettant.

De la même idée résultent les conséquences suivantes : *a*) Quand le commissionnaire acheteur est déclaré en faillite avant la livraison des marchandises, le commettant peut en réclamer directement la livraison

au vendeur, de telle façon qu'elles n'entrent pas dans l'actif de la faillite; *b*) Si les marchandises achetées ont été livrées au commissionnaire, le commettant peut les revendiquer, pourvu qu'elles soient reconnaissables.

5° Garanties spéciales des droits du commettant et du commissionnaire.

489. Des garanties spéciales sont attachées aux droits qu'ont le commettant et le commissionnaire l'un contre l'autre. Les unes sont consacrées par des textes spéciaux formels, les autres résultent des principes généraux du droit.

490. Garantie des droits du commissionnaire. — Le commissionnaire fait souvent des déboursés pour son commettant ou même lui consent des avances ; il importe, dans l'intérêt du crédit, que le remboursement en soit assuré. C'est dans ce but que le Code de commerce (art. 95, modifié en 1863) accorde au commissionnaire un *privilège* ; en outre, il a un *droit de rétention*, un *droit de revendication*, et il jouit du bénéfice de la solidarité, quand il y a plusieurs commettants.

491. *Privilège du commissionnaire.* — Le mandataire n'a pas de privilège tenant à sa qualité pour les créances qu'il a contre le mandant, il ne peut avoir de privilège que lorsqu'il s'agit d'une créance privilégiée en vertu des dispositions générales de nos lois ; ainsi, il en a notamment un lorsqu'il a fait des frais pour la conservation d'un bien mobilier de son mandant (art. 2102-3°, C. civ.). Le commissionnaire est mieux traité, il jouit, à raison de sa qualité, d'un privilège particulier que lui accorde l'article 95, C. com. Les articles 93 à 95, C. com., relatifs à ce privilège, consacraient des règles qui étaient devenues gênantes ou qui ne concordaient pas avec les dispositions générales de la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial ; cette même loi a modifié les anciennes dispositions du Code en les réunissant dans l'article 95.

492. D'après une division traditionnelle, les privilèges mobiliers spéciaux sont de deux sortes, les uns sont fondés sur la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, les autres sur une constitution de gage expresse ou tacite. Le privilège du commissionnaire appartient à la seconde classe. La loi présume que, d'après la volonté probable des parties, le commettant a entendu constituer en gage à son commissionnaire les marchandises qu'il lui consigne, lui dépose ou lui expédie, afin d'assurer à ce dernier le remboursement de ses avances et de ses frais.

Au point de vue des conditions de l'existence du privilège, le Code de commerce, tel qu'il a été en vigueur jusqu'à la loi du 23 mai 1863, distinguait selon que les marchandises étaient ou non expédiées d'une place sur une autre. Dans le premier cas seul, le privilège existait de plein droit; dans le second cas, il fallait qu'on remplît les formalités des articles 2074 et 2075, C. civ. Cette distinction s'expliquait : les constitutions de gage, qui ont nécessairement pour effet d'avantager le créancier gagiste au détriment des autres, sont nulles ou peuvent être annulées, quand elles ont été consenties par le débiteur dans un certain délai avant le jugement déclaratif de faillite (art. 446 et 447, C. com.) Le législateur avait redouté qu'un commerçant, sur le point d'être déclaré en faillite, arrivât à tourner ces dispositions en remettant des marchandises à un commissionnaire. Cette fraude était possible quand le commettant et le commissionnaire habitaient dans le même lieu; elle ne l'était guère lorsque les marchandises étaient expédiées d'une place sur une autre; le fait matériel de l'expédition permettait de connaître la date réelle de la remise des marchandises. Mais cette distinction n'avait plus de raison d'être dès qu'on admettait, sans s'inquiéter des fraudes possibles, comme l'a fait la loi du 23 mai 1863, que le gage commercial peut se constituer sans écrit (art. 91 nouveau du Code de commerce et ci-dessus, n° 437). Il n'y avait pas de raison pour refuser la même faveur à la constitution tacite de gage, à laquelle se rattache le privilège du commissionnaire.

Conformément à la règle générale qui s'applique au gage commercial comme au gage civil (n° 440), il faut, pour être grevées du privilège, que les marchandises soient en la possession, c'est-à-dire à la disposition du créancier, ici du commissionnaire (art. 93, al. 2). Elles sont considérées comme étant à sa disposition, quand elles sont, soit *consignées*, soit *déposées*, soit *expédiées*. Il y a *consignation*, quand un commissionnaire a reçu des marchandises dans ses magasins avec mission de les vendre. Il y a *dépôt*, lorsque les marchandises ont été remises au commissionnaire pour qu'il les conserve, sans qu'il soit chargé d'en opérer la vente. Il suffit, du reste, que les marchandises soient expédiées au commissionnaire consignataire ou dépositaire; il y a *expédition*, quand les marchandises sont mises en route pour parvenir au destinataire et que le commissionnaire est nanti de la lettre de voiture, du récépissé ou du connaissement, qui lui en assure la délivrance lors de leur arrivée à destination.

493. Le privilège existe pour les *prêts*, *avances* ou *paiements* et pour les *frais* faits par le commissionnaire, ainsi que pour le *droit de commission* : il garantit aussi bien les intérêts que le capital de la créance privilégiée. Peu importe que les marchandises n'aient été expé-

diées qu'après que les avances ont été faites (art. 95, al. 1 et 3).

Le commissionnaire exerce le privilège, soit qu'étant consignataire, il ait été chargé de vendre, soit qu'étant simple dépositaire, il ait fait vendre pour se rembourser sur le prix. Seulement, dans le second cas, il doit faire procéder, comme tout créancier gagiste, à la vente aux enchères et elle n'est possible que huit jours après sommation faite à son commettant (art. 93, C. com.). Il en est de même, du reste, quand le commissionnaire ne trouvant pas à vendre à l'amiable dans les conditions fixées par le commettant, veut être remboursé de ses avances.

494. On s'accorde à reconnaître le privilège au profit du commissionnaire *vendeur ;* on l'a contesté au commissionnaire *acheteur*. On a fait observer dans ce sens que l'article 95, C. com., parle des marchandises *consignées*, *déposées*, *expédiées*, ce qui implique des marchandises confiées au commissionnaire par le commettant. Cette opinion a justement succombé devant les tribunaux ; l'article 95 emploie des expressions très générales ; il parle de *tout commissionnaire*. Sans doute, il n'y a pas à parler ici de marchandises *consignées* ou *déposées ;* mais rien n'empêche de parler de *marchandises expédiées*, quand le vendeur expédie les marchandises au commissionnaire. Du reste, les motifs qui ont fait créer le privilège, s'appliquent à la commission, quelque opération qu'elle ait pour l'objet. Le commissionnaire acheteur fait généralement plus d'avances que le commissionnaire vendeur, par cela même qu'il est obligé de payer le prix; il a droit à autant, si ce n'est plus de garantie.

495. *Droit de rétention.* — Le commissionnaire doit jouir d'un droit de rétention, si l'on reconnaît que ce droit existe, même en dehors des cas prévus par la loi, au profit de toute personne qui, en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, est tenue de restituer une chose qu'elle détient, et à raison de laquelle elle est créancière (*debitum cum re junctum*). Par suite, si le commettant réclame au commissionnaire les marchandises consignées ou déposées sans lui avoir remboursé ses avances et ses frais, le commissionnaire peut retenir les marchandises jusqu'au remboursement. De même, le commissionnaire-acheteur peut refuser de livrer les marchandises à son commettant, tant que celui-ci ne l'a pas remboursé.

496. *Droit de revendication.* — Le commissionnaire acheteur perd le droit de rétention, quand il a expédié les marchandises à son commettant. Il ne l'a point lorsque les marchandises sont expédiées directement au commettant par le tiers vendeur. N'y a-t-il pas, cependant, pour le commissionnaire, un moyen de rentrer ou de se faire mettre en possession des marchandises ? La négative est certaine une fois que les marchandises sont entrées dans les magasins du commettant. Mais,

tant qu'elles n'y sont pas entrées, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du commettant, le commissionnaire n'a-t-il pas le droit de revendication accordé par l'article 576, C. com., au vendeur non payé?. Bien qu'on l'ait contesté, il semble évident que ce droit doit lui être reconnu. Il est vrai qu'on ne saurait le fonder, en disant que le commissionnaire acheteur doit être considéré comme ayant revendu à son commettant les marchandises achetées par lui ; ces marchandises passent directement du tiers vendeur au commettant sans appartenir jamais au commissionnaire. Mais, si le commissionnaire n'a pas de son chef le droit de revendication, il l'a par voie de subrogation légale ; en effet, en payant le prix de la vente, il paie une dette dont il est tenu *pour* le commettant. Cf. art. 1251-3°, C. civ. Il va de soi, du reste, que cela est vrai seulement pour le cas où le commissionnaire a acheté en son nom. Lorsque le commissionnaire achète, au contraire, au nom du commettant, il ne peut être question de subrogation légale ; le commissionnaire, en payant le prix, acquitte une dette dont son commettant seul était tenu (n° 486). Mais le commissionnaire peut se faire subroger conventionnellement au vendeur en lui payant le prix (art. 1236 et 1249, C. civ.)

497. *Solidarité.* — La solidarité est admise par le Code civil (art. 2002) entre les mandants Elle doit être, par analogie, admise entre les commettants. Du reste, on sait que, d'après une règle consacrée par l'usage, la solidarité se présume en matière commerciale (n° 381).

498. GARANTIE DES DROITS DU COMMETTANT. — Le commettant a le droit de revendication que lui accordent les articles 574 et 575, C. com., en cas de faillite et de liquidation judiciaire du commissionnaire. La nature de ce droit et les conditions de son exercice seront exposées dans la quatrième partie de ce livre consacrée aux faillites et aux liquidations judiciaires (n°s 1199 et 1323). En outre, par cela même qu'en matière commerciale, la solidarité se présume (n° 381), les commissionnaires qui ont reçu ensemble l'ordre de faire une opération, sont de plein droit tenus solidairement envers leur commettant ; il en est autrement des comandataires (art. 1995, C. civ.).

APPENDICE AU CHAPITRE IV

DES PRÉPOSÉS (COMMIS, COMMIS VOYAGEURS, ETC.).

499. Les commerçants ont souvent des employés à leur service. Parmi ces employés, les uns font des travaux d'ordre intérieur (surveillance de la fabrication, arrangement des marchandises, tenue des livres, etc.); les autres sont chargés de faire des opérations commerciales pour le compte et au nom de leur patron. On peut désigner ces derniers sous le nom collectif de *préposés ;* d'après l'importance des actes qu'ils sont chargés de faire et les lieux où ils les font, on les désigne sous les noms variés de fondés de pouvoirs, commis, commis voyageurs, placiers, etc...

Le contrat par lequel les commis sont engagés participe à la fois du louage de services et du mandat. Dans le silence de nos lois sur ce contrat, on applique aux rapports entre patrons et commis les règles relatives au louage de services et au mandat ainsi que les usages.

500. Le préposé n'est pas commerçant; il fait bien des actes de commerce d'une façon habituelle, mais il les fait au nom d'autrui (n° 47, *b*). Quant au contrat intervenant entre le préposé et son patron, il a un caractère mixte. C'est un acte civil pour le préposé ; le louage de services n'est pas, en règle générale, un acte de commerce pour celui qui engage ses services (n° 26) et, en dehors des cas spécifiés par la loi, le mandat n'est pas commercial pour le mandataire (n° 32). Au contraire, le patron est obligé commercialement ; il y a là un contrat qui est conclu pour les besoins de son commerce : c'est le cas d'appliquer la *théorie de l'accessoire* (n° 38).

Il résulte de cette nature mixte du contrat que, contre le patron, la preuve peut s'en faire par tous les moyens, tandis que, contre le préposé, elle est soumise aux dispositions restrictives des articles 1341 et suiv., C. civ.

Les conseils de prud'hommes sont compétents, en vertu de la loi du 27 mars 1907 (art. 1er et 32, 2e alin.), pour connaître, dans le commerce et dans l'industrie, des contestations entre les patrons ou

leurs représentants et les employés quand le chiffre de la demande n'excède pas 1.000 francs (1).

501. Il est rare, à moins qu'il s'agisse de préposés placés à la tête d'un établissement ou d'une succursale (*fondés de pouvoirs*, *gérants*, *facteurs*), qu'une procuration écrite soit donnée. Aussi, en cas de contestation, en est-on réduit à rechercher, en s'attachant aux circonstances, s'il y a eu un mandat tacite. L'existence du mandat peut se déduire notamment de ce que le commis dont il s'agit fait depuis longtemps des opérations pour son patron, est porteur de prix-courants ou d'échantillons.

502. Les obligations du commis sont, en général, les mêmes que celles de tout mandataire et spécialement du commissionnaire. Seulement le commis, ayant engagé ses services à un patron, ne peut se charger d'agir pour un autre commerçant, fît-il un commerce tout différent, ni faire le commerce pour son propre compte.

503. Le patron est obligé de payer au commis un salaire qui est déterminé par la convention ou par les usages, et qui est généralement payable par mois. Ce salaire, le plus souvent, est fixe ; parfois, il est alloué au commis une part proportionnelle dans les bénéfices. Il a été dit précédemment que, même dans le second cas, le contrat qui lie le commis à son patron conserve le caractère de louage de services mélangé de mandat ; le commis n'est pas, même alors, un associé. Des conséquences importantes ont été déduites de cette idée générale (n° 112).

(1) Avant la loi du 27 mars 1907, aux termes de l'article 634, 1°, C. com., les tribunaux de commerce connaissaient des procès intentés par le patron contre son préposé, bien que le contrat ne soit pas commercial pour ce dernier. Le législateur avait estimé que les tribunaux de commerce, à raison de leur composition, étaient spécialement aptes à juger des procès de cette sorte. La jurisprudence admettait que l'employé pouvait, à son choix, actionner son patron devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. Il y avait là une application du système de la jurisprudence sur la compétence en matière d'actes civils pour une des parties et commerciaux pour l'autre, V. n° 1860. La disposition de l'article 634, 1°, C. com., est, semble-t-il, abrogée par la loi du 27 mars 1907 relative aux conseils de prud'hommes ; l'article 32, 2e alin., de cette loi dispose que *les différends entre les employés et leurs patrons sont de la compétence des tribunaux ordinaires* lorsque le chiffre de la demande excède mille francs, alors que, dans le cas contraire, les conseils des prud'hommes sont compétents. Mais cette solution est loin d'être unanimement admise. Aussi une proposition de loi déposée à la Chambre des Députés le 14 janvier 1909 a pour objet l'abrogation expresse de l'article 634, 1°, C. com.

V., sur la juridiction compétente soit dans les lieux où il n'y a pas de conseils de prud'hommes pour les employés, soit lorsqu'il s'agit d'une somme dépassant mille francs, nos 1365, 1402 et 1403.

L'action des commis en paiement de leurs salaires ou appointements se prescrit par cinq ans. L'article 2277, C. civ., soumet, en effet, à la prescription quinquennale, *tout ce qui est payable par année ou à termes périodiques plus courts.*

On ne saurait ranger les commis sous le nom de *gens de service.* Aussi ne peuvent-ils invoquer le privilège général accordé par l'article 2101-4°, C. civ., aux gens de service *pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante.* Mais, d'après l'article 549, C. com., en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de leur patron, les commis ont un privilège général ayant le même rang que celui de l'art. 2101-4°, C. civ., pour les salaires dus pour un temps dont l'article 549 indique le maximum. V. n° 1207.

504. Le contrat qui lie le patron et le commis l'un envers l'autre prend fin par des causes multiples.

D'après la règle générale de l'article 1780, C. civ., les commis ne peuvent pas s'engager à vie; leur engagement est contracté pour un temps fixe ou (ce qui est beaucoup plus fréquent) pour un temps indéterminé.

Il va de soi que, dans tous les cas, le contrat peut être résilié, soit par le consentement réciproque des parties (art. 1134, al. 2, C. civ.), soit par justice, quand l'une d'elles n'exécute pas ses obligations (art. 1184, C. civ.). Mais, en outre, le patron peut-il congédier son commis et le commis peut-il se retirer, quand bon leur semble (*ad nutum*) ? La législation a changé à cet égard depuis la loi du 27 décembre 1890, dont les dispositions ont été ajoutées à l'article 1780, C. civ.) (1). Avant cette loi, il était généralement reconnu qu'une distinction devait être faite entre l'engagement à durée limitée et l'engagement à durée illimitée. Quand la durée de l'engagement était fixée par le contrat, chaque partie était tenue de s'y conformer, à peine d'être condamnée envers l'autre à des dommages-intérêts. Quand (ce qui est le cas ordinaire) la durée du contrat n'avait pas été fixée par avance, chaque partie avait le droit de le résilier à sa volonté. La loi du 27 décembre 1890 consacre le principe, selon lequel le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes. Néanmoins, d'après cette loi, dont les dispositions sont insérées dans l'article 1780, C. civ., la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts (2). On a voulu ainsi protéger les ouvriers

(1) L'article 1780, C. civ., avant la loi de 1890, comprenait un seul alinéa disposant qu'*on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.*

(2) V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II (3e édit.), nos 1883 à 1890.

et les employés contre des congédiements brusques et nuisibles. Le législateur tient tellement à la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts contre celui qui résilie le contrat que, par crainte des clauses de style ou de renonciations trop fréquentes, il a prohibé les renonciations au droit d'en demander. Pour la fixation de l'indemnité à allouer, il doit être tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et, en général, de toutes les circonstances pouvant justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé (1).

Afin que les commis congédiés brusquement ne restent pas sans travail, ou que les patrons ne restent pas sans les employés qui leur sont nécessaires, les usages fixent un délai minimum durant lequel les commis doivent continuer à recevoir leurs salaires ou sont tenus de rester en fonctions, après qu'ils ont été congédiés ou qu'ils ont déclaré vouloir quitter la maison de leur patron (2). Quant à l'étendue de ce délai, les usages le fixent différemment selon les lieux et selon les genres de commerce. Les usages dont il s'agit avaient certainement plus d'importance avant la loi du 27 décembre 1890 qu'ils n'en ont depuis cette loi. Antérieurement, il fallait que ces usages eussent été violés pour qu'en cas de résiliation sans cause légitime par la volonté d'un contractant, des dommages-intérêts fussent dus. Aujourd'hui, il peut en être dû même quand ces usages ont été observés ; mais l'allocation de dommages-intérêts n'est alors que facultative pour les tribunaux, tandis qu'elle est obligatoire quand ils ont été violés.

505. Il va de soi que la mort du commis met fin au contrat et que ses obligations ne passent pas à ses héritiers ; à l'égard du commis, le contrat qui le lie à son patron a un caractère personnel. Il n'en est pas de même de la mort du patron, ni de la cession du fonds de commerce ; les services du commis ne sont pas personnels pour le patron comme ceux de certains domestiques ou des mandataires.

(1) Pour que les contestations relatives à ces dommages-intérêts soient vidées rapidement, il est prescrit de les instruire comme affaires sommaires, quand elles sont portées devant les tribunaux civils et les cours d'appel et de les juger d'urgence (Art. 1780, dern. al., C. civ.). Mais cette disposition est devenue sans application, sauf dans le cas où il s'agit d'une demande relative à une somme supérieure à 1.000 francs.

(2) C'est ce délai qu'on appelle souvent le *délai de prévenance*.

CHAPITRE V.

DU CONTRAT DE TRANSPORT.

506. Quand il s'agit d'opérer un transport d'un lieu dans un autre, il intervient nécessairement un contrat entre la personne qui veut faire transporter des marchandises ou se faire transporter elle-même et celui qui se charge d'effectuer le transport, c'est le *contrat de transport*. Cette dénomination très simple et très naturelle ne se trouve pourtant pas dans nos lois. Ce contrat est régi par le Code civil (art. 1782 et 1786), qui le considère comme une variété du louage d'ouvrage, et par le Code de commerce, qui s'en occupe dans le titre *du gage et des commissionnaires* (art. 96 et 108). Ces dispositions n'ont trait qu'au transport des marchandises (non à celui des personnes), en tant qu'il est opéré par terre ou par les eaux intérieures ; des règles spéciales sur le contrat de transport par mer, appelé *affrètement* ou *nolissement*, se trouvent dans les articles 273-310, C. com. Il ne sera question dans cet ouvrage que du transport des marchandises (1), et le présent chapitre laissera de côté le transport maritime, dont il sera parlé seulement dans la *troisième partie*, consacrée au commerce de mer (nos 917 et suiv.).

507. Le contrat de transport intervient entre l'*expéditeur* ou *chargeur* qui fait opérer le transport des marchandises et le *voiturier* qui s'engage à l'opérer. Il suppose le plus souvent l'existence d'une troisième personne, celle à laquelle les marchandises sont adressées ou destinées et qui est appelée *destinataire*. Parfois les deux qualités d'*expéditeur* et de *destinataire* sont réunies dans la même personne ; il en est ainsi quand une personne s'expédie à elle-même des marchandises dont elle a besoin dans un lieu différent de celui où elles se trouvent. Sauf dans ce dernier cas, le destinataire n'intervient pas au contrat de transport, mais l'expéditeur y stipule à son profit.

(1) V., sur le contrat de transport des personnes, notre *Traité de Droit commercial*, III, nos 700 à 719.

508. Les personnes qui ont des marchandises à faire transporter ne traitent pas toujours directement avec un voiturier ou un agent de transport ; elles s'adressent parfois à un commissionnaire qui se charge de traiter avec des voituriers pour le compte de l'expéditeur.

Le recours à un *commissionnaire de transport* peut être utile dans des circonstances diverses, spécialement lorsque les marchandises doivent passer entre les mains de plusieurs voituriers ; le commissionnaire de transport se met en rapport avec chacun d'eux. Cela se présente, par exemple, quand des marchandises doivent être transportées successivement par voie ferrée et par mer.

Le commissionnaire de transport et le voiturier sont tenus d'obligations presque identiques ; c'est ce qui explique que le Code de commerce ait réglé le contrat de transport dans le titre où il traite de la commission en général et de la commission de transport en particulier. Du reste, si l'on peut dire que le commissionnaire de transport est celui qui se charge de traiter avec des voituriers, tandis que le voiturier s'oblige à faire opérer le transport, du moins les qualités de commissionnaire de transport et de voiturier ne sont pas à beaucoup près toujours séparées. Il est même rare aujourd'hui qu'un commissionnaire de transport n'opère pas le transport par ses agents, au moins pour une partie du trajet. Cette réunion des deux qualités de commissionnaire de transport et de voiturier a lieu dans un cas très fréquent : lorsque des marchandises doivent, pour parvenir à destination, passer sur les réseaux de plusieurs compagnies de chemins de fer, chacune d'elles est *voiturier*, en tant qu'elle opère le transport sur ses propres lignes, et *commissionnaire de transport*, en tant qu'elle se charge de transmettre les marchandises aux compagnies subséquentes. La dernière compagnie, qui doit remettre les marchandises au destinataire, a seule le rôle de voiturier, sans être en même temps commissionnaire.

Dans l'usage, les commissionnaires de transport ne sont pas rémunérés par un droit de commission fixé à l'avance. Ils traitent à forfait avec l'expéditeur pour un prix déterminé et réalisent des bénéfices en payant aux voituriers qu'ils emploient un prix inférieur. Cela n'a rien de contraire au principe selon lequel le commissionnaire ne doit réclamer à son commettant que ce qu'il a payé pour l'opération (n° 481), car cette règle ne s'applique que sauf convention contraire. En matière de transport par chemins de fer, les commissionnaires de transport réalisent des bénéfices notamment en pratiquant ce qu'on appelle *le groupage*. Mais, dans leurs rapports entre elles, les compagnies de chemins de fer se rendent réciproquement le service de remplir l'une à l'égard de l'autre le rôle de commissionnaire : elles n'exigent pas, quand elles sont à la fois *voiturier* et *commissionnaire de transport*,

une rémunération plus élevée que lorsqu'elles n'ont que la première de ces qualités.

509. Le mot *voiturier* a, dans nos Codes (art. 105 et suiv., C. com.), un sens très large : il désigne tout agent de transport, individu ou compagnie, de quelque manière que le transport soit effectué. C'est en vertu de cette idée générale que les dispositions du Code de commerce sont appliquées, en principe, au transport par chemin de fer opéré par des sociétés (ou compagnies). Il faut, toutefois, remarquer que, pour cette dernière sorte de transport, il y a un assez grand nombre de règles spéciales et que des dispositions particulières sont admises pour le transport par mer (art. 273 à 310, C. com.).

Il sera traité successivement : 1° *De la nature et de la preuve du contrat de transport ;* 2° *Des obligations du voiturier ou du commissionnaire de transport ;* 3° *Des obligations de l'expéditeur ou du destinataire ;* 4° *De la prescription des actions nées du contrat de transport et de la fin de non-recevoir opposable aux actions en responsabilité contre le voiturier ;* 5° *Des principales règles particulières au transport des marchandises par chemins de fer.*

1° De la nature et de la preuve du contrat de transport.

510. Le contrat de transport est-il un acte de commerce ? Il y a à cet égard plusieurs distinctions à faire. *A l'égard de l'expéditeur*, le contrat n'a le caractère commercial qu'en vertu de la théorie de l'accessoire, c'est-à-dire qu'autant qu'il se rattache à l'exercice de son commerce (n° 38). Ainsi, il y a acte de commerce pour la personne qui fait transporter des marchandises qu'elle a fabriquées ou qu'elle a achetées pour les revendre ; il n'y a pas acte de commerce pour celui qui fait transporter les meubles de son appartement personnel ou pour l'agriculteur qui fait opérer le transport des fruits de sa récolte qu'il a vendus. *A l'égard du voiturier* même, le contrat n'est pas nécessairement commercial. Il a bien ce caractère dans le cas très fréquent où le voiturier est une personne ou une compagnie qui fait profession de transporter des personnes ou des marchandises et est, par suite, un *entrepreneur de transport* ; en effet, l'article 632, C. com., range parmi les actes de commerce l'*entreprise de transport*. Mais la personne qui se charge accidentellement d'opérer un transport ne fait pas acte de commerce (n° 28). Les dispositions du Code de commerce régissent l'*entrepreneur de transport* à l'exclusion de celui qui fait accidentellement un transport : ainsi, les articles 105 et 108, C. com.,

ne concernent, selon nous, que l'*entrepreneur de transport* (1).

511. Le contrat de transport, qui tient de la nature du dépôt et du louage d'ouvrage, est synallagmatique ; il crée des obligations pour l'expéditeur et pour le voiturier. Il est réel, en ce sens qu'il n'y a contrat de transport proprement dit qu'à partir du moment où les marchandises sont livrées au voiturier. Avant cette remise, le voiturier qui s'est engagé à faire le transport, est obligé valablement, mais il y a là seulement une promesse de transport.

512. PREUVE DU CONTRAT DE TRANSPORT. — Quand (ce qui est un cas très fréquent) le contrat de transport a le caractère d'acte de commerce pour les deux parties, la preuve peut s'en faire par tous les moyens, conformément à l'article 109, C. com. Afin d'éviter les difficultés, la loi prescrit au voiturier ou au commissionnaire de transport d'inscrire sur son livre-journal la déclaration de la nature et de la quantité des marchandises et, s'il en est requis, de leur valeur (art. 96, C. com., et art. 1785, C. civ.). Du reste, le plus souvent, dans l'usage il est dressé un écrit : c'était autrefois une *lettre de voiture*, c'est aujourd'hui presque toujours un *récépissé* (n° 515). Le Code de commerce ne s'est occupé que de la *lettre de voiture*, c'était le seul écrit employé en 1807.

513. *De la lettre de voiture.* — On désigne sous ce nom un écrit sous seing privé ayant la forme d'une lettre adressée par l'expéditeur au destinataire et indiquant les conditions du contrat de transport. L'article 102, C. com., énumère les énonciations qu'elle doit contenir et qui se réfèrent aux personnes intéressées, aux choses à transporter, aux conditions de transport.

La lettre de voiture mentionne :

a) Le nom et le domicile du voiturier, le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un ; le nom de celui à qui la marchandise est adressée. Il va de soi que, s'il n'y a pas de commissionnaire, il faut indiquer le nom de l'expéditeur qui, du reste, est nécessairement connu par cela même qu'il signe la lettre de voiture.

b) La nature, le poids ou la contenance des objets à transporter ; elle présente en marge la marque et les numéros de ces objets. Ces énonciations individualisent les marchandises et permettent au destinataire de reconnaître les marchandises qui lui sont adressées, malgré le grand nombre d'objets de la même espèce que transporte le voiturier.

(1) La solution est douteuse, par cela même que les articles 105 et 108, C. com., n'emploient pas l'expression d'*entrepreneur de transport*.
V. Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), n° 1148, *in fine*.

Elles servent aussi à déterminer le prix du transport, qui varie avec le poids et aussi quelquefois avec la nature des marchandises à transporter.

c) Le délai dans lequel le transport doit être effectué.

d) Le prix de la voiture, c'est-à-dire du transport. On indique si ce prix a été payé par l'expéditeur *(port payé)* ou s'il devra l'être seulement à l'arrivée par le destinataire *(port dû)*.

e) L'indemnité due pour cause de retard. Il s'agit là d'une clause pénale ayant pour but d'éviter les difficultés auxquelles peut donner lieu la fixation des dommages-intérêts dus pour retard.

La lettre de voiture est *datée et signée de l'expéditeur ou du commissionnaire*. La date sert, en général, à fixer le point de départ du délai accordé au voiturier pour le transport. La signature de l'expéditeur atteste que les conditions portées dans la lettre de voiture sont conformes aux conventions. La signature du voiturier n'est pas exigée. La forme même de cet écrit (lettre adressée par l'expéditeur au destinataire) n'implique pas que le voiturier y appose sa signature. Du reste, afin d'assurer d'une façon plus certaine la preuve du contrat de transport, la lettre de voiture doit être copiée sur un registre spécial (art. 102, *in fine*, C. com.).

La lettre de voiture peut n'être dressée qu'en un seul exemplaire. Elle est alors remise au voiturier, qui la livre à ses employés pour qu'elle voyage avec les marchandises et soit donnée au destinataire lors de leur arrivée. Mais souvent on dresse deux exemplaires dont l'un, signé de l'expéditeur, est remis au voiturier et dont l'autre, signé du voiturier, est gardé par l'expéditeur. On se borne parfois à faire une copie non signée de l'exemplaire unique ; on appelle alors l'original *bonne lettre de voiture* et la copie *fausse lettre de voiture*.

514. La lettre de voiture est utile à plusieurs points de vue :

1. Elle fait preuve du contrat de transport et de ses conditions. L'article 101 dit que la lettre de voiture *forme* le contrat. Cela ne signifie pas que l'existence ou la validité du contrat de transport est subordonnée à la confection d'une lettre de voiture : ce n'est assurément pas là un contrat solennel. Cette expression, de caractère purement pratique, veut dire que la lettre de voiture constate et prouve le contrat de transport.

A l'égard de qui fait-elle preuve? D'après l'article 101, *la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier*. Cette disposition vise à la fois le cas où le contrat a été conclu par l'expéditeur et le cas où il l'a été par l'intermédiaire d'un commissionnaire. Dans le premier cas, il va de soi que le contrat est prouvé entre l'expéditeur et le voiturier ;

il l'est aussi à l'égard du destinataire qui, agissant contre le voiturier, ne peut invoquer que la lettre de voiture, dans laquelle l'expéditeur a stipulé pour le destinataire. Dans le second cas, il va de soi que la lettre de voiture signée du commissionnaire fait preuve entre lui et le voiturier. Mais comment l'article 101 peut-il dire qu'elle fait preuve contre l'expéditeur qui, dans ce cas, est resté étranger au contrat de transport? Cela signifie que, si l'expéditeur agit contre le voiturier, les énonciations de la lettre de voiture signée de son commissionnaire lui sont opposables.

Quand la lettre de voiture ne contient pas toutes les énonciations qu'énumère l'article 102, C. com., elle fait preuve seulement quant aux énonciations y contenues et, pour les énonciations omises, il y a lieu de recourir à d'autres moyens de preuve.

2. La lettre de voiture sert d'instruction au voiturier et à ses agents. Par elle, ils savent quel prix de transport ils doivent réclamer au destinataire, lorsque l'expédition des marchandises n'a pas eu lieu *en port payé*; ils savent aussi dans quel délai le transport doit être opéré; ils peuvent vérifier en cours de route le nombre et la nature des marchandises. Quand il y a plusieurs voituriers successifs, elle indique à chacun la direction à donner aux marchandises.

3. La lettre de voiture, étant remise au destinataire, le met à même de connaître le prix du transport à payer, de savoir si les marchandises qui sont livrées sont bien celles que l'expéditeur lui a adressées, si les délais du transport ont bien été observés.

4. La lettre de voiture peut être très utile comme moyen de mettre les marchandises transportées à la disposition du destinataire ou d'autres personnes avant même qu'elles soient parvenues à destination.

Le voiturier est *détenteur* des marchandises pendant la durée du transport. Il les détient, soit pour le compte de l'expéditeur quand l'unique exemplaire de la lettre de voiture a été remis au voiturier, soit pour le compte du destinataire quand, le voiturier ayant reçu une *fausse lettre de voiture* ou un exemplaire, la bonne lettre de voiture ou un autre exemplaire a été transmis au destinataire. Dans ce dernier cas, c'est celui-ci qui a la possession des marchandises; car c'est à lui seul que le voiturier peut délivrer les marchandises. Ainsi, quand les marchandises ont été vendues, la remise à l'acheteur de la lettre de voiture y afférente vaut délivrance à son égard; et lui-même, s'il revend les marchandises, peut, en transmettant à son tour la lettre de voiture à son acheteur, en faire la délivrance. La lettre de voiture permet donc de vendre des marchandises au cours du transport, en assurant à l'acheteur que lui seul pourra se faire remettre les marchandises par le voiturier. — En vertu de la même idée générale, les

marchandises transportées peuvent être valablement constituées en gage au moyen de la transmission de la lettre de voiture au créancier gagiste. Il est ainsi satisfait à la condition de la mise en possession du créancier gagiste (art. 92, C. com., et art. 2076, C. civ.). V. n° 440.

Le mode de transmission de la lettre de voiture dépend de la forme même de ce titre. Il y a lieu de remplir les formalités de l'article 1690, C. civ., à l'égard du voiturier, si elle est à personne dénommée ; elle se transmet par voie d'endossement, quand elle est à ordre, ou par la simple tradition, quand elle est au porteur.

515. *Du récépissé.* — L'usage de la lettre de voiture est devenu très rare (1) ; on ne s'en sert plus guère dans les transports par chemins de fer. Généralement, elle est remplacée par une *déclaration d'expédition* que signe l'expéditeur et par un écrit, le récépissé, signé de l'entrepreneur de transport, constatant qu'il a reçu les marchandises de l'expéditeur et relatant, comme le fait la lettre de voiture, les conditions du contrat de transport. Les deux parties ont ainsi à leur disposition une preuve du contrat intervenu.

La forme et le mode de délivrance des récépissés n'ont été réglés par la loi qu'en ce qui concerne les transports par chemins de fer. D'après l'article 49, dern. alin., *du cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général,* la compagnie de chemins de fer qui reçoit des marchandises à transporter doit en délivrer un récépissé, à moins que l'expéditeur ne réclame une lettre de voiture. D'après la loi du 13 mai 1863 (art. 10), le récépissé énonce la nature, le poids et la désignation des colis, les noms et l'adresse du destinataire, le prix total du transport et le délai dans lequel il doit être effectué. Le récépissé est détaché d'un livre à souche. Un double du récépissé doit accompagner l'expédition pour être remis au destinataire, l'autre est destiné à l'expéditeur.

Le récépissé a, en général, la même utilité que la lettre de voiture. Ainsi, il prouve le contrat de transport, il donne des instructions au voiturier, des indications au destinataire ; enfin, l'expéditeur ou le destinataire peut, à l'aide du récépissé, transférer la possession des marchandises, pendant qu'elles sont en cours de route, à des acheteurs ou à un créancier gagiste.

Le récépissé correspond, à peu près, par sa forme, au *connaissement* usité dans le transport maritime (*affrètement*). On désigne sous ce nom

(1) Une lettre de voiture est, toutefois, exigée pour les transports des marchandises faits dans les conditions de la Convention pour le transport international des marchandises par chemins de fer. V. n° 564.

la reconnaissance délivrée par le capitaine d'un navire auquel sont remises les marchandises dont il se charge (C. com., art. 222). V. nos 920 et 925.

En fait, le connaissement rend plus de services, au point de vue de la vente et de la constitution en gage des marchandises en cours de transport, que la lettre de voiture ou le récépissé. Cela tient à deux causes. D'abord, les récépissés ne sont ni à ordre ni au porteur. Puis, les transports par mer sont généralement de plus longue durée que les transports par terre. Ceux-ci se font le plus souvent aujourd'hui si rapidement, qu'il ne peut guère intervenir, pendant le cours du transport, de ventes ou de constitutions de gage relativement aux marchandises transportées.

2° Des obligations du voiturier ou du commissionnaire envers l'expéditeur ou le destinataire.

516. Le voiturier est tenu de transporter les marchandises dans les délais convenus, de veiller durant le transport à leur conservation et de les remettre au destinataire. Aussi est-il responsable envers les intéressés du préjudice résultant du manquement à l'une de ces obligations.

517. La responsabilité du voiturier a lieu dans trois cas, en cas de *perte*, d'*avaries*, de *retard* (art. 103 et 104, C. com.).

La perte peut être totale ou partielle. Il y a *perte* dans le sens légal, non seulement quand il est prouvé que les marchandises ont réellement péri, mais encore toutes les fois que le voiturier ne prouve pas qu'il les a remises au destinataire. C'est au voiturier à prouver la remise des marchandises, car, en cas de contestation, un débiteur doit prouver qu'il est libéré (art. 1302 et 1315, C. civ.). Le plus souvent, pour avoir entre les mains la preuve de sa libération, l'entrepreneur de transport (il en est spécialement ainsi des compagnies de chemins de fer) fait apposer par le destinataire sa signature sur un registre ; c'est ce qu'on appelle un *émargement*. La perte peut être *totale* ou *partielle* ; elle a ce dernier caractère lorsqu'il y a des *manquants*.

Il y a *avaries*, lorsque, sans qu'il y ait des *manquants*, les marchandises ont subi des détériorations. Enfin il y a *retard*, lorsque les marchandises ne sont pas parvenues au destinataire dans les délais convenus.

518. Le commissionnaire de transport est responsable dans les mêmes cas que le voiturier (art. 97 et 98, C. com.). Seulement, pour

que sa responsabilité soit engagée, il n'est-pas nécessaire que la perte, les avaries ou le retard se soient produits alors que les marchandises étaient entre ses mains. Le commissionnaire de transport est, en effet, garant des faits des voituriers et commissionnaires intermédiaires auxquels il adresse les marchandises (art. 97 et 99, C. com.) ; il ne saurait alléguer qu'il a choisi les agents intermédiaires avec le plus grand soin. Le commissionnaire de transport est donc de plein droit un *commissionnaire ducroire* (n° 482). Il en est ainsi alors même qu'il a dû recourir nécessairement à un voiturier déterminé (1) ; le Code ne distingue pas.

519. La responsabilité des voituriers ou des commissionnaires de transport commence au moment même où leurs agents reçoivent les marchandises. L'article 1783 consacre cette règle en disposant qu'*ils répondent non seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.*

520. La responsabilité des voituriers et des commissionnaires de transport est écartée par suite de trois causes, *le cas fortuit* ou *de force majeure, la faute de l'expéditeur, le vice propre des marchandises* (art. 97, 98, 103, 104 et 107, C. com.; art. 1784 et 1148, C. civ.).

Il y a *cas fortuit* ou de *force majeure*, lorsque la perte, l'avarie, le retard est dû à une cause indépendante du fait du voiturier et des personnes dont il répond (inondation, chute de la foudre, amoncellement des neiges, etc...) (2).

Il y a *faute de l'expéditeur*, quand la perte ou l'avarie provient d'une négligence de sa part. Cela se présente notamment lorsque l'emballage est défectueux, que les bouteilles de liquide sont mal bouchées, etc. Il serait injuste de faire supporter alors la perte ou les avaries au voiturier. Cette solution n'est consacrée expressément par aucun texte, elle résulte des principes généraux du droit.

Le *vice propre* consiste, soit dans un défaut des marchandises, soit dans une cause tenant à leur nature même, qui entraîne la perte ou la détérioration, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au voiturier. Il y a vice propre notamment quand les liquides coulent, quand les graines s'échauffent, etc.

521. Lorsque, pour échapper à la responsabilité, le voiturier allègue un cas fortuit ou de force majeure, le vice propre, la faute de l'expédi-

(1) Le cas se présente lorsque des marchandises doivent être transportées dans une localité située sur une ligne ferrée et sont confiées à une compagnie de laquelle ne dépend pas cette ligne et qui aura à les remettre à une compagnie subséquente.

(2) V., sur le cas fortuit en matière de transports, Thaller, *op. cit.*, n° 1148.

teur, il doit en faire la preuve. Il n'y a pas là de solution rigoureuse, spéciale au contrat de transport, mais une application des principes du droit commun : c'est au débiteur qui prétend être libéré à prouver la cause de sa libération (art. 1147, 1302, 1315, alin. 2, C. civ.). Il résulte de là que le voiturier est responsable, non seulement quand il y a eu faute de sa part, mais encore quand on ne parvient pas à trouver la cause de la perte, des avaries ou du retard.

522. Les dispositions relatives à la responsabilité ne concernent que les rapports entre l'expéditeur et le destinataire d'un côté et le voiturier ou le commissionnaire de transport de l'autre. Elles ne touchent en rien à la question de savoir qui, de l'expéditeur ou du destinataire, supporte les risques. La solution à donner à cette question dépend de la nature des relations qui existent entre ces deux personnes. Ainsi, dans le cas fréquent où l'expéditeur a vendu au destinataire les marchandises transportées, il y a lieu d'appliquer les règles sur les risques dans la vente. V. art. 100, C. com., et nos 405 et suiv.

523. *Conséquences de la responsabilité. Dommages-intérêts.* — Le voiturier et le commissionnaire responsables doivent payer des dommages-intérêts. Comment sont-ils calculés ?

Un principe fondamental en cette matière, c'est qu'il ne peut y avoir lieu à dommages-intérêts que s'il y a eu un préjudice souffert. Cela s'applique spécialement en cas de retard ; si le retard n'a pas causé de préjudice, il n'y a pas lieu à indemnité. La preuve du préjudice peut être difficile à faire. Aussi, pour se soustraire à toute difficulté, stipule-t-on parfois dans la lettre de voiture une clause pénale consistant, pour le cas de retard, dans une réduction d'une portion, par exemple, du tiers du prix du transport. Les compagnies de chemins de fer n'admettent pas, en général, de clause pénale.

Les dommages-intérêts se déterminent conformément aux règles contenues dans les articles 1149 à 1151, C. civ., de telle sorte qu'ils comprennent, en cas de perte, la valeur des marchandises et le bénéfice dont l'expéditeur ou le destinataire a été privé par cette perte.

Au lieu de réclamer une indemnité, les intéressés peuvent *laisser pour compte* les marchandises au voiturier, soit lorsque les avaries les rendent tout à fait impropres à l'usage auquel elles étaient destinées; soit lorsque, par suite du retard, le but que se proposaient les intéressés ne peut plus être atteint. Cela se présente notamment quand, par suite d'un retard, des objets de mode parviennent à destination après l'expiration de la saison où ils auraient pu être vendus ou employés.

524. *Clauses exclusives ou restrictives de la responsabilité.* — La responsabilité du voiturier ou du commissionnaire de transport peut-elle être écartée ou restreinte par des conventions expresses ?

Un commissionnaire de transport peut s'exonérer par une stipulation expresse de sa responsabilité quant au fait des voituriers qu'il emploie. La légalité de cette stipulation est consacrée par l'article 98, C. com., d'après lequel le commissionnaire est garant des avaries ou pertes des marchandises et effets, *s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture.*

Mais la loi défend au voiturier de stipuler qu'il ne sera pas responsable.

Une loi du 17 mars 1905 a, en effet, ajouté à l'article 103, C. com., une disposition qui déclare nulles les clauses de non-responsabilité. L'article 103, C. com., complété par cette loi, est ainsi conçu :

Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors les cas de force majeure.

Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle (Disposition ajoutée par la loi du 17 mars 1905).

La nullité des clauses de non-responsabilité a été admise dans un but de protection pour les expéditeurs et les destinataires. On a pensé que ces clauses sont contraires à l'ordre public, à raison du danger qu'elles offrent d'encourager la négligence du voiturier, en lui garantissant l'impunité (1).

Pour bien comprendre la portée de la prohibition et le changement apporté à la législation antérieure par la nouvelle disposition de l'article 103, C. com., il est indispensable de rappeler comment étaient traitées les clauses de non-responsabilité avant la loi du 17 mars 1905.

Antérieurement à cette loi, aucune disposition légale ne s'était occupée des clauses de non-responsabilité dans le contrat de transport. Des difficultés se présentaient sur la validité et les effets de ces clauses. Elles s'élevaient surtout à propos des transports par chemins de fer, parce qu'un grand nombre de tarifs spéciaux, ou tarifs à prix réduit, des chemins de fer (n° 559) contenaient une clause de non-responsabilité ; les tribunaux avaient été appelés à se prononcer et la jurisprudence, après avoir changé en 1874, s'était depuis lors définitivement fixée.

Les tribunaux avaient commencé par admettre la nullité des clauses de non-responsabilité comme contraires aux principes généraux du droit et par leur refuser tout effet. Mais, depuis 1874, une jurisprudence

(1) V. note 2 de la page 403.

constante (1) reconnut que ces clauses qui auraient été nulles, si elles avaient été prises à la lettre, devaient être entendues en ce sens spécial que les règles sur le fardeau de la preuve étaient, en cas de perte ou d'avaries, renversées, de telle sorte que ce n'était pas au voiturier à prouver le cas fortuit ou de force majeure, mais au demandeur en dommages-intérêts (expéditeur ou destinataire) à prouver la faute du voiturier.

Cette jurisprudence était très critiquable à plusieurs points de vue. D'abord, il était douteux que, dans le silence de la loi, les clauses de non-responsabilité fussent illicites comme contraires aux principes généraux du droit (2). Puis, même en admettant la nullité de ces clauses, cette jurisprudence les dénaturait ; leur but était d'écarter la responsabilité du voiturier, non de modifier simplement les règles sur le fardeau de la preuve. On substituait à la convention des parties une convention toute différente.

Les commerçants se plaignaient, du reste, vivement de ce que la difficulté de la preuve de la faute du voiturier était si grande pour les expéditeurs et les destinataires, à raison de ce qu'ils n'accompagnent pas les marchandises, que, dans la plupart des cas, le résultat était le même que si les clauses de non-responsabilité eussent été reconnues valables comme excluant la responsabilité du voiturier.

C'est pour faire droit à ces critiques que la loi du 17 mars 1905 a décidé l'insertion dans l'article 103, C. com., d'une disposition qui déclare nulles les clauses de non-responsabilité. Il résulte avec certitude de l'historique de la question et des explications données lors de la discussion de la loi nouvelle que le législateur a entendu déclarer nulles aussi bien les clauses mettant la preuve à la charge de l'expéditeur ou du voiturier que les clauses excluant la responsabilité du voiturier. En fait, la nouvelle loi n'était indispensable que pour les premières, les seules dont la jurisprudence admettait la validité.

525. Mais il n'y a aucun doute sur la validité de la clause qui, sans

(1) Cass., 5 février 1874, S. 1874. 1. 173 ; *J. Pal.*, 1874. 678 ; 25 octobre 1887, D. 1888. 1. 81 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 175.

(2) On alléguait qu'il est contraire aux principes généraux du droit de convenir par avance qu'on ne sera pas responsable de ses fautes. Mais, en réalité, tout ce qui est exact, c'est que les principes généraux mettent obstacle à ce qu'une personne convienne par avance qu'elle ne répondra pas de ses actes frauduleux et de ses fautes lourdes assimilées au dol. Mais aucun principe de droit ne nous paraît s'opposer à ce qu'une personne s'exonère par avance de ses fautes légères. Ce qui le prouve, c'est que, dans les assurances, spécialement dans l'assurance contre l'incendie, l'assureur répond des dommages provenant des fautes légères de l'assuré, ce qui, en définitive, entraîne pratiquement l'exclusion de la responsabilité de l'assuré.

exclure la responsabilité du voiturier, ni changer les règles du Code civil et du Code de commerce sur le fardeau de la preuve, limite par avance le montant des dommages-intérêts, qui seront dus en cas de perte ou d'avaries (1), en les fixant, par exemple, à tant par kilogramme : il y a là une clause pénale licite (art. 1229, C. civ.). Le Code de commerce (art. 102) l'admet expressément pour le cas de retard, et il n'y a pas de raison de la déclarer illicite pour les autres cas de responsabilité. Il va de soi que cette clause, comme la clause de non-responsabilité, ne peut pas recevoir d'application en cas de fraude ou de faute lourde.

526. *A qui appartient l'action en responsabilité?* — Le droit d'agir contre le voiturier ou contre le commissionnaire de transport appartient à l'expéditeur ou au destinataire. L'expéditeur tire directement son droit du contrat dans lequel il a été partie ; le droit du destinataire provient de ce que l'expéditeur, en contractant avec le voiturier, a stipulé au profit du destinataire (art. 1121, C. civ.). Il va de soi que le voiturier ne peut pas être actionné successivement par l'expéditeur et le destinataire; dès qu'il a payé une indemnité à l'un, il est libéré envers l'autre.

527. *Contre qui l'action en responsabilité peut-elle être exercée?* — Cette question doit être posée à raison de ce que plusieurs voituriers ou commissionnaires peuvent coopérer au transport. Deux cas sont à distinguer :

Il se peut que l'expéditeur traite lui-même successivement avec plusieurs voituriers, ou, ce qui revient au même, que les marchandises soient remises dans un lieu intermédiaire à une personne qui se charge de leur faire continuer le voyage en contractant avec un autre voiturier; alors il y a autant de contrats de transport distincts que de voituriers. — Ce cas est assez rare. Le plus souvent, l'expéditeur conclut un contrat de transport unique avec un voiturier ou un commissionnaire de transport, et, pour que les marchandises soient rendues à destination, il faut qu'elles passent par les mains de plusieurs voituriers ou commissionnaires de transport. Cela se présente dans les transports par voie ferrée, lorsque le lieu de destination n'est pas situé sur l'une des lignes de la compagnie de départ. Dans les cas de ce genre, des questions diverses se posent.

528. L'expéditeur ou le destinataire (il n'y a pas de distinction à faire) peut agir contre le premier voiturier qui, en qualité de commis-

(1) Trib. civ. Seine (7e ch.), 8 juillet 1909, *Le Droit*, nos des 9 et 10 août 1909.

sionnaire de transport, répond des faits des voituriers subséquents (art. 99, C. com.). Aussi le premier voiturier ne saurait-il se soustraire à la responsabilité, en prouvant la faute de l'un des autres voituriers ; le seul effet de cette preuve est de lui permettre de recourir contre celui des agents intermédiaires qui a commis la faute.

Les intéressés n'en sont pas réduits à agir contre le premier voiturier. Ils peuvent aussi actionner, s'ils le préfèrent, soit l'un des voituriers intermédiaires, soit le dernier (le destinataire, pour éviter les dérangements et les frais, agit souvent contre celui-ci). D'après les principes généraux de la commission, le commettant, qui est ici l'expéditeur, peut agir directement contre les tiers qui ont contracté avec le commissionnaire, dès l'instant où cela ne cause pas de préjudice à ceux-ci. V. nº 488.

529. Si tous ceux qui ont participé au transport peuvent, en principe, être actionnés en responsabilité par l'expéditeur ou le destinataire, ce n'est pas à dire que les mêmes règles s'appliquent au point de vue de la preuve, quel que soit le défendeur. Voici, selon nous, quelles solutions doivent être admises.

a) Il est hors de doute que le premier voiturier doit être traité comme s'il avait été seul chargé du transport ; il est réputé avoir reçu les marchandises en bon état, car il avait à la rigueur la possibilité de les vérifier. C'est à lui à prouver le fait qu'il allègue pour échapper à la responsabilité, mais il ne saurait utilement prétendre dans ce but qu'il y a eu faute d'un des agents intermédiaires, puisqu'il répond de ceux-ci (nº 528).

b) Les voituriers intermédiaires sont aussi réputés avoir reçu les marchandises en bon état, lorsque l'action en responsabilité est exercée à raison d'avaries apparentes. Mais, pour les avaries non apparentes, cette présomption serait inique. Les agents intermédiaires, à la différence du premier voiturier, ne peuvent pas, en fait, procéder à une vérification ; il est même à désirer, pour la célérité des transports, qu'ils ne tentent pas d'y procéder. En conséquence, lorsqu'il s'agit d'avaries non apparentes, le demandeur doit prouver, sinon, comme le décident des arrêts, que les avaries se sont produites alors que les marchandises étaient entre les mains du voiturier actionné, du moins que celui-ci les a reçues en bon état du voiturier précédent.

Quand il est établi que les marchandises ont été reçues en bon état, c'est au voiturier intermédiaire actionné à prouver le cas fortuit qu'il allègue. Il est même admis qu'il échappe à toute responsabilité en prouvant que l'avarie s'est produite entre les mains d'un voiturier subséquent. Il serait bien rigoureux d'argumenter ici de ce que le défendeur est commissionnaire et répond des fautes des voituriers posté-

rieurs. A la différence du premier voiturier, un voiturier intermédiaire n'a pas contracté directement avec l'expéditeur ; il serait d'une dureté excessive de le traiter comme *ducroire*.

c) Ce qui vient d'être dit s'applique, en principe, assurément au dernier voiturier comme aux voituriers intermédiaires. Toutefois, une difficulté s'est élevée dans le cas très fréquent où le dernier voiturier se fait payer par le destinataire le prix intégral du transport. On a soutenu (et des arrêts ont admis cette doctrine) que le dernier voiturier, en recevant le prix, a manifesté la volonté de prendre la place des voituriers intermédiaires et ne peut pas, par suite, échapper à la responsabilité, en prouvant qu'il y a eu faute de l'un de ceux-ci. C'est une fausse doctrine. Selon nous, le dernier voiturier ne doit jamais être traité autrement que l'un des agents intermédiaires du transport ; il n'a pas la qualité de commissionnaire et il n'a pu, plus que ceux-ci, vérifier les marchandises et constater les avaries intérieures. En réclamant le prix intégral du transport, il ne fait qu'obéir à la nécessité ; chargé de remettre les marchandises au destinataire, c'est à lui à encaisser ce prix. Du reste, il pourrait être parfois très difficile de déterminer la portion du prix du transport devant revenir personnellement au dernier voiturier.

d) Il résulte de tout ce qui a été dit précédemment que souvent l'action en responsabilité est intentée avec succès contre un voiturier qui n'a commis aucune faute ; cela peut se présenter surtout pour le premier voiturier. Celui-ci a un recours contre ceux qui ont coopéré avec lui au transport ; au point de vue de la preuve, il semble juste d'appliquer les mêmes règles entre les voituriers que dans les rapports entre l'expéditeur et les voituriers intermédiaires.

e) Souvent l'on ne peut arriver à déterminer quel est le voiturier qui a commis la faute. Aussi, en prévision de ces cas, les compagnies de chemins de fer français ont adopté des dispositions qui, sous le nom de *règles à suivre*, déterminent notamment comment se répartissent alors les dommages-intérêts entre les différentes compagnies.

530. DES CAUSES D'EXTINCTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ. — La responsabilité du voiturier est lourde. En outre, après un certain délai, il peut être très difficile de connaître exactement la cause de la perte, des avaries ou du retard, et de savoir notamment si les avaries se sont ou non produites avant l'arrivée des marchandises à destination. Afin d'atténuer la responsabilité du voiturier et d'éviter les difficultés de preuve, le Code de commerce avait admis, pour l'action en responsabilité, une fin de non-recevoir spéciale (art. 105) et une prescription très courte (art. 108). L'ancien article 105 était ainsi conçu :

La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier. Il y avait donc là une fin de non-recevoir absolue, fondée sur cette présomption que le destinataire, en recevant les marchandises et en payant le prix du transport, avait implicitement reconnu n'avoir aucune réclamation à former contre le voiturier. Cette présomption pouvait s'expliquer alors que le destinataire avait, en recevant les marchandises, la possibilité de les examiner avant de payer le prix du transport. L'établissement des chemins de fer a changé les anciennes habitudes : le paiement est exigé au moment de la remise des marchandises ; le destinataire n'a pas le plus souvent la possibilité matérielle de vérifier, surtout s'il s'agit d'*avaries intérieures* ou *non apparentes* : la raison d'être de la présomption pouvait donc faire défaut dans bien des cas. Le commerce fit entendre de nombreuses et vives réclamations ; dès 1881, le gouvernement saisit la Chambre des députés d'un projet de loi qui, après diverses modifications et de longues discussions dans les deux Chambres, est devenu la loi du 11 avril 1888. Cette loi a modifié l'article 105. Comme on le verra plus loin, cette loi a aussi modifié l'article 108, qui réglait la prescription des actions contre le voiturier ; il y a un lien intime entre les deux dispositions qui règlent l'extinction des actions nées du contrat de transport. On avait signalé des lacunes et des obscurités dans l'article 108 ; de plus, aucune prescription légale n'était édictée en ce qui concerne les actions du voiturier contre l'expéditeur ou le destinataire, qui étaient dès lors soumises à la prescription de trente ans. Le nouvel article 108 ne s'occupe plus seulement des actions contre le voiturier, mais des diverses actions nées du contrat de transport ; aussi en sera-t-il traité dans un paragraphe spécial (nos 544 et suiv.).

En édictant les nouveaux articles 105 et 108, le législateur de 1888 a eu surtout en vue les transports par chemins de fer, qui sont de beaucoup les plus importants et les plus nombreux ; cependant, ces articles ont une portée générale et doivent s'appliquer, quel que soit le mode de transport, du moment que ce n'est pas un transport maritime (1).

531. Fin de non-recevoir de l'article 105. — Voici les termes du nouvel article :

La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle, si, dans les trois jours, non compris les jours fériés, qui

(1) Voir, sur l'ensemble de la loi du 11 avril 1888, un article de Ch. Lyon-Caen dans le journal *Le Droit*, n° du 9 décembre 1888.

suivent celui de cette réception et de ce paiement, le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, sa protestation motivée. — Toutes stipulations contraires sont nulles et de nul effet. Cette dernière disposition n'est pas applicable aux transports internationaux.

Il y a une double différence entre cette disposition et celle de l'ancien article : 1° la fin de non-recevoir n'éteint plus *toutes actions contre le voiturier* ; 2° elle suppose, en outre, une condition en sus de la réception des marchandises et du paiement du prix du transport.

532. La fin de non-recevoir ne s'applique qu'aux actions *pour avarie ou perte partielle*. Les autres actions que le destinataire peut avoir à intenter contre le voiturier y échappent donc et tombent seulement sous le coup de la prescription : cela comprend notamment les actions *pour retard* et les actions *en détaxe*. L'application de l'ancien article 105 au cas où le destinataire se plaignait d'un retard, ne pouvait soulever de difficulté en présence des termes absolus de la loi (toute action). Pour motiver un changement, on a fait remarquer qu'en matière de transport par chemins de fer, le calcul des délais est souvent assez compliqué (1) et ne peut être fait facilement par le destinataire avant le paiement du prix du transport ; du reste, il n'est pas à craindre en cas de retard que le préjudice allégué ait une cause postérieure à la livraison.

Les actions en détaxe sont intentées contre une compagnie de chemins de fer lorsqu'on prétend qu'elle a perçu un prix supérieur au prix fixé par le tarif qui fait la loi des parties (n° 554). Malgré les termes absolus de l'article 105, on avait soutenu que la fin de non-recevoir ne pouvait être opposée à ces actions ; toute difficulté disparaît par suite du nouveau texte : les actions en détaxe échappent à la fin de non-recevoir de l'article 105.

La fin de non recevoir, dont les conditions vont être indiquées, s'applique aux actions pour *avarie* ou *perte partielle*, sans distinction suivant le caractère apparent ou occulte de l'avarie. Cela doit être remarqué ; car, les réclamations relatives à l'ancien article 105 s'étaient élevées surtout pour les avaries occultes et on aurait pu, dès lors, concevoir que la réforme fût limitée à ces avaries.

Il convient encore d'observer que cette fin de non-recevoir ne concerne que les rapports du voiturier avec le destinataire ou l'expéditeur.

(1) Cela est surtout vrai quand plusieurs compagnies coopèrent au transport par chemin de fer. Le délai total comprend des délais particuliers pour la mise en route, pour le transport proprement dit, pour la transmission d'un réseau à un autre, pour la livraison au destinataire.

Le vendeur de marchandises (expéditeur), actionné par l'acheteur, qui prétend que les marchandises sont avariées ou qu'il y a des manquants, ne peut faire écarter la demande en se prévalant de l'article 105, C. com.

533. Pour que la fin de non-recevoir soit opposable, il faut, comme avant la loi du 11 avril 1888, qu'il y ait eu : 1° une réception des objets transportés ; 2° paiement du prix de transport, et, en outre ; 3° que trois jours se soient écoulés depuis cette réception et le paiement, sans qu'il y ait eu de protestation. Le destinataire n'est donc plus privé de son recours au moment même où il reçoit et paie, alors qu'il n'a pu se rendre un compte exact de l'état des marchandises ; il peut réserver son action en faisant une protestation motivée dans les trois jours de la réception.

534. Les deux premiers éléments de la fin de non-recevoir, la réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture, sont faciles à constater. Il s'élève toutefois une question que le législateur aurait dû trancher. Le paiement du prix de transport n'est pas toujours effectué par le destinataire (expédition *en port dû*) ; il peut l'avoir été à l'avance par l'expéditeur (expédition *franco* ou en *port payé*). La fin de non-recevoir s'applique-t-elle dans ce second cas ? La loi ne suppose-t-elle pas plutôt que les deux faits émanent de la même personne, qui, recevant et payant, indique par là qu'elle n'a rien à réclamer ? Sous l'empire de l'ancien article 105, la doctrine et la jurisprudence se prononçaient généralement dans ce dernier sens. On tempérait ainsi la rigueur de la fin de non-recevoir. Faut-il aujourd'hui donner une autre solution, en admettant que l'article 105 nouveau s'applique même au cas de transport *en port payé* ? Rien n'indique dans le nouveau texte que l'ancienne solution doit être rejetée ; elle peut être soutenue. Il paraît, pourtant, plus exact d'admettre que le nouvel article 105 est applicable même au cas de transport *en port payé* (1). L'expiration du délai de trois jours sans protestation ajoute une grande force à la présomption qui sert de base à la fin de non-recevoir, présomption d'après laquelle, quand il y a eu réception des marchandises sans protestation et paiement du prix du transport, il est implicitement reconnu qu'il n'y a pas de réclamation à former contre le voiturier. On conçoit que la nécessité de l'expiration d'un délai sans protestation ne fasse plus exiger que le paiement du prix émane du destinataire lui-même.

(1) Paris, 24 octobre 1892, S. et *J. Pal.*, 1893. 2. 37. V. aussi : Cass., 25 mai 1891, S. 1891. 1. 305 ; *J. Pal.*, 1891. 1. 816 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1892. 1. 273 ; *Pand. fr.*, 1893. 1. 437. V. cepl Trib. com. Seine, 23 mai 1896. Thaller, *ov. cit.*, n° 1215.

535. Le troisième élément de la fin de non-recevoir a besoin d'explication : il résulte de l'absence de protestation dans un certain délai. Le destinataire qui a reçu et payé peut réserver son action *par une protestation motivée dans les trois jours de la réception*, c'est-à-dire au plus tard le troisième jour qui suit celui de la livraison. Si la réception a lieu le 1er février, la protestation doit être faite le 4 au plus tard. Les jours fériés ne sont pas comptés dans le délai.

La protestation doit être *motivée*, c'est-à-dire que le fait qui donne lieu à cette protestation, doit être nettement indiqué et précisé (manquants, avaries) ; il ne suffit pas de protester en termes vagues, simplement pour écarter la fin de non-recevoir. La protestation peut d'abord être formulée au moyen d'un *acte extrajudiciaire*, ce qui est le droit commun ; dans un but d'économie, la loi permet aussi d'employer une *lettre recommandée*, dont la date est fournie par le timbre du bureau de départ ; il suffit que la lettre soit mise à la poste dans le délai de trois jours (1).

536. Quelles sont les conséquences de la protestation faite en temps utile ? Le destinataire n'a pas replacé dans la situation où il était lors de la livraison. Quand, à ce moment, il constate un manquant ou une avarie, il invoque purement et simplement la responsabilité du voiturier : c'est à celui-ci de prouver le fait qui peut le décharger, à savoir le cas fortuit, la faute de l'expéditeur ou le vice propre (nos 486 et 487). Au contraire, le destinataire qui a reçu livraison doit prouver que l'avarie est antérieure à sa mise en possession (2). Cela résulte des explications données à la Chambre et au Sénat (3) : ce n'est, du reste, qu'une application de la règle générale suivant laquelle le demandeur doit faire la preuve de son droit (art. 1315, C. civ.). Le destinataire ne pourra pas toujours faire facilement cette preuve ; si donc il est prudent, il fera bien de ne pas trop compter sur le délai de protestation et de vérifier de son mieux les marchandises au moment même où elles lui sont présentées. S'il constate un manquant ou une avarie, il n'a qu'à refuser les marchandises, de manière à reporter la charge de la preuve sur le voiturier.

536 *bis*. Mais la protestation, faite dans les délais et dans les formes

(1) Peut-on admettre une protestation qui aurait été faite dans les trois jours, mais dans une forme autre que celles prévues par l'article 105 ? Cet article a une portée restrictive. Aussi la jurisprudence est fixée dans le sens de la négative : Cass., 25 février 1896, 23 mars 1897; S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 363; 1897. 1. 283 ; D. 1896. 1. 404 ; 1897. 1. 612 ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 423. Cf. *Traité de Droit commercial*, III, n° 657.

(2) Consulter Sarrut, note dans le recueil périodique de Dalloz, 1890. 2. 65.

(3) V. surtout la discussion qui a eu lieu au Sénat le 16 février 1883.

prévus par l'article 105, C. com., est inutile quand, au moment même de la réception des marchandises, le destinataire fait des réserves, pourvu que celles-ci soient acceptées par le voiturier (1). Cette solution était admise avant la loi du 11 avril 1888, en ce sens que les réserves empêchaient l'application rigoureuse de la fin de non-recevoir de l'ancien article 105, C. com. Il serait singulier que la fin de non-recevoir dont on a voulu atténuer la rigueur, fût applicable dans un cas où elle ne l'était pas antérieurement. Du reste, dès l'instant où l'acceptation des réserves du destinataire par le voiturier est exigée, et elle doit l'être (2), on peut dire qu'il y a là une renonciation, de la part du voiturier, au bénéfice de la fin de non-recevoir. L'article 105 doit, sans doute, être interprété limitativement, mais il ne s'occupe que des actes unilatéraux du destinataire ou de l'expéditeur pouvant assurer la conservation de l'action en responsabilité, et des réserves acceptées impliquent une convention (3).

537. Bien que l'article 105 ne mentionnât aucune exception, on admettait sans difficulté que la fin de non-recevoir devait être écartée dans deux cas : *a*) quand les employés du voiturier avaient eu recours à des moyens frauduleux pour dissimuler les avaries ou les manquants (analogie, art. 108, C. com.) ; *b*) quand il y avait eu vol commis par les employés ; l'action en responsabilité, dans ce dernier cas, résulte d'un délit, non du contrat de transport. — Ces deux solutions doivent être maintenues sous l'empire du nouvel article 105.

538. Pour empêcher que la disposition du nouvel article 105 ne devienne lettre morte, cet article dispose : *toutes stipulations contraires sont nulles et de nul effet*. Il ne peut donc être convenu que le recours contre le voiturier sera écarté, soit par cela seul qu'il y aura eu paiement du prix et réception de la marchandise, soit après l'expiration d'un délai inférieur au délai légal de protestation (trois jours). Malgré la teneur absolue de la loi, il est certain que ce délai pourrait être augmenté par les parties. Le but de la loi, en prohibant les conventions contraires, a été de protéger l'expéditeur et le destinataire, non le voiturier.

539. La fin du nouvel article 105 réserve les règles relatives aux *transports internationaux*. Il a bien fallu tenir compte des lois étran-

(1) Cass., 22 juillet 1902, 8 décembre 1902, 4 février 1903. S. 1903. 1. 305 (note de Ch. Lyon-Caen ; D 1903. 1. 33 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 343.

(2) Des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir s'il y a eu réellement acceptation des réserves du destinataire par le voiturier V. Cass., 23 janvier 1902, 22 juillet 1902, 8 décembre 1902, D. 1903. 1. 33 (note de M. Thaller) ; S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 305.

(3) V. les arrêts cités à la note 1.

gères qui peuvent contenir une disposition autre que celles de notre loi et sous l'empire desquelles peuvent intervenir, entre les compagnies françaises et les compagnies étrangères, des tarifs dont une clause s'écarte plus ou moins du nouvel article 105. On n'a pas voulu que cette clause pût être annulée, par application de la disposition qui frappe de nullité *toutes stipulations contraires* à cet article. On avait spécialement en vue une convention alors projetée pour le règlement des transports internationaux par chemins de fer, qui est devenue la Convention du 14 octobre 1890, en vigueur depuis le 1er janvier 1893. V. n° 552, *in fine*.

3° Des obligations de l'expéditeur et du destinataire.

540. L'expéditeur ou le destinataire est obligé de payer le prix du transport et de rembourser au voiturier tous les frais accessoires, notamment les droits de douane ou d'octroi dont celui-ci a dû faire l'avance.

L'obligation de payer le prix existe, en quelque état qu'arrivent les marchandises, dès l'instant où il n'y a pas lieu à la responsabilité du voiturier. Le destinataire ou l'expéditeur ne pourrait donc se libérer en abandonnant les marchandises au voiturier (analog., art. 310, C. com).

Le destinataire n'est tenu de l'obligation de payer le prix du transport qu'autant qu'il reçoit les marchandises ; si les marchandises sont refusées, le voiturier n'a d'action que contre l'expéditeur qui seul a contracté avec lui.

541. D'après les principes du droit commun, le voiturier a le droit de rétention jusqu'au paiement du prix et des accessoires. En outre, d'après l'article 2102-6°, C. civ., il a un privilège *pour les frais de la voiture et les dépenses accessoires sur la chose voiturée*. Ce privilège, étant fondé sur une constitution tacite de gage, s'évanouit lorsque le voiturier se dessaisit des objets transportés. V. une disposition différente pour le transport par mer dans l'article 307, C. com. et plus loin, n° 933.

542. Quand le destinataire refuse les marchandises ou (ce qui revient au même) ne veut pas payer le prix du transport, le Code (art. 106) permet de prendre des mesures expéditives pour protéger les intéressés.

1. La partie la plus diligente peut présenter requête au président du tribunal de commerce, ou, à défaut de tribunal de commerce, au juge

de paix, pour qu'il nomme des experts chargés de constater l'état des marchandises.

2. Si le destinataire persiste à refuser les marchandises, le voiturier peut en faire ordonner le transport dans un dépôt public par les mêmes autorités judiciaires.

3. Le voiturier peut aussi faire ordonner la vente d'une partie des marchandises, pour se payer sur le prix. Cette dernière mesure a une grande utilité lorsqu'il s'agit d'objets qui se détériorent promptement.

543. L'action en paiement du prix du transport se prescrit par cinq ans. Le délai court du jour de la remise ou de l'offre de la marchandise au destinataire, art. 108, C. com. V. n° 549.

4° De la prescription des actions nées du contrat de transport.

544. Dans les cas où la fin de non-recevoir établie par l'article 105 ne s'applique pas (nos 531 et suiv.), les actions nées du contrat de transport ne sont soumises qu'à la prescription. Le Code de commerce avait établi, en cette matière, une prescription abrégée dans les termes suivants : *toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites, après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France et après un an pour celles faites à l'étranger ; le tout à compter, pour les cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises aura été faite, sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité*. Le Code ne s'occupait donc que des actions contre le commissionnaire et le voiturier, et, pour ces actions, il admettait une prescription de six mois ou d'un an, suivant qu'il s'agissait d'expéditions faites dans l'intérieur de la France ou à l'étranger. La loi du 11 avril 1888 (n° 530) supprime cette dernière distinction ; puis, elle se réfère d'une manière générale aux diverses actions naissant du contrat de transport, les unes devant se prescrire par un an et les autres par cinq ans.

545. *Prescription d'un an.* — D'après le nouvel article 108, al. 1er, *les actions pour avaries, pertes ou retard, auxquelles peut donner lieu contre le voiturier le contrat de transport, sont prescrites dans le délai d'un an, sans préjudice des cas de fraude et d'infidélité*. Cette prescription s'applique toutes les fois que le voiturier ne peut se prévaloir de la fin de non-recevoir de l'article 105, ce qui a lieu : 1° en cas de

perte totale des marchandises ; 2° quand le destinataire a reçu les marchandises et qu'il n'y a pas eu paiement du prix de transport ; 3° quand le destinataire, bien que les marchandises aient été reçues et le prix payé, a protesté dans le délai légal ; 4° quand l'action en responsabilité se fonde sur le retard, puisque le nouvel article 105 n'admet point la fin de non-recevoir dans ce cas.

546. Le nouvel article 108 vise *les actions pour avaries, pertes ou retard, auxquelles peut donner lieu contre le voiturier le contrat de transport*. Par cette rédaction, il a supprimé deux difficultés soulevées par l'ancien texte ; peut-être en a-t-il fait naître une autre.

a. Cette difficulté n'est pas bien sérieuse. L'ancien article parlait des actions *contre le commissionnaire et le voiturier*, tandis que le nouveau ne parle plus que du *voiturier* dans son alin. 1er. Il serait déraisonnable de conclure de là que la prescription d'un an ne peut être opposée aux actions pour avarie, perte ou retard, dirigées contre un commissionnaire de transport, ce qui entraînerait l'application de la prescription de trente ans. Les obligations du commissionnaire et celles du voiturier sont toujours réglées de la même façon par le Code (n° 508) ; rien, dans les travaux préparatoires de la loi de 1888, n'indique que ce soit à dessein que l'on n'a pas mentionné le commissionnaire dans le 1er al. de l'article 108, tandis qu'on le mentionnait dans l'al. 2 du même article.

b. L'ancien article 108 ne visait pas les actions pour *retard* ; la jurisprudence en avait conclu qu'elles n'étaient soumises qu'à la prescription de trente ans ; cette solution, admissible en droit, mais déraisonnable en fait, est écartée par le nouvel article 108.

c. On avait aussi soutenu que la prescription abrégée ne s'appliquait que quand la perte avait eu lieu en cours de route ; si elle s'était produite avant le départ, il n'y avait encore que dépôt, disait-on, et la courte prescription de l'article 105 concernait les voituriers, non les dépositaires. Cette subtilité ne peut plus être reproduite en présence des expressions larges du nouvel article 108 et des explications données dans les travaux préparatoires.

547. *Prescription de cinq ans.* — D'après le nouvel article 108, al. 2, *toutes les autres actions auxquelles ce contrat peut donner lieu, tant contre le voiturier ou le commissionnaire que contre le destinataire, aussi bien que celles qui naissent des dispositions de l'article 541 du Code de procédure civile, sont prescrites dans le délai de 5 ans*. Ce délai est bien long, et peut-être une prescription uniforme d'un an, que la Chambre des députés avait d'abord admise, eût-elle été préférable. Quoi qu'il en soit, la prescription quinquennale atteint : 1° les actions contre le voiturier ou le commissionnaire, autres que les actions pour

avarie, perte ou retard ; spécialement, par suite, les actions en détaxe contre les compagnies de chemins de fer ; 2° les actions du voiturier contre le destinataire et aussi contre l'expéditeur dont ne parle pas le texte ; il n'y a aucune raison de distinguer suivant que le voiturier agit contre l'un ou contre l'autre. L'ancien article ne parlait pas de ces actions, qui restaient dès lors soumises seulement à la prescription trentenaire. Sont donc prescrites par cinq ans les actions en paiement du prix du transport et les actions en *surtaxe*.

Le législateur n'a pas voulu qu'on pût écarter la prescription quinquennale en se prévalant de l'article 541, C. proc. D'après cet article, si la revision d'un compte rendu en justice ou arrêté à l'amiable entre les parties ne peut plus être demandée, des réclamations sont encore admissibles pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois ; ces réclamations sont soumises à la prescription de trente ans. Dans notre matière, cette prescription est remplacée par la prescription de cinq ans.

548. Il résulte de l'article 108, C. com., que l'action du destinataire contre le voiturier pour avarie, perte ou retard, et l'action du voiturier en paiement du prix de transport ne se prescrivent pas par le même délai. De là peut naître une difficulté. Le voiturier, se disant qu'on n'invoquera pas contre lui sa responsabilité s'il ne réclame rien, attend l'expiration du délai d'un an pour demander le prix du transport. Peut-il profiter de ce calcul et repousser par l'article 108, al. 1er, le moyen de défense tiré par l'expéditeur de la responsabilité du voiturier ? La solution affirmative ne serait ni conforme au texte de l'article 108 et aux principes ni équitable. L'article 108, al. 1er, suppose que la responsabilité est invoquée par voie d'action, non par voie d'exception ; il faut appliquer l'ancienne règle : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

549. *Point de départ de la prescription annale et de la prescription quinquennale. — Le délai de ces prescriptions est compté, dans le cas de perte totale, du jour où la remise de la marchandise aurait dû être effectuée, et, dans tous les autres cas, du jour où la marchandise aura été remise ou offerte au destinataire* (art. 108, al. 3). Cette disposition reproduit l'article 108 ancien sauf en un point : on a modifié l'ancien texte en indiquant que l'*offre* de la marchandise pourrait, comme la remise, faire courir la prescription.

Une règle particulière a été posée pour les transports faits pour le compte de l'Etat : *la prescription ne commence à courir que du jour de la notification de la décision ministérielle emportant liquidation ou ordonnancement définitif* (art. 108, al. 5). L'Etat n'est pas dans la situation des particuliers, il ne règle pas au jour le jour chacun des

transports faits pour lui ; on a voulu laisser à l'Etat et aux compagnies le soin de vérifier leur situation respective.

550. Sous l'empire de l'ancien texte, il s'élevait une question dans le cas fréquent où plusieurs voituriers coopèrent au même transport. Celui qui est actionné par le destinataire ou l'expéditeur peut avoir un recours contre les autres, ce qui se présente particulièrement lorsque le premier voiturier est poursuivi, parce qu'ayant joué le rôle de commissionnaire, il est garant du fait des voituriers subséquents (n° 528). Quel était le point de départ de la prescription de l'action récursoire ? La jurisprudence admettait que c'était le même que celui de l'action principale ; si donc cette action avait été intentée à l'expiration du délai, le voiturier actionné pouvait être presque dans l'impossibilité d'exercer en temps utile son action en recours. On avait essayé de soutenir que le délai de prescription ne pouvait courir pour l'action récursoire que du jour où le voiturier qui voulait l'exercer avait été lui-même actionné. La jurisprudence avait été déterminée en sens contraire par les termes de l'ancien article 108, qui établissaient le point de départ de la prescription d'une façon uniforme, sans distinguer entre les actions principales et les actions récursoires ; on avait, de plus, fait remarquer qu'autrement, le but de la loi aurait été manqué ; dans le cas de plusieurs recours successifs, la responsabilité du voiturier actionné en dernier lieu aurait pu se prolonger assez longtemps.

La loi nouvelle a cherché à concilier les intérêts en présence. Le voiturier qui a un recours à exercer pourra le faire dans un certain délai qui ne court qu'à partir du moment où il aura été actionné lui-même, mais ce délai est très bref. *Le délai pour intenter chaque action récursoire est d'un mois. Cette prescription ne court que du jour de l'exercice de l'action contre le garanti* (art. 108, al. 4). Cette disposition paraît devoir s'appliquer aussi bien quand la garantie est exercée par voie principale que quand elle l'est par voie incidente ; il n'y a pas rationnellement de différence à établir entre les deux cas.

551. L'article 108 ne contient pas, comme l'article 105, une clause générale frappant de nullité les stipulations contraires à ses dispositions. La commission du Sénat a fait retrancher un alinéa qui la contenait, par ce motif que l'article 2220, C. civ. suffisait. On reste donc, en ce qui touche la prescription, sous l'empire du droit commun, qui n'est pas du tout tel qu'a semblé le croire la commission sénatoriale. La loi n'annule pas toutes les conventions relatives à la prescription, mais seulement les conventions par lesquelles on renoncerait d'avance à la prescription (art. 2220, C. civ.). Il est raisonnable d'y assimiler

les conventions par lesquelles les parties fixeraient une prescription plus longue que la prescription légale ; mais on ne voit pas comment on pourrait, par application de ce texte, annuler les conventions ayant pour but d'abréger le délai légal de la prescription et qui, par conséquent, sont plus favorables au débiteur que la règle posée par la loi même.

551 *bis*. *Droit de disposer de la marchandise en cours de route.* — Il peut se faire qu'alors que la marchandise est en cours de transport, des ordres de l'arrêter ou d'en modifier la direction soient adressés au voiturier. Celui-ci doit-il obéir à ceux de l'expéditeur ou à ceux du destinataire ? L'expéditeur seul a (jusqu'à la livraison au destinataire) le droit de disposer de la marchandise à l'égard du voiturier ; l'expéditeur seul a contracté avec le voiturier. Mais la question de savoir si l'expéditeur avait, à l'égard du destinataire, le droit de défendre de lui livrer la marchandise demeure réservée ; elle ne concerne pas le voiturier. Cependant, l'expéditeur perdrait le droit de disposer de la marchandise à l'égard du voiturier, si celui-ci lui avait délivré un titre négociable qui ne serait pas représenté ; car le voiturier pourrait craindre que ce titre ne fût passé entre les mains d'un tiers qui ferait valoir ses droits contre lui. Mais, dans les transports par terre, la délivrance d'un titre négociable n'est pas usitée (1).

551 *ter*. Une question toute différente est celle de savoir quels effets produit la saisie-arrêt formée sur les marchandises par des créanciers de l'expéditeur ou du destinataire. Il va de soi que le voiturier, pour échapper à toute responsabilité, agit prudemment en ne délivrant pas les marchandises en présence d'une saisie-arrêt. Mais la validité de la saisie-arrêt est subordonnée à la qualité de propriétaire chez la personne (expéditeur ou destinataire), du chef de laquelle la saisie-arrêt a été formée. Pour déterminer à qui appartiennent les marchandises transportées, il faut connaître la nature des rapports qui existent entre l'expéditeur et le destinataire.

3° Règles spéciales au transport des marchandises par chemins de fer (2).

552. Les transports par chemins de fer sont soumis aux règles générales du Code de commerce et, en même temps, à des dispositions

(1) V., pour les transports internationaux, les articles 15 et 26 de la *Convention de Berne* de 1890.

(2) On consultera utilement, dans le *Dictionnaire de l'Administration française* de Maurice Block (1905), l'article *Chemins de fer* par M. Gaston Piot. V aussi G. Piot, *Des causes de la responsabilité dans les transports de marchandises par chemins de fer* (1908).

spéciales qui se trouvent dans les cahiers des charges annexés aux lois et décrets de concessions de lignes ferrées, dans la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, dans un décret du 1er mars 1901 qui a remplacé l'ordonnance du 15 novembre 1846 rendue pour l'exécution de la loi de 1845 (1) et dans des arrêtés, soit du Ministre des Travaux publics, soit des préfets. — Ces règles spéciales se justifient facilement. Les compagnies de chemins de fer jouissent d'un monopole de fait (2), en ce sens que le plus souvent il n'existe qu'une seule ligne pour desservir une localité. La concurrence faite aux lignes ferrées par les entreprises de roulage et de transport par eau est généralement très restreinte. Si donc l'exploitation des chemins de fer n'était pas réglementée, les compagnies, abusant de leur situation privilégiée, pourraient faire la loi au public, favoriser le commerce ou l'industrie d'une contrée et nuire à ceux d'une autre, en faisant varier à leur gré les prix du transport.

Les règles spéciales du transport des marchandises par chemins de fer s'appliquent, du reste, aux lignes qui sont exploitées en France par l'État depuis 1878 (3), comme aux lignes beaucoup plus nombreuses qu'exploitent les compagnies.

Il faut ajouter aux textes qui régissent les transports par chemins de fer, la Convention internationale du 14 octobre 1890 sur le transport des marchandises par chemins de fer, en vigueur depuis le 1er janvier 1893 et modifiée en 1898 et en 1906 (4). Cette convention, conclue entre la France et un grand nombre d'États de l'Europe (5), édicte des

(1) L'Ordonnance du 15 novembre 1846 a été remplacée par le décret du 1er mars 1901 ; mais les articles 44 à 50 de ce décret, relatifs à la perception des taxes et aux frais accessoires, ne font que reproduire les dispositions de l'Ordonnance portant les mêmes numéros.

La légalité du décret du 1er mars 1901, au moins sur certains points, a été contestée ; elle a été reconnue par des arrêts du Conseil d'Etat du 30 novembre et du 6 décembre 1907.

(2) On a critiqué cette expression *monopole de fait*, en disant que la compagnie concessionnaire a *seule* le droit d'exploiter les lignes à elle concédées. Sans doute, mais, en employant l'expression déclarée peu exacte, on veut seulement indiquer que l'Etat n'a pas abdiqué le droit de concéder une autre ligne faisant concurrence à la ligne déjà concédée. Ce droit est expressément réservé par les cahiers des charges.

(3) Le réseau d'Etat a été formé au moyen du rachat de lignes exploitées par diverses compagnies, en dernier lieu, en 1909, par la Compagnie de l'Ouest ; on n'a pas voulu changer le régime auquel ces lignes étaient soumises à l'égard du public.

(4) V., sur cette convention, notre *Traité de Droit commercial*, III, nos 856 à 871 ; dans le *Journal du Droit international privé*, 1893 et 1894, articles de Ch. Lyon-Caen.

(5) L'*Allemagne*, l'*Autriche-Hongrie*, la *Belgique*, le *Danemark*, l'*Italie*, les

règles uniformes pour le transport *international* des marchandises par voie ferrée, c'est-à-dire pour le transport fait directement de l'un des pays contractants pour un autre pays contractant. V nº 564.

Nous nous bornons ici à indiquer les principales règles qui, dans notre législation, sont spéciales au contrat de transport par chemins de fer, en parlant : 1º des tarifs et des délais en matière de transport par chemins de fer ; 2º des obligations de l'expéditeur, du destinataire et des compagnies, qui sont particulières aux transports par chemins de fer.

553. *Principes de l'homologation et de l'égalité des tarifs.* — La fixation du prix de transport n'est pas laissée à la libre convention des compagnies de chemins de fer et des intéressés. Notre législation a consacré à cet égard deux principes, le *principe de l'homologation* et le *principe de l'égalité des tarifs*. En vertu du premier, les compagnies ne peuvent percevoir que les prix de transport autorisés par l'administration ; en vertu du second, les prix doivent être appliqués indistinctement à toute personne sans aucune faveur.

554. Comment sont établis les prix de transport ? A l'acte de concession d'un chemin de fer est joint un *cahier des charges*. Ce cahier des charges ne se borne pas à autoriser la compagnie à percevoir des taxes de transport, il en fixe encore le montant. Le tarif contenu dans les cahiers des charges est appelé *tarif maximum*, *tarif plein* ou *tarif légal*. Il constitue un maximum, qui est rarement atteint par les tarifs réels, qu'on appelle *tarifs d'application*. Aucune taxe, égale ou inférieure à celles du tarif maximum, ne peut être perçue qu'en vertu d'un *tarif homologué*, c'est-à-dire approuvé par l'administration (D. 1er mars 1901, art. 44). Le droit d'homologation est exercé par le Ministre des Travaux publics pour les chemins de fer d'intérêt général et, en principe, par les préfets pour les chemins de fer d'intérêt local (L. 11 juin 1880, art. 5) ; les pouvoirs du Ministre et ceux des préfets sont identiques.

L'initiative des propositions de tarifs appartient aux compagnies. Le Ministre ou le préfet ne peut qu'accorder ou refuser son homologation ; il ne peut modifier les propositions de la compagnie Non seulement il doit refuser l'homologation, quand le tarif proposé dépasse le tarif maximum, mais encore il peut la refuser à raison de ce qu'il estime que le tarif serait nuisible aux intérêts du commerce, ou n'est proposé que pour détruire la concurrence faite par le roulage ou par la batellerie.

555. *Fixité des tarifs.* — Si les compagnies ont seules la libre initiative des propositions de tarifs, ce n'est pas à dire qu'elles puissent

Pays-Bas, le *Grand-Duché de Luxembourg*, la *Russie*, la *Suisse*, la *Roumanie* et la *Suède*.

demander la modification d'un tarif, dès qu'il a été mis en vigueur. Autrement, les commerçants qui ont fait des marchés en prenant des tarifs en considération, éprouveraient un dommage, si ces tarifs étaient tout à coup relevés. Aussi les cahiers des charges ne permettent-ils le relèvement d'un tarif abaissé qu'après un délai d'un an pour les marchandises. V. article 48, al. 1er, *cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général.* Les compagnies de chemins de fer, sans cette règle restrictive, se laisseraient trop facilement entraîner à abaisser les tarifs pour un très court laps de temps, dans l'unique but d'avoir raison d'une entreprise de transport concurrente (batellerie, roulage). Au contraire, comme les abaissements subits de tarifs ne peuvent avoir aucun inconvénient, un tarif relevé peut être immédiatement abaissé.

556. *Publicité des propositions de tarifs et des tarifs.* — Il importe que les intéressés puissent, quand un tarif nouveau est proposé, avoir connaissance de la proposition et, au besoin, faire valoir les raisons qui, selon eux, doivent mettre obstacle à l'homologation. Dans ce but, il faut que l'homologation des tarifs soit précédée de formalités de publicité, sans lesquelles l'homologation serait considérée comme irrégulière. Les propositions de tarifs, soumises au Ministre des Travaux publics, sont communiquées aux préfets des départements traversés et aux inspecteurs de l'exploitation commerciale. Il est, en outre, prescrit aux préfets de communiquer les propositions aux chambres de commerce. Enfin, le public est averti par des affiches et est ainsi mis à même de présenter, s'il y a lieu, des observations. Afin de donner aux intéressés le temps nécessaire pour les produire, les affiches restent apposées pendant un mois avant que les taxes puissent être perçues. L'application du tarif nouveau est possible aussitôt après l'expiration de ce délai, si l'homologation a eu lieu dans l'intervalle ; dans le cas contraire, il faut, pour appliquer le tarif, attendre l'homologation (1). V. D. 1er mars 1901, art. 49, al. 4.

Ce ne sont pas seulement les propositions de tarifs qui doivent être publiées, ce sont aussi les arrêtés d'homologation ; en outre, les tarifs homologués sont l'objet d'une publicité permanente. A cet effet, des recueils contenant des tarifs sont déposés dans les gares (2). Il importe que les tarifs soient bien connus des expéditeurs, car ils sont obligatoires pour tous les intéressés ; les compagnies ne peuvent percevoir une taxe ni supérieure ni inférieure à celles qu'ils fixent ; s'il y a eu perception en moins, la compagnie peut réclamer un supplément, elle a

(1-2) Depuis quelques années, les propositions de tarifs soumises à l'homologation du Ministre et les homologations de tarifs sont publiées au *Journal officiel*.

une action *en surtaxe* ; s'il y a eu perception en plus, il y a lieu à une action *en détaxe*, sorte d'action en répétition de l'indû accordée à l'expéditeur ou au destinataire qui a trop payé. V. nº 533.

557. *Principe d'égalité en matière de tarifs.* — La perception des taxes doit se faire indistinctement et sans aucune faveur ; tous les cahiers des charges consacrent cette règle. Les particuliers lésés par une faveur accordée à un concurrent, contrairement à cette règle, ont le droit de réclamer des dommages-intérêts à la compagnie qui l'a consentie.

558. *Différentes espèces de tarifs.* — On distingue différentes espèces de tarifs. Il y a d'abord le tarif *maximum*, *légal* ou *plein*, contenu dans le cahier des charges (nº 554). Ce tarif ne fixe pas le prix du transport de la même manière pour les personnes, les animaux et les marchandises. Pour les voyageurs, le prix est fixé par personne et par kilomètre ; il l'est par tête et par kilomètre pour les animaux ; pour les marchandises, il est tenu compte du poids, de la distance et de la vitesse. Au dernier point de vue, on distingue la *grande vitesse* et la *petite vitesse*. Toutes les marchandises transportées par grande vitesse sont soumises au même tarif. Il en est autrement pour les marchandises transportées par petite vitesse, qui sont divisées en 4 classes par le tarif *maximum* et soumises à une taxe variant avec la classe dans laquelle elles sont placées. Les cahiers des charges n'ont pas pu énumérer toutes les marchandises de nature à être transportées par petite vitesse. Celles qui ne sont pas désignées dans le tarif maximum sont rangées, pour les droits à percevoir, dans la classe avec laquelle elles ont le plus d'analogie ; les assimilations de classe sont faites provisoirement par les compagnies et réglées définitivement par l'administration. V. nº 560.

559. Au *tarif maximum* on oppose les *tarifs d'application* : on distingue parmi ceux-ci le *tarif général* et les *tarifs spéciaux*. Le *tarif général* est celui qui, inférieur ou (ce qui est très rare) égal au tarif maximum, s'applique, en principe, à toutes les marchandises à moins que l'application d'un autre tarif n'ait été réclamée par l'expéditeur. Il forme, pour ainsi dire, le droit commun.

Les tarifs spéciaux sont des tarifs à prix réduit. La réduction de prix y est subordonnée à certaines conditions auxquelles consentent ceux qui en demandent l'application ; elles sont avantageuses pour la compagnie, désavantageuses pour l'expéditeur et le destinataire ; ce sont, en quelque sorte, des tarifs conditionnels.

560. *Tarif général.* — Il a une grande importance. Il y a des marchandises pour lesquelles il n'y a pas de tarifs spéciaux. En outre, ordi-

nairement le tarif général s'applique, par cela seul que l'expéditeur ne réclame pas l'application d'un tarif spécial.

Chaque compagnie a son tarif général. Dans le tarif général, les marchandises à transporter par petite vitesse sont divisées par séries. Depuis 1879, le nombre et la composition des séries sont les mêmes pour les six grandes compagnies et l'administration des chemins de fer de l'Etat, mais le prix du transport des marchandises composant chaque série varie selon les compagnies. Cette division par séries, faisant partie intégrante du tarif, est homologuée avec lui par l'autorité administrative.

561. *Tarifs spéciaux.* — Les tarifs spéciaux sont nombreux. Les conditions auxquelles les réductions de prix du tarif général y sont admises sont très variées. Voici les clauses ou conditions les plus usuelles : *Clause d'augmentation de délai.* — Il est stipulé que la compagnie ne sera pas soumise à une action en indemnité si le délai ordinaire de transport est dépassé d'un certain nombre de jours. — *Clause de wagon complet.* — Une réduction de prix est accordée, si l'expéditeur fournit une quantité de marchandises suffisante pour remplir un wagon (1).

562. *Tarifs proportionnels et différentiels.* — Tous les tarifs (tarif maximum, tarif général, tarifs spéciaux) sont *proportionnels* ou *différentiels* (2). On qualifie de proportionnels ceux qui, pour toutes les fractions d'un parcours, en quelque sens que voyagent les marchandises, ont pour base la distance kilométrique. Les *tarifs différentiels*, au contraire, varient pour les différents parcours d'une ligne selon une loi autre que celle de la distance : ainsi, il y a des tarifs différentiels dont la base décroît à mesure que la distance augmente, ou dont la base varie selon le sens dans lequel les marchandises voyagent. Un tarif de la première sorte serait le suivant : 8 centimes par tonne et par kilomètre jusqu'à 100 kilomètres, 7 centimes par tonne et par kilomè-

(1) La clause de non responsabilité, déclarée nulle par la loi du 17 mars 1905, se trouvait avant cette loi dans le plus grand nombre des tarifs spéciaux, V. n° 524. Ces tarifs spéciaux ont cessé d'être en vigueur. Mais les compagnies ont fait homologuer de nouveaux tarifs plus élevés que les précédents pour certaines marchandises très exposées à des avaries et pour lesquelles l'exclusion de la responsabilité était la cause principale de la réduction contenue dans les anciens tarifs. Circulaire du Ministre des Travaux publics, en date du 16 septembre 1905, adressée aux présidents des Chambres de commerce (*Bulletin de la Chambre de commerce de Paris*, 1905, p. 1106 et suiv.).

(2) La distinction entre les tarifs *proportionnels* et les tarifs *différentiels* résulte de leur nature, mais ces dénominations n'apparaissent point dans les tarifs mêmes.

tre pour les distances supérieures à 100 kilomètres jusqu'à 200, 6 centimes par tonne et par kilomètre pour les distances supérieures à 200 kilomètres. Un tarif différentiel de la seconde sorte serait le suivant : 0,05 centimes de Paris à Orléans par tonne et par kilomètre, 0,07 centimes d'Orléans à Paris.

Les tarifs *différentiels* sont utiles à divers points de vue. Ils permettent surtout de transporter des marchandises à de plus grandes distances, sans qu'elles soient grevées de frais de transport, en disproportion avec leur valeur. Les produits ont ainsi des débouchés plus étendus et le trafic est plus considérable. De plus, ces tarifs permettent de ne pas faire fonctionner le matériel à vide, quand ils varient suivant le sens dans lequel les marchandises voyagent.

563. On distingue encore les *tarifs communs*, *les tarifs d'exportation*, *d'importation*, *de transit*. — Les *tarifs communs* sont des tarifs concertés entre plusieurs compagnies, afin que les marchandises transportées sur les réseaux de plusieurs compagnies soient soumises à un tarif unique, comme si elles voyageaient sur le réseau d'une seule compagnie. Les trois autres sortes de tarifs sont parfois rangées sous la dénomination collective de *tarifs internationaux* : ce sont des tarifs à prix réduits, établis, soit pour des marchandises expédiées de la France pour un pays étranger (*tarifs d'exportation*), soit pour des marchandises qui viennent de l'étranger en France (*tarifs d'importation*), ou qui ne font que traverser le territoire français, en se rendant d'un pays étranger dans un autre pays étranger (*tarifs de transit*).

563 [1]. En dehors du prix des transports, il y a à payer *des frais accessoires* pour des opérations accessoires du transport (enregistrement, manutention, pesage, magasinage, etc...). Ces frais, régis par les principes de l'homologation et de l'égalité, sont fixés annuellement par le Ministre pour les lignes d'intérêt général (art. 51, *cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général*). Le dernier arrêté ministériel, destiné à rester en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié, est du 27 octobre 1900.

563 [2]. *Délais du transport*. — Ce n'est pas seulement le prix du transport sur les lignes ferrées qui n'est pas laissé à la fixation des parties, ce sont encore les délais dans lesquels les marchandises doivent être transportées et remises au destinataire. Des arrêtés ministériels ont déterminé les délais pour la grande et pour la petite vitesse.

563 [3]. *Règles particulières des obligations des expéditeurs, destinataires et compagnies, en matière de transports par chemins de fer*. — D'après les clauses générales des tarifs, la remise des marchandises faite à la compagnie doit être accompagnée d'une *déclaration d'expédition* signée par l'expéditeur. Cette déclaration écrite doit indiquer le

nombre, le poids, la nature des colis, leur valeur s'il s'agit d'objets taxés *ad valorem*, leurs numéros, marques ou adresses, mentionner si le transport est fait en *port dû* ou en *port payé*, énoncer les noms et adresses de l'expéditeur et du destinataire, indiquer si le transport doit être fait par la *grande vitesse* ou par la *petite vitesse*, contenir la mention *à domicile* ou *en gare*, selon que les marchandises doivent ou non être camionnées au domicile du destinataire. Pour les transports par petite vitesse, c'est la déclaration d'expédition qui indique d'ordinaire le tarif à appliquer. Les compagnies délivrent aux expéditeurs des déclarations d'expédition imprimées, dont ceux-ci n'ont qu'à remplir les blancs.

Les compagnies sont, en principe, tenues de transporter tous les colis qui leur sont remis (D. 1er mars 1901, art. 50).

Elles doivent mentionner sur un registre spécial, avec la date, les marchandises qui leur sont confiées. Cette obligation, qui existe pour tous les voituriers (Cf. art. 1785, C. civ., art. 96, C. com., et D. 1er mars 1901, art. 50) a, en matière de transports par chemins de fer, une utilité particulière, parce qu'à raison du principe d'égalité, c'est dans l'ordre des enregistrements que les marchandises doivent être expédiées.

La compagnie, sans qu'une demande soit même nécessaire, doit délivrer à l'expéditeur un *récépissé* ; il n'en est autrement que si l'expéditeur réclame la délivrance d'une *lettre de voiture* (*cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général*, art. 49, dern. al. ; *cahier des charges des chemins de fer d'intérêt local*, art. 42, dern. al.). Les formes du récépissé ont été réglées par une loi du 13 mai 1863 (art. 10). V. nº 525.

Les marchandises doivent être expédiées, c'est-à-dire mises en route, par les compagnies dans les délais réglementaires. Ces délais sont fixés par des arrêtés ministériels ou préfectoraux, selon qu'il s'agit de transports à faire sur des lignes d'intérêt général ou sur des lignes d'intérêt local. Ces arrêtés fixent, outre le délai d'*expédition*, le délai de *transport* proprement dit et le délai de *livraison*, c'est-à-dire de mise à la disposition du destinataire. Ils déterminent, en outre, les délais de *transmission* et de *transbordement*, lorsque les marchandises doivent parcourir plusieurs réseaux. Ces délais varient, selon que le transport se fait par grande vitesse ou par petite vitesse. Du reste, le délai total est seul obligatoire pour la compagnie ; dès l'instant où il n'est pas dépassé, les intéressés n'ont pas le droit de demander qu'elle soit déclarée responsable.

Ces délais fixés par l'autorité administrative sont obligatoires, en ce

sens qu'une compagnie ne peut s'obliger envers certains expéditeurs à effectuer les transports dans des délais plus courts.

Pour empêcher les faveurs, les compagnies sont tenues de faire les expéditions dans l'ordre des inscriptions (D. 1er mars 1901, art 50 ; *cahier des charges des chemins-de fer d'intérêt général*, art. 48 et 49).

Cela n'est, toutefois, vrai qu'à l'égard des marchandises ayant la même destination.

A l'arrivée à la gare de destination, les marchandises doivent être inscrites sur un registre spécial (*cahier des charges des chemins de fer d'intérêt général*, art. 49, al. 2 ; *cahier des charges des chemins de fer d'intérêt local*, art. 48, al. 2). Cet enregistrement permet de constater si le transport a eu lieu dans les délais réglementaires et détermine le point de départ des délais de livraison. Les marchandises doivent être remises en gare au destinataire qui en réclame la délivrance, ou être camionnées à son domicile, selon les indications fournies à cet égard par la déclaration d'expédition.

Les compagnies ne sont pas tenues de donner avis de l'arrivée des marchandises adressées en gare, si ce n'est pour faire courir les droits de *magasinage* et pour faire opérer le *camionnage d'office*.

Afin d'éviter l'encombrement, qui pourrait causer des retards et même des interruptions dans le service, des *droits de magasinage*, variant selon que le transport a eu lieu en grande ou en petite vitesse, sont dus à défaut d'enlèvement par le destinataire des marchandises adressées en gare (arrêté du 27 octobre 1906, art. 6 et 18).

En outre, dans le même but, les compagnies sont autorisées à faire camionner d'office, soit au domicile du destinataire, soit dans un magasin public, toute marchandise qui, adressée en gare, n'est pas enlevée dans un délai de quarante-huit heures à dater de l'expiration du délai imparti pour son enlèvement par les arrêtés ministériels en vigueur. Les frais de camionnage sont calculés d'après les tarifs fixés par le Ministre des Travaux publics (Décret du 11 août 1902).

A l'arrivée, le destinataire doit prendre livraison des marchandises livrables en gare, acquitter le prix du transport fait en port dû, émarger, c'est-à-dire signer les registres de la compagnie, pour constater sa libération, payer, s'il y a lieu, les droits de magasinage et les frais du camionnage d'office.

APPENDICE

564. CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE TRANSPORT. *Convention de Berne de 1890.* — La diversité des lois qui régissent le contrat de

transport dans les différents pays donne naissance à de nombreux conflits de lois, quand le contrat de transport conclu dans un pays doit recevoir son exécution dans plusieurs pays dont les marchandises ont successivement à traverser le territoire. Pour éviter ces conflits, une convention conclue à Berne en 1890, entrée en vigueur le 1er janvier 1893 et modifiée en 1898 et en 1906 pour le transport international des marchandises par chemins de fer, a posé des règles uniformes pour les transports par voie ferrée de marchandises qui, en vertu d'un contrat unique conclu dans le pays d'expédition, doivent traverser successivement plusieurs pays. Ces règles ne s'appliquent, bien entendu, que pour les transports à faire sur les territoires des Etats adhérents (1) et pour les lignes ferrées auxquelles la convention a été déclarée applicable. Cette convention constitue ainsi, pour les transports dont il s'agit, une législation commune aux Etats contractants (2).

(1) V., dans la note 5 de la page 418, la liste de ces Etats.

(2) V., dans le *Journal du Droit international privé*, articles de Ch. Lyon-Caen, 1893, pp. 465 et suiv. ; 1894, pp. 435 et suiv., 641 et suiv. V. aussi notre *Traité de Droit commercial*, III, nos 856 à 871.

CHAPITRE VI.

DES LETTRES DE CHANGE. — DES BILLETS A ORDRE. — DES CHÈQUES. DES OPÉRATIONS DE BANQUE ET DU COMPTE COURANT.

---

565. On désigne dans l'usage sous le nom d'*effets de commerce* (1) des écrits divers, constatant l'obligation de payer une somme d'argent, qui rendent au commerce de grands services (2) : ce sont principalement les *lettres de change*, souvent appelées *traites* dans la pratique, les *billets à ordre* et les *chèques* (3). Le Code de commerce (art. 110 à 189) s'est occupé des lettres de change et des billets à ordre. Les chèques, inconnus en France en 1807, forment l'objet de lois spéciales (loi du 14 juin 1865 et loi du 28 février 1874, art. 5 à 9).

Les effets de commerce jouent un rôle très important dans les *opérations de banque* et dans le *compte courant*, qui est une des principales de ces opérations. A défaut de lois spéciales ayant traité de ces opérations, il y a lieu de leur appliquer les principes généraux du Droit civil et du Droit commercial, modifiés par les usages.

Ce chapitre sera divisé en deux *sections*, l'une consacrée aux *lettres de change*, aux *billets à ordre* et aux *chèques*, l'autre relative aux *opérations de banque* et au *compte courant*.

(1) V. cette expression dans les articles 446 et 574, C. com. On la trouve aussi dans les lois fiscales du 5 juin 1850 (art. 1) et du 23 août 1871 (art 2).

(2) On ne les appelle pas effets *de commerce* à raison de ce que ce sont des actes commerciaux imprimant le caractère commercial aux obligations de ceux qui y apposent leurs signatures ; la lettre de change seule a essentiellement ce caractère. V. n° 35. De même, il n'y a pas besoin d'être commerçant pour les employer. Ils reçoivent ce nom, parce qu'ils sont surtout employés dans le commerce et y sont d'une grande utilité.

(3) On comprend aussi souvent sous le nom d'effets de commerce les *warrants*. V. n° 1099.

SECTION PREMIÈRE. — Des lettres de change (ou traites), des billets à ordre et des chèques.

GÉNÉRALITÉS.

566. Avant d'exposer les règles relatives aux divers effets de commerce, il importe d'avoir une idée générale de la nature et de l'utilité de chacun d'eux. Quoiqu'ils aient de nombreux points de ressemblance, ils diffèrent à bien des égards. On peut dire d'une façon générale qu'ils servent à éviter les transports de numéraire, souvent dangereux et coûteux, qu'ils sont ordinairement employés comme instruments de crédit et que, comme instruments de paiement, suppléant au numéraire, ils permettent de faire des opérations importantes avec une quantité d'espèces métalliques relativement restreinte. Il est essentiel, à raison des différences qui les séparent; de distinguer entre la lettre de change, le billet à ordre et le chèque.

567. DE LA LETTRE DE CHANGE OU TRAITE. — Le nom de *lettre* est donné à cet écrit, parce qu'il a la forme d'une missive ouverte (Cf. anal. *Lettre de voiture*, n° 513) ; le mot *change* qui y est ajouté désigne une branche de commerce, dont certains banquiers surtout s'occupent, le commerce des métaux précieux sous forme de lingots ou de monnaies, ainsi que des titres divers qui le représentent. Ce commerce était désigné dans le latin du Moyen Age, sous le nom de *cambium*, d'où les noms de *places cambistes* et de *cambistes*, donnés soit aux places sur lesquelles se font des opérations de change, soit aux auteurs qui écrivent sur ce genre d'opérations.

On distingue le *change manuel* et le *change tiré*. Le *change manuel* ou *local* consiste dans l'échange fait dans le même lieu entre les monnaies d'un Etat et celles d'un autre Etat ou entre des monnaies et des billets de banque ; c'est la diversité des monnaies et des systèmes monétaires des différentes nations qui donne naissance à ce commerce. Le *change tiré* (*cambium trajectitium*) consiste dans les opérations par lesquelles une personne s'engage dans un lieu à procurer une somme d'argent à une autre personne dans un autre lieu ; c'est ordinairement un banquier qui contracte une obligation de ce genre, moyennant une somme d'argent qui lui est remise L'opération qui intervient alors, porte le nom de *contrat de change*, qui peut être défini : *le contrat par lequel une personne promet à une autre, moyennant une valeur (argent ou marchandise) qui lui est remise, de lui procurer une somme d'argent dans un lieu autre que celui où la promesse est con-*

tractée. Le contrat de change peut s'exécuter à la rigueur par le transport même du numéraire. Ainsi, Paul de Paris doit 10.000 francs à Léon de Londres ; Paul a besoin de cette somme à Londres pour la payer le 15 du mois prochain. Un banquier, par exemple, peut prendre, à Paris l'engagement de procurer à Paul cette somme à Londres à la date fixée et la transporter lui-même ou se rendre à Londres pour la recevoir d'une personne qui la lui doit et la remettre à Léon, créancier de Paul. Mais ce sont là des procédés rudimentaires et coûteux ; le plus souvent, c'est au moyen d'une *lettre de change* que s'exécute le contrat de change ; celui qui prend l'engagement de faire avoir la somme convenue dans le lieu désigné, donne, par un écrit ayant la forme d'une lettre missive ouverte, l'ordre à une troisième personne habitant dans ce lieu de payer cette somme. Le titre ainsi créé est une lettre de change. Aujourd'hui, la lettre de change ne se rattache pas nécessairement à un contrat de change. V. n° 570.

Le contrat de change a existé du jour où il y a eu des rapports commerciaux entre des personnes habitant dans différents lieux. La lettre de change, au contraire, a été inventée tardivement. Bien qu'on ait soutenu qu'elle était connue dans l'antiquité, elle ne paraît pas remonter au delà du moyen âge ; on ne peut indiquer avec certitude le peuple qui l'a inventée et l'époque à laquelle elle l'a été. A l'origine, elle a été exclusivement destinée à éviter les frais et les risques des transports d'argent, frais et risques qui étaient très grands alors que les routes étaient difficiles et peu sûres. Le développement de la lettre de change n'a été considérable qu'à partir du XVII^e siècle, alors que l'admission de la *clause à ordre* en permit la transmission simple et rapide au moyen d'un *endossement*, c'est-à-dire d'une mention faite au dos du titre. Grâce à cette facilité de transmission, la lettre de change peut, à l'aide d'un seul paiement, servir à acquitter un grand nombre de dettes sans déplacement de numéraire (n° 573).

568. Ce qui contribue à donner à la lettre de change une grande utilité pratique et à en faire un puissant instrument de simplification, c'est que, presque toujours, dans les places commerciales de quelque importance, il y a des commerçants qui sont créanciers et en même temps des commerçants qui sont débiteurs de commerçants d'une autre place. Sans la lettre de change, il faudrait des transports de numéraire en deux sens opposés ; elle permet de les éviter. Un exemple le fera comprendre.

Paul de Paris est créancier de 10.000 fr. à toucher à Londres de Léon ; Pierre de Paris doit au même moment 10.000 fr. à payer dans cette ville à Louis de Londres. Sans la lettre de change, il faudrait transporter une somme de 10.000 fr. de Londres à Paris et une autre

somme égale de Paris à Londres. Ce serait long, coûteux et, dans une certaine mesure, dangereux. On évitera de faire même un transport unique de numéraire au moyen d'une lettre de change. Paul et Pierre de Paris se trouvant en présence, Paul remettra, à Paris même, à Pierre une lettre adressée à Léon de Londres (débiteur de Paul). Par cet écrit, qui est une lettre de change et auquel dans l'usage on donne aussi le nom de *traite*, Paul ordonne à son débiteur Léon de payer la somme de 10.000 fr. à Pierre ou à l'ordre de celui-ci. c'est-à-dire à la personne que Pierre désignera à l'aide d'un endossement. Pierre endossera la lettre de change à son créancier de Londres, Louis, et ce dernier pourra se présenter chez Léon, qui aura à lui payer la somme indiquée. Ce paiement étant fait, la dette de Léon envers Paul et celle de Pierre envers Louis se trouveront éteintes, sans qu'il y ait eu un seul transport d'espèces métalliques.

En prenant les noms des parties que nous venons d'indiquer, la lettre de change pourrait être ainsi conçue :

Paris, le 20 janvier 1910. *B. P. F. 10.000.*

Au 20 avril prochain, payez à l'ordre de Pierre la somme de dix mille francs, valeur reçue comptant.

(*Signé*) PAUL.

A Léon, à Londres.

Pierre mettra au dos du titre : *Payez à l'ordre de Louis*, etc.

Celui qui crée (qui tire) la lettre de change (Paul) est appelé le *tireur*, celui au profit duquel elle est tirée (Pierre) est le *preneur* ou *bénéficiaire* ; il en demeure *porteur* jusqu'au moment où il l'endosse ; alors, il devient *endosseur*, et le bénéficiaire de l'endossement (Louis) devient porteur et conserve cette qualité, soit jusqu'au moment où il touche du tiré le montant de la traite, soit jusqu'au moment où lui-même devient *endosseur*, en transmettant la traite à une autre personne qui en devient *porteur*. Il faut remarquer que la signature du *tiré* ne figure pas sur la lettre de change à l'instant de sa création. On peut donc craindre que le tiré ne refuse de payer à l'échéance, en disant qu'il n'est pas obligé. Aussi, afin qu'il soit tenu de payer, le bénéficiaire de la lettre de change ou tout autre porteur peut, avant l'échéance, présenter la traite au tiré pour qu'il l'accepte en y apposant sa signature ; le tiré devient alors *accepteur*. Il est le principal et non pas le seul débiteur de la lettre de change. En effet, le tireur et chaque endosseur du titre sont garants du paiement à l'échéance, de telle

sorte que le porteur non payé par le tiré, accepteur ou non, peut recourir contre les endosseurs ou contre le tireur pour obtenir le paiement. A chaque endossement le nombre des personnes tenues du paiement de la traite s'augmente d'une, et, de cette façon, plus il y a eu d'endossements, mieux l'acquittement de la lettre de change est assuré. L'endosseur qui paie peut recourir contre les endosseurs qui le précèdent et contre le tireur. Ainsi, chaque endosseur est garant de ceux qui le suivent et est garanti par ceux qui ont endossé le titre avant lui.

Toutes les opérations résultant de la lettre de change qui est, par elle-même, un acte de commerce (art. 632, *in fine*, C. com.), sont commerciales. Le législateur a reconnu à la lettre de change et, par suite, aux obligations qui en découlent, ce caractère, afin de mieux en assurer le paiement. Il résultait, en effet, de là qu'avant la loi du 22 juillet 1867, la contrainte par corps pouvait être exercée contre toute personne apposant, à quelque titre que ce fût, sa signature sur une lettre de change de 200 fr. ou plus. Il en résulte aujourd'hui notamment que toute action intentée contre le signataire d'une traite doit être portée devant le tribunal de commerce et est soumise à la procédure simple et rapide applicable aux procès commerciaux.

569. Il a été supposé plus haut, pour expliquer l'utilité de la lettre de change, que le *tireur* et le *preneur* ou *bénéficiaire*, sont en présence l'un de l'autre, et qu'ainsi le tireur crée directement la lettre au profit du bénéficiaire. Il en est rarement ainsi ; le plus souvent le négociant de Paris qui a une somme à toucher à Londres ne se trouve pas connaître un autre négociant de Paris qui a, au contraire, à faire à Londres un paiement. Il faut alors recourir à l'intermédiaire d'un banquier ; on peut dire que les banquiers achètent et vendent des lettres de change. Dans l'espèce présentée plus haut (n° 567), Paul (de Paris) tirera, par exemple, une lettre de change payable à l'ordre de Paul lui-même sur Léon (de Londres), puis il ira trouver un banquier et lui endossera la traite dont le banquier lui remettra le montant. De son côté, Pierre (de Paris), ayant un paiement à faire à Londres, se rendra chez ce banquier et lui demandera une lettre de change sur Londres, le banquier vendra et endossera alors à Pierre la traite qui lui a été transmise par Paul

Si l'on devait nécessairement procéder de cette manière, on se heurterait à de grandes difficultés ou même à des impossibilités pratiques. Tout d'abord, si le banquier auquel une lettre de change a été transmise, devait la conserver jusqu'à ce qu'une personne se présentât pour lui demander une traite, souvent il ne s'offrirait pas d'occasion favorable avant l'échéance, et le banquier risquerait d'encourir les déchéan-

ces qui frappent le porteur d'une lettre de change lorsqu'il n'en réclame pas le paiement à l'échéance. Ce n'est pas tout : la lettre de change ne peut pas se diviser ; le banquier ne pourra donc pas satisfaire aux demandes qui lui seront adressées, s'il a acheté une lettre de change de 10.000 fr. sur Londres et que des clients viennent lui demander cinq lettres de change de 2.000 fr. dont ils ont besoin. Aussi, dans la pratique, voici comment le plus souvent les choses se passent. Le banquier auquel une lettre de change est transmise par le tireur ne la conserve pas afin de pouvoir la vendre et l'endosser à un de ses clients ; il l'adresse à l'un de ses confrères avec lequel il est en compte courant dans la ville sur laquelle la traite est tirée. Son confrère (de Londres) en opère le recouvrement et est ainsi débiteur du banquier qui la lui a adressée, pour le montant de la lettre de change qui est porté au crédit de celui-ci (le banquier de Paris). Ainsi, le banquier de Paris, étant crédité de 10.000 fr. par son confrère de Londres, peut tirer sur ce dernier des lettres de change pour toutes les sommes inférieures à 10.000 fr. pour lesquelles il lui en est demandé ; le banquier de Paris crée donc directement des traites sur son confrère de Londres.

570. La lettre de change ayant été inventée pour éviter les transports de numéraire, il est certain qu'à l'origine, pour qu'il y eût lettre de change, on exigeait qu'elle fût payable dans un lieu autre que celui de sa création. Cette condition est appelée *remise de place en place* (*distantia loci*) ; elle était exigée par le Code de commerce français (ancien art. 110), qui considérait la lettre de change comme présupposant de toute nécessité un contrat de change dont elle était l'exécution. S'il s'agissait d'un ordre donné par écrit à une personne de payer à une troisième une somme dans le lieu même où l'ordre était donné, il n'y avait pas là une lettre de change, mais un simple mandat. Les obligations des signataires de cet écrit n'étaient pas, par suite, nécessairement commerciales et les règles spéciales à la lettre de change ne s'appliquaient point (1).

La condition de la remise de place en place avait disparu dans la plupart des pays étrangers (Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Etats scandinaves, Hongrie, Italie, Suisse, etc.) : on y admettait qu'une lettre de change peut être payable dans le lieu de sa création. On a justement constaté, en effet, que, si la lettre de change est parfois précédée d'un contrat de change et sert à éviter les transports de numéraire, elle sert souvent aussi d'instrument de crédit ou de paie-

(1) Parmi ces règles sont celles qui sont relatives au droit du porteur sur la provision. V. nos 612 et suiv.

ment et, pour qu'elle soit utile à ces deux points de vue, la remise de place en place n'apparaît pas comme nécessaire. Le législateur français s'est enfin décidé à supprimer aussi la remise de place en place ; une loi du 7 juin 1894 a modifié le paragraphe 1er de l'article 110, l'article 112 et le dernier paragraphe de l'article 632 du Code de commerce. D'après le nouveau paragraphe 1er de l'article 110, *la lettre de change est tirée, soit d'un lieu sur l'autre, soit d'un lieu sur le même lieu.* — La lettre de change doit être considérée au point de vue des divers services qu'elle rend.

571. La rapidité des communications est devenue si grande que des individus demeurant dans des pays très éloignés les uns des autres sont en relations commerciales. Il est alors utile, malgré la sécurité des routes et l'abaissement du prix des transports, de pouvoir éviter de transporter du numéraire. On y parvient à l'aide de la lettre de change. Avec ce titre on évite, du reste, toujours la gêne résultant des différences des monnaies. Lorsque j'ai à acquitter une somme d'argent à Londres, il faut à la rigueur que je me procure, pour y payer mon créancier, des pièces de monnaie ayant cours en Angleterre ; j'éviterai cette complication en achetant à Paris avec de la monnaie de France une lettre de change, payable à Londres, que je transmettrai à mon créancier.

Des lettres de change sont tirées de la France sur l'étranger ou à l'inverse et d'autres sont créées et payables en France : les premières sont les plus importantes, ce sont des instruments du commerce international.

D'après le Code de commerce (art. 76), il y a des intermédiaires officiels entre ceux qui veulent vendre et ceux qui veulent acheter des lettres de change : ce sont des *agents de change*. En fait, ces officiers ministériels ont abandonné depuis longtemps le droit exclusif que la loi leur confère en cette matière, et ce sont, comme il a été dit plus haut (n° 569), les banquiers qui font le commerce des lettres de change.

572. *Cours du change* — Combien se vend une lettre de change de 100 fr. ou de toute autre somme ? On ne peut pas faire de réponse absolue. La lettre de change est une marchandise et, par suite, n'a pas toujours le même prix ; le *change* est ce prix ; le *cours du change* est le prix moyen auquel se vendent les lettres de change. On dit que le change est *au pair* quand les lettres de change se négocient pour un prix égal à leur montant ; que le change est *au-dessus du pair* quand, pour avoir une lettre de change sur une certaine place, il faut débourser une somme supérieure à son montant ; et, au contraire, que le change est *au-dessous du pair*, quand la somme à débourser est inférieure.

Les causes qui influent sur le cours du change sont nombreuses : il appartient surtout aux économistes et aux financiers de les déterminer. Les principales de ces causes peuvent seules être indiquées ici. Le cours du change, comme celui de toutes les marchandises, est influencé par la loi de l'offre et de la demande. Lorsqu'il y a un grand nombre de lettres de change tirées de Paris sur Londres et qu'au contraire, les lettres de change sur cette dernière ville sont peu demandées, le cours s'abaisse ; dans le cas contraire, il s'élève. Le premier cas se produit, quand il y a plus de Parisiens créanciers que de Parisiens débiteurs d'habitants de Londres ; le second, quand le nombre des Parisiens débiteurs est, au contraire, supérieur au nombre des Parisiens créanciers.

On dit que le cours du change de Paris sur Londres est *favorable*, lorsqu'il est au-dessous du pair, et qu'il est *contraire* ou *défavorable*, lorsqu'il est au-dessus du pair. Il y a une limite au-dessus de laquelle, en général, le cours du change contraire ne s'élève pas ; il ne dépasse pas, en principe, le montant des frais que coûte le transport de numéraire. Ainsi, le cours du change de Paris sur Londres ne s'élève pas d'ordinaire au-dessus de la somme nécessaire pour envoyer en or une somme égale de la première dans la seconde ville ; autrement, celui qui a un paiement à faire à un créancier de Londres aurait plus d'intérêt à faire un envoi d'or qu'à acquérir à Paris une lettre de change payable à Londres et à la transmettre à son créancier.

Le rapport entre l'offre et la demande des lettres de change n'est pas seulement influencé par l'état des relations commerciales entre les villes dont il s'agit ; il l'est encore par d'autres causes qui font varier le cours du change. Ainsi, quand l'or est rare à Paris, et, par suite, fait prime, de telle façon que pour avoir 1.000 fr. d'or, par exemple, on doit donner 1.004 fr. ou 1.005 fr. en pièces d'argent, les lettres de change de Paris sur Londres, où la monnaie d'or est la monnaie normale, sont recherchées et le cours du change sur cette ville s'élève. Au contraire, le cours du change sur les pays où le papier-monnaie de l'Etat a cours forcé tend à s'abaisser ; les lettres de change sur ces pays sont moins recherchées (1).

Les variations des cours du change et la diversité de ces cours sur les différentes villes donnent lieu à des opérations appelées *arbitrages de change*, faites par les banquiers et qui peuvent leur faire réaliser des bénéfices. Pour comprendre la nature générale de ces opérations, il faut constater que, pour se procurer une somme d'argent dans une ville étrangère, on peut, au moyen de la lettre de change même, pro-

(1) Consulter Goschen, *Théorie des changes étrangers* (traduction Léon Say) ; Arnauné, *La monnaie, le crédit et le change* (3e édition, 1906).

céder de différentes manières. Ainsi, si j'ai à remettre à mon créancier de Londres 5.000 fr., je puis choisir entre les procédés suivants : *a*) je puis dire à mon créancier de Londres de tirer sur moi, qui habite Paris, une traite pour cette somme et de la négocier à Londres ; *b*) je puis acheter à Paris une lettre de change sur Londres et l'adresser à mon créancier anglais ; *c*) je puis acheter à Paris une lettre de change tirée sur une ville quelconque et la transmettre à mon créancier de Londres, pour que lui-même la négocie dans cette dernière ville. Les opérations consistant ainsi à choisir entre les différents procédés à employer constituent des *arbitrages de change* ; ils exigent la connaissance des cours du change ; selon les cours, l'un ou l'autre des procédés est plus avantageux.

Le cours du change est constaté en France par les agents de change, bien qu'ils n'usent pas de leur droit de négocier des lettres de change (art. 76, C. com.). V. nº 571. Il n'y a de constatation de cours que pour le *change extérieur*, c'est-à-dire pour les lettres de change tirées de France sur un pays étranger. Le *change intérieur* n'a pas d'importance ; aussi le cours du change entre les villes de France n'est pas constaté officiellement ; généralement les lettres de change tirées et payables sur notre territoire sont prises par la Banque de France pour les places sur lesquelles elle a des établissements ou par les banques privées pour une commission fixe. V. ci-après, nº 716.

573. La lettre de change ne sert pas seulement à éviter les transports de numéraire ; elle constitue encore une sorte de *papier monnaie*, à l'aide duquel on effectue les paiements et on évite l'emploi des espèces métalliques. Ainsi, Paul de Paris est créancier de Léon de Lyon pour une somme de 10.000 fr. ; Paul tire sur Léon une lettre de change de cette somme, Paul l'endosse à Thomas de Toulouse auquel il doit 10.000 fr. ; Thomas la transmet à son tour à Louis de Lyon qui est son créancier. Lorsque Léon (le tiré) payera à Lyon Louis (le porteur), un seul paiement de 10.000 fr. en espèces suffira pour éteindre les dettes de Léon envers Paul, de Paul envers Thomas, de Thomas envers Louis, qui au total s'élèvent à 40.000 fr.

Dans le commerce, les lettres de change circulent à peu près comme de la monnaie. Le législateur considère même comme aussi normal un paiement fait au moyen de la transmission d'une traite qu'un paiement en espèces (art. 446 et art. 575, C. com.).

574. Enfin, la lettre de change est un instrument de crédit. Celui qui a entre les mains une lettre de change non payable immédiatement peut aussitôt, en la transmettant à un banquier, obtenir la somme dont il a besoin et qu'il n'obtiendrait pas sur sa simple signature.

Un fabricant, par exemple, après avoir fabriqué une grande quantité

de marchandises en a vendu à crédit; il a besoin immédiatement d'argent pour continuer à faire marcher sa fabrique. Il a tiré sur ses acheteurs des lettres de change payables à trois mois, que ceux-ci ont acceptées ; il va trouver un banquier et lui offre de lui vendre ses lettres de change. Si le banquier a confiance dans le tiré et dans le tireur, il les prend ; il devient propriétaire de ces lettres de change par l'endossement que lui en fait le tireur et il en paie immédiatement à celui-ci le montant, moyennant une certaine retenue, qu'il opère à raison du temps qui doit s'écouler jusqu'à l'échéance des traites. On donne le nom d'*escompte*, soit à cette retenue, soit à l'opération même. Les opérations d'escompte sont les plus importantes des opérations que font la Banque de France et les banques privées ; la nature en sera examinée à propos des *opérations de banque* (n° 762). Le banquier (escompteur) a pour garantie de son avance la responsabilité du tireur et celle du tiré, si celui-ci a accepté. Il va de soi que ce n'est pas seulement le tireur qui peut recourir à l'escompte. ce sont aussi le bénéficiaire et un porteur quelconque ; alors, le banquier escompteur a pour garants du paiement, outre l'accepteur, le porteur qui a fait escompter la traite, les endosseurs antérieurs et le tireur. Plus il y a de signatures sur une lettre de change, moins le banquier escompteur court de risques. Aussi la Banque de France n'admet-elle à l'escompte que les traites revêtues de trois signatures au moins, c'est-à-dire qu'elle exige qu'il y ait au moins trois personnes solvables répondant du paiement de la traite. V. pour l'escompte des warrants, n° 463.

574 *bis*. Par cela même que souvent un commerçant obtient plus facilement de l'argent en faisant escompter une traite qu'en empruntant directement, les traites donnent lieu à des abus. Elles sont, en principe, créées pour régler des opérations réelles intervenues précédemment entre le tireur et le tiré ; c'est ce qui a lieu lorsque le tiré a acheté à crédit des marchandises au tireur ou quand le tiré est en compte courant avec le tireur. Mais, parfois, un commerçant gêné et à bout de ressources tire une lettre de change sur une personne qui ne lui doit rien, avec laquelle même il n'est peut-être pas en relations d'affaires ; il la fait accepter par le tiré auquel il promet de remettre les fonds pour payer la traite à l'échéance. Des commerçants s'entendent trop souvent pour se rendre réciproquement des services de cette sorte. On donne à ce genre de *traites* le nom d'*effets de complaisance* et l'on dit que ceux qui en émettent se livrent à des *circulations d'effets* ; ils peuvent être condamnés, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, pour banqueroute simple (1). Ces traites ne sont

(1) V. art. 585 3°, C. com. Il importe de remarquer qu'il peut y avoir des

pas d'ordinaire exactement payées et elles jettent la perturbation dans le commerce. L'obligation de payer ces traites est sans cause pour l'accepteur et partant nulle, mais la nullité ne peut pas être opposée au tiers porteur de bonne foi qui ignorait le vice du titre (1). Le fait de faire escompter de pareilles traites peut constituer un délit d'escroquerie. Il en est certainement ainsi, quand la traite est revêtue déjà de signatures autres que celles de la personne qui la présente à l'escompte. Il est douteux qu'il y ait escroquerie quand le tireur fait escompter une traite de ce genre, qui, n'ayant pas été acceptée, ne porte que sa signature ; on peut dire que, dans ce dernier cas, l'escompteur a eu confiance dans le tireur et qu'on ne se trouve pas en présence de manœuvres frauduleuses caractérisées qui sont indispensables à l'existence du délit d'escroquerie ; il y a simplement un mensonge écrit. V. C. pénal, art. 405 (2) (3).

574 *ter*. Il est facile de comprendre que les deux services rendus par la lettre de change comme instrument de paiement et comme instrument de crédit (nos 573 et 574), se conçoivent aussi bien pour une lettre tirée sur le même lieu que pour une lettre tirée sur un autre lieu. C'est pour cela que l'exigence de la remise de place en place n'avait plus de raison d'être (n° 570). L'expression traditionnelle de *lettre de change* subsiste, bien que le titre n'éveille plus nécessairement l'idée de *change*.

575. Du billet a ordre. — Le billet à ordre est un écrit plus simple que la lettre de change : par lui, une personne, appelée le *souscripteur*, s'oblige à payer une somme d'argent à une autre personne appelée le *bénéficiaire* du billet ou à l'ordre de celui-ci, c'est-à-dire à la personne à laquelle le billet sera transmis par endossement. Le billet à ordre se transmet par endossement de la même manière et avec les mêmes effets que la lettre de change ; tout endosseur est donc garant du paiement à l'échéance. Le billet à ordre, à la différence de la lettre de change, n'est pas nécessairement un acte de commerce, c'est-à-dire que toutes les personnes qui y apposent leur signature ne sont pas nécessairement obligées commercialement.

billets de complaisance (n° 575, *in fine*) ; la formule de l'article 585-3° s'y applique comme aux traites.

(1) Cf. Lyon, 30 mars 1897, D 1897 2. 385 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1900. 2. 145. V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 530[5].

(2) La jurisprudence admet actuellement une notion assez compréhensive de l'escroquerie. Cf. Cass., 22 décembre 1897, D. 1899. 1. 82.

(3) V., sur les *effets de complaisance*, notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 537 et suiv.

FORMULE DU BILLET A ORDRE

Paris, 20 janvier 1910. *B. P. F. 1.000.*

Au 20 avril prochain, je paierai à l'ordre de Pierre la somme de mille francs, valeur reçue en marchandises.

(*Signé*) JEAN.

Le billet à ordre peut être, comme la lettre de change, payable dans le lieu où il est souscrit ou dans un autre lieu (1). Il peut aussi servir au porteur d'instrument de paiement (art. 446, C. com.) ou de crédit au moyen de l'escompte. Mais il n'évite, par le seul fait de sa création, le transport de numéraire, qu'au cas où, créé dans un lieu, il est payable dans un autre ; dans ce cas, on appelle les billets à ordre *billets à domicile*.

Les billets à ordre sont parfois créés sans qu'il y ait aucune relation d'affaires antérieure entre le souscripteur et le bénéficiaire, pour permettre à celui-ci de se procurer de l'argent : ce sont alors des *billets de complaisance*, auxquels s'applique ce qui a été dit plus haut (n° 574) à propos des lettres de change tirées dans les mêmes conditions.

576. DU CHÈQUE. — Le chèque est défini par la loi du 14 juin 1865 (art. 1) *l'écrit qui, sous la forme d'un 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*. Le chèque présente une grande analogie avec la lettre de change, mais c'est un instrument de paiement et non, comme la lettre de change, un instrument de crédit, c'est-à-dire que le chèque ne forme pas l'objet des opérations d'escompte (2). Il sert surtout à une personne qui a déposé des fonds chez un banquier, à les retirer, soit directement, soit en donnant l'ordre au banquier de les remettre en tout ou en partie à une autre personne. Il est payable ou au porteur ou à ordre ou à une personne dénommée, sur la même place ou sur une place différente. Il n'est pas nécessairement commercial.

(1) Il en était, du reste, ainsi même avant la loi du 7 juin 1894, qui a supprimé la nécessité de la remise de place en place dans la lettre de change. La remise de place en place n'a jamais été exigée dans le billet à ordre.

(2) Cela tient à ce que le chèque est nécessairement payable à vue. Il en est de même, du reste, par identité de raison, de la lettre de change et du billet à ordre payables à vue.

FORMULE DE CHÈQUE

Paris, le vingt janvier 1910. *B. P. F. 500.*

A vue, veuillez payer à l'ordre de Pierre (ou *à Pierre* ou *au porteur*) *la somme de cinq cents francs que vous passerez à mon compte.*

(*Signé*) JEAN.

M. Paul, banquier à Lyon.

A. — DE LA LETTRE DE CHANGE.

577. Il sera traité successivement : 1° *de la création et des formes de la lettre de change*; 2° *de la transmission de la lettre de change*, c'est-à-dire de *l'endossement*; 3° *des garanties diverses assurant le paiement de la lettre de change* (*provision, acceptation, aval, solidarité*); 4° *du paiement et de ses effets*; 5° *du défaut de paiement et des recours auxquels il donne lieu*; 6° *des déchéances qui frappent le porteur négligent*; 7° *de la prescription libératoire*; 8° *des lettres de change imparfaites, à raison de vices de forme ou de l'incapacité des signataires*. — Ce qui concerne les *droits de timbre et d'enregistrement* et les *conflits des lois* fera l'objet de deux appendices communs à la lettre de change et au billet à ordre (nos 715 à 718, nos 719 à 724).

1° *Émission et formes de la lettre de change.*

578. La lettre de change est un acte solennel. Tout d'abord l'écriture est de son essence : on ne pourrait pas offrir utilement de prouver qu'une lettre de change est intervenue de vive voix. En outre, la lettre de change produit des effets spéciaux et des avantages particuliers y sont attachés ; pour que ces effets spéciaux se produisent et pour que ces avantages existent, il faut que le titre contienne les diverses mentions que la loi énumère (art. 110 et 111, C. com.). A ce point de vue, la lettre de change est un acte solennel.

579. La lettre de change est ordinairement un acte sous seing privé. Rien n'empêcherait, toutefois, de faire une lettre de change par acte notarié (1) ; il serait nécessaire de recourir à un notaire, si le tireur

(1) Cet acte serait dressé en brevet.

ne savait on ne pouvait écrire ou si l'on voulait constituer une hypothèque terrestre pour garantir le paiement (art. 2127, C. civ.).

Il n'est pas, du reste, exigé que la traite soit écrite entièrement par le tireur, il suffit qu'elle soit signée de lui; c'est ainsi que souvent les traites sont écrites par un caissier ou tout autre employé du tireur qui se borne à y apposer sa signature. La nécessité de la signature du tireur est si évidente que l'article 110, C. com., ne la mentionne même pas. Ne faut-il pas, du moins, que la signature du tireur soit précédée des mots *bon pour* ou *approuvé*, avec indication de la somme formant le montant de la traite, par application de l'article 1326, C. civ.? Cette formalité n'est pas exigée assurément, d'après le texte même de l'article 1326, C. civ., lorsque le tireur est un commerçant. La négative n'est pas douteuse, même pour le cas où le tireur n'est pas commerçant, si l'on admet, comme nous l'avons fait (n° 387), que l'article 1326 ne régit pas les actes de commerce. Mais ceux-là mêmes qui appliquent l'article 1326 aux actes de commerce faits par des non-commerçants, s'accordent, en général, a écarter cette formalité pour la lettre de change ; le législateur en a minutieusement déterminé les conditions de forme, et l'on ne doit pas y ajouter, en la soumettant à des formalités dont la loi n'a pas parlé.

580. Les mentions que doit contenir la lettre de change, d'après l'article 110, C. com., se réfèrent, soit aux personnes qui doivent être créancières ou débitrices en vertu du titre, soit à l'obligation même qu'il faut préciser quant à son objet, à sa cause, au temps et au lieu du paiement, soit aux circonstances de temps et de lieu dans lesquelles la traite est créée. A côté des mentions *légales* qui sont obligatoires, il peut y avoir des mentions *facultatives*, qui ont pour but de modifier les effets ordinaires de la lettre.

581. *Noms des parties*. — Le plus souvent trois personnes figurent en nom dans la lettre de change lors de sa création : le *tireur*, le *tiré*, le *preneur* ou *bénéficiaire* (1). Le tireur et le preneur seuls concourent à la confection du titre ; le tiré n'y intervient que postérieurement, s'il accepte. Le nom du tireur est indiqué par sa signature, tandis que le nom du tiré est mentionné au bas de la lettre sous la forme d'une adresse. V. la formule, n° 568.

Le *preneur* ou *bénéficiaire* est le premier propriétaire de la lettre de change, celui à l'ordre de qui elle est tirée. Le plus souvent, le *preneur* a fourni au *tireur* l'équivalent de la traite ; par exemple, il était, pour

(1) Cela ne se présente pas toujours : parfois, les noms de deux personnes seulement, le tireur et le tiré, sont indiqués dans la traite au moment de sa création. V. n° 591.

une cause quelconque, le créancier du tireur qui la lui a remise en paiement, ou le preneur a acheté la traite, ou il en a *escompté* le montant.

582. *Clause à ordre.* — La traite ne peut être ni payable exclusivement au preneur, ni payable au porteur. Elle doit nécessairement contenir la clause à ordre, de façon que la transmission puisse s'en faire par voie d'endossement. L'article 110 exige l'insertion de la clause à ordre, qui, ainsi, d'après une règle très formaliste, ne pourrait être sous-entendue, en disposant que la lettre de change est à l'*ordre d'un tiers* (c'est-à-dire du preneur).

583. *Date.* — La lettre de change doit être datée. Il y a là une exigence spéciale ; car, d'ordinaire, la loi n'exige pas qu'un acte sous seing privé soit daté (V. *exceptions*, art. 970, C. civ. ; art 138, 188 et 332, C. com ; art. 1er, L. 14 juin 1865 concernant les chèques). La mention de la date de la traite est utile à plusieurs points de vue : elle est parfois indispensable pour fixer soit l'échéance, soit le délai dans lequel la traite doit être présentée au tiré pour le paiement (art. 129 et 160) ; elle sert à reconnaître si le tireur était ou non capable lors de la création du titre, et spécialement s'il n'était pas, dès ce moment, en faillite, en liquidation judiciaire ou en état de cessation de paiements.

Ordinairement la date comprend, outre la mention du jour où la traite est tirée, celle du lieu de sa création. Cela était nécessaire, avant la loi du 7 juin 1894, lorsque la loi exigeait la remise de place en place, parce qu'il fallait que la traite contînt en elle-même la preuve de sa validité ; on devait pouvoir constater que la lettre avait bien été créée dans un lieu autre que celui où elle était payable. Quoique cette condition ne soit plus exigée, par la force de l'habitude, on continue à mentionner aussi soigneusement le lieu où la lettre est créée.

584. *Somme à payer.* — Dans l'usage, on énonce cette somme à la fois *en chiffres* en tête et à droite du titre et *en toutes lettres* dans le corps même de l'effet ; il n'y a là rien d'obligatoire (1).

585. *Lieu du paiement.* — Ce lieu devait, d'après le Code de commerce, être distinct de celui de la création du titre ; c'est en cela que consistait *la remise de place en place* (*distantia loci*) qu'exigeait l'article 110, en disposant que *la lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre* (aj. art. 632, *in fine*). Cette condition, qui avait déjà disparu de la plupart des lois étrangères, a été supprimée en France par la loi du 7 juin 1894, modifiant l'article 110 et l'article 632, C. com.

(1) S'il n'y a pas concordance entre la somme indiquée en chiffres et la somme écrite en toutes lettres, il semble rationnel de s'attacher à la seconde.

V. n° 570. Elle ne se conçoit plus alors que la lettre de change sert comme instrument de paiement ou de crédit et non pas exclusivement comme moyen d'éviter les transports de numéraire. Cette exigence avait encore quelque utilité avant 1867, alors que la contrainte par corps était admise pour toute dette commerciale de 200 francs au moins. Afin de jouir contre leur emprunteur de la garantie de cette voie d'exécution, les prêteurs (surtout les usuriers) pouvaient avoir l'idée de faire créer par lui à leur profit une lettre de change. Pour qu'il ne fût pas trop facile d'arriver à ce résultat, on pouvait trouver utile d'exiger que la lettre de change fût payable ailleurs que dans le lieu de sa création. Cette utilité de l'exigence de la loi a disparu avec la contrainte par corps en matière commerciale, supprimée par la loi du 22 juillet 1867.

586. *Échéance.* — Aux termes de l'article 110, C. com., la lettre de change énonce *l'époque où le paiement doit s'effectuer*. Cette énonciation a une grande importance à raison des formalités que doit, dans un délai très bref, remplir le porteur, quand il n'y a pas paiement à l'échéance (art. 161 et 162, C. com.).

L'échéance doit être indiquée d'une façon précise. On ne saurait, comme en matière de prêt (art. 1900, C. civ.), suppléer aux énonciations du titre, en confiant au juge le soin de fixer l'échéance, ni décider qu'à défaut d'indication de l'échéance, la lettre est payable à présentation. — L'échéance doit toujours être *certaine* ; elle ne pourrait être subordonnée à une condition autre que la volonté du porteur du titre ou même à un terme incertain (décès d'une personne, par exemple). La loi impose au porteur à l'échéance des obligations, dont l'accomplissement serait inconciliable avec une échéance dont l'arrivée pourrait être tout à fait imprévue. V. n^os^ 657 et suiv.

Le Code (art. 129 à 134) a pris soin d'indiquer les différentes manières dont l'échéance peut être fixée. On doit distinguer à cet égard deux classes de lettres de change : les unes sont payables à un jour fixe, les autres, à un jour indéterminé.

Lettres de change payables à jour fixe. — L'échéance peut être fixée par l'indication d'un jour déterminé. Il en est ainsi quand la lettre est déclarée payable le quantième de tel mois (le 1^er^ avril, le 15 juillet, le jour de la Saint-Jean d'été ou de la Saint-Pierre), quand elle est payable en foire, c'est-à-dire le jour où se tiendra la foire de telle commune (c'est un cas devenu rare), ou, enfin, quand elle est payable à un certain *délai de date*, c'est-à-dire à partir de la date de l'émission de la lettre de change. Ce délai, qui court du lendemain de cette date, peut

consister en jours, en mois ou en *usances*, on désigne par là un délai fixe de trente jours (art. 132) (1).

Si le jour de l'échéance est un jour férié légal (2), la lettre de change est payable le lendemain (art. 134, modifié par la loi du 28 mars 1904, C. com.) (3).

Des lois spéciales ont prévu quant à l'échéance d'autres cas particuliers. La loi du 23 décembre 1904 dispose que le paiement ne peut pas être exigé les 2 janvier, 16 août, 2 novembre et 26 décembre quand ces jours tombent un lundi, c'est-à-dire quand le jour de l'an, l'Assomption, la Toussaint, Noël est un dimanche (4). — La loi du 20 décembre 1906 déclare aussi que, *lorsque les fêtes légales tomberont un vendredi et un mardi, aucun paiement ne peut être exigé* (5) le lendemain des premières ou la veille des secondes (6).

Le délai exprimé en mois se compte de quantième à quantième (art. 131, al. 2), sans qu'il y ait à tenir compte de ce que le mois de l'échéance est plus long que celui de la création de la traite. Ainsi, une lettre de change tirée le 28 février, payable à 10 mois de date, devrait être payée le 28 décembre et non le 31 décembre.

Que décider si le mois de l'échéance ne renferme pas de quantième correspondant ? Par exemple, une lettre de change est tirée le 31 janvier, à un mois de date. Il semble juste de décider que l'échéance a lieu

(1) On ne tire plus, en fait, de lettres de change payables à une ou plusieurs usances de date.

(2) Les jours fériés légaux sont, outre les dimanches et fêtes concordataires (l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint, Noël), les lundis de Pâques, de la Pentecôte, le jour de l'an et le jour de la fête nationale (14 juillet). Les dispositions légales relatives aux jours fériés ont été maintenues par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

(3) Avant la loi du 28 mars 1904, l'article 134, C. com., décidait au contraire que la lettre de change était payable la veille quand elle était à l'échéance d'un jour de fête légale. Il y avait là, pour le débiteur, une disposition rigoureuse qui ne pouvait pas se justifier.

(4) On a voulu par là, sans faire, dans ce cas, du lundi une fête légale, que les banques pûssent être fermées et les commis jouir d'un jour de congé dont ils seraient privés sans cela.

Du reste, l'exigibilité est exclue par la loi du 28 mars 1904, dans les cas qu'elle vise, pour les paiements de toutes dettes : *aucun paiement d'aucune sorte sur effet, mandat, chèque, compte courant, dépôt de fonds ou de titres ou autrement, ne peut être exigé*, etc., dispose cette loi.

(5) La loi du 20 décembre 1906 a la même portée générale que la loi du 28 mars 1904. V. la note précédente.

(6) Le but de ces lois est surtout de permettre de fermer les banques, soit le lendemain de la fête légale tombant accidentellement un dimanche, soit le jour intermédiaire entre la fête légale et le dimanche ou entre le dimanche et la fête légale.

le dernier jour du mois correspondant, c'est-à-dire, dans l'exemple indiqué, le 28 février. Il faut, en quelque sorte, traiter les jours manquants à la fin du mois de l'échéance comme le faisait l'article 134 pour les jours fériés avant qu'il fût modifié par la loi du 28 mars 1904. V. note 3 de la page 443. Il résulte de là que les lettres de change tirées à un mois de date les 28, 29, 30 et 31 janvier d'une année non bissextile, arrivent à échéance le même jour, le 28 février suivant.

Lettres de change payables à un jour indéterminé. — Il y a des lettres de change dont l'échéance n'est pas fixée par avance, elles sont payables à un jour qui est fixé postérieurement par le fait même du porteur. On distingue à cet égard les lettres de change payables *à vue* et les lettres de change payables *à un certain délai de vue* (art. 129).

Les lettres de change *à vue* sont payables au moment même où le porteur les présente au tiré (art. 130). Le porteur peut les présenter immédiatement s'il le veut, mais non aussi tard que bon lui semble : les lettres de change payables à vue doivent, en principe, être présentées pour le paiement dans les trois mois de leur date, sous peine, pour le porteur, d'encourir de graves déchéances (art. 160, C. com.). Ce délai, applicable aux traites tirées du continent et des îles de l'Europe ou de l'Algérie et payables dans les possessions européennes de la France ou en Algérie, est augmenté en raison des distances (art. 160). Le tireur et les endosseurs sont, comme on le sait, garants du paiement à l'échéance, et le législateur ne veut pas que ces personnes soient trop longtemps exposées au recours du porteur, par suite du retard mis par celui-ci à réclamer le paiement.

Les lettres de change à vue sont assez rares. Si elles sont commodes pour le porteur qui peut réclamer le paiement quand bon lui semble, elles sont gênantes pour le tiré qui n'est pas prévenu du moment où le paiement lui sera réclamé. Au reste, en fait, pour des motifs qui seront indiqués plus loin à propos des chèques (n° 727), on ne tire plus guère de lettres de change à vue que pour des sommes n'excédant pas 400 francs ; au-dessus de cette somme, on a, au point de vue du droit de timbre, intérêt à tirer plutôt des chèques, et c'est ce qui se fait constamment.

Pour que le tiré ne soit pas pris au dépourvu, on tire des lettres de change *payables à un certain délai de vue*, qui peut être fixé en mois, en jours, en usances (art. 129). Le porteur doit présenter la lettre au tiré pour faire courir le délai de vue ; si, par exemple, une lettre de change est payable à 10 jours de vue et si elle est présentée au tiré le 31 juillet, elle sera payable le 10 août. Le point de départ du délai de vue est le jour de la présentation de la lettre et ce jour peut être constaté par le visa du tiré mis sur le titre. Le Code de commerce (art. 131)

dit que l'acceptation ou le protêt faute d'acceptation (acte d'huissier dressé pour constater que le tiré n'a pas voulu accepter) fait courir le délai de vue. Il ne faut pas s'attacher à la lettre de la loi sur ce point ; on ne voit pas pour quelle raison la présentation constatée par un simple visa ne suffirait pas et, d'ailleurs, il y a un cas où il serait impossible de se conformer au texte de l'article 131, c'est celui où la lettre de change, ayant été déclarée non acceptable, ne peut pas être présentée à l'acceptation. V. nº 622.

587. *Valeur fournie.* — Selon l'article 110, la lettre de change énonce *la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière* La *valeur fournie* est la cause de l'obligation du tireur qui garantit le paiement de la lettre de change : c'est ce qu'a donné le preneur au tireur pour que le titre fût émis à son profit (1). Il y a là une exigence exceptionnelle, car, en principe, une obligation est valable, bien que l'écrit qui la constate n'en mentionne pas la cause (C. civ., art. 1132). Pour justifier la disposition de l'article 110 sur ce point, on a dit notamment qu'elle a pour but de protéger le tireur et de faire en sorte qu'il ne se dessaisisse pas imprudemment de la traite, avant d'en avoir reçu la valeur, au profit d'un preneur qui la négocie et qui est ensuite déclaré en faillite. Mais il n'y a pas là une protection sérieuse : si le tireur a confiance dans le preneur, il ne craindra pas d'indiquer dans la lettre de change, comme reçue, une valeur qui ne lui a pas été réellement fournie. Aussi la plupart des lois étrangères n'exigent-elles pas l'indication de la valeur fournie.

La nature de la valeur fournie peut varier beaucoup selon les cas. Ce peuvent être des *espèces*, c'est-à-dire une somme payée par le preneur au tireur, c'est là ce qui a lieu quand le preneur, ayant besoin d'une somme d'argent dans une certaine ville, s'est adressé à un banquier qui a tiré au profit de ce preneur une traite sur l'un de ses correspondants. Il est possible que la valeur fournie consiste en *marchandises*, c'est ce qui se présente lorsqu'un acheteur tire une traite au profit de son vendeur. L'expression *valeur en compte* signifie que, le tireur et le preneur étant en relations d'affaires, le montant de la traite figurera à l'actif (au crédit) du tireur, dans le compte existant entre lui et le preneur. L'obligation du tireur peut avoir beaucoup d'autres causes commerciales ou civiles ; ainsi, il se peut que le tireur émette la traite, parce qu'il doit au preneur le prix de vente d'un immeuble, des

(1) Dans la pratique, on commet fréquemment une erreur à ce sujet ; on s'imagine que l'indication de la valeur fournie se réfère aux rapports du tiré avec le tireur, c'est-à-dire qu'on confond la *valeur fournie* avec la *provision*, V. nºs 612 et suiv.

loyers, etc. (1). Les mots de l'article 110, *ou de toute autre manière*, font allusion à la variété possible des valeurs fournies, mais n'impliquent pas que les parties peuvent indiquer une cause quelconque. La jurisprudence considère comme insuffisantes les expressions : *valeur reçue, valeur entre nous, valeur entendue, valeur en moi-même.* V. nº 591.

588. Il n'est pas nécessaire d'insérer dans le titre l'expression *lettre de change*. Cette exigence se rencontre dans plusieurs lois étrangères (*Allemagne, Autriche, Hongrie, Italie, Pays scandinaves*, etc.); elle s'explique par le désir du législateur d'attirer l'attention des parties sur les conséquences rigoureuses des obligations qu'elles contractent et sur les devoirs étroits imposés au porteur lors de l'échéance ; elle se comprenait surtout quand la contrainte par corps était admise. Mais le législateur français a pensé qu'il ne faut pas multiplier les conditions de forme dont l'inobservation est une cause de nullité et que, d'ailleurs, l'examen du titre révèle aisément que c'est une lettre de change.

589. Les énonciations dont il a été question jusqu'ici doivent se trouver dans la lettre de change la plus simple. Dans des cas particuliers, les effets ordinaires de la lettre peuvent se trouver modifiés par les circonstances ou par des mentions spéciales ; c'est ce qui a lieu notamment quand il y a plusieurs exemplaires de la même lettre de change, quand la lettre de change est tirée à l'ordre du tireur lui-même, quand elle est tirée pour le compte d'autrui, lorsqu'il y a, soit des *recommandataires* ou *besoins*, soit des *domiciliataires*. Il importe de parcourir ces différents cas, dont quelques-uns se présentent très souvent.

590. *Pluralité d'exemplaires.* — La traite peut être tirée en un seul exemplaire et ordinairement alors, bien qu'aucune disposition légale ne l'exige, elle l'indique, par exemple, ainsi : *Payez par cette seule de change*. Elle peut aussi être tirée en plusieurs exemplaires ; alors chaque exemplaire est numéroté. C'est le cas prévu par l'article 110, *in fine*, d'après lequel, *si elle* (la lettre de change) *est par 1re*,

(1) Il y a lieu de se demander si le droit, résultant pour le preneur de la lettre créée à son profit, remplace la créance qu'il a contre le tireur, c'est-à-dire s'il y a novation : cela offre un grand intérêt à raison notamment des garanties accessoires qui peuvent accompagner cette créance. On applique ici la règle selon laquelle la novation ne se présume pas (art. 1273, C. civ.), de telle sorte qu'à défaut de paiement de la traite, le preneur peut faire valoir toutes les garanties attachées à sa créance contre le tireur, à l'occasion de laquelle la lettre de change a été émise.

2e, 3e, 4e etc., *elle l'exprime*. Alors, on met sur chaque exemplaire : *payez par cette première* ou *par cette seconde* ou *payez par cette troisième de change*, etc. La formule la plus ordinairement employée est la suivante : *Payez par cette 1re de change, la 2e et la 3e ne l'étant. Payez par cette 2e de change, la 1re et la 3e ne l'étant* (c'est-à-dire n'étant pas payées), etc... Ces derniers mots, usités dans le commerce, ont pour but d'indiquer que le paiement fait par le tiré sur un des exemplaires de la lettre annule les autres exemplaires (art. 147, C. com.).

Il est important d'insérer ainsi dans chaque exemplaire des expressions indiquant qu'il y a plusieurs exemplaires d'une même lettre de change et non plusieurs lettres de change. D'abord, il n'y a pas plusieurs paiements à faire ; puis, si la lettre de change est soumise à un droit de timbre proportionnel, du moins, quand il y a pluralité d'exemplaires, le droit de timbre n'est dû qu'une fois (loi du 5 juin 1850, art. 10).

La pluralité des exemplaires est spécialement utile, lorsque la lettre de change est tirée d'un pays ou sur un pays d'outre mer. On peut alors craindre une perte ; pour l'éviter, on envoie plusieurs exemplaires par des navires différents dans le pays où la lettre est payable. Souvent aussi le tireur veut envoyer immédiatement au tiré la lettre de change pour qu'il l'accepte, mais il désire pouvoir la négocier en attendant et, pour cela, il est indispensable qu'il en conserve un exemplaire entre les mains.

Il ne faut pas confondre les *duplicata*, ou exemplaires multiples d'une lettre de change, avec les *copies*. Le tireur seul peut créer des exemplaires multiples, un porteur ne peut faire que des copies ; tandis qu'on peut faire payer la lettre de change sur un exemplaire, le paiement ne peut pas être exigé sur une simple copie. Parfois, l'original est envoyé dans un lieu sûr et ne circule pas ; une copie circule et permet au porteur de se faire délivrer l'original dans le lieu que la copie indique.

591. *Lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même.* — Il a été dit précédemment que la lettre de change contient le nom du preneur (n° 581) ; parfois, il n'y a pas un preneur distinct du tireur. Cela se présente quand, selon ce que prévoit l'article 110, la lettre est à l'*ordre du tireur lui-même*. Elle est alors ainsi conçue :

Paris, le 20 janvier 1910. *B. P. F. 10.000*

Au 20 avril prochain, payez à mon ordre la somme de dix mille francs.

(*Signé*) JEAN.

A Léon, négociant à Lyon.

En ce cas, on peut dire que le créateur de la traite réunit en lui les deux qualités de tireur et de preneur ; aussi est-il évident qu'il n'y a pas alors à indiquer de valeur fournie ; certaines personnes mettent pourtant alors dans la traite les mots *valeur en moi-même*, ce qui n'a aucun sens.

Quand celui qui a tiré une lettre de change à son ordre a trouvé une personne à laquelle il veut la transmettre, il l'endosse au profit de celle-ci : le tireur se trouve donc alors avoir signé deux fois la traite, une fois comme tireur et une autre fois comme premier endosseur. Ainsi, la lettre de change est créée utilement à l'ordre du tireur, lorsqu'au moment de sa création le tireur n'a pas encore trouvé de preneur et désire l'émettre immédiatement pour pouvoir obtenir l'acceptation du tiré. En pareil cas, sans doute, le tireur pourrait atteindre son but en laissant en blanc le nom du preneur ; mais il serait à redouter, surtout si la traite est envoyée à l'acceptation du tiré, qu'elle ne tombât entre les mains d'une personne de mauvaise foi qui l'utiliserait, sans avoir à commettre de faux, en remplissant le blanc à son profit.

Pour faire apercevoir dans quelles circonstances spéciales il peut être utile à une personne de tirer une lettre de change à son ordre, on peut citer les hypothèses suivantes :

a) Un négociant de Paris va faire des achats dans des villes de province ou en pays étranger. Il tire avant son départ des traites qu'il fait accepter par son banquier, pour les remettre à ses vendeurs. Ce négociant ne peut pas les créer à l'ordre de ceux-ci, car il ne sait point par avance à quels fabricants il achètera des marchandises. Que fait-il ? Il tire ses traites à son ordre et les endosse à ces vendeurs. — Ce cas n'est pas fréquent, le suivant est plus pratique.

b) Paul de Paris a vendu à crédit des marchandises à Louis de Lyon. Paul tire immédiatement sur Louis une lettre de change. Mais il ne peut pas l'émettre au profit d'un preneur, parce qu'il craint que Louis, n'agréant pas les marchandises, refuse d'accepter la traite. Que fait alors Paul ? il tire la lettre à son ordre sur Louis ; il l'envoie à celui-ci pour qu'il l'accepte, et c'est seulement après que la traite lui est revenue acceptée, que Paul la négocie et l'endosse.

C'est notamment dans des cas de ce genre que le tireur crée plusieurs exemplaires. Il peut redouter que la lettre de change, revêtue de l'acceptation du tiré, ne soit perdue ou volée alors qu'elle lui est retournée. Il charge un banquier habitant la même ville que le tiré d'obtenir de lui l'acceptation et il crée une autre exemplaire qu'il négocie. Le porteur de cet exemplaire retire l'exemplaire accepté des mains du banquier qui a *soigné l'acceptation*, afin de le présenter au tiré, lors de l'échéance, pour obtenir le paiement.

A la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même se rattachait une question sur laquelle la jurisprudence n'était pas fixée et qui a disparu depuis que la loi du 7 juin 1894 a supprimé la nécessité de la remise de place en place. Si la création de la lettre de change devait être faite dans un lieu autre que celui où elle était payable, du moins en général, les endossements pouvaient être faits dans le lieu même où le paiement devait être opéré ; on se demandait s'il ne fallait pas faire exception pour le premier endossement de la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même et décider que ce premier endossement devait être fait dans un lieu autre que celui du paiement. Ce premier endossement complète en effet la lettre, qui, jusque-là, n'est en quelque sorte qu'un projet.

592. *Domiciliataire.* — Aux termes de l'article 111, al. 1er, *une lettre de change peut être tirée sur un individu et payable au domicile d'un tiers*. Le tiers qui n'a pas à faire le paiement, mais chez qui il doit être opéré, est appelé *domiciliataire*. L'indication d'un domiciliataire peut être utile dans des circonstances diverses. Il en est ainsi notamment dans les cas suivants : *a*) Le tiré prévoit qu'à l'échéance, il ne sera pas à son domicile, et il demande au tireur d'indiquer que le paiement se fera à l'endroit où il sera alors, par exemple à l'hôtel où il sera descendu. *b*) Si le tiré habite la campagne, le plus souvent la lettre sera payable à la ville chez son banquier ; cela contribuera à en faciliter la négociation. Les lettres de change sont surtout domiciliées chez les banquiers dans les pays où les commerçants ont l'habitude, au lieu de garder dans leurs caisses leurs fonds disponibles, de les déposer dans des banques ; cet usage est très répandu en Angleterre (n° 726). *c*) Une lettre de change est tirée sur une ville qui a peu de relations d'affaires avec celle où la lettre de change est émise, et le tireur craint de ne pouvoir pas la négocier facilement. Il prie le tiré de lui indiquer une personne habitant une autre ville et chez laquelle le paiement de la lettre de change pourra être demandé. — On voit que, selon les cas, le domiciliataire est indiqué par le tireur dans la lettre de change ou par le tiré lors de l'acceptation. C'est cette dernière hypothèse que prévoit l'article 123, C. com.

593. *Recommandataire* ou *besoin*. — Le tireur peut craindre que le tiré n'accepte pas ou ne paie pas exactement à l'échéance. Parfois alors, pour éviter le recours du porteur, le tireur indique une personne pour accepter ou pour payer *au besoin* et lui *recommande* de le faire : de là viennent les noms de *recommandataire* ou de *besoin* employés pour désigner cette personne. V. article 173, C. com. — Un recommandataire peut être indiqué non seulement par le tireur,

mais aussi par un endosseur qui, à défaut d'acceptation ou de paiement par le tiré, veut éviter le recours auquel il est exposé comme garant.

594. *Lettre de change tirée pour le compte d'autrui.* — L'article 111, al. 2, C. com., indique qu'*une lettre de change peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers*. Il arrive fréquemment qu'une lettre de change est tirée par un mandataire, spécialement par le fondé de pouvoirs d'un commerçant ; le mandant, dont le nom figure dans la traite, est alors seul obligé, comme s'il avait émis lui-même la lettre de change. Ce cas n'a rien de particulier ; on lui applique les principes généraux du droit sur la représentation du mandant par le mandataire ; aussi n'est-ce pas celui que vise l'article 111, al. 2. En déclarant qu'une lettre de change peut être tiréelpour le compte d'un tiers, le Code a entendu se référer au cas où une personne tire une lettre de change en son nom, pour le compte d'un tiers, en agissant comme le fait d'ordinaire un commissionnaire (n° 475). Le rôle du tireur se dédouble alors pour ainsi dire : il y a un *tireur pour compte*, qui joue le rôle de commissionnaire, et le commettant, qui est appelé *donneur d'ordre* ou *ordonnateur*.

Les lettres de change sont tirées pour compte d'autrui dans des hypothèses très variées et, à plusieurs égards, il y a utilité à procéder de cette manière. Par exemple, un fabricant de Lyon, Louis, a vendu des soieries à un marchand en gros de Paris, Paul, qui les a revendues à un marchand en détail, Baptiste, de Bordeaux. Louis pourrait tirer une traite sur Paul et Paul en tirer une autre sur Baptiste. Cela serait compliqué et engendrerait des frais doubles. Paul peut dire à Louis de tirer une traite sur Baptiste ; Paul est le *donneur d'ordre* ; Louis, qui tire la traite en son nom, est le *tireur pour compte*. Cela se présente surtout dans les rapports entre deux pays différents, parce que le procédé permet d'éviter des droits de timbre (1).

Quelle est la nature des rapports qui existent entre les parties en cas de tirage pour compte ? Quelles sont leurs obligations ? — Le *tireur pour compte* est en rapport avec le donneur d'ordre, le tiré, le preneur et les cessionnaires successifs de la traite, tandis que le *donneur d'ordre*

(1) Par exemple, un banquier de Paris a une lettre à tirer sur un correspondant de Madrid ; il veut profiter d'un change favorable à Berlin, ou à Amsterdam. Il pourrait créer sa lettre au profit du correspondant qu'il a dans l'une de ces deux villes et celui-ci la négocierait à Berlin ou à Amsterdam, mais il y aurait à payer le timbre exigé en France et le timbre exigé en Allemagne ou en Hollande. En donnant l'ordre à son correspondant de Berlin ou d'Amsterdam de tirer sur le correspondant de Madrid, il évite le droit de timbre de la loi française.

n'est en rapport qu'avec le tireur et le tiré ; le nom du donneur d'ordre n'est pas inscrit ordinairement dans la lettre de change ; il n'est indiqué que par ses initiales ou des lettres de fantaisie, pour que le tiré, lorsque la lettre de change lui est présentée pour l'acceptation ou le paiement, sache bien ce dont il s'agit. Il y a un double mandat : le donneur d'ordre donne au tireur pour compte mandat d'émettre la traite, et au tiré avec lequel il est en relations, mandat d'y faire honneur en acceptant et en payant.

Le *tireur pour compte* est obligé, comme le serait le tireur ordinaire, envers le porteur, si celui-ci n'est pas payé à l'échéance ou n'obtient pas l'acceptation du tiré. Cela n'est qu'une application des principes généraux posés à propos de la commission (n° 437) : celui qui contracte en son nom est obligé, encore qu'il contracte pour le compte d'autrui. Du reste, le porteur connaît le tireur et ignore le plus souvent quel est le donneur d'ordre.

Pour les mêmes raisons, le tireur pour compte est obligé, à l'exclusion du donneur d'ordre, envers les endosseurs, à raison du défaut d'acceptation ou de paiement.

Mais le *tireur pour compte* n'est pas obligé envers le tiré pour le cas où celui-ci a payé *à découvert*, c'est-à-dire sans avoir reçu de quoi effectuer le paiement ; en pareil cas, c'est contre le *donneur d'ordre* que le tiré peut recourir pour se faire rembourser. Le *donneur d'ordre* est, en effet, en relations avec le tiré ; celui-ci sait pour le compte de qui la traite a été tirée, et il a payé en vertu du mandat qu'il a reçu du donneur d'ordre. Cette solution a été rendue certaine par une loi du 19 mars 1817, qui a modifié l'article 115, C. com.

595. Enonciations facultatives. — Les lettres de change contiennent souvent des clauses accessoires qui ne sont pas obligatoires et que même la loi ne mentionne pas. Les principales sont les clauses *suivant avis* ou *sans autre avis*, la clause *sans garantie* et la clause de *retour sans frais*.

La clause *suivant avis* signifie que le tiré ne doit pas accepter ou payer la traite avant que le tireur lui ait transmis un avis, sous peine d'engager sa responsabilité. La clause *sans autre avis* signifie, au contraire, que le tiré n'a pas besoin, pour accepter ou pour payer, d'attendre un avis spécial du tireur.

La clause *sans garantie* a pour but d'exclure une obligation qui pèse, en principe, sur le *tireur* et sur les *endosseurs*. Ils sont garants de l'acceptation et du paiement ; par cette clause, ils sont dégagés de cette garantie et n'ont pas à redouter un recours de la part du porteur ayant éprouvé un refus d'acceptation ou de paiement. Toutefois, quand

le tireur n'a pas fait provision, il ne saurait se prévaloir de cette clause ; il s'enrichirait injustement si, alors qu'il a reçu le prix de la lettre de change et n'a rien fourni en retour, il pouvait échapper aux recours des endosseurs et du porteur. Cf. n° 690.

La clause de *retour sans frais* a pour but de dispenser le porteur de remplir les formalités coûteuses qu'en principe, il doit accomplir, sous peine de déchéances rigoureuses, en cas de défaut de paiement à l'échéance. Les effets de cette clause seront examinés à propos des droits et obligations du porteur à défaut de paiement à l'échéance ; elle modifie les droits et obligations du porteur : il faut, par suite, les connaître exactement, pour apercevoir les effets de la clause dont il s'agit. V. nos 671 et 672.

2° *De l'endossement de la lettre de change.*

596. La lettre de change ne rendrait qu'une partie des services qu'elle rend, si elle devait rester entre les mains du preneur. Elle peut se transmettre, et sa transmission s'opère très simplement à l'aide d'une mention portée au dos du titre et appelée pour ce motif *endossement*. Ce qui rend une lettre de change transmissible de cette manière, c'est qu'elle contient la *clause à ordre* ; la loi française n'admet pas qu'un titre constitue une lettre de change sans cette clause (n° 502). Souvent une traite est, entre le jour de sa création et celui du paiement, l'objet d'un grand nombre d'endossements.

Du reste, l'endossement n'a pas toujours le même but : *a*) Ordinairement, il est fait pour transférer la propriété de la traite, de telle sorte que le porteur devient, à la place de l'endosseur, créancier des différents signataires du titre ; l'endossement peut alors être dit endossement translatif de propriété. Parfois (pour une raison de forme qui sera expliquée plus bas, n° 605), on le qualifie d'*endossement régulier*. *b*) On peut aussi endosser une lettre de change, non pour en transférer la propriété au porteur, mais afin de lui donner le mandat de la recouvrer, c'est-à-dire d'en toucher le montant (cet endossement est parfois appelé *endossement irrégulier*). *c*) Enfin, il est possible qu'une personne endosse une lettre de change au profit de son créancier, afin de la lui donner en gage. V. art. 91, dern. al., C. com. C'est un *endossement de garantie* ou *pignoratif*. V. plus haut, n° 439.

Ces trois sortes d'endossement sont régies par des règles différentes ; aussi est-il indispensable de les étudier séparément.

597. ENDOSSEMENT TRANSLATIF DE PROPRIÉTÉ OU RÉGULIER. — Les cessions de créances s'opèrent ordinairement d'après les règles

posées par les articles 1689 et 1690, C. civ. ; le cédant opère la délivrance en remettant le titre au cessionnaire ; de plus, il faut, pour que le cessionnaire soit saisi de la créance à l'égard des tiers, que la cession ait été signifiée par huissier au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Ces dernières formalités entraînent des frais et des lenteurs : la loi a voulu les éviter en matière de cession de lettres de change qui sont faites pour circuler facilement de mains en mains. Aussi admet-on que la lettre de change se transmet, même à l'égard des tiers, par un simple endossement, sans qu'il soit besoin de signification ou d'acceptation ; il en est, du reste, ainsi de tous les titres à ordre.

598. *Conditions de forme.* L'écriture est de l'essence de l'endossement comme de la lettre de change. Il doit se trouver au dos de la traite (d'où lui vient son nom) ; parfois, quand les endossements sont trop nombreux pour qu'ils puissent être tous portés sur la traite, on y joint une feuille de papier qu'on appelle une *allonge*, sur laquelle sont faits les endossements. — L'endossement, comme la traite elle-même, peut être écrit en entier par l'endosseur ou seulement signé par lui.

L'article 137 exige que cinq mentions soient inscrites dans l'endossement translatif. Si, par exemple, Paul a tiré sur Louis une lettre de change à l'ordre de Jacques, et si Jacques veut la céder à Pierre, Jacques écrira au dos :

Payez à l'ordre de Pierre,
valeur reçue en marchandises
(ou *valeur reçue comptant* ou *valeur en compte*)
25 janvier 1910.

(*Signé*) JACQUES.

Les cinq mentions que doit, d'après l'article 137, contenir l'endossement, sont : 1° la *date ;* 2° la *valeur fournie ;* 3° le *nom du cessionnaire* ou *bénéficiaire de l'endossement ;* 4° la *clause à ordre ;* 5° la *signature de l'endosseur.*

La *date de l'endossement* est surtout exigée pour empêcher qu'un individu déclaré en faillite ou sur le point d'y être déclaré ne parvienne à soustraire à ses créanciers les lettres de change qu'il a dans son portefeuille en les endossant. Par la date de l'endossement, on peut savoir si, à raison de l'époque à laquelle il a été fait, il y a ou non lieu de l'annuler en vertu des articles 443, 446 et 447, C. com., qui frappent les actes faits par le failli depuis le jugement déclaratif ou même, sous certaines

conditions, à partir de l'époque de la cessation de ses paiements. Il est vrai que l'endosseur, pour se soustraire à ces dispositions, peut antidater l'endossement; afin de prévenir cette fraude, le législateur l'a réprimée sévèrement. L'antidate d'un endossement est considérée comme un faux et, par cela même qu'ici, le faux est commis en matière commerciale, la peine des travaux forcés à temps est applicable (C. pén., art. 147). C'est là ce qu'exprime l'article 139, C. com., en disposant : *il est défendu d'antidater les ordres* (c'est-à-dire les endossements), *à peine de faux*. Cette disposition déroge au droit commun, d'après lequel il ne devrait pas y avoir crime de faux en pareil cas; il y a là un simple mensonge et, d'après le Code pénal, le faux ne peut consister que dans l'altération d'un écrit ou dans l'attribution à un tiers, dans un acte, d'une volonté qu'il n'a pas, en réalité, exprimée. Par cela même que la disposition de l'article 139, C. com., a un caractère exceptionnel, elle ne doit pas être étendue, d'autant plus qu'on est ici en matière pénale; en conséquence, le fait d'antidater une lettre de change ne constitue pas un faux.

L'exigence de l'indication de la *valeur fournie* ne se justifie pas mieux pour l'endossement que pour la lettre de change même (n° 587) : c'est une prescription surannée.

La *clause à ordre* est l'une de celles que l'article 137, C. com., exige dans l'endossement. Aussi, à défaut de la clause à ordre, comme à défaut de toute autre mention indiquée par l'article 137, C. com., un endossement n'opèrerait pas le transport et ne vaudrait que comme procuration, conformément à la présomption établie par l'article 138, C. com. V. n° 605.

599. *Effets de l'endossement translatif de propriété.* — Le premier et principal effet de cet endossement est de transférer la propriété de la lettre de change de l'endosseur au bénéficiaire de l'endossement (art. 136, C. com.). Celui-ci se trouve investi de la propriété *erga omnes*, sans qu'il soit besoin de remplir les formalités de l'article 1690, C. civ. Ce n'est pas la lettre de change seule qui lui est transmise, ce sont encore toutes les garanties y attachées, spécialement l'hypothèque ou le gage qui aurait été constitué pour en garantir le paiement; il n'y a là que l'application d'une règle générale en matière de cession de créance. V. art. 1692, C. civ. (1).

(1) On a prétendu à tort que, par dérogation à l'article 1692, C. civ, les hypothèques attachées à un titre à ordre ne sauraient être transmises, avec ce titre, par l'endossement. La loi du 10 juillet 1885 (art. 12) a tranché la question pour l'hypothèque maritime, comme l'avait, du reste, déjà fait la première loi sur l'hypothèque maritime du 10 décembre 1874. Il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer la même règle à l'hypothèque immobilière.

L'endossement a d'autres effets, à propos desquels on doit signaler des différences importantes entre l'endossement et la cession d'un titre de créance à personne dénommée, soumise, comme telle, aux formalités de l'article 1690, C. civ.

Comme la cession de créance ordinaire régie par le Code civil, l'endossement engendre l'obligation de garantie ; mais cette obligation a, en matière d'endossement, une étendue très grande. A moins de convention contraire, le cédant, d'après le Code civil (art. 1694 et 1696), garantit l'existence et la validité de la créance cédée, mais non la solvabilité future ni même actuelle du débiteur. L'endosseur est de plein droit garant du paiement à l'échéance ; l'article 140, C com., dispose, en effet : *tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur*. Cette différence s'explique par la différence des circonstances dans lesquelles interviennent une cession ordinaire de créance et un endossement. La première est relativement rare ; le cessionnaire connaît ou peut connaître le débiteur ; la solvabilité plus ou moins grande de celui-ci a dû être envisagée par lui L'endossement est fréquent, il se fait rapidement et souvent dans un lieu très éloigné de celui où la lettre est payable ; si le cessionnaire ne devait pas compter sur la garantie du cédant, il n'accepterait l'endossement qu'après avoir pris des informations minutieuses sur le débiteur principal de la lettre, ce qui entraînerait des retards préjudiciables à l'endosseur, ou bien il exigerait la garantie expresse de celui-ci.

600. Du reste, si la garantie du paiement est de la nature de l'endossement, elle n'est pas de son essence ; elle peut être écartée expressément par la clause *sans garantie* ou *à forfait*. L'endosseur alors n'est garant que de l'existence de la lettre de change, par exemple, si la lettre de change a été créée par un faussaire ; la clause sans garantie ramène ainsi au droit commun du Code civil (art. 1693 et 1694, C. civ.). Chaque endossement constitue un acte distinct, qui doit être envisagé en lui-même et séparément de ceux qui le précèdent ou qui le suivent, et, en principe, un acte n'a d'effet qu'entre les parties ; aussi la clause de non-garantie ne peut être invoquée que par l'endosseur qui l'a insérée dans son endossement ; l'obligation de garantie des endosseurs antérieurs ou postérieurs, qui ne se la sont pas appropriée, conserve toute son étendue.

Quand un endossement avec la clause *sans garantie* est fait au profit d'un banquier qui escompte la lettre de change, il retient, en sus de

V. aussi, pour le privilège du vendeur d'un fonds de commerce et le privilège du créancier gagiste sur un fonds de commerce, L. 17 mars 1909, art. 27.

l'escompte (*interusurium*), une certaine somme, qui est une sorte de prime d'assurance appelée parfois *un forfait*. On peut dire, en effet, que la clause sans garantie implique une sorte de contrat d'assurance en vertu duquel le bénéficiaire de l'endossement supporte, à la place de l'endosseur, le risque de l'insolvabilité du tiré et des différents signataires de la traite. La retenue opérée par l'escompteur à forfait est d'autant plus importante que la solvabilité des signataires de la traite est plus douteuse.

L'endossement *à forfait et sans garantie* intervient utilement dans un certain nombre de cas. On peut citer notamment les suivants :

a) Paul est en pourparlers avec Louis auquel il voudrait vendre des marchandises pour une somme importante. Louis demande un délai de quatre ou cinq mois pour le paiement du prix. Paul hésite à le lui accorder, parce qu'il n'a pas confiance dans la solvabilité de Louis, et ainsi, il semble que la vente ne pourra pas être conclue. Cependant, tout peut s'arranger si Louis a un banquier, Jules, qui a confiance dans sa solvabilité ; Louis souscrit au profit de Paul une lettre de change payable dans quatre ou cinq mois. Paul (le vendeur) fait escompter la traite par le banquier Jules : l'endossement a lieu au profit de celui-ci à forfait et sans garantie. De cette façon, Jules se charge du risque de l'insolvabilité de Louis, que Paul ne consentait pas à courir.

b) Quand (ce qui est fréquent) le commissionnaire vendeur est *ducroire*, il répond envers son commettant de la solvabilité de l'acheteur ; ce peut être là une responsabilité très lourde. Si le commissionnaire ducroire qui a vendu tire une lettre de change sur l'acheteur et l'endosse à un banquier auquel il la fait escompter sans garantie, il se décharge sur lui de la responsabilité résultant de la convention de ducroire.

601. Une autre différence très importante entre les effets de l'endossement et ceux de la cession de créance régie par le Code civil est relative aux moyens de défense ou exceptions qui peuvent être opposés au cessionnaire.

D'après le Code civil, le débiteur cédé, auquel la cession a été signifiée, peut se prévaloir contre le cessionnaire des moyens de défense ou exceptions qu'il eût pu opposer au cédant, à la condition que leur existence remonte à une époque antérieure à la signification de la cession. Ainsi, le débiteur cédé peut opposer la compensation au cessionnaire à raison de créances que ce débiteur a contre le cédant, pourvu que ces créances aient existé à son profit avant la signification. Mais il en est autrement lorsque la cession a été acceptée par le débiteur cédé ; cette acceptation est considérée par le Code civil (art. 1295) comme impliquant renonciation par le débiteur cédé au droit d'invoquer contre

le cessionnaire les moyens de défense qui existaient contre le cédant ou, tout au moins, la compensation légale résultant des créances du débiteur cédé contre le cédant.

En matière de lettre de change, en principe, le tiré et, en général, tout signataire ne peuvent se prévaloir contre le porteur des exceptions, c'est-à-dire des moyens de défense qui étaient opposables aux porteurs antérieurs, mais seulement de moyens de défense ayant pris naissance directement contre le porteur. On peut dire que le tiré et les signataires d'une lettre de change sont réputés avoir, par avance, renoncé au droit d'opposer au dernier porteur les exceptions opposables aux porteurs précédents. Cette règle a un caractère exorbitant, elle entraîne cette conséquence que souvent un porteur a plus de droit que les porteurs précédents. Elle s'est introduite en raison des nécessités pratiques (1); celui auquel une lettre de change est endossée et qui, par suite, en devient porteur, ne peut pas connaître par l'examen du titre quels moyens de défense a le tiré contre le porteur actuel, et la rapidité avec laquelle s'opère un endossement empêche celui au profit duquel il est fait d'aller se renseigner auprès du tiré sur les moyens de défense qui lui appartiennent. On exprime souvent la règle qui vient d'être posée, en disant que le tiré s'oblige, par son acceptation, non pas envers le tireur ni envers la personne qui est porteur de la traite au moment de l'acceptation, mais envers la personne inconnue par avance qui pourra être porteur lors de l'échéance, de telle sorte que l'accepteur est traité comme n'ayant jamais eu pour créanciers les porteurs précédents; on dit parfois aussi en ce sens que l'accepteur *doit à sa signature*. C'est une conséquence naturelle de la clause à ordre, tout au moins dans les effets de commerce (2); celui qui est débiteur en vertu d'un titre contenant cette clause, n'est pas obligé envers une personne déterminée. — Pour exprimer cette règle, on se sert parfois d'une formule latine empruntée au jurisconsulte italien Casaregis : *exceptio quæ obstabat cedenti vel giranti non obstat cessionnario vel giratorio*.

De cette règle résultent des conséquences pratiques nombreuses :

a) Le tiré, qui pourrait opposer la compensation à un porteur de la traite à raison d'une créance existant contre celui-ci, n'a pas le droit de s'en prévaloir contre celui qui est devenu porteur par suite d'un endossement postérieur.

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 130 et suiv. — Consulter Adolphe Pichon, *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre* (1904).

(2) Il est douteux que la règle spéciale dont il s'agit s'applique aux titres à ordre autres que les effets de commerce. V. notre *Traité de Droit commercial*, IV (3e édit.), n° 157, p. 135, et VI, n° 1457. V. aussi plus loin, n° 610.

b) La lettre de change a été créée sur le tiré et acceptée par lui à raison d'une dette de jeu qu'il avait envers le tireur. La loi refuse l'action en justice pour le paiement d'une dette de jeu (art. 1965, C. civ.), et, en conséquence, le perdant peut opposer l'exception de jeu au gagnant qui l'actionne devant un tribunal. Le tiré aurait donc l'exception de jeu contre le tireur, mais il ne saurait s'en prévaloir contre le tiers porteur. V. nº 602.

c) De même, le tiré qui a accepté la traite à raison d'une dette ayant une cause illicite ou immorale, dont il était tenu envers le tireur, ne peut opposer à un tiers porteur la nullité de son acceptation.

d) D'après l'article 14, C. civ., le Français, créancier d'un étranger même n'ayant point de résidence en France, peut le citer devant les tribunaux français, par dérogation à la règle de compétence *actor sequitur forum rei*. Quand un étranger, créancier d'un autre étranger non-résidant en France, cède sa créance à un Français, le cessionnaire peut-il, usant du bénéfice de l'article 14, C. civ., citer le débiteur cédé devant nos tribunaux ? La question est discutable, lorsqu'il s'agit d'une créance dont la cession est régie par le Code civil ; on peut, en effet, dire que le cessionnaire ne saurait avoir plus de droit que le cédant, et, dans l'espèce, le cédant, par cela même qu'il était étranger, ne jouissait point du bénéfice de l'article 14, C. civ. Il n'est pas douteux, au contraire, qu'un Français auquel une lettre de change tirée sur un étranger a été endossée par un étranger, peut actionner le débiteur devant les tribunaux de France ; car le tiré est considéré comme obligé envers le porteur actuel, sans avoir eu aucun engagement envers un porteur antérieur.

602. Il ne faut, toutefois, pas exagérer la portée de la règle. Elle n'est pas absolue ; elle subit des restrictions, résultant, soit des motifs qui lui servent de base, soit des principes généraux du droit.

a) Le tiré peut opposer à tout porteur les moyens de défense dont l'existence résulte des énonciations mêmes de la traite ; car tout porteur pouvait en avoir connaissance lors de l'endossement. Ainsi, le tiré peut se prévaloir contre tout porteur de ce que le titre ne contient pas toutes les mentions prescrites par le Code de commerce et n'est pas, par suite, une véritable lettre de change, ou de ce que la traite a été créée à raison d'une dette de jeu de l'accepteur envers le tireur, si, ce qui est du reste peu pratique, la cause de l'obligation y est mentionnée.

b) Le tiré peut se prévaloir contre le porteur actuel d'un moyen de défense qui eût été opposable au porteur précédent, quand il est prouvé que le porteur actuel s'est rendu complice d'une fraude destinée à écarter le moyen de défense dont il s'agit et à permettre d'obtenir le paiement du tiré. Il ne suffirait pas, selon nous, qu'il fût prouvé que le

porteur a eu connaissance du moyen de défense au moment où l'endossement a été fait à son profit (1). Autrement, le tiré soutiendrait presque toujours qu'il en a été ainsi, et les lenteurs qu'entraîneraient les débats sur ce point retarderaient le paiement, ce qui serait en contradiction avec l'esprit de la loi en cette matière.

c) Si la signature du tiré a été falsifiée et qu'ainsi, la lettre de change ait été revêtue d'une fausse acceptation, le tiré actionné peut opposer le faux au porteur actuel, encore que celui-ci n'en soit pas l'auteur. Il est impossible qu'une personne se trouve obligée comme accepteur sans sa volonté.

d) Si le tiré a accepté alors qu'il était incapable, par exemple, mineur ou interdit, il peut invoquer contre tout porteur la nullité de son acceptation pour ce motif. On ne comprendrait pas qu'un incapable pût échapper aux conséquences de son incapacité en s'obligeant par lettre de change.

e) On admet même généralement que, si le tiré avait été déterminé par la violence à accepter la traite, il pourrait invoquer ce vice du consentement pour faire annuler son acceptation, même à l'égard d'un porteur qui n'aurait en rien participé à la violence. Il y a là, en effet, un vice qui peut être invoqué contre toute personne. V. art. 1111, C. civ.

603. La lettre de change peut certainement, jusqu'à l'échéance, être endossée avec les effets attachés à l'endossement qui viennent d'être exposés. Rien n'empêche (car il n'y a dans la loi aucune prohibition à cet égard) d'endosser la lettre de change après l'échéance; mais l'endossement postérieur à l'échéance produit-il les effets d'un endossement antérieur? On a soutenu la négative et prétendu que l'endossement postérieur à l'échéance ne produit que les effets d'une cession de créance ordinaire, de telle sorte que le tiré pourrait opposer au porteur quelconque, lui réclamant le paiement, les moyens de défense qui étaient opposables à celui qui était porteur lors de l'échéance. On a dit en ce sens qu'à l'échéance, les droits des intéressés doivent être définitivement fixés et qu'il ne doit pas dépendre du porteur, en endossant ensuite la traite, d'enlever au tiré un moyen de défense qui lui appartenait. Cette solution, admise par la loi *belge* du 20 mai 1872 (art. 26), n'est pas consacrée par le Code de commerce français, et il est impossible de la sous-entendre; aucun texte, aucun principe ne permet de dire que le tiré a un droit acquis à se prévaloir des moyens de défense qui

(1) L'opinion contraire qui admet que le porteur ne peut repousser les exceptions opposables aux précédents porteurs, par cela seul qu'il a eu connaissance de ces exceptions, prévaut dans la jurisprudence et parmi les auteurs.

existent à son profit lors de l'échéance contre le porteur. C'est dans notre sens que se prononce la jurisprudence (1).

604. ENDOSSEMENT A TITRE DE PROCURATION. ENDOSSEMENT IRRÉGULIER. — Il arrive souvent que, par l'endossement, l'endosseur ne veut pas transférer au porteur la propriété de la lettre de change, mais lui conférer seulement le mandat d'en poursuivre le recouvrement ; les endossements faits au profit des banquiers ont fréquemment ce but. Les relations des parties (endosseur et bénéficiaire de l'endossement), soit entre elles, soit avec les tiers, sont alors régies par les règles du mandat et non par celles de la cession. De là découlent plusieurs conséquences importantes.

1. Le porteur, au lieu de conserver pour lui le montant de la somme touchée du tiré, doit en rendre compte à l'endosseur.

2. Le mandat résultant de l'endossement peut cesser par toutes les causes ordinaires mettant fin au mandat. Ainsi l'endosseur a le droit de révoquer le mandat donné au porteur ; en cas de faillite de l'endosseur, le mandat prend fin (art. 2003, C. civ.) et, par suite, le tiré qui paierait entre les mains du porteur s'exposerait à être obligé de payer une seconde fois.

3. Si un endossement translatif de propriété a eu lieu, et si le porteur tombe en faillite avant d'avoir payé le prix de la cession à l'endosseur, l'endosseur ne peut pas revendiquer la traite (art. 550, C. com.) ; elle fait partie de l'actif du failli, et l'endosseur a seulement le droit de se présenter dans la faillite comme créancier de la somme que le failli lui doit en retour de l'endossement fait à son profit, de telle sorte que l'endosseur est exposé à ne recevoir qu'un dividende. Au contraire, quand un endossement a été fait à titre de procuration à un porteur qui tombe en faillite avant d'avoir remis le montant de la traite à l'endosseur, celui-ci, en étant demeuré propriétaire, a le droit de la revendiquer, à l'exclusion des créanciers du failli (art. 574, C. com.).

4. Par cela même que l'endosseur est demeuré propriétaire de la lettre de change, le tiré peut opposer au mandataire, bénéficiaire de l'endossement, les moyens de défense opposables à l'endosseur, son mandant, et non des moyens personnels au porteur. Ainsi, le tiré peut se prévaloir de la compensation à raison d'une créance qu'il a contre l'endosseur, non à raison d'une créance qu'il a contre le porteur.

605. *Moyen de distinguer l'endossement translatif de propriété et l'endossement à titre de procuration.* — Les effets de l'endossement

(1) Cf. Cass., 21 juillet 1855, S. 1856. 1. 25 ; D. 1855. 1. 228 ; Cass , 18 août 1856, S. 1856, D. 586 ; D. 1857. 1. 39 ; Cass , 6 février 1906, S. et J. *Pal.* 1906. 1. 65 (note de Ch , Lyon-Caen).

fait à titre de procuration (n° 604) diffèrent profondément de ceux de l'endossement translatif de propriété (n° 599) ; il est donc important de savoir, dans un cas donné, quel endossement est intervenu. La solution de cette question est fort simple quand l'endosseur a pris le soin d'indiquer dans l'endossement le but dans lequel il l'a fait. Ainsi, il est évident, comme cela résulte des termes employés, qu'il y a endossement à titre de procuration, lorsque l'endosseur a écrit au dos du titre : *payez à l'ordre de..., valeur en recouvrement* ou *valeur à l'encaissement.* Souvent, rien n'indique formellement le but des parties ; à ne consulter que les principes généraux du droit, il y aurait seulement lieu alors de rechercher, d'après les circonstances, quelle a été leur volonté. Le Code de commerce a dérogé à ces principes, en consacrant deux règles : 1° *L'endossement qui contient toutes les mentions prescrites par l'article 137* (n° 598), *est translatif de propriété* (art. 136, C. com.) ; 2° *Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article 136, il n'opère pas le transport ; il n'est qu'une procuration* (art. 138). De là viennent les expressions d'*endossement régulier* et d'*endossement irrégulier,* employées pour désigner l'endossement translatif de propriété et l'endossement à titre de procuration. Ces expressions très usitées sont peu satisfaisantes ; on ne voit pas ce qu'il y a de plus régulier dans l'endossement translatif de propriété que dans l'endossement fait à titre de procuration.

Les règles admises par le Code de commerce, empruntées à l'Ordonnance de 1673, titre V, article 25, et abandonnées avec raison par les lois étrangères, paraissent dériver d'une ancienne idée, d'après laquelle la faculté de transmettre un titre par endossement constitue une sorte de faveur, dont on ne peut jouir qu'à la charge de remplir exactement les formalités déterminées par la loi. Les règles dont il s'agit peuvent être conformes à la volonté réelle des parties, mais aussi être en contradiction avec cette volonté. Ainsi, il se peut qu'un endossement, fait au profit d'un banquier dans le but de lui donner procuration, contienne toutes les mentions prescrites par l'article 137, C. com. ; à l'inverse, il est possible qu'un endossement, fait dans le but de transmettre la propriété, ne contienne pas toutes les mentions exigées par la loi pour l'endossement régulier ; ce peut être par négligence ou par ignorance que l'endosseur n'a pas indiqué la date ou la valeur fournie.

Aussi la question suivante se pose-t-elle : les règles du Code sont-elles absolues, de telle sorte qu'une personne y ayant intérêt ne peut pas prouver qu'un endossement irrégulier a été fait dans le but de transférer la propriété et doit produire les effets d'un endossement translatif, ou qu'un endossement régulier n'a été fait qu'à titre de procuration et ne doit avoir que les effets d'un mandat ? ou bien, au con-

traire; les règles dont il s'agit ne constituent-elles que des présomptions pouvant être détruites par la preuve contraire?

Quand un endossement ne contient pas toutes les mentions prescrites par l'article 137, peut-il être prouvé que les parties ont voulu opérer la translation de la propriété, et les effets de l'endossement translatif doivent-ils se produire? Le Code de commerce n'a pas admis une présomption irréfragable. Cette solution ne s'expliquerait pas rationnellement et elle pourrait produire des conséquences iniques : avec elle, l'endosseur qui aurait touché du porteur le prix de l'endossement pourrait, s'il était de mauvaise foi, demander à celui-ci de lui rendre compte du paiement de la lettre de change, en alléguant que l'endossement, étant irrégulier, ne vaut que comme procuration. Si la preuve est admise contre la présomption de la loi, l'est-elle sans restriction? On l'a soutenu anciennement; mais, depuis longtemps, la jurisprudence et la doctrine sont fixées dans le sens d'une distinction. Les parties, c'est-à-dire l'endosseur et le porteur, doivent pouvoir toujours prouver, l'une contre l'autre, que, bien que l'endossement soit irrégulier, il a transféré la propriété de la traite. On ne lèse ainsi aucun intérêt; on obtient, sans nuire illégitimement à qui que ce soit, un résultat très bon, celui de donner à l'endossement des effets conformes à la volonté des parties. Ainsi, en cas d'endossement irrégulier, le porteur peut prouver qu'il y a eu endossement translatif, afin de se faire dispenser de rendre compte du paiement. Au contraire, la preuve n'est pas possible contre la présomption de la loi, lorsque ce sont des tiers qui se prévalent de cette présomption. Ils doivent croire, comme ils sont en quelque sorte invités à le faire par la loi même, qu'un endossement irrégulier n'a été fait qu'à titre de procuration, et il serait injuste de prouver à leur encontre, alors qu'ils ont ignoré la réalité des choses, qu'il y a eu un endossement translatif. Ainsi, le tiré peut opposer à celui qui est porteur en vertu d'un endossement irrégulier, la compensation à raison d'une créance existant contre l'endosseur, sans que le porteur puisse être admis à écarter cette exception, en démontrant que c'est lui porteur qui est propriétaire de la traite, et qu'en conséquence, on ne peut lui opposer des exceptions du chef de l'endosseur.

Quand un endossement contient toutes les mentions prescrites par l'article 137, peut-il pourtant être prouvé qu'il a été fait à titre de procuration? Il est naturel d'appliquer ici les mêmes solutions que pour le cas inverse. Les parties peuvent entre elles prouver contre la présomption de la loi : ainsi, l'endosseur peut démontrer contre le porteur qu'il n'y a pas eu endossement translatif, afin d'obliger le porteur à lui rendre compte du montant de la traite. La preuve n'est pas admis-

sible contre les tiers ; ainsi, le porteur, auquel le tiré oppose la compensation à raison d'une créance que le tiré a contre lui, ne pourrait prétendre contre le tiré que, l'endossement ayant eu lieu à titre de procuration, l'endosseur a la propriété de la traite, et qu'en conséquence, le tiré ne peut opposer que des moyens de défense existant contre l'endosseur.

606. *De l'endossement en blanc*. — L'endossement en blanc consiste dans la signature de l'endosseur mise au dos de la lettre de change sans aucune autre mention. C'est donc, dans le système du Code français, un endossement irrégulier qui ne vaut que comme procuration.

Celui auquel une traite, revêtue d'un endossement en blanc, est remise, peut, d'après l'usage, en faire plusieurs emplois : *a*) Il peut d'abord, comme tout porteur, la garder jusqu'à l'échéance et en toucher le montant du tiré, sauf à rendre compte, en principe, du paiement à l'endosseur. *b*) Il peut (ce qui est rare) remettre la traite à une personne sans la signer et sans remplir le blanc, de telle sorte que, le nom de celui qui opère cette transmission n'apparaissant pas sur la traite, il échappe à toute obligation de garantir le paiement à l'échéance. *c*) Il peut remplir le blanc en mettant son nom avec les autres mentions exigées au-dessus de la signature de l'endosseur et endosser la traite à son tour. *d*) Il peut enfin remplir l'endossement en blanc en y mettant le nom du porteur auquel il la transmet, sans y faire apparaître son propre nom.

La lettre de change revêtue d'un endossement en blanc, tant que l'endossement n'a pas été rempli, circule comme un titre au porteur, c'est-à-dire qu'elle se transmet de la main à la main par la simple tradition et que la transmission qui en est faite n'engendre aucune obligation de garantie à la charge de ceux qui l'opèrent. Avec l'endossement en blanc, il est à craindre qu'une personne ne s'empare frauduleusement de la lettre de change en la détournant ou en la prenant, si elle a été perdue, et ne remplisse le blanc à son profit.

Les endossements en blanc sont fréquents. On peut y recourir dans différents buts. Il est possible que la personne à laquelle une traite est endossée préfère un endossement en blanc, afin de pouvoir la transmettre sans y faire figurer son nom et sans s'obliger, par suite, à la garantie du paiement. Le plus souvent, on recourt à l'endossement en blanc pour les causes suivantes. — Un banquier transmet à l'un de ses confrères ou à plusieurs un grand nombre de traites, et il n'a pas le temps de revêtir chacune d'elles d'un endossement complet. — Une personne adresse à un banquier des lettres de change pour les faire escompter ; elle n'est pas sûre que ce banquier les prendra à l'escompte.

Si des endossements complets étaient faits, il faudrait, dans le cas où ces traites ne seraient pas prises à l'escompte, que celui qui les a adressées à son banquier biffât l'endossement : ce serait une cause de défaveur pour la circulation ultérieure des traites ; on évite cet inconvénient au moyen de l'endossement en blanc.

607. *Pouvoirs conférés par l'endossement fait à titre de procuration.* — Celui qui est porteur d'une traite en vertu d'un endossement de cette sorte peut assurément en toucher le montant ou faire constater le défaut de paiement au moyen d'un protêt. Peut-il aussi transférer à une autre personne la propriété de la traite par un endossement régulier ? Il y a là une question d'étendue de mandat. Il est évident que ce pouvoir n'appartient pas au porteur, quand les expressions mêmes contenues dans l'endossement l'excluent ; c'est ce qui se présente quand l'endossement a été causé *valeur en recouvrement* ou *valeur à l'encaissement*. Mais, quand aucune expression ne restreint les pouvoirs du porteur, il est naturel de considérer qu'ils comprennent la faculté d'endosser la traite ; car il y a là le moyen d'en toucher le montant.

608. *Du recouvrement des lettres de change par les banquiers, par la Banque de France et par l'Administration des postes.* — Le plus souvent les endossements à titre de procuration sont faits à des banquiers, à la Banque de France ou à l'Administration des postes. Les banquiers se chargent, en général, d'opérer les recouvrements des lettres de change et de tous les effets de commerce, moyennant une commission qui est variable. Un grand nombre de recouvrements sont aussi faits par la Banque de France.

L'Administration des postes se charge, depuis 1879, d'opérer le recouvrement des effets de commerce qui lui sont remis dans ce but, pourvu que leur montant n'excède pas 2.000 fr. (décret du 19 janvier 1882. V. loi du 5 avril et du 17 juillet 1880). Des conventions internationales permettent de recourir aux administrations postales pour le recouvrement des effets payables en divers pays étrangers.

609. ENDOSSEMENT A TITRE DE GAGE. — Une lettre de change peut, au moyen d'un endossement, être constituée en gage par celui qui en est porteur, comme cela résulte de l'article 91, al. 2, C. com. La loi laisse à résoudre plusieurs questions.

Quant à la forme, il résulte des termes mêmes de l'article 91 (cet article parle d'un endossement *régulier*) que l'endossement doit contenir les mentions exigées par l'article 137, sauf qu'au lieu de *valeur fournie*, il y aura *valeur en garantie* ou une autre expression équivalente.

Quant aux droits du créancier gagiste, voici ce que nous admettons : l'échéance de la lettre survenant, le créancier peut et doit en demander

le paiement (art. 91, dern. al., C. com.) ; s'il l'obtient, il impute le montant de la lettre, jusqu'à due concurrence, sur sa créance ; s'il ne l'obtient pas, il exerce le recours qui, de droit commun, appartient au porteur non payé. La dette garantie peut venir à échéance avant la traite même ; comment le créancier réalisera-t-il le gage ? On ne peut appliquer littéralement l'article 93, al 1, C. com., puisque les lettres de change ne se vendent pas aux enchères ; on doit, semble-t-il, reconnaître au créancier gagiste le droit de négocier la lettre huit jours après une sommation faite au débiteur.

En ce qui touche les exceptions qui peuvent être opposées au créancier gagiste porteur de l'effet, il y a lieu d'appliquer les règles posées plus haut (n° 601) pour le cas de l'endossement translatif. Le créancier gagiste, à la différence d'un simple mandataire, a, quoique non propriétaire de l'effet, un droit propre qui, dans la mesure de la créance garantie, doit être aussi assuré qu'un droit de propriété.

610. DES TITRES A ORDRE EN GÉNÉRAL. — Les règles posées par le Code de commerce sur l'endossement des lettres de change sont d'autant plus importantes qu'elles doivent être appliquées, non seulement aux billets à ordre (art. 188, C. com.), mais encore à tous les titres à ordre. On ne saurait, semble-t-il, sans tomber dans l'arbitraire, créer des règles différentes pour l'endossement des autres titres à ordre (1).

8° *Des garanties diverses assurant le paiement de la lettre de change.*

611. La lettre de change est destinée à être payée à l'échéance. Pour qu'elle circule facilement, il faut que son paiement soit, autant que possible, assuré ; il peut l'être de plusieurs manières. D'abord, le tireur doit pourvoir au paiement à faire par le tiré, *faire la provision*, selon l'expression consacrée. Puis, le tiré, qui n'est pas tenu de payer la traite par cela seul qu'elle est émise sur lui, peut s'obliger à l'acquitter en l'*acceptant*. ce qui augmente les garanties de paiement, puisqu'il y a un obligé nouveau, l'accepteur, qui est le principal obligé. Le paiement est aussi assuré par la *solidarité* des différents signataires de la traite : grâce à elle, le porteur non payé par le tiré peut s'adresser à un signataire quelconque du titre et lui réclamer le paiement intégral. Enfin, il

(1) De graves difficultés s'élèvent sur ce point, spécialement sur l'application aux titres à ordre, autres que les effets de commerce, des règles spéciales aux exceptions non opposables au porteur (n° 601). V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 156-157.

se peut qu'une caution (*donneur d'aval*) vienne garantir l'obligation d'un signataire de la traite, ou encore qu'une hypothèque soit constituée ou qu'un gage soit donné pour garantir le paiement : il y a un gage garantissant la traite notamment quand c'est une *traite documentaire*. V. n° 640.

A. — *De la provision.*

612. En émettant la lettre de change, le tireur s'oblige à faire obtenir du tiré le paiement à l'échéance dans le lieu désigné ; il doit donc prendre les mesures nécessaires pour que ce paiement soit fait ; le moyen à l'aide duquel il y pourvoit constitue la *provision*.

La provision consiste, d'ordinaire, dans une créance qu'a le tireur contre le tiré et dont le tiré se libère en acquittant la traite. Une créance peut aussi exister contre le tiré dans deux circonstances bien différentes.

a) Il se peut d'abord que le tireur ait déjà fourni au tiré la valeur au retour de laquelle la créance a pris naissance. C'est là ce qui a lieu notamment quand le tireur a vendu des marchandises au tiré qui lui en doit le prix, quand un commettant tire une lettre de change sur son commissionnaire auquel il a adressé des marchandises en consignation, quand le tiré a emprunté au tireur une somme d'argent. Dans les cas de ce genre, le tiré qui acquitte la traite ne paie pas *à découvert* et, quand il paie, il n'a pas de recours contre le tireur, par cela même que le tireur lui a déjà fourni des valeurs en retour desquelles il a payé.

b) Il arrive souvent aussi que la créance du tireur contre le tiré, qui constitue la provision, est née sans que le tireur ait fourni aucune valeur au tiré ; c'est ce qui se présente lorsqu'un banquier ouvre un crédit à un de ses clients, et l'autorise à tirer sur lui des traites jusqu'à concurrence d'une certaine somme. La créance du client (*crédité*) contre le banquier (*créditeur*) constitue la provision de la lettre de change tirée par le premier sur le second. Dans les cas de cette sorte, le tiré paie à découvert, bien qu'il y ait provision, et il a, après avoir payé, un recours contre le tireur.

613. La provision a un rôle important ; elle intéresse différentes personnes qui interviennent dans la lettre de change. Le *tiré* n'accepte très souvent ou ne paie que lorsqu'il a une provision, grâce à laquelle il ne court pas les risques de l'insolvabilité du tireur. Le *porteur*, outre qu'il a plus de chance, lorsqu'il y a provision, pour obtenir l'acceptation ou le paiement de la traite, a sur la provision, d'après une jurisprudence constante qui sera exposée plus loin (n° 616), un droit spécial, dont les effets avantageux se produisent spécialement en cas de faillite ou de

liquidation judiciaire du tireur et en cas de non-acceptation de la traite par le tiré. Enfin, il sera expliqué, à propos des déchéances encourues par le porteur négligent, que le porteur qui, à défaut de paiement à l'échéance, ne remplit pas les formalités prescrites par la loi, n'est déchu du droit de recourir contre le tireur qu'autant que celui-ci a fait provision (nº 690).

614. *Qui doit faire la provision ?* — La provision, comme il a été dit précédemment (nº 612), doit être faite par le tireur quand la traite est tirée par celui-ci pour son propre compte (art. 115).

Mais, lorsque la lettre de change est tirée pour le compte d'autrui, c'est le donneur d'ordre qui doit fournir la provision : c'est lui, en effet, qui est le véritable intéressé. Seulement, en vertu de la disposition finale de l'article 115, il y a une distinction à faire (nº 594). A l'égard du tireur pour compte et du tiré, le donneur d'ordre seul doit faire la provision ; le tireur peut le contraindre à la fournir et c'est contre le donneur d'ordre que le tiré peut recourir quand il a payé sans avoir reçu provision. Mais, à l'égard du preneur, des endosseurs et du porteur, qui ne connaissent pas le donneur d'ordre, le tireur pour compte est tenu comme la personne qui tire une traite pour son propre compte ; par suite, le tireur pour compte ne peut pas leur opposer la déchéance de l'article 165, quand il n'y a pas provision, sous prétexte que c'est le donneur d'ordre qui aurait dû la fournir.

615. *En quoi peut consister la provision.* — D'après l'article 116, C. com., *il y a provision, si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie, est redevable au tireur, ou à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change*. Il a déjà été dit plus haut (nº 612) que la provision consiste dans une créance du tireur contre le tiré. C'est à l'échéance qu'il faut se placer pour savoir s'il y a dette et, partant, provision ; il n'y a pas provision, si le tireur, créancier lors de l'émission de la traite, a cessé de l'être avant l'échéance par suite d'une cause quelconque.

Y a-t-il provision quand le tireur est bien créancier du tiré, mais que la créance n'est pas exigible lors de l'échéance de la traite ? Non, en ce sens que le tiré ne peut être contraint d'accepter la traite ou de payer à l'échéance, ce qui lui enlèverait le bénéfice du terme. De même, le tireur ne pourrait opposer au porteur la déchéance à raison de la négligence de celui-ci, car il n'y avait pas, en réalité, à l'échéance une provision disponible. Mais, si l'on admet que le porteur a des droits spéciaux sur la provision, on ne voit pas pourquoi une créance non exigible lors de l'échéance de la traite ne serait pas, à titre de provision, affectée à la garantie de la lettre de change.

L'article 116 prévoit le cas où la créance du tireur est d'une somme au moins égale au montant de la traite. Y a-t-il provision quand la créance du tiré contre le tireur est d'une somme inférieure? Il paraît juste de donner une solution analogue à celle qui vient d'être indiquée à propos du cas où la créance n'est pas exigible lors de l'échéance de la traite. On ne peut reprocher au tiré de refuser d'accepter ou de payer pour le tout, et le tireur ne peut, pour repousser le porteur négligent, alléguer qu'il y a provision ; mais le porteur doit être admis à exercer sur la créance, qui forme en quelque sorte une provision partielle, les droits qu'on reconnaît au porteur dans le cas où la créance est égale au montant de la lettre de change (1).

616. *Droits du porteur sur la provision. Faillite ou liquidation judiciaire du tireur*. — Au sujet de la provision, une question capitale se présente, relativement aux droits du porteur. La provision, avons-nous dit, consiste dans une créance qu'a le tireur contre le tiré. Cette créance continue-t-elle à appartenir au tireur, ou bien, par le seul fait de la création de la lettre de change, passe-t-elle au preneur et est-elle transmise avec elle par l'endossement aux porteurs successifs, jusqu'à celui qui est porteur lors de l'échéance, de telle sorte que ce dernier est, en qualité de cessionnaire de la créance constituant la provision, créancier direct du tiré, à l'exclusion du tireur? Cette question n'a pas, en général, d'intérêt pratique quand le tireur est solvable. En effet, si le tireur était considéré comme étant demeuré créancier du tiré et retirait, en conséquence, la provision, c'est-à-dire se faisait payer par le tiré, le porteur que le tiré refuserait sans doute de payer, parce qu'il n'aurait plus de provision, exercerait un recours contre le tireur, et, comme celui-ci est solvable, le recours serait efficace : le porteur serait payé ; peu lui importe de l'être par le tiré ou par le tireur. La question offre, au contraire, un grand intérêt dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire du tireur. En effet, dans ce dernier cas, si la créance formant la provision avait continué de faire partie de l'actif du tireur, le syndic de la faillite du tireur ou le tireur assisté du liquidateur judiciaire toucherait du tiré le montant de cette créance ; le tiré refuserait alors, la provision lui ayant été retirée, de payer la traite au porteur ; celui-ci aurait bien un recours contre la faillite du tireur, ou contre la liquidation, mais, réduit à produire comme créancier, il n'obtiendrait qu'un dividende.

Pour que la question se présente, il ne suffit pas qu'il y ait faillite ou liquidation judiciaire du tireur : il faut encore que le tiré n'ait

(1) Rouen, 1er décembre 1854, D. 1855. 2. 121 ; S. 1856. 2. 269. — V., sur une question semblable qui se présente en matière de chèque, n° 739 *bis*.

pas un intérêt légitime à refuser de payer au tireur le montant de la créance formant la provision. Quand cet intérêt du tiré existe, il garde la provision entre ses mains, et, dès lors, la difficulté ne s'élève pas ; c'est ce qui a lieu, soit lorsque le tiré a accepté la lettre de change, soit quand la provision a été spécialement affectée au paiement de la lettre de change. En effet, quand le tiré a accepté, il est tenu envers le porteur de payer le montant de la traite et il a le droit de conserver la provision pour se couvrir des conséquences de son acceptation. Quand la provision a été affectée spécialement au paiement de la traite, c'est-à-dire quand la créance formant la provision a été constituée en gage pour en garantir le paiement, le tiré, qui a accepté cette affectation, est devenu partie au contrat de gage intervenu entre le tireur et le preneur ; il ne pourrait se dessaisir, sans engager sa responsabilité envers le porteur.

Il faut donc supposer que le tireur est en faillite ou en liquidation judiciaire et qu'il n'y a eu ni acceptation faite par le tiré, ni affectation de la provision au paiement de la traite ; alors, se pose notre question qu'on formule souvent ainsi : *la propriété de la provision est-elle transmise avec la lettre de change au preneur ou aux porteurs successifs*, de telle sorte qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du tireur, le porteur peut se faire payer directement par le tiré, à l'exclusion de la masse de la faillite ou de la liquidation judiciaire du tireur ? La question, toujours discutée en théorie (1), est tranchée en faveur du porteur par une jurisprudence constante (2).

Pour soutenir que le porteur n'a pas de droit sur la provision à l'exclusion de la faillite du tireur, on a dit que le porteur est un créancier ordinaire, qui doit concourir avec les autres créanciers dans la faillite ou la liquidation judiciaire du tireur ; qu'en effet, aucun texte légal n'accorde un privilège au porteur et que le contrat de change, dont la lettre est réputée être l'exécution, implique l'obligation pour e tireur de faire avoir au porteur une somme d'argent dans le lieu où la lettre est payable, mais n'implique pas une cession de créance.

Dans le sens de *la transmission de la propriété de la provision*, on a invoqué de nombreux arguments. Parmi eux, il en est d'une grande faiblesse ; le plus décisif est tiré de l'article 149, C. com. D'après cet article, qui sera expliqué à propos des règles relatives au paiement de la lettre de change (n° 648), *il n'est admis d'opposition au paiement*

(1) V. sur cette question, notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 177 et suiv. ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), nos 1448 et suiv.

(2) Cass., 2 juillet 1883, D. 1884. 1. 272 ; Cass., 21 mai 1884, D. 1884. 1. 291 ; S. 1885. 1. 64 ; *J. Pal.*, 1885. 1. 259 ; *Pand. fr. chr.*

qu'en cas de perte de la lettre de change, ou de la faillite du porteur. Il n'y a donc que deux cas dans lesquels l'opposition au paiement de la lettre de change est admise ; l'article 149 a certainement une portée limitative. S'il n'était pas reconnu que le porteur a un droit exclusif sur la provision, il faudrait, contrairement à l'article 149, admettre un troisième cas d'opposition, celui de la faillite ou de la liquidation judiciaire du tireur. En effet, si la créance constituant la provision continuait d'appartenir au tireur, le syndic de la faillite de celui-ci ou le liquidateur judiciaire réclamerait le paiement de cette créance au tiré ; dès lors, celui-ci n'acquitterait pas la traite, de telle sorte qu'il y aurait là indirectement une opposition au paiement de la lettre de change formée dans le cas de la faillite ou de la liquidation judiciaire du tireur, cas non visé par l'article 149 qui serait ainsi violé.

Cette théorie implique, ce qui mérite assurément d'être remarqué, que, par le seul fait de l'émission de la lettre de change et de l'endossement, la créance du tireur contre le tiré est cédée, sans que les formalités de l'article 1690, C. com., soient remplies.

617. Il importe de bien circonscrire cette théorie et d'en indiquer les principales conséquences pratiques, en dehors même de celle qui a été seule indiquée jusqu'ici (n° 616) pour le cas de la faillite ou de la liquidation judiciaire du tireur.

La jurisprudence admet la transmission de la propriété de la provision, que la lettre de change ait été acceptée ou non par le tiré. Mais, comme cette théorie est fondée sur ce que le tireur a entendu céder au porteur sa créance contre le tiré, on reconnaît que la lettre de change peut exclure cette cession. Il en est ainsi, d'après l'opinion générale, quand la lettre de change a été déclarée *non acceptable*. Le tireur paraît bien indiquer par cette clause qu'il entend se réserver complètement la disposition de la provision, puisque le porteur ne doit s'adresser au tiré qu'à l'échéance pour obtenir le paiement.

Les principales conséquences résultant du droit exclusif reconnu au porteur sur la provision sont les suivantes :

a) En cas de faillite, de liquidation judiciaire ou de déconfiture du tireur, le porteur est payé intégralement par le tiré ; il n'est pas soumis à la loi du dividende en recourant contre le tireur (n° 616).

b) A partir du jour où une lettre de change a été émise, les créanciers du tireur ne peuvent plus former une saisie-arrêt sur la créance du tireur contre le tiré, qui sert de provision.

c) La lettre de change elle-même ne donne de droit au porteur contre le tiré que lorsque celui-ci l'a acceptée. Mais le porteur, étant considéré comme cessionnaire de la créance du tireur contre le tiré qui forme la provision, peut agir, en vertu de cette créance, contre le tiré,

alors même que celui-ci n'a pas accepté. On est, par cela même, tenté de faire observer que, dès qu'il y a provision, l'acceptation n'a pas d'utilité. Il est cependant facile de prouver qu'il y a, sous plusieurs rapports, des différences entre le cas où il y a acceptation et le cas contraire. En cas d'acceptation, le tiré est obligé en vertu de la lettre de change; par suite, son obligation est commerciale ; en outre, il ne peut pas opposer au porteur les exceptions qu'il eût pu opposer au tireur (n° 601); enfin il ne peut obtenir des juges un délai de grâce (art. 157, C. com.). Quand il n'y a pas eu d'acceptation, s'il y a provision, la dette du tiré n'est pas nécessairement commerciale ; les juges peuvent lui accorder un délai de grâce (art. 1244, C. civ.) et il peut opposer au porteur les exceptions qui étaient opposables au tireur avant la création de la traite.

Il faut, du reste, remarquer que, le tireur n'étant tenu de faire provision qu'à l'échéance, tant que celle-ci n'est pas arrivée, le tireur peut librement disposer de la somme qui était destinée à l'acquittement de la lettre de change, sans que le tiré ait le droit de s'opposer à ce changement de destination, pourvu qu'il n'ait point accepté. Puis, le droit du porteur sur la provision peut être anéanti par le paiement de la dette fait par le tiré ; ce dernier se libère valablement entre les mains du tireur, tant que le porteur ne lui a pas fait défense de se dessaisir de la provision (1).

d) Il peut se faire qu'il y ait plusieurs lettres de change tirées par un tireur sur un seul tiré pour une somme totale excédant le montant de la provision, de telle sorte que celle-ci est insuffisante. Ainsi, Paul est créancier de Louis pour une somme de 80.000 francs, et il a tiré à des époques différentes sur Louis 5 lettres de change de 20.000 francs à l'ordre de 5 preneurs. Comment régler les droits des divers porteurs sur cette provision qui est inférieure de 20.000 francs au montant total des lettres de change ? La question ne peut pas être tranchée de la même manière dans tous les cas. Si des lettres de change les unes ont été acceptées par le tiré et les autres ne l'ont pas été, le tiré a le droit de payer avant tout, avec la provision, les traites revêtues de son acceptation ; ce sont celles qu'il a le plus d'intérêt à acquitter. Au contraire, s'il n'y a pas eu d'acceptation, il paraît logique de décider, avec la jurisprudence, que les porteurs doivent pouvoir se faire payer sur la provision dans l'ordre même des dates des traites. Le preneur de la traite qui a été créée la première a acquis les droits du tireur contre le tiré jusqu'à concurrence de cette première traite ; le

(1) Cpr. Cass., 1er juin 1858, D. 1858, 1. 387.

preneur de la seconde lettre n'a acquis les droits du tireur que sous la réserve des droits déjà cédés, et ainsi de suite.

618. Il n'est pas douteux que la théorie de la transmission de la propriété de la provision favorise dans une certaine mesure la circulation des lettres de change. Il n'y a pas, toutefois, là une garantie très sûre : elle disparaît lorsque le tireur retire la provision avant l'échéance ou quand la provision est insuffisante ou quand il y a à la fois faillite du tireur et du tiré. Aussi le preneur exige-t-il parfois d'autres sûretés, un aval, une hypothèque, un gage. V. nos 637 et 640.

B. — *De l'acceptation.*

619. Le tiré est étranger à la création de la lettre de change ; il n'y devient partie et n'est obligé envers le porteur que par son *acceptation*, c'est-à-dire par l'engagement qu'il prend d'acquitter la traite à l'échéance. Le tireur crée souvent la traite à son ordre et la fait accepter avant tout endossement, afin que la négociation en devienne plus facile (n° 591). Parfois aussi, la lettre de change est émise à l'ordre d'un preneur qui, en obtenant l'acceptation du tiré, a un débiteur de plus et aussi la chance de la négocier plus facilement, par cela même que le paiement en est mieux assuré.

Le tireur et les endosseurs sont garants solidaires de l'acceptation comme du paiement (art. 118), de telle sorte que le porteur peut, lorsqu'il y a refus d'acceptation, recourir contre eux. L'obligation pour le tireur et les endosseurs de procurer l'acceptation n'est pas indiquée dans la traite ; la loi la sous-entend, en consacrant les usages du commerce.

En règle générale, le porteur a seulement la faculté de présenter la traite à l'acceptation ; cette règle subit une double dérogation.

1° Il y a d'abord des lettres de change qui ne peuvent pas être présentées à l'acceptation. Ce sont : *a*) les lettres de change à vue ; quand le porteur les présente au tiré, elles doivent être immédiatement acquittées ; *b*) les lettres de change stipulées *non acceptables*. Par cette clause, le tireur se propose de conserver la libre disposition de la provision (n° 617), et il évite que le porteur, n'ayant pas obtenu l'acceptation, puisse recourir contre lui ; tel est le but de cette clause, spécialement lorsque le tireur craint de ne pouvoir faire la provision avant l'échéance ; car alors, il y a lieu de penser que le tiré n'acceptera pas à découvert.

2° Parfois, au contraire, il est dit dans la traite qu'elle devra être présentée à l'acceptation ; le tireur veut ainsi s'assurer que le tiré accepte le mandat qui lui est donné et pouvoir, en cas de contestation

de la part du tiré qui prétend n'être pas tenu d'une dette envers le tireur, faire juger le litige le plus tôt possible, au besoin pourvoir d'une autre manière au paiement à l'échéance. — Il sera dit plus loin (n° 622) que, contrairement à une opinion souvent admise, la lettre de change payable à un certain délai de vue ne doit pas nécessairement être présentée à l'acceptation pour faire courir ce délai. V. n° 586.

620. *Quand et comment l'acceptation peut être requise.* — L'acceptation peut être demandée à un moment quelconque du délai qui sépare la création de la traite de son échéance, par tout détenteur du titre, propriétaire ou non. Parfois, le tireur ou un porteur envoie la traite à un banquier, qu'il charge de *soigner l'acceptation*, c'est-à-dire de la présenter au tiré pour qu'il l'accepte.

L'acceptation est demandée au tiré en son domicile et, en cas de refus de sa part, aux personnes indiquées pour payer au besoin (n° 593).

Le tiré peut, soit refuser immédiatement d'accepter, soit accepter tout de suite, soit garder la lettre de change pendant 24 heures, afin de l'examiner et de réfléchir avant de prendre un parti (art. 125); pour constater le point de départ de ce délai, le porteur peut exiger un récépissé daté. Si la lettre de change n'est pas rendue acceptée ou non acceptée dans ce délai, celui qui l'a reçue est passible de dommages-intérêts envers le porteur (art. 125). Ce retard peut, en effet, causer un dommage au porteur, en lui faisant manquer une bonne occasion de négocier la traite ou en l'empêchant de recourir promptement, en cas de refus d'acceptation, contre le tireur ou les endosseurs qui deviennent insolvables dans l'intervalle.

621. *Conditions et formes de l'acceptation.* — Le tiré doit, en principe, ou accepter la lettre de change telle quelle ou refuser d'accepter; il ne peut pas modifier, en acceptant, les termes et clauses de la lettre. Si, en acceptant, le tiré fait des modifications de ce genre, le porteur a le droit de considérer l'acceptation modifiée comme équivalant à un refus d'acceptation et de recourir, en conséquence, contre le tireur et contre les endosseurs. Par suite, l'acceptation ne peut pas être conditionnelle (art. 122); ainsi, le tiré déclarant qu'il accepte sous la condition qu'il vendra les marchandises qui lui ont été consignées par le tireur, le porteur pourrait admettre qu'il y a là un refus implicite d'acceptation. S'il se contente d'une acceptation ainsi conçue, il n'a pas le droit de recourir contre le tireur et les endosseurs pour refus d'acceptation.

Toutefois, le porteur est obligé d'admettre une acceptation restreinte quant à la somme acceptée (art. 124). Alors, le porteur ne peut faire constater par un protêt le défaut d'acceptation que pour l'excédent

et ne peut recourir contre le tireur et les endosseurs que pour cet excédent (1).

622. *L'acceptation doit être donnée par écrit.* — D'après l'article 122, al. 1 et 2, *l'acceptation doit être signée ; elle est exprimée par le mot accepté.* Le mot *accepté* est le plus simple, mais il n'a rien de sacramentel ; toute autre expression équivalente, comme *je ferai honneur*, serait efficace. La signature du tiré suffirait même.

Il faut remarquer que la loi n'exige pas pour l'acceptation l'indication de la date. Il en est, toutefois, autrement lorsque la traite est payable à un certain délai de vue (art. 122, al. 3) ; dans ce cas, la date est utile pour faire courir ce délai. Cependant, la fixation du point de départ du délai et l'acceptation sont deux choses distinctes : l'acceptation non datée vaut comme acceptation et oblige le tiré ; à l'inverse, le délai de vue pourrait courir par suite d'un visa apposé sur la traite par le tiré sans qu'il y eût acceptation. V. n° 586.

Si la loi suppose que l'acceptation est donnée sur la lettre de change, est-ce à dire qu'elle ne puisse pas être donnée séparément, par exemple, dans une lettre missive adressée par le tiré au tireur ou à un porteur? Dans notre législation, une personne capable peut toujours s'engager valablement sans être astreinte à aucune formalité spéciale. En conséquence, il est incontestable que le tiré est obligé par une acceptation faite dans un acte séparé. Mais doit-il être considéré comme obligé en vertu de la lettre de change ? La négative doit être admise. Tout ce qui concerne la lettre de change doit, en principe, se trouver sur le titre ; quand le législateur a voulu déroger à cette règle, il l'a dit expressément (art. 142). Par suite, l'obligation du tiré, qui a déclaré accepter dans un acte séparé, n'est pas nécessairement commerciale ; elle n'est pas soumise à la prescription de cinq ans, applicable aux obligations qui dérivent de la lettre de change (art. 189) ; le tiré qui a ainsi accepté peut opposer au dernier porteur les exceptions qui étaient opposables aux porteurs précédents. Des auteurs ont prétendu que l'acceptation par acte séparé doit être assimilée en tous points à l'acceptation donnée sur la traite : ils méconnaissent le principe qui vient d'être rappelé et négligent de tenir compte de toutes les dispositions du Code de commerce supposant que l'acceptation est écrite sur la lettre de change (art. 122 et 125).

623. *Effets de l'acceptation.* — L'acceptation est un contrat unila-

(1) L'article 124 paraît *obliger* le porteur à faire dresser le protêt pour l'excédent. Cette disposition ne peut être prise à la lettre ; comme cela sera dit plus loin (n° 627), le porteur n'est pas tenu de faire dresser un protêt faute d'acceptation en cas de refus total ; il serait singulier qu'il en fût tenu en cas de refus partiel.

téral qui se forme entre le tiré et le porteur. Par elle, le tiré consent à recevoir le mandat du tireur, il devient débiteur et même débiteur principal de la lettre de change. En vertu d'une règle posée plus haut à propos de l'endossement (n° 601), le tiré, en acceptant, est réputé s'obliger non pas envers le tireur ou le porteur qui lui a demandé son acceptation, mais envers la personne inconnue par avance qui sera porteur de la traite lors de l'échéance. En même temps, l'acceptation libère le tireur et les endosseurs de leur première obligation, celle de procurer au porteur l'engagement du tiré. Une fois l'acceptation donnée, le porteur reste, sans doute, toujours libre de dégager le tiré envers lui, mais il ne peut pas, en agissant ainsi, enlever au tireur et aux endosseurs le bénéfice de l'acceptation et recourir contre eux comme s'il y avait un refus de la part du tiré.

Comme tout contrat, en général, l'acceptation est irrévocable, en ce sens que le tiré ne peut pas se dégager par sa seule volonté. Il ne peut même pas se faire restituer contre son acceptation, en alléguant qu'il a accepté dans l'ignorance de la faillite du tireur et que, comme il a accepté à découvert, il éprouverait un préjudice, s'il restait obligé, à raison de l'inefficacité de son recours contre la faillite du tireur (art. 121, al. 2, C. com.). Mais le tiré pourrait assurément faire rescinder son acceptation, s'il avait été déterminé à accepter par la violence ou s'il était incapable. La nullité de l'acceptation pour cause de violence ou pour incapacité est opposable à tout porteur (n° 602); au contraire, la nullité pour dol est opposable seulement à celui qui a pratiqué les manœuvres frauduleuses et non à un tiers porteur de bonne foi (n° 601).

624. Par cela même que l'acceptation est irrévocable, il importe de déterminer le moment précis où le contrat qui la constitue est formé. On admet généralement que le tiré n'est définitivement lié que quand il s'est dessaisi du titre et non au moment où il y appose sa signature, tant qu'il a la traite entre les mains. Il en serait autrement, si le tiré avait avisé de son acceptation, tout en restant dépositaire du titre, par exemple, pour le remettre au porteur d'un second exemplaire.

625. En dehors des effets principaux que produit l'acceptation (engagement du tiré, extinction de la première obligation du tireur et des endosseurs), elle a encore une conséquence importante en ce qui concerne la preuve de la provision. Le tireur est intéressé à ce que l'existence de la provision soit prouvée dans ses rapports *avec le tiré ;* celui-ci, après avoir payé la traite, demande au tireur à être remboursé et le tireur oppose que le tiré n'a pas payé à découvert, ou le tireur se plaint au tiré de ce qu'il a refusé d'accepter ou de payer, alors qu'il avait provision. La preuve de l'existence de la provision

intéresse aussi le porteur qui veut exercer ses droits sur elle à l'encontre du tiré ou des créanciers du tireur ; mais elle n'intéresse pas les endosseurs ; leur situation est la même, qu'il y ait ou non provision.

L'article 117, C. com., pose, quant à la preuve de l'existence de la provision, des règles peu claires et en partie inexactes. Il dispose : *L'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs. Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance : sinon, il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés.*

D'abord, la portée de la présomption de l'article 117 n'est pas aisée à déterminer. On ne voit pas bien entre quelles personnes l'acceptation fait présumer la provision. On ne saurait appliquer cette présomption dans les rapports entre le porteur et le tireur et dire que, quand le porteur non payé n'a pas rempli à l'échéance les obligations que la loi lui impose, il doit prouver, pour ne pas encourir de déchéance à l'égard du tireur, qu'il n'y avait pas provision, si le tiré a accepté ; car l'acceptation du tiré, faite pour augmenter les droits du porteur, ne peut empirer sa situation. Du reste, l'article 117, C. com., impose au tireur l'obligation de prouver l'existence de la provision, qu'il y ait ou non acceptation. Suivant certains auteurs, la loi voudrait dire que l'acceptation prouve la provision en faveur des endosseurs et du porteur contre le tiré, qui ne peut ainsi refuser le paiement en alléguant qu'il n'y avait pas provision. Cette interprétation n'est pas admissible ; le tiré est obligé quand il accepte, sans qu'il y ait à rechercher s'il avait ou non reçu une provision. La loi ne peut s'appliquer que dans les rapports entre le tiré et le tireur et doit, par suite, être entendue de la façon suivante : quand le tiré a accepté, s'il veut, après avoir payé, recourir contre le tireur, en prétendant qu'il a acquitté la traite à découvert, c'est à lui de le démontrer, car le tiré qui a accepté est présumé avoir reçu provision (1).

L'article 117, al. 2, dit que l'acceptation établit la preuve de la provision à l'égard des endosseurs. C'est là une disposition qui est dénuée de toute portée. Car, comme cela sera démontré plus loin, les droits du porteur non payé contre les endosseurs ne varient pas selon qu'il y a ou non provision, de telle sorte qu'à leur égard il n'y a pas intérêt à rechercher si la provision existe ou non (n° 691).

626. Du refus d'acceptation et de ses conséquences. — Il y a

(1) Cf. Cass., 30 novembre 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 360 ; *Pand. fr.* 1898. 1. 200.

refus d'acceptation proprement dit, lorsque le tiré a déclaré, lors de la présentation de la traite, ne pas vouloir l'accepter. Mais, ainsi que cela a été dit plus haut (n° 621), le tiré devant, quand il accepte, ne pas modifier les conditions de la traite, toute modification apportée à ces conditions par le tiré, dans son acceptation, autre que la restriction à une somme déterminée (art. 124), peut faire considérer celle-ci par le porteur comme un refus d'acceptation. Ainsi, le porteur peut traiter comme un refus l'acceptation subordonnée à la condition qu'il y aura provision à l'échéance ou à la condition que le tiré pourra opposer au porteur, quel qu'il soit, la compensation à raison de la créance qu'il a contre le porteur actuel (*accepté pour payer à moi-même*).

627. Le porteur peut subir le refus d'acceptation sans se plaindre : il n'en résulte contre lui aucune déchéance pour le cas où, postérieurement, le tiré n'acquitte pas la traite. Mais, à raison du refus d'acceptation, le porteur peut, s'il le préfère, recourir immédiatement contre le tireur et les endosseurs, qui sont garants de l'acceptation (n° 599).

Si le porteur veut exercer ses droits contre eux à raison du refus d'acceptation du tiré (1), il *doit* faire dresser par ministère d'huissier un acte qui constate authentiquement le refus du tiré ; c'est ce qu'on appelle le *protêt faute d'acceptation*. Il sera dit, à propos des droits et obligations du porteur en cas de non-paiement par le tiré, qu'il y a une autre espèce de protêt, *le protêt faute de paiement*. Les formes des deux protêts étant les mêmes, elles seront indiquées une seule fois, à propos du protêt faute de paiement (n° 662).

La seule différence à signaler entre les deux protêts (elle ne tient point à la forme), c'est que, par cela même qu'il est loisible au porteur d'exercer ou non son recours, la loi ne fixe pas le délai dans lequel le protêt faute d'acceptation doit être dressé, tandis qu'elle exige que le protêt faute de paiement soit fait le lendemain de l'échéance (art. 162, C. com.).

628. Le porteur, ayant fait dresser le protêt faute d'acceptation, peut recourir contre le tireur et contre les endosseurs. Qu'a-t-il le droit d'exiger ? L'acceptation du tiré avait été promise ; elle n'a pas été procurée. Le porteur peut en réclamer l'équivalent, c'est-à-dire l'engagement par une personne solvable de payer la traite : d'après l'article 120, le tireur et les endosseurs, auxquels est notifié le protêt

(1) En fait, presque toujours, le porteur qui éprouve un refus d'acceptation en avise à l'amiable son endosseur immédiat et ce n'est que s'il n'obtient pas satisfaction, qu'il fait dresser le protêt. — Dans le cas où il y aurait un recommandataire, pour obtenir son acceptation, il faudrait constater le refus par le tiré d'accepter. Cf. n° 634.

faute d'acceptation, doivent donner caution. Comme il est possible qu'on ne trouve pas facilement une caution, le tireur et les endosseurs peuvent, au lieu d'en fournir une, rembourser immédiatement le montant de la traite. Cette faculté de paiement anticipé constitue une dérogation à l'article 146, C. com., d'après lequel le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance (n° 645). Le paiement doit comprendre, d'après l'article 120, non seulement le capital de la lettre, mais encore les *frais de protêt et de rechange ;* sans cela, le porteur qui a éprouvé le refus d'acceptation ne serait pas indemne. Les *frais de protêt* sont ceux qu'il a dû faire pour le protêt faute d'acceptation. Quant aux *frais de rechange*, ce sont ceux qu'a dû supporter le porteur, quand, étant remboursé dans un lieu autre que celui où le paiement de la traite devait être fait, il a dû payer un droit de change pour se procurer une traite payable dans ce lieu.

629. A qui le porteur peut-il s'adresser pour réclamer une caution ou, à défaut de caution, le remboursement immédiat de la traite ? Au tireur et aux endosseurs, d'après l'article 120. Il peut poursuivre, soit collectivement tous ces obligés, soit l'un d'eux individuellement, par cela même qu'ils sont tenus solidairement. Mais le porteur ne peut plus rien réclamer quand il a reçu caution d'une de ces personnes ; on ne concevrait pas qu'il eût le droit de réclamer autant de cautions qu'il y a d'obligés. Du reste, quand plusieurs personnes doivent solidairement une chose, il suffit que l'une d'elles ait fourni cette chose pour que toutes soient libérées. V. article 1200, C. civ.

Si l'obligé qui a fourni la caution est le tireur, il ne peut recourir contre aucun autre signataire du titre, puisqu'il n'a pas de garant. Il n'en est pas de même, lorsque la caution a été fournie par un des endosseurs ; celui-ci peut recourir contre les endosseurs précédents et contre le tireur et les mettre dans l'alternative où l'a mis précédemment le porteur ; c'est ce que semble vouloir dire l'article 120, en décidant que le porteur et les endosseurs *sont respectivement* tenus de fournir caution, etc... Du reste, le choix fait par celui qui exerce le recours ne s'impose pas à son garant : ainsi, le tireur, actionné par un endosseur qui a remboursé le porteur, peut se contenter de lui donner caution ou à l'inverse.

630. Aux termes de l'article 120, al. 2, *la caution, soit du tireur, soit de l'endosseur, n'est solidaire qu'avec celui qu'elle a cautionné.* Ainsi, cette caution est tenue de la même manière que celui qu'elle a cautionné et, en même temps, elle a des droits identiques. De là résultent plusieurs conséquences : *a*) Le porteur n'ayant pas rempli lors de l'échéance les obligations que la loi lui impose, la caution d'un endos-

seur pourra, comme cet endosseur, lui opposer dans tous les cas la déchéance, tandis que la caution du tireur ne le pourra que s'il y a provision à l'échéance (nos 690 et 691). L'engagement d'une caution n'est donc pas absolument l'équivalent, pour le porteur, de celui du tiré accepteur ; l'accepteur ne peut jamais se prévaloir, pour être déchargé, de la négligence du porteur lors de l'échéance. *b*) La caution peut recourir, si elle paie, contre celui qu'elle a cautionné et contre les garants de ce dernier. Par suite, la caution d'un endosseur a, après avoir payé à l'échéance, un recours contre cet endosseur, contre les endosseurs précédents et contre le tireur, tandis que la caution du tireur n'a de recours que contre celui-ci.

631. Quand le tiré a accepté, le porteur n'a, en principe, plus rien à demander avant l'échéance. Toutefois, il en est autrement dans le cas de faillite de l'accepteur (art. 163, al. 2, et 444, al. 2, C. com.). La faillite, sans effacer l'acceptation, lui enlève presque toute son utilité ; aussi le porteur peut-il, comme s'il n'y avait pas eu acceptation, réclamer aux endosseurs et au tireur caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. V. analog. article 2020, C. civ. La loi ne parle pas du cas de faillite du tiré non accepteur. En effet, en pareil cas, la faillite met obstacle à ce qu'il y ait une acceptation valable.

Quand il n'y a pas acceptation, c'est le tireur qui est l'obligé principal. Aussi sa faillite permet-elle au porteur d'exercer contre les endosseurs les mêmes droits que si le tiré accepteur est en faillite : le porteur peut demander caution aux endosseurs, s'ils ne préfèrent payer immédiatement le montant de la traite (1).

632. Le refus d'acceptation a des effets importants en ce qui concerne les droits du porteur ; ils viennent d'être déterminés. Il y a lieu aussi de rechercher si, en refusant d'accepter la traite, le tiré n'engage pas sa responsabilité envers le tireur. Il est évident que le tiré n'encourt alors aucune responsabilité envers le tireur, quand il ne s'est pas engagé envers celui-ci à accepter et qu'il n'est pas le débiteur du tireur. Mais que décider, quand le tiré est tenu envers le tireur d'une dette liquide et exigible ? Cette circonstance suffit-elle pour que le tireur ait eu le droit de tirer une lettre de change et puisse se plaindre du refus d'acceptation ? Il n'y a sur ce point aucune disposition légale, mais il est conforme aux usages du commerce d'admettre l'affirmative entre commerçants et pour dettes commerciales ; les commerçants qui contractent sont réputés se référer à ces usages.

Quand le tireur a eu le droit de créer la traite, que le tiré l'y ait

(1) V., pour le cas de liquidation judiciaire, n° 1289.

autorisé expressément ou que l'autorisation résulte des usages qui viennent d'être mentionnés, le tireur peut, à raison du refus d'acceptation, demander au tiré de l'indemniser du préjudice que ce refus lui cause, spécialement à raison des frais du protêt qui ont dû être remboursés au porteur.

633. Acceptation par intervention. — En cas de refus d'acceptation par le tiré, il est possible qu'une personne se présente à l'huissier qui dresse le protêt pour accepter la lettre de change : on dit alors qu'il y a *acceptation par intervention* ou *sous protêt* ou *par honneur*. D'après l'article 126, al. 1, C. com., *lors du protêt faute d'acceptation, la lettre de change peut être acceptée par un tiers intervenant pour le tireur ou pour l'un des endosseurs.*

Le tiers qui intervient peut exécuter un *mandat* ou faire un acte de *gestion d'affaires ;* il exécute un mandat lorsqu'il était désigné dans la traite pour l'accepter à défaut du tiré (*besoin*). V. n° 593.

L'acceptation par intervention peut émaner d'une personne quelconque, pourvu qu'elle soit capable de s'obliger par lettre de change et aussi qu'elle ne soit pas déjà tenue en vertu de la traite, parce qu'autrement, l'engagement n'ajouterait rien aux droits du porteur.

Le tiré lui-même, n'étant pas obligé au paiement de la traite tant qu'il ne l'a pas acceptée, peut refuser d'accepter comme tiré et accepter ensuite par intervention. Quel intérêt peut-il avoir à agir de cette façon ? Pour s'en rendre compte, il faut savoir que le tiers intervenant a, quand il paie la lettre de change, un recours contre celui pour lequel il est intervenu et contre les garants de celui-ci. — Le tiré, qui a accepté en cette qualité, n'a jamais, après avoir payé à découvert, de recours contre les endosseurs, il ne peut en avoir que contre le tireur. Si un tiré n'a qu'une confiance limitée dans le tireur, il accepte par intervention pour un endosseur, afin de s'assurer, en cas de paiement, un recours contre cet endosseur et contre ses garants. — Ce n'est pas tout. Dans le cas spécial où la lettre de change a été tirée pour le compte d'autrui, le tiré qui a accepté comme tel et qui a payé, a un recours contre le donneur d'ordre et non contre le tireur pour compte. Si le tiré veut s'assurer un recours contre celui-ci, il faut qu'il refuse d'accepter comme tiré et accepte par intervention pour le tireur pour compte. — On peut aussi trouver à l'acceptation du tiré par intervention un autre intérêt. S'il accepte comme tiré, son acceptation fait présumer qu'il a reçu provision (n° 117) ; aussi est-ce alors au tiré à prouver qu'il a payé à découvert, quand il veut exercer son recours contre le tireur (n° 625). Pour écarter cette présomption, le tiré qui n'a pas reçu provision, peut, après avoir refusé d'accepter comme tiré, accepter la traite comme tiers intervenant. D'ailleurs, il arriverait plus sim-

plement au même résultat en indiquant dans son acceptation qu'il n'a pas reçu provision ; cette mention ne peut être critiquée par le porteur, dont elle ne modifie pas les droits.

634. *Conditions et formes de l'acceptation par intervention.* — Bien que la loi ne l'ait pas dit, il est certain que cette acceptation, comme l'acceptation ordinaire, doit être pure et simple (n° 629), mais qu'elle peut être partielle ; une acceptation partielle par intervention se conçoit surtout pour compléter une acceptation partielle du tiré (n° 621, *in fine*).

Une acceptation par intervention ne se justifie que lorsque la traite n'a pas été acceptée par le tiré ; aussi ne peut-elle se produire qu'après que le refus d'acceptation a été constaté par un protêt. L'intervention est mentionnée dans l'acte du protêt (art. 126) ; le tiers qui interviendrait pour accepter sans qu'il y eût protêt, serait, non un *accepteur par intervention*, mais un *donneur d'aval*.

D'après l'article 126, al. 2, l'intervention est signée par l'intervenant. Il semble conforme à l'esprit du Code de commerce d exiger que la signature soit donnée sur la traite même et non dans l'acte de protêt ; en principe, toutes les mentions relatives aux obligations dérivant de la lettre de change doivent se trouver sur le titre lui-même. Cf. n° 622.

635. *Effets de l'acceptation par intervention.* — Ces effets sont multiples, ils se produisent dans les rapports entre l'accepteur et le porteur, entre le porteur et les divers obligés, entre l'accepteur et celui pour le compte duquel il est intervenu.

Rapports entre le porteur et l'accepteur. — Celui-ci est obligé d'une façon irrévocable au paiement de la lettre de change. Toutefois, il n'est pas, comme l'accepteur ordinaire, débiteur principal, il a les mêmes obligations que celui pour le compte duquel il est intervenu, et, par suite, à l'échéance, le porteur doit demander d'abord le paiement au tiré.

Rapports du porteur et des divers obligés. — Lorsqu'un tiers accepte par intervention, le porteur est-il tenu de se contenter de son engagement et perd-il par cela même le droit de recourir contre les endosseurs et contre le tireur, droit qui lui appartient, en principe, en cas de refus d'acceptation ? L'article 128 décide que le porteur conserve tous ses droits, nonobstant toutes acceptations par intervention. Cette disposition ne peut pas être prise à la lettre : autrement, l'acceptation par intervention serait sans utilité ; elle ne soustrairait pas aux poursuites du porteur ceux pour lesquels elle est donnée. Voici simplement le sens de l'article 128 : comme l'accepteur par intervention peut être insolvable, le porteur n'est pas tenu de se contenter de son engagement

et de s'abstenir de recourir contre les endosseurs et le tireur pour réclamer une caution. Mais, si l'accepteur par intervention est solvable, de deux choses l'une : ou le porteur se contentera de son engagement, ou, s'il ne s'en contente pas, en alléguant l'insolvabilité de cet accepteur, le tireur ou l'endosseur intéressé plaideront pour faire constater que l'accepteur est solvable et que, dès lors, le porteur n'a rien à leur réclamer.

Rapports de l'accepteur, des divers obligés et de celui pour qui il est intervenu. — Celui pour qui l'accepteur est intervenu, peut, comme s'il avait fourni une caution (art. 120), recourir contre ses garants afin de leur demander une caution, s'ils ne préfèrent payer immédiatement. V. n° 628. Si l'accepteur est obligé de payer à l'échéance, il a un recours contre celui dont il a fait l'affaire et contre les garants de ce dernier; mais, jusqu'au paiement, il n'a aucune action contre eux.

L'accepteur par intervention doit notifier sans délai son intervention à celui pour le compte duquel il est intervenu (art. 128). Cette formalité, sans constituer une condition de la validité de l'acceptation par intervention, a une grande utilité : elle met l'obligé pour qui l'intervention a eu lieu, à même de défendre ses intérêts : si c'est le tireur, il n'envoie pas la provision au tiré ou il la lui retire : si c'est un endosseur, il est averti qu'il peut recourir contre les endosseurs précédents et contre le tireur.

636. Il est possible que plusieurs personnes se présentent pour *accepter* par intervention : la loi n'a pas prévu cette hypothèse comme elle a prévu celle où plusieurs personnes veulent *payer* par intervention une même lettre de change. V. art. 159, C. com., n° 685. Il n'y a pas de motif pour ne pas admettre tous les accepteurs ; l'obligation d'une personne n'exclut pas celle d'une ou plusieurs autres.

C. — *De l aval.*

637. L'article 141, C. com., dispose que *le paiement d'une lettre de change, indépendamment de l'acceptation et de l'endossement, peut être garanti par un aval.* — L'*aval* est un cautionnement fourni pour faciliter la négociation de la lettre de change, en en assurant mieux le paiement (1).

Le donneur d'aval peut cautionner, soit le tireur; soit l'un des endos-

(1) On ne connaît pas avec certitude l'étymologie du mot *aval*. Il vient peut-être des mots latins *ad valorem*, parce que l'*aval* ajoute à la valeur de la lettre de change. V. une autre étymologie dans le *Dictionnaire de la langue française*, de Littré, au mot *aval*.

seurs. Il faut nécessairement que le donneur d'aval soit un tiers (art. 142, al. 1er) non obligé au paiement de la traite, autrement l'aval n'ajouterait rien à la valeur de celle-ci. Rien n'empêche qu'une lettre de change soit avalisée par le tiré ou par un recommandataire qui n'a pas encore accepté : ces personnes qui n'ont d'ordinaire, après avoir payé, de recours que contre le tireur, en ont contre la personne dont elles ont avalisé la signature et contre les garants de cette personne.

638. *Formes de l'aval.*— L'écriture est exigée comme pour tous les engagements se rattachant à la lettre de change : l'engagement verbal de garantir le paiement d'une traite serait un cautionnement ordinaire et non un aval. Aucune expression n'est indiquée par la loi ; le donneur d'aval écrit d'ordinaire : *bon pour aval* ou *pour aval* ou *bon pour*, puis il signe ; la signature mise à côté de celle de l'obligé qu'on veut cautionner suffirait. Pour les raisons déjà données plus haut (n° 579), l'indication de la somme en toutes lettres (art. 1326, C. civ.) n'est pas exigée. Il n'est pas non plus nécessaire que l'aval soit daté.

Par dérogation à la règle générale, selon laquelle la lettre de change doit contenir l'indication de tous les engagements qui s'y réfèrent, l'aval peut être donné sur la lettre même ou *par acte séparé*. L'aval implique un certain doute sur la solvabilité de celui pour qui il est donné ; on ne veut pas parfois qu'il discrédite la signature de celui-ci. Grâce à la faculté de donner un aval par acte séparé, on peut se porter caution par un seul acte pour le signataire de plusieurs lettres de change, et rien n'empêche de donner à l'avance un aval pour une traite ou pour une série de traites à créer.

Parfois, l'aval est déguisé sous la forme d'un endossement ; c'est ce qui se présente dans le cas suivant : Paul veut négocier une traite à Pierre, mais Pierre n'a pas confiance dans la solvabilité de Paul, et il subordonne la négociation à la condition qu'un banquier, Louis, garantisse la signature de Paul. Alors, Paul endosse la lettre de change à Louis, qui à son tour l'endosse à Pierre. De cette façon, à défaut de paiement par le tiré, Pierre a un recours contre lui et contre Paul. On arrive au même résultat que si Louis avait cautionné Paul.

639. *Effets de l'aval.* — Ils sont identiques, que l'aval soit donné sur la lettre de change ou par acte séparé. D'après l'article 142, C. com., *le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties*. Le donneur d'aval est considéré comme la caution solidaire de celui dont il se porte garant ; il est donc assimilé au tireur ou à un endosseur au point de vue de ses obligations et de ses droits, selon qu'il a cautionné le tireur ou un endosseur.

Il résulte de l'article 142, C. com., que le donneur d'aval est tenu commercialement. Il doit donc être actionné, s'il y a lieu, devant le tribunal de commerce et, avant l'abolition de la contrainte par corps en 1867, il était contraignable par corps, lorsque la traite était de 200 fr. au moins. Le caractère commercial reconnu à l'aval est une dérogation à une solution généralement admise et selon laquelle le cautionnement, même d'une dette commerciale, est, en principe, un acte civil (n° 41).

Du reste, la loi (art. 142) réserve le droit, pour les parties, de modifier les effets de l'aval. Ainsi, le donneur d'aval peut se porter garant de l'acceptation du tiré et non du paiement, ne garantir le paiement que d'une portion de la traite, convenir que le tireur devra être discuté avant lui, etc. Avant 1867, il aurait pu stipuler qu'il ne serait pas contraignable par corps et c'est probablement une stipulation de ce genre que le législateur a eue en vue en réservant l'effet des conventions particulières.

D. — *Du gage garantissant une lettre de change et des traites documentaires.*

640. Le paiement d'une lettre de change est souvent garanti par un gage qui, constitué au profit du tireur, passe successivement aux différents porteurs avec le titre lui-même (n° 599) ; c'est là ce qui a lieu dans les lettres de change appelées dans l'usage *traites documentaires* (1). On donne cette dénomination à des traites qui circulent accompagnées de *documents*, c'est-à-dire d'écrits qui sont un *connaissement* et une police *d'assurance maritime de marchandises*. La traite documentaire suppose des marchandises transportées par mer qui sont constituées en gage afin d'assurer le paiement de la traite.

Quand des marchandises doivent être transportées par mer, le contrat de transport qui est conclu à leur occasion est désigné sous le nom d'*affrètement* ou de *nolissement*. Le capitaine, auquel ces marchandises sont remises, doit en délivrer un récépissé, qui est le *connaissement* (art. 222, C. com.). Le connaissement indique les marchandises transportées, le prix du transport ou fret et toutes les autres conditions du contrat d'affrètement (art. 281, C. com.). Le capitaine doit délivrer les marchandises, lors de l'arrivée au port de destination, à la personne qui est alors régulièrement porteur du connaissement. Cette personne n'est pas nécessairement le destinataire primitif, car un

(1) V., pour les détails pratiques, Jonquière, *Des traites documentaires* (1899).

connaissement peut se transmettre d'une personne à une autre. C'est un titre de créance contre le capitaine obligé à la délivrance des marchandises; comme tout titre de créance, le connaissement se transmet de façons différentes, selon sa forme L'article 281, C. com., distingue le connaissement à personne dénommée, au porteur et à ordre. On ne crée de connaissement à personne dénommée que lorsqu'on compte qu'il n'y aura pas de transmission du connaissement, car, si celle-ci avait lieu, il faudrait remplir les formalités coûteuses de l'article 1690, C. civ., qui seraient, du reste, difficilement praticables dans l'espèce (1).

Quand le connaissement est au porteur, il se transmet, comme tout titre au porteur, par simple tradition ; quand il est à ordre, il se transmet par endossement. Dans la pratique, le connaissement est le plus souvent *à ordre*.

Par cela même que le connaissement confère au porteur régulier le droit de se faire remettre les marchandises à destination et que le capitaine ne peut se libérer de son obligation qu'en les délivrant à ce porteur, celui auquel le connaissement a été régulièrement transmis les possède par l'entremise du capitaine, qui n'en est que détenteur ; on peut donc constituer en gage des marchandises en cours de transport maritime et satisfaire à la condition de mise en possession du créancier gagiste, en transmettant à celui-ci le connaissement, c'est-à-dire en le lui endossant, s'il est à ordre (art. 92, C. com. et ci-dessus, n° 440).

Supposons que Paul, fabricant du Havre, ait vendu des marchandises à Pierre, marchand en gros de New-York ; Paul tire une lettre de change sur l'acheteur Pierre et il va trouver le banquier (Jacques) pour lui demander de l'escompter. Jacques n'y consent qu'à la condition que les marchandises, à l'occasion desquelles la traite a été tirée, lui seront immédiatement constituées en gage. Il est impossible qu'elles lui soient remises matériellement, puisqu'elles sont en cours de transport. Que fait Paul ? Il endosse, avec la lettre de change, au banquier Jacques le *connaissement* relatif aux marchandises expédiées par mer, en les lui constituant en gage. Jacques est, par là, mis en possession, comme doit l'être tout créancier gagiste pour jouir de son privilège sur le gage. Ainsi, quand les marchandises arrivent à destination, le porteur de la traite, s'il n'est pas payé, peut faire vendre les marchandises et se faire payer par privilège sur le prix.

Le preneur de la traite accompagnée d'un connaissement peut craindre que, les marchandises périssant par suite d'un accident de mer, la

(1) C'est, en effet, au capitaine que devrait être faite la signification ou c'est lui qui devrait accepter dans un acte authentique.

garantie résultant pour lui de la constitution de gage ne disparaisse. Aussi, souvent le banquier (Jacques), qui consent à escompter la traite, demande-t-il que le tireur (Paul) fasse assurer les marchandises et que la police d'assurance maritime soit jointe à la traite ou au connaissement et que cette police soit endossée à son ordre comme ces titres, de façon que le porteur puisse se faire payer par l'assureur l'indemnité d'assurance, comme cessionnaire de la créance de l'assuré contre l'assureur.

Il vient d'être supposé que le connaissement joint à la traite est endossé au porteur pour lui garantir le paiement ; il y reste alors joint jusqu'à ce que la traite soit acquittée. Parfois, le connaissement n'est joint à la traite et transmis avec elle au preneur que pour garantir l'acceptation. Alors, dès que l'acceptation du tiré est obtenue, le connaissement doit lui être remis en échange de cette acceptation. La garantie résultant de l'acceptation du tiré vient remplacer celle qui résultait de la constitution en gage des marchandises.

E. — *De la solidarité.*

641. De nombreuses personnes sont obligées en vertu de la lettre de change, le tireur, l'accepteur, les endosseurs, les donneurs d'aval, etc... Le porteur ou ceux qui sont subrogés à ses droits ne sont pas tenus de diviser leur action entre elles. Ces personnes sont obligées solidairement, de telle sorte que l'on peut s'adresser à l'une quelconque d'entre elles pour obtenir le paiement intégral de la traite (art. 140, C. com.) ; c'est un cas de solidarité légale. Cette solidarité n'a rien d'exceptionnel, si l'on admet, selon la doctrine générale, qu'en matière commerciale, la solidarité forme le droit commun (nos 3 et 381). Mais ce qu'il y a de spécial ici, c'est que les codébiteurs solidaires ne se sont pas obligés ensemble, mais successivement.

On sait que certains auteurs distinguent deux espèces de solidarité légale, qu'ils qualifient de *parfaite* et *imparfaite :* la *solidarité imparfaite* aurait pour unique effet d'obliger chaque codébiteur au paiement de la dette entière, tandis que la *solidarité parfaite* produirait, en outre, beaucoup d'autres effets indiqués par le Code civil, notamment celui de faire qu'il suffit d'interrompre la prescription contre un des débiteurs pour l'interrompre aussi contre les autres (art. 1206, V. aussi art. 1207, 2249, C. civ.). La question générale de savoir s'il y a lieu d'adopter cette distinction n'offre pas ici d'intérêt. Le Code (art. 167 et 168) paraît bien admettre que le porteur non payé par le tiré doit se montrer diligent à l'égard de chacun de ceux contre lesquels il veut faire valoir

ses droits et qu'il ne lui suffit pas d'agir contre l'un d'eux pour conserver ses droits contre les autres. V. nos 669 et 701.

Du reste, si la solidarité est de la nature de la lettre de change, elle n'est pas de son essence et, par suite, elle peut être supprimée par une clause formelle.

4° Du paiement et de ses effets.

642. En déterminant les diverses mentions que doit contenir la lettre de change, on a expliqué plus haut qu'elle doit indiquer l'échéance et les différentes manières dont l'échéance peut être indiquée ont été exposées (nos 586). La fixation de l'échéance a ici une importance plus grande que pour une dette ordinaire, à raison des devoirs spéciaux qui sont imposés au porteur lorsque l'échéance arrive. V. nos 657 et suiv., et art. 161 et 162.

643. L'exactitude dans les paiements, qui est toujours désirable, a, en matière commerciale, surtout pour les lettres de change, une importance particulière. Ces lettres passent souvent avant l'échéance entre les mains d'un grand nombre de personnes ; si le tiré paie, toutes sont libérées ; dans le cas contraire, elles sont garantes du paiement et leur responsabilité est mise en jeu. Ces personnes ont donc un grand intérêt à être promptement fixées sur leur situation. Plusieurs dérogations au droit commun, admises en matière de lettres de change, s'expliquent par cette considération.

644. Le Code de commerce ne contient qu'un petit nombre de règles sur le paiement des lettres de change. Il y a lieu d'appliquer ici le principe général selon lequel le Code civil régit les matières commerciales, en tant que le Code de commerce n'y déroge pas : on doit donc recourir aux articles 1235 et s., C. civ., pour compléter le Code de commerce (Cf. n° 13). — Les nombreuses dérogations apportées aux dispositions du Code civil seront seules indiquées ici.

645. *Epoque du paiement. Dérogations à l'article* 1244 *et à l'article* 1187, *C. civ.* — Le tiré doit payer le jour même de l'échéance. Le Code de commerce (art. 135) supprime les délais de grâce, que d'anciens usages accordaient de plein droit au tiré et qui sont encore admis en Angleterre (1) ; il ne se borne pas là. Le Code civil (art. 1244) autorise les juges à accorder aux débiteurs malheureux et de bonne foi

(1) La loi anglaise de 1883 sur les lettres de change, confirmant d'anciens usages, admet que le tiré a trois jours de grâce (*days of grace*), sauf dans les lettres de change payables à vue. Par suite, le tiré n'est en retard que lorsque ces trois jours sont écoulés.

des délais modérés pour le paiement ; au contraire, en matière de lettre de change, les juges ne peuvent accorder aucun délai de grâce (art. 157). Mais, à Paris, il est d'usage que les juges accordent un délai de vingt-cinq jours au tiré pour le paiement ; l'article 157, C. com., n'est pas violé, parce que ce délai est accordé du consentement du porteur, dont on suppose l'adhésion par cela même qu'il ne s'oppose pas. Celui-ci se trouve contraint de faire cette concession ; en effet, s'il ne la faisait pas, le tiré, ne comparaissant pas, se laisserait condamner par défaut et formerait ensuite opposition au jugement, ce qui lui permettrait de gagner un assez long délai.

En droit commun, le terme stipulé est réputé l'être en faveur du débiteur, de telle sorte que le créancier ne peut pas exiger le paiement avant l'échéance de la dette, mais que le débiteur peut payer auparavant, en renonçant au bénéfice du terme (art. 1187, C. civ.). Ici, le terme est réputé stipulé dans l'intérêt du créancier comme du débiteur ; par conséquent, le porteur ne peut réclamer le paiement, et il ne peut être contraint à le recevoir, avant l'échéance. Il y a dérogation à cette règle, dans les cas de défaut d'acceptation et de faillite du tireur ou de l'accepteur (art. 120 et 144, al. 2, C. com.). V. nos 628 et 631. En outre, le tiré peut se réserver la faculté d'*escompter la lettre de change*, c'est-à-dire de l'acquitter par anticipation et moyennant la déduction d'un escompte déterminé.

646. *Validité du paiement. Dérogations aux articles* 1239 *et* 1241, *C. civ.* — D'après le Code civil, le paiement fait au créancier incapable n'est pas valable, et il en est de même du paiement fait à une personne autre que le créancier ou son mandataire. Ces règles s'appliquent-elles à un porteur incapable de recevoir ou à une personne qui n'est ni le porteur lui-même, ni le mandataire du porteur ? Le Code de commerce résout cette question par une distinction entre le cas où le paiement est fait à l'échéance et le cas, assez rare, où il est fait avant le jour de l'échéance.

a) Quand le paiement est fait à l'échéance, il est dérogé aux règles du Code civil. Le tiré ne connaît pas le porteur et n'a pas même été averti de l'endossement en vertu duquel la traite a été transmise à celui-ci ; il faut, pourtant, payer promptement, sous peine de voir le porteur faire dresser le lendemain de l'échéance un protêt pour constater le défaut de paiement. Il serait bien rigoureux d'obliger le tiré à payer une seconde fois, sous le prétexte que le porteur était un incapable ou que le paiement n'a pas été fait au porteur lui-même ou à son mandataire. Aussi le Code de commerce, sans admettre d'une façon absolue que le paiement fait à l'échéance est toujours libératoire, présume-t-il la libération du tiré (art. 145) ; cela signifie qu'il doit être

considéré comme libéré, malgré l'incapacité du porteur ou le défaut de qualité chez celui qui a reçu le paiement, dès que le tiré n'a pas été de mauvaise foi et n'a pas commis de faute grave. Ainsi, le tiré doit se faire représenter la traite, vérifier les signatures qu'il connaît, constater si les endossements se suivent sans interruption, se faire remettre la traite dûment acquittée, afin de contraindre celui qui aurait soustrait la traite à commettre un faux pour recevoir le paiement. C'est aux juges à apprécier dans chaque espèce si la présomption favorable de libération admise par la loi doit être appliquée.

b) Le droit commun reprend son empire lorsque le paiement a lieu avant l'échéance. Selon l'article 144, *celui qui paie une lettre de change avant l'échéance est responsable de la validité du paiement*. Un paiement anticipé a un caractère tout exceptionnel et rien ne met obstacle, tant que le tiré n'est pas obligé de payer, à ce qu'il examine avec soin toutes les circonstances de l'acte qu'il fait.

647. *Consignation. Dérogation aux articles* 1257 *et suiv. C. civ.* — Dans les dettes ordinaires, quand le créancier ne se présente pas à l'échéance pour se faire payer, le débiteur qui tient à être libéré doit faire au créancier des offres réelles suivies de la consignation de la somme due (art. 1257 et suiv., C. civ.). Ce procédé est inapplicable en matière de lettre de change ; le tiré ne connaît pas le porteur, comment lui ferait-il des offres réelles ? Une loi du 6 thermidor an III qui s'occupe, en général, du cas où le porteur ne se présente pas en matière de billets à ordre, de lettres de change et d'autres effets négociables, a déterminé ce que doit faire le tiré qui veut se libérer, quand le porteur qu'il ne connaît pas ne se présente pas à l'échéance pour être payé : cette loi supprime alors la nécessité des offres réelles. Si le porteur d'une lettre de change ne se présente pas dans les trois jours à partir de l'échéance, le tiré est autorisé à consigner la somme (1) ; il lui est délivré un acte de dépôt qu'il n'a qu'à remettre au porteur lorsqu'il se présente, et celui-ci, en représentant cet acte de dépôt, touche la somme sans formalité.

648. *Opposition au paiement. Dérogation à l'article* 1242, *C. civ.* — En droit commun, un créancier peut former saisie-arrêt ou opposition entre les mains du débiteur de son débiteur (C. civ., art. 1242 et C. p. civ., art. 557), et le tiers saisi ne peut plus dès lors payer valablement le débiteur saisi. La saisie-arrêt produit ses effets, que le débi-

(1) D'après l'Ordonnance du 3 juillet 1816 (art. 2-1°), la consignation est faite à la *Caisse des dépôts et consignations*. Les préposés de cette caisse sont, dans les chefs-lieux de département, les trésoriers-payeurs généraux ; dans les chefs-lieux d'arrondissement, les receveurs particuliers des finances.

teur saisi demeure créancier du tiers saisi ou qu'il cède, postérieurement à la saisie-arrêt, la créance existant contre ce dernier.

En matière de lettre de change, le principe général, qui souffre seulement deux exceptions, est que l'opposition au paiement n'est pas admise. Il va de soi d'abord que le tiré ne peut refuser le paiement au porteur actuel, en se fondant sur une opposition faite par le créancier d'un porteur antérieur. En effet, en vertu des règles de l'endossement, le porteur actuel n'est pas considéré comme un ayant cause des porteurs antérieurs et le tiré ne peut opposer au porteur actuel des exceptions du chef d'un porteur antérieur (n° 601). Mais le législateur va plus loin : il n'admet pas même l'opposition au paiement formée par un créancier du porteur actuel. Deux motifs justifient cette décision : d'abord, on pourrait craindre, si l'opposition était admise, des saisies-arrêts de complaisance destinées à retarder le paiement dont l'exactitude est ici d'un intérêt capital ; en outre, il serait trop facile à un porteur se heurtant à une opposition, d'en détruire les effets en endossant le titre, qui reprendrait toute sa force entre les mains du porteur nouveau.

Toutefois, dans deux cas exceptionnels, le Code de commerce (art. 149) permet une opposition ayant pour but d'empêcher que le paiement ne soit opéré entre les mains d'une personne sans qualité.

1° Celui qui a perdu une lettre de change peut faire opposition entre les mains du tiré, pour empêcher que celui-ci ne paie entre les mains de celui qui se présenterait avec la lettre perdue. Il y aura à déterminer plus loin ce que doit faire celui qui a perdu la traite pour en obtenir lui-même le paiement (nos 653 et s.) ; 2° La faillite a pour effet de dessaisir le failli de l'administration de ses biens, qui passe aux syndics représentant les créanciers. C'est aux syndics, quand le failli était porteur d'une lettre de change, à avertir le tiré, par une opposition, de ne pas payer le failli. Autrement, le tiré, payant le failli dans l'ignorance de la faillite, se libérerait valablement entre les mains du failli. Cf. n° 646. La liquidation judiciaire ne dessaisit pas le débiteur comme la faillite ; néanmoins, une opposition pourrait être faite conformément à l'article 149, puisque le paiement ne peut être reçu par le débiteur qu'avec l'assistance du liquidateur (Loi du 4 mars 1889, art. 6). D'ailleurs, les dispositions du Code de commerce non modifiées par la loi du 4 mars 1889 s'appliquent en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite (L. 4 mars 1889, art. 24).

Dans ces deux cas, il y a opposition, mais non saisie-arrêt.

L'opposition ne serait pas possible dans d'autres cas, spécialement dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire du *tireur*. V. n° 616. Mais il paraît difficile d'exclure l'opposition dans des cas analogues

à celui de la faillite du porteur, où elle aurait pour but d'éviter un paiement fait par le tiré à un porteur incapable de recevoir ; telle serait l'opposition motivée par l'interdiction du porteur ou par son mariage, s'il s'agit d'une femme.

649. *Paiement partiel. Dérogation aux articles* 1220, 1244, *al.* 1, *C. civ.* — En droit commun, un débiteur ne peut forcer son créancier à recevoir un paiement partiel ; entre le créancier et le débiteur la dette est toujours considérée comme indivisible à cet égard (art. 1220, C. civ.). Le Code de commerce ne déroge pas expressément à cette règle en matière de lettre de change. Aussi des auteurs soutiennent-ils qu'un paiement partiel ne peut avoir lieu sans le consentement du porteur (1). Cette solution ne nous paraît pas en conformité avec plusieurs dispositions du Code de commerce, qui semblent impliquer la possibilité du paiement partiel, même sans le consentement du porteur (2). L'article 156 déclare qu'en cas de paiement partiel, le protêt n'est dressé que pour l'excédent de la dette, et il n'indique aucune restriction à la faculté pour le tiré de faire un paiement pour partie. Puis, la loi admet une acceptation partielle (art. 124 et n° 621), par faveur pour les endosseurs et pour le tireur, afin de restreindre autant que possible le recours à exercer contre eux par le porteur ; le même motif ne milite-t-il pas pour l'admission du paiement partiel ? Du reste, cette question ne peut être posée que dans le cas où le tiré, qui a accepté sans aucune restriction, veut ne payer que pour partie. Il va de soi que le tiré, qui a accepté pour une partie, peut payer seulement cette partie du montant de la traite ; car il n'est obligé que dans cette mesure. De même, on ne comprendrait pas que le tiré qui n'a pas accepté ne pût effectuer un paiement partiel, comme il aurait pu accepter pour partie.

650. *Comment se fait le paiement ?* — Selon l'article 143, C. com., *la lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique.* On peut, par exemple, stipuler que le paiement se fera en *or* ou en *argent;* cela n'est pas indifférent, puisque, selon les cas, l'un ou l'autre de ces métaux fait prime. Il y a simplement une application de deux principes généraux : les conventions font la loi des parties (art. 1134, C. civ.) et le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que la chose due (art. 1243, C. civ.).

En l'absence de toute indication spéciale, le paiement se fait dans la

(1) En fait, la Banque de France, qui, par suite d'escomptes, est porteur de nombreuses traites, refuse les paiements partiels.

(2) L'Administration des postes est autorisée par la loi du 7 avril 1879 (art. 2, al. 1) à refuser les paiements partiels pour les effets de commerce dont le recouvrement lui est confié. On a voulu par là surtout éviter les complications d'écritures.

monnaie qui a cours légal au lieu où il est fait : ainsi, en France, en argent, en or ou en billets de banque, en tenant compte de ce que les pièces d'argent inférieures à celles de 5 francs n'ont cours forcé entre les particuliers que jusqu'à concurrence de 50 francs. V. sur les *billets de la Banque de France*, nos 771 et suiv.

651. *Effets du paiement.* — Le paiement fait par le tiré le libère, s'il était obligé par son acceptation, et libère aussi les signataires de la lettre de change, garants du paiement. Toutefois, le tiré qui a payé à découvert a un recours contre le tireur ; contre les endosseurs, il a aussi un recours, mais seulement lorsqu'il a pris le soin d'accepter ou de payer par intervention, alors il est subrogé légalement à la personne pour laquelle il est intervenu (nos 633 et 680).

Le paiement fait par un endosseur n'éteint pas, au contraire, toutes les obligations résultant de la lettre de change ; il a le droit de recourir contre ses garants ; les signataires envers lesquels il était tenu sont seuls libérés.

652. *Modes d'extinction autres que le paiement.* — L'obligation résultant de la traite peut être éteinte par les modes de libération autres que le paiement. Ainsi, le porteur peut accepter une *dation en paiement*, par exemple des pièces de monnaie autres que celles qu'indique le titre ou des marchandises (n° 650) Il peut y avoir une *novation*, une *remise de dette*, une *compensation* à raison d'une créance du tiré contre le porteur actuel, non contre un porteur précédent (n° 601), etc.

653. Perte de la lettre de change. — En parlant jusqu'ici du paiement de la lettre de change, il a été toujours supposé que le titre est entre les mains du porteur qui reçoit le paiement et qui peut, par suite, le remettre au tiré. Mais les lettres de change, qui circulent beaucoup, sont exposées à des risques de perte. Le législateur a donc dû prévoir le cas de perte de la lettre de change, afin de déterminer comment et à quelles conditions le porteur dépossédé peut empêcher le paiement entre les mains d'un détenteur indû et arriver à se faire payer. Pour empêcher que le tiré ne paie à celui qui se présenterait avec la traite perdue, le porteur doit se hâter de faire opposition entre les mains du tiré. Voir article 149 et n° 648. S'il se présente à l'échéance quelqu'un avec la traite, un débat sur la propriété du titre s'élève et le tiré paie celui qui obtient gain de cause. Mais il se peut que ce conflit ne se produise point, que la lettre perdue ou égarée ne soit pas présentée à l'échéance. Comment le bénéficiaire de la lettre perdue ou volée peut-il arriver à se faire payer, bien qu'il soit dans l'impossibilité de présenter le titre ? Les articles 147, 148 et 150 à 155, C. com., répondent à cette question, en distinguant trois hypothèses. *a*) La lettre

de change a été tirée à plusieurs exemplaires et l'exemplaire perdu n'était pas revêtu de l'acceptation du tiré. *b*) La lettre de change a été tirée à plusieurs exemplaires et l'exemplaire perdu était celui que le tiré avait revêtu de son acceptation. *c*) Il n'y avait qu'un exemplaire et il a été perdu ou, s'il a été tiré plusieurs exemplaires de la traite, tous ont été perdus. — Chacun de ces trois cas doit être examiné séparément.

654. A. *Un des exemplaires a été perdu, il n'était pas revêtu de l'acceptation du tiré.* — Le porteur peut alors se faire payer sur l'exemplaire qui lui reste entre les mains. D'après l'article 150, *en cas de perte d'une lettre de change non acceptée, celui à qui elle appartient peut en poursuivre le paiement sur une seconde, troisième, quatrième, etc.... Le paiement fait sur une seconde, troisième, quatrième, etc..., est valable.* L'article 147, qui contient cette dernière disposition, paraît exiger, pour la validité de ce paiement, que chaque exemplaire porte que le paiement fait sur l'un d'eux annule l'effet des autres exemplaires. Mais cette mention n'est pas en réalité nécessaire ; la solution résulte de la nature des choses : il n'y a qu'une lettre de change représentée par chacun des exemplaires et l'on crée plusieurs exemplaires précisément afin qu'en cas de perte de l'un d'eux, le paiement puisse être obtenu sur les autres.

De ce que le paiement ainsi fait par le tiré sur un exemplaire est valable, il résulte qu'il est libératoire et pour le tiré et pour tous les signataires de la traite. En conséquence, si, après le paiement, survenait un tiers, démontrant qu'il est le porteur légitime, celui-ci n'aurait le droit d'agir que contre la personne qui serait parvenue à se faire indûment payer sur un des exemplaires. Cela se présente notamment : *a*) quand la lettre de change a été précisément trouvée ou volée par celui qui en a présenté le premier exemplaire ; *b*) quand le porteur d'une traite, créée à deux exemplaires, en a endossé l'un et a gardé l'autre qu'il a présenté au tiré ; *c*) quand un des exemplaires endossé en blanc, ayant été perdu ou volé, est arrivé entre les mains d'un porteur de bonne foi sans qu'un faux ait été commis.

Comment expliquer que, dans ces divers cas, le nouvel arrivant, bien qu'il soit le porteur légitime, n'ait de recours que contre celui qui a été payé ? Il y a une faute ou, du moins, une imprudence à reprocher au porteur légitime. S'il a perdu l'exemplaire avec lequel le paiement a été obtenu, il est naturel qu'il subisse les conséquences de sa négligence ; il aurait dû, tout au moins, se hâter de faire opposition entre les mains du tiré, comme l'article 149, C. com., l'y autorise. Si le porteur légitime ne s'est fait remettre qu'un seul exemplaire, il y a lieu de lui reprocher de ne pas avoir exigé la remise de tous. Du reste, la pluralité

des exemplaires ne rendrait aucun service, si l'on n'obtenait pas avec un seul exemplaire un paiement libératoire.

En reconnaissant la validité du paiement fait sur un seul exemplaire, le Code suppose évidemment : 1° qu'il a lieu à l'échéance et non avant (n° 646) ; 2° qu'il n'y avait pas d'opposition au paiement ; 3° que les divers exemplaires étaient numérotés (art. 147).

655. B. *Il y avait pluralité d'exemplaires et l'exemplaire perdu était revêtu de l'acceptation du tiré.* — Quand il y a plusieurs exemplaires, chacun se suffit à lui-même, tant que le tiré n'a mis son acceptation sur aucun d'eux ; mais, quand le tiré revêt l'un des exemplaires de son acceptation, toute la force de la lettre de change, comme titre permettant d'exiger le paiement, est concentrée dans l'exemplaire accepté. Par suite, le tiré ne se libère pas valablement en payant sur l'un des exemplaires non revêtus de son acceptation ; il demeure, ainsi que tous les signataires du titre, tenu de payer une seconde fois à la personne qui se présente avec l'exemplaire accepté. Aux termes de l'article 148, C. com., *celui qui paie une lettre de change sur une seconde, troisième, quatrième, etc..., sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, n'opère point sa libération à l'égard du tiers porteur de son acceptation*. Le tiré doit donc, s'il ne veut pas courir le risque d'être obligé de faire un second paiement, refuser de payer entre les mains du porteur d'un exemplaire non revêtu de son acceptation. Ce n'est pas à dire que ce porteur soit dans l'impossibilité d'obtenir le paiement : il peut l'exiger, mais à la charge de remplir des formalités et conditions spéciales. Selon l'article 151, *si la lettre de change perdue est revêtue de l'acceptation, le paiement ne peut en être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc..., que par ordonnance du juge et en donnant caution* Deux conditions doivent donc être remplies pour que le porteur puisse exiger le paiement avec l'exemplaire non accepté. Il faut : 1° *obtenir une ordonnance du juge*. Le juge examine si, d'après les circonstances et en tenant compte de l'honorabilité de celui qui réclame le paiement, il y a lieu de présumer qu'il est porteur légitime. La célérité nécessaire en cette matière paraît devoir faire exiger une simple ordonnance du président du tribunal de commerce, comme l'indique, d'ailleurs, le texte de l'article 151. Cependant, à Paris, une assignation est donnée devant le tribunal qui rend un jugement ; 2° *fournir caution*. Il s'agit là d'une caution légale, à laquelle il faut, par suite, appliquer les articles 2018 et 2019, C. civ. Cette caution reste tenue pendant trois ans (art. 155).

Si une caution doit être ainsi donnée, c'est qu'il est possible qu'après le paiement obtenu sur l'ordre du juge, un tiers porteur légitime de l'exemplaire accepté se présente. Le tiers porteur n'a commis aucune

imprudence, par cela même qu'il avait entre les mains l'exemplaire accepté et que le droit d'agir contre l'accepteur ne se prescrit que par cinq ans (art. 189, C. com.). Mais le Code de commerce n'indique pas d'une manière expresse contre qui le porteur légitime survenant peut recourir et dans l'intérêt de qui la caution doit être donnée. Deux systèmes sont soutenus sur ce point.

D'après l'un, l'accepteur qui, en vertu de l'ordre du juge, a payé, sur un exemplaire non accepté, est libéré définitivement ; le porteur légitime de l'exemplaire accepté qui survient n'a donc de recours que contre celui qui s'est fait payer indûment, et la caution garantit précisément l'obligation de ce dernier. On dit en ce sens que l'accepteur n'a rien à se reprocher quand il a eu le soin de ne payer que sur l'ordonnance du juge, que le paiement fait au possesseur de la créance, c'est-à-dire à celui qui est le créancier apparent, est valable (art. 1240, C. civ.), qu'il en doit être ainsi *a fortiori* du paiement fait à une personne désignée par le juge.

Il n'est pas douteux qu'au point de vue rationnel, cette solution doive être admise. Est-elle celle du Code ? On peut en douter et croire que le Code a consacré un second système plus rigoureux pour l'accepteur : l'accepteur reste obligé envers celui qui se présente avec l'exemplaire accepté ; la caution est fournie dans l'intérêt de l'accepteur obligé ainsi de payer. C'était là le système admis par l'Ordonnance de 1673 (art. 19) et l'article 151, C. com., a été entendu de cette manière par les tribunaux auxquels le projet du Code a été soumis. Le législateur, à tort, a cru, en l'adoptant, concilier les divers intérêts en présence ; il a sacrifié celui de l'accepteur. En effet, non seulement l'accepteur, tenu de payer une seconde fois, risque de n'avoir pas de recours efficace contre la caution à raison de l'insolvabilité de celle-ci ; mais encore, l'accepteur étant obligé pendant cinq ans (art. 189), C. com.), tandis que la caution ne reste tenue que pendant trois ans, si le porteur survient après trois ans, l'accepteur doit payer une seconde fois sans avoir aucun recours contre la caution.

656. C. *Celui qui veut obtenir le paiement de la lettre de change ne peut pas en représenter un exemplaire. Il allègue que l'exemplaire unique ou tous les exemplaires ont été perdus ou volés.* — Ce cas offre ceci de particulier, que la personne qui veut obtenir le paiement n'a pas un moyen facile de prouver qu'elle est ou, au moins, a été propriétaire de la traite.

Celui qui veut obtenir le paiement d'une lettre de change dont il n'a aucun exemplaire entre les mains doit : 1° *obtenir une ordonnance du juge ;* — 2° *donner caution*. Cette caution reste obligée pendant trois

ans (art. 152). Ici, se présente la même question que dans la seconde hypothèse (n° 655), le tiré fait-il un paiement valable qui le libère même à l'égard du tiers porteur survenant, lequel n'aurait de recours que contre celui qui a été payé indûment et contre la caution? Conformément à ce qui a été dit (n° 655), il y a lieu d'admettre que, dans le système du Code, le tiers qui survient peut recourir contre le tiré (s'il a accepté) et que la caution est fournie dans l'intérêt de celui-ci. Il faut, en outre, que celui qui veut être payé justifie au juge de son droit sur la lettre de change. Il peut fournir cette preuve au moyen d'un *duplicata* (art. 154); pour se le procurer, il doit s'adresser à son endosseur immédiat, qui est tenu de lui prêter son nom et ses soins pour agir envers son propre endosseur et ainsi, en remontant d'endosseur en endosseur, jusqu'au tireur de la lettre. Après qu'on est remonté jusqu'au tireur, celui-ci crée un *duplicata* sur lequel chaque endosseur rétablit à son tour son endossement. Le propriétaire de la lettre de change égarée supporte les frais. Mais il peut ne rester que trop peu de temps entre le moment de la perte de la lettre ou celui où l'on s'en aperçoit et l'échéance pour qu'on puisse se procurer un *duplicata*; alors, celui qui a perdu la lettre de change peut justifier de sa propriété par ses livres (art. 152). Il pourrait, du reste, aussi faire la preuve par tous les autres moyens; c'est une application de l'article 1348-4°, C civ.

5° *Du refus de paiement et de ses conséquences. Des droits et des devoirs du porteur et des endosseurs.*

657. Le porteur a le droit de réclamer le paiement au tiré et, quand il n'est pas payé, de recourir contre les différents signataires de la traite. La loi ne confère pas seulement des droits au porteur, elle lui impose aussi des devoirs assez rigoureux, dont l'inobservation lui fait perdre tout ou partie de ces droits, ce qui constitue des *déchéances*. Il sera traité dans cette section (5°, n^os^ 658 à 685) des devoirs et des droits du porteur, en supposant qu'il est *diligent*. La section suivante (6°, n^os^ 686 à 694) sera consacrée à l'examen des déchéances que le porteur encourt quand il est *négligent*, c'est-à-dire quand il manque aux obligations que la loi lui impose.

658. *Droit et devoir de demander le paiement à l'échéance. Règles spéciales aux lettres de change payables à vue ou à un certain délai de vue.* — Quand la lettre de change est à échéance fixe, le porteur doit en exiger le paiement le jour de son échéance (art. 161). Dans divers cas spéciaux, il est dérogé à cette règle générale : 1° Quand

l'échéance est un jour férié légal, la lettre de change n'est payable que le premier jour ouvrable qui suit (art. 134, C. com. modifié par la loi du 28 mars 1904) (1) ; 2° Quand les 2 janvier, 15 juillet, 16 août, 2 novembre, 26 décembre (lendemain du Jour de l'an, de la Fête nationale, de l'Assomption, de la Toussaint, de Noël) tombent un lundi, le paiement ne peut être exigé que le lendemain (L. 23 décembre 1904) (2); 3° Quand les fêtes légales tombent un vendredi, le paiement n'est pas exigible le lendemain (L. 20 décembre 1906) (3) ; 4° Quand les fêtes légales tombent un mardi, le paiement ne peut être exigé la veille (L. 20 décembre 1906) (4).

La loi ne prononce aucune déchéance contre le porteur qui ne demande le paiement que le lendemain de l'échéance ou le lendemain du jour où le paiement est exigible. Mais, d'après les principes généraux du droit (art. 1382 et 1383, C. civ.), s'il était prouvé que, le porteur ne s'étant pas présenté le jour de l échéance, sa négligence a été préjudiciable au tireur et aux endosseurs, il serait passible de dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation légale. C'est ce qui arriverait, si le porteur ne réclamait le paiement que le lendemain et si, ce jour-là, le tiré avait été déclaré en faillite et mis ainsi dans l'impossibilité de faire un paiement valable.

Quand la lettre de change est payable, non pas à un jour fixe, mais à vue ou à un certain délai de vue, le porteur, qui peut réclamer le paiement ou présenter la lettre pour faire courir le délai de vue aussitôt que bon lui semble, ne jouit pas d'un délai illimité : il doit exiger le paiement ou présenter la lettre de change dans les trois mois de sa date. Ce délai, qui s'applique aux lettres de change tirées du continent et des îles de l'Europe ou de l'Algérie, et payables dans les possessions européennes de la France ou en Algérie, est augmenté à raison de la distance entre le lieu de la création de la traite et le lieu où elle est payable. V. sur ce point l'article 160, C. com.

659. *Défaut de paiement. Protêt. Quand il doit être fait.* — En cas de refus de paiement par le tiré, le porteur doit le faire constater authentiquement par un officier ministériel ; l'acte qui constate ce refus est le *protêt faute de paiement*.

Le protêt doit être fait *le lendemain* de l'échéance (art. 162). Cette

(1) Il a été dit plus haut (note 3 de la page 443) qu'avant la loi du 28 mars 1904, l'ancien article 434, C. com., admettait que les lettres de change à l'échéance d'un jour de fête légale étaient exigibles la veille.

(2-3-4) Ces règles spéciales sur l'exigibilité des lettres de change à l'échéance des jours que les lois du 23 décembre 1904 et du 20 décembre 1906 indiquent, sont applicables à toutes les dettes civiles ou commerciales ayant l'une des échéances visées par ces lois.

règle générale conduit à différentes conséquences qu'il importe de constater, dans les cas spéciaux prévus par l'article 134 nouveau, C. com. et par les lois du 23 décembre 1904 et du 20 décembre 1906.

a) Le Code de commerce qui admettait que les lettres de change à l'échéance d'un jour de fête légale étaient payables la veille (art. 134, ancien C. com.), décidait que le protêt de ces lettres de change était fait le jour ouvrable qui suivait la fête légale. La disposition de l'article 162, C. com., qui contient cette règle, n'a pas été modifiée par la loi du 28 mars 1904 qui fixe l'échéance au lendemain de la fête légale. Mais le jour du terme devant appartenir en entier au débiteur (1), on doit admettre, semble-t-il, que le protêt ne doit être dressé que le surlendemain et ne pourrait l'être le lendemain de la fête légale qui est celui même de l'échéance.

b) Aucun protêt ne peut être dressé les 2 janvier, 15 juillet, 16 août, 2 novembre, 26 décembre lorsque ces jours tombent un lundi (L. 23 décembre 1904). Le protêt des effets impayés le samedi précédent ne peut être fait que le mardi (L. 23 décembre 1904, art. 1, 5e alin.). L'échéance des lettres de change étant dans ces cas reportée au mardi (n° 586), il semble bien que le protêt n'est possible que le mercredi.

c) Aucun protêt ne peut être dressé le lendemain des fêtes tombant un vendredi ou la veille des fêtes tombant un mardi (L. 20 décembre 1906). Dans ce cas, le protêt des effets impayés le samedi ou le lundi précédent ne peut être fait que le lundi ou le mercredi suivant (L. 13 juillet 1905, art. 1er, 2e alin.). Il résulte de là que, dans ce cas, le jour où le paiement peut être exigé et le jour du protêt se confondent (n° 586). Cela constitue une dérogation au principe selon lequel le protêt doit être dressé seulement le lendemain de l'échéance.

La règle qui fixe le jour du protêt est stricte. Le protêt fait avant ou après le jour fixé serait irrégulier.

Que décider pour la lettre de change payable à vue ? On sait que le porteur a un délai de 3 mois au moins pour en exiger le paiement (art. 160, C. com.). Ainsi une lettre de change étant tirée le 25 juillet et payable à vue, le porteur peut la présenter, en principe, jusqu'au 25 octobre pour le paiement. S'il la présente le 1er août, doit-il faire dresser le protêt le 2 août ou ne peut-il pas le faire dresser seulement le lendemain de l'expiration du délai de 3 mois, soit le 26 octobre ? En droit, la première solution est seule exacte : la présentation de la lettre détermine ici l'échéance et, par conséquent, en vertu de l'arti-

(1) La loi du 13 juillet 1905 n'est pas restée complètement fidèle à ce principe. V. la suite du texte.

cle 162, le protêt doit être dressé le lendemain. Seulement, on comprend qu'en fait, si le protêt n'a été dressé que le 26 octobre, il sera difficile de prouver que la lettre avait été présentée au tiré antérieurement au 25 octobre, et ainsi, le porteur échappera presque toujours à la déchéance.

660. *Nécessité du protêt.* — La loi considère le protêt faute de paiement comme un acte nécessaire, qui ne peut être remplacé par aucun autre, même dans les cas où il semble superflu : elle veut ainsi éviter toute contestation sur le fait du défaut de paiement. Cependant, l'article 175, qui pose cette règle, paraît indiquer qu'il en est autrement dans les cas prévus par les articles 150 et s., C. com., relatifs à la perte de la lettre de change ; il n'y a pas là une véritable dérogation à l'obligation de faire dresser le protêt. Voici à quoi se borne la prétendue exception visée. Comme cela sera dit plus loin (n° 662), le protêt doit, en principe, contenir en tête une copie de la lettre de change, des endossements et de l'acceptation, si elle a été acceptée. Il n'est pas possible d'observer cette disposition, quand l'exemplaire de la lettre de change, revêtu de l'acceptation, ne se trouve pas entre les mains du porteur (n° 655) ou quand il ne peut en présenter aucun exemplaire (n° 662). Alors, si le porteur, ayant rempli toutes les formalités prescrites par la loi, n'obtient pas le paiement, il doit bien faire dresser un acte constatant authentiquement le refus de paiement. Cet acte est soumis aux mêmes règles que le protêt : la seule différence à signaler, c'est qu'il ne peut pas contenir la copie de la lettre de change et de l'acceptation : il reçoit le nom d'*acte de protestation* (art. 153).

Afin de bien indiquer que le protêt est, en principe, toujours exigé, l'article 163, al. 1er, dispose que *le porteur n'est dispensé du protêt faute de paiement, ni par le protêt faute d'acceptation, ni par la mort ou faillite de celui sur qui la lettre de change est tirée.* Il est naturel que le protêt faute d'acceptation ne dispense pas de faire constater le refus de paiement. Le tiré, qui avait des motifs pour ne pas accepter, peut ne pas en avoir pour refuser de payer : il peut, par exemple, avoir reçu la provision qui n'existait pas lors de la présentation à l'acceptation. — Dans le cas de *décès du tiré*, il est naturel que le paiement soit réclamé à ses héritiers ou autres représentants et que leur refus de payer soit constaté. — En cas de faillite du tiré, le failli ne peut payer, puisqu'il est dessaisi de l'administration de ses biens (art. 443, C. com.) et les syndics ne peuvent eux-mêmes acquitter la traite, parce qu'il ne leur est pas permis de payer en dehors des formes prescrites pour la liquidation des dettes du failli ; il y a, par suite, nécessairement alors refus de paiement. Le protêt est, néanmoins, exigé : il est utile d'abord pour prouver le défaut de paiement par le tiré à l'encontre des signa-

taires de la traite contre lesquels le porteur veut recourir ; il l'est aussi pour permettre à des tiers de payer par intervention, cette sorte de paiement n'étant possible qu'après protêt (n° 682).

Cependant, il y a des cas exceptionnels dans lesquels le porteur n'a pas à faire dresser un protêt faute de paiement. Cela se présente : 1° lorsque la traite contient une clause de *retour sans frais* (n° 671)(1) ; 2° lorsqu'un événement de force majeure empêche le porteur de le faire dresser. Il suffit alors que le porteur fasse faire le protêt, dès que l'obstacle a disparu. Cette exception n'est pas indiquée dans la loi, mais elle doit être admise en vertu des principes généraux du droit. A diverses reprises, à la suite des bouleversements produits par une guerre civile ou par une guerre étrangère, des mesures générales ont été prises pour prolonger la durée accordée pour la confection des protêts ou pour proroger les échéances (2) On évite ainsi les solutions divergentes des tribunaux.

661. *Par qui est dressé le protêt.* – D'après l'article 173, al. 1, C. com., les protêts faute d'acceptation ou de paiement devaient être faits par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins ou par un huissier et deux témoins. Pour éviter les frais et les complications, un décret du 23 mars 1848 a décidé que les actes de protêt seraient dressés sans assistance de témoins. En fait, sauf dans les campagnes, il est très rare que les notaires fassent des protêts.

662. *Formes et contenu du protêt.* — Le protêt doit naturellement être dressé en conformité des règles générales prescrites pour les exploits des huissiers ou pour les actes notariés. En outre, d'après l'article 174, C. com., 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 loi ne parle pas de la transcription de l'aval, sans doute à raison de ce qu'il peut être donné par acte séparé (n° 638) ; il n'est pas douteux qu'il devrait en être donné copie s'il se trouvait sur la traite. — Le protêt contient, en outre, *la sommation de payer le montant de la lettre de change*. Il doit énoncer *la présence ou l'absence de celui qui doit payer, les motifs du refus de payer et l'impuissance ou le refus de signer.*

663. *Où le protêt doit être fait.* — Selon l'article 173, C. com., le protêt doit être fait au domicile (ou au dernier domicile connu) : 1° du tiré ou du domiciliataire ; 2° des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin ; 3° de l'accepteur par intervention. L'idée générale est que le protêt doit être fait au domicile de ceux qui sont chargés de payer.

(1) V., sur la clause portant dispense de faire dresser le protêt, n° 673.
(2) Il en a été ainsi en 1830, 1848, 1870-1871.

Le protêt doit être fait au domicile du tiré, quand même il aurait refusé d'accepter et qu'il y aurait un accepteur par intervention. Il est toujours naturel que ce soit le tiré qui paie, et, après avoir refusé d'accepter, il a pu se raviser ; cela se conçoit notamment quand, après son refus d'acceptation, le tiré a reçu provision du tireur.

En ce qui concerne le protêt à faire au domicile des *besoins* ou *recommandataires*, une difficulté s'élève. Il est certain que le protêt doit être fait au domicile des *besoins indiqués par le tireur ;* doit-il l'être aussi au domicile des *besoins indiqués par les endosseurs ?* La Cour de cassation a consacré la négative (1). On s'est appuyé en ce sens sur le texte de l'article 173, qui déclare que le protêt doit être fait au domicile des *besoins indiqués par la lettre de change*, ce qui, dit-on, paraît exclure ceux qui sont désignés par chaque endosseur dans son endossement. On a ajouté qu'autrement, la multiplicité des *besoins* donnerait lieu à des complications, en rendant nécessaires de nombreuses significations du protêt. Mais l'opinion contraire, adoptée généralement par les tribunaux de commerce, semble préférable : les endossements font corps avec la traite sur laquelle ils se trouvent, les besoins y désignés sont, en réalité, indiqués dans la lettre de change, et le porteur, qui a connu tous les endossements, a reçu la traite avec toutes les mentions qui y sont contenues ; il n'y a pas de bonne raison pour le dispenser de faire dresser le protêt au domicile des besoins désignés par les endosseurs.

En général, les exploits d'huissiers sont signifiés *à personne* ou *à domicile* (art. 68, C. proc. civ.). Au contraire, les protêts doivent être faits à domicile et non à personne ; la raison en est que l'huissier qui se présente réclame le paiement immédiat et que les signataires d'une lettre de change n'emportent pas avec eux, quand ils s'absentent, de quoi l'acquitter. Il faut entendre ici par domicile, non le lieu où les personnes dont il s'agit ont leur habitation personnelle, mais celui où ils ont leur caisse, où ils ont leur commerce, quand ce sont des commerçants.

664. En ce qui concerne la signification des protêts, plusieurs obligations spéciales sont imposées aux huissiers (ou aux notaires).

Ils doivent, à peine de destitution, dépens, dommages-intérêts envers les parties, laisser copie exacte des protêts aux personnes auxquelles ils les signifient (art. 176). Quant à l'original du protêt, il est remis au porteur, qui s'en sert pour prouver que le protêt a été dressé en temps utile, lorsqu'il veut recourir contre les signataires de la traite. Quel que soit le nombre des personnes auxquelles le protêt doit être

(1) Cass., 17 avril 1872, S. 1872. 1. 165 ; *Pand. fr. chr.*

signifié, il n'est dressé qu'un seul original (art. 173, avant-dern. al.), ce qui économise les frais, mais il faut autant de copies qu'il y a de ces personnes.

Les huissiers (et les notaires) doivent inscrire les protêts en entier jour par jour et par ordre, dans un registre particulier, coté, paraphé et tenu dans les formes prescrites pour les répertoires (art. 176, C. com.). Cette formalité est utile spécialement dans le cas où l'original du protêt vient à être perdu. Cette perte est d'autant plus possible que l'original voyage d'un lieu dans un autre, par cela même qu'il doit être signifié à toute personne contre laquelle un recours en paiement est exercé.

L'officier ministériel qui a dressé le protêt doit le faire enregistrer dans les quatre jours de sa date (loi du 23 frimaire an VII, art. 20). V. n° 666.

Une autre obligation a été imposée à l'huissier (ou au notaire) qui a dressé le protêt. Il doit, à peine de dommages-intérêts, quand la traite indique les noms et domicile du tireur, prévenir celui-ci dans les 48 heures qui suivent l'enregistrement, par la poste et par lettre recommandée, des motifs du refus de payer (art. 176, C. de c., 2e alin. ajouté par la loi du 22 décembre 1906) (1). Le tireur a, en effet, le plus grand intérêt à être informé promptement du défaut de paiement par le tiré et des motifs de ce refus. Car, outre qu'avisé, il peut lui demander des explications et peut-être parvenir à le déterminer à payer, le refus de paiement peut, en éclairant le tireur sur la situation embarrassée du tiré, décider le tireur à cesser ses relations d'affaires avec celui-ci.

665. Il peut arriver que l'huissier ne trouve pas chez elle la personne à laquelle il doit signifier le protêt, ni aucun de ses parents ou serviteurs, ou qu'il y ait une fausse indication relative au domicile.

Dans le premier cas, il y a lieu de procéder comme dans le cas où celui auquel un exploit d'ajournement doit être signifié n'est pas chez lui (art. 68, C. pr. civ.), c'est-à-dire que la signification est faite à un voisin qui signe l'original ou, si le voisin ne peut ou ne veut signer, au maire ou à l'adjoint de la commune.

Il y a lieu d'appliquer au protêt la règle générale posée pour les actes d'huissier par la loi du 15 février 1899, dont les dispositions sont insérées dans le Code de procédure civile (art. 60) : quand la copie est remise à toute personne autre que la partie elle-même ou le procureur de la République, elle est délivrée sous enveloppe fermée, ne portant

(1) *Cette lettre donne lieu au profit du notaire ou de l'huissier à un honoraire de 0 fr. 25 en sus des frais d'affranchissement et de recommandation.*

pas d'autre indication d'un côté, que les noms et demeure de la partie, et de l'autre que le cachet de l'étude de l'huissier apposé sur la fermeture du pli.

Dans le second cas, qui est expressément prévu par le Code de commerce (art. 173), le protêt est précédé d'un *acte de perquisition*; ce n'est pas là un acte distinct du protêt, mais une partie du protêt, dans laquelle l'huissier rapporte les recherches auxquelles il s'est livré inutilement pour trouver le domicile de la personne dont il s'agit. Le protêt accompagné d'un acte de perquisition, étant plus long que le protêt pur et simple, donne lieu à la perception de droits plus élevés au profit de l'huissier. Une copie du protêt est alors remise au maire de la commune et deux copies sont remises au procureur de la République qui vise l'original, l'une de ces copies est affichée à la porte de l'auditoire du tribunal. Analogie, article 69-8°, C. proc. civ. (1).

666. Les prescriptions de la loi relatives aux protêts ne sont pas exactement observées, en général, par les huissiers, et, en cette matière, des abus assez graves sont commis (2). Dans les villes importantes, il y a un grand nombre d'effets de commerce ayant la même échéance, notamment le 1er, le 15, le dernier jour du mois. Les huissiers auraient difficilement le temps de dresser tous les protêts le lendemain de l'échéance. Que font-ils? Ils se présentent ou même presque toujours font présenter un de leurs clercs chez celui auquel le protêt doit être signifié avant de l'avoir dressé, et ils se bornent, s'ils ne le trouvent pas, à laisser leur carte, en violant ainsi l'article 176, C. com., qui prescrit aux huissiers de laisser copie exacte des protêts. Puis, les huissiers rédigent le protêt chez eux, à loisir, durant les quatre jours accordés pour le faire enregistrer (n° 664). La remise d'une carte d'huissier n'explique pas toujours suffisamment à celui chez lequel elle est remise ce dont il s'agit. En outre, le Trésor public éprouve un préjudice résultant de ce que, si l'on se présente chez l'huissier pour payer dans les quatre jours de l'échéance, il ne dresse pas de protêt ou déchire celui qu'il a rédigé, et ainsi le droit d'enregistrement

(1) Une proposition de loi, déposée, le 18 mars 1903, à la Chambre des députés, a pour but de régler, en la simplifiant, la procédure du protêt de perquisition : elle prescrit à l'huissier, au lieu de se transporter au chef-lieu d'arrondissement, de transmettre, sous pli recommandé, deux copies au procureur de la République.

(2) V. les constatations faites dans l'exposé des motifs d'un projet de loi déposé par les ministres de la Justice, des Finances et du Commerce, le 24 juillet 1884. V. aussi la discussion qui a eu lieu à la Chambre des députés dans la séance du 14 juin 1890. V. la note 1 de la page suivante.

n'est pas perçu sur le protêt ; l'huissier réclame quelquefois une rétribution variable à raison de sa complaisance (1).

La loi ne charge les huissiers que de dresser et de signifier les protêts le lendemain de l'échéance. Mais, en fait, souvent les huissiers se chargent des recouvrements, en présentant les effets de commerce pour le paiement le jour de l'échéance ; ils sortent ainsi de leurs fonctions (2).

667. Une fois le protêt dressé, le porteur a trois droits qu'il peut exercer et dont les deux premiers lui servent à obtenir la somme que le tiré n'a pas payée à l'échéance de la traite ; il peut : 1° assigner en garantie les divers obligés ; 2° tirer une traite ; 3° procéder par voie de saisie conservatoire. — Il y a lieu de s'occuper de chacun de ces moyens auxquels peut recourir le porteur. Leur emploi ne suit pas toujours nécessairement le protêt ; en effet, le porteur s'adresse ordinairement à l'amiable à un ou plusieurs obligés et ne recourt à l'un de ces moyens qu'autant qu'il n'est pas payé par ceux-ci.

668. Action en garantie contre les divers obligés. — Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut exercer son action en garantie individuellement ou collectivement contre le tireur et chacun des endosseurs. Il faut évidemment joindre à ces personnes

(1) Depuis une dizaine d'années, il est question de modifier la législation des protêts. Des projets ou des propositions de lois ont été présentés en 1879, 1884, 1886, 1889. La Chambre des députés élue en 1889 avait été saisie de propositions qui ont donné lieu à un rapport déposé le 27 mars 1890. Une première discussion a eu lieu dans la séance du 14 juin suivant ; la commission proposait d'importantes modifications portant notamment sur le délai et les formes du protêt : la discussion a été interrompue par le renvoi à la commission d'un contre-projet tendant à la suppression pure et simple de l'acte de protêt : le refus de paiement serait constaté par l'intermédiaire de la poste. Il n'a pas été donné suite à ce projet.

V. aussi sur des propositions de lois relatives aux protêts déposées à la Chambre des députés en 1903, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, pp. 173 à 176, *Chronique législative*, par Ch Lyon-Caen.

(2) Le projet de la Commission de la Chambre des députés (V. la note précédente) le leur interdisait. A plusieurs reprises, les gardes des sceaux ont cherché à supprimer l'usage du recouvrement des effets de commerce par les huissiers. Cet usage est contraire à l'article 39 du décret du 13 juin 1813, ainsi conçu : *Les huissiers sont tenus de se renfermer dans les bornes de leur ministère, sous les peines portées par l'article 132 du Code de procédure civile.* Mais les huissiers rendent aux banquiers, surtout pour les petites localités, des services dont ceux-ci déclarent ne pouvoir se passer sans dommage Aussi les gardes des sceaux ont dû, à plusieurs reprises, revenir sur les défenses qu'ils avaient faites. Une circulaire du garde des sceaux datée du 22 juillet 1902 décide que l'encaissement par les huissiers des effets protestables continuera à être toléré, comme par le passé, dans les localités autres que les villes chef-lieux de département, d'arrondissement ou qui sont le siège d'un tribunal de commerce.

contre lesquelles le porteur peut recourir, d'après l'article 164, les donneurs d'aval, la caution fournie en cas de refus d'acceptation et l'accepteur par intervention.

669. *Délai et formes de l'action en garantie.* — Quand le porteur veut se faire rembourser par un obligé, il doit lui faire notifier le protêt et, à défaut de remboursement, le faire assigner en justice (art. 165). Dans la pratique, c'est par un seul et même acte que le protêt est notifié et que l'assignation en justice est signifiée. On évite ainsi des frais et l'on échappe à des lenteurs inutiles : comme le porteur cherche d'ordinaire à se faire payer à l'amiable après le protêt, il serait bien improbable que le paiement, n'ayant pas eu lieu à ce moment, fût fait après la notification du protêt et avant l'assignation en justice.

La notification et l'assignation doivent être opérées dans la quinzaine de la date du protêt, si la personne assignée réside dans la distance de cinq myriamètres ; ce délai est augmenté, à raison de la distance existant entre le lieu où la lettre de change était payable et le domicile de la personne contre laquelle l'action en garantie est exercée, d'un jour par cinq myriamètres (art. 165, C. com., et art. 1033, C. proc. civ.).

Le délai s'applique d'une manière distincte pour chacun des obligés, qu'il soit poursuivi seul ou compris dans une poursuite collective : *si le porteur exerce son recours collectivement contre les endosseurs et le tireur, il jouit à l'égard de chacun d'eux du délai déterminé par les articles précédents* (art. 167, al. 1). Ainsi, le porteur n'est pas considéré comme ayant observé exactement, à l'égard de tous, les devoirs que la loi lui impose, par cela seul qu'il a rempli les formalités dont il s'agit dans les délais légaux à l'égard d'un des obligés. Comme cela a été dit plus haut (n° 641), les divers signataires d'une traite ne sont pas tenus d'une véritable solidarité, à raison de laquelle les actes destinés à la conservation des droits du porteur, accomplis contre l'un des obligés, conserveraient ses droits à l'égard de tous.

Dans l'usage, entre maisons ayant ensemble de bonnes relations, on ne procède pas immédiatement à la notification par huissier du protêt et à l'assignation en justice. Le porteur avise préalablement à l'amiable son cédant du non-paiement de la traite et lui envoie par la poste ou lui fait présenter celle-ci avec le protêt.

670. *Objet de l'action en garantie.* — La somme que le porteur peut réclamer du tireur ou des endosseurs se compose de différents éléments, qui n'ont été expressément indiqués par le Code que pour le cas où une retraite est tirée (nos 674 et suiv.) ; mais il n'est pas douteux qu'à cet égard, les articles 181, 184 et 185 s'appliquent à l'action en garantie ; on ne comprendrait pas pourquoi les sommes à réclamer

par le porteur varieraient, selon qu'il agit par voie d'action en garantie ou qu'il tire une retraite. Le porteur peut demander :

a) *Le principal de la lettre de change ;*

b) *Les intérêts du jour du protêt.* Selon l'article 184, *l'intérêt du principal de la lettre de change protestée faute de paiement est dû à compter du jour du protêt.* Cela est conforme au droit commun, tel qu'il résulte de l'article 1153, C. civ., modifié par la loi du 7 avril 1900. Les intérêts moratoires courent, en principe, du jour de la sommation faite au débiteur, et le protêt équivaut à une sommation. V. n° 380.

c) *Les frais du protêt et les autres frais légitimes* (par exemple, frais de correspondance (art. 181). Il y a ici une dérogation à l'article 1153, C. civ., en ce que le porteur peut réclamer, outre les intérêts moratoires, les frais occasionnés par le défaut de paiement (1). Il va de soi que, si une instance s'engage, la condamnation comprend nécessairement les frais du procès.

d) *L'intérêt des frais du protêt et autres frais légitimes à compter de la demande en justice* (2) (art. 185).

671. *Clause de retour sans frais*. — La confection du protêt, la notification et l'assignation en justice occasionnent des frais, qui sont, quand le montant de la dette est minime, une lourde charge. Ce n'est pas tout : la confection du protêt paraît toujours révéler l'embarras du tiré et peut même être considérée comme un signe de cessation des paiements, qui autorise la déclaration de faillite. Aussi, pour éviter les frais et pour ménager le tiré, le tireur insère-t-il souvent dans la lettre de change la clause de *retour sans frais*. La validité de cette clause n'est pas douteuse ; la loi du 5 juin 1850 (art. 8) ne la déclare nulle que dans le cas où elle se trouve dans une traite non timbrée, et la loi du 5 avril 1879 n'admettait le recouvrement par la poste des lettres de change qu'autant qu'elles contenaient la clause *retour sans frais* (3).

Cette clause ne dispense pas le porteur de présenter la traite au tiré le jour de l'échéance, mais de faire dresser un protêt pour constater le refus de paiement et de remplir les formalités nécessaires pour assurer

(1) L'article 1153, 1er alin., C. civ., fait allusion à cette dérogation, en réservant *les règles particulières au commerce.*

(2) On peut soutenir que, depuis la loi du 7 avril 1900, les intérêts des frais courent du jour du protêt qui équivaut à une sommation. La disposition de l'article 185, C. com., n'était qu'une application de l'article 1153, C. civ., qui, avant la loi du 7 avril 1900, posait en règle générale que les intérêts moratoires couraient du jour de la demande en justice.

(3) La loi du 17 juillet 1880 a admis le recouvrement par la poste pour les valeurs même soumises au protêt.

son recours en garantie. Non seulement le porteur est dispensé de remplir ces formalités, mais encore, s'il les remplissait, les frais en resteraient à sa charge, comme frais frustratoires. Le porteur, par cela même qu'il doit être traité comme si le protêt avait été fait, même quand il n'a pas été dressé, peut réclamer, à compter du lendemain de l'échéance, les intérêts du principal de la traite dus, en principe, à partir du protêt (n° 670).

Le délai de quinzaine, dans lequel le porteur doit ordinairement exercer son recours, a pour point de départ le protêt (n° 669). Aussi ne paraît-il pas possible d'obliger le porteur à donner avis du non-paiement aux intéressés dans la quinzaine du non-paiement. Il doit seulement les aviser dans un délai tel que sa négligence ne cause pas préjudice aux intéressés. C'est aux tribunaux à apprécier, d'après les circonstances de chaque espèce, si l'avis n'a pas été donné dans un délai raisonnable et si un dommage en est résulté pour ceux qui n'ont pas été avisés assez promptement.

La clause de *retour sans frais* produit-elle, en cas de refus d'acceptation, l'effet de supprimer le protêt faute d'acceptation? La Cour de cassation a admis la négative, en se fondant sur ce qu'il y a là une clause qui doit être interprétée restrictivement comme dérogeant au droit commun (1). L'affirmative semble pourtant devoir être adoptée; l'intention du tireur, qui a inséré cette clause dans la traite, est d'éviter les formalités judiciaires ou extrajudiciaires qui entraînent des frais.

672. Quand la clause de *retour sans frais*, comme cela vient d'être supposé, a été insérée dans la traite même par le tireur, elle est obligatoire pour tous ceux entre les mains de qui la traite passera, c'est-à-dire que les endosseurs ne pourront, pas plus que le tireur, se plaindre de l'inobservation des articles 162, 165 et suivants, et que le porteur ne pourra réclamer à aucun d'eux les frais qu'il aurait faits en remplissant les formalités prescrites par ces articles (2).

Mais la clause de *retour sans frais* peut aussi être insérée par un endosseur dans son endossement. Elle n'a pas alors d'effet à l'égard de tous les intéressés; le droit commun reste applicable au tireur et aux endosseurs antérieurs qui ont créé et transmis la lettre de change sans clause dérogatoire; leur situation n'a pu être modifiée après coup. Au contraire, la clause produit ses effets à l'égard de celui qui l'a insérée,

(1) Cass., 6 juin 1853, S. 1853. 1. 472; D. 1853 1. 181.

(2) Dans la pratique, on exige que la clause non insérée dans la traite même soit répétée dans chaque endossement, pour que chaque endosseur puisse s'en prévaloir.

et qui ne peut, par suite, reprocher au porteur le défaut de protêt. Il semble juste, bien qu'on ait soutenu le contraire, d'admettre qu'elle est opposable aussi par les endosseurs postérieurs.

673. Il ne faut pas confondre avec *la clause de retour sans frais* celle par laquelle le porteur est *dispensé* de faire dresser le protêt et de remplir les formalités de l'article 165, C. com. Cette dernière clause implique non pas interdiction de faire dresser le protêt, mais renonciation au droit, de la part de celui qui l'a acceptée, d'opposer la déchéance au porteur qui n'a pas fait le protêt en temps utile; si le protêt est fait, les frais n'en restent pas à la charge du porteur. Cette convention peut, comme du reste la clause de retour sans frais, être insérée dans la lettre de change même, dans un endossement, ou être constatée de toute autre manière. Ainsi, les banquiers stipulent souvent dans les tarifs imprimés, par lesquels ils indiquent à quelles conditions ils se chargent du recouvrement des lettres de change, qu'ils ne s'engagent pas à faire dresser les protêts le lendemain de l'échéance, soit quand les traites sont payables dans de petites localités, soit quand elles ne leur sont pas remises assez longtemps avant l'échéance. Il va de soi que, quand la traite elle-même ne porte pas trace de cette convention, celle-ci ne produit d'effet qu'entre ceux entre lesquels elle est intervenue.

674. Rechange et retraite. — Le porteur non payé peut avoir besoin de se procurer immédiatement le montant de la lettre de change. Il n'y arriverait pas en actionnant en garantie le tireur et les endosseurs, à raison des délais nécessaires pour les poursuivre et obtenir contre eux une condamnation. Pour y parvenir, il peut tirer une lettre de change sur le tireur ou sur l'un des endosseurs et la négocier dans le lieu où la lettre de change primitive non acquittée était payable. En ce cas, il intervenait, dans le système du Code de commerce, une nouvelle opération de change, c'est celle qu'on qualifiait de *rechange* : la première opération s'étant faite à l'aide d'une lettre de change ou *traite*, la seconde se faisait à l'aide d'une seconde lettre de change ou *retraite* (art. 177, C. com.). Depuis la loi du 7 juin 1894 (n° 570), il a pu n'y avoir aucune opération de change à l'origine, et l'expression de *rechange* ne s'explique plus alors ; elle est maintenue, néanmoins, comme celle de lettre de change elle-même. Par contre, il y a presque toujours une opération de change lors de la création de la retraite. On peut sans doute aujourd'hui tirer une lettre sur le lieu même où elle est créée ; mais quand ce cas se présente, comme il s'agit d'avoir immédiatement de l'argent, on présente la lettre non payée au débiteur qui se trouve sur place et on lui en demande le remboursement, au lieu de tirer sur

lui. La retraite est définie par l'article 178 : *une nouvelle lettre de change au moyen de laquelle le porteur se rembourse, sur le tireur ou sur l'un des endosseurs, du principal de la lettre protestée, de ses frais et du nouveau change qu'il paye*. Ce nouveau change, qui est la somme payée à un banquier pour qu'il reçoive la retraite, est aussi appelé rechange.

La retraite ne diffère d'une lettre de change ordinaire que par la mention de la lettre impayée : elle peut être ainsi conçue :

Bordeaux, 20 janvier 1910.

Au 30 courant (ou *à vue*), *payez par cette retraite à mon ordre la somme de..., valeur en remboursement de l'effet non payé ci-annexé.*

A Paul, de Paris. (*Signé*) Louis.

On applique à la retraite les règles générales de la lettre de change. Seulement, le tiré, étant le tireur ou l'un des endosseurs de la lettre de change primitive non payée, est obligé d'en payer la retraite avant même de l'avoir acceptée. La provision est nécessairement faite par avance, puisque le tiré, comme garant du paiement, est débiteur du tireur de la retraite.

L'émission d'une retraite ne dispense pas le porteur de l'obligation de notifier le protêt et d'assigner en justice dans le délai fixé par la loi. Aussi l'échéance de la retraite doit-elle être fixée de telle façon que, dans le cas où elle n'est pas payée, le porteur de la traite primitive soit encore dans le délai voulu pour la notification du protêt et l'assignation en justice. D'ordinaire, les retraites sont à vue.

675. La somme qui forme le montant de la retraite se compose de différents éléments constatés par un bordereau annexé à la nouvelle lettre de change. Avant un décret du 24 mars 1848, la retraite devait être accompagnée d'un *compte de retour*. — Le compte de retour avait donné lieu, avant 1848, à de graves abus : on imaginait des *rechanges* exagérés et des courtages ou droits de commission excessifs, de manière à faire atteindre à la retraite un chiffre élevé. Le Code (art. 181 et 186) exigeait que le compte de retour fût certifié par un agent de change ou par deux commerçants, ce qui augmentait les frais. Le décret du 24 mars 1848 a cherché à remédier à ces abus. Les dispositions de ce décret sont encore appliquées, bien qu'on ait parfois soutenu qu'elles ne sont plus en vigueur. Il est vrai que le décret indique expressément que ses dispositions ont un caractère provisoire ; mais elles n'ont pas été remplacées par d'autres. Ce décret suspend l'exécu-

tion des articles 180, 181 et 186, C. com., et détermine les éléments du montant de la retraite. La retraite doit être accompagnée d'un *bordereau* détaillé signé du tireur seulement, ce qui signifie qu'il n'y a plus besoin d'un certificat ou d'un agent de change ou de deux commerçants constatant le cours du change (1). La retraite comprend : 1° *le principal de la lettre de change*; — 2° *les frais de protêt et de la dénonciation du protêt, s'il y a lieu*. Il faut évidemment ajouter les frais de l'enregistrement de la traite primitivè qui, depuis la loi du 28 février 1872, doit avoir lieu en même temps que le protêt ; 3° *les intérêts du principal à partir du jour du protêt et les intérêts des frais à partir de la demande en justice ;* — 4° *le rechange*, c'est-à-dire la perte subie pour la négociation de la retraite par le tireur. Si la retraite se fait sur un pays étranger ou sur des possessions françaises en dehors du continent, on a égard au cours du change et, par suite, la perte de change pour les retraites tirées sur un même lieu n'est pas toujours la même. Mais, pour la France continentale, le rechange est réglé uniformément comme suit : un quart pour cent (25 centimes) pour les retraites tirées sur les chefs-lieux de département ; demi pour cent (50 centimes) pour les retraites tirées sur les chefs-lieux d'arrondissement; trois quarts pour cent (75 centimes) pour les retraites tirées sur toutes autres places. En aucun cas, il n'y a lieu à rechange sur le même département; ainsi il n'y aura pas lieu à rechange pour une retraite tirée de Libourne sur Bordeaux; — 5° *le timbre de la retraite*. D'après le décret du 24 mars 1848, le droit de timbre était fixe et s'élevait à 35 centimes : depuis la loi du 5 juin 1850 art. 1), le droit de timbre est le même pour les retraites que pour les lettres de change ordinaires ; c'est donc un droit proportionnel, montant actuellement à 5 centimes par 100 francs (n° 716).

Au sujet du rechange, il importe de considérer le cas où la retraite est tirée par le porteur sur le tireur et celui où elle l'est sur un endosseur. Supposons que la lettre de change impayée a été tirée de Paris sur Limoges, a été endossée à Tourcoing, à Libourne, puis au profit d'un porteur de Limoges. Si le porteur a tiré une retraite de Limoges sur Paris, le rechange se règle par la perte de change fixée à forfait du lieu où la traite était payable sur celui d'où elle a été tirée ; il est donc dans notre exemple de 1/4 (soit 25 centimes) par 100 francs. Quand, au contraire, la retraite est tirée sur un endosseur, on ne tient pas compte

(1) Un tel certificat a été, du reste, rendu inutile au moins pour les retraites tirées d'une localité située en France sur une autre localité située aussi en France. Pour ces retraites, le décret du 24 mars 1848 à fixé à forfait le cours du change.

du lieu où cette retraite est payable, mais du lieu où la lettre de change impayée a été créée. Dans notre espèce, si la retraite est tirée de Limoges sur Libourne (chef-lieu d'arrondissement), le rechange sera non pas de 50 centimes, mais de 25 centimes par 100 francs, parce que le lieu de création de la traite impayée était un chef-lieu de département (Paris). V. article 179, 1er alin., C. com.

Les retraites sont devenues rares. La possibilité d'en créer est même parfois exclue par la clause *sans compte de retour*, qui se réfère aux articles 180 et 181, dont l'exécution a été suspendue par le décret du 24 mars 1848 demeuré en vigueur par cela même que des dispositions nouvelles ne l'ont pas remplacé.

676. Saisie conservatoire. — Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement n'a pas seulement le droit d'agir en garantie contre le tireur et contre les endosseurs, ou de tirer sur l'une de ces personnes une retraite ; il peut aussi, en obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireur, accepteur et endosseurs (art. 172, C. com.). Il y a là une application de l'article 417, C. proc. civ., selon lequel, dans les cas requérant célérité, le président du tribunal de commerce peut permettre la saisie des effets mobiliers. Seulement l'article 172 n'autorise pas le président, ainsi que le fait l'article 417, C. proc. civ., à exiger une caution de celui qui pratique la saisie. Cette saisie, comme l'indique la qualification qui lui est donnée, a seulement pour but d'empêcher le débiteur de soustraire ses biens mobiliers à l'action de son créancier ; elle ne permet pas à celui-ci de faire procéder à la vente de ces biens, puisqu'il n'a pas de titre exécutoire.

La saisie conservatoire peut être pratiquée contre toutes les personnes tenues en vertu de la lettre de change et seulement contre celles-ci. Elle est donc possible contre un donneur d'aval, bien que l'article 172 n'en fasse pas mention ; au contraire, elle n'est pas possible contre le tiré qui n'a pas accepté.

677. Actions récursoires des obligés. — Quand le porteur, usant des droits divers qui lui appartiennent, s'est fait payer par l'un des obligés, celui-ci doit-il supporter définitivement le fardeau de la dette ou a-t-il un recours ? Contre qui ce recours existe-t-il et comment peut-il être exercé ? Ces questions reçoivent une solution différente suivant que la lettre de change a été acquittée par tel ou tel des obligés.

Par cela même qu'il est question ici d'une lettre de change protestée *faute de paiement*, il n'y aurait pas lieu de s'occuper du cas où le paiement a été fait par le tiré ; cependant, pour présenter un tableau complet, ce dernier cas sera prévu.

Paiement fait par le tiré. — Si le tiré a payé ayant reçu une provision qui le couvre, il n'a fait qu'acquitter sa dette et n'a aucun recours. S'il a payé à découvert, c'est-à-dire soit sans avoir reçu provision, soit après-avoir reçu une provision qui ne le couvre pas (ce qui a lieu spécialement dans le cas où la provision résulte d'une ouverture de crédit), il a un recours contre le tireur ou contre le donneur d'ordre, quand la traite a été tirée pour le compte d'autrui (n° 594) : ce recours ne dérive pas de la lettre de change, c'est l'action d'un mandataire contre son mandant (Cf. n° 697, *in fine*). Le tiré n'a, au contraire, aucun recours contre les endosseurs ; il n'en est autrement que lorsque le tiré a payé par intervention ou paie la traite après avoir accepté par intervention, il a dans ces cas tous les droits du porteur contre celui pour qui il est intervenu et contre les garants de celui-ci (art. 159, C. com.).

Paiement fait par le tireur — Au cas où il n'y avait pas provision, le tireur, en payant la traite, n'a fait qu'acquitter une dette dont il était tenu principalement, il ne saurait donc avoir aucun recours ; il n'en serait autrement que si le tireur avait agi pour le compte d'autrui (n° 594). Au cas où il y avait provision, le tireur a toujours une action contre le tiré qui a manqué d'exécuter son mandat. Si le tiré avait accepté, le tireur peut invoquer à sa charge une obligation résultant de la lettre de change. Si le tiré n'avait pas accepté, le tireur agit contre lui pour se faire rendre la provision et aussi les frais que le défaut de paiement par le tiré a entraînés (Cf. n° 632) ; son action ne dérive pas de la lettre de change ; elle est civile ou commerciale selon la nature de la dette qui constituait la provision.

Paiement fait par un endosseur. — L'endosseur qui a payé peut agir en garantie ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs qui le précèdent ou collectivement contre tous (art. 164). L'endosseur, pour exercer ce recours, n'a plus à faire dresser le protêt, puisque le porteur l'a fait dresser ; mais il doit notifier le protêt à ceux qu'il veut poursuivre et les assigner en justice dans le délai de quinzaine (sauf augmentation à raison des distances). Ce délai court à partir du lendemain du jour où l'endosseur qui exerce le recours a été lui-même assigné (art. 167), ou du lendemain du jour où cet endosseur a payé amiablement le porteur. Chaque endosseur jouit des mêmes délais à l'égard de ceux qu'il veut actionner. Ainsi, par suite des recours successifs, le tireur pouvait n'être averti du défaut de paiement qu'après un temps assez long. V. n° 664, *in fine*, l'addition faite à l'article 176 par une loi de 1906.

Ce qui vient d'être dit s'applique sans difficulté au cas où le porteur a exercé un recours individuel contre un endosseur. Mais il se peut que le porteur exerce un recours collectif contre les endosseurs et

contre le tireur. Faut-il alors, pour que chacun conserve ses droits contre ses garants, qu'il agisse dans le délai de quinzaine comme s'il avait été l'objet d'une poursuite individuelle ? La loi semble exiger dans tous les cas des diligences personnelles de l'endosseur qui veut recourir (Cbn. art. 164, 167, 169). Toutefois, cela paraît d'une grande rigueur, et l'on comprend qu'au point de vue pratique, on ait considéré qu'il était suffisant que tous les obligés eûssent été mis en cause par le porteur pour que les droits respectifs fussent sauvegardés (1).

Le recours des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur, quand ils ont payé, a lieu en vertu de la subrogation légale : l'endosseur qui a payé a acquitté une dette dont il était tenu avec les autres endosseurs et avec le tireur (art. 1251-3°, C. civ.). Mais l'endosseur qui a payé ne saurait se prévaloir de sa subrogation légale au porteur qui a été diligent, pour recourir contre les autres signataires de la traite, alors que lui (endosseur) n'a pas agi dans la quinzaine et a été, par conséquent, négligent.

Paiement fait par un donneur d'aval ou par un accepteur par intervention. — Ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations que celui pour qui ils sont intervenus.

A raison des nombreux recours et des délais accordés pour chacun d'eux, il est possible que le tireur ne soit lui-même l'objet d'un recours qu'après un assez long temps. Il a, pourtant, le plus grand intérêt à être avisé promptement du défaut de paiement par le tiré. Aussi la loi du 22 décembre 1906 (second alinéa ajouté à l'article 176, C. com.), impose à l'huissier (ou au notaire) qui a dressé le protêt faute de paiement l'obligation, à peine de dommages-intérêts, de donner avis du défaut de paiement et de ses motifs au tireur, par lettre recommandée, dans les 48 heures de l'enregistrement du protêt. V. n° 664, *dernier paragraphe*.

678. L'endosseur qui a payé ou celui qui a payé pour un endosseur dont il avait avalisé la signature ou pour lequel il avait accepté par intervention, a tous les droits du porteur contre les endosseurs précédents et contre le tireur ; il peut donc tirer une retraite contre l'un d'eux et pratiquer une saisie conservatoire sur leurs biens mobiliers. Le Code de commerce a même prévu l'hypothèse de la retraite tirée par un endosseur sur le tireur ou sur l'un des endosseurs qui le précèdent.

Le droit de tirer une retraite appartient à un endosseur, qu'il ait remboursé directement le porteur ou qu'il ait acquitté lui-même une retrait

(1) Paris, 11 février 1880, S. 1881. 2 241 (note de L. Renault).

tirée par ce dernier sur lui. C'est ce dernier cas visé par le Code de commerce (art. 179) qui doit être examiné.

On peut supposer que la lettre de change impayée a été tirée de Paris sur Bordeaux et qu'elle a été successivement endossée à Tourcoing, à Libourne et à Bordeaux, puis qu'à défaut de paiement, il y a eu deux retraites tirées, l'une de Bordeaux sur Libourne, l'autre de Libourne sur l'endosseur de Tourcoing. Si l'endosseur de Libourne pouvait se faire rembourser par l'endosseur de Tourcoing, outre le montant de la première retraite, les différents frais et droits de change afférents à la seconde, le montant de la dette se grossirait peu à peu et pourrait être beaucoup augmenté quand on s'adresserait au tireur. Pour éviter ce fâcheux résultat, le Code a posé les deux règles suivantes : 1° *Il ne peut être fait plusieurs comptes de retour sur une même lettre de change. Le compte de retour est remboursé d'endosseur à endosseur respectivement et définitivement par le tireur* (art. 182) ; 2° *les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur* (art. 183).

S'il n'y a qu'un rechange (perte de change) possible à raison d'une lettre de change impayée, quel est-il ? Il a été dit plus haut (n° 675) que, le porteur tirant une retraite sur l'un des endosseurs, la perte de change se règle d'après le cours du change du lieu où la lettre impayée était payable sur le lieu d'où elle a été tirée. Ainsi, dans l'exemple donné précédemment (n° 675), la perte de change sera, pour une retraite tirée de Limoges sur l'endosseur de Libourne, de 25 centimes par 100 francs, parce que le lieu de la création de la traite impayée était Paris, chef-lieu de département. Si l'endosseur de Libourne tire une retraite sur le tireur de Paris, il recouvrera le droit de change de 25 centimes par 100 francs payé pour la première retraite. Mais que décider quant au droit de change, si l'endosseur de Libourne tire une retraite, non sur le tireur (de Paris), mais sur l'endosseur de Tourcoing ? Si l'on s'attachait à l'idée que l'endosseur, qui paie le porteur, est subrogé au droit de celui-ci contre les endosseurs précédents, il faudrait dire que, dans la seconde retraite tirée sur Tourcoing, la perte de change doit être celle qui a été supportée pour la première retraite, soit 25 centimes pour 100 francs ; mais il paraît résulter de l'article 179, 2e alin., que l'on doit tenir compte de la place sur laquelle est tirée la seconde retraite, de telle façon que le droit de change pour celle-ci serait de 75 centimes pour 100 francs. Au reste, le sens de l'article 179, 2e al., est obscur et a donné lieu à des interprétations diverses (1). La rareté des retraites rend la question peu intéressante.

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 402.

679. PAIEMENT PAR INTERVENTION. — Le défaut de paiement d'une lettre de change est plus fâcheux que le non-paiement d'une dette ordinaire. Il entraîne des recours successifs. Aussi, à défaut de paiement par le tiré, la loi favorise-t-elle le paiement fait par un tiers. En droit commun, une personne peut, en principe, payer la dette d'autrui, mais elle n'a contre le débiteur que l'action ordinaire de gestion d'affaires ou de mandat, selon qu'elle a payé spontanément ou en vertu d'un mandat; elle n'est pas subrogée légalement au créancier et ne peut pas non plus exiger de lui la subrogation conventionnelle (art. 1236, C. civ.). Dans le but d'encourager l'acquittement des traites, le Code de commerce subroge légalement au créancier désintéressé celui qui intervient pour payer une lettre de change, après le protêt faute de paiement par le tiré.

Le *paiement par intervention*, appelé aussi *paiement après protêt* ou *sous protêt* ou *par honneur*, a beaucoup d'analogie avec l'acceptation par intervention et est régi sous plusieurs rapports, par les mêmes règles que celle-ci. Cf. nos 633 et suiv.

680. Qui peut payer par intervention ? Toute personne qui n'est pas obligée au paiement de la lettre de change ; celui qui la paie, étant tenu de l'acquitter, fait sa propre affaire et *n'intervient pas*, en réalité. L'intervenant peut agir de son propre mouvement dans l'intérêt d'un des signataires de la traite (c'est un *gérant d'affaires*) ou exécuter un mandat qui lui a été donné par l'un d'eux. Le tiré lui-même, pourvu qu'il n'ait pas accepté comme tel, peut, après avoir laissé protester la traite, la payer par intervention. Il a, pour agir ainsi, le même intérêt que pour accepter par intervention (no 633). *a.* Le tiré qui paie à découvert, n'a de recours que contre le tireur ; en payant par intervention, il obtient un recours contre les endosseurs. *b.* Le tiré qui paie une lettre de change tirée pour le compte d'autrui, n'a de recours que contre le donneur d'ordre ; en payant pour l'un des endosseurs ou pour le tireur pour compte, il obtient des recours contre eux.

681. *Pour qui peut se faire le paiement par intervention ?* — Il peut être fait non seulement pour le tireur ou pour l'un des endosseurs, comme le dit l'article 158, al. 1, C. com., mais encore pour toute autre personne tenue au paiement de la traite, spécialement pour un donneur d'aval ou pour l'accepteur.

682. *Forme du paiement par intervention.* — Le paiement par le tiré est entré dans les prévisions des parties, c'est lui qui est le plus désirable. Aussi le Code n'admet-il le paiement par intervention qu'après qu'il y a eu un refus de paiement constaté par un protêt. D'après l'article 158, al. 2, l'intervention et le paiement doivent même être constatés

dans le protêt ou à la suite de cet acte. Cpr. nº 634 ce qui est dit de l'acceptation par intervention.

L'intervenant doit déclarer pour qui il paie ; en effet, ses droits varient selon qu'il est intervenu pour tel ou tel des obligés (art. 159, alin. 1).

683 Le porteur ne peut pas plus refuser le paiement par intervention que le paiement ordinaire du tiré ; pour lui, l'un et l'autre produisent les mêmes effets. Si donc le porteur refusait de recevoir le paiement par intervention, il y aurait lieu de procéder à des offres réelles suivies de consignation, conformément au droit commun (art. 1257 et s., C. civ.). Il a été dit, au contraire, que le porteur n'est pas tenu de se contenter d'un accepteur par intervention quelconque (nº 635) ; cela tient à ce que l'accepteur se borne à s'obliger sans payer et peut être insolvable.

684. *Effets du paiement par intervention*. — Le payeur par intervention est subrogé légalement aux droits du porteur (art. 159, al. 1). Le Code a dérogé au droit commun (art. 1236, C. civ.), en accordant le bénéfice de la subrogation légale à une personne qui paie sans avoir un intérêt au paiement de la dette. L'intervenant n'acquiert pas tous les droits du porteur, mais les droits du porteur contre celui pour qui le paiement a eu lieu et contre ses garants. Ainsi, en cas de paiement par intervention fait pour le tireur, le payeur n'est subrogé que contre le tireur ; en cas de paiement par intervention fait pour un des endosseurs, le payeur est subrogé contre cet endosseur et contre les endosseurs qui le précèdent (non pas contre ceux qui le suivent) ainsi que contre le tireur. A raison de cette subrogation, le payeur par intervention a les droits du porteur sur la provision ; il peut tirer une retraite, pratiquer une saisie conservatoire ; les personnes obligées ne peuvent pas réclamer un délai de grâce à son encontre.

Le payeur par intervention n'est pas substitué au porteur seulement au point de vue des droits de celui-ci, il l'est aussi au point de vue des devoirs relatifs aux formalités à remplir (art. 159, al. 1). Il doit donc avoir le soin de signifier le protêt à celui des signataires de la traite qu'il veut poursuivre et de l'assigner en justice dans la quinzaine du protêt. V. nº 669.

Quel profit celui pour qui le payeur est intervenu tire-t-il du paiement ? On ne l'aperçoit pas bien, puisqu'il est tenu envers le payeur par intervention de la même manière qu'il l'était envers le porteur. Ce profit peut cependant exister : le payeur par intervention est parfois débiteur de celui pour qui il intervient et se libère, par suite, envers lui par le paiement ; en tout cas, c'est ordinairement un créancier moins rigoureux que le porteur.

685. *Concours de payeurs par intervention*. — Il peut se faire que plusieurs personnes se présentent afin de payer par intervention pour plusieurs obligés. Dans ce cas peu pratique prévu par l'article 159, al. 4, *celui qui opère le plus de libérations est préféré*. Ainsi, l'on doit préférer celui qui offre de payer pour le premier endosseur à celui qui veut payer pour le dernier, celui qui veut payer pour le tireur à celui qui se propose de payer pour l'un des endosseurs, etc.

Cette règle doit être appliquée au cas où l'une des personnes qui offrent de payer par intervention est le tiré lui-même ; en conséquence, s'il offre de payer pour le dernier endosseur, alors qu'une autre personne veut payer pour le tireur, celle-ci doit être préférée comme opérant le plus de libérations. L'article 159, al. 5, semble, pourtant, indiquer que le tiré doit toujours être préféré comme payeur par intervention. Cela ne se concevrait pas ; il n'y a aucune bonne raison pour déroger, en ce qui le concerne, à la règle générale. Il faut référer l'article 159, al. 5, au cas où plusieurs personnes, parmi lesquelles se trouve le tiré, veulent payer par intervention pour le compte du même signataire de la traite. Dans ce cas seulement, le tiré doit être préféré ; il avait reçu un mandat de payer, tandis que les autres intervenants sont des gérants d'affaires.

Si, en cas de concurrence de plusieurs payeurs par intervention, on laissait payer celui qui n'opérait pas le plus de libérations, il n'aurait de recours que contre ceux des signataires de la traite contre lesquels aurait pu recourir celui qui, en payant, en aurait opéré le plus grand nombre.

6° *Des déchéances encourues par le porteur et par les endosseurs négligents.*

686. Le Code ne se borne pas à imposer des devoirs spéciaux au porteur d'une lettre de change ; il le frappe encore, quand il y a manqué, de déchéances rigoureuses, en le privant, en tout ou en partie, de ses recours contre les divers obligés. Il faut déterminer les cas dans lesquels le porteur est considéré par la loi comme négligent et l'étendue des déchéances qu'il encourt.

687. *Cas où le porteur est considéré comme négligent*. — Les cas énumérés par l'article 168 sont les suivants : 1° violation de l'article 160, c'est-à-dire non présentation, dans le délai de trois mois augmenté, s'il y a lieu, à raison des distances, d'une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue ; 2° violation de l'article 162, c'est-à-dire défaut de confection du protêt le lendemain de l'échéance ;

3° violation des articles 165 à 167, c'est-à-dire défaut de dénonciation du protêt régulièrement dressé ou d'assignation en justice dans les délais légaux (1).

688. *Nature et étendue des déchéances encourues.* — Le porteur négligent n'est pas déchu de ses droits à l'égard de tous les obligés; il y a des distinctions à faire. L'idée générale qui domine cette matière, c'est que ceux-là seuls, parmi les obligés, peuvent se soustraire à l'action du porteur en invoquant la déchéance, qui ne sont pas obligés principaux et qui, en échappant à leur obligation, ne s'enrichissent pas sans cause au préjudice du porteur. Pour se rendre bien compte du système du Code à cet égard, il faut placer le porteur négligent successivement en face des divers obligés.

689. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le tiré.* — Le tiré ne peut jamais opposer la déchéance au porteur négligent; ce n'est point dans l'intérêt du tiré que le porteur est tenu, en cas de défaut de paiement, de remplir certaines formalités dans des délais très brefs, spécialement de faire dresser le protêt.

Pour bien déterminer la situation du tiré, des distinctions doivent être faites. Quand le tiré a accepté, il est débiteur direct et principal de la lettre de change; il ne peut alléguer qu'il la croyait acquittée, parce qu'il n'y a pas eu, par exemple, de protêt dressé en temps utile (art. 172. al. 2). Quand, au contraire, la traite n'a pas été acceptée, s'il n'y a pas provision, le tiré n'est aucunement tenu envers le porteur; s'il y a provision, le tiré n'est pas tenu en vertu de la lettre de change, et le porteur ne peut le poursuivre qu'à raison des droits qui lui appartiennent sur la provision. V. n° 617.

690. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le tireur.* — Le tireur, étant garant du paiement à l'échéance, peut, en principe, être actionné par le porteur non payé, qu'il y ait ou non provision. Mais la distinction entre ces deux cas est capitale, quand il s'agit de savoir si le tireur, actionné par le porteur négligent, peut lui opposer la déchéance. *Quand le tireur a fait provision,* il peut opposer la déchéance au porteur négligent. Dans ce cas, en effet, le tireur ne s'enrichit pas au préjudice du porteur; lors de la création de la lettre de change ou après, le tireur a fourni quelque chose au preneur (art. 160, al. 1, et art. 170). Au contraire, *le tireur qui n'a pas fait provision* ne peut pas opposer la déchéance au porteur négligent:

(1) Il résulte de l'énumération faite au n° 687 que la non-présentation le jour de l'échéance ne fait pas considérer le porteur comme négligent. Sans doute, il est responsable du dommage qu'il peut causer par le retard à présenter la traite, mais il n'encourt pas les déchéances légales qui frappent le porteur négligent. V. n° 658.

autrement, le tireur réaliserait un enrichissement injuste au préjudice du porteur, le tireur n'ayant rien fourni en retour de ce qu'il a reçu du preneur lors de la création de la traite. Les motifs mêmes de cette distinction impliquent que l'on doit traiter comme n'ayant pas fait provision le tireur qui a sans doute pourvu au paiement de la traite par le tiré, mais sans qu'il sorte rien du patrimoine du tireur pour entrer dans celui du tiré (cas de l'ouverture de crédit consentie par le tiré au tireur). Il va de soi qu'il faut assimiler au cas où il n'y a jamais eu provision, celui où le tireur a repris la provision en se faisant payer par le tiré le montant de la créance qui la constituait.

De cette distinction il résulte que, dans le cas où le porteur négligent veut poursuivre le tireur, la question de savoir s'il y a ou non provision est décisive. C'est au tireur, qui veut opposer la déchéance, à prouver l'existence de la provision ; l'article 170 est formel sur ce point. Le tireur n'est pas dispensé de faire cette preuve, même quand la traite a été acceptée. La règle, en vertu de laquelle l'acceptation suppose la provision, n'a pas d'application dans les rapports entre le porteur négligent et le tireur (art. 117, 3e al.). V. nº 625.

A propos du droit pour le tireur de se prévaloir de la déchéance contre le porteur négligent, une question grave s'élève. Quand un commerçant est déclaré en faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens et, en conséquence, il lui est interdit de payer ses dettes. Lors donc qu'au moment de l'échéance d'une lettre de change, le tiré a été déclaré en faillite, le paiement ne saurait avoir lieu. Si le porteur a été négligent, le tireur qui avait fait provision peut il opposer la déchéance ? La jurisprudence ne lui reconnaît pas ce droit (1). Elle s'appuie principalement sur les termes de l'article 170, qui ne reconnaît au tireur le droit de se prévaloir de la déchéance qu'autant qu'*il y avait provision à l'échéance*. Or, dit-on, il n'y a pas provision à l'échéance, dès que le tiré ne peut pas payer à raison de son état de faillite, qui a fait évanouir en quelque sorte la provision.

Il semble plus juste et plus conforme aux dispositions du Code de commerce de permettre au tireur d'opposer au porteur négligent la déchéance, par cela seul que la provision a été faite, si elle n'a disparu que par suite de la faillite du tiré. D'abord, par cela même que le tireur a fourni la provision et ne l'a pas retirée, il ne s'enrichit pas injustement en échappant au recours du porteur négligent. Puis, l'argument fondé sur ce que l'article 170 suppose *qu'il y avait provision à l'échéance*, est bien subtil. Les rédacteurs du Code ne semblent pas

(1) Cass., 30 mars 1841, D. 1841. 1. 201 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 16 décembre 1851, S. 1852. 1. 5.

avoir attaché à ces expressions la grande importance qu'on leur attribue ; ce qui le prouve, c'est que l'article 160 parle simplement du tireur qui *a fait provision*. — Enfin, avec le système de la jurisprudence, le porteur ne devrait pas être tenu, dans ses rapports avec le tireur, de faire dresser un protêt en cas de faillite du tiré, puisque, même en l'absence de protêt, il aurait la plénitude de ses droits de recours. Or, comme cela a été dit (n° 660), l'article 163 indique expressément que le protêt est obligatoire même en cas de faillite du tiré, lors de l'échéance. — La situation est la même en cas de liquidation judiciaire ; si le débiteur n'est pas, à la différence du failli, dessaisi de l'administration de ses biens, il ne peut cependant faire un paiement. Cf. art. 5, *in fine*, Loi du 4 mars 1889.

691. *Du porteur négligent dans ses rapports avec les endosseurs.* — Les endosseurs peuvent toujours opposer la déchéance, qu'il y ait ou non provision (art. 168, C com.), et cela se justifie aisément : d'abord, les endosseurs ne sont toujours que des obligés subsidiaires ; ensuite, quand même il n'y a pas provision, l'endosseur qui oppose la déchéance au porteur négligent, ne s'enrichit pas à son préjudice ; car l'endosseur, en cédant la traite, a bien reçu une valeur du bénéficiaire de l'endossement, mais n'a fait que rentrer ainsi dans la somme qu'il a dû débourser lorsqu'elle lui a été transmise. Du reste, l'obligation de fournir la provision n'incombe pas aux endosseurs et il leur serait très difficile de prouver qu'elle existait. Il n'en était pas ainsi d'après l'Ordonnance de 1673, et le Code de commerce contient des dispositions qui, explicables alors que les endosseurs étaient tenus, comme le tireur, de faire la provision, ne concordent plus avec le système actuel, dans lequel cette obligation ne leur incombe point. Ainsi, l'article 117 dit que l'acceptation prouve la provision à l'égard des endosseurs. Cela ne signifie rien ; car le porteur diligent a son recours contre eux, qu'il y ait ou non provision, et la déchéance est opposable, dans l'un et l'autre cas, au porteur négligent. De même, l'article 171 déclare que les endosseurs, comme le tireur, ne peuvent pas opposer la déchéance au porteur négligent, lorsqu'ils ont retiré la provision. Autant cela s'explique pour le tireur (n° 690), autant cela semble sans portée pour les endosseurs ; n'ayant pas fourni la provision, ils ne sauraient la retirer.

692. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le donneur d'aval, avec la caution fournie en vertu des articles 120 et 444, 2e al., C. com., et avec l'accepteur par intervention.* — Il importe de rechercher pour qui l'aval a été donné : le donneur d'aval qui a cautionné l'accepteur, ne peut pas opposer la déchéance ; au contraire, elle peut être opposée par celui qui a avalisé la signature de l'un des

endosseurs ou celle du tireur lorsqu'il y a provision. Mais que décider pour le donneur d'aval qui a cautionné le tireur, quand il n'y a pas provision ? On a soutenu qu'il peut opposer la déchéance, à la différence du tireur lui-même. En effet, a-t-on dit, le donneur d'aval n'est jamais qu'un obligé subsidiaire et on ne peut dire qu'en échappant au recours du porteur, il s'enrichisse injustement à son préjudice. Cependant, l'opinion dominante, que des arrêts ont consacrée, est que le donneur d'aval, qui a cautionné le tireur, doit être traité comme celui-ci. Cela paraît conforme à la règle de l'article 142, selon laquelle le donneur d'aval est tenu par les mêmes voies que le tireur et les endosseurs.

L'accepteur par intervention, la personne qui s'est obligée comme caution en vertu des articles 120 et 444, 2e al., C. com., sont traités comme le donneur d'aval.

Il faut remarquer que le porteur doit être considéré comme négligent par cela seul qu'il ne remplit pas les formalités de la dénonciation du protêt et de l'assignation en justice dans les délais légaux à l'égard de ces divers obligés. Il ne suffit pas qu'il les remplisse à l'égard des personnes pour lesquelles les divers obligés sont intervenus.

693. *De l'endosseur négligent.* — L'endosseur qui paie le porteur ou un autre endosseur a, à peu près, les mêmes obligations que le porteur non payé (n° 677). S'il ne les remplit pas, il encourt les mêmes déchéances que le porteur (art. 169 et 170, C. com.).

694. Les déchéances ne touchent en rien à l'ordre public. En conséquence, les tribunaux ne peuvent les prononcer d'office ; les parties peuvent y renoncer, soit après les faits de négligence à reprocher au porteur, soit même avant. Ce dernier cas se produit quand il y a une *clause de retour sans frais* ou une *dispense de protêt*. V., sur ces clauses, nos 671 et 673.

7° *De la prescription.*

695. Une prescription libératoire de 5 ans est établie au profit des personnes obligées par la lettre de change (art. 189, C. com.). La loi veut que les opérations concernant les lettres de change se règlent promptement ; c'est une atténuation apportée à la rigueur avec laquelle sont tenus les différents obligés.

Cette prescription de 5 ans suppose, comme toute prescription, l'inaction du porteur. Comment donc peut-elle trouver son application, alors qu'en vertu des dispositions sur les déchéances, le porteur négli-

gent est privé de son droit d'agir bien avant l'expiration de ce délai ? La prescription quinquennale est utile à ceux des signataires de la traite qui ne peuvent pas opposer la déchéance, spécialement à l'accepteur, au tireur qui n'a pas fait provision, etc. V. nº 699, *c*.

696. Cette prescription repose sur une présomption de paiement, comme quelques courtes prescriptions (art. 2275, C. civ.). Aussi le porteur peut-il déférer à celui qui la lui oppose le serment sur le point de savoir s'il est libéré. Le refus de prêter serment rend la prescription non recevable, il y a là un aveu implicite de l'absence de libération. Un aveu exprès produirait *a fortiori* cet effet.

697. *Des actions éleintes par la prescription de 5 ans.* — L'article 189 parle de *toutes actions relatives aux lettres de change.* — Cette formule est très large ; cependant, elle ne comprend pas toutes les actions nées *à l'occasion* des lettres de change, mais seulement celles qui en dérivent directement. Ainsi, sont certainement prescrites par 5 ans les actions du porteur ou de son subrogé (art. 158 et 159) contre l'accepteur, le tireur, les endosseurs, les actions récursoires des signataires de la lettre de change les uns contre les autres. Au contraire, celui qui a chargé un banquier de recouvrer une lettre de change ou qui a prêté de l'argent au tiré pour la payer, a contre son mandataire ou contre l'emprunteur le droit d'agir pendant le temps de la prescription ordinaire (30 ans). De même, le tireur qui a fait provision a une action contre le tiré qui a laissé protester la lettre de change ; cette action ne dérive pas de la lettre de change, elle résulte de l'opération d'où est née la créance qui constitue la provision ; par suite, elle n'est soumise, en principe, qu'à la prescription trentenaire. Il paraît juste de décider aussi que l'action du tiré qui a payé à découvert, ne dérivant pas de la lettre de change, mais du mandat que le tireur lui a donné, ne se prescrit pas par 5 ans ; il en serait autrement, si le tiré se présentait comme subrogé aux droits du porteur, parce qu'il avait accepté la traite ou parce qu'il avait payé par intervention.

698. *Point de départ de la prescription.* — L'article 189 décide qu'elle court à *compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique.* Ainsi, dans le cas où, la lettre de change étant payable le 31 juillet, le protêt a été fait le 1er août, la prescription court à compter de cette dernière date. La loi ne vise pas le cas où le protêt n'a pas été dressé le lendemain de l'échéance ; il paraît rationnel de faire, néanmoins, courir la prescription de ce jour ; il n'est pas, en effet, admissible que le porteur puisse, en retardant la confection du protêt, reculer le point de départ de la prescription. Cf. nº 700, *in fine*. Dans le cas d'une lettre de change à vue, quand un protêt n'a pas été

dressé, on peut se demander si la prescription court du lendemain de la création de l'effet ou de l'expiration des trois mois donnés pour la présentation par l'article 160, C. com. La jurisprudence admet cette dernière solution (1).

699. *Interruption de la prescription.* — Comme toutes les prescriptions, la prescription de 5 ans peut être interrompue, c'est-à-dire qu'il peut se produire des faits ou des actes à raison desquels, le temps qui a couru étant réputé non avenu, la prescription recommence alors à courir pour l'avenir. La prescription nouvelle qui court alors est, selon les cas, ou la prescription même de 5 ans ou la prescription de droit commun, celle de 30 ans.

L'article 189 indique comme causes d'interruption : 1° *une assignation en justice ;* 2° *une reconnaissance de la part du débiteur.*

1° *Assignation en justice*, désignée par l'article 189 sous le nom de *poursuite juridique.* — Pour se rendre compte de l'effet produit sur la prescription par une action en justice, il faut distinguer différents cas :

a) *Si le procès se termine par un jugement de condamnation*, il y a à la fois interruption de la prescription de 5 ans et, pour l'avenir, substitution à cette prescription de celle de 30 ans ; le jugement de condamnation forme un titre nouveau qui est substitué à la lettre de change. L'article 189 indique cette solution par les mots : *s'il n'y a eu condamnation.*

b) *L'instance ayant été interrompue pendant trois ans, la péremption a été demandée et prononcée.* — L'instance, y compris l'assignation, est réputée non avenue. Le porteur est replacé dans la situation où il était avant d'avoir agi ; il peut donc intenter de nouveau la même action. Mais, par cela même qu'il est réputé n'avoir pas agi en justice dans le délai de quinzaine à partir du protêt, il doit être traité comme un porteur négligent et la déchéance lui est opposable. V. nos 689 et suiv.

c) *Malgré le défaut d'acte de procédure pendant trois ans, la péremption n'a pas été demandée et il s'est écoulé cinq ans depuis l'assignation.* — On discute dans ce cas le point de savoir si la prescription de 5 ans peut encore être invoquée contre le demandeur qui veut continuer l'instance en faisant des actes de procédure. On a soutenu que la prescription de 5 ans ne peut pas alors être invoquée et que la prescription de 30 ans est la seule dont on puisse se prévaloir : l'action intentée dans les délais voulus conserve, dit-on, le droit du demandeur pendant toute la durée de l'instance. La jurisprudence (2)

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 433.
(2) Cass., 24 décembre 1860, S. 1861. 1. 364 ; D. 1861. 1. 27.

admet avec raison que la prescription de 5 ans continue à pouvoir être invoquée. Ainsi, en cette matière spéciale, on déroge à la règle : *actiones quae tempore pereunt, judicio semel inclusae. salvae manent.* Cette solution est conforme au texte même de l'article 189, C. com., qui n'exclut la prescription quinquennale en cas de poursuite en justice que lorsqu'il y a *condamnation*. De plus, cette solution est conforme à l'esprit de la loi et à son but ; elle empêche qu'une contestation relative à une lettre de change puisse être soulevée près de trente ans après le dernier acte de procédure.

Si l'on admet cette opinion, il faut constater que la prescription de 5 ans est parfois utile aux endosseurs, ce qui arrive lorsque le porteur diligent les a assignés en justice dans le délai de quinzaine, mais que le porteur a cessé pendant cinq ans de faire des actes de procédure. Dans tout autre cas, les endosseurs n'ont que faire de cette prescription, par cela même qu'ils peuvent opposer la déchéance au porteur négligent.

2° *Reconnaissance.* — La reconnaissance de la dette faite par le débiteur est une cause d'interruption de la prescription d'après le droit commun (art. 2248, C. civ.) ; elle interrompt la prescription quinquennale. Mais, selon les cas, la prescription qui commence à courir, est encore la prescription de 5 ans ou la prescription de 30 ans. Pour qu'il y ait substitution de la prescription trentenaire à la prescription quinquennale, il ne suffit pas qu'il y ait reconnaissance, il faut encore que la reconnaissance implique une novation, remplaçant la dette qui résulte de la lettre de change par une dette nouvelle. C'est cette reconnaissance impliquant novation que l'article 189, C. com., désigne sous le nom un peu obscur de *reconnaissance par acte séparé* ; l'acte séparé est le titre nouveau qui remplace le titre ancien. Ainsi, quand le débiteur a demandé un délai, payé un acompte, etc., la prescription de 5 ans est interrompue, mais la durée n'en est pas changée. Au contraire, quand le porteur de la lettre de change a pour garant un endosseur avec lequel il est en compte-courant, et que le montant de la lettre de change non payée à l'échéance est porté au débit de l'endosseur, la prescription de 5 ans est interrompue et remplacée dorénavant par celle de 30 ans. Il sera expliqué plus loin que l'entrée d'une dette dans un compte-courant entraîne novation (n° 791).

Comment le porteur peut-il prouver qu'il y a eu une reconnaissance ? On a soutenu que la preuve ne peut se faire que par écrit ; des arrêts se sont fondés sur ce que l'article 189 parle d'une reconnaissance par *acte séparé*. Cette solution rigoureuse est en contradiction avec le texte de l'article 189 sainement entendu et avec les principes généraux du droit. D'abord, par *acte séparé*, l'article 189 entend, comme cela a été expliqué dans les travaux préparatoires du Code de commerce, non pas

une reconnaissance faite par écrit, mais une reconnaissance impliquant novation. De plus, on se trouve ici en matière commerciale, et, par suite, à moins d'une disposition dérogatoire expresse, tous les moyens de preuve doivent être admis pour prouver l'existence d'une reconnaissance.

Il sera expliqué, dans la partie consacrée à la *Faillite* et à la *Liquidation judiciaire* (n° 1138), que l'admission du porteur d'une traite à la faillite ou à la liquidation d'un des obligés équivaut à une reconnaissance qui interrompt la prescription de 5 ans, mais n'y substitue pas celle de 30 ans, parce qu'alors, il n'y a point novation.

700. Le Code civil (art. 2244) admet parmi les causes d'interruption de la prescription le commandement fait au débiteur. L'article 189 ne mentionne pas cet acte parmi les causes qui interrompent la prescription de 5 ans : cela tient à ce que le porteur d'une lettre de change, ou n'a pas le titre exécutoire essentiel pour qu'un commandement puisse être fait, ou a un titre exécutoire résultant d'un jugement de condamnation, qui interrompt la prescription de 5 ans prévue par l'article 189 et transforme cette prescription en prescription trentenaire. V. n° 699. Par contre, le porteur d'une lettre de change peut pratiquer une saisie conservatoire (art. 172, C. com., et n° 676) ; cette saisie interrompt la prescription. Cf. art. 2244, C. civ.

Il ne faudrait pas, du reste, assimiler le protêt à un commandement et croire qu'un protêt tardif interrompt la prescription qui a couru du jour où le protêt aurait dû être dressé. Le protêt n'est pas, comme le commandement, fait en vertu d'un titre exécutoire et ne constitue pas, comme cet acte, le préliminaire de la saisie ; le protêt peut être seulement assimilé à la sommation qui n'interrompt pas la prescription.

701. Comme cela a été dit plus haut (n° 641), les différentes personnes tenues en vertu de la lettre de change sont obligées solidairement. On sait qu'en principe, la prescription, interrompue contre l'un des débiteurs solidaires, l'est contre les autres (art. 1206, C. civ.). Faut-il appliquer cette règle à la prescription de 5 ans et décider, en conséquence, que la prescription, interrompue contre l'un des obligés, l'est par cela même contre tous les autres? Le Code ne tranche pas expressément la question. Malgré son silence, il semble bien qu'on doive décider qu'en matière de lettre de change, l'interruption de la prescription a des effets purement individuels. Quand il s'agit des déchéances encourues par le porteur négligent, le Code n'admet pas qu'il doive être réputé avoir rempli ses devoirs (notification du protêt, assignation en justice) à l'égard de tous les obligés, par cela seul qu'il les a accomplis à l'égard de l'un d'eux (n° 669). On ne voit pas pour

quel motif un autre système serait admis pour l'interruption de la prescription (1).

702. *Suspension de la prescription.* — L'article 189 ne parle pas de la suspension de la prescription de 5 ans. Par cela même qu'il s'agit d'une courte prescription, il va de soi qu'elle n'est pas suspendue au profit des mineurs et des interdits ; ce n'est qu'une application de la règle contenue dans l'article 2278, C. civ., qui est généralement considérée comme s'appliquant à toutes les prescriptions de cinq ans ou de moins de cinq ans, bien que l'article 2278, C. civ., ne vise expressément que les prescriptions contenues dans la section dont cet article fait partie.

8° *Des lettres de change imparfaites* (*omissions*, *suppositions*, *incapacités*).

703. Des règles qui concernent les lettres de change, les unes s'y appliquent exclusivement, les autres leur sont communes avec les billets à ordre. Cf. n° 711.

Parmi les premières, on peut citer les suivantes : *a*) L'obligation de tout signataire est commerciale, alors même qu'il appose sa signature sur la traite à l'occasion d'une opération civile (art. 632, *in fine*). *b*) Tout signataire garantit l'acceptation au porteur et, à défaut d'acceptation, le porteur peut réclamer une caution (n° 619). *c*) Selon la jurisprudence, le porteur a un droit exclusif sur la provision (n° 616).

Les règles communes aux lettres de change et aux billets à ordre sont notamment les suivantes : *a*) Ces titres se transmettent par endossement. *b*) Le donneur d'aval est obligé commercialement, si celui pour lequel il intervient est tenu d'une obligation commerciale (ce qui est toujours vrai en matière de lettre de change). *c*) Une opposition au paiement n'est possible que dans les deux cas prévus par l'article 149, C. com. *d*) Les juges ne peuvent pas accorder des délais de grâce pour le paiement. *e*) Le payeur par intervention est subrogé de plein droit au porteur contre celui pour qui il paie et contre les garants de celui-ci. *f*) Le porteur non payé a le droit de tirer une retraite. *g*) Les intérêts du principal courent, en cas de non-paiement, à partir du protêt. *h*) Le porteur qui ne fait pas dresser le protêt le lendemain de l'échéance, encourt des déchéances graves. *i*) La prescription de 5 ans s'applique aux obligations relatives, soit à la lettre de change, soit au billet à ordre, du moins, pour les actions dérivant du billet

(1) V., pourtant, en sens contraire, Paris (7e ch.), 11 décembre 1883, S. 1884. 1. 105 ; *J. Pal.*, 1884. 1. 598.

contre ceux de ses signataires qui sont obligés commercialement (n° 712).

Toutes ces règles régissent les lettres de change qui sont régulières en la forme et s'appliquent à leurs signataires, quand ce sont des personnes capables. Mais les lettres de change peuvent être irrégulières en la forme ou des signataires peuvent être incapables de s'obliger par lettre de change. Quelles conséquences produit, soit l'irrégularité de la lettre de change, soit l'incapacité de l'un des signataires? C'est ce qu'il importe d'examiner.

704. *Lettres de change irrégulières en la forme.* — L'article 110, C. com., énumère les diverses énonciations qu'une lettre de change doit contenir (nos 580 et suiv.). L'inobservation de la loi peut se produire de deux manières, *par omission* ou *par supposition*. Il y a *omission*, quand une des énonciations exigées par la loi fait défaut, comme, par exemple, quand la date ou la valeur fournie n'a pas été indiquée. Il y a *supposition*, quand toutes les énonciations prescrites se trouvent dans la traite, mais que l'une ou plusieurs d'entre elles ne répondent pas à la réalité; le cas le plus fréquent était, avant la suppression de la remise de place en place, celui où l'on indiquait la traite comme créée dans un lieu et payable dans un autre, alors qu'elle avait été émise dans le lieu où elle était payable. V. nos 570 et 585. Tout le monde peut constater l'*omission* en lisant la traite. Il n'en est pas de même de la *supposition*, qui implique une traite régulière en apparence; la supposition n'est connue que des personnes qui y ont participé.

705. *Omission.* — Le Code n'indique pas les conséquences de l'omission; mais il n'est pas douteux qu'elle ne rende la lettre de change nulle, sans qu'on puisse combler la lacune à l'aide d'une preuve étrangère à la lettre de change même; un titre destiné à circuler de main en main doit être pris pour ce qu'il paraît, sans que sa validité dépende de faits inconnus des intéressés.

Si, du reste, le titre, ne contenant pas toutes les mentions exigées par l'article 110, n'est pas une lettre de change, ce n'est pas à dire qu'il soit sans aucune valeur. Qu'est-il donc? Cela dépend de la nature de l'omission. L'acte, irrégulier comme lettre de change, produit les effets dont il est susceptible d'après les principes généraux du droit. Ainsi, quand il y a défaut d'indication de la somme à payer ou de la personne par laquelle le paiement doit être fait, l'écrit est dénué de toute valeur. Si le titre n'est pas daté ou ne contient pas l'indication de la valeur fournie, il y a bien un engagement valable de la part du tireur de faire payer la somme fixée aux lieu et jour indiqués; mais cet engagement ne dérive pas d'une lettre de change. Aussi n'est-il pas nécessairement

commercial ; le tireur ne doit pas être considéré comme s'étant obligé à procurer l'acceptation du tiré et, à défaut d'acceptation, à fournir caution ; le porteur n'a pas de droit exclusif sur la provision, à moins que la créance qui la constitue ne lui ait été transmise expressément en observant les formes des articles 1689 et 1690, C. civ.

L'*omission*, étant un vice apparent, peut être invoquée *par toute personne contre toute personne*. En effet, celui qui en souffre ne peut se plaindre légitimement ; pour éviter le préjudice qu'il éprouve, il n'avait qu'à lire le titre avec soin et à le rapprocher de l'article 110, C. com. ; il aurait alors constaté l'irrégularité.

706. *Supposition*. — Ici, le titre est régulier en apparence ; il contient toutes les mentions exigées par la loi ; seulement, une ou plusieurs d'entre elles n'indiquent pas des faits vrais. Le plus souvent, on recourt à une supposition, pour faire croire à l'existence d'une condition essentielle de la lettre de change qui, en réalité, fait défaut. Avant 1867, les suppositions étaient assez fréquentes : la lettre de change, comme acte de commerce, entraînait la contrainte par corps contre tous les signataires, dès que son montant atteignait 200 francs. Aussi parfois, un prêteur, surtout un usurier, exigeait-il que son débiteur créât à son profit une lettre de change. On supposait dans le titre, pour lui donner toute l'apparence d'une lettre de change, des conditions, telles que la remise de place en place, qui n'existaient pas réellement. Aujourd'hui, les suppositions sont rares. On pourrait encore en pratiquer, notamment pour rendre compétents les tribunaux de commerce devant lesquels la procédure est plus prompte et moins coûteuse que devant les tribunaux civils, ou pour faire produire à une dette des intérêts supérieurs à 4 0/0, etc...

La supposition qui se concevait le mieux avant la loi du 7 juin 1894 était la *supposition de domicile ou de lieu* ; elle consistait à dater la lettre d'un lieu autre que celui de sa création ou à attribuer au tiré un domicile autre que le sien, afin de faire croire qu'il y avait *remise de place en place*. Cette condition essentielle pour qu'un titre constitue une lettre de change, a été supprimée par la loi du 7 juin 1894 (nos 570 et 585) ; aussi la même loi a modifié l'article 112 pour en effacer la *supposition de lieu*. — Cet article vise la *supposition de nom*, consistant à tirer une traite sur un individu imaginaire, et la *supposition de qualité*, consistant à tirer une traite sur un individu qui existe, mais qui n'a aucun rapport avec le tireur. Ce sont des hypothèses peu pratiques, et les cas de supposition se présentent très rarement depuis la loi du 7 juin 1894.

Quelle est la conséquence de la *supposition* de nom ou de qualité ? D'après l'article 112, *la lettre est réputée simple promesse*. Cela signifie

non pas que le titre n'a aucune valeur, mais qu'il ne vaut pas comme lettre de change. Il résulte de là notamment que les signataires ne sont pas *ipso facto* obligés commercialement (1), que le tireur n'est pas tenu de procurer l'acceptation du tiré au porteur ou, à défaut d'acceptation, de donner caution, que le porteur n'a pas de droit exclusif sur la provision à l'encontre des tiers, etc.

L'article 112 dispose en termes généraux que *sont réputées simples promesses* les lettres de change contenant les suppositions qu'il prévoit. Mais une distinction s'impose : la lettre de change circulerait difficilement, si un porteur pouvait être arrêté dans l'exercice de ses droits à raison de la fausseté d'une énonciation. Aussi est-il admis que la supposition ne peut être invoquée que contre celui qui y a participé ou qui l'a connue avant de recevoir la lettre. Au contraire, les tiers de bonne foi peuvent faire produire au titre tous ses effets comme lettre de change, quelle que soit la supposition alléguée. Du reste, l'article 112 est fait pour les débiteurs du titre et non pour le porteur ; celui-ci ne peut donc invoquer la supposition, notamment pour empêcher qu'on lui oppose, soit la prescription de 5 ans de l'article 189, soit les déchéances pour défaut de protêt.

Le Code n'a prévu ni la *supposition de valeur*, ni la *supposition de date*. En cas de supposition de valeur (par exemple, si le titre porte *valeur reçue comptant* et si le tireur n'a rien reçu), on doit appliquer les principes généraux : l'obligation du tireur est nulle, faute de cause ; elle le serait pour cause illicite, si la cause véritable avait ce dernier caractère (Cf. art. 1133, C. civ.). En cas de *supposition de date*, la lettre de change n'est pas moins valable, sauf, bien entendu, le cas où l'on aurait eu recours à une dissimulation pour cacher une incapacité. Il a été dit plus haut (n° 508) que l'antidate de la traite elle-même ne peut pas être considérée comme un faux, à la différence de l'antidate de l'endossement (2).

707. *Incapacités.* — Le Code n'a posé aucune règle générale sur la capacité de s'obliger par lettre de change. Aussi y a-t-il lieu d'appliquer le principe de l'article 1123, C. civ., d'après lequel *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.* Le Code s'est borné, dans l'article 114 et dans l'article 113, à s'expliquer en ce qui concerne *les mineurs et les femmes.*

(1) Au point de vue de la compétence, on applique aux lettres de change ne valant que comme simples promesses les mêmes règles qu'au billet à ordre (art. 636 et 637, C. com.). V. nos **712 et 1361**.

(2) V. la note 1 de la page suivante.

707 *bis*. Il va de soi, d'après les règles posées précédemment (n° 56), qu'un mineur commerçant peut, pour les besoins de son commerce, apposer valablement sa signature sur une lettre de change à quelque titre que ce soit. Mais les lettres de change souscrites par des mineurs non commerçants *sont nulles à leur égard* (art. 114) ; il convient de remarquer que la règle est absolue et, par suite, s'applique même au cas où la lettre a été créée ou acceptée par le mineur à l'occasion d'une dette qu'il avait pu valablement contracter (mineur émancipé). Cela est conforme à la règle de l'article 3, C. com., d'après laquelle le mineur ne peut faire des actes de commerce isolés (n° 58).

Le mineur qui a apposé sa signature sur une lettre de change peut invoquer la nullité contre tous ceux entre les mains de qui elle a pu parvenir (n° 602, *e*) (1). S'il a reçu le montant de la traite comme tireur ou comme endosseur et en a profité, il est tenu dans la mesure de ce profit, en vertu de l'article 1312, C. civ., auquel renvoie la fin de l'article 114, C. com. Seulement, comme il n'est pas obligé en vertu de la lettre de change qui est nulle, son obligation est civile. Si le mineur a signé la lettre à l'occasion d'une dette dont il était régulièrement tenu, on peut dire que la lettre vaut à son égard comme simple promesse.

Les mêmes règles s'appliquent aux interdits, aux individus pourvus d'un conseil judiciaire qui ont apposé leur signature sur une lettre de change sans l'assistance de leur conseil.

708. *Des femmes*. — Ce qui vient d'être dit s'applique sans peine aux femmes mariées, qui, sans y être dûment autorisées, ont apposé leur signature sur une lettre de change. Mais une femme mariée dûment autorisée, une femme séparée de corps, une fille ou une veuve majeure peut-elle s'obliger par une lettre de change ? S'il n'y avait en cette matière que les principes généraux, l'affirmative serait certaine. L'article 113 y déroge, en disposant que *la signature des femmes ou des filles non marchandes publiques sur lettre de change ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse*. — Il y a donc ici une incapacité tenant au sexe et atteignant les femmes, mariées ou non, dès qu'elles ne sont pas commerçantes.

Quelle est la sanction de cette incapacité ? Quel est le sort de l'engagement d'une femme non commerçante résultant de sa signature mise sur une lettre de change ? L'article 113 ne prononce pas expressément la nullité comme pour le mineur. Si l'engagement n'est pas nul, qu'est-il

(1) Des difficultés se sont présentées dans le cas de postdate, le mineur ayant mis sur la lettre une date postérieure à l'époque de sa majorité : Paris, 17 juillet 1894, D. 1894. 2. 25 (note de M. Thaller) ; Cass., 18 novembre 1898 et 21 mars 1899, S. 1899. 1. 225 (note de M. Wahl) ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 209 ; Cf. notre *Traité de Droit commercial*, IV, p. 361, note 1.

donc? Deux systèmes principaux, entre lesquels la jurisprudence ne paraît pas avoir encore définitivement opté, ont été soutenus. D'après l'un, le législateur aurait eu pour but d'empêcher que la femme pût se soumettre trop facilement à la contrainte par corps, en signant une lettre de change. En conséquence, l'article 113 signifierait seulement que la contrainte par corps ne pouvait pas être pratiquée contre une femme non commerçante signataire d'une lettre de change ; mais, à tous autres égards, une femme capable d'après le droit commun, ayant apposé sa signature sur une lettre de change, serait traitée comme une personne majeure et capable : elle serait donc obligée commercialement, tenue comme tireur ou endosseur de procurer l'acceptation du tiré, etc. En faveur de cette opinion, on fait remarquer que l'article 636, C. com., qui indique que le tribunal de commerce peut être tenu de se déclarer incompétent, lorsqu'il est saisi d'une demande relative à une lettre de change ne valant que comme simple promesse, vise l'article 112 relatif au cas de supposition et non l'article 113 concernant les signatures de femmes non commerçantes. On ajoute que l'on s'explique que le législateur ait fait une profonde distinction entre le cas de l'article 112 et le cas de l'article 113 : dans le cas de l'article 112, il n'y a pas de lettre de change par suite d'une irrégularité de forme ; dans le second cas, tous les éléments de la lettre de change existent bien, mais il y a une personne que la loi voulait défendre contre un moyen rigoureux d'exécution. Si ce système était exact, il en résulterait que l'article 113 aurait perdu toute portée, depuis que la contrainte par corps a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867 en matière commerciale, et une lettre de change produirait actuellement tous ses effets ordinaires, même à l'égard des femmes non commerçantes. — Ce système est assurément fort raisonnable, et, au point de vue législatif, il y aurait lieu d'effacer l'article 113 et de soumettre les femmes aux règles du droit commun, même en matière de lettre de change. Mais ce système excède les droits de l'interprète. Il paraît plus conforme aux règles d'une saine interprétation de traiter la lettre de change signée d'une femme non commerçante, en ce qui concerne celle-ci, comme l'est la lettre de change contenant une supposition. L'article 113 ne contient aucune expression autorisant à en restreindre la portée à la contrainte par corps, et il serait bien singulier que les mêmes expressions (*la lettre de change ne vaut que comme simple promesse*) eussent dans l'article 113 une tout autre signification que dans l'article 112.

B. — Des billets a ordre

709. Une idée générale du *billet à ordre* a déjà été donnée plus haut (n° 575). Le mot *billet* désigne ordinairement une reconnaissance sous seing privé d'une dette, avec promesse de l'acquitter. Ce qu'il y a de spécial ici, c'est que le souscripteur du billet s'oblige à en payer le montant, non à une personne déterminée, mais au *bénéficiaire* ou *à son ordre*, c'est-à-dire à la personne qui, lors de l'échéance, en sera porteur en vertu d'un endossement.

710. *Formes du billet à ordre.* — Comme la lettre de change, le billet à ordre doit contenir certaines mentions que la loi énumère. D'après l'article 188, C. com., *le billet à ordre est daté. — Il énonce : la somme à payer, — le nom de celui à l'ordre de qui il est souscrit, — l'époque à laquelle le paiement doit s'effectuer, — la valeur qui a été fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.* Il faut évidemment ajouter *la signature du souscripteur.*

L'utilité de ces diverses énonciations, qui se trouvent aussi dans la lettre de change, a été indiquée plus haut (nos 580 et s.). On mentionne presque toujours le lieu dans lequel le billet à ordre est souscrit, mais il n'y a là rien d'obligatoire ; cette indication n'est pas nécessaire, par cela même qu'un billet à ordre peut être payable dans le lieu où il est souscrit ; aujourd'hui, il en est de même de la lettre de change (n° 583). — Les motifs donnés plus haut (n° 599) à propos de la lettre de change doivent faire admettre que l'article 1326, C. civ., est inapplicable au billet à ordre, c'est-à-dire que, lorsque le billet n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur, il est pourtant inutile que la signature de celui-ci soit précédée des mots *bon pour* ou *approuvé* avec la mention du montant du billet (1).

De nombreuses règles sont communes à la lettre de change et au billet à ordre ; il y a aussi des différences notables.

711. *Règles communes à la lettre de change et au billet à ordre.* — Ces règles sont énumérées dans l'article 187, C. com. *S'appliquent aux billets à ordre toutes les dispositions relatives aux lettres de change et concernant :*

L'échéance, V. n° 586.

L'endossement, V. nos 596 et suiv.

La solidarité, V. n° 641.

L'aval, V. nos 637 et suiv.

Le paiement, V. nos 642 et suiv. Lorsque le billet à ordre est perdu,

(1) La jurisprudence n'admet cela que pour le billet à ordre ayant le caractère commercial (n° 387) : Cass., 6 mai 1878, 20 décembre 1892, D. 1893 1. 115.

il faut appliquer les mêmes règles qu'en cas de perte de l'exemplaire unique d'une lettre de change acceptée (n° 655) ; car le souscripteur, en signant le billet, s'oblige à payer le porteur, comme le tiré en acceptant la traite, et il n'y a jamais qu'un seul exemplaire pour un billet à ordre.

Le paiement par intervention, V. nos 679 et suiv.

Les devoirs et droits du porteur, le rechange et les intérêts, V. nos 657 et suiv. Le porteur d'un billet à ordre non payé a les mêmes droits et les mêmes devoirs que le porteur d'une traite. Quand le porteur non payé ne remplit pas les formalités prescrites dans les délais fixés par la loi, il encourt des déchéances à l'égard des endosseurs ; mais le souscripteur, étant dans la situation de l'accepteur d'une lettre de change, c'est-à-dire débiteur principal, ne peut pas invoquer la négligence du porteur. — Le porteur a le droit de faire une *retraite ;* l'article 187 parle du *rechange* ; ces expressions ne sont pas très exactes dans le cas d'un billet à ordre non payé, puisqu'il n'y a eu ni une opération de change antérieure, ni une première traite. V. n° 674.

712. *Différences entre le billet à ordre et la lettre de change.* — Il y a entre ces deux sortes d'effets de commerce traités de la même manière à beaucoup d'égards (n° 711), des différences tenant à leur nature même et d'autres différences plus ou moins arbitraires, créées par la loi.

La lettre de change met en jeu, à moins qu'elle ne soit tirée à l'ordre du tireur lui-même (n° 591), trois personnes, *le tireur*, *le tiré*, *le preneur*, le premier donnant au second le mandat de payer au troisième ou à son ordre, tandis que le billet à ordre ne suppose que deux personnes, le souscripteur et le bénéficiaire, le premier s'engageant à payer lui-même. On peut dire que le souscripteur joue le double rôle de tireur et d'accepteur. — Cette différence en entraîne d'autres : dans le billet à ordre, il ne peut être question de demander l'acceptation ; le souscripteur en créant l'effet, prend l'engagement de payer. Il y a lieu, pour la même raison, d'écarter, en matière de billet à ordre, tout ce qui est relatif à la provision.

Tandis que la lettre de change est considérée comme engendrant pour tous les signataires des obligations commerciales, le billet à ordre n'est pas par lui-même un acte de commerce ; les obligations qui en dérivent pour les signataires (souscripteurs ou endosseurs) sont civiles ou commerciales, selon la nature de l'opération à l'occasion de laquelle ils ont souscrit ou endossé le billet (1). Ainsi, le particulier qui a sous-

(1) Déjà sous l'empire du Code de commerce, on pouvait se demander si cette différence, au point de vue de la commercialité, entre la lettre de-

crit un billet à ordre au profit de son tapissier, ne fait pas acte de commerce, mais le tapissier fait acte de commerce, soit en souscrivant, soit en endossant un billet à ordre à un fabricant de meubles auquel il a acheté des meubles pour les revendre. Cette distinction était importante au point de vue de la contrainte par corps ; elle l'est demeurée pour la compétence et pour la prescription de 5 ans. Les tribunaux de commerce ne sont, en principe, compétents qu'à l'égard des signataires tenus d'une obligation commerciale, et eux seuls aussi peuvent invoquer, d'après l'article 189, C. com., la prescription de 5 ans. Mais il y a quelques règles de compétence spéciales aux billets à ordre que réserve l'article 189 *in fine* (n° 1361). De même, l'intérêt légal est de 5 ou 4 p. 100 selon que l'obligation est commerciale ou civile. Enfin l'article 172, C. com., qui, par application de l'article 417, C. proc. civ., admet que le porteur non payé peut pratiquer une saisie conservatoire, ne semble pas pouvoir être étendu au cas où le billet n'a pas le caractère commercial. A tous autres égards, le billet civil et le billet commercial sont soumis aux mêmes règles.

713. Un billet qui ne contient pas toutes les mentions exigées par le Code (art. 188), ne vaut pas comme billet à ordre. Il faut appliquer les mêmes règles qu'en matière de lettres de change, en cas d'*omission* ou de *supposition*, V. n^os^ 705 et 706. En conséquence, le titre peut être valable ; mais, comme ce n'est pas un billet à ordre, le porteur n'est pas tenu, sous peine de déchéance, de faire dresser le protêt et d'agir dans les délais légaux contre les endosseurs.

Il n'y a aucune règle spéciale à la capacité de s'obliger par billet à ordre ; toute personne capable de s'obliger peut donc souscrire ou endosser un billet. V. n° 714 *bis*. Cf., pour la lettre de change, n° 708.

714. Du billet a domicile. — Si le billet à ordre n'est pas essentiellement un acte de commerce, n'en est-il pas autrement du moins du *billet à domicile*, c'est-à-dire du billet souscrit dans un lieu et payable dans un autre ? La question était vivement discutée avant la loi du 7 juin 1894. Pour la commercialité de cette variété du billet à ordre, on

change et le billet à ordre, était bien rationnelle. La question est plus douteuse encore depuis que la nécessité de la remise de place en place a disparu pour la lettre de change. Pourquoi une lettre tirée de Paris sur Paris est-elle nécessairement commerciale pour tous les signataires, tandis qu'un billet à ordre souscrit et payable à Paris est civil ou commercial suivant les circonstances ? Il semble que, logiquement, il faudrait admettre la même règle pour les deux titres, seulement, les uns sont d'avis de généraliser la règle donnée pour la lettre de change, tandis que les autres généraliseraient celle qui est actuellement admise pour le billet à ordre. V. la discussion qui a eu lieu à la Chambre des députés dans la séance du 14 juin 1890.

invoquait notamment l'article 632 *in fine*, qui rangeait parmi les actes de commerce les *remises d'argent faites de place en place*. Il semblait plus juste de traiter le billet à domicile comme tout autre billet à ordre, le Code ne contenant aucune disposition qui impliquât l'existence de deux espèces de billets à ordre, régis par des règles différentes. L'article 632, en énumérant parmi les actes de commerce *les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place*, ne visait pas deux actes distincts, mais un seul ; il ne faisait qu'indiquer par ces derniers mots un des caractères essentiels qu'avait conservés dans notre législation la lettre de change (1).

La loi du 7 juin 1894 a fait cesser la controverse. Elle a modifié l'article 632 *in fine*, en supprimant la mention des remises d'argent faites de place en place (2) ; il n'y a donc plus aucun texte d'où on puisse argumenter pour établir une distinction entre les billets à ordre, suivant le lieu où ils sont payables. Comme le disait le rapport fait à la Chambre des députés, « désormais le billet à domicile restera pour tous, sans contestation possible cette fois, ce qu'il était dans la pensée des rédacteurs du Code de commerce, un simple billet à ordre ».

714 *bis. Incapacités en matière de billets à ordre.* — Le Code de commerce contient des dispositions relatives à la capacité de s'obliger par lettre de change (art. 113 et 114) et déroge, en ce qui concerne les femmes, aux principes généraux du droit. V. n° 708. Faut-il appliquer au billet à ordre la disposition exceptionnelle de l'article 113, C. com., et décider, par suite, qu'un billet souscrit par une femme non commerçante ne vaut pas comme billet à ordre, alors même qu'il satisfait aux conditions de l'article 188, C. com. ? On l'a soutenu (3), en faisant valoir qu'il y a une sorte d'*a fortiori*, qu'on ne comprendrait pas que la loi se montrât plus rigoureuse envers la femme non commerçante ayant signé un billet à ordre, qui n'imprime qu'exceptionnellement un caractère commercial aux obligations qu'il constate, qu'envers la femme qui a signé une lettre de change, acte essentiellement commercial.

(1) La jurisprudence était depuis 1851 fixée dans ce dernier sens quand un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1880 (S. 1880. 1. 309) reconnut le caractère commercial au billet à domicile. Ce changement de jurisprudence s'explique par le fait que, depuis la suppression de la contrainte par corps en matière commerciale, on n'étendait pas les cas où cette voie d'exécution contre la personne était applicable, en reconnaissant la commercialité du billet à domicile.

(2) Cette suppression, opérée par la Chambre des députés, n'a pas été admise sans difficulté par le Sénat ; sa commission a pris acte de l'intention manifestée par le ministre du Commerce de déposer un projet de loi plus étendu, comprenant une refonte de la législation sur les billets à ordre et les lettres de change.

(3) Thaller, *op. cit.* (3e édit.), nos 1385 et 1565.

Selon nous, l'article 113, C. com., est sans application en matière de billet à ordre, et par suite, il n'y a, pour cet effet de commerce, aucune règle spéciale de capacité. Le Code de commerce ne contient point de disposition spéciale sur la question, et l'article 187, C. com., ne renvoie pas à l'article 113, alors qu'il déclare applicables au billet à ordre beaucoup de dispositions relatives à la lettre de change. Il y a donc lieu d'appliquer les règles générales sur la capacité de contracter une obligation civile ou une obligation commerciale, selon que la nature de l'obligation du signataire du billet que l'on considère à l'un ou l'autre caractère.

1er APPENDICE

DU TIMBRE ET DE L'ENREGISTREMENT DES LETTRES DE CHANGE ET DES BILLETS A ORDRE.

715. Les lettres de change et les billets à ordre sont frappés d'un *droit de timbre* et d'un *droit d'enregistrement*.

716. Du timbre. — Les lettres de change et les billets à ordre sont actuellement soumis à un droit de timbre proportionnel qui est de 5 centimes par 100 francs (Lois du 22 décembre 1878, art. 1, et du 29 juillet 1881, art. 5). En principe, quand il y a plusieurs exemplaires d'une traite, un seul droit de timbre est dû ; toutefois, si la première lettre de change revêtue du timbre n'est pas jointe à celle mise en circulation et destinée à recevoir des endossements, le timbre doit toujours être apposé sur celle-ci (Loi du 5 juin 1850, art. 10). Du reste, les lettres de change et les billets à ordre peuvent être rédigés, soit sur du papier timbré, soit sur du papier libre sur lequel on appose ensuite un timbre mobile.

Les règles relatives au droit de timbre reçoivent deux sanctions, qui consistent : 1° dans des amendes ; 2° dans des déchéances.

1° Le souscripteur, l'accepteur, le bénéficiaire ou premier endosseur de l'effet non timbré sont passibles d'une amende de 6 0/0. Si la contravention ne consiste que dans l'emploi d'un timbre inférieur à celui qui devait être employé, l'amende ne porte que sur la somme pour laquelle le droit de timbre n'a pas été payé. La même amende est aussi encourue par toute personne ayant encaissé ou fait encaisser un effet non-timbré (L. 5 juin 1850, art. 4, al. 1 et 3, art. 7). Trois ou quatre amendes, chacune de 6 0/0 du montant du titre, peuvent donc être encourues.

2° La loi fiscale n'a pas considéré ces amendes élevées comme suffisantes ; elle recourt à une sanction exceptionnelle, elle modifie les rapports des parties, en prononçant des déchéances contre le porteur d'un effet non timbré. Ce porteur est considéré, en principe, comme un porteur négligent : le porteur d'un billet à ordre non timbré ne peut agir que contre le souscripteur ; le porteur d'une lettre de change non timbrée perd tout recours contre les endosseurs et même, s'il y a acceptation, contre le tireur, pourvu que celui-ci justifie avoir fait provision (L. 5 juin 1850, art. 5). La loi déclare même nulle toute convention par laquelle il serait entendu que les intéressés renoncent à se prévaloir de ces déchéances. En outre, comme la *clause de retour sans frais*, en enjoignant au porteur de ne pas faire de protêt, peut empêcher la révélation d'une contravention à la loi du timbre, cette clause est aussi déclarée nulle, dans le cas où elle concerne les effets non timbrés.

A quels effets s'applique le droit de 5 centimes par 100 francs ? Aux lettres de change, aux billets à ordre et généralement à tous les effets de commerce (L. 5 juin 1850, art. 1).

Ce droit de timbre frappe : 1° les effets tirés de la France sur la France ; 2° les effets tirés de l'étranger sur la France, qui doivent être timbrés avant d'être négociés, achetés ou payés sur le territoire français ; 3° les effets tirés de la France sur l'étranger. Les dispositions (art. 3 et 9, L. 5 juin 1850) qui soumettent au droit de timbre les deux dernières catégories d'effets sont rigoureuses ; une lettre de change circulant dans plusieurs Etats peut être ainsi soumise à plusieurs droits de timbre (1).

Quant aux effets tirés d'un pays étranger sur un autre pays étranger, et qui sont endossés, acceptés ou payés en France, la loi du 5 juin 1850 ne les soumettait pas à l'impôt du timbre. Cela donnait lieu à des fraudes : pour échapper à l'impôt, ceux qui tiraient les lettres de change d'une ville frontière française sur un pays étranger, les dataient d'une ville étrangère. Pour couper court à ces fraudes, les lettres de change dont il s'agit ont été, en 1871, soumises au même droit de timbre que les autres ; assailli de réclamations, le législateur a réduit le droit de timbre pour ces lettres de change, en le fixant à 50 centimes par 2.000 francs (L. 20 décembre 1872).

717. Du droit d'enregistrement. — Les lettres de change et les billets à ordre sont soumis à un droit proportionnel d'enregistrement

(1) Il y a là un cas de double imposition, comme il s'en présente souvent dans d'autres cas, notamment pour les valeurs mobilières comprises dans une succession.

de 50 centimes p. 100. Ils peuvent n'être présentés à l'enregistrement qu'avec les protêts qui en sont faits, de telle sorte que les effets non protestés échappent régulièrement à l'impôt (L. 28 février 1872, art. 10).

718. Les lettres de change et les billets à ordre sont, dans une certaine mesure, favorisés au point de vue fiscal. Non seulement ils ne sont soumis à l'enregistrement qu'après le protêt (1), mais encore les endossements et les acquits, dont sont revêtus ces effets de commerce, en sont complètement dispensés. En outre, la loi du 23 août 1871 (art. 18), qui a soumis à un droit de timbre de 10 centimes les quittances de sommes supérieures à 10 francs, dispense de ce droit les acquits inscrits sur les effets de commerce (art. 20-1°) (2).

2e APPENDICE

DES CONFLITS EN MATIÈRE DE LETTRES DE CHANGE ET DE BILLETS A ORDRE (3).

719. La lettre de change est un titre qui circule facilement, soit dans l'intérieur d'un même pays, soit dans des pays différents; elle sert fréquemment à régler des opérations intervenues entre des négociants qui habitent des contrées fort éloignées (n° 571). Il y a ainsi des lettres de change tirées de la France sur l'étranger; ou, à l'inverse, tirées de l'étranger et payables en France, ou encore des lettres de change émises et payables en pays étranger, mais endossées en France. Des difficultés peuvent surgir à cette occasion, parce que la matière est loin d'être réglée d'une manière uniforme par les diverses législations et que, sur des points importants, on peut signaler de grandes différences entre notre législation et celle des pays avec lesquels nous entretenons des relations commerciales (4). Dans le silence

(1) S'il n'y a pas protêt, l'enregistrement n'est pas nécessaire, même dans le cas où les effets de commerce donneraient lieu à un procès. Cf. Cass., 29 juillet 1896.

(2) Parmi les faveurs fiscales accordées aux lettres de change et aux billets à ordre, il faut mentionner la dispense du droit de timbre-quittance de 10 centimes pour les actes par lesquels une personne accuse réception d'un de ces effets qui lui a été adressé par une autre (L. du 30 mars 1872, art. 4).

(3) Pour simplifier, nous ne parlons que des *lettres de change*. Les principes sont les mêmes pour les *billets à ordre*.

(4) Ces différences ont diminué par suite de la suppression de la nécessité

de notre Code de commerce (1), les principes généraux du Droit international privé doivent servir à résoudre les conflits de lois en cette matière. Il ne sera parlé que des principaux de ces conflits, en passant en revue ce qui concerne *la capacité des parties*, *la forme* et *les conditions fiscales*, *les obligations des parties*.

720. *Capacité des parties*. — Il y a lieu d'appliquer la règle générale du Code civil, d'après laquelle *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* (art. 3, al. 3). Qu'une lettre de change ait donc été tirée, endossée ou acceptée par un Français en pays étranger, que ce Français y soit de passage ou établi d'une manière permanente, les tribunaux français n'ont à tenir compte que de la législation française, pour décider si ce Français était capable de s'obliger sous cette forme (Cf. n° 707). Il y a lieu d'admettre, par analogie, qu'un étranger s'obligeant en France par lettre de change, nos tribunaux devraient consulter la loi nationale de cet étranger pour savoir s'il était ou non capable. La jurisprudence apporte à cette règle certains tempéraments qui semblent arbitraires (2).

721. *Formes de la traite, des endossements*. — En ce qui touche la forme des actes, il y a une règle traditionnelle, *locus regit actum*, dont il faut faire ici l'application : cela offre un grand intérêt pratique, parce que c'est notamment au point de vue de la forme que notre législation diffère des lois étrangères (n° 588). Pour cette application, il est essentiel de se rappeler que la lettre de change est un acte complexe, constatant des opérations se rattachant les unes aux autres, mais, néanmoins, distinctes. Ainsi, une traite est tirée à Berlin sur un négociant de Paris à l'ordre d'un négociant de Londres, qui l'y endosse à un correspondant ; il y a là autant d'opérations distinctes : création de la lettre, endossement, acceptation du tiré. La même lettre de change, qui constate ces trois opérations est, au point de vue de la forme de chacune d'elles, régie par la législation de chacun des pays où elle est intervenue. Nos tribunaux devront considérer comme valable cette traite, si elle est conforme à la loi allemande, encore qu'elle ne contienne pas les prescriptions exigées par notre Code, par exemple, si elle ne mentionne pas la valeur fournie. De même, l'endossement en

de la remise de place en place par la loi du 7 juin 1894 modifiant l'article 110, C. com.

(1) Dans un certain nombre de pays (Allemagne, Autriche, Hongrie, etc.), des dispositions spéciales s'occupent des conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre.

(2) V. par exemple Ch. req., 16 janvier 1861, D. 1861. 1. 193 ; *Pand. fr. chr.* — V., sur les conflits de lois en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques, notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 624 à 665.

blanc, étant considéré en Angleterre comme transférant la propriété, sera admis avec cet effet par nos tribunaux.

722. *Conditions fiscales de la traite.* — Que la lettre de change soit tirée de la France sur l'étranger ou de l'étranger sur la France, elle est soumise au même droit de timbre que si elle était à la fois émise et payable en France (Loi du 5 juin 1850, art. 9 et 3). V. n° 716.

Pour l'enregistrement, la règle est très simple : les traites, pour lesquelles un protêt est dressé en France, doivent être présentées à l'enregistrement en même temps que le protêt (L. 28 février 1872, art. 10); quant aux autres, l'enregistrement n'est nécessaire que quand des poursuites sont exercées en France.

723. *Obligations des parties.* — Elles sont, en principe, déterminées, pour chaque partie, par la loi du lieu où elle a contracté. Ainsi, la loi du pays où la traite a été créée règle l'étendue des obligations du tireur, comme la loi du pays où elle a été endossée régit les obligations de l'endosseur. — Ce qui touche à l'exécution de l'obligation est naturellement réglé par la loi du pays où cette exécution doit se faire (application à la fixation de l'échéance, à l'existence d'un délai de grâce, au mode de paiement, à la constatation du non-paiement, etc.). Les voies d'exécution dépendent nécessairement de la législation du pays où l'on veut agir. — Une question particulièrement délicate, mais qui peut se présenter pour toutes les dettes, est celle de savoir quelle loi régit la prescription ; selon nous, c'est pour chaque débiteur la loi du lieu où il s'est obligé. Les modes d'extinction d'une obligation dépendent de la loi du pays où celle-ci a pris naissance, et la prescription est un mode d'extinction de la dette (art. 1234, C. civ.).

724. Le Code de commerce contient des dispositions spéciales en ce qui touche les devoirs du porteur d'une lettre de change à vue ou à un certain délai de vue. L'article 160, al. 1-4, fixe le délai dans lequel la traite à vue ou à un certain délai de vue, *payable en France*, doit être présentée au tiré sous peine de déchéance : le délai est de 3, de 4, de 6 mois ou d'un an suivant l'éloignement ; ainsi, la législation française est considérée comme compétente, parce que le paiement doit avoir lieu en France. L'avant-dernier alinéa de l'article 160 ajoute : *La même déchéance aura lieu contre le porteur d'une lettre de change à vue, à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, tirée de la France, des possessions ou établissements français, et payable dans les pays étrangers, qui n'en exigerait pas le paiement ou l'acceptation dans les délais ci-dessus prescrits pour chacune des distances respectives.* Ici, la loi française est compétente, parce que c'est en France que la lettre a été créée, bien qu'elle soit payable en pays étranger. On comprend que, pour les intéressés français, il est plus

simple que la loi française soit applicable, qu'il s'agisse de lettres payables en France ou à l'étranger, mais, au point de vue des principes, les deux dispositions ne se concilient pas, elles sont contradictoires.

L'article 166 règle le délai du recours en ce qui touche *les tireurs et endosseurs résidant en France pour les lettres tirées de France et payables à l'étranger* ; il ne dit rien du cas inverse, c'est-à-dire du cas où il s'agit de tireurs et d'endosseurs résidant dans des pays étrangers, alors que les lettres de change sont tirées de l'étranger et payables en France. Il semble logique de décider que, pour les traites tirées d'un pays étranger et payables en France, c'est la loi étrangère qui détermine le délai. Mais cette solution ne concorde pas bien avec celle que consacre l'article 160, C. com.

724 *bis*. Les divergences des lois occasionnent les conflits de lois qui sont une source de difficultés et donnent lieu parfois à des procès. Aussi serait-il souhaitable que l'on pût, en matière de lettres de change et de billets à ordre, arriver à l'uniformité des lois. Les tentatives faites dans ce but sont demeurées jusqu'à présent sans résultats (1).

C. — Des chèques.

725. Une troisième espèce d'effets de commerce est le *chèque*, qui a avec la lettre de change une grande analogie (n° 746). Il n'est pas régi par le Code de commerce, mais par une loi du 14 juin 1865 et par quelques dispositions contenues dans deux autres lois du 23 août 1871 (art. 18 et 20) et du 19 février 1874 (art. 5 et 9). — Pour se rendre compte de l'utilité que peut avoir le chèque, il est bon de connaître les usages de l'Angleterre où il est d'un emploi très répandu, s'il n'y est pas né ; il importe aussi, pour comprendre les dispositions des lois françaises sur la matière, de connaître les buts divers que s'est proposés le législateur en s'en occupant.

726. Le chèque se lie intimement en Grande-Bretagne à l'existence des *Banques de dépôts*. En Grande-Bretagne, les commerçants et même les simples particuliers ne conservent que très peu de fonds dans leurs caisses ; ils déposent leur argent chez des banquiers et chargent ceux-ci de recevoir et de payer pour eux (2). C'est ce qui fait qu'en Grande-Bretagne, les lettres de change et les billets à ordre sont très

(1) Le Gouvernement des Pays-Bas a le projet de convoquer une Conférence internationale à La Haye pour poser les bases d'un Droit commun aux Etats contractants en matière de lettre de change et de billet à ordre.

(2) C'est ce qu'on appelle pour les banquiers, *faire le service de caisse de leurs clients*.

souvent domiciliés chez des banquiers (n° 592). Cette pratique présente des avantages divers : ceux qui y recourent sont débarrassés des ennuis et des frais de conservation et de recouvrement, des risques de perte, de vol, d'incendie, d'infidélité de caissiers. De plus, le banquier dépositaire paie souvent aux déposants un intérêt pour les sommes qu'il reçoit et dont il a le droit de se servir (car il s'agit de *dépôts irréguliers*), à la charge de les restituer à première réquisition ; le plus souvent, le banquier dépositaire fait avec ces sommes des prêts à ses clients ou escompte des effets de commerce (Cf. n^os^ 752 et 755). Le bénéfice du banquier consiste dans la différence entre l'intérêt qu'il sert aux déposants (1) et l'intérêt ou l'escompte qu'il exige des personnes auxquelles il fait des avances. Ce ne sont pas seulement les déposants et les banquiers qui profitent de l'usage très répandu des dépôts en banque, c'est aussi le public : les capitaux déposés sont mis à sa disposition dans des opérations diverses (2), spécialement dans les opérations d'escompte que font les banquiers.

Celui qui a des fonds déposés chez un banquier peut avoir un paiement à faire. Au lieu de prendre l'argent nécessaire dans sa caisse, ou d'aller le chercher chez son banquier pour le remettre à son créancier, le déposant remet à celui-ci un ordre de paiement à vue adressé à son banquier. Cet ordre est précisément un *chèque* (3) : il constitue un instrument de paiement représentant une somme disponible chez un banquier. Le créancier qui reçoit le chèque n'en touche généralement pas lui-même le montant, mais il le remet à son banquier, pour que celui-ci en opère le recouvrement.

Le chèque est régi actuellement en Grande-Bretagne par la loi sur les effets de commerce de 1882 (4) (art. 73 à 82), qui n'a guère fait que consacrer d'anciens usages et réunir des dispositions de détail éparses dans plusieurs lois spéciales. Le chèque est, d'après la définition de la loi anglaise, *une lettre de change tirée à vue sur un banquier* ; il est, depuis 1856, soumis à un droit de timbre d'un *penny*

(1) L'intérêt payé au déposant est d'ordinaire très peu élevé, à raison de ce que les sommes déposées, conformément à la règle applicable d'ordinaire au dépôt (art. 1944, C. civ.), sont restituables à première réquisition

(2) Ces opérations, si le banquier est prudent, doivent être à court terme, à raison de ce qu'il est exposé à des demandes en restitution des déposants.

(3) En anglais, le mot *check* ou *chèque* paraît venir du verbe *to check*, qui signifie *contrôler*, *vérifier*. L'émission et le paiement de ce titre supposent, en effet, une vérification ; il faut que celui qui tire le chèque vérifie si son banquier a des sommes disponibles à son compte et que le banquier (tiré) vérifie s'il a entre les mains des sommes disponibles pour le tireur.

(4) *Bills of exchange Act* (45-46 Victoria, chap. 61). Cette loi s'occupe à la fois des lettres de change, des billets à ordre et des chèques.

(10 centimes), identique au droit qui frappe les lettres de change payables à vue.

727. Les services rendus par les chèques se sont multipliés par suite de la manière dont se règlent les comptes entre banquiers et qui permet de faire un chiffre énorme d'affaires avec une quantité relativement restreinte d'espèces métalliques. D'après les usages décrits plus haut, chaque jour les banquiers anglais, spécialement les banquiers de Londres, ont un grand nombre de chèques à payer à leurs confrères ou à recevoir de ceux-ci pour leurs clients. Les paiements, pour être effectués matériellement, exigeraient une grande quantité de numéraire ; les banquiers simplifient les choses, en compensant chaque jour entre eux leurs créances et leurs dettes respectives résultant de chèques ou d'autres effets de commerce à vue. Ces opérations de compensation se font dans des établissements privés appelés *Clearing Houses* (maisons ou chambres de compensation ou de liquidation) ; il y a un établissement de ce genre à Londres et il en existe aussi dans les principales villes manufacturières de l'Angleterre. A Londres seulement, les compensations faites au *Clearing Houses* ont, en 1907, été de 12.730.303.000 livres sterling (soit plus de 318.257.525.000 francs) (1). Voici, en résumé, comment on procède : les commis des principaux banquiers se réunissent chaque jour à une heure fixée, chacun apportant les effets payables chez les autres banquiers et les remettant aux commis de ceux-ci. Après vérification, on connaît la somme totale que chaque banquier doit toucher et celle qu'il doit payer, il suffit que chacun reçoive ou paie la différence. Cette différence n'est pas payée en numéraire : les banquiers débiteurs d'une différence remettent à leurs confrères des mandats sur la Banque d'Angleterre, où chaque banquier de la Cité a un compte ouvert ; le montant de cette différence est porté au débit de celui qui la doit et au crédit de celui auquel elle est due (c'est ce qu'on appelle un *virement*, n° 753) (2).

728. En France, l'usage des dépôts dans les banques est moins répandu qu'en Angleterre, il l'était surtout moins il y a une quarantaine d'années. Les commerçants et surtout les simples particuliers conservent parfois dans leurs caisses d'importants capitaux qui y demeurent improductifs ; les paiements se font très fréquemment en

(1) V., dans le *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1909, I, p. 379, le tableau des sommes compensées de 1871 à 1908 inclusivement.

(2) Des compensations considérables se font aussi dans les très nombreux *Clearing Houses* des Etats-Unis d'Amérique, spécialement de New-York. *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1898, I, pp. 698 à 700 ; 1899, I, pp. 494 à 496 ; 1900, I, pp. 442 et 443 ; 1903, I, pp. 758 et 759 ; 1904, I, pp. 755 et 756 ; 1905, I, pp. 557 et 558.

numéraire, ce qui nécessite une grande quantité d'espèces monnayées. Cependant, afin de mettre dans la circulation, au grand avantage du commerce et de l'industrie, les capitaux restés sans emploi dans les caisses, des établissements de crédit se fondèrent vers 1860, pour recevoir des fonds et introduire ainsi en France l'usage des dépôts en banque. Il fallait créer des chèques ou titres permettant aux déposants de payer leurs créanciers en leur conférant le droit de retirer les sommes déposées. Quelle forme devait-on donner à ces titres? On fut fort embarrassé. La forme du *mandat* ou ordre de paiement créé sur le banquier dépositaire, usitée en Angleterre, dut être écartée : un titre ayant cette forme aurait été soumis au droit proportionnel de timbre établi par la loi du 5 juin 1850 (art. 1). On adopta la forme du reçu ou *récépissé*, qui, en fait, n'était pas soumis au timbre (1). Au lieu de donner au banquier dépositaire l'ordre de payer, le déposant constatait qu'il avait reçu telle somme de ce banquier et remettait ce récépissé à la personne par laquelle il voulait faire toucher la somme. Ce procédé avait des inconvénients : le récépissé était forcément au porteur, rien n'y indiquait qu'il dût être présenté au banquier dépositaire par telle ou telle personne, et celui qui le présentait n'avait pas de signature à donner, car à celui qui présente une quittance déjà signée on ne réclame pas un second reçu. La personne qui trouvait ou qui volait un récépissé pouvait donc assez aisément tirer parti de sa fraude : elle n'avait pas même besoin pour cela de commettre un faux.

729. Le législateur voulut contribuer à répandre l'usage des dépôts en banque, en faisant disparaître l'obstacle que la loi fiscale apportait à l'introduction en France de chèques ayant, comme en Angleterre, la forme de mandats. La loi du 14 juin 1865 (art. 7) déclara que les chèques ayant cette forme seraient pendant dix ans exemptés de tout droit de timbre. Mais, en accordant cette faveur, le législateur eut une préoccupation spéciale : il craignit que, pour échapper au droit de timbre, on n'employât le chèque au lieu des autres effets de commerce et spécialement de la lettre de change à vue, soumis au droit proportionnel. Aussi prit-il le soin de délimiter le chèque d'une façon assez précise pour qu'on n'arrivât pas à se soustraire à l'impôt en présentant comme chèques des titres qui n'en auraient pas les caractères. Ce point de vue fiscal explique encore la plupart des dispositions de nos lois sur la matière.

Depuis 1871, les chèques ne jouissent plus de la dispense du droit de

(1) Rigoureusement, le *récépissé* devait être soumis au timbre de dimension, en vertu de la loi du 13 brumaire an VII (art. 1, 2 et 12)

timbre; du moins, ils sont encore favorisés par rapport aux autres effets de commerce, en ce que le droit de timbre auquel ils sont soumis est fixe et non pas proportionnel. Actuellement, les chèques sont frappés d'un droit fixe de 10 centimes quand ils sont payables dans le lieu de leur création, d'un droit de 20 centimes quand ils sont tirés d'une place sur une autre. La quittance donnée par celui qui reçoit le montant du chèque n'est pas soumise au droit de timbre de 10 centimes, qui grève, en principe, toute quittance de plus de 10 fr. (L. 23 août 1871, art. 18 et 20, et L. du 19 février 1874, art. 5 et 6) (1).

Ces dispositions fiscales, comparées à celles qui régissent les lettres de change, ont des conséquences pratiques importantes. Quand une personne se trouvant dans un lieu a un ordre de paiement à vue à donner sur la même place ou sur une autre place, elle a, suivant le montant de la somme dont il s'agit, intérêt, au point de vue fiscal, à prendre la forme du chèque ou celle de la lettre de change. Ainsi, quand le paiement est à faire sur une autre place que celle où l'ordre est donné, elle prend la forme du chèque, lorsque la sómme est supérieure à 400 fr., le droit de timbre n'étant que de 20 centimes, il serait de 5 centimes par 100 fr. pour une lettre de change; si, au contraire, la somme ne dépasse pas 300 fr., la forme de la lettre de change est préférée, le droit de timbre n'étant que de 5, 10 ou 15 centimes au lieu d'être de 20 centimes : si la somme dépasse 300 fr. sans excéder 400 fr., il n'y a pas d'intérêt, au point de vue fiscal, à prendre une forme plutôt que l'autre.

730. Sans prendre les développements qu'il a reçus en Angleterre et aux États-Unis, le chèque s'est, pourtant, répandu beaucoup en France depuis 1865. Une chambre de compensation, analogue aux *Clearing Houses* anglais, fonctionne à Paris depuis 1872. Les compensations qui s'y font sont beaucoup moins considérables que celles qui sont opérées dans l'établissement similaire de Londres (n° 727) ; le chiffre le plus élevé de ces compensations a été, en 1907-1908, de 19.807.659.764 fr. 65 c. (2). Mais il faut tenir compte de l'importance des *virements* qu'effectue la Banque de France pour ses clients auxquels elle a ouvert des comptes-courants; ils évitent, pour des sommes considérables, la nécessité de paiements en espèces. V. n° 753.

(1) Quant au droit d'enregistrement, il n'y a rien de particulier pour le chèque. Il doit être enregistré, lorsqu'il est produit en justice. Le droit est de 50 centimes pour 100 fr., lorsque le chèque est à ordre ou au porteur, et de 1 fr. pour 100 fr., quand il est à personne dénommée.

(2) V. *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1908, II, p. 560 (Opérations de la Chambre de compensation de Paris, de 1872-1873 à 1907-1908 inclusivement). V. note 1 de page 555.

731. *Définition et nature du chèque.* — Selon la loi du 14 juin 1865 (art. 1, al. 1), le chèque est l'*écrit qui, sous forme d'un 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 et disponibles*. Il résulte de là que l'écrit se présentant sous forme de *récépissé*, qui a été très usité avant la loi de 1865 (n° 748), n'est pas un *chèque* dans le sens légal du mot. Les règles qui sont applicables à ce titre, qu'on appelle parfois *chèque-récépissé*, par opposition au *chèque-mandat*, seront déterminées plus loin (n° 748) (1).

732. *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* (2) (art. 4, al. 1, loi de 1865). C'est une différence avec la lettre de change et une ressemblance avec le billet à ordre (n° 712). Le chèque n'est pas, comme la lettre de change, un acte essentiellement commercial, il est civil ou commercial selon le caractère de l'obligation à laquelle il se rattache ; il est, d'après les principes généraux (n° 43), présumé commercial quand il est souscrit par un commerçant. Les règles de compétence des articles 636 et 637, C. com., faites pour le billet à ordre, régissent aussi le chèque. V. n° 1361.

733. *Mentions que doit contenir le chèque.* — L'article 1 de la loi de 1865 énumère ces mentions : *Il* (le chèque) *est signé par le tireur et porte la date du jour où il est tiré. Il ne peut être tiré qu'à vue. Il peut être souscrit au porteur, ou au profit d'une personne dénommée. Il peut être souscrit à ordre et transmis même par voie d'endossement en blanc.* — La loi de 1874 ajoute d'autres prescriptions : *Le chèque indique le lieu d'où il est émis. La date du jour où il est tiré est inscrite en toutes lettres de la main de celui qui a écrit le chèque.* Il va de soi que la somme à payer doit être indiquée, elle peut être écrite indifféremment en chiffres ou en toutes lettres. Il n'est pas besoin que la signature du tireur soit précédée des mots *bon* ou *approuvé* avec l'indication de la somme en toutes lettres, quand le chèque est signé seulement par le tireur, sans être écrit par lui ; la loi spéciale ne parle pas de cette formalité prescrite par l'article 1326, C. civ., et il s'agit ici d'un titre dont la loi règle les éléments d'une manière complète (analogie, n^os^ 579 et 710). A la différence de ce qui a lieu pour la lettre de change et le billet à ordre (n^os^ 587 et 710), aucune mention de-

(1) V., n° 576, le modèle d'un chèque conforme aux prescriptions des lois de 1865 et de 1874.

(2) Depuis la loi du 7 juin 1894, modifiant l'article 110, C. com., cette disposition n'est plus utile, puisque la remise de place en place ne peut plus, par elle seule, être considérée comme constituant un acte de commerce. V. n° 714.

la *valeur fournie*, c'est-à-dire de ce que le souscripteur ou tireur a reçu du bénéficiaire, n'est exigée.

Ainsi, le chèque est daté, il peut être tiré d'un lieu sur un autre, il est nécessairement à vue, il peut être à ordre, mais ne l'est pas de toute nécessité (nº 736). Il sera dit aussi plus loin qu'il suppose une provision préalable existant lors de sa création (nº 737), et qu'enfin, il doit être présenté pour le paiement dans un bref délai (nº 740). Des explications sont nécessaires sur chacun de ces points.

734. *Date du chèque.* — La loi de 1865 (art. 1, al. 2) se contente de dire que le chèque porte la date du jour où il est tiré et elle punit d'une amende l'émission d'un chèque sans date ou portant une date fausse (art. 6, al. 1). La date a une importance particulière à raison du délai très bref, courant du jour de l'émission, dans lequel le chèque doit être présenté au tiré pour le paiement (nº 740). Le chèque, qui est nécessairement payable à vue, peut être présenté aussitôt après son émission ; il doit l'être, au plus tard, le cinquième ou le huitième jour à partir de sa création. Il résulte de là qu'on ne peut régulièrement créer un chèque, quand la somme due par le tiré au tireur n'est pas exigible. Si l'on voulait pourtant bénéficier du droit de timbre réduit, on pourrait être tenté de laisser la date en blanc, en indiquant l'époque avant laquelle on n'en réclamera pas le paiement, ou de postdater le chèque. C'est pourquoi la loi de 1865 punit d'une amende l'absence de date ou la postdate.

La loi de 1874 a augmenté les exigences de la loi de 1865. D'abord, comme on établissait au point de vue fiscal une différence entre les chèques tirés sur le lieu même de leur création et les chèques tirés de place en place, la loi de 1874 veut que le lieu de la création du chèque y soit indiqué. Ce n'est pas tout : elle exige que la date du jour de l'émission soit inscrite *en toutes lettres* par celui qui a écrit le chèque ; la date ainsi constatée est plus difficilement modifiée après coup que lorsqu'elle est en chiffres.

Il faut, au reste, remarquer que la loi de 1874 (art. 6) ne punit d'une amende l'absence de date ou le défaut de constatation de cette date en toutes lettres qu'autant qu'il s'agit d'un chèque tiré de place en place. Une amende est aussi encourue par celui qui revêt un chèque d'une fausse date ou d'une fausse énonciation du lieu d'où il est tiré. L'amende est de 6 0/0 du montant du chèque, sans pouvoir jamais être inférieure à 100 fr. et, en outre, le droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 fr. est dû. — V. l'article 6 de la loi du 19 février 1874 pour les personnes qui peuvent être condamnées à l'amende.

735. *Époque de paiement.* — Le chèque ne peut être tiré qu'à vue (L. 1865, art. 1, al. 3). Cette prescription est conforme à la destination

du titre, qui est de servir d'instrument de paiement ; il ne peut remplacer les espèces monnayées qu'autant que celui à qui il est remis peut se faire payer immédiatement par le tiré. Du reste, si le chèque pouvait être à une échéance plus ou moins éloignée, il se substituerait complètement dans la pratique à la lettre de change, par cela même qu'avec lui, on échappe au droit de timbre proportionnel. Afin d'éviter qu'un chèque étant tiré à vue, les parties conviennent pourtant qu'il ne sera pas payable à première réquisition, toute convention de ce genre est déclarée nulle de plein droit (L. 1874, art. 5, al. 3).

De ce que le chèque est nécessairement payable à vue, il suit qu'il ne peut pas être question de le présenter à l'acceptation. Quand le porteur le présente, c'est pour en toucher le montant.

736. *Du bénéficiaire du chèque.* — A la différence de la lettre de change, le chèque n'est pas nécessairement à ordre ; la loi de 1865 (art. 1, al. 4 et 5) distingue le chèque à *personne dénommée*, le chèque *à ordre* et le chèque *au porteur*.

Quand le chèque est au profit d'une personne dénommée, celle-ci seule peut, en principe, en toucher le montant. Elle ne peut le transmettre à une autre personne que par une cession soumise aux formalités de l'article 1690, C. civ.; ces formalités sont lentes et coûteuses, aussi un chèque est-il dans la pratique surtout créé à personne dénommée lorsque c'est le déposant lui-même qui veut se faire payer directement, avec l'intention bien arrêtée de ne faire aucune cession.

Le chèque au *porteur* présente cet avantage qu'il se transmet de la main à la main par la simple tradition. Avec un chèque de cette sorte, les dangers de perte sont très grands, comme, du reste, avec tous les titres au porteur, en général. Ce qui les atténue, c'est que celui qui touche un chèque, qu'il soit ou non au porteur, doit l'acquitter pour constater le paiement (L. 1874, art. 5, al. 2, et art. 7) ; il résulte de là qu'en cas de perte ou de vol, celui qui s'est approprié frauduleusement un chèque doit donner son nom ou commettre un faux, en falsifiant la signature d'une autre personne. On a essayé en Angleterre de corriger les inconvénients de la forme au porteur au moyen de ce qu'on appelle le *crossed cheque* (le chèque croisé ou barré). Ce chèque est traversé par deux barres parallèles : entre ces deux barres, ou l'on n'écrit rien, ou bien le tireur ou un porteur quelconque inscrit, soit les mots *et Cie*, soit le nom d'un banquier. Dans les deux premiers cas, le recouvrement ne peut être fait que par une maison de banque, dans le troisième cas, il doit l'être par le banquier désigné (1).

(1) Une proposition de loi relative au chèque barré a été déposée au Sénat par M. Ratier le 26 décembre 1906.

Le nom des personnes, autres que le tireur, qui transmettent un chèque au porteur, n'est pas connu ; aussi ne peuvent-elles être garantes de la solvabilité du tireur et du tiré.

Le chèque *à ordre* est transmissible par endossement, mais on n'applique pas ici les exigences surannées du Code de commerce relatives aux énonciations que l'endossement doit contenir pour être translatif de propriété (art. 137 et 138, n° 598). Aucune mention spéciale n'est prescrite ; la signature de l'endosseur suffit, la loi de 1865 dispose expressément que *le chèque peut être transmis par voie d'endossement en blanc*.

Les endosseurs d'un chèque sont, comme ceux d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, garants solidaires du paiement envers le porteur (L. 1865, art. 4, al. 2).

737. *De la provision.* — En matière de lettre de change, la provision n'est pas exigée lors de la création du titre ; le tireur satisfait à son obligation par cela seul qu'elle existe au moment de l'échéance, c'est-à-dire qu'à ce moment le tiré se trouve être débiteur du tireur (art. 115 et 116, C. com.), de telle sorte que le tiré, en payant la traite, ne fait qu'acquitter sa dette envers le tireur. Il en est autrement en matière de chèque : *le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable* (L. 1865, art. 2). Cette idée est, du reste, exprimée dans la définition que donne du chèque l'article 1er de la même loi : *le chèque sert au tireur à effectuer le retrait de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte et disponibles*.

En quoi consiste la *provision* en matière de chèque ? Qu'est-ce que la *disponibilité* des fonds dont le chèque a pour but d'opérer le retrait ?

Il peut y avoir provision dans deux catégories de cas, qu'il importe de distinguer.

a) Paul a un banquier auquel il remet des fonds en dépôt, ou qu'il charge d'opérer pour lui des recouvrements ; le banquier doit garder les sommes déposées ou recouvrées à la disposition de son client (Paul). Il y a certainement provision (disponibilité des fonds) pour les chèques tirées jusqu'à concurrence de la somme dont le banquier est redevable.

b) Paul est, à raison d'une cause quelconque, créancier d'une somme d'argent exigible. Cette créance constitue une provision.

Mais il ne suffit pas qu'une personne soit créancière d'une autre et que la somme due soit exigible. La loi veut que les fonds soient disponibles, c'est-à-dire que le débiteur les ait mis à la disposition du tireur. En d'autres termes, l'émission d'un chèque suppose une convention en vertu de laquelle le créancier a été autorisé par son débiteur à le tirer. Dès que cette convention existe, le chèque peut être tiré, quelle que

soit la profession des parties et quelle que soit la nature de l'opération motivant l'émission du chèque. Par exemple, en vertu d'une convention préalable, un fournisseur peut tirer un chèque sur son client, un vendeur d'immeubles, sur l'acheteur qui est débiteur du prix.

Ainsi, le chèque comporte, d'après nos lois, une extension qu'il n'a jamais eue d'après les lois anglaises. En Angleterre, le chèque est, par essence, tiré sur un banquier dépositaire des fonds du tireur : c'est dans ce cas seulement, en effet, que le chèque est un véritable instrument de paiement. Dans les autres cas où le chèque peut être employé en France, il ne sert guère qu'à remplacer la lettre de change par un titre moins coûteux au point de vue fiscal. V. n° 729.

738. Le fait de créer un titre auquel on donne le caractère de chèque, sans qu'il y ait une provision préalable, constitue une *contravention fiscale*. Celui qui émet un chèque sans provision préalable et disponible, non seulement doit le droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 francs, mais encore est passible d'une amende de 6 0/0 du montant du chèque (L. de 1874, art. 6). Le plus souvent, la fraude contre le fisc se complique d'une fraude au préjudice du bénéficiaire du chèque, auquel le tireur a fait faussement croire qu'il avait de l'argent disponible chez le tiré ; ce mensonge peut être accompagné de manœuvres frauduleuses lui donnant le caractère d'une escroquerie ; il y a lieu alors d'appliquer l'article 405, C. pén. C'est à cela que fait allusion l'article 6, *in fine*, de la loi de 1874, en réservant l'application de peines correctionnelles. En fait, ces diverses sanctions ne sont appliquées que lorsque le défaut de paiement du chèque révèle l'irrégularité commise.

739. Lorsqu'un chèque est créé dans des conditions régulières, doit-on admettre que le porteur a un droit exclusif sur la provision, de telle sorte qu'il pourrait se faire payer par le tiré sur les fonds disponibles même au cas de faillite du tireur ? Une question semblable se pose et a été examinée précédemment (n^os^ 616 et suiv.), à propos de la lettre de change. Les lois sur les chèques ne se sont pas plus expliquées que le Code de commerce. Il a été dit que, depuis longtemps, la jurisprudence est fixée dans le sens du droit exclusif du porteur de la lettre de change sur la provision. La même solution doit être appliquée au chèque par *a fortiori*. Le chèque supposant, d'après la loi même, une provision préalable, il est naturel de faire résulter de l'émission du chèque la cession des droits du tireur contre le tiré. Du reste, la loi a pour but d'encourager l'emploi des chèques et cette solution est bien de nature à produire ce résultat.

739 *bis*. *Provision insuffisante*. — L'absence complète de provision ne constitue pas seulement une contravention fiscale (n° 738), elle rend

le titre nul comme chèque, puisqu'une provision existant lors de l'émission même est un élément de cet effet de commerce. Il y a à examiner dans chaque espèce si le titre réunit les conditions voulues pour constituer un effet de commerce d'une autre espèce, spécialement une lettre de change.

Mais il est possible que la provision existant au moment de l'émission soit inférieure au montant du chèque. Cela peut provenir, soit d'une fraude, soit d'une erreur sur l'état du compte existant entre le tireur et le tiré. La Cour de cassation décide que l'insuffisance de la provision équivaut à l'absence de provision (1). Elle le déduit de ce que la provision est un élément essentiel du chèque. Mais rien ne prouve que la loi sur les chèques ait entendu admettre cette doctrine rigoureuse et étroite (2). Elle est de nature à nuire à la circulation des chèques. Car elle aboutit notamment à priver le porteur du chèque de tout droit exclusif sur la provision insuffisante. Les conditions essentielles à l'existence du chèque sont réunies au moins jusqu'à concurrence du montant de la provision ; aussi est-il plus conforme aux principes d'admettre la validité du chèque jusqu'à concurrence de ce montant, et, par suite, de reconnaître au porteur sur la provision partielle le droit qu'il aurait eu sur la provision complète (3). V., pour la lettre de change, n° 615.

740. *Droits et devoirs du porteur*. — Le premier devoir du porteur d'un chèque est d'en réclamer le paiement dans un délai très court. Ce délai est de 5 jours, *y compris le jour de la date*, si le chèque est tiré de la place sur laquelle il est payable, et de 8 jours *y compris le jour de la date*, s'il est tiré d'un autre lieu (L. de 1865, art. 5, al. 1). La brièveté de ce délai donne, comme cela a été dit (n° 734), une grande importance à la date du chèque. Le délai fixé par la loi pour la présentation de la lettre de change à vue, est beaucoup plus long ; il est, en principe, de 3 mois (art. 160, C. com.). V., plus haut, n° 658.

Plusieurs raisons expliquent la brièveté du délai de présentation pour les chèques. D'abord, elle marque la différence entre le chèque, instrument de paiement, et la lettre de change, instrument de crédit. Du reste, le tireur est intéressé à ce que le délai de la présentation soit très bref, il est garant du paiement du chèque, il faut que sa responsabilité soit promptement dégagée. Enfin, l'intérêt des banques de

(1-2) Cass., 15 mars 1905, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 161 (Note de Ch. Lyon-Caen critiquant l'arrêt) ; D. 1905. 1. 377 (Note de M. Lacour approuvant l'arrêt) ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 340.

(3) Une proposition de loi consacrant cette solution a été présentée à la Chambre des députés et votée par elle le 29 mars 1909. Elle est soumise au Sénat.

dépôts serait compromis, si, dans un moment de crise, on leur présentait en même temps les chèques émis sur elles pendant plusieurs semaines ou même pendant plusieurs mois.

Le fait de la présentation du chèque dans le délai légal doit être constaté, qu'il y ait ou non paiement. Quand il y a paiement, le chèque doit être acquitté, et l'acquit doit être daté (Loi de 1874, art. 5, al. 2). Celui qui paie un chèque sans exiger qu'il soit acquitté, est passible personnellement et sans recours d'une amende de 50 francs (Loi de 1874, art. 7) : cela doit s'entendre non seulement du défaut complet d'acquit, mais aussi de l'absence de date dans l'acquit. Quand il n'y a pas paiement, le fait de la présentation dans le délai légal se trouve constaté par le protêt.

741. La loi de 1885 (art. 4, al. 2) renvoie, pour le cas de non-paiement, aux dispositions du Code de commerce relatives à la garantie solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt et à l'exercice de l'action en garantie en matière de lettre de change.

La présentation et le refus de paiement doivent donc être constatés par un protêt dressé le lendemain de l'échéance, c'est-à-dire du jour où le chèque a été présenté (art. 162, C. com.) ; la notification du protêt et l'assignation en justice doivent suivre dans la quinzaine conformément à l'article 165, C. com.,

742. Le défaut de protêt en temps utile ou de signification de la demande en justice au tireur ou aux endosseurs dans les délais légaux a les mêmes conséquences qu'en matière de lettre de change (L. de 1865, art. 5, al. 2 ; nos 686 et suiv.) : le porteur du chèque est donc déchu de son droit de recours contre les endosseurs et contre le tireur. Quant au défaut de présentation dans le délai de 5 ou de 8 jours, la loi de 1865 (art. 5, al. 2) s'exprime ainsi : *Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans les délais ci-dessus, perd son recours contre les endosseurs ; il perd aussi son recours contre le tireur, si la provision a péri par le fait du tiré après lesdits délais.* Le chèque, malgré l'inobservation des délais de présentation, reste valable, et le tiré demeure tenu de le payer, mais le porteur négligent encourt certaines déchéances. Ainsi, son recours contre les endosseurs est toujours perdu, sans qu'il y ait aucune justification à faire ; cela est d'accord avec la règle admise à l'égard du porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, quand il est négligent (art. 168, C. com.), et cela s'explique de la même manière (no 691). Quant au tireur, la loi distingue : il ne peut opposer la déchéance qu'autant que la *provision a péri par le fait du tiré après les délais accordés pour la présentation du chèque*. Par ces expressions un peu obscures, *si la provision a péri par le fait du tiré*, etc., la loi vise le cas de faillite du tiré

auquel, il faut assimiler celui de liquidation judiciaire, par identité de raison. La faillite ou la liquidation judiciaire mettent obstacle au paiement des dettes du failli ou du liquidé, on peut dire qu'elles entraînent la perte de la provision. Ainsi un chèque a été tiré de Paris sur Paris le 1er août et le tiré avait des fonds à la disposition du tireur : le tiré, qui payait régulièrement du 1er au 5 août, a cessé ses paiements le 6 et le porteur ne s'est présenté que ce jour-là. C'est par la négligence du porteur que la provision a péri, il est juste qu'il subisse la conséquence de cette négligence. Si, au contraire, la cessation des paiements du tiré s'était produite le 4 ou le 5 août, le tireur ne pourrait pas opposer la déchéance au porteur en lui disant que, s'il s'était présenté le 2 ou le 3, il aurait été payé ; le délai de 5 jours appartenant tout entier au porteur, il n'est pas en faute d'en avoir usé.

743. Quand un créancier a reçu de son débiteur un chèque en paiement, on ne saurait voir là une novation, à moins qu'il n'y ait une volonté formellement exprimée à cet égard. La novation ne se présume pas (art. 1273, C. civ.), V. nº 382 ; il y a une simple indication de paiement, l'extinction de la dette est subordonnée à l'acquittement du chèque. Si donc le chèque n'est pas payé et si le créancier, porteur de ce chèque, a été diligent, il peut agir contre son débiteur en vertu du chèque ou en vertu de sa créance primitive, à son choix. Si, au contraire, le créancier, porteur du chèque, a été négligent, peut-il, laissant de côté le chèque, agir contre son débiteur en vertu de sa créance primitive ? La négative est certaine. Autrement, le porteur d'un chèque aurait un moyen facile de se décharger des conséquences de sa négligence. La négligence doit produire des effets analogues à ceux du paiement : si les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies en temps utile, les intéressés peuvent tenir le chèque pour payé.

744. Le chèque, à raison de la brièveté du délai donné pour le présenter, n'est pas, au même degré que la lettre de change, un titre pouvant circuler facilement dans plusieurs pays. Mais on peut tirer des chèques entre pays voisins, par exemple émettre un chèque de Paris sur Genève ou sur Bruxelles. Il arrive même que des chèques sont tirés de pays très lointains ; ils produisent tous leurs effets, parce que, lorsque le tiré paie, ce qui est le cas le plus fréquent, aucune déchéance n'est opposable au porteur qui n'a pas observé les délais prescrits pour la présentation.

La loi de 1874 (art. 9) s'est occupée spécialement des chèques tirés d'un pays étranger sur la France. A ces chèques on applique la loi française, par dérogation à la règle *locus regit actum*. Seulement, ce n'est pas lors de la création que ces chèques doivent être revêtus d'un timbre français, c'est lorsqu'ils pénètrent en France ; ils doivent être

timbrés avant tout en dossement fait en France. Quel timbre doit être apposé? le timbre fixe de 20 centimes. Il faut, pour cela, que l'effet soit conforme aux dispositions des lois de 1865 et de 1874 ; autrement, il est soumis au timbre proportionnel de 5 centimes par 100 francs.

La loi ne s'est occupée ni des chèques tirés de la France sur l'étranger, ni des chèques tirés de l'étranger sur l'étranger et transitant seulement en France. Les premiers sont soumis à la loi française, par cela même qu'ils sont créés en France. Quant aux seconds, le silence de la loi française implique qu'ils échappent à ses dispositions et qu'à la différence des lettres de change ne faisant que transiter en France, ils ne sont pas soumis au droit de timbre français. Cf. nº 716.

745. *Règles applicables aux chèques en dehors de celles contenues dans les lois de 1865 et de 1874.* — Les lois de 1865 et de 1874 ont déclaré formellement applicables aux chèques plusieurs dispositions du Code de commerce sur les lettres de change (art. 4, al. 2, et art. 5, al. 2, L. de 1865). Que décider pour les autres dispositions du Code résolvant des questions non touchées par les lois sur les chèques? Il paraît juste de considérer les dispositions du Code de commerce sur les lettres de change comme formant le droit commun et d'y soumettre les chèques, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la nature de ceux-ci. Par application de cette idée, il faut suivre les règles relatives au paiement des lettres de change (nºs 644 et suiv.) ; en cas de perte d'un chèque, comme il n'y a jamais pluralité d'exemplaires, ni acceptation, on doit se conformer aux règles édictées par le Code de commerce pour le cas de perte de l'exemplaire unique d'une lettre de change non acceptée (nº 656).

La loi n'a rien dit de la prescription applicable aux chèques. La question de savoir quelle prescription doit être admise se présentera rarement, car les opérations dans lesquelles des chèques interviennent, sont réglées promptement. Si elle se posait, il serait naturel d'appliquer la prescription de 5 ans de l'article 189, C. com., au chèque à ordre ayant le caractère commercial pour le souscripteur du chèque (tireur) : cela paraît conforme à l'idée générale selon laquelle les dispositions du Code de commerce doivent servir à compléter les lois sur les chèques.

746. *Comparaison de la lettre de change et du chèque.* — Entre le chèque et la lettre de change payable à vue, il y a une analogie très grande. Cependant, les règles applicables à ces deux sortes de titres diffèrent à d'assez nombreux points de vue. Les principales différences sont les suivantes :

1. La lettre de change est soumise à un droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 francs, tandis que le chèque subit un droit de timbre fixe de 10 ou de 20 centimes (nº 729).

2. La lettre de change à vue doit être présentée, en principe, dans les trois mois de sa date, le chèque dans les huit jours.

3. La lettre de change est un acte essentiellement commercial ; selon les cas, le chèque est un acte de commerce ou un acte civil.

4. La mention de la *valeur fournie*, nécessaire dans la lettre de change, n'est pas exigée dans le chèque.

5. La lettre de change ne peut être qu'à ordre, tandis que le chèque peut être à ordre, au porteur ou à personne dénommée.

6. La date de la lettre de change peut être écrite en chiffres ; celle du chèque doit l'être en toutes lettres, sous peine d'amende.

7. Le chèque doit être acquitté lors du paiement et l'acquit doit être daté ; il n'y a aucune exigence analogue pour la lettre de change.

8. La lettre de change même à vue ne suppose pas nécessairement la provision lors de sa création. Un chèque ne peut être tiré régulièrement que s'il y a une provision préalable et disponible.

9. Pour être translatif de propriété, l'endossement d'une lettre de change doit, en principe, contenir un certain nombre de mentions énumérées par le Code de commerce. Pour le chèque, la loi n'indique pas les énonciations à insérer dans l'endossement et dispose que le chèque peut être transmis même par voie d'endossement en blanc (L. de 1865, art. 1, al. 5).

747. A raison des différences qui viennent d'être signalées entre le chèque et la lettre de change à vue, on comprend l'importance qu'il y a à déterminer le caractère d'un effet donné. Il peut n'y avoir pas de doute : par exemple, si le titre est au porteur ou à personne dénommée, ce ne peut être une lettre de change, ou encore si le titre indique expressément ce qu'il est. Il peut en être autrement : ainsi, l'on a employé dans le titre le mot *mandat* qui est équivoque. Quel critérium admettre ? On ne peut poser de règle absolue. Il est raisonnable de supposer que les parties ont voulu agir régulièrement ; si le titre porte un timbre fixe ou s'il ne mentionne pas la valeur fournie, on présumera que c'est un chèque (1).

748. *Du chèque-récépissé* — La loi du 14 juin 1865 ne s'occupe pas du *chèque* ayant la forme d'un récépissé. Assurément, il n'est pas interdit à une personne ayant déposé des fonds chez un banquier, ou ayant un débiteur quelconque, de remettre à son créancier un reçu que celui-ci présente au banquier dépositaire ou au débiteur ; mais à

(1) Il est question de rattacher à l'Administration des Postes, comme cela se pratique dans plusieurs pays (*Autriche*, *Hongrie*, *Suisse*, etc.), un service de chèques ou *chèques postaux*. V. proposition de loi de M. Chastenet, rapport de la Chambre du 6 février 1908 et projet du Gouvernement déposé le 19 octobre 1909.

des reçus de cette sorte on ne peut appliquer les règles spéciales aux chèques. A quelles règles sont-ils donc soumis ?

Le récépissé ressemble à un titre au porteur : signé du déposant, il peut circuler de mains en mains sans aucune formalité. Mais quel est exactement le droit résultant pour le porteur de la délivrance d'un tel récépissé ? On sait que le porteur d'un chèque ne peut, en principe, se voir enlever le droit d'exiger le paiement par une opposition du tireur. On sait aussi que le porteur d'un chèque a sur la provision un droit exclusif qui lui permet de se faire payer par le tiré à l'exclusion des créanciers du tireur en faillite (n° 739). Faut-il donner les mêmes solutions pour le porteur d'un récépissé ? La question est discutée. Nous pensons que le porteur d'un récépissé est simplement le mandataire du signataire, que, dès lors, son mandat peut être révoqué par la volonté du mandant, par sa déclaration de faillite ou sa mise en liquidation judiciaire. Le porteur du récépissé, pour ne pas être dans cette situation précaire, n'avait qu'à exiger un véritable chèque.

Section II. — Des opérations de banque et des comptes-courants.

749. Le Code de commerce (art. 632) mentionne les opérations de banque parmi les actes de commerce (n° 34), mais il ne les énumère pas et ne pose pas les règles qui les régissent. L'importance de ces opérations et les difficultés juridiques auxquelles elles donnent lieu exigent qu'une étude spéciale en soit faite : ces difficultés ont, toutefois, beaucoup diminué de nombre depuis que la liberté de l'intérêt conventionnel a été admise en matière commerciale par la loi du 12 janvier 1886 (Cf. nos 750, 761, 762). Parmi les opérations de banque nous placerons spécialement les *comptes-courants*. Le plus souvent, dans un compte-courant, l'une des deux parties au moins est un banquier de profession, et ce sont des opérations de banque qui viennent, en général, s'y résumer. Il sera donc traité dans deux parties distinctes : A. *Des opérations de banque ;* B. *Des comptes-courants.*

A. — Des opérations de banque (1).

750. Ces opérations sont faites le plus souvent par des individus ou des sociétés, qui en font leur profession ; les *banquiers* sont ceux qui font des opérations de banque à titre professionnel. Le nom de *banques*

(1) Consulter Courcelle-Seneuil, *Les opérations de banque. Traité théorique et pratique* (10e édition revue est mise à jour par André Liesse), 1909.

est souvent donné aux établissements des banquiers, et l'on qualifie d'*établissements de crédit* les banques les plus importantes, comme le Crédit lyonnais, la Société générale, etc. Parmi elles, il en est que le Code de commerce (art. 632, al. 5) désigne sous le nom de *banques publiques* (n° 34), par opposition aux banques privées ; ce sont des sociétés, établies sous l'autorité du gouvernement, régies par des statuts qu'il a approuvés, et qui lui donnent dans leur organisation ou leur fonctionnement un certain droit d'intervention : telles sont la Banque de France, la Banque de l'Algérie, les Banques coloniales, le Crédit foncier de France.

751. Généralités. — Les opérations de banque sont d'une très grande variété, et l'on ne peut guère, par suite, qu'en mentionner les caractères communs et indiquer les plus usuelles. Elles ont pour objet les monnaies, les métaux précieux, les titres qui les représentent, les valeurs de Bourse. Les banquiers rendent service au commerce, à l'industrie, à l'agriculture, en servant d'intermédiaires entre les capitalistes qui cherchent des placements et les travailleurs de tout ordre qui cherchent des capitaux ; ils procurent au commerce le crédit, l'une des conditions essentielles de son développement.

Le commerce de banque est libre, en principe ; une importante restriction est apportée à cette liberté pour l'émission des billets de banque qui, pour la France territoriale, est réservée, à titre de privilège, à la Banque de France (1) (n° 758).

Les principales opérations de banque sont : *les dépôts*, *les virements*, *les recouvrements et la négociation des effets de commerce*, *l'escompte*, *les opérations de change*, *les avances ou prêts sur titres*, *les ventes et achats de valeurs de Bourse*, *les émissions directes*, *soit d'actions*, *soit d'emprunts de sociétés ou d'Etats*, *la création de billets au porteur* appelés *billets de banque*.

752. Les banquiers reçoivent en dépôt des sommes d'argent (n° 726), des métaux précieux, des valeurs de Bourse. Le dépôt des objets de ces deux dernières catégories est ordinairement un dépôt *régulier*, c'est-à-dire que les choses déposées elles-mêmes doivent être conservées et rendues ; le banquier dépositaire perçoit un droit de garde. Le dépôt d'espèces est un *dépôt irrégulier* ; le banquier doit restituer une somme égale à celle qu'il a reçue et non les pièces mêmes qui lui ont été remises. Selon les conventions, le déposant ne peut réclamer que le capital ou a droit à un intérêt. L'utilité des dépôts en banque a été expliquée plus haut (n° 726) à propos des *chèques*, qui servent

(1) Un semblable privilège est accordé pour l'Algérie et pour chaque colonie où il y a une Banque, à la Banque de l'Algérie et aux Banques coloniales.

surtout à retirer les sommes déposées chez les banquiers. Ceux-ci, comme il a été dit, ne conservent pas ordinairement dans leurs caisses les sommes déposées ; ils les emploient à faire des avances, à escompter des effets de commerce, etc. Les emplois de ces sommes déposées doivent, en général, consister dans des placements à court terme ; car il faut que les banquiers puissent toujours être à même de restituer les sommes déposées qui viendraient à leur être réclamées ; une grande prudence leur est donc nécessaire.

Des maisons de banque, spécialement les plus importantes, concèdent, moyennant une redevance, des coffres-forts ou des portions de coffres-forts à des personnes qui, en ayant la libre disposition, y placent tels titres d'actions, obligations, rentes sur l'Etat, tels objets précieux que bon leur semble, etc. Cette opération constitue un louage et non un dépôt. Le locataire de ces coffres ne reçoit pas de la maison de banque un récépissé constatant ces objets, comme, en cas de dépôt, le déposant obtient du dépositaire un récépissé des choses déposées. La maison de banque jouant le rôle de bailleur n'est pas un détenteur obligé de restituer ces titres et objets, comme l'est le dépositaire (1).

753. Aux dépôts en banque se rattachent nécessairement des comptes ouverts à chaque déposant, pour indiquer les sommes déposées et les sommes retirées. L'existence de ces comptes de dépôts ouverts à différentes personnes donne lieu à des *virements*. Un virement consiste à transférer, selon la volonté des déposants, le crédit d'un compte à un autre compte, de façon à ce qu'un déposant devienne créancier du banquier dépositaire à la place d'un autre déposant. Par exemple, si Paul a fait un dépôt dans une maison de banque et est débiteur de 10.000 francs envers Pierre, client du même banquier, Paul d'accord avec Pierre peut donner l'ordre à leur banquier commun de porter 10.000 francs au crédit de Pierre et de le débiter (lui Paul) de pareille somme. A l'aide des virements, on peut économiser des espèces métalliques et arriver au même résultat à cet égard que par l'emploi de chèques. Les comptes ouverts par la Banque de France aux principaux commerçants et les virements qu'ils permettent d'opérer expliquent en partie comment l'usage des chèques a été si long à se développer en France (nos 728 et 730).

(1) Aussi a t-il été décidé que les créanciers du locataire d'un coffre-fort ne peuvent former une saisie-arrêt sur les choses qui y sont placées : Trib. civ. Seine, 7 novembre 1900, D. 1901. 1. 441 ; *Pand. fr.*, 1903. 2. 60 ; Montpellier, 19 mars 1901, D. 1902. 2. 25 (Note de M. Jules Valery) ; *Pand. fr.*, 1904. 2. 337 (en note). V. Maurice Leven, *Les cases des coffres-forts devant la loi* (*Annales de Droit commercial*, 1903, p. 844 et suiv.) : Schutz, *La location des coffres-forts* (1903) ; Jules Valery, *Traité de la location des coffres-forts* (1905).

754. Les banquiers se chargent de recouvrer les effets de commerce que leur remettent leurs clients. Cela rend service à ceux-ci, quand ils n'ont pas le personnel nécessaire pour faire toucher leurs effets de commerce ou quand le paiement doit en être fait dans des localités éloignées. Les banquiers perçoivent un droit de commission variant avec le lieu où le paiement doit être opéré (1) ; ils sont les mandataires de leurs clients, qui se bornent à revêtir l'effet à recouvrer d'un endossement irrégulier ou à le remettre au banquier après y avoir mis un acquit.

755. Les banquiers ne se bornent pas à se charger du recouvrement des effets de commerce, ils en font aussi l'*escompte*. Escompter des effets de commerce, c'est s'en rendre cessionnaire avant l'échéance en en remettant le montant au cédant, sous la déduction d'une somme proportionnée au temps à courir jusqu'à l'échéance. On appelle *escompte*, soit cette déduction, soit l'opération entière (2). Ce n'est pas la seule déduction faite par les banquiers en cas d'escompte ; ils déduisent aussi, d'ordinaire, une certaine somme, soit pour droit de commission, soit pour le change, quand l'effet est payable dans un lieu autre que celui où il est escompté. Le client escompté peut, grâce à l'escompte, obtenir avant l'échéance les capitaux qui lui sont dus à terme et dont il a immédiatement besoin (n° 574). L'escompte fait courir un risque à l'escompteur, celui du non-paiement à l'échéance de l'effet escompté. Pour se garantir contre ce risque, le banquier prudent n'admet à l'escompte que des effets déjà revêtus de plusieurs signatures. A raison de l'obligation solidaire de garantie incombant à chaque endosseur, le paiement est d'autant plus assuré que les signataires sont plus nombreux. C'est ainsi que la Banque de France n'admet, en principe, à l'escompte que les effets revêtus de trois signatures au moins (n° 574 *in fine*). Aussi, quand des porteurs d'effets de commerce non revêtus de ce nombre de signatures veulent les faire escompter, ils s'adressent à des banquiers qui, à leur tour, les font escompter par la Banque de France.

C'est grâce à l'escompte que les banquiers peuvent parfois avoir en grand nombre des lettres de change tirées sur des pays étrangers et sont à même de les transmettre à des personnes en ayant besoin pour

(1) Dans les localités où il n'y a qu'un ou deux banquiers, le droit de commission exigé par eux est souvent assez élevé. C'est pour réduire, autant que possible, cette charge pesant sur le commerce, que le recouvrement des effets de commerce par l'Administration des postes a été admis (n° 608).

(2) Le mot *escompte* a encore d'autres sens. On entend parfois par là la réduction que le vendeur consent sur le prix à l'acheteur à crédit, quand celui-ci le paie avant le terme. On dit aussi qu'il y a *escompte* dans les marchés à terme portant sur des valeurs de bourse, lorsque l'acheteur use de la faculté qui lui appartient d'exiger la livraison avant le terme (n° 837).

payer des dettes dans ces pays. Ils jouent ainsi souvent le rôle d'intermédiaires entre ceux qui veulent céder des lettres de change et ceux qui veulent s'en rendre cessionnaires ; il a déjà été dit (n° 571) qu'ils font à cet égard des opérations que la loi (art. 76, C. com.) réserve aux agents de change et que ceux-ci leur abandonnent. Ce sont aussi les banquiers qui se livrent aux opérations constituant des *arbitrages de change* (n° 572).

756. Les banquiers sont mis à même de connaître le crédit que méritent les sociétés ou les États ; aussi leurs clients les chargent-ils souvent de vendre ou d'acheter des actions ou des obligations de sociétés, des titres d'États. Ils ne peuvent pas exécuter toujours eux-mêmes les ordres de vente ou d'achat qui leur sont donnés, il leur faut le plus souvent s'adresser à des agents de change, sous peine de commettre le délit d'immixtion dans les fonctions de ces officiers publics. V. article 76, C. com., et nos 814 et suiv.

757. Quand il s'agit des souscriptions d'actions des sociétés ou des emprunts faits par les États, les provinces, les départements, les villes, les banquiers jouent souvent un rôle important. Ils souscrivent une grande partie des actions ou d'un emprunt ; ils écoulent ensuite les titres, en les vendant en détail au public (1), et ils réalisent un bénéfice égal à la différence entre le taux de l'émission et le prix des ventes de titres opérées par eux. Souvent deux ou trois banquiers s'associent pour couvrir entièrement la souscription. Ces *syndicats* de banquiers ont sans doute le grand avantage de faciliter les souscriptions ; mais, en monopolisant entre les mains d'un petit nombre de banquiers des titres d'une certaine espèce, ces syndicats rendent les banquiers syndiqués maîtres du marché et entraînent une surélévation artificielle des cours.

Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où une maison de banque prête seulement ses bureaux et, par suite, donne l'appui de son nom pour l'émission de titres nouveaux. Dans ce dernier cas, le banquier n'est pas lui-même souscripteur et n'a pas, en conséquence, à revendre des titres qui lui ont appartenu ; il est simplement un intermédiaire rapprochant les souscripteurs de la société, de l'État, de la ville, etc..., qui a ouvert la souscription. Aussi, quand des versements sont demandés sur les titres non libérés, on ne saurait s'adresser au banquier, qui s'est borné à jouer ce dernier rôle.

(1) Selon les cas, les banquiers, pour revendre les titres, les offrent au public en masse comme s'il s'agissait de la souscription, ou les vendent à bureau ouvert à ceux qui se présentent sans avoir adressé au public d'offre générale.

758. En recevant des dépôts, les banquiers se procurent des capitaux, mais souvent ces capitaux sont peu importants et leur sont remis à des conditions onéreuses pour eux. Aussi ont-ils recours à un moyen de se procurer de l'argent plus commode et moins coûteux ; ils émettent des billets au porteur contenant promesse de payer une somme d'argent à vue et les remettent aux personnes dont ils escomptent les effets de commerce ou qui demandent des avances. Ces billets, connus sous le nom de *billets de banque* (*Banknoten*, *Banknotes*), circulent comme de l'argent monnayé, par cela même qu'ils sont convertibles en argent à tout instant ; cette circulation suppose naturellement une pleine confiance dans la solvabilité de la maison de banque qui a émis les billets.

Une longue expérience a démontré que, sauf dans des crises exceptionnelles, les porteurs de billets de banque n'en réclament pas tous en même temps le remboursement en argent. Aussi les banques qui émettent ces billets, peuvent-elles, sans inconvénient, le faire pour une somme dépassant leurs ressources disponibles (capitaux déposés, effets de commerce escomptés dont les échéances se produisent successivement, etc...). De cette façon, les maisons de banque qui émettent des billets peuvent employer une partie des capitaux déposés à des opérations utiles au commerce, et les services rendus par les banquiers aux commerçants se trouvent augmentés.

Du reste, en France comme dans la plupart des Etats, le droit d'émettre des billets de banque n'appartient pas à tous les banquiers, mais est réservé à un établissement privilégié, qui est chez nous la *Banque de France*. V. nos 766 et suiv.

759. Les opérations de banque sont trop variées pour que la même personne puisse se livrer à la fois à toutes ; le plus souvent les banquiers se spécialisent. On distingue parfois les *banques de commerce* et les *banques de spéculation* : les premières reçoivent des dépôts, font des prêts ou avances, escomptent les effets de commerce ; les secondes, qui forment ce qu'on appelle parfois la *haute banque*, émettent des emprunts pour le compte des États ou des sociétés, constituent des syndicats pour couvrir des émissions (n° 758). Il va de soi que cette distinction n'a pas un caractère absolu : de grandes sociétés de banque, appelées souvent *établissements de crédit* (n° 750), se livrent à la fois à toutes ces opérations.

Après ces généralités, il importe de parler spécialement de quelques-unes des opérations de banque et, à propos de l'émission des billets de banque, de donner des notions sommaires sur la Banque de France.

760. *Prêts, avances. Taux de l'intérêt.* — Les banquiers font à leurs clients des avances, qui sont des prêts à intérêt ordinaires. Quel taux d'intérêt peuvent-ils stipuler ? D'après la loi du 3 septembre 1807,

l'intérêt ne peut excéder 5 0/0 *en matière civile* et 6 0/0 *en matière de commerce*. La loi du 12 janvier 1886 (n° 18) a, tout en laissant subsister la limitation de l'intérêt à 5 0/0 en matière civile, proclamé le principe de la liberté de l'intérêt *en matière de commerce*. A quel *criterium* doit-on s'attacher pour déterminer si l'on est en matière civile ou en matière de commerce ? L'importance de la question a augmenté depuis la loi du 12 janvier 1886. Pourtant, ni cette loi ni la loi du 3 septembre 1807 ne contiennent de disposition sur ce point. On a même refusé d'insérer dans la loi nouvelle une définition ; il a été seulement entendu dans les Chambres qu'on se référait à la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, pour distinguer les matières commerciales des matières civiles au point de vue du maximum du taux de l'intérêt.

La Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel admettent qu'un prêt doit être considéré comme commercial quant au taux de l'intérêt, non seulement lorsqu'il est fait pour une opération commerciale, mais encore lorsque le prêteur est un commerçant et plus spécialement un banquier, l'emprunteur ne destinât-il pas les fonds prêtés à une opération de commerce. En faveur de cette jurisprudence, on allègue diverses raisons. D'abord, il est juste que l'intérêt puisse être plus élevé quand les fonds empruntés doivent être employés dans les opérations commerciales, car les risques sont plus grands pour le prêteur. Ce n'est pas tout : ces opérations étant plus lucratives que les opérations civiles, elles doivent permettre à l'emprunteur de payer un intérêt plus fort. Puis, il est naturel qu'il en soit de même lorsque le prêteur est un commerçant, quelle que soit la destination des sommes empruntées. En effet, l'intérêt est une compensation de la privation de jouissance de ces sommes ; cette privation est plus onéreuse pour un commerçant, par cela même qu'il tire ordinairement de son argent des profits plus grands qu'un non-commerçant. Cette jurisprudence est très critiquable, et l'on a soutenu, sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, que la destination des fonds prêtés est le *criterium* unique auquel on doit s'attacher, de telle sorte que le prêt fait, même par un banquier, pour des opérations civiles ne devrait pas être considéré comme un prêt fait en matière de commerce (1). Mais cette opinion paraît difficilement soutenable depuis la loi du 12 janvier 1886, par cela même que, dans les discussions de cette loi, il a été déclaré, à plusieurs reprises et de la façon la plus expresse, que l'on entendait se référer à la jurisprudence établie sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 pour le *cri-*

(1) Le gage consenti pour un pareil prêt ne serait certainement pas un gage commercial, art. 91, al. 1, C. com. V. n° 436.

terium servant à distinguer les matières commerciales des matières civiles (1).

La qualité de commerçant chez l'emprunteur ne saurait rendre par elle-même le prêt commercial, en ce sens qu'un prêt fait même à un commerçant pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille est un prêt civil dans lequel, par suite, l'intérêt ne peut dépasser 5 0/0. Seulement, en fait, le prêt fait à un commerçant est presque toujours commercial, par cela même que, le plus souvent, c'est pour les besoins de son commerce qu'il emprunte. Du reste, il y a évidemment lieu d'appliquer ici la présomption de l'article 638, 2e al., C. com. (n° 43), et de considérer, jusqu'à preuve du contraire, comme fait pour les besoins de son commerce et, par suite, comme prêt commercial, tout prêt fait à un commerçant.

761. Depuis longtemps des réclamations s'étaient élevées contre la restriction apportée par la loi de 1807 à la liberté du taux de l'intérêt; c'était en matière commerciale qu'elles étaient le plus vives. Les éléments du taux de l'intérêt (rareté ou abondance des capitaux, risques, etc.), puisés dans l'état général du marché ou dans la situation particulière des parties contractantes, sont essentiellement variables; un maximum légal semble donc contraire à la nature des choses. En fait, dans bien des cas, les banquiers prêtaient à un taux supérieur à 6 0/0, sans que l'on pût, au point de vue économique et moral, critiquer leur conduite; il restait à concilier cette conduite avec le texte de la loi. La jurisprudence, tenant compte des exigences du commerce, avait admis que les banquiers, rendant un service spécial à leurs clients en leur servant d'intermédiaires avec les capitalistes, pouvaient, pour ce service, exiger une rémunération appelée *droit de commission* et distincte de l'intérêt proprement dit. En droit, cette jurisprudence était peu justifiable; elle aboutissait, en réalité, à tolérer une perception usuraire, en présence d'un texte légal ne comportant aucune distinction; en fait, elle était dangereuse et arbitraire, car les tribunaux s'attribuaient le droit de décider, suivant les circonstances, si le droit de commission était ou non exagéré. Aucune question de ce genre ne saurait se présenter aujourd'hui : la loi du 12 janvier 1886 ayant admis la liberté de l'intérêt en matière commerciale, les banquiers peuvent percevoir pour les capitaux avancés par eux telles rémunérations que bon leur semble sous quelques noms que ce soit.

762. *De l'escompte. Nature de l'opération.* — L'une des opérations les plus fréquentes des banquiers est l'escompte. On entend par là, comme cela a été dit (n° 755), l'acte par lequel un banquier reçoit un

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 694.

effet de commerce non encore échu qui lui est endossé par le porteur et remet en retour à celui-ci le montant de cet effet sous certaines déductions. Ces déductions sont ordinairement au nombre de trois : 1° l'escompte proprement dit ; 2° un droit de commission ; 3° un droit de change, quand l'effet est payable dans un lieu autre que celui où il est escompté.

Il n'est pas douteux que, depuis la loi du 12 janvier 1886, l'escompte est fixé librement par les parties, que le droit de commission et le droit de change sont licites. Mais, quand le maximum du taux de l'intérêt conventionnel était fixé par la loi à 6 0/0 en matière de commerce, des difficultés graves s'élevaient sur la légalité de ces diverses déductions.

La légitimité de la déduction opérée à titre d'escompte ne pouvait pas être contestée en elle même : il est juste que l'escompteur reçoive une rémunération, alors qu'il se prive, jusqu'au jour de l'échéance, de la somme qu'il débourse par anticipation et qu'il court le risque de ne pas être remboursé. L'escompte ne devait-il pas être limité à 6 0/0 en vertu de la loi du 3 septembre 1807 ? La solution à donner à cette question dépendait de la nature qu'on reconnaît à l'opération : on a soutenu que l'escompte était la vente d'une créance non exigible (contre l'accepteur ou le souscripteur) (1) et que, par suite, le montant de la déduction à faire à titre d'escompte pouvait être fixé selon la volonté des parties, par cela même que, dans la vente, les parties peuvent déterminer librement le montant du prix. Cette doctrine n'est pas admissible ; il y a là un prêt et l'escompte déduit est un intérêt. L'escompteur avance une somme qui doit lui être remboursée à une époque ultérieure ; c'est là ce que fait le prêteur. Il est vrai que l'escompteur doit recevoir cette somme d'une personne autre que l'escompté qui joue le rôle d'emprunteur, à savoir du tiré ou du souscripteur ; mais cette circonstance est secondaire. Du reste, par cela même qu'il est garant du paiement comme tireur ou endosseur, celui qui a fait escompter l'effet est tenu au remboursement au moins à titre subsidiaire.

La loi du 12 janvier 1886, en admettant la liberté du taux de l'intérêt, a fait disparaître la question relative à la limitation du taux de l'escompte. Il est évident, même pour ceux qui voient avec nous dans

(1) Cpr. Cass., 29 octobre 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 195 ; D. 1895. 1. 25 ; *Pand.-fr.*, 1894. 6. 33. — Des arrêts voient dans l'escompte une opération d'un genre particulier. Avec cette solution, on admettait que la loi limitative du taux de l'intérêt ne s'appliquait pas à l'escompte, à moins qu'il ne fût reconnu que, sous le nom d'escompte, on avait caché un prêt usuraire : V. Cass., 16 août 1877 ; S. 1878. 1. 331 ; *J. Pal.*, 1878. 807. V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, nos 701 et 702.

l'escompte un prêt, qu'aucune limite n'est plus apportée au montant de la déduction faite à titre d'escompte.

Pour la facilité des calculs, en matière d'escompte, on est dans l'habitude de diviser l'année en 360 et non en 365 jours. Ainsi, l'escompte d'un trimestre se déduit sur un effet payable dans 90 jours, quoique ce nombre de jours ne forme pas exactement le quart d'une année. Cette pratique est assurément licite : on pouvait la considérer comme illégale sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 ; elle conduisait à une stipulation usuraire, quand l'escompte atteignait 6 0/0 pour 360 jours.

Ordinairement aussi l'escompte se calcule sur le montant de l'effet et non sur la somme réellement déboursée par l'escompteur. Ainsi, un banquier remet 94 fr. seulement pour un effet de 100 fr. remis à l'escompté et l'intérêt est donc de 6 fr. pour une somme de 94 fr. déboursée (1). Cette pratique, commode pour les calculs, pouvait être considérée comme usuraire avant la loi du 12 janvier 1886 ; depuis la loi du 12 janvier 1886, elle est licite.

De même, le droit de commission retenu par l'escompteur pouvait être considéré comme usuraire dès que l'escompte atteignait 6 0/0. Depuis la loi du 12 janvier 1886, cette perception est parfaitement licite ; il n'y a plus d'usure en matière commerciale.

763. *Droit de change. Effets bancables et effets déplacés.* — L'argent n'ayant pas la même valeur sur toutes les places et le recouvrement d'une somme payable dans un lieu éloigné occasionnant des dépenses spéciales, il est légitime que l'escompteur déduise, pour droit de change, une certaine somme, quand l'effet escompté est payable dans un lieu autre que celui où l'escompte se fait. Pour les effets payables à l'étranger, le montant de ce droit varie avec le cours du change (n° 572) ; pour les effets payables en France, il est fixé par le tarif de chaque maison de banque. Le droit de change est moins élevé sur les effets payables dans les villes où la Banque de France a un établissement que sur les effets payables dans les autres villes. La raison en est que les banquiers escompteurs peuvent plus facilement encaisser le montant des premiers effets en recourant à la Banque de France. On appelle dans l'usage ces effets *effets bancables*, tandis qu'on qualifie les autres d'*effets déplacés*

764. *Ouverture de crédit* (2). — Afin d'être assurés d'avoir à leur disposition les sommes qui pourront leur être nécessaires, les clients d'un banquier se font souvent faire par lui une *ouverture de crédit*. On entend par là une promesse de prêt, par laquelle une personne (*le*

(1) C'est ce qu'on appelle *l'escompte en dehors*.
(2) V. Maurice Falloise, *Traité des ouvertures de crédit* (Liège, 1891).

créditeur) s'oblige à tenir certaines sommes à la disposition d'une autre (*le crédité*). En général, le maximum de ces sommes et le délai dans lequel elles pourront être demandées au créditeur sont fixés. Quand la réalisation de l'ouverture du crédit a lieu au profit du crédité, il devient emprunteur du créditeur.

Selon les conventions des parties, le crédité peut réclamer des avances en espèces au créditeur, peut tirer sur celui-ci soit des lettres de change qu'il accepte, soit des chèques ou lui faire escompter des effets de commerce. Souvent l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant. V., pour l'utilité de la combinaison de ces deux contrats très fréquente dans la pratique, n° 777.

Le crédité doit rembourser au créditeur les sommes avancées directement ou indirectement par celui-ci et en payer l'intérêt au taux convenu. Il paie d'ordinaire un premier droit de commission proportionnel aux sommes réellement avancées et un second droit de commission sur l'ouverture de crédit, que le crédit se réalise ou non, à raison du service que le créditeur rend au crédité en tenant des fonds à la disposition de celui-ci.

Le plus souvent le créditeur exige du crédité des garanties pour assurer le remboursement, un cautionnement, un gage, une hypothèque. La légalité de ces garanties est certaine, quoiqu'elles précèdent la naissance de la dette du crédité ; car toutes peuvent être données pour des dettes futures.

Quand une hypothèque est constituée par le crédité, l'inscription est d'ordinaire prise immédiatement, c'est-à-dire avant même que l'ouverture du crédit soit réalisée. Il faut alors déterminer si l'hypothèque est opposable aux tiers du jour de son inscription ou seulement à compter de la date où le crédit est réalisé. La question présente un grand intérêt pratique dans le cas où le crédité a constitué sur l'immeuble hypothéqué au créditeur des hypothèques que des tiers ont inscrites depuis l'inscription prise en vertu de l'ouverture de crédit, mais avant sa réalisation. On a soutenu anciennement que l'hypothèque ne peut prendre rang qu'à partir de la date des avances faites au crédité ; on disait que l'hypothèque, droit accessoire, ne peut préexister à la dette qu'elle doit garantir et qu'il n'y a dette du crédité envers le créditeur que du jour où des avances ont été faites. Cette opinion est aujourd'hui condamnée avec raison par la jurisprudence, qui reconnaît que l'hypothèque prend rang du jour de son inscription. Il est vrai qu'alors, elle préexiste à la dette garantie par elle ; mais on ne saurait citer de disposition légale ou de principe empêchant la constitution d'une hypothèque destinée à garantir une dette future et prenant rang avant la naissance de celle-ci. L'article 2135-1°, C. civ., implique, au

contraire, qu'une hypothèque peut prendre rang à une date antérieure à la dette garantie, en décidant que l'hypothèque légale du mineur prend rang à la date du commencement de la tutelle pour toutes les dettes du tuteur envers son pupille, par conséquent, pour des dettes à naître postérieurement. Cette solution n'a aucun inconvénient et présente de grands avantages : d'abord, les tiers, prévenus par l'inscription de l'existence de l'hypothèque, ne sont pas victimes d'une surprise ; puis, le banquier créditeur a une sûreté sérieuse, grâce à laquelle il n'a pas à redouter que le crédité constitue des hypothèques à des tiers qui prendraient inscription avant la réalisation de l'ouverture de crédit. V. n° 765.

765. La loi du 23 août 1871 a soumis à des règles spéciales, au point de vue des droits d'enregistrement, les ouvertures de crédit et les inscriptions d'hypothèques prises à leur occasion. D'après les principes généraux des lois fiscales, un droit proportionnel ne peut pas être perçu sur une obligation, tant qu'elle n'est pas encore née. Aussi, avant la loi du 23 août 1871, aucun droit proportionnel n'était-il perçu sur l'ouverture de crédit ; elle ne donnait lieu qu'à un droit fixe. Le droit proportionnel de 1 0/0 était dû seulement sur les sommes effectivement avancées par le créditeur. Le plus souvent les parties ne faisaient pas connaître que l'ouverture du crédit était réalisée et, par suite, le droit proportionnel était rarement perçu. La loi du 23 août 1871 (art. 5) a cherché à diminuer le préjudice ainsi causé au Trésor public, en soumettant l'ouverture de crédit à un droit proportionnel avant toute réalisation : l'acte d'ouverture de crédit est immédiatement passible d'un droit de 50 centimes par 100 francs, et la réalisation ultérieure du crédit est soumise à un droit proportionnel de 1 0/0 dont on déduit les 50 centimes par 100 francs, déjà payés. — Une innovation analogue a été admise en ce qui concerne le droit à percevoir sur l'inscription d'hypothèque prise à l'occasion d'une ouverture de crédit. Précédemment, le droit d'inscription (de 1 franc pour 1.000 francs) n'était pas dû, parce qu'il s'agissait d'une hypothèque garantissant une dette future ; la loi du 23 août 1871 (art. 5) admet la perception immédiate du droit d'inscription. Pour justifier cette disposition, il a été dit, à plusieurs reprises, dans les travaux préparatoires de la loi de 1871, que l'inscription produit des effets immédiats, avant toute réalisation de l'ouverture de crédit ; il y a là une sorte de confirmation de la jurisprudence selon laquelle l'hypothèque prend rang à l'égard des tiers à la date de l'inscription (n° 764).

766. *Emission de billets de banque. Banque de France.* — En France, le droit d'émettre des billets de banque, c'est-à-dire des billets payables au porteur et à vue, est réservé à la Banque de France

(n° 758), société anonyme qui jouit à cet égard d'un monopole. Cet établissement de crédit fait, du reste, un grand nombre d'opérations pour lesquelles il est soumis à la concurrence des banques privées. Il y a lieu de traiter ici de la Banque de France, de ses opérations, des caractères des billets qu'elle seule peut émettre et des conditions de leur émission.

767. *Création de la Banque de France. Origine et durée de son privilège.* — La Banque de France a été créée sous le Consulat, en 1800 ; mais, jusqu'en l'an IX (1803), elle ne jouit d'aucun monopole. C'est la loi du 24 germinal an IX (14 avril 1803) qui lui conféra le droit exclusif d'émettre des billets de banque. Ce privilège a été, en vertu de lois successives dont la dernière est du 17 novembre 1897, prorogé jusqu'au 31 décembre 1920 (1). Il n'existe, en principe, qu'à Paris et dans les villes dans lesquelles la Banque de France a des succursales ; mais il n'y a actuellement, sur le territoire continental de la France, aucune banque autorisée à émettre des billets dans d'autres lieux, de telle sorte qu'en fait, la Banque de France exerce son privilège dans toute l'étendue de la France continentale. La *Banque de l'Algérie* et diverses *banques coloniales* jouissent aussi du privilège d'émettre des billets de banque dans les pays où elles fonctionnent.

768. *Opérations diverses de la Banque de France.* — Elle fait, en général, toutes les opérations dont se chargent les banques de commerce.

Elle reçoit des dépôts d'argent. Ces dépôts ne sont pas productifs d'intérêts ; s'ils en produisaient, on pourrait craindre qu'à raison du grand crédit dont jouit la Banque de France, les sommes déposées n'atteignissent un chiffre très élevé, ce qui donnerait une trop grande importance aux dettes à vue de cet établissement. Du reste, l'émission des billets de banque permet à la Banque de France de se procurer les ressources que ne lui donnent pas les dépôts.

Les dépôts sont, en principe, faits par des personnes ayant des comptes ouverts à la Banque de France. Celles-ci peuvent faire des *virements* entre elles (2) (n° 753), prendre domicile à la Banque de France pour le paiement de leurs effets, remettre à l'encaissement des

(1) Une loi votée par les deux Chambres dans le cours de l'année 1911 pourra faire cesser le privilège à la date du 31 décembre 1912 (L. 17 novembre 1897, art. 1, al. 2).

(2) Ces virements se font en vertu d'un ordre donné par celui qui autorise à porter une somme au débit de son compte et au crédit du compte d'une autre personne. A raison de la couleur du titre par lequel cet ordre est donné, on l'appelle *mandat rouge*. En 1908, les virements faits à la Banque de France ont représenté une somme de 170.261.315.000 francs.

effets n'ayant pas moins de cinq jours à courir. Enfin, elles peuvent présenter à l'escompte des lettres de change, des billets à ordre, des warrants sur Paris, sur les villes où la Banque de France à des succursales, sur les villes rattachées aux succursales (1) ou sur les villes ayant des bureaux auxiliaires (2). Les effets présentés à l'escompte ne doivent pas être à plus de 90 jours d'échéance, ils doivent être revêtus de trois signatures, mais pour les warrants deux suffisent (n° 473). La troisième signature peut aussi être remplacée par le transfert ou le dépôt en garantie, soit d'actions de la Banque de France, soit de valeurs sur lesquelles elle fait des avances (n° 446). Le taux de l'escompte est fixé par le Conseil général de la Banque de France. Même avant la loi du 12 janvier 1886, qui a admis la liberté de l'intérêt conventionnel en matière de commerce, la Banque de France était autorisée par la loi à élever l'escompte au-dessus de 6 p. 100 (L. 9 juin 1857, art. 8).

La Banque de France fait aussi des avances sur titres (n° 446), reçoit des dépôts de titres et de métaux précieux, délivre des billets à ordre sur ses comptoirs.

769. La Banque de France est tenue d'obligations multiples ; elle doit principalement rembourser les sommes qui lui sont déposées, payer le montant des billets de banque qui lui sont présentés, acquitter le solde des comptes-courants. Pour satisfaire à ces obligations, elle a des ressources diverses. Ce sont : *a*. Les sommes provenant de la libération de ses actionnaires qui forment le capital de la Banque (182.500.000 fr.). Ce capital est placé en rentes sur l'État, c'est un capital de garantie que la Banque ne doit pas employer dans ses opérations. *b*. Les réserves provenant de prélèvements annuels faits sur les bénéfices. *c*. Les créances contre les personnes auxquelles des avances ont été faites. *d*. Les bénéfices résultant des opérations. — On appelle *portefeuille* de la Banque de France les effets escomptés et dont l'échéance n'est pas arrivée, et *encaisse métallique* les espèces se trouvant en caisse. Cette encaisse est la seule ressource disponible de la Banque de France.

770. *Limite de l'émission des billets de banque. Mécanisme de l'escompte*. — Il importe, sans aucun doute, pour la garantie du rem-

(1-2) Les *villes rattachées* sont des villes dépourvues de succursales, mais qu'on rattache à une succursale voisine seulement pour y faire l'escompte et l'encaissement des effets de commerce. Les *bureaux auxiliaires* sont des bureaux se trouvant dans des villes commerçantes qui dépendent chacune d'une succursale plus ou moins éloignée et où le public est admis à faire les mêmes opérations que dans une succursale.

Il y avait au mois de janvier 1909, 479 places bancables, savoir : Paris, (*Banque centrale*), 127 succursales, 61 bureaux auxiliaires, 290 villes rattachées.

boursement des billets de banque, que leur montant ne dépasse pas notablement celui de l'encaisse. Nos lois n'établissent pas de proportion entre l'encaisse et la quantité des billets dont l'émission est possible ; seulement, depuis 1870, le maximum des billets que la Banque de France peut émettre est fixé par la loi, il est actuellement de 5 milliards 800 millions (L. 9 février 1906) (1).

Pour maintenir une proportion raisonnable entre la quantité des billets émis et l'encaisse, la Banque de France peut faire varier le taux de l'escompte.

L'abaissement du taux de l'escompte a pour effet naturel d'augmenter le nombre des effets présentés pour être escomptés. La Banque abaisse le taux de l'escompte, quand son encaisse métallique est très forte, que son portefeuille est faible et que, par suite, elle réalise peu de bénéfices ; cette situation se produit en cas de stagnation des affaires. Au contraire, l'élévation du taux de l'escompte a pour effet, en diminuant le nombre des effets présentés à l'escompte, de restreindre l'émission des billets de banque et de défendre l'encaisse métallique. Cela se produit notamment quand les changes sur les principales villes de l'étranger sont contraires à la place de Paris. Les débiteurs parisiens, ayant intérêt à envoyer du numéraire à l'étranger, au lieu d'acheter des lettres de change, retirent le solde de leurs comptes courants, présentent des billets à l'escompte à la Banque et réclament le remboursement immédiat en espèces des billets de banque. Sans l'élévation du taux de l'escompte, l'encaisse pourrait être réduite à rien et le portefeuille démesurément grossi.

771. *Nature du billet de banque. Cours légal. Cours forcé.* — Le billet de banque est une promesse écrite de payer une somme d'argent au porteur et à vue (2) ; il est essentiellement convertible en argent, c'est-à-dire que la Banque de France doit remettre les espèces à toute personne qui présente ses billets : il y a, pour les particuliers, obligation légale de les recevoir aussi bien que des pièces de monnaie ayant cours. A ces deux points de vue, les règles applicables aux billets de banque n'ont pas été toujours les mêmes. Avant la Révolution de 1848, les billets de banque étaient essentiellement convertibles en argent et

(1) Le montant des billets de banque en circulation varie sans cesse dans les limites du maximum légal. Le 28 janvier 1909, la circulation des billets atteignait 4.993.975.555 francs.

(2) Le billet de banque est considéré comme imprescriptible. C'est là un caractère qui ne pourrait appartenir à un billet au porteur et à vue non créé par la Banque de France. Car on ne peut renoncer par avance à la prescription (art. 2220, C. civ.), ce qui implique qu'on ne peut créer un billet qui y échappe.

n'avaient pas cours obligatoire (*cours légal*). A la suite de la Révolution de 1848, la Banque de France a été dispensée provisoirement de rembourser ses billets, c'est là ce qui constitue le *cours forcé*; en même temps il a été décidé qu'ils auraient *cours légal*. Le but de ces mesures était d'empêcher que le public, effrayé par les événements, ne réclamât en masse le remboursement des billets et que ceux-ci cessassent d'être admis dans les payements entre particuliers comme du numéraire. Mais la loi du 6 août 1853 mit fin à ce régime et, jusqu'en 1870, les billets de banque n'eurent plus, comme avant 1848, ni *cours légal*, ni *cours forcé*. Les désastres de 1870 obligèrent à établir, comme en 1848, le *cours légal* et le *cours forcé*. Le *cours forcé* a cessé à partir du 2 janvier 1878, c'est-à-dire qu'à compter de cette date, la Banque de France a cessé d'être dispensée de rembourser ses billets en espèces; mais les billets de banque ont conservé le *cours légal* et, par suite, ne peuvent pas être refusés dans les paiements (1).

772. Des billets de banque peuvent être perdus ou volés. Alors se présentent deux questions : 1° le porteur dépouillé peut-il revendiquer les billets contre les tiers possesseurs ? 2° a-t-il quelque droit à l'encontre de la Banque de France ?

1° Le billet de banque se transmet, comme titre au porteur, par la simple tradition. Il est, dans l'usage, assimilé à du numéraire ; aussi la remise qui en est faite par un débiteur à son créancier, éteint-elle la dette avec tous ses accessoires, à la différence de la remise d'un effet de commerce (V. n° 587, note 1 de la page 446). En vertu de cette même idée, la revendication d'un billet de banque contre un tiers possesseur de bonne foi n'est pas plus possible en vertu de l'article 2280, C. civ., que celle d'espèces monnayées. La loi du 15 juin 1872 (art. 16) sur les titres au porteur n'étant pas applicable aux billets de banque (n° 218), celui qui a été dépossédé d'un billet de banque ne peut recourir aux dispositions de cette loi, pour se mettre à l'abri de tout préjudice.

2° Le porteur dépossédé ne peut pas non plus réclamer à la Banque de France le paiement du billet ; car le billet dont il s'agit peut être passé entre les mains d'un tiers porteur, et la Banque est tenu de payer les billets à présentation, sans pouvoir exiger aucune justification. Le porteur dépossédé ne pourrait pas former opposition au remboursement du billet perdu ou volé ; autrement, la circulation des billets de banque serait entravée.

(1) D'après l'article 14 de la loi du 17 novembre 1897, le cours légal d'un type déterminé de billets pourra, sur la demande de la Banque, être supprimé par décret. En dehors de cela, le cours légal des billets ne peut être supprimé que par une loi.

Il ne faut pas confondre avec le cas de perte ou de vol celui où un billet a été détruit, a péri, par exemple, dans un incendie ou dans un naufrage. Si cet événement était prouvé, la Banque pourrait-elle être tenue de payer le montant du billet détruit ? La Cour de cassation a admis la négative(1), en se fondant sur ce que, le billet de banque équivalant à du numéraire, celui qui prouve la destruction d'un billet ne doit pas conserver plus de droit que la personne dont le numéraire a été détruit. On peut trouver qu'il y a là une exagération de l'idée de l'assimilation du billet de banque au numéraire. Le numéraire a toute sa valeur en lui-même ; la valeur des billets de banque vient de ce qu'ils constatent l'existence d'une créance contre l établissement qui les a émis ? La destruction du titre ne doit-elle pas laisser la créance intacte ?

773. DES BILLETS AU PORTEUR. — Les billets de banque ne peuvent, pour la France continentale, être émis que par la Banque de France, et il a été dit que ces billets ont pour caractères distinctifs d'avoir pour objet une somme d'argent payable au porteur et à vue. Mais la faculté d'émettre des billets au porteur, pourvu qu'ils ne soient pas à vue, existe au profit de toute personne. Rien n'empêche non plus de souscrire des billets en blanc, c'est-à-dire des billets contenant un blanc au lieu du nom d'un bénéficiaire, blanc destiné à être rempli par le nom d'une personne.

Nos lois ne se sont pas occupées des billets au porteur, qui sont, du reste, rares. Il y a lieu de leur appliquer les règles du droit commun. Il n'est pas nécessaire qu'ils mentionnent la date, qui, d'ordinaire, n'est pas exigée dans les actes sous seings privés, ni la cause de leur création (art. 1132, C. civ.) (2). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* de l'article 1326, C. civ., quand ils sont signés par un commerçant, ou, selon notre doctrine, quand ils ont une cause commerciale, fussent-ils souscrits par un non-commerçant (n° 388). Ils ne sont des actes de commerce qu'autant qu'ils sont souscrits à l'occasion d'une opération commerciale ; mais en vertu de l'article 638, 2e al., C. com., leur commercialité se présume, s'ils sont signés par un commerçant. A raison de sa forme, le billet au porteur se transmet par la simple tradition et l'obligation de garantie du paiement n'existe pas pour le cédant ; aussi le défaut de paiement n'a-t-il pas besoin d'être constaté par un protêt. Le souscripteur est obligé directement envers celui qui sera porteur lors de l'échéance et

(1) Cass., 8 juillet 1867, S. 1867. 1. 290 ; *J. Pal.*, 1867. 856 ; D. 1867. 1. 289 ; *Pand. fr. chr.*

(2) A ces points de vue, le billet au porteur diffère du billet à ordre. V. n° 710.

par suite, ne peut lui opposer les exceptions opposables à un des porteurs précédents, à moins qu'elles ne résultent des mentions contenues dans le titre (cause illicite, par exemple). Cpr. nos 601 et 602. Les droits du porteur contre le souscripteur se prescrivent seulement par 30 ans ou par un délai qui varie avec la cause de la dette constatée par le billet. — Les billets au porteur sont soumis aux articles 2279 et 2280, C. civ., en cas de dépossession ; la loi du 15 juin 1872 suppose des titres négociables en Bourse et est, par suite, inapplicable à ces billets.

B. — Du compte-courant (1).

774. *Généralités.* — Un compte-courant suppose des opérations nombreuses et ordinairement très variées entre les parties ; mais une succession d'opérations entre deux personnes n'implique pas forcément l'existence d'un compte-courant. Ainsi, Pierre vend des marchandises à Paul, qui paie immédiatement le prix à Pierre ou endosse à son profit un effet de commerce ; puis, Paul reçoit de Pierre, en qualité de commissionnaire, des marchandises à vendre, il les vend et en remet le prix à son commettant ; plus tard, Paul remet à Pierre des effets de commerce que celui-ci escompte, etc... Il n'y a pas entre ces deux personnes un compte-courant ; chaque opération est indépendante et est réglée séparément. Mais parfois, les opérations ne restent pas sans lien entre elles et ne sont pas chacune l'objet d'un règlement distinct ; la partie qui remet à l'autre une valeur (effet de commerce, marchandises ou espèces), se borne à *débiter* celle-ci du montant de cette valeur, tandis que la partie qui reçoit la valeur *crédite* celle qui la lui remet. Aucune des deux parties ne peut réclamer à l'autre un paiement en se disant sa créancière ; provisoirement, au moins, les créances et les dettes des parties sont remplacées par des articles de crédit et de débit portés sur les livres des parties. C'est seulement à une époque ultérieure qu'en comparant le total des articles de débit et de crédit, on trouve un *solde*, qui représente ce que l'une des parties doit à l'autre ; ce *solde* seul et non le montant de chaque opération est exigible.

On dit parfois des personnes qui procèdent de cette manière qu'elles *travaillent en compte-courant*. L'expression de *compte-courant* paraît

(1) Les principaux ouvrages sur le compte courant sont : Helbronner, *Du compte courant* (thèse de doctorat, 1867) ; Jules Dielz, *Des comptes-courants* (thèse de doctorat, 1869) : Feitu, *Traité du compte-courant* (1873) ; Henri Da, *Du contrat de compte-courant* (1877) ; Paul Clément, *Etude sur le compte-courant* (1889).

comprendre deux termes contradictoires : le mot *compte* faisant allusion à une situation fixe et réglée ; le mot *courant* indiquant, au contraire, une situation mobile. Cependant, le rapprochement de ces deux mots s'explique : le mot *compte* indique que, grâce à la constatation des opérations intervenues entre elles, on a les éléments nécessaires pour déterminer l'état des relations des parties, et le mot *courant* vise la mobilité de cette situation, qui est incessamment modifiée par des opérations nouvelles intervenues entre les parties.

On qualifie de *remises* les opérations qui doivent figurer dans le compte, parce que chacune de ces opérations implique la remise d'une valeur par l'une des parties à l'autre. Le *remettant* ou *envoyeur* est celui qui fournit la valeur et qui doit, par suite, en être crédité par l'autre partie ; le *récepteur* est celui à qui la remise est faite et qui doit en être débité. Les deux parties travaillant en compte-courant sont parfois appelées *correspondants*, à raison de la continuité des relations qui les unissent.

En l'absence de compte-courant, une remise constituerait un prêt de la part du correspondant qui n'est pas débiteur de l'autre, un paiement ou une dation en paiement de la part de celui qui est déjà débiteur. L'existence d'un compte-courant entre les parties fait perdre aux remises tout caractère spécial : chaque remise est considérée pour celui qui la reçoit comme une sorte d'avance productive d'intérêts au profit du remettant dès le jour qu'elle est opérée. Aussi emploie-t-on souvent dans l'usage la dénomination de *compte-courant et d'intérêts*.

775. *Compte-courant simple ou réciproque.* — Le compte-courant est *réciproque*, quand, selon le hasard des opérations, l'une ou l'autre des parties indifféremment peut être en avance à l'égard de l'autre : il a généralement ce caractère quand il existe entre deux banquiers. Au contraire, le compte-courant est *simple*, quand une seule des parties peut être en avance sur l'autre. Le compte-courant a souvent ce dernier caractère, quand il existe entre un banquier et un particulier : c'est ce qui a lieu, lorsque le banquier consent à recevoir des effets de commerce de son client et à le débiter des sommes encaissées pour son compte, mais sans jamais lui remettre de sommes à découvert.

776. *Avantages du compte courant* — Le compte-courant présente, pour les correspondants, des avantages multiples. Il restreint la quantité d'espèces métalliques nécessaire au règlement des opérations, évite les transports de numéraire, donne satisfaction au besoin de crédit qui est l'un des principaux besoins du commerce et simplifie les relations des parties. En effet, il n'est pas nécessaire qu'un correspondant remette à l'autre ce qu'il lui doit après chaque opération ; le solde cons-

taté après la clôture du compte est seul payé effectivement ; quand les parties habitent des localités différentes, les transports de numéraire sont donc évités avec les frais et les risques qu'ils entraînent L'économie de numéraire résulte aussi de ce que deux personnes, qui ont chacune un compte-courant ouvert chez une troisième, peuvent recourir à des virements, en faisant transporter des sommes du crédit de l'une au crédit de l'autre (n° 753). Enfin, grâce au compte-courant, chaque correspondant peut employer les sommes ou les valeurs qui lui sont remises par l'autre, pourvu qu'il conserve de quoi payer le solde éventuel pouvant exister à sa charge lors de la clôture du compte ; la quantité des valeurs improductives est ainsi diminuée.

777. *Compte-courant joint à une ouverture de crédit.* — Le compte-courant accompagne très souvent une ouverture de crédit ; c'est une combinaison fort avantageuse pour le crédité. Quand il y a ouverture de crédit sans compte-courant, le crédité, qui a obtenu le maximum de la somme pour laquelle le crédit a été ouvert, ne peut pas faire au créditeur, à moins que celui-ci n'y consente, des remboursements partiels (art. 1220, al. 1er et art. 1244, al. 1er, C. civ.) et, une fois le remboursement total opéré, il ne peut réclamer des avances nouvelles. Au contraire, quand il y a compte-courant, le crédité peut faire des remboursements partiels au moyen de remises, soit d'espèces, soit d'effets de commerce endossés au créditeur, et réclamer ensuite, tant que la durée assignée à l'ouverture de crédit n'est pas écoulée, de nouvelles avances, pourvu que le maximum convenu ne soit jamais dépassé.

778. *Nécessité d'une comptabilité spéciale.* — Une comptabilité spéciale est nécessaire pour suivre et constater les fluctuations incessantes des relations des correspondants ; grâce à elle, on peut déterminer à chaque moment les résultats des opérations et introduire commodément dans le compte les intérêts et les divers frais accessoires.

779. Malgré la fréquence et l'utilité du compte-courant, nos lois n'ont pas réglementé cette matière dans son ensemble ; quelques rares dispositions y font seulement allusion (1). Aussi, bien des questions sont-elles indécises et l'on doit recourir aux principes généraux du Code civil et aux usages qui y dérogent sur un grand nombre de points. La jurisprudence, à défaut de loi spéciale, a ici une importance considérable.

780. *Définition et nature du compte-courant.* — La nature du compte-courant a elle-même été l'objet de discussions. Deux questions se posent à cet égard : 1° *Le compte-courant est-il un contrat ?* 2° *En*

(1) C. com., art. 575, al. 2 ; Loi du 24 germinal an XI, *sur la Banque de France*, art. 33.

admettant que ce soit un contrat, est-ce un des contrats prévus par le Code civil ou un contrat ayant sa nature propre ?

Sur la première de ces questions, il a été soutenu anciennement que le compte-courant est seulement un tableau, présentant par *doit* et *avoir* les opérations faites par deux personnes l'une avec l'autre. Cette doctrine repose sur une confusion. Il est vrai que, quand deux personnes sont en compte-courant, une comptabilité spéciale est indispensable (n° 778), et souvent, cette comptabilité même est appelée compte-courant ; mais elle n'est que la révélation extérieure d'un contrat intervenu précédemment entre les parties, le mode de constatation d'opérations se rattachant à ce contrat. On n'aurait pas à s'occuper du compte-courant au point de vue du droit, s'il n'y avait là qu'un cadre de comptabilité.

On a fini par reconnaître, en général, que le compte-courant est un contrat, et c'est à ce titre que beaucoup de Codes étrangers récents s'en occupent. Il reste à déterminer quelle est, dans notre législation, la nature de ce contrat. Sur ce point encore règne un grand désaccord : les uns y voient un contrat de prêt réciproque, les autres un prêt et un mandat réciproques, d'autres un composé des contrats de prêt, de mandat, de dépôt et de vente. Il nous semble préférable de voir dans le compte-courant un contrat *sui generis* pouvant avoir de l'analogie avec d'autres contrats, mais se distinguant, en réalité, de tous. En s'attachant aux effets essentiels de ce contrat, on peut en donner la définition suivante : *le compte-courant est un contrat par lequel deux personnes, en prévision des opérations qu'elles feront ensemble et qui les amèneront à se remettre des valeurs, s'engagent réciproquement à laisser perdre aux créances qui en résulteront leur individualité en les transformant en articles de crédit et de débit, de façon à ce que le solde résultant de la compensation finale de ces articles soit seul exigible.* Ainsi, le contrat de compte-courant modifie par avance les effets des contrats ou des autres opérations qui interviendront par la suite entre les correspondants.

781. — Le contrat de compte-courant peut résulter d'une convention expresse ou tacite : ainsi, l'on peut l'induire de ce que deux correspondants se sont fait de nombreuses remises, à l'occasion desquelles le remettant s'est borné à débiter le récepteur et le récepteur à créditer le remettant.

La convention des parties fixe le nombre et la nature des opérations devant entrer dans le compte-courant ; elles peuvent à leur gré y faire entrer toutes leurs opérations ou seulement certaines d'entre elles. Parfois, deux personnes ont entre elles plusieurs comptes-courants, chacun comprenant des opérations d'un certain genre.

782. Le compte-courant existe surtout entre des commerçants et, comme il se rattache à l'exercice de leur commerce, il constitue certainement un contrat commercial, en vertu de la théorie de l'accessoire (Cf. n° 38). Il faudrait reconnaître le même caractère au compte-courant entre non-commerçants, s'il devait s'appliquer à des opérations commerciales ; au contraire, le traiter comme un acte civil, s'il ne s'appliquait qu'à des opérations civiles. Il est naturel de faire dépendre le caractère civil ou commercial du compte-courant de celui des opérations auxquelles il se rattache.

Au surplus, quel que soit à cet égard le caractère civil ou commercial d'un compte-courant, il produit toujours les mêmes effets ; c'est seulement au point de vue du taux de l'intérêt et du tribunal compétent pour connaître des procès relatifs au solde du compte, qu'il y a lieu de distinguer suivant que le compte est civil ou commercial.

783. *Effets du compte-courant.* — Le compte-courant est un contrat successif. Les correspondants passent nécessairement par deux phases : dans la première, le compte-courant est en activité, le contrat successif dure ; dans la seconde, le compte-courant a pris fin, les opérations que peuvent encore faire les parties ensemble n'y sont pas comprises et ne viennent pas le modifier. Il faut, par suite, examiner les effets du compte-courant pendant sa durée, puis traiter de la clôture de ce compte et des effets qui s'y rattachent.

784. *Effets du compte-courant pendant sa durée.* — Les effets multiples du compte-courant peuvent se résumer en quelques mots. Toutes les fois qu'une remise est faite, la propriété en est transmise au récepteur qui a, en conséquence, le droit de disposer librement de la valeur. En échange de toute remise, le récepteur doit en porter le montant au crédit du remettant ; ce crédit, en se substituant à la créance que le remettant devrait avoir contre le récepteur, produit une sorte de novation. Toutes les créances et les dettes, remplacées par des articles de crédit et de débit, perdent leur individualité propre, pour produire, lors de la clôture du compte, au moyen d'une compensation unique opérée entre elles, un solde qui doit seul être exigible : c'est là ce qu'on appelle l'*indivisibilité* du compte-courant. Enfin, d'ordinaire, toute remise produit de plein droit des intérêts ; et, à cet égard, des dérogations notables sont apportées à plusieurs règles du droit civil.

Il résulte de là qu'on peut ramener à quatre les effets du compte-courant : 1° transmission de propriété de l'envoyeur au récepteur ; 2° novation des créances entrant dans le compte ; 3° indivisibilité des opérations ; 4° intérêts courant de plein droit au profit du remettant. — Chacun de ces effets exige quelques explications.

785. *Transmission de propriété.* — Chaque opération contient une

remise, c'est-à-dire qu'elle est accompagnée de la transmission d'espèces, de marchandises, d'effets de commerce, faite par un des correspondants à l'autre ; le récepteur doit avoir la libre disposition de ces choses ou de la somme qui en représente la valeur. Ce droit de libre disposition jusqu'à la clôture du compte est même l'un des principaux avantages que présente le compte-courant (n° 776). Il suppose naturellement que le récepteur est devenu propriétaire ; l'intention d'opérer ainsi des transmissions de propriété résulte du but des parties.

La transmission de propriété des remises a des conséquences nombreuses, dont les principales sont les suivantes :

a) Le récepteur a, comme il a été dit, le droit de libre disposition des choses ou valeurs remises. Aussi, quand un correspondant donne une affectation spéciale à une valeur, n'entre-t-elle pas dans le compte-courant. Par exemple, un correspondant envoie des marchandises à l'autre, en les affectant au paiement d'une traite tirée sur le destinataire, ou une traite est adressée à un correspondant pour qu'il en recouvre le montant et en rende compte à l'autre partie ; ces marchandises ou cette traite sont mises hors du compte-courant.

b) La revendication des marchandises ou des effets de commerce formant l'objet des remises ne peut plus être faite par l'envoyeur. Cela a une grande importance en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du récepteur survenant après la remise : le remettant ne peut pas les revendiquer dans la faillite, bien qu'ils se trouvent encore entre les mains du récepteur. Argument *a contrario* de l'article 574, C. com.

c) Les risques de la perte sont pour le récepteur. Si les marchandises qui lui ont été adressées viennent à être détruites, il n'en doit pas moins créditer l'envoyeur.

786. *Crédit donné à l'envoyeur.* — En retour de la remise qui lui est faite, le récepteur doit créditer l'envoyeur, tandis que celui-ci débite le récepteur.

En principe, le remettant doit être crédité dès le moment où il deviendrait créancier sans le compte-courant, c'est-à-dire dès le jour de la remise opérée. Ainsi, le crédit doit être porté au compte lors de la remise des espèces en cas d'avances, au moment du marché s'il y a vente par l'envoyeur au récepteur, au moment de l'endossement en cas de remise d'un effet de commerce, au moment de la vente faite par le récepteur, si celui-ci était consignataire.

Le crédit donné au remettant est, en principe, irrévocable en ce sens que des faits postérieurs ne peuvent pas permettre aux parties de supprimer le crédit, à moins qu'elles n'en soient autrement convenues. A cet égard, une règle spéciale d'une grande importance pratique est

suivie pour les remises portant sur des effets de commerce ; elle résulte de ce qu'on appelle la *condition « sauf encaissement »*.

787. *Condition « sauf encaissement ».* — Lorsqu'un effet de commerce est endossé au profit de l'un des correspondants par l'autre, le montant en est porté au crédit de l'envoyeur (ou remettant) dès le jour de la remise de l'effet, bien que l'échéance soit postérieure (n° 786). Dans le cas où le récepteur n'est pas payé de cet effet, peut-il supprimer le crédit donné de ce chef au remettant ? Si cette suppression est possible, elle doit se faire au moyen d'une *contrepassation d'écritures*, c'est-à-dire d'un débit porté au compte du remettant, pour une somme égale à celle du crédit ; on sait, en effet, qu'aucune rature ne doit être faite sur les livres de commerce (n° 90). La question est posée souvent dans les termes suivants : *en matière de compte-courant, le crédit correspondant à une remise en effets de commerce n'est-il donné que* SAUF ENCAISSEMENT ? L'affirmative a prévalu dans la jurisprudence (1) et dans la doctrine ; on formule parfois cette solution ainsi : *entrée en compte-courant n'est donnée que sauf rentrée*. Cette solution est conforme à l'intention probable des parties ; on considère généralement que le crédit n'est donné que sous la condition résolutoire du non-encaissement de l'effet de commerce faisant l'objet de la remise. Elle peut aussi être rattachée aux principes généraux du droit. Selon nous, la solution peut être considérée comme une application des règles générales concernant le défaut de cause dans les obligations. Dans le compte-courant, le crédit donné au remettant a pour cause la transmission d'une valeur faite au récepteur. Le défaut de paiement de l'effet vient prouver qu'en réalité, aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine du récepteur. Le crédit n'a donc pas de cause : il est nul, comme le serait une obligation sans cause (art. 1131, C. civ.) ; il doit pouvoir être supprimé, comme si l'effet remis était reconnu faux. Mais c'est en faveur d'une condition résolutoire sous-entendue que se prononcent invariablement les arrêts (2). V. n° 789 (3).

Le récepteur ne doit évidemment pas conserver à sa charge les frais que le défaut de paiement de l'effet a occasionnés (frais de protêt et autres). En ce qui concerne ces frais, il ne suffit pas d'annuler le crédit par une contrepassation d'écritures, il faut que le remettant soit débité de leur montant par le récepteur.

(1-2) Cass., 10 mars 1852, *J. Pal.*, 1852. 1. 363 ; 19 novembre 1888, S. 1889. 1. 159 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 377 , D. 1889. 1. 409 ; *Pand. fr.*, 1889. 1. 263.

(3) Quand, à défaut de paiement, il y a contre-passation d'écriture, le récepteur peut-il, néanmoins, conserver l'effet non payé et exercer les droits qui appartiennent à un porteur contre les différents signataires de cet effet ? V. la discussion sur ce point dans notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 820.

788. Le droit de contrepasser les effets non payés existe-t-il au profit du récepteur, même en cas de faillite du remettant? C'est dans ce cas que la contrepassation d'écritures a une grande importance pratique; un exemple le fera comprendre : Paul et Pierre sont en compte courant, et leur compte se balance exactement; Paul remet à Pierre un effet de commerce de 20.000 francs tiré sur un tiers. Paul est déclaré en faillite et, par suite, le compte est clos (n° 799). L'effet reste impayé. S'il y a contrepassation d'écritures, le crédit de 20.000 francs donné à Paul est annulé par un débit d'égale somme, et la faillite du remettant (Paul) ne cause au récepteur (Pierre) aucun préjudice. Si la contrepassation n'est pas possible, Pierre devra payer à la faillite de Paul les 20.000 fr. qui forment le solde du compte-courant, puis Pierre se présentera en qualité de porteur non payé à la faillite de Paul, son garant comme endosseur, et il n'en obtiendra peut-être qu'un faible dividende. Il est facile d'apercevoir que le syndic de la faillite du remettant a intérêt, comme représentant les créanciers, à empêcher la contrepassation d'écritures.

Pour soutenir en faveur des créanciers de la faillite du remettant que la contrepassation n'est pas possible, on a invoqué les principes généraux de la faillite. D'après ces principes, a-t-on dit, tous les créanciers doivent être placés dans une situation égale et, à moins qu'il ne s'agisse de créanciers hypothécaires ou privilégiés, aucun créancier ne doit être payé de préférence aux autres; aussi toute compensation entre les créanciers et les dettes du failli est-elle impossible après la déclaration de faillite (n° 1062). La contrepassation conférerait au récepteur un privilège par rapport aux autres créanciers de la faillite du remettant et impliquerait une compensation à son profit.

La jurisprudence écarte avec raison cette opinion. Il n'y a ni privilège ni compensation en cas de contrepassation : l'annulation du crédit n'est que l'application de la convention des parties antérieure à la faillite, dont celle-ci ne peut empêcher l'exécution. Il n'y a pas compensation, mais seulement annulation d'un crédit; c'est en la forme seulement qu'il est procédé sur les livres comme s'il y avait compensation (1).

789. Il résulte de ce qui vient d'être exposé que le défaut d'encaissement peut être invoqué par le récepteur pour arriver à la contrepassation d'écritures. Le remettant peut-il lui-même se prévaloir, dans ce but, du défaut d'encaissement? Il y a des cas dans lesquels le récepteur (ou ses créanciers en son nom) a plus d'avantage à agir en garantie contre le remettant qu'à faire considérer la remise comme non avenue;

(1) Poitiers, 28 janvier 1878, *J. Pal.*, 1878, 1259.

c'est alors que se pose la question. Ainsi, l'on peut supposer l'espèce suivante : Paul et Pierre sont en compte-courant et le compte se balance exactement. Paul remet à Pierre des traites tirées sur un tiers pour 20.000 francs ; elles ne sont pas payées à l'échéance. Les deux correspondants sont déclarés en faillite. Si les deux faillites donnent le même dividende ou si la faillite du remettant donne un dividende plus faible que celle du récepteur, le syndic de la faillite de celui-ci a avantage, pour les créanciers qu'il représente, à faire la contrepassation ; aussi la question ne s'élève-t-elle pas. Elle se pose, au contraire, quand le dividende de la faillite du remettant est le plus élevé. Supposons que la faillite du remettant donne un dividende de 50 0/0, tandis que celle du récepteur ne donne que 10 0/0. Les créanciers du récepteur ont avantage à ne pas contrepasser ; en produisant au nom de leur débiteur comme porteur à la faillite du remettant, ils toucheront 16.000 francs et n'auront à subir le concours du récepteur que pour 2.000 francs. Au contraire, s'il y a contrepassation d'écritures, le crédit de 20.000 francs sera annulé, et la faillite du récepteur ne réalisera pas ce bénéfice de 8.000 francs. L'opinion de beaucoup la plus générale, consacrée par la jurisprudence, est que le remettant (ou ses créanciers) ne peut exiger la contrepassation. La condition résolutoire de l'encaissement, dit-on, n'est admise qu'au profit du récepteur. Le remettant est en faute d'avoir remis au récepteur un effet qui n'a pas été payé. Du reste, si le remettant pouvait exiger l'annulation du crédit, l'effet pourrait être revendiqué par lui dans la faillite du récepteur. On violerait ainsi l'article 574, C. com., duquel il résulte que les effets, remis en compte-courant avant la faillite du récepteur, ne peuvent plus être revendiqués (1).

790. La condition *sauf encaissement* n'a été admise dans l'usage que par interprétation de la volonté des parties. Aussi peut-elle être écartée par elles ; leur volonté à cet égard peut être expresse ou résulter des circonstances. Il y a alors un forfait en vertu duquel le récepteur prend l'effet de commerce à ses risques.

791. Effet novatoire du compte-courant. — A toute remise correspond pour le remettant une créance. Cette créance est novée par suite de son entrée dans le compte, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme éteinte et comme remplacée par un crédit donné au remettant, crédit qui plus tard entrera comme élément dans la créance du solde. L'intention de nover n'est pas douteuse chez les parties : il est impos-

(1) On serait conduit à une conséquence contraire, si l'on admettait qu'il y a là l'application des règles sur l'absence de cause (n° 787). V. notre *Traité de Droit commercial*, IV, n° 815.

sible que le remettant conserve sa créance et obtienne en même temps un crédit du récepteur. Pour que la novation se produise, il faut évidemment qu'il s'agisse d'une dette susceptible d'être novée ; une dette de jeu portée dans le compte-courant conserverait son caractère vicieux et le perdant aurait toujours le droit de se soustraire à toute condamnation en opposant au gagnant l'exception de jeu de l'article 1965, C. civ.

Les conséquences de la novation produite par l'entrée d'une créance dans un compte-courant sont multiples. Les principales sont les suivantes :

a) Les diverses sûretés attachées à la créance entrant dans un compte-courant s'éteignent, à moins que les correspondants ne conviennent de les réserver pour garantir le paiement du solde (art. 1278, C. civ.).

b) La prescription spéciale applicable à la créance est interrompue et est remplacée par la prescription trentenaire qui s'applique au solde définitif. Ainsi, l'entrée d'un effet de commerce non payé dans un compte-courant équivaut à une reconnaissance par acte séparé dans le sens de l'article 189, C. com. (n° 699, *in fine*).

c) Les créances civiles sont commercialisées par leur entrée dans un compte-courant commercial.

d) A l'effet novatoire du compte-courant se rapporte la disposition de l'article 575, al. 2, C. com., déjà visée à propos de la commission (n° 488) et dont l'explication sera donnée à propos de l'indivisibilité du compte-courant (n° 792 *bis*).

792. *Unité et indivisibilité du compte-courant.* — Les créances entrées dans le compte-courant perdent leur individualité ; elles forment dorénavant un ensemble d'articles de crédit et de débit donnant deux totaux dont la comparaison permettra, lors de la clôture du compte, de fixer le solde dû par l'une des parties. Ce solde exigible constitue seul une dette véritable ; jusqu'au moment de sa fixation, il n'y a que des articles de débit et de crédit formant un tout compact. On exprime souvent cette idée, en disant qu'il y a confusion ou que le compte-courant est indivisible.

L'indivisibilité du compte-courant produit des conséquences nombreuses, dont les principales sont les suivantes :

a) Un correspondant ne peut pas détacher un article de crédit pour en réclamer le paiement ; cela serait contradictoire avec l'existence du compte-courant.

b) Le droit ainsi refusé à chaque correspondant n'appartient pas non plus à ses créanciers. Par suite, les créanciers d'un correspondant ne peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur une somme dont leur débiteur a

été crédité (Cf. Loi du 24 germinal an XI, art. 33). La saisie-arrêt n'est possible que sur le solde du compte.

c) Tant que le compte-courant dure, il n'y a pas de créance pouvant être prescrite. La prescription est seulement possible pour le solde après la clôture du compte.

d) A l'indivisibilité du compte-courant on peut rattacher la disposition contenue dans l'article 575, al. 2, C. com., qui s'explique aussi par l'effet novatoire du compte-courant.

792 ***bis***. Quand un commissionnaire a vendu en son nom des marchandises qui lui ont été consignées et que, lors de la déclaration de faillite de ce commissionnaire, le prix est encore dû par l'acheteur, ce prix, au lieu d'être versé dans la masse pour être réparti entre tous les créanciers du commissionnaire failli, est attribué au commettant, tout comme s'il avait traité directement avec l'acheteur ; on dit, en faisant allusion à cela, que le commettant peut *revendiquer* le prix. Son droit à cet égard dérive de ce que, dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, même ayant agi en son propre nom, les choses doivent se passer comme si celui-ci avait opéré au nom du commettant, pourvu que les tiers qui ont contracté avec le commissionnaire n'aient pas intérêt à n'avoir de rapport qu'avec lui ; les créanciers du commissionnaire failli ne peuvent pas avoir plus de droit que leur débiteur (nº 488). Toutefois, d'après l'article 575, al. 2, C. com , pour que la revendication du prix soit admise, il faut que le prix n'ait été *ni payé, ni réglé en valeurs, ni compensé en compte-courant entre le failli et l'acheteur*. On comprend facilement les deux premiers cas visés, celui du paiement et du règlement en valeurs, c'est-à-dire à l'aide d'effets de commerce souscrits ou transmis par l'acheteur au commissionnaire. Mais le troisième cas est moins clair ; il y a lieu de se demander quand on peut dire, dans le sens de l'article 575, al. 2, que *le prix est compensé en compte-courant*. Plusieurs hypothèses sont possibles, lorsqu'un compte-courant existe entre le commissionnaire et l'acheteur ; il y a lieu de les examiner et de rechercher dans chacune d'elles si le droit de revendication du prix est éteint ou non pour le commettant.

a) Lors du crédit donné par l'acheteur au commissionnaire, aucune somme n'était portée au débit de ce dernier, qui est resté exclusivement créditeur jusqu'à sa faillite. On pourrait être tenté de dire que le prix ne peut plus être revendiqué, à raison de ce que la créance du prix est éteinte par la novation résultant de ce compte-courant. Cette solution ne peut pas être admise ; c'est pour l'écarter que, lors de la revision du livre III du Code de commerce en 1838, l'on a substitué les mots *compensé en compte-courant* dans l'article 575, al. 2, aux mots *passé en compte-courant*, que renfermait l'ancien article 581.

b) Lors de l'entrée du prix de vente dans le compte-courant, le commissionnaire avait été débité d'une somme égale ou supérieure par l'acheteur : il est certain qu'alors, le droit de revendiquer le prix est éteint ; peu importe que, par suite d'une opération postérieure, le commissionnaire demeure en définitive, créancier de l'acheteur ; car la créance du prix a perdu son individualité, elle se trouve absorbée dans le solde du compte.

c) Le compte-courant contenait des articles de crédit et de débit se balançant exactement au moment où le prix a été porté au crédit du commissionnaire. Aucune opération n'a été faite après la vente entre le commissionnaire et l'acheteur, de telle sorte que, lors de la clôture du compte, le solde au profit du commissionnaire est d'une somme égale à ce prix. — Sur le point de savoir si l'on peut dire en pareil cas que le prix a été compensé en compte-courant dans le sens de l'article 575, al. 2, et ne peut plus, par suite, être revendiqué, les avis sont partagés. On a soutenu qu'alors, la revendication du prix est possible, parce qu'il est reconnaissable ; il paraît plus conforme aux principes généraux du compte-courant d'admettre la solution opposée. En effet, par suite de l'indivisibilité du compte, la compensation s'opère entre la masse des crédits et la masse des débits, sans qu'on puisse dire que telles créances ont été compensées et que telles autres n'ont pas été éteintes par la compensation. On méconnaîtrait cette indivisibilité, en considérant la créance du prix comme subsistant toujours alors que les autres sont éteintes.

793. Le principe de l'indivisibilité du compte-courant n'est pas absolu, diverses restrictions doivent y être apportées. Cette indivisibilité est admise pour faire produire au contrat tous ses effets ; elle ne peut être invoquée dès qu'on ne modifie en rien les rapports entre les correspondants. De là découlent notamment les conséquences suivantes :

a) Si, pendant la durée du compte, l'un des correspondants se rend insolvable par des actes frauduleux, la partie lésée ou menacée de l'être peut, si elle est créditrice de l'auteur de la fraude, faire révoquer ces actes. Le compte-courant qui, à un moment donné, constitue un correspondant créditeur, contient au moins au profit de celui-ci le germe d'une créance, et il serait très dangereux d'écarter l'application de l'article 1167, C. civ., sous le prétexte que, lors de l'acte frauduleux, le compte-courant n'étant pas encore clos, il n'y avait pas une véritable créance au profit de l'un des correspondants contre l'autre.

b) Les donations de biens présents et à venir doivent comprendre un état des dettes du donateur existant lors de la donation (art. 1084, C. civ.) ; autrement, le donataire ne peut pas s'en tenir aux biens pré-

sents ; il faut qu'il accepte ou qu'il répudie la donation pour le tout (art. 1085, C. civ.). Le donateur, qui a un compte-courant en cours au moment de la donation, doit prendre soin de comprendre dans l'état dont il s'agit le solde dont il serait débiteur, si le compte était clos à la date de la donation.

794. Cours des intérêts. Anatocisme. — D'après les usages, des règles spéciales sont admises pour le cours et la capitalisation des intérêts produits par les remises. Quelques-unes de ces règles pouvaient être considérées comme contraires à la limitation de l'intérêt conventionnel. Les discussions qui s'élevaient sur ce point, n'ont plus d'objet, depuis que la liberté du taux de l'intérêt a été admise en matière de commerce par la loi du 12 janvier 1886 ; il en est ainsi, du moins, dans le cas très fréquent où le compte-courant constitue un acte de commerce. V. n° 782.

795. *Intérêts de plein droit.* — Toute remise est considérée comme produisant de plein droit des intérêts au profit de l'envoyeur. Dans le commerce, on ne laisse pas volontiers les capitaux improductifs, et il est naturel de supposer que l'envoyeur n'a pas voulu se priver de la jouissance de la valeur remise, sans rien recevoir en retour. Cette solution est d'autant plus juste que le remettant ne peut pas, à raison de l'indivisibilité du compte-courant, mettre le récepteur en demeure de le payer et faire ainsi courir à sa charge des intérêts moratoires.

En principe, les intérêts courent du jour où le récepteur a la jouissance des valeurs portées au compte-courant. Ils courent donc immédiatement pour les remises en espèces ou en marchandises, à partir de l'échéance pour les remises en effets de commerce, à compter des déboursés faits par un correspondant qui a payé une dette pour le compte de l'autre. Mais il n'y a rien d'absolu : il peut être convenu que les remises ne porteront pas d'intérêts ou n'en produiront qu'un certain temps après qu'elles ont été faites, ou en produiront au profit de chacune des parties à partir d'époques différentes. Cette dernière convention se rencontre assez souvent dans les comptes-courants existant entre un banquier et un de ses clients non banquier : les remises faites par le banquier produisent immédiatement des intérêts, tandis que les remises du client n'en produisent que quelques jours après. Cela s'explique, parce que le client vient chercher de l'argent quand il en a l'emploi et que le banquier ne peut pas toujours utiliser immédiatement l'argent qui lui rentre inopinément.

796. *Taux de l'intérêt.* — Quand le compte-courant est commercial, le taux de l'intérêt est fixé librement par les parties (Loi du 12 janvier 1886). Du reste, il peut n'être pas le même pour les deux correspon-

dants ; c est ainsi que souvent le banquier stipule à son profit un intérêt plus fort que celui qui sera compté par lui à son client.

797. *Anatocisme.* — Par cela même que les remises sont d'ordinaire productives d'intérêts, le solde obtenu lors de la clôture du compte comprend pour partie des sommes représentant les intérêts produits par les remises. Ce solde peut être exigé immédiatement ou, au contraire, être reporté au crédit du créancier dans un nouveau compte-courant ouvert, si les parties veulent continuer à travailler en compte-courant.

Le solde, s'il est reporté à nouveau, est-il productif d'intérêts ? L'affirmative n'est pas douteuse pour les capitaux qui y sont compris. En est-il de même pour les intérêts qui y sont contenus ? La difficulté provient de l'article 1154, C. civ., qui n'admet l'anatocisme ou capitalisation des intérêts qu'à deux conditions ; il faut : 1° qu'ils soient dûs pour une année au moins ; 2° qu'il y ait une convention formelle ou une demande en justice tendant au paiement des intérêts formée par le créancier. La jurisprudence admet que ces conditions restrictives doivent être mises de côté en matière de compte-courant et que les intérêts compris dans le solde produisent eux-mêmes des intérêts, sans qu'il y ait à rechercher pour quel laps de temps ils sont dûs : cela s'applique quand un compte-courant est arrêté tous les trois mois ou tous les six mois. Cette jurisprudence a été critiquée ; on a dit, pour la combattre, que l'article 1154, C. civ., consacre, relativement à la capitalisation des intérêts, une disposition prohibitive et que, contre des dispositions légales ayant ce caractère, les usages du commerce ne peuvent rien (n° 13). Mais la nature du compte-courant et les effets spéciaux qui y sont rattachés paraissent justifier la jurisprudence. L'application de l'article 1154, C. civ., impliquerait qu'on considère séparément chaque remise pour rechercher la date à laquelle elle a été faite. A raison de l'indivisibilité du compte-courant, le solde doit être traité comme une créance unique et non comme une réunion de créances diverses. En outre, on ne peut pas distinguer dans le solde un capital et des intérêts. Il n'y a pas, du reste, grand inconvénient à s'écarter ici des règles restrictives de la capitalisation des intérêts ; elles ont été admises pour empêcher que l'accumulation insensible des intérêts résultant de la capitalisation ne mît à la charge du débiteur une dette énorme, dont la formation graduelle lui aurait pour ainsi dire échappé. Cela n'est guère à craindre en matière de compte-courant : les arrêtés de compte dont chaque partie est prévenue sont trop fréquents pour que le débiteur ne s'aperçoive pas de la progression de sa dette.

798. *Droit de commission.* — La jurisprudence a toujours reconnu

aux banquiers, qui ont ouvert des comptes-courants à leurs clients, la faculté d'exiger un droit de commission en sus de l'intérêt. La légalité du droit de commission était reconnue par les tribunaux, alors même qu'il venait s'ajouter à l'intérêt atteignant le taux maximum de 6 0/0. Depuis la loi du 12 janvier 1886, cette jurisprudence est à l'abri de toute critique. Cpr. nº 761.

799. CLÔTURE DU COMPTE-COURANT. — *Ses causes.* — Le compte-courant, étant un contrat successif, ne doit avoir qu'une durée limitée. Quand il prend fin, on dit qu'il y a *clôture* du compte. Cette clôture peut résulter de différentes causes. D'abord, les parties peuvent avoir fixé elles-mêmes la durée du compte-courant, par conséquent la date de sa clôture ; elles ne peuvent alors y mettre fin avant l'époque convenue que d'un commun accord. A défaut de convention sur la durée du compte-courant, chaque partie peut y mettre fin par sa volonté ; ce contrat repose sur la confiance réciproque et ne peut lui survivre. Pour cette même raison, des faits indépendants de la volonté des parties, la faillite, la mise en liquidation judiciaire, la mort, l'interdiction de l'un des correspondants, entraînent aussi la clôture en compte-courant.

800. *Effets de la clôture du compte-courant.* — La clôture du compte-courant, qu'elle qu'en soit la cause. fixe la situation des parties, en ce sens qu'après elle, aucune opération nouvelle ne peut plus être portée dans le compte. Puis, la clôture du compte donne lieu à un règlement qui permet, en arrêtant le compte, d'en déterminer le résultat définitif. Pour le connaître, il faut balancer le débit et le crédit, c'est-à-dire additionner les articles de crédit, puis les articles de débit et soustraire le total le plus faible du plus fort si le total des articles de crédit et le total des articles de débit ne sont pas égaux. La compensation suspendue jusque-là est opérée entre les divers articles du compte. On constate alors ou que le crédit et le débit se compensent exactement ou que l'un d'eux l'emporte sur l'autre et que, par suite, il y a un solde à la charge de l'une des parties.

801. *Du solde du compte-courant.* — La créance du solde, que fait connaître le règlement du compte, remplace tous les articles de crédit et de débit. Cette créance, à moins qu'en vertu de la convention des parties elle ne soit reportée dans un nouveau compte-courant, est exigible. Aussi, y a-t-il lieu d'admettre, pour la créance du solde, des solutions tout opposées à celles qui sont admises pour les créances transformées en articles de crédit ou de débit, pendant la durée du compte. Ainsi, les créanciers de celui au profit duquel existe le solde, peuvent former une saisie-arrêt ; le solde peut être l'objet d'une com-

pensation ; il est soumis à la prescription, qui s'accomplit par 30 ans à partir de la clôture du compte.

D'après les usages du commerce, le solde produit des intérêts de plein droit.

Quand le solde est reporté à nouveau, le compte-courant doit être considéré comme n'ayant pas pris fin : le solde reporté forme le premier article du nouveau compte ; il y a, en ce qui le concerne, une novation ; il devient l'un des éléments du solde futur et produit immédiatement des intérêts.

CHAPITRE VII

DES BOURSES DE COMMERCE ET DES OPÉRATIONS DE BOURSE.

802. Le Code de commerce donne le nom de *Bourses de commerce* à des réunions de commerçants se tenant à des époques fréquentes, parfois chaque jour (1), et dans lesquelles se concluent des achats et ventes de rentes sur l'Etat français, d'actions et d'obligations de sociétés, de rentes et d'obligations émises par les villes, par les départements, par les Etats étrangers, des achats et ventes de marchandises, des affrètements de navires, des assurances maritimes (2).

Les Bourses ne sont pas, en France, des établissements privés, que les intéressés peuvent créer à leur gré. Elles se tiennent d'après l'article 71, C. com., *sous l'autorité du gouvernement;* c'est à lui qu'il appartient de créer des Bourses là où il le juge utile ou de les supprimer. Du reste, l'autorité publique n'intervient pas seulement dans la création et dans la suppression des Bourses, elle exerce aussi sur elles un droit de police ou de surveillance (3).

803. *Utilité des Bourses de commerce.* — Les Bourses de commerce sont utiles à plusieurs points de vue. *a*) Elles favorisent la célérité dans la conclusion des opérations. Sans se chercher, ceux qui ont des opérations à faire savent, grâce aux Bourses, en quel lieu et à quelle

(1) Il y a eu longtemps des réunions importantes de marchands dans les *foires* qui ont joué un rôle considérable dans le commerce du moyen-âge (n° 8). Aujourd'hui les marchés et les foires n'ont guère qu'une importance locale.

(2) Le mot *Bourse* n'est pas toujours employé dans le sens de réunion de commerçants (art 71, C. com.). On désigne parfois sous ce nom le local où se tient la Bourse (art 613, C. com.), ou le temps durant lequel elle a lieu (comme dans l'expression *à la fin de la Bourse* d'hier), ou l'ensemble des opérations qui y sont traitées (comme lorsqu'on dit : *la Bourse d'aujourd'hui a été mauvaise*).

(3) La police de la Bourse appartient à l'autorité municipale ; à Paris, au Préfet de police. Cf. D. du 7 octobre 1890, art. 43, pour la fixation des heures d'ouverture et de fermeture de la Bourse des valeurs mobilières.

heure ils pourront se rencontrer. *b*) Les opérations qui se font dans les Bourses sont assez nombreuses pour qu'elles puissent servir à déterminer le cours des marchandises, des actions, des obligations et des valeurs mobilières en général, du fret des navires et des primes d'assurances maritimes. Le Code de commerce (art. 76) prescrit même la constatation officielle des cours. Cette constatation est utile sous des rapports divers : elle sert de guide aux personnes qui ont à faire des opérations ; pour effectuer la liquidation et le partage d'une succession ou d'une communauté entre époux, il faut connaître la valeur des rentes, actions, obligations, etc..., qui y sont comprises ; — il faut la connaître aussi pour la fixation de la quotité de la taxe annuelle, qui remplace, pour les titres au porteur, le droit de transmission (n° 223), pour la perception des droits de mutation en cas de décès qui sont établis sur le cours moyen du jour du décès, etc.

804. *Textes légaux concernant les Bourses.* — Les articles 71 à 90, C. com. (titre V, livre I), auxquels la loi du 2 juillet 1862 a ajouté quelques dispositions, sont consacrés aux Bourses. De plus, beaucoup de dispositions antérieures au Code de 1807 sont encore en vigueur ; elles sont contenues notamment dans les arrêts du Conseil d'Etat du Roi des 7 août 1785, 2 octobre 1785, 22 septembre 1786, la loi du 28 ventôse an IX, l'arrêté du 27 prairial an X. Une loi du 18 juillet 1866 a admis la liberté du courtage pour les achats et ventes de marchandises (nos 855 et suiv.). Une loi du 28 mars 1885 *sur les marchés à terme* a abrogé plusieurs dispositions du Code de commerce et des lois antérieures ; un décret du 7 octobre 1890, rendu en exécution de l'article 90, C. com., et de la loi de 1885, règle ce qui concerne l'organisation des agents de change, les négociations qui se font par leur entremise et d'autres opérations auxquelles ils procèdent ; ce décret contient un grand nombre de dispositions qui, pour la plupart, confirment les règlements antérieurs ou les usages (1). Enfin, la loi de finances du 28 avril 1893, dans ses articles 28 à 33, a établi un impôt spécial sur les opérations de Bourse ; elle a été complétée par un règlement d'administration publique du 20 mai 1893, rendu en exécution de l'article 34 de ladite loi (2). L'article 29 de la loi de 1893 a été remplacé par une disposition insérée dans l'article 14 de la loi de finances du 13 avril 1898 (3). V. n° 826, en note.

805. Les opérations qui se font dans les Bourses de commerce, peu-

(1) Ce décret a été modifié, sur plusieurs points, par un décret du 29 juin 1898.

(2) V. *Les opérations de Bourse et l'impôt du timbre* (1894), par Camille Lyon et Georges Teissier.

(3) C'est cette disposition qui a opéré ce qu'on a appelé un peu pompeusement *la réorganisation du marché financier*.

vent être divisées en deux grandes classes : la première comprend les opérations portant sur les effets publics et sur les valeurs mobilières en général (actions, obligations, etc...); la seconde comprend toutes les autres opérations (ventes de marchandises, affrètements de navires, assurances maritimes). Cette distinction est importante à plusieurs points de vue. — *a*) Afin de faciliter la conclusion des opérations faites dans les Bourses, on recourt le plus souvent à des intermédiaires qui ont connaissance des offres et des demandes. Ces intermédiaires sont différents pour les deux classes d'opérations : il y a, pour les opérations de la première classe, des *agents de change ;* pour celles de la seconde, des *courtiers*. Ces intermédiaires ne jouent pas le même rôle et ne sont pas soumis aux mêmes obligations. *b*) Les réunions dans lesquelles se font les deux catégories d'opérations, ne se tiennent pas aux mêmes heures ni parfois dans le même local (1); aussi distingue-t-on les *Bourses d'effets publics et autres* ou *Bourses de valeurs* et les *Bourses de marchandises*. En créant une Bourse dans une ville, le gouvernement détermine si l'on y fera les deux classes d'opérations ou seulement l'une d'elles.

L'accroissement considérable de la dette des Etats et l'augmentation énorme du nombre des sociétés par actions depuis 50 ans ont donné une grande importance aux Bourses d'effets publics et autres ; aussi, dans le langage usuel, on ne qualifie guère d'*opérations de Bourse* que celles qui se font sur les effets publics ou autres.

D'après l'article 74, C. com., il y a des agents de change et des courtiers dans *toutes* les villes où il y a des Bourses. Cela n'est pas exact, il y a des Bourses dans des villes où cependant le nombre des opérations a été jugé insuffisant peur rendre utile l'établissement de cour-

(1) Le local où se tient la Bourse peut appartenir à l'Etat, à une ville, à une Chambre de commerce, même à un particulier. Peu importe ; le contrôle de l'autorité publique s'exerce de la même manière dans tous les cas. C'est la Chambre de commerce qui assure l'aménagement et l'entretien du local (L. 9 avril 1898, art. 20).

A Paris, depuis 1889, il y a un local spécial pour les achats et ventes de marchandises distinct de celui où se négocient les valeurs mobilières. Dans le langage usuel, on appelle souvent le premier *bourse de commerce* et le second simplement *bourse*. Mais ce langage n'est pas exact au point de vue légal ; les bourses, quelles que soient les opérations qui s'y font, portent le nom de *bourses de commerce*. V. rubrique du titre V, livre I du Code de commerce et art. 71, C. com. Aussi quelques personnes, pour ne pas se mettre en contradiction avec le langage de la loi, appellent-elles la bourse où se font à Paris les achats et ventes de marchandises *bourse* DU *commerce*. — A Paris, l'administration de la Bourse des valeurs mobilières qui se tient dans un local appartenant à la Ville (L. 17 juin 1820), est confiée au directeur des services municipaux.

tiers ou d'agents de change. A l'inverse, il y a des villes où il existe soit des agents de change, soit des courtiers, bien qu'il n'y ait point de Bourse. Sur la création et la suppression d'offices d'agents de change, Cf. D. 1890, art. 13 et 14 (1).

Il sera traité séparément ci-après : — A. *Des Bourses d'effets publics et autres* (ou *Bourses de valeurs*). — B. *Des Bourses de marchandises*. A propos des unes et des autres, il sera parlé des opérations qui s'y font et des intermédiaires qui y fonctionnent.

A. — Des bourses d'effets publics et autres ; des opérations qui s'y font, des agents de change.

806. Les opérations faites sur les valeurs mobilières, quand elles ne sont pas conclues directement entre les intéressés, doivent se conclure, en principe, par l'intermédiaire des *agents de change*. Aussi est-il impossible de comprendre les règles qui régissent ces opérations sans connaître celles qui concernent les agents de change.

807. Les agents de change sont des officiers ministériels ayant pour fonction principale de faire, pour le compte de leurs clients, les négociations des effets publics et autres qui se vendent dans les Bourses. Comme il a été dit plus haut (n° 48), ce sont des commerçants.

Pour pouvoir être nommé agent de change, il faut : 1° être Français : 2° avoir 25 ans accomplis ; 3° jouir de ses droits civils et politiques et avoir satisfait aux obligations de la loi sur le recrutement ; 4° produire un certificat d'aptitude et d'honorabilité signé par les chefs de plusieurs maisons de banque et de commerce ; 5° n'être frappé d'aucune des clauses d'exclusion édictées par les lois (Cf. D. 1890, art. 1er et 3).

Les agents de change doivent, comme tous les officiers ministériels, fournir un cautionnement, qui est affecté par privilège à la réparation des dommages qu'ils peuvent causer dans l'exercice de leurs fonctions (art. 2102-7°, C. civ.). Le montant du cautionnement diffère selon les villes ; il est, à Paris, de 250.000 francs (D. 1er octobre 1862).

Les agents de change peuvent, en vertu de la loi du 28 avril 1816,

(1) En vertu d'un décret du 29 juin 1898, il a été créé dix nouveaux offices d'agents de change près la Bourse de Paris, afin de porter le nombre total des agents de change près cette bourse à 70 ; les nouveaux titulaires ont été choisis sur une liste triple de candidats établie par la Chambre syndicale des agents de change. Il a été émis des doutes sur le point de savoir si une pareille création pouvait être faite par décret.

comme les autres officiers ministériels (art. 91), présenter leurs successeurs à l'agrément du Chef de l'Etat.

808. On distingue deux classes de Bourses d'effets publics et autres, celles qui sont pourvues et celles qui ne sont pas pourvues d'un *parquet* ; un décret peut créer ou supprimer un parquet (Cf. D. 1890, art. 15 et 16). On appelle *parquet* un lieu séparé et placé en vue du public dans lequel les agents de change se tiennent pendant la durée de la Bourse ; il n'y a de parquet que dans les Bourses importantes ; dans les autres, les agents de change sont mêlés au public. Ce n'est pas à ce seul point de vue qu'il importe de distinguer les Bourses pourvues d'un parquet des autres. Dans les seules bourses pourvues d'un parquet (1), les agents de change peuvent faire des offres de vente ou d'achat à haute voix, et leurs cours sont rendus publics. En outre, les agents de change près de ces bourses relèvent du ministre des Finances sur la proposition duquel ils sont nommés, tandis que les autres agents de change relèvent du ministre du Commerce et de l'Industrie et sont nommés sur sa proposition (Décr. 1890, art. 2). Enfin, les agents de change près les Bourses pourvues d'un parquet élisent seuls une chambre syndicale qui leur est propre (n° 810) et sont seuls autorisés par la loi à former une société pour l'acquisition et l'exploitation de leurs charges (2). V. n° 809.

809. *Sociétés constituées pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agents de change.* — Il faut, pour devenir agent de change, disposer de capitaux importants ; car on doit payer le prix de la charge, souvent très élevé, et déposer un cautionnement qui, dans les grandes villes, est considérable. Une seule personne ne peut toujours disposer de sommes suffisantes pour subvenir à ces deux obligations ; aussi, depuis longtemps, l'habitude s'est-t-elle établie de recourir à l'association. Plusieurs personnes apportent des fonds au titulaire de la charge et partagent avec lui les bénéfices dans la proportion de leurs mises, sans être tenues des dettes au delà de ces mises Ces associés sont appelés dans l'usage *quart*, *cinquième*, *dixième*, *etc.*, *d'agent de change*, selon l'importance de leur part dans les bénéfices. La jurisprudence admettait la nullité de ces sociétés, en se fondant sur ce qu'une fonction publique comme celle d'agent de change n'est pas dans le commerce, sauf dans la mesure déterminée par la loi du 28 avril 1816, et

(1) Il y a actuellement sept bourses à parquet, celles de *Paris*, *Lyon*, *Marseille*, *Bordeaux*, *Toulouse*, *Lille* et *Nantes*.

(2) On peut ajouter que les agents de change près les bourses pourvues d'un parquet ont seuls la faculté d'avoir, sous le nom de commis principaux, des mandataires spéciaux chargés de prendre part aux négociations au nom et sous la responsabilité de leurs mandants. D. 9 octobre 1890, art. 35.

ne peut pas, par suite, être mise en société. La loi du 2 juillet 1862, dont les dispositions ont été insérées dans l'article 75 du Code de commerce, a dérogé à cette jurisprudence ; sous certaines conditions, elle a autorisé les agents de change à s'associer des bailleurs de fonds (1). L'augmentation du prix des charges et des cautionnements rendait cette innovation presque nécessaire.

Ces sociétés ne sont admises que pour les agents de change exerçant leurs fonctions près des Bourses pourvues d'un parquet (n° 808) ; ces Bourses sont les plus importantes et c'est seulement auprès d'elles que le prix des charges et le cautionnement atteignent des chiffres considérables. Même auprès des Bourses pourvues d'un parquet, la validité de ces sociétés est subordonnée à des conditions spéciales. Il faut : 1° qu'il y ait un titulaire unique de l'office ; 2° que les autres associés soient de simples bailleurs de fonds tenus des pertes seulement jusqu'à concurrence de leurs mises ; 3° que le titulaire de l'office soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement. — L'extrait de l'acte de société et les modifications qui peuvent y être apportées, sont publiés, à peine de nullité à l'égard des intéressés, sans que ceux-ci puissent opposer aux tiers le défaut de publication (art. 75, dern. al.). Cf. D. 1890, article 2-3° et article 6.

Ces sociétés ont une nature spéciale. Elles ont beaucoup d'analogie avec les commandites, en ce qu'il y a deux classes d'associés : l'un, le titulaire de l'office, tenu *in infinitum* des pertes ; les autres, les bailleurs de fonds, tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises. Mais ces sociétés diffèrent de la commandite à plusieurs points de vue : non seulement la part *minima* du commandité (titulaire de l'office) est fixée par la loi, mais encore il n'y a pas de raison sociale ; le titulaire fait les opérations en son nom, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de bailleurs de fonds. On ne leur applique pas non plus les articles 27 et 28, C. com. ; des bailleurs de fonds peuvent être *commis principaux* ou *fondés de pouvoirs* (n° 828, *in fine*) et faire ainsi des opérations au nom de l'agent de change, sans engager par là leur responsabilité d'une manière indéfinie, comme le commanditaire qui s'immisce dans la gestion.

Ces sociétés constituent des personnes morales et, par suite, les créanciers sociaux ont le droit de se faire payer sur le fonds social, à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 125-6°). La publicité même à laquelle ces sociétés sont soumises implique leur personnalité.

(1) Mais les agents de change ne peuvent former entre eux aucune association particulière pour les opérations de leur ministère (D. 1890, art. 39).

810. *Chambres syndicales. Règlement.* — Les agents de change forment, dans chacune des villes où il en existe, une sorte de compagnie, à la tête de laquelle, dans les Bourses pourvues d'un parquet, est placée une *chambre syndicale* composée d'agents de change élus par leurs confrères (D. 1890, art. 17 modifié par le décret du 29 juin 1898) ; chaque *chambre syndicale* comprend un *syndic* et des adjoints, dont le nombre dépend du nombre total des agents de change. Les chambres syndicales ont deux catégories d'attributions (D. 1890, art. 21). Les unes, ayant un caractère purement intérieur, ont pour but de maintenir l'ordre et la discipline parmi les agents de change : la chambre syndicale, comme chambre de discipline, doit veiller à ce que chaque agent de change se renferme dans les limites légales de ses fonctions ; elle peut mander devant elle tout agent de change, lui ordonner la production de ses livres et lui prescrire toutes mesures de précaution qu'elle juge utiles (D. 1890, art. 22) ; elle peut, de plus, suivant la gravité des cas, blâmer les membres de la compagnie, les censurer, leur interdire l'entrée de la Bourse pendant un mois au plus et provoquer leur suspension ou leur destitution (D. 1890, art. 23) ; elle prévient ou concilie les différends que les agents de change peuvent, à raison de leurs fonctions, avoir entre eux ou avec des tiers (D. 1890, art. 21-2°) ; elle administre la *caisse commune* (n° 841). Les autres attributions de la chambre syndicale ont un caractère extérieur, en ce sens qu'elles se rattachent aux rapports des agents de change avec le public : la chambre syndicale constate les cours (811), préside aux liquidations (n° 840), statue sur l'admission des valeurs à la cote officielle (n° 813), représente collectivement tous les membres de la compagnie, pour faire valoir leurs droits, privilèges et intérêts communs (D. 1890, art. 21-3°) ; ainsi, elle dénonce les tiers qui s'immiscent dans les fonctions d'agent de change et ceux qui, en recourant à eux, se rendent complices de leur délit (arrêté du 27 prairial an X, art. 4 à 6) ; enfin, elle administre la caisse commune (D. 1890, art. 21-3°). Le syndic exécute les délibérations de la chambre syndicale, il représente la compagnie en justice et dans les actes de la vie civile (D. 1890, art. 27) (1). D'après l'article 82 du décret de 1890, il est statué par des règlements *particuliers*, délibérés par les compagnies d'agents de change, homologués, suivant les cas, par le ministre des Finances ou le ministre du Commerce (n° 808), sur un grand nom-

(1) La Chambre syndicale doit être considérée comme ayant la personnalité civile. Cela résulte bien des attributions que lui reconnaît le décret de 1890, et cela ne pouvait, du reste, être contesté depuis la loi du 21 mars 1884 qui investit les syndicats professionnels de la personnalité juridique.

bre de points réservés par le décret Jusqu'en 1891, les règlements que faisaient les chambres syndicales, n'ayant pas obtenu l'approbation du gouvernement, n'étaient obligatoires qu'à raison de l'engagement de s'y conformer pris par chaque agent lors de sa nomination. Aussi la jurisprudence refusait-elle aux chambres syndicales toute juridiction disciplinaire (1) ; il y avait exception pour la chambre syndicale des agents de change de Paris, investie du pouvoir disciplinaire par un texte spécial (2).

Dans les Bourses non pourvues d'un parquet, les agents de change se réunissent aux courtiers pour élire une chambre syndicale mixte, qui a les attributions dont nous venons de parler (D. 5 janvier 1867, art. 2 ; D. 1890. art. 30).

811. *Attributions des agents de change*. — Les attributions conférées par les lois aux agents de change sont multiples (art. 76, C. com.) : 1° ils font, pour le compte d'autrui, les négociations d'effets publics et de tous autres effets susceptibles d'être cotés ; 2° ils ont le droit de négocier les lettres de change et les billets de commerce ; 3° ils constatent officiellement les cours de ces divers effets et valeurs ; 4° ils font la négociation des matières métalliques (lingots et espèces monnayées) ; 5° ils en constatent officiellement le cours. Parmi ces attributions, les unes (1°, 2°, 3°, 5°) appartiennent exclusivement aux agents de change, les autres (4°) leur sont communes avec les courtiers de marchandises. D'après l'article 76, C. com., les agents de change sont chargés, en concurrence avec les courtiers, de faire le courtage et la négociation des matières métalliques. Depuis la suppression du courtage officiel des marchandises par la loi du 18 juillet 1866 (n° 888), toute personne peut faire le courtage des matières métalliques comme des autres marchandises ; mais les cours des matières métalliques ne peuvent être constatés officiellement que par des agents de change. — Il a été dit plus haut (nos 571 et 572) qu'en fait, la négociation des effets de commerce est abandonnée par les agents de change aux banquiers, mais que les agents de change seuls constatent le cours du change, conformément à l'article 76, C. com.

La principale attribution des agents de change est de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés (art. 76, 1er al., C. com.) et d'en constater le cours.

(1) Cass., 11 janvier 1886, D. 1886. 1. 124 ; *Pand. fr.*, 1886. 1. 91.

(2) Ch. req., 1er décembre 1856, D. 1856. 1. 430. — Actuellement, les compagnies d'agents de change ont chacune leur règlement particulier approuvé par le ministre compétent. La compagnie des agents de change de Paris a arrêté, le 3 décembre 1891 (*Journal officiel* du 3 décembre), son règlement qu'elle a modifié sur divers points le 29 juin 1898 (*Journal officiel* du 30 juin).

812. *Négociation des valeurs mobilières. Effets publics et autres.* — Il s'agit de valeurs mobilières, c'est-à-dire de rentes sur l'État français et sur les États étrangers, d'actions de sociétés, d'obligations de sociétés, d'États étrangers, de villes, de départements, de provinces, etc. Le Code de commerce (art. 76) distingue les effets publics et les autres effets qu'on peut appeler effets privés, particuliers ou non publics. Cette distinction n'a plus grand intérêt pratique : elle a perdu celui qui résultait des articles 421 et 422, C. pén., abrogés par la loi du 28 mars 1885 ; ces articles ne punissaient les paris sur les cours qu'autant qu'ils portaient sur les cours des effets *publics*. Mais, d'après la jurisprudence actuelle, qui, du reste, est fort contestable, la distinction aurait conservé de l'utilité au point de vue de l'application de l'article 419, C. pén. : cet article punit ceux qui, par des moyens frauduleux, ont opéré la hausse ou la baisse du prix des *denrées, marchandises et* EFFETS PUBLICS. Plusieurs décisions judiciaires (1) ont admis que l'article 419, C. pén., ne s'applique pas au cas où des manœuvres frauduleuses sont employées pour faire varier les cours d'effets privés.

La classification des valeurs mobilières en effets *publics* et effets *privés* n'est faite par aucun texte de loi. On range ordinairement parmi les effets publics les titres émis par des personnes morales ayant un caractère public, spécialement les rentes sur l'État français ou les États étrangers, les bons du Trésor public français, les titres émis par les départements et les villes ou avec l'autorisation des pouvoirs publics (actions et obligations des compagnies de chemins de fer, actions et obligations des sociétés anonymes créées avec l'autorisation du gouvernement). Au contraire, les mêmes valeurs émises par des sociétés non soumises à l'autorisation préalable sont des effets privés.

813. *Admission à la cote officielle.* — Tous les effets publics et privés peuvent, en principe, être négociés dans les Bourses. Mais tous, à l'exception des fonds d État français, ne sont pas nécessairement *cotés*, c'est-à-dire que le cours de tous n'est pas officiellement constaté. La chambre syndicale des agents de change détermine, pour chacune des Bourses, quelles valeurs sont admises à la cote officielle, soit sur la demande des intéressés, soit d'office, si l'intérêt général paraît l'exiger. Généralement, la chambre syndicale examine s'il y a une quantité de négociations assez grande sur les valeurs dont il s'agit pour que leur admission à la cote soit d'un intérêt général (quand ce sont des valeurs émises par une société constituée régulièrement) et si ces valeurs sont dignes de quelque confiance. Mais, il y a des valeurs

(1) Ch. crim., 30 juillet 1885, *J. Pal.*, 1885. 1205 ; S. 1885. 1. 514 ; *Pand. fr. chr.*

dont, en vertu de dispositions légales prohibitives, l'admission à la cote n'est pas possible. La négociabilité de certains titres français est soumise à des conditions particulières : il va de soi qu'en l'absence d'une de ces conditions, ils ne sauraient être admis à la cote (1). Cela s'applique aux actions de numéraire qui ne peuvent être négociées avant la constitution des sociétés (L. 24 juillet 1867, art. 2 et 3) et aux actions d'apport qui ne peuvent être négociées avant l'expiration de deux années depuis cette constitution (n° 250).

814. *Etendue du monopole des agents de change.* — Il importe de déterminer exactement l'étendue du monopole conféré par la loi aux agents de change. Ce monopole est protégé par des sanctions multiples applicables à ceux qui y portent atteinte. L'empiétement sur ce monopole constitue un délit correctionnel puni d'amende, enfin une amende fiscale frappe les contrevenants (nos 818 et 819).

Des difficultés nombreuses s'élèvent au sujet, soit des valeurs auxquelles le monopole s'applique, soit des opérations pour lesquelles il existe (2).

815. En ce qui concerne les valeurs pour lesquelles les agents de change ont le droit exclusif de négociation, une grave question se pose. Ce droit exclusif n'existe-t-il que pour les valeurs admises à la cote ou s'étend-il à toutes les valeurs réunissant les conditions légales voulues pour y être admises, quand même elles ne le seraient pas ? On pourrait être tenté d'adopter la seconde solution (3) ; en sa faveur, on peut faire remarquer que l'article 76, C. com., déclare que les agents de change ont seuls le droit de faire des négociations d'*effets publics et autres* SUSCEPTIBLES D'ÊTRE COTÉS, et que cette dernière expression ne peut être prise comme synonyme d'effets *admis* à la cote officielle. Avec ce système, le monopole existerait au profit des agents de change pour

(1) La responsabilité de la chambre syndicale serait engagée en cas d'admission à la cote d'une valeur qui ne réunirait pas les conditions requises. Cf. Cass., 4 décembre 1877, S. 1878. 1. 309 ; *J. Pal.*, 1878. 913 ; D. 1878. 1. 249 ; *Pand. fr. chr.*

(2) La question de la suppression du monopole des agents de change a été agitée à propos de la loi de finances du 28 avril 1893, qui établit un impôt sur les opérations de Bourse, mais l'état de choses actuel a été maintenu, et l'article 35 de cette loi dispose : « *il n'est apporté par les articles précédents aucune dérogation aux dispositions de l'article 77, C. com.* ». La loi de finances du 13 avril 1898 (art. 14) a renforcé le monopole des agents de change, en donnant aux agents de l'administration de l'enregistrement mission d'exiger, sous peine d'amende, pour chaque opération de Bourse portant sur une valeur cotée, la production d'un bordereau d'agent de change. V. ci-après p. 606, note 1.

(3) Nous l'avions nous-même admise dans notre *Précis de Droit commercial*, I, n° 1481.

tous les titres dont la négociation n'est prohibée par aucune loi et qui sont de la nature des valeurs négociées dans les Bourses (actions, obligations, rentes, etc.). Il est préférable de ne reconnaître le monopole que pour les valeurs effectivement admises à la cote. Cette opinion, adoptée par la Cour de cassation (1), paraît consacrée par la loi du 13 avril 1898 (art. 14); elle a l'avantage de bien délimiter le droit exclusif des agents de change. En outre, elle n'est point contraire aux expressions de l'article 76. Quand une valeur est admise à la cote officielle, elle n'est pas par cela même cotée ; pour qu'elle le soit, il faut qu'elle donne lieu à des négociations. On peut dire ainsi que les valeurs admises à la cote sont, selon les expressions de l'article 76, *susceptibles d'être cotées.*

816. Le droit exclusif des agents de change implique que, pour la négociation des valeurs mobilières susceptibles d'être cotées, l'on ne doit pas s'adresser à d'autres intermédiaires, mais il ne met nullement obstacle à ce qu'une personne vende directement à une autre (2). Au surplus, même pour une opération conclue directement entre les intéressés, l'intervention d'un agent de change est toujours nécessaire pour l'exécution de l'opération, quand il s'agit de titres nominatifs, à raison de la formalité du transfert ; il importe qu'un officier public certifie que celui qui fait une déclaration de transfert est bien la personne dont le nom figure sur les titres. Pour les titres nominatifs de rente française, le transfert n'a lieu qu'autant qu'un agent de change certifie l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites (Arrêté du 27 prairial an X, art. 15). La même règle a été appliquée aux actions de la Banque de France (L. 16 janvier 1808, art. 8) et est suivie généralement pour les autres valeurs mobilières, en vertu des clauses des statuts des sociétés et des cahiers des charges des emprunts (Cf. D. 1890, art. 76) (3).

817. Les notaires ne peuvent-ils pas parfois procéder à la vente des valeurs mobilières ? La question se pose lorsque des valeurs de cette nature font partie de successions bénéficiaires ou vacantes. On sait que

(1) Cass., 1er juillet 1885, S. 1885. 1. 257 ; *Pand. fr. chr.*

(2) V. l'observation faite ci-après, note *in fine* de la page 606. Cpr., contre la restriction au monopole des agents de change indiquée au texte, Paris (ch. correct.), 9 avril 1908, D. 1908. 2. 153 (note de M. Percerou).

(3) Sur la responsabilité des agents de change en pareil cas, cf. Cass., 18 juillet 1898. Des difficultés peuvent se présenter, non seulement quand le transfert a été opéré, par suite d'un faux, du chef d'une personne qui n'était pas propriétaire du titre, mais encore au cas où il l'a été du chef du véritable propriétaire qui était incapable. Sur ce dernier cas, V. Paris, 21 février 1896, S. 1898. 2. 289 (note de M. Wahl).

les effets mobiliers dépendant de ces successions sont vendus, avec l'autorisation du président du tribunal civil, aux enchères et après les affiches et insertions prescrites par la loi (art. 986 et 989, C. proc. civ.). Quand il s'agit de valeurs mobilières pour lesquelles les agents de change ont un droit exclusif de négociation, eux seuls ont-ils le droit de procéder à la vente de ces valeurs comprises dans une succession vacante ou bénéficiaire, ou bien peut-il être procédé à cette vente par un notaire avec l'autorisation du président du tribunal civil? La jurisprudence admet que, pour ces sortes de vente, le monopole des agents de change n'existe pas (1). Ce monopole ne comprend, dit-on, d'après les termes mêmes de l'article 76, C. com., que les *négociations*; négocier, c'est s'interposer entre un vendeur et un acheteur qu'on cherche ; une vente aux enchères n'est pas une négociation.

La même question pouvait être discutée pour la vente des valeurs mobilières des mineurs et des interdits; elle est tranchée par la loi du 27 février 1880 (art. 3), qui admet que l'aliénation est opérée par les agents de change au cours moyen du jour.

Le décret de 1890 contient une série de dispositions spéciales aux négociations judiciaires ou forcées et à la négociation de valeurs appartenant à des mineurs ou à des interdits (art. 70-73).

818. *Immixtion dans les fonctions d'agent de change.* — Le monopole des agents de change est protégé par différentes sanctions pénales et civiles.

L'immixtion dans les fonctions d'agent de change constitue un délit correctionnel, réprimé par d'anciennes lois : une amende, qui est au plus du sixième et au moins du douzième du cautionnement des agents de change, peut être prononcée (art. 8, loi du 28 ventôse an IX). Pour déterminer le maximum et le minimum de cette amende, faut-il s'attacher aux cautionnements, tels qu'ils étaient fixés en l'an IX, ou aux cautionnements beaucoup plus considérables, tels qu'ils ont été fixés en dernier lieu en 1862 (2)? La jurisprudence admet qu'on doit s'attacher aux cautionnements actuels et que, par suite, l'amende a augmenté avec eux (3).

La même peine frappe *les banquiers et les négociants* qui s'adressent pour des négociations à d'autres personnes qu'à des agents de change (art. 6, arrêté du 27 prairial an X), mais non les simples particuliers.

(1) Cass., 7 décembre 1853, S. 1854. 1. 177.

(2) A Paris, en l'an IX, le cautionnement d'un agent de change était de 60.000 francs ; il est, depuis 1862, de 250.000 francs.

(3) Cass., 19 janvier 1860, S. 1860. 1. 481 ; *Pand. fr. chr.*

En outre, il va de soi qu'en vertu des articles 1382 et 1383, C. civ., des dommages-intérêts peuvent être réclamés à toute personne coupable d'un fait d immixtion. Seulement, comme il n'est pas possible de dire à quel agent de change les opérations eûssent été confiées sans le délit d'immixtion, ce n'est pas un agent de change, c'est le syndic qui, au nom et avec l'autorisation de la chambre syndicale, représentant la compagnie des agents de change, exerce l'action en dommages-intérêts au nom de la corporation (D. 1890, art. 21-3° et art. 27).

Enfin, depuis la loi du 13 avril 1898, une autre sanction pénale protège le monopole des agents de change ; toute négociation faite sur des valeurs rentrant dans le monopole des agents de change devant donner lieu à la représentation aux agents du fisc d'un bordereau d'agent de change, une amende fiscale frappe ceux qui, s'entremettant dans la négociation de ces valeurs, ne peuvent représenter un bordereau d'agent de change (L. 12 avril 1898, art. 14).

819. Ce n'est pas tout. Le monopole des agents de change n'est pas protégé seulement par les sanctions pénales qui viennent d'être indiquées et par la sanction civile résultant de la règle générale des articles 1382 et 1383, C. civ., il l'est aussi par une sanction civile spéciale, consistant dans la nullité des opérations faites par des intermédiaires sans qualité. Cette nullité est prononcée par des textes du Droit ancien et du Droit intermédiaire, qui ne paraissent pas avoir été abrogés (Arrêté du 27 prairial an X, art. 2, et arrêt du Conseil d'Etat du 24 septembre 1724, art. 18). Cette nullité a des conséquences pratiques graves : celui qui a fait l'acte d'immixtion illicite n'a pas d'action contre son client pour l'obliger à lui rembourser le prix d'achat payé pour lui ; le client n'a pas le droit d'agir contre l'intermédiaire irrégulier pour l'obliger à lui livrer les titres achetés ou à lui remettre le prix des titres vendus.

Il s'agit assurément là d'une nullité d'ordre public, et; en conséquence, aucune ratification émanant des intéressés ne peut enlever le droit de l'invoquer. Mais, faut-il aller jusqu'à reconnaître le droit de répétition à la personne qui, sans invoquer la nullité, aurait exécuté l'opération en livrant des titres ou en payant une somme d'argent ? Les principes généraux du droit sembleraient devoir faire admettre l'affirmative : ce qui a été payé en exécution d'un acte entaché d'une nullité d'ordre public est sujet à répétition. La Cour de cassation (1) a reculé devant cette conséquence extrême et elle écarte la répétition, en se fondant notamment sur les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 septembre 1724 (art. 18), qui semble refuser toute action

(1) Cass., 22 avril et 29 juin 1885, S. 1885. 1. 251 ; *Pand. fr. chr.*

à l'occasion des opérations faites par des intermédiaires usurpant les fonctions d'agent de change (1), de telle sorte qu'il n'y aurait d'action, ni pour obtenir l'exécution de ces opérations, ni pour revenir sur l'exécution qui en aurait été faite (2).

820. Malgré les sanctions rigoureuses qui les protègent, les fonctions d'agent de change ont été, surtout avant la loi du 13 avril 1898, l'objet d'usurpations fréquentes. A Paris, il y a des personnes (souvent des banquiers) qui font profession de servir d'intermédiaires pour les négociations de valeurs mobilières. On les désigne souvent sous le nom de *coulissiers ;* ce nom vient de ce qu'anciennement, ces intermédiaires irréguliers se tenaient à la Bourse de Paris dans une sorte de corridor, désigné dans l'usage sous le nom de *coulisse.* On dit que des opérations sont *faites dans la coulisse* ou que des valeurs sont négociées *en banque*, pour indiquer qu'elles sont faites par ces intermédiaires. On oppose aussi au *marché officiel* le *marché libre.* Sur le premier, les négociations se font par l'entremise des agents de change, sur le second par celle des banquiers. Les *coulissiers* s'occupaient surtout, soit des valeurs dont la négociation est défendue par la loi (actions non revêtues du timbre, actions de sociétés non constituées), soit de valeurs non admises à la cote ; mais, avant la loi du 13 avril 1898, ils négociaient aussi des valeurs cotées, en violation du monopole des agents de change. En 1859, la chambre syndicale des agents de change de Paris poursuivit des coulissiers et les fit condamner pour usurpation de fonctions (3). Depuis lors, jusqu'en ces dernières années, les agents de change avaient toléré les coulissiers sans se plaindre.

Mais, à la suite de vives réclamations de la Compagnie des agents de change de Paris, le domaine de la coulisse ou marché libre a été délimité par la loi du 13 avril 1898 (art. 14), en même temps que le monopole des agents de change était protégé par une nouvelle sanction pénale d'ordre fiscal (n° 818).

(1) L'article 18 de l'arrêt du Conseil d'État du 24 septembre 1724 est ainsi conçu : *Toutes négociations de papiers commerçables et effets, faites sans le ministère d'un agent de change, sont déclarées nulles en cas de contestation : faisant Sa Majesté déffence à tous huissiers et sergens de donner aucune assignation sur icelles à peine d'interdiction et de 300 livres d'amende et à tous juges de prononcer aucun jugement, à peine de nullité des dits jugements.*

(2) Avec cette opinion, la nullité pour violation du monopole des agents de change a les mêmes conséquences civiles que produisait, avant la loi du 28 mars 1885, la reconnaissance d'un jeu caché sous un marché à terme (art. 1965 et 1967, C. civ.). V. n° 843.

(3) Paris, 2 août 1859 ; Cass., 19 janvier 1860, S. 1860. 1. 481 ; *J. Pal.*, 1860, p. 452 ; *Pand. fr. chr.*

Actuellement, en vertu de la loi du 13 avril 1898, les coulissiers ne peuvent plus se charger que des opérations sur des valeurs mobilières non admises à la cote officielle. Il a été, en outre, entendu de la façon la plus formelle dans les discussions de cette loi, que la sanction pénale nouvelle qu'elle édicte ne serait pas appliquée aux négociations de rentes sur l'Etat français faites par des coulissiers, encore que les rentes françaises soient de plein droit admises à la cote officielle et qu'on userait à l'égard des coulissiers négociant ces rentes de la tolérance dont, en fait, ils jouissaient depuis 1859 pour les négociations de toutes les valeurs admises à la cote officielle. V. note 1 de la page 606.

820 *bis*. Les coulissiers, exerçant librement leur profession, peuvent faire, à la différence des agents de change, des opérations dans lesquelles ils jouent, par rapport à leur client, le rôle de *contre-partie*, c'est-à-dire de vendeur ou d'acheteur. Ce cas est très fréquent. Quand un coulissier, chargé de négocier des valeurs mobilières comme intermédiaire, joue le rôle de *contre-partie*, il y a lieu d'appliquer les solutions admises dans le cas où un commissionnaire fait pour son propre compte les actes qu'il a été chargé de faire pour son commettant. V. n° 480 (1).

821. Des conflits se sont parfois élevés entre les agents de change et des *banquiers* ou des *trésoriers-payeurs généraux*.

Dans les départements surtout, des particuliers donnent des ordres de Bourse à des banquiers. Ceux-ci, en exécutant ces ordres, commettent-ils le délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change? Il est justement admis que cela dépend de la manière dont ces ordres sont exécutés. Il n'y a pas délit, si le banquier transmet les ordres à un agent de change, qui les exécute en vendant ou en achetant les titres; le banquier alors sert seulement d'intermédiaire entre son client et un agent de change, ce qui est très licite. Mais le délit existe quand le banquier *applique* à l'un de ses clients, qui lui a donné l'ordre d'acheter, des titres qu'un autre client l'a chargé de vendre : le banquier se substitue alors à un agent de change.

Les trésoriers-payeurs généraux sont autorisés par le ministre des Finances à se charger, moyennant un droit de commission, de faire opérer pour les particuliers des ventes et des achats de fonds d'Etat français. Il est évident qu'il n'y a pas délit d'immixtion quand, pour l'exécution des ordres qu'ils reçoivent, les trésoriers-payeurs généraux s'adressent à un agent de change; le délit existerait, au contraire, si les trésoriers procédaient par voie d'application.

822. *Question de preuve*. — La nullité des opérations faites par des

(1) Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 997.

intermédiaires irréguliers et la non-recevabilité de toute action de leur part contre leurs clients font naître une question de preuve. Quand le client actionné allègue que la personne à laquelle il s'est adressé a commis un acte d'immixtion illicite, et que cette personne le nie, est-ce au client à prouver que cette personne n'a pas eu recours à un agent de change? N'est-ce pas, au contraire, à elle à prouver qu'elle a recouru à un agent de change? La jurisprudence, après quelque hésitation, met la preuve à la charge de l'intermédiaire qui agit contre son client (1). Elle se fonde sur ce que, d'après l'article 1993, C. civ., tout mandataire doit rendre compte de sa gestion, ce qui, dit-on, implique que le mandataire doit prouver qu'il a exécuté, conformément à la loi, l'opération dont il a été chargé. On ajoute que la preuve est ici très facile : il suffit à l'intermédiaire de produire le bordereau que l'agent de change a dû lui livrer pour constater l'opération (n° 826). Il est douteux que cette solution soit conforme aux principes généraux du droit : celui qui allègue qu'on n'a pas recouru à un agent de change, oppose, en réalité, une exception. Ne devrait-ce pas être, par suite, à lui à prouver qu'elle est bien fondée?

823. *Prohibitions. Obligations spéciales des agents de change.* — Des dispositions légales nombreuses, insérées dans le Code de commerce ou dans des lois anciennes, interdisent certains actes aux agents de change ou leur imposent des obligations spéciales. Plusieurs de ces dispositions, qui, en fait, étaient déjà tombées en désuétude, ont été abrogées par la loi du 28 mars 1885.

824. En leur qualité d'officiers ministériels, les agents de change ne peuvent pas, en principe, refuser leurs services aux personnes qui leur donnent des ordres d'achat ou de vente. Cependant, la loi même leur interdit de prêter leur ministère aux faillis (Arr. 27 prairial an X, art. 18) ; les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens (2).

825. *Obligation au secret.*— L'agent de change doit garder le secret à ses clients, c'est-à-dire qu'il est tenu de ne pas faire connaître le nom de la personne qui l'a chargé de vendre ou d'acheter (Arrêté du 27 prairial an X, art. 19 ; D. 1890, art. 40). Cette obligation a été admise à raison de ce que le secret est souvent une condition indispensable du succès des opérations de Bourse. C'est à cause de cette obligation au

(1) Cass., 29 mai 1883, S. 1884. 1. 120 ; *J. Pal.*, 1824, p. 264 ; D. 1883, 1. 418 ; *Pand. fr. chr.*

(2) Il semble bien que, par analogie, on doive donner la même solution pour les commerçants déclarés en liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889).

secret que les agents de change ne se bornent pas à remplir le rôle des courtiers qui rapprochent seulement les vendeurs et les acheteurs pour qu'ils contractent ensemble et ne contractent pas au nom de leurs clients, comme le font d'ordinaire les mandataires, mais *agissent en leur nom pour le compte de leurs clients*, comme le font d'ordinaire les commissionnaires (nos 471 et suiv). L'agent de change, chargé de vendre ou d'acheter des titres, les vend à un de ses confrères qui a reçu l'ordre d'acheter; ou les achète d'un de ses confrères qui a reçu l'ordre de vendre, sans que les clients de l'un ou de l'autre interviennent, sans même que les noms de ces clients soient prononcés. En conséquence, l'opération de Bourse. qui consiste toujours dans une vente ou dans un achat, ne fait naître directement d'obligations qu'entre les agents de change ; celles qui prennent naissance entre chaque client et son agent de change dérivent du mandat donné à celui-ci et non pas de l'opération qu'il a exécutée. Chaque client n'a d'action que contre son agent de change pour lui faire rendre compte de son mandat, lui faire livrer les titres (en cas d'ordre d'achat) ou lui faire payer le prix (en cas d'ordre de vendre) ; mais le client qui a fait vendre ou acheter des titres par un agent de change n'a pas d'action contre la personne qui les a fait acheter ou vendre par un autre agent.

L'obligation au secret est sanctionnée par la disposition du Code pénal qui réprime la violation du secret professionnel en général (1). L'agent de change qui y contrevient peut, en outre, en vertu des principes généraux du droit, être condamné à des dommages-intérêts envers la partie lésée et être frappé de peines disciplinaires par la chambre syndicale.

Au reste, l'obligation au secret n'est pas absolue ; l'arrêté du 27 prairial an X (art. 19) indiquait qu'elle n'existe point : *a)* quand les parties consentent à être nommées ; *b)* quand la nature des opérations exige la révélation des noms des clients. Après avoir reproduit ces deux cas, le décret de 1890 (art. 40) ajoute une réserve relative au droit d'investigation qui appartient à la chambre syndicale (n° 810) et qu'elle n'exerce elle-même que sous le sceau du secret professionnel.

826. *Obligations concernant la constatation des opérations. Bordereaux. Livres. Récépissés.* — Les agents de change sont tenus de remettre à leurs clients un *bordereau*, c'est-à-dire un écrit constatant en résumé les opérations faites pour le compte de ceux-ci. Les bordereaux indiquent la nature de l'opération (vente ou achat), la nature et la quantité des valeurs mobilières achetées ou vendues et le prix ; ils doivent, de plus, en vertu de la loi du 15 juin 1872 (art. 15), mentionner les numé-

(1) V. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 378, nos 231 à 234, I, p. 1112.

ros des titres au porteur achetés et livrés, qui sont aussi inscrits sur les livres des agents de change (n° 207). Les bordereaux sont signés des agents de change ; ils ne le sont pas des clients, quoique l'article 109, C. com., suppose le contraire ; l'obligation du secret empêche que les clients donnent leur signature (n° 825, aj. n° 390) (1).

(1) D'après l'article 28 de la loi de finances du 28 avril 1893, à partir du 1er juin 1893, toute opération de Bourse ayant pour objet l'achat ou la vente, au comptant ou à terme, de valeurs de toute nature; donne lieu à la rédaction d'un bordereau soumis à un droit de timbre. La quotité de ce droit était fixée à 5 centimes par 1.000 francs ou fraction de 1.000 francs du montant de l'opération calculé d'après le taux de la négociation. Ce droit n'est pas soumis aux décimes. Il n'était que de moitié pour les opérations de report. Le droit a été réduit à un centime et quart par 1.000 francs pour les rentes sur l'Etat français. L. 28 décembre 1895 (art. 8). La loi du budget du 31 décembre 1908 (art. 8) a décidé que *le droit de timbre auquel l'article 28 de la loi du 28 avril 1893 soumet toute opération de bourse ayant pour objet l'achat ou la vente de valeurs de toute nature au comptant ou à terme, est porté à 0 fr. 10 par 1.000 francs ou fraction de 1.000 francs du montant de la négociation.* Pour les opérations relatives aux rentes sur l'Etat français, le droit est resté fixé à 0 fr. 125 par 1.000 francs. Sur les opérations de report, il est demeuré fixé à 0 fr. 00625 par 1.000 francs pour la rente française et à 0 fr. 025 par 1.000 francs pour toutes les autres valeurs françaises et étrangères.

Il résulte de cette disposition que l'obligation de dresser un bordereau est imposée aux intermédiaires même autres que les agents de change.

Sans distinguer les valeurs admises à la cote officielle et celles qui n'y sont pas admises, l'article 29 de la loi de 1893 obligeait, en principe, toutes les personnes qui interviennent, par profession, dans les opérations d'achat ou de vente, soit à justifier du paiement de l'impôt par la représentation d'un bordereau d'agent de change, soit à payer personnellement le montant des droits. L'article 14 de la loi de finances du 13 avril 1898 a remplacé cet article 29 par la disposition suivante, déclarée applicable à partir du 1er juillet 1898 : *Quiconque fait commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de Bourse doit, à toute réquisition des agents de l'enregistrement, s'il s'agit de valeurs admises à la cote officielle, représenter des bordereaux d'agents de change ou faire connaître les numéros et les dates des bordereaux ainsi que les noms des agents de change de qui ils émanent et, s'il s'agit de valeurs non admises à la cote officielle, acquitter personnellement le montant des droits.* Cette disposition soulève de graves difficultés, dans la discussion desquelles il nous est impossible d'entrer ici. Bornons-nous à faire observer que la législation n'est pas modifiée pour les valeurs non admises à la cote officielle, mais qu'elle l'est gravement pour les autres, puisque tout moyen de suppléer à la représentation ou à l'indication du bordereau est écarté. C'est la suppression de la coulisse pour les valeurs admises à la cote officielle. Il est à remarquer que les agents de l'enregistrement sont ainsi spécialement chargés de faire respecter le monopole des agents de change et que, par suite, la tolérance de ceux-ci ne serait plus suffisante pour laisser opérer les coulissiers. Néanmoins, d'après les déclarations de divers orateurs et du Ministre des Finances lui-même, lors de la discussion de la loi du 13 avril 1898, on laisse fonctionner la coulisse de la

Les bordereaux ne sont pas les seuls moyens de preuve des opérations faites par les agents de change ; il y a encore leurs livres. D'après l'article 84, C. com., ils doivent tenir un livre revêtu des formalités de l'article 11, C. com., dans lequel ils marquent, jour par jour et par ordre de date sans ratures, interlignes ni transpositions, et sans abréviations, ni chiffres, toutes les conditions des négociations faites par leur ministère ; ce livre n'est autre chose qu'un *livre-journal* (Cf. n° 83). Du reste, par cela même que les agents de change sont des commerçants (n° 48), ils doivent tenir aussi un livre-copie de lettres (n° 84). Enfin, d'après le décret du 7 octobre 1890 (art. 41) reproduisant la règle posée par l'arrêté du 27 prairial an X (art. 11 et 12), les opérations doivent être consignées d'abord sur un carnet lors de leur conclusion.

Les agents de change reçoivent des titres et des sommes d'argent de leurs clients, ils sont tenus d'en délivrer des récépissés (D. 1er octobre 1862, art. 6 ; D. 1890, art. 42).

827. Avant la loi du 28 mars 1885, les agents de change ne devaient pas faire crédit à leurs clients ; ils étaient tenus de se faire remettre par eux, avant l'opération, les titres à vendre ou le montant du prix de l'achat à faire (Arrêté du 27 prairial an X, art. 13) ; on voulait ainsi

rente française, c'est-à-dire que la sanction pénale de la loi nouvelle n'est pas appliquée aux négociations de rentes françaises opérées par les coulissiers. En fait, les coulissiers paient les droits sur les opérations de bourse, pour les rentes françaises qu'ils négocient, aux agents de change, qui en transmettent le montant à l'Administration de l'enregistrement. Mais il n'en est pas moins vrai que ces opérations constituent des violations du monopole des agents de change, et les particuliers peuvent, en ce qui les concerne, invoquer, comme par le passé, la nullité qui frappe les négociations de valeurs mobilières faites par des intermédiaires irréguliers.

On s'est ému de la disposition de l'article 14 de la loi de 1898, comme pouvant gêner les *opérations directes* entre vendeurs et acheteurs de titres de Bourse, opérations auxquelles ne fait nullement obstacle le monopole des agents de change. Voici ce que dit à ce sujet l'Instruction de la Direction générale de l'enregistrement en date du 31 mai 1898, après avoir rappelé l'obligation imposée par l'article 14 de la loi de finances pour les valeurs cotées : « Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux opérations *directes* proprement dites, c'est-à-dire celles par lesquelles les banquiers, changeurs et autres assujettis, achètent réellement des titres pour leur compte et les revendent de même *après les avoir possédés pendant un temps plus ou moins long* ». On a fait remarquer, non sans raison, que ces derniers mots, très vagues par eux-mêmes, établissent une exigence arbitraire. Elle a été inventée par l'Administration, par crainte qu'au moyen de prétendues opérations directes, les coulissiers ne parvinssent à réduire à néant le monopole des agents de change. La crainte peut être justifiée, mais la loi seule peut consacrer des mesures restrictives du genre de celles qu'admet l'Administration de l'enregistrement.

éviter des pertes aux agents de change, donner une sécurité aux clients par une sorte d'exécution anticipée du marché. La loi du 28 mars 1885 (art. 2) a, pour des motifs donnés plus loin (n° 845), supprimé cette obligation à laquelle les agents de change ne se conformaient pas, en fait, dans la plupart des cas. Le décret de 1890 dit seulement, pour les marchés au comptant, que l'agent de change *est en droit d'exiger* la remise, avant toute négociation, des effets à négocier ou des fonds destinés à l'achat (art. 58) et, pour les marchés à terme, qu'il *est en droit d'exiger* la remise d'une *couverture* (art. 61).

828. Prohibitions. — Les lois édictent, pour les agents de change, diverses prohibitions.

a) Ils ne peuvent, dans aucun cas ou sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour leur propre compte (art. 85, al. 1, C. com.). On a craint que, mandataires infidèles, les agents de change ne fissent pour eux-mêmes des opérations dont un client les aurait chargés, parce qu'ils les estimeraient avantageuses. De plus, ils influeraient directement sur les cours, qu'ils doivent seulement constater.

Les actes que ferait un agent de change contrairement à cette prohibition ne seraient pas nuls ; il s'agit là d'une interdiction et non d'une incapacité (n° 52). Mais l'agent de change contrevenant peut être destitué : s'il l'est, une amende de 3.000 francs peut être prononcée contre lui ; en outre, il ne peut être réintégré dans ses fonctions (art. 87 et 88 C. com.).

b) Il est interdit aux agents de change d'avoir, soit en France sur une place autre que celle pour laquelle ils ont été nommés, soit à l'étranger, des délégués chargés de les représenter ou de leur transmettre directement des ordres (art. 7, D. 1er octobre 1862).

Les agents de change ont des employés qui tiennent les livres, reçoivent et paient, remettent et reçoivent les titres, etc. ; ces employés ont des fonctions intérieures et aucune disposition légale ne les concerne. Le décret de 1890 s'occupe de certains auxiliaires des agents de change. Ceux-ci peuvent d'abord constituer des *fondés de pouvoir* chargés de les représenter pour les actes autres que la négociation et la signature des bordereaux (art. 34). De plus, dans les Bourses pourvues d'un parquet, les agents peuvent avoir, sous le nom de *commis principaux*, des mandataires spéciaux chargés de prendre part aux négociations (art. 36, aj. art. 36 et 37).

829. Le législateur veut que les agents de change soient d'une grande circonspection dans les opérations dont ils se chargent. Aussi la loi considère-t-elle comme banqueroutier tout agent de change déclaré en faillite, alors même que, dans des circonstances semblables, tout autre

commerçant ne le serait pas (art. 89, C. com.). En outre, en règle générale, la banqueroute simple entraîne la peine d'emprisonnement et la banqueroute frauduleuse celle des travaux forcés à temps (art. 402, C. pén.); les agents de change faillis encourent, comme banqueroutiers simples, les travaux forcés à temps et ils sont punis des travaux forcés à perpétuité en cas de banqueroute frauduleuse (C. p., art. 404). A raison même de ces dispositions sévères, il est fort rare que les tribunaux se décident à déclarer des agents de change en faillite.

830. DES OPÉRATIONS FAITES PAR LES AGENTS DE CHANGE. — Ce sont toutes des achats et des ventes. Seulement, elles affectent des modalités spéciales et sont régies par des règles particulières contenues dans le décret du 7 octobre 1890 ou consacrées par les usages, dont beaucoup sont constatés par les règlements des compagnies d'agents de change. On donne ordinairement à ces opérations le nom de *marchés*. Les marchés ne se font qu'à la Bourse, aux jours et aux heures déterminés. V. le décret de 1890, articles 43 et suiv.

Les agents de change ne se livrent entre eux que des valeurs au porteur, sauf en ce qui concerne les valeurs qui ne peuvent, d'après la loi (nos 253 et suiv.) ou d'après les statuts de l'établissement émetteur, affecter d'autre forme que la forme nominative (1) (D. 1890, art. 4). Quand on remet à un agent de change des titres nominatifs pour les vendre, il y a donc lieu de les faire convertir en titres au porteur. Cf. n° 202.

La responsabilité d'un agent de change peut être gravement engagée à raison des titres négociés par son intermédiaire, notamment quand il se charge d'une négociation pour le compte d'une personne n'ayant pas la capacité ou le pouvoir de vendre des valeurs mobilières. En outre, d'après le décret de 1890 (art. 48), l'agent de change qui aurait livré un titre irrégulier amorti, frappé d'opposition entre ses mains ou figurant au *Bulletin officiel des oppositions* (n° 207), est tenu, indépendamment de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, de livrer un autre titre dans les trois jours au plus tard à partir de la réclamation.

830 *bis*. *Courtage*. — Les agents de change sont rémunérés de leur intervention au moyen d'un *courtage*, dont le taux est fixé par la chambre syndicale dans les limites d'un maximum déterminé par un règle-

(1) Pour les titres nominatifs, il peut y avoir lieu à un *transfert d'ordre*, c'est-à dire à un transfert provisoire au nom de l'agent de change. V., au sujet de ce transfert, le décret de 1890, art. 49.

ment d'administration publique (1). Le taux fixé par la chambre syndicale s'impose à tous les agents d'un même parquet ; on veut diminuer les abus de la concurrence.

831. *Des cours. Causes de leurs variations.* — C'est en se référant au prix des opérations faites par eux pour leurs clients que les agents de change constatent officiellement le cours des valeurs admises à la cote (art. 76, al. 1, C. com. ; art. 77-80, décret de 1890). Le prix des valeurs de Bourse est, comme celui de toutes les marchandises, soumis à la loi de l'offre et de la demande : quand une valeur est très demandée, la hausse se produit ; quand elle est très offerte et peu demandée, il y a baisse. Des causes multiples font, en matière de valeurs de Bourse, varier le rapport entre l'offre et la demande.

Au rang de ces causes on peut placer les événements politiques. Une révolution, une guerre civile ou étrangère, en faisant craindre pour le crédit de l'État et pour la prospérité des sociétés commerciales, déterminent un grand nombre de personnes à vendre leurs titres et font, par suite, baisser les cours. Il faut ajouter, pour les valeurs d'un revenu variable, telles que les actions, que l'accroissement des dividendes augmente le nombre des acheteurs et entraîne la hausse, tandis que la diminution des dividendes entraîne la baisse.

En dehors de ces causes, en quelque sorte purement naturelles, des manœuvres plus ou moins frauduleuses sont trop souvent pratiquées pour amener des offres ou des demandes nombreuses destinées à produire la baisse ou la hausse. Ainsi, des individus, qui veulent vendre des actions pour un prix élevé, répandent des bruits exagérés sur la prospérité actuelle et sur l'avenir d'une société ; d'autres qui désirent acheter des actions pour un prix réduit, la décrient, au contraire, dans le public. De faux bruits relatifs à des événements politiques sont aussi parfois répandus dans des buts semblables.

Au point de vue des cours, les valeurs de Bourse sont *au pair*, *au-dessus du pair* ou *au-dessous du pair*. Le pair est le *capital nominal* d'une action, d'une obligation, d'une rente. Une valeur de Bourse est au pair, quand son prix est précisément égal à son capital nominal ; elle est *au-dessous* ou *au-dessus du pair*, quand ce prix est inférieur ou supérieur au capital nominal.

(1) Ce taux est de 10 centimes pour cent de la valeur négociée, pour les marchés au comptant, avec un minimum de 50 centimes par bordereau, en vertu du décret du 12 juillet 1901 ; il était auparavant de 25 centimes. Le décret du 29 juin 1898 qu'a remplacé le décret du 12 juillet 1901, a décidé que le courtage serait calculé sur le montant *réel* de l'opération, ce qui est important au cas où il s'agit d'un titre non entièrement libéré. C'est une réforme analogue à celle de 1875 pour l'assiette de l'impôt de transmission (n° 224).

On peut dire que quatre classes principales de personnes font des opérations de Bourse : celles qui veulent faire des placements, les spéculateurs, les joueurs et les agioteurs. Les premières se proposent, en achetant des valeurs de Bourse, de tirer de leurs capitaux un certain revenu ; elles ne revendent guère les titres qu'elles ont achetés que lorsqu'elles ont besoin d'argent. Les *spéculateurs* se proposent, après avoir acheté des titres, de les revendre à un plus haut prix ou, après en avoir vendu dont la livraison n'est pas immédiate, d'en acheter à un prix moins élevé pour les livrer. Les *joueurs* sont des personnes qui ne se font pas livrer et qui ne livrent pas des titres, mais qui cherchent à réaliser des bénéfices sur les différences des cours. Ainsi, un joueur achètera 3.000 fr. de rente 3 0/0 perpétuel à 97 fr. (soit 97.000 fr.) pour la fin du mois; si, à cette date, les cours ont baissé, sont, par exemple, à 96 fr., il ne se fera pas livrer les titres qu'il revendrait à perte, il paiera la différence, soit 1.000 fr. ; si, au contraire, les cours ont haussé à la fin du mois, sont, par exemple, à 98 fr., il recevra la différence, soit 1.000 fr., du vendeur qui ferait une perte égale à cette somme, s'il devait se procurer les titres, qu'il n'a pas, pour les livrer. Le nom d'*agioteurs* est souvent donné aux joueurs, qui emploient des manœuvres frauduleuses pour produire, selon leur intérêt, la hausse ou la baisse ; mais ce mot n'a pas toujours ce sens étroit; il désigne aussi parfois les *joueurs,* qu'ils usent ou non de manœuvres pour faire varier les cours.

832. Différentes sortes de marchés de bourse. — Les opérations de Bourse se divisent en deux grandes catégories : *les ventes* ou *marchés au comptant* et *les ventes* ou *marchés à terme*.

833. *Marchés au comptant.* — Ces marchés sont les ventes dans lesquelles il n'est stipulé aucun terme ni pour le paiement du prix, ni pour la livraison des titres. Ils doivent s'exécuter immédiatement, sauf les délais nécessaires pour que les titres soient livrés de l'agent vendeur à l'agent acheteur et de celui-ci à son client et, en outre, quand il s'agit de titres nominatifs, pour que le transfert soit opéré. Ils se font à un cours fixe, au cours du jour ou au cours moyen. Ils se font à un cours fixe, quand le client (acheteur ou vendeur) a déterminé d'une manière invariable le prix auquel doit être faite la négociation. Ils se font au cours du jour, quand le client, en laissant toute latitude à son agent de change, s'est borné à lui donner l'ordre de vendre ou d'acheter à l'un des cours de tel jour déterminé. Enfin, ils se font au cours moyen, quand le client a donné l'ordre de traiter pour lui à un prix également distant du cours le plus haut et du cours le plus bas d'un certain jour.

Des marchés au comptant sont des opérations sérieuses, en ce sens

que les parties ont l'intention de faire et de recevoir la livraison des titres vendus. Le plus souvent, l'acheteur s'y propose de faire un placement; il peut aussi avoir un but de spéculation, c'est-à-dire acheter avec l'intention de revendre, si la hausse se produit. L'acheteur ne fait un acte de commerce que lorsqu'il a cette intention, et le vendeur ne fait un acte de commerce que lorsqu'il vend des titres achetés par lui avec l'intention de les revendre (art. 632, C. com. V. nos 22 et suiv.).

834. *Marchés à terme. Usages de la Bourse de Paris.* — On appelle *marchés à terme* les ventes dans lesquelles un délai est expressément stipulé pour la livraison des titres et pour le paiement du prix (1).

Des questions de droit très délicates se sont élevées autrefois à propos des marchés à terme, dont, pendant longtemps, la validité même a été contestée; ces questions sont aujourd'hui tranchées par la loi du 28 mars 1885. Pour comprendre quelles étaient ces questions et pour saisir la portée de la loi nouvelle, il est indispensable de connaître les usages principaux des Bourses, spécialement ceux de la Bourse de Paris.

Presque toujours les ventes à terme ont lieu *à découvert*, c'est-à-dire que, lors de la conclusion du marché, le vendeur n'a pas les titres entre les mains; c'est seulement dans des cas exceptionnels qu'une personne qui possède des titres les vend à terme et non au comptant. Ainsi, l'on peut supposer qu'une personne, se trouvant éloignée de son domicile où se trouvent ses titres et voulant profiter d'un cours favorable, donne un ordre de vente; elle ne peut vendre qu'à terme; il lui faut, en effet, un délai pour opérer la livraison. Comme cela sera expliqué, le prix des marchés à terme est, en général, pour une même valeur, plus élevé que le prix des marchés au comptant (n° 838). Aussi conçoit-on qu'une personne, n'ayant pas un besoin immédiat d'argent, vende à terme les titres qu'elle possède pour en obtenir un prix supérieur.

Les marchés à terme sont toujours des actes de spéculation, et souvent même ils n'impliquent aucunement chez les parties la volonté d'arriver à la livraison des titres. Quand il y a seulement spéculation, le vendeur qui vend *à découvert* espère qu'avant l'arrivée du terme il pourra, grâce à la baisse, acheter des titres à un prix inférieur à celui de sa vente et, en les livrant à son acheteur, réaliser un bénéfice égal

(1) Dans la *vente à crédit*, il y a aussi un terme, mais seulement pour le paiement du prix à faire par l'acheteur (n° 417). Pour les marchandises, les *ventes* ou *marchés à livrer* correspondent aux *marchés à terme* (n° 424).

à la différence des prix. L'acheteur à terme, au contraire, espère qu'avant l'échéance du terme la hausse se produira et qu'il pourra revendre les titres pour un prix supérieur à celui qu'il doit payer. Quand les parties ne se soucient pas des titres, mais que, spéculant seulement sur la variation des cours, elles veulent que tout se réduise à un paiement de *différences*, le vendeur à terme paie, en cas de hausse, une somme équivalente à celle qu'il perdrait, s'il devait acheter des titres pour en opérer la livraison, tandis qu'en cas de baisse, l'acheteur paie au vendeur une somme égale à la perte qu'il éprouverait, s'il devait revendre les titres à l'échéance du terme pour se procurer le prix qu'il doit payer. Le vendeur spécule donc toujours à la baisse dans les marchés à terme, tandis que l'acheteur y spécule à la hausse. Au surplus, on peut reproduire ici ce qui a été dit à propos des *marchés à livrer* (n° 424), qui sont pour les marchandises ce que sont les marchés à terme pour les valeurs mobilières.

835. Plusieurs règles restrictives régissent à la Bourse de Paris les marchés à terme.

1. Toutes les valeurs ne peuvent pas être négociées à terme. En admettant une valeur à la cote officielle, la chambre syndicale décide si elle pourra être négociée à terme.

2. On peut vendre ou acheter au comptant une seule action ou une seule obligation ; au contraire, on ne peut opérer à terme que sur des quantités assez élevées et sur leurs multiples. Ainsi, d'après le *règlement particulier de la Compagnie des agents de change de Paris* du 29 juin 1898 (art. 53), *la Chambre syndicale des agents-de change détermine les quotités et les multiples des négociations pour les marchés à terme* (1).

3. Le terme fixé pour la livraison des titres et pour le paiement du prix ne peut pas être choisi librement par les parties, qui doivent nécessairement prendre l'une des époques choisies pour les *liquidations* (n° 840), c'est-à-dire le dernier jour du mois pour les fonds d'État français, les actions de la Banque de France, du Crédit foncier de France et des chemins de fer français, et le dernier jour ou le quinze du mois pour toutes les autres valeurs.

4. Les marchés à terme ne peuvent être conclus pour un terme plus éloigné que la fin du mois suivant (*fin prochain*). V. art. 51 du *règlement particulier des agents de change de Paris* (2)

(1) Le minimum est, par exemple, de 1.500 francs de rente 3 0/0, de 25 actions d'une société.

(3) La Chambre syndicale peut étendre les échéances pour les marchés à primes dans les limites qu'elle juge nécessaires. V. n° 838.

D'après le décret de 1890, les négociations à terme se font *pour les échéances et les quotités déterminées* par les règlements délibérés par les compagnies d'agents de change et homologués par le ministre (art. 60).

836. Les marchés à terme se divisent en deux catégories : les *marchés fermes* et les *marchés libres* ou *à prime*. — V. ce qui a déjà été dit, à cet égard, à propos des marchés à livrer sur marchandises, n° 424.

837. *Marchés fermes*. — On appelle ainsi les ventes qui obligent définitivement l'acheteur et le vendeur, de telle sorte que ni l'un ni l'autre n'a la faculté de se libérer de son engagement, même en payant un dédit.

Selon l'usage consacré par le règlement de la Bourse de Paris, l'acheteur a toujours la faculté d'exiger la livraison des titres avant le terme fixé, sans que le vendeur puisse le contraindre à les recevoir antérieurement. Cette faculté, appelée *escompte*, est exercée, en fait, dans des buts variés : d'abord l'acheteur peut avoir un intérêt spécial à obtenir une livraison immédiate ; il est possible qu'il ait besoin des titres, parce qu'il va faire un voyage, ou parce qu'il veut vendre les titres dans une Bourse étrangère où les cours sont élevés. Le plus souvent, les acheteurs usent de la faculté d'escompte dans un but de spéculation : ils escomptent, afin d'amener la hausse qui se produit nécessairement quand les vendeurs à terme, ayant vendu à découvert, sont obligés de se procurer tout à coup des titres pour les livrer. Le décret de 1890, dans son article 63, consacre la faculté d'escompte (1).

838. *Marchés à prime*. — Ces marchés, appelés parfois aussi marchés *libres*, sont des marchés à terme dans lesquels il est stipulé que l'acheteur pourra, selon sa volonté, ou exiger la livraison au terme convenu ou renoncer au marché en payant une somme fixée à l'avance, sorte de dédit qu'on appelle une *prime*. Ces marchés présentent cet avantage pour l'acheteur qu'en cas de baisse, il peut limiter sa perte au montant de la prime qu'il abandonne au vendeur. Par contre, ce marché offre ce désavantage pour le vendeur que son bénéfice ne peut pas excéder le montant de la prime, tandis que sa perte possible n'y est pas limitée. Des exemples font aisément saisir ces idées. Supposons que Paul charge son agent de change de vendre pour fin courant 3.000 fr.

(1) On a critiqué la faculté d'escompte comme contraire à l'équité. La situation n'est pas égale entre le vendeur et l'acheteur, puisque le terme est présumé stipulé uniquement dans l'intérêt de celui-ci. Cela paraît être un reste des anciennes idées, d'après lesquelles les spéculateurs à la hausse étaient seuls vûs avec faveur.

de rente 3 0/0 au cours de 100 fr., soit 100.000 fr. avec une prime de 50 centimes par 3 fr. de rente (en tout de 500 fr.). Si, à la fin du mois, le cours est de 99 fr., l'acheteur fera abandon de la prime. Sans doute, il perdra ainsi 500 fr., mais il en perdrait 1.000 en recevant les titres et en les revendant 99.000 fr. seulement. Si la baisse n'atteint pas le montant de la prime ou s'il y a hausse, l'acheteur préférera naturellement réclamer l'exécution du marché et la perte du vendeur sera égale au montant de la hausse.

A raison même du désavantage que les marchés à prime présentent pour le vendeur, le prix en est plus élevé que celui des marchés au comptant. Pour le montant de la prime, il varie beaucoup. Ainsi, il peut être de 1 fr., de 50 cent., de 25 cent. à raison de 3 fr. de rente sur l'État français. On dit dans le langage de la Bourse que la prime est *dont un*, *dont cinquante*, etc. Pour les actions, on stipule des primes de 5 fr., de 10 fr., parfois même de 20 fr. par action.

Les acheteurs à prime ont une option à exercer lors de l'arrivée du terme (1); ils la font connaître par une déclaration, appelée dans le langage de la Bourse *la réponse des primes*. Quand l'acheteur renonce au marché, on dit qu'il *abandonne la prime ;* quand il réclame l'exécution, on dit qu'il *lève*, c'est-à-dire qu'il se fait livrer les titres. La réponse des primes a lieu, en principe, à Paris lors des liquidations du 1er et du 15 de chaque mois. Le sens dans lequel se fait cette réponse exerce sur les cours une grande influence. Les vendeurs à prime, comme le plus grand nombre des vendeurs à terme, opèrent *à découvert*, c'est-à-dire sans avoir les titres lors de la conclusion du marché (n° 782). Quand les acheteurs en grand nombre lèvent, il faut, par suite, que les vendeurs se procurent des titres ; cela détermine les demandes de titres, ce qui entraîne naturellement la hausse. Quand, au contraire, beaucoup d'acheteurs abandonnent les primes, les vendeurs, qui ont eu le soin de se procurer les titres par avance, s'en défont ; alors il y a baisse.

Dans l'usage des Bourses françaises, le droit d'abandon du marché moyennant une prime n'est stipulé qu'au profit de l'acheteur. Pour les marchés à livrer de marchandises et non de valeurs mobilières, il y a parfois aussi des primes stipulées au profit du vendeur qui a la faculté de se dédire (nos 424 et 859).

839. *Des reports.* — Ces opérations consistent dans la combinaison d'un marché au comptant et d'un marché à terme ou de deux marchés à deux termes différents.

Le mot *report* a deux sens. Parfois on désigne sous ce nom une cer-

(1) V. n° 835, 3.

taine situation de Bourse. Le plus souvent, une valeur a un cours plus élevé à terme qu'au comptant ; cela tient surtout à ce que l'acheteur a l'avantage de conserver jusqu'à l'arrivée du terme la jouissance de la somme formant le prix, bien qu'il ait droit aux intérêts, arrérages et dividendes, du titre à échoir avant le terme ; on dit qu'il y a *report* lorsque le cours du terme est supérieur à celui du comptant pour la même valeur de Bourse. Quand, au contraire, le prix du terme est inférieur à celui du comptant, il y a *déport*. Le *déport* peut être produit par des causes variées, notamment par un grand nombre d'escomptes ; lorsque beaucoup d'acheteurs à terme usent de la faculté d'escompte (nº 837), les *escomptés*, qui sont *vendeurs à découvert*, ont besoin de titres et leurs demandes font hausser subitement les cours. Quand les cours d'une même valeur au comptant et à terme sont égaux, on dit que le *report est au pair*.

Le mot *report* a un autre sens qui est celui où on le prend lorsque, comme nous le faisons ici, on entend par là une opération de Bourse d'un certain genre : il désigne l'opération consistant à acheter des titres au comptant (ou à un certain terme) en les revendant à terme (ou à un terme plus éloigné). Le *reporteur* est celui qui achète au comptant et revend à terme, le *reporté* celui qui achète à terme les titres qu'il avait vendus au comptant. Il arrive sans doute souvent qu'une même personne achète et revend *successivement* les mêmes valeurs, c'est là ce que font les spéculateurs, pour bénéficier des différences des cours. Mais, par cela même qu'il y a succession d'un achat et d'une revente, il n'y a pas report. Pour qu'il y ait report, il faut qu'il y ait simultanéité des deux opérations, c'est-à-dire que ce soit au même moment qu'une personne achète au comptant (ou à terme) des titres qu'elle revend tout de suite à terme (ou à un autre terme). Ainsi, fin février, Paul vend au comptant à Pierre 3.000 fr. de rente perpétuelle 3 0/0 sur l'Etat français à raison de 97 fr. par 3 fr. de rente, soit 97.000 fr. ; puis, en même temps, Paul rachète de Pierre 3.000 fr. de rente, mais pour fin mars, à raison de 98 fr. par 3 fr. de rente, soit 98.000 fr. Au premier abord, on ne voit pas bien l'utilité d'une pareille opération dont la seconde partie paraît détruire la première. Cependant, ces reports sont très utiles à divers points de vue, et l'on a pu dire qu'ils sont la clef du système des opérations de Bourse. Ils donnent aux spéculateurs trompés dans leurs espérances, le moyen d'éviter une perte certaine, en prolongeant leurs opérations au delà du terme d'abord fixé pour l'exécution d'un marché ; le mot *report* est même un mot anglais qui signifie littéralement prolongation. — Les reports fournissent aussi aux capitalistes un moyen de placer très fructueusement leur argent pour une courte durée. Ils permettent également à des propriétaires de titres,

qui ne veulent pas s'en défaire définitivement et ont besoin d'argent, de se procurer la somme qui leur est nécessaire, sans se dépouiller pour toujours de leurs titres.

Des exemples feront saisir l'utilité des reports à ces divers points de vue :

Paul a acheté 3.000 fr. de rente perpétuelle sur l'Etat français au cours de 97 fr. par 3 fr. de rente (soit 97.000 fr.) pour fin janvier ; c'est un spéculateur à la hausse. La fin du mois arrivé et la hausse espérée par Paul ne se produit pas ; il y a même une baisse, la rente 3 0/0 descend à 95 fr. Si Paul se faisait livrer les titres et les revendait simplement, il ferait une perte de 2.000 fr., le prix de la vente n'étant que de 95.000 fr. Que fera Paul, s'il croit à une hausse prochaine, afin d'éviter cette perte ? Il cherchera un capitaliste (Pierre) qui se mettra à sa place pendant un mois, c'est-à-dire qui lui achètera les 3.000 fr. de rente au comptant pour 95.000 fr., mais qui, en même temps, vendra à Paul, à raison de 96.000 fr., par exemple, pour fin février, le même chiffre de rente 3 0/0. Paul, par ces deux opérations simultanées, a conclu un contrat de report ; il a prolongé sa spéculation à la hausse ; si la hausse se produit, si, par exemple, le cours de fin février est de 98.000 fr., il évitera toute perte : si le cours dépasse ce chiffre, Paul fera même un bénéfice. On dit que Paul *s'est fait reporter*. Paul reçoit le nom de *reporté* et Pierre de *reporteur*. Il y a des personnes qui se font ainsi reporter pendant plusieurs mois et même pendant plusieurs années de suite. On appelle *prix du report* la différence entre le prix du marché au comptant et le prix du marché à terme.

Parfois, le reporté n'est pas un spéculateur voulant prolonger une opération à terme précédemment conclue, mais un propriétaire de titres, ayant besoin d'argent pour un certain laps de temps ; que fait-il? Il met ses titres en report, c'est-à-dire qu'il les vend au comptant et achète une égale quantité de titres de la même espèce pour la fin du mois courant ou du mois suivant. De grandes banques recourent parfois au report pour se procurer ainsi les espèces qui leur sont nécessaires. Dans des cas de ce genre, il n'y a pas prolongation d'une opération adtérieurement conclue ; on emploie cependant toujours la dénomination de *report*.

Le reporteur est ordinairement un capitaliste ayant des fonds qu'il désire placer pour un temps très court. Il réalise un bénéfice consistant dans la différence entre le prix de l'achat qu'il fait au comptant et le prix de la revente qu'il fait à terme à son vendeur au comptant. Ainsi, celui qui achète au comptant pour 96.000 fr. 3.000 fr. de rente 3 0/0 et qui les revend à terme pour la fin du mois moyennant 97.000 fr , réalise un bénéfice de 1.000 fr. Le reporteur ne fait pas seulement une

opération avantageuse, sa spéculation présente, en général, des garanties multiples. Il a d'abord la garantie résultant de ce que les titres qui lui sont vendus au comptant lui sont remis et peuvent être conservés par lui tant que le prix de la vente à terme ne lui est pas payé par le reporté. Puis, si l'opération est faite par l'intermédiaire d'un agent de change, le reporteur a pour garant son agent de change, auquel il a remis ses fonds pour les placer en report.

Il arrive souvent que le reporteur n'est pas, comme cela vient d'être supposé, un capitaliste voulant placer fructueusement ses capitaux pour un ou deux mois ; c'est parfois un spéculateur à la baisse qui, trompé dans ses prévisions, veut prolonger son opération, parce qu'il persiste à croire à la baisse des cours. Ainsi, Jacques a vendu à terme et à découvert, au cours de 97 fr., 3.000 fr. de rente française, soit 97.000 fr. pour fin janvier. A cette époque, la rente 3 0/0 est au cours de 98 fr. Si Jacques se procurait ces titres pour les livrer à son acheteur, il perdrait 1.000 fr. Il persiste à prévoir la baisse pour fin de février. Que fait-il ? Il achète à Jules au comptant 3.000 fr. de rente 3 0/0 à 98 fr., et lui revend pour fin février la même quantité de rente 3 0/0 à 99 fr. Jacques évitera toute perte et réalisera même un bénéfice si la baisse se produit pour la fin de février, de telle sorte qu'il puisse se procurer les titres à livrer à Jules pour un prix peu élevé, 97 ou 98 fr. par exemple.

Quand il y a en même temps un nombre égal ou à peu près égal d'acheteurs à terme voulant se faire reporter et de vendeurs à terme voulant aussi recourir au report, ils peuvent s'entendre facilement ensemble. Comme les premiers ont besoin d'argent et les seconds de titres, le plus souvent ils ne se montrent pas trop exigeants et le prix du report est peu élevé. Mais, quand la croyance à la baisse pour le mois suivant domine, un très grand nombre de vendeurs veulent prolonger leurs opérations et ont alors besoin de titres pendant un mois : ils ne trouvent pas d'acheteurs à terme croyant à la hausse et ayant besoin d'argent ; ils ne parviennent à se procurer des titres qu'en les revendant à terme moins cher qu'ils ne les achètent au comptant ; la différence des prix constitue un *déport*. Ainsi les vendeurs à terme ayant besoin de titres de rente 3 0/0 les achètent à raison de 98 fr. et les revendent à terme au cours de 97 fr. 50.

840. *Mode d'exécution des marchés à terme. — Liquidations. — Cours de compensation.* — On appelle *liquidations*, dans le langage de la Bourse, les opérations auxquelles donne lieu l'exécution des marchés à terme. Les époques de liquidation sont fixées par le règlement de la compagnie des agents de change (n° 835) et elles peuvent seules être prises comme termes dans les marchés faits en Bourse

(D. 1890, art. 65). Il faut distinguer la liquidation, qui s'opère entre les agents de change, appelée *liquidation centrale* (D. 1890, art. 68), et celle qui a lieu entre chaque agent de change et ses clients ; comme les agents de change opèrent en leur nom, toute opération donne lieu à un premier règlement entre les agents qui sont personnellement obligés les uns envers les autres, puis à un autre règlement entre chaque agent et son client. Les délais d'exécution sont fixés par les règlements (D. 1890, art. 52).

Les liquidations d'agent à client sont régies par les principes généraux qui s'appliquent au règlement entre le commissionnaire et le commettant (1). Au contraire, *la liquidation centrale* (ou entre agents de change) est soumise à des règles spéciales que pose le règlement de la compagnie des agents de change. Les opérations en sont centralisées au syndicat des agents de change. Elles impliquent de nombreuses compensations ; c'est pour les faciliter que le syndicat des agents de change fixe à chaque liquidation un cours appelé *cours de compensation*. Que désigne-t-on sous ce dernier nom? Il arrive souvent qu'un client charge d'opérations différentes plusieurs agents de change. Quand un client est vendeur de certains titres chez un agent de change et acheteur chez un autre de titres de la même espèce, il faudrait rigoureusement que ce client prît livraison des titres contre paiement du prix chez l'agent de change acheteur et les livrât à l'agent vendeur contre réception du prix. On peut arriver au même résultat si le client consent, en les prévenant, à ce que ces deux agents de change compensent entre eux ; les titres et le prix peuvent alors se passer directement des mains d'un agent dans celles d'un autre. Cf. D. 1890, article 66.

Il n'y a aucune règle spéciale pour la compensation en titres. Mais la compensation en sommes est moins simple, à raison même de ce que les prix des achats et des ventes de titres identiques sont différents. C'est afin de faciliter la compensation des sommes que l'on a imaginé le *cours de compensation* ; ce cours est fixé lors de chaque liquidation par le syndic des agents de change (D. 1890, art. 67). Toutes les opérations se liquident au cours de compensation ; mais, quand un client a vendu ou acheté, en réalité, pour un prix inférieur ou supérieur à ce cours, il est débiteur ou créancier de la différence envers son agent de change. *Exemples* : Un spéculateur a acheté 3.000 fr. de rente 3 0/0 au cours de 98 fr. chez un agent de change et il a vendu la même

(1) L'agent de change est un commissionnaire *ducroire* (n° 482). Comme le dit l'article 54 du décret de 1890, sauf convention contraire, l'agent de change, qui effectue une négociation, répond envers son donneur d'ordre de l'exécution de cette négociation par l'agent de change avec lequel elle est effectuée.

quantité de rentes à 99 fr. chez un autre agent de change. Le cours de compensation est fixé à 98 fr. 50. Le spéculateur est censé avoir acheté et vendu ce dernier cours, soit pour 98.500 fr., mais comme, en réalité, il a acheté au cours de 98 fr., il recevra 500 fr. de l'agent acheteur et, comme il a vendu au cours de 99 fr., il recevra 500 fr. de l'agent vendeur, soit en tout 1.000 fr. Il faut bien remarquer que le cours de compensation ne modifie point la situation du client : il reçoit la différence entière qui constitue son bénéfice, mais il la touche pour partie de deux agents de change différents, au lieu de la toucher de l'agent acheteur. Le principe général est, du reste, que les clients doivent faire le même bénéfice ou éprouver la même perte que s'il n'y avait pas de cours de compensation. Seulement l'admission de ce cours peut rendre un client débiteur d'un agent de change dont, sans ce cours, il aurait été créancier, ou à l'inverse. Aussi un client n'est jamais tenu de faire opérer la compensation, lorsqu'il est vendeur ou acheteur chez deux agents de change différents et les agents de change ne sont pas tenus non plus d'accepter la compensation. Cf. D. 1890, article 66.

841. *Couverture. Exécution. Caisse commune.* — Si, dans les marchés à terme, les agents de change qui ne reçoivent pas, lors de la conclusion du marché, les titres ou les sommes, ne réclamaient de leurs clients aucune garantie, ils courraient de très grands risques ; ils auraient à craindre, après avoir exécuté les marchés, d'avoir un recours inefficace contre leurs clients insolvables. Afin de restreindre ces risques, les agents de change se font d'ordinaire remettre par leurs clients une *couverture*, c'est-à-dire des titres ou des sommes (D. 1890, art. 61). Le montant de la couverture est fixé, en tenant compte des variations probables ou possibles des cours entre le jour de la conclusion du marché et le jour de la liquidation. Mais des circonstances imprévues peuvent amener des variations extraordinaires dans les cours : alors, les couvertures sont insuffisantes, et l'agent de change éprouve une perte si son client est insolvable.

Une fois le terme arrivé, le client doit donner à son agent de change le moyen d'exécuter le marché, en remettant les titres ou le prix. Si cela n'a point lieu, l'agent de change *exécute* son client, c'est-à-dire qu'il se procure lui-même, sans mise en demeure, le moyen d'exécuter le marché en rachetant des titres aux risques de son client vendeur ou en revendant les titres achetés aux risques de son client acheteur (D. 1890, art. 69). Si l'achat se fait à un prix plus élevé que la vente ou si la revente se fait à un prix inférieur à celui de l'achat, il y a une perte que l'agent de change couvre en gardant les espèces ou en faisant vendre jusqu'à due concurrence les titres formant la couverture. Cf.

D. 1890, art. 61, al. 2. Il est à remarquer que, dans ce dernier cas, on n'applique pas les règles restrictives que doit observer un créancier pour la réalisation de son gage (art. 93, C. com., et n° 441), ce qui semble impliquer que la couverture est traitée non comme un nantissement, mais comme un paiement anticipé.

Les pertes qu'éprouvent les agents de change par suite de la variation subite des cours et de l'insuffisance des couvertures, peuvent amener leur ruine et causer, par suite, à leurs clients, qui sont leurs créanciers, de grands dommages. Cela peut nuire à la considération de la compagnie des agents de change. Aussi les agents de change ont-ils une *caisse commune*, dont les réserves ont été parfois employées à venir au secours de ceux d'entre eux qui étaient hors d'état de payer les dettes provenant de leurs opérations, surtout en présence d'événements d'ordre général (guerre malheureuse, révolution, faillites de banquiers, etc.) ; il y a là une avance dont la caisse commune peut se faire rembourser. Cette avance implique une sorte de solidarité, que les agents de change admettaient parfois sans y être obligés. D'après le décret de 1890, il est institué une caisse commune dans les compagnies ayant une chambre syndicale; à cette caisse sont versés les prélèvements sur les courtages, contributions diverses, fonds de réserve ou dépôts de garantie prévus par le décret ou les règlements particuliers des compagnies (art. 26). Le décret de 1890 prévoit également (art. 55) le cas où un agent de change n'effectue pas la livraison des titres ou le paiement du prix de vente dans les délais réglementaires ; son client peut, après mise en demeure, s'adresser à la chambre syndicale qui prend les mesures propres à assurer l'exécution du marché (aj. art. 56).

Ces articles ont été modifiés par le décret du 29 juin 1898, qui consacre en partie ce qu'on appelle la solidarité obligatoire des agents de change. D'après le 3e alinéa du nouvel article 55, *dans les bourses comportant plus de 40 agents de change, la chambre syndicale ne peut se refuser à exécuter le marché pour le compte de l'agent de change en défaut, dans la limite de la valeur totale des offices de la Compagnie, calculée d'après les dernières cessions, du fonds commun et du montant des cautionnements.*

842. *Questions de droit concernant les marchés à terme. Historique. Suppression de l'exception de jeu. Loi du 28 mars 1885.* — De nombreuses questions de droit s'élèvent et s'élevaient surtout avant 1885 à propos, soit des marchés à terme, soit de quelques-uns d'entre eux et de leur exécution. Les principales de ces questions, qui sont relatives à la validité des marchés à terme et à l'admission de l'exception de jeu à leur occasion, ont été tranchées par la loi du 28 mars

1885, déjà mentionnée à plusieurs reprises (nos 804 et 827). Pour comprendre la portée de cette loi, il est indispensable de connaître et la législation antérieure au Code de commerce et les termes des discussions qui s'élevaient sous son empire jusqu'à la loi de 1885.

L'ancien régime, à partir du commencement du dix-huitième siècle, se montra très défavorable aux marchés à terme. A la suite de l'effondrement du système de Law, qui avait donné lieu à des spéculations désordonnées, un arrêt du Conseil du Roi du 24 septembre 1724 prohiba tous les marchés à terme à couvert ou à découvert, en obligeant les agents de change à exécuter leurs opérations dans le jour de la conclusion. Un autre arrêt du Conseil du 5 août 1785 (art. 7) atténua les précédentes prohibitions, en autorisant, soit les achats à terme, soit les ventes à terme faites à couvert, de telle sorte que les *ventes à terme faites à découvert* étaient seules prohibées et déclarées nulles. On voyait ces marchés avec défaveur, à raison de ce qu'ils favorisent la baisse.

La législation intermédiaire s'occupa aussi des marchés à terme. Elle paraît en être revenue à la prohibition complète de ces marchés (Loi du 27 vendémiaire an IV, art. 4).

Le Code de commerce ne contient sur les marchés à terme aucune disposition expresse. Aussi discuta-t-on beaucoup, jusqu'en 1885, sur le point de savoir comment les marchés à terme devaient être traités. Trois systèmes étaient soutenus : l'un admettait sans distinction la nullité des marchés à terme ; d'après l'autre, ces marchés n'étaient plus interdits par la loi, mais, en vertu des principes généraux du droit, toute action devait être refusée à leur occasion, quand il était reconnu que c'étaient de simples jeux ou paris sur les différences des cours. Enfin, selon le troisième système, non seulement les marchés à terme étaient valables, mais encore jamais l'exception de jeu ne pouvait être opposée aux actions exercées pour les faire exécuter. Il importe de connaître les principaux arguments produits en faveur de chacune de ces opinions, dont les deux premières avaient été successivement admises par la jurisprudence.

Pour soutenir que, sous l'empire du Code de commerce, les marchés à terme étaient prohibés et partant nuls, on disait que le silence du Code au sujet de ces marchés impliquait le maintien des règles de la législation intermédiaire en vigueur en 1807. On ajoutait que, du reste, la prohibition des marchés à terme résultait, sinon expressément, du moins implicitement, de plusieurs règles posées par le Code de commerce avec lesquelles ces marchés sont inconciliables. L'article 86, C. com., défendait aux agents de change de se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettent. Ce qui pouvait leur permettre

d'échapper à toute garantie, c'est qu'ils devaient ne conclure des marchés qu'après avoir reçu les titres à livrer ou la somme à payer. Cela n'a pas lieu dans les marchés à terme ; alors, par cela même que les clients auxquels le secret est dû ne sont pas obligés l'un envers l'autre, il faut bien que les agents de change soient eux-mêmes garants de l'exécution des marchés. Les marchés à terme faits à découvert étaient donc, disait-on, inconciliables avec l'article 86, C. com.

Dans la seconde opinion, que consacrait la jurisprudence lorsqu'intervint la loi du 28 mars 1885, on disait que deux sortes de marchés à terme existent. Les uns sont des opérations sérieuses qui, dans l'intention des parties, doivent être suivies de la livraison des titres et du paiement du prix. Les autres n'ont de la vente que le nom ; d'après l'intention des parties, dès le moment même où ils sont conclus, ils ne doivent jamais être exécutés; ils doivent simplement se résoudre par un paiement de différences, d'après les variations survenues dans les cours entre le jour de la conclusion du marché et l'arrivée du terme. On prétendait que, ces dernières opérations déguisant de véritables jeux ou paris, il y avait lieu de leur appliquer l'article 1965, C. civ., qui refuse toute action en justice pour le paiement de dettes de jeu. Quant aux marchés à terme sérieux, on soutenait qu'ils étaient licites. L'article 86, C. com., disait-on, signifiait seulement que les agents de change ne pouvaient pas se rendre volontairement garants d'une opération, par exemple, donner leur aval sur une lettre de change ; mais l'article 86, C. com., ne mettait nullement obstacle à ce qu'ils fussent garants à raison de la nature même des opérations faites par eux. Or, dans les marchés faits à découvert, la nature même de l'opération implique que les agents de change, opérant en leur nom et tenus au secret, sont garants. On pouvait trouver dans l'article 422 du Code pénal une confirmation de cette solution. L'article 421 de ce Code punissait les paris sur la hausse ou la baisse des *effets publics ;* l'article 422 déclarait réputer pari de ce genre « toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne sont pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou *avoir dû s'y trouver au temps de la livraison* ». Cet article impliquait bien, disait-on, que les marchés à terme faits même à découvert n'étaient pas prohibés, par cela même qu'il n'assimilait au jeu la vente d'effets publics, qu'autant qu'il était prouvé que les titres ne devaient pas être à la disposition du vendeur même au temps fixé pour la livraison.

Enfin, dans la troisième doctrine, que la jurisprudence repoussait comme la première, on invoquait les arguments du système précédent, pour soutenir que les marchés à terme n'étaient plus prohibés. En outre, pour écarter l'exception de jeu, on disait que ces marchés ne

cachaient jamais des paris véritables, mais étaient toujours des opérations sérieuses susceptibles d'être exécutées par la livraison des titres et par le paiement du prix ; que, même, en vertu de la faculté d'escompte (n° 837), la livraison des titres pouvait être exigée même avant l'arrivée du terme.

843. Ainsi que cela a été dit précédemment, la jurisprudence, après de grandes variations, admit le second système. Les principales conséquences qui en résultaient, quand il était constaté que le marché à terme constituait un jeu, étaient les suivantes : *a*) Un agent de change pouvait opposer, à l'occasion d'une opération de ce genre, l'exception de jeu à l'action en paiement exercée contre lui par un de ses confrères. *b*) Cette exception pouvait aussi être opposée par un agent de change à son client. *c*) Enfin, elle était opposable par chaque client à son agent de change. En fait, à raison des obligations que leur imposait leur qualité d'officiers ministériels, les agents de change n'opposaient jamais l'exception de jeu, les clients seuls s'en prévalaient. Toutefois, comme les agents de change peuvent ignorer que les marchés qu'ils sont chargés de conclure, sont des opérations fictives, les tribunaux n'admettaient contre eux l'exception du jeu qu'autant qu'il était prouvé qu'ils avaient connu ou dû connaître la nature des opérations. Du reste, une fois que le paiement des différences dues par suite des variations des cours avait eu lieu, la répétition n'était pas possible, l'article 1967, C. civ., excluant la répétition des sommes payées en vertu d'une dette de jeu.

844. La jurisprudence relative aux marchés à terme, en tant qu'elle admettait l'exception de jeu, avait été l'objet de vives réclamations. Elle offrait, quelle qu'en pût être la valeur au point de vue purement juridique, le grave inconvénient de favoriser les gens de mauvaise foi, en leur donnant un moyen de se soustraire à leurs engagements. Elle plaçait les agents de change dans une situation très difficile : en cas de gain, certains de leurs clients les obligeaient à payer les différences et ne manquaient pas de leur opposer l'exception du jeu en cas de perte. Ce n'est pas tout : avec cette jurisprudence, les juges avaient à résoudre une question très délicate, souvent insoluble ; il leur fallait rechercher, quand l'exception du jeu était opposée, s'il y avait eu un marché sérieux ou un pari. On ne pouvait assurément admettre qu'il y avait jeu dès que les titres n'étaient pas livrés. En effet, une vente à terme sérieuse peut ne pas aboutir à une livraison de titres ; l'acheteur peut laisser revendre les titres à ses risques par son vendeur et ne payer que la différence en cas de baisse des cours. Dans la rigueur des principes, on aurait dû dire qu'il y avait jeu ou pari seulement dans le cas où il y avait eu, dès le principe, convention de ne jamais arriver à une

livraison et de se borner à régler par le paiement de différences. Mais une convention expresse de cette nature ne se rencontre guère ; du reste, comme elle n'est jamais constatée par écrit, les juges étaient réduits à rechercher dans les circonstances de l'espèce la nature de l'opération. Le plus souvent, ils comparaient l'importance du marché litigieux à la fortune de celui qui opposait l'exception de jeu et admettaient cette exception quand le marché dépassait notablement les moyens du client. Il était impossible qu'ils ne commissent pas les plus graves erreurs et que souvent ils n'admissent pas l'exception de jeu pour des opérations qui, en réalité, n'étaient point des paris. Avec cette jurisprudence, le développement même des marchés à terme sérieux pouvait être entravé ; ces marchés sont cependant, sous plusieurs rapports, d'une incontestable utilité. Sans les marchés à terme qui alimentent la spéculation, les emprunts de l'État ne se couvriraient pas avec une grande facilité, bien des personnes ne se décidant à souscrire à ces emprunts que parce qu'elles espèrent réaliser des bénéfices en vendant à terme. Sans ces marchés, les entreprises industrielles n'attireraient pas à elles les énormes capitaux nécessaires à leur création. Sans doute, par ces marchés, des personnes peuvent faire fortune sans travailler, mais c'est là l'inconvénient, au point de vue moral, de beaucoup d'actes de spéculation. Du reste, l'espoir de pouvoir, en cas de perte, opposer l'exception de jeu, pouvait exciter bien des personnes à se livrer à des opérations de Bourse qu'elles n'auraient faites que dans une mesure plus restreinte, si elles avaient eu la certitude d'être tenues d'exécuter leurs engagements.

845. Les inconvénients de l'incertitude qui régnait sur la validité des marchés à terme et surtout de la jurisprudence relative à l'exception de jeu, se révélèrent avec une force exceptionnelle à la suite des spéculations effrénées qui aboutirent à la crise financière de 1882 (1) ; alors, des spéculateurs en grand nombre se trouvant en perte ne craignirent pas d'opposer l'exception de jeu. Afin d'empêcher le renouvellement des scandales de cette époque, la loi du 28 mars 1885 a réglé le sort des marchés à terme.

Cette loi proclame la validité des marchés à terme (art. 1). Elle confirme sur ce point la jurisprudence antérieure, pour éviter que, dans l'avenir, on puisse la contester. En conséquence, l'article 2 de la loi nouvelle abroge, soit les textes législatifs anciens prohibant les marchés à terme qui, d'après une opinion défendue, étaient encore en vigueur, soit les textes divers dont on avait cherché à déduire cette

(1) Il s'agit de la crise qui a été provoquée par la déclaration de faillite de la société financière l'*Union générale*.

prohibition. Du nombre de ces derniers textes abrogés sont : l'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, qui obligeait les agents de change à se faire remettre à l'avance par leurs clients les titres ou les sommes ; — l'article 85, al. 3, C. com., qui défendait aux agents de change de recevoir ou de payer pour le compte de leurs clients ; — l'article 86, C. com., qui défendait aux agents de change de se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettent ; — les articles 421 et 422 du Code pénal, qui paraissaient bien impliquer qu'en certains cas un marché à terme n'était qu'un pari sur la variation des cours.

La loi de 1885 ne se borne pas à reconnaître la validité des marchés à terme ; elle exclut l'exception de jeu, admise précédemment par la jurisprudence. L'article 1, 2e al., de la loi nouvelle est sur ce point ainsi conçu : *Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent* (des marchés à terme), *se prévaloir de l'article 1965, C. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence*. D'après les explications données dans les rapports relatifs à la loi, le législateur a voulu établir une présomption légale d'après laquelle les opérations, se produisant sous la forme de marchés à terme, sont des ventes sérieuses et non des paris sur la variation des cours ; cette présomption légale ne peut pas être détruite par la preuve contraire. Il n'en serait autrement que dans le cas très extraordinaire où un écrit constaterait la convention des parties, concomitante au marché, de ne jamais arriver à une livraison de titres, et de se borner à un paiement de différences (1).

846. *Controverse sur la nature du report.* — Les questions résolues par la loi du 28 mars 1885 étaient communes à tous les marchés à terme et, par suite, elles se posaient pour les reports qui renferment

(1) La loi de 1885 n'a pas, comme on l'espérait, fait disparaître, au moins immédiatement, les difficultés soulevées par les marchés à terme. On a soutenu pendant plusieurs années encore après la mise en vigueur de la loi de 1885 et jugé que l'exception de jeu n'était pas absolument écartée, qu'elle était encore admissible, quand les juges constataient qu'il n'y avait pas eu de marché à terme sérieux. La Cour de cassation, par un arrêt du 22 juin 1898, a décidé que la loi du 28 mars 1885, lorsque les spéculations sur effets ou marchandises ont pris la forme de marchés à terme, a entendu interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu, aux juges de rechercher l'intention des parties. Voir cet arrêt rendu sur le rapport de M. Crépon, qui donne un tableau de la doctrine et de la jurisprudence, dans *La Loi* du 24 juin 1898. V. aussi S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 313 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 425. Il semble que cette décision, que nous considérons comme conforme au texte et à l'esprit de la loi de 1885, a fait cesser les divergences fâcheuses qui se sont produites dans la jurisprudence.

notamment un marché de cette sorte (nº 839). Mais, en outre, il y a sur les reports une difficulté qui n'a pas même été touchée par la loi et qui est relative à la nature juridique du report. Y a-t-il véritablement dans cette opération deux ventes, l'une au comptant, l'autre à terme, ou n'y a-t-il pas un prêt sur gage dans lequel le reporteur jouerait le rôle de prêteur et le reporté celui d'emprunteur, les titres formant le gage, le prix du marché au comptant, la somme à rembourser et la différence entre les deux prix, le montant de l'intérêt ?

On ne saurait contester que le report a, pour le reporté, les avantages d'un prêt sur gage. Mais il n'en résulte pas qu'il doive être qualifié de prêt (1) ; c'est bien la réunion d'un achat au comptant et d'une vente à terme. Dans le prêt sur gage, le prêteur doit conserver les titres mêmes qui lui ont été remis, pour les restituer à l'emprunteur après le remboursement. En cas de report, le reporteur devient propriétaire des titres mêmes, il peut s'en servir pour participer à une assemblée générale d'actionnaires, en disposer, et il doit rendre au reporté, non les titres mêmes qu'il a reçus, mais un nombre égal de titres semblables (2).

847. *Des changeurs.* — On ne peut traiter des opérations de Bourse sans dire quelques mots des changeurs.

Les changeurs font des opérations variées. Ils échangent les pièces de monnaies des différents États, les billets de banques françaises ou étrangères contre des espèces métalliques ou à l'inverse, ils escomptent et négocient des effets de commerce, font des prêts sur titres, achètent et vendent des titres au porteur. Leur commerce a reçu, par suite du développement de la fortune mobilière, une extension très grande. Les changeurs sont commerçants ; car l'article 632, C. com., range parmi les actes de commerce les opérations de change (nº 148). A la différence des agents de change, les changeurs ne sont pas des officiers ministériels, leur profession est libre ; ils sont soumis à toutes les obligations de ceux qui font le commerce et, en outre, à quelques obligations spéciales.

Les changeurs doivent : 1º porter sur un double registre tous les articles de leur recette et les noms des propriétaires des espèces et matières (loi du 27 mai 1791) ; 2º n'acheter que de personnes connues ou ayant des répondants à eux connus (loi du 19 brumaire an VI, art. 74). Ces obligations n'incombent aux changeurs que pour les

(1) Avant la loi du 12 janvier 1886, qui a établi la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, la question était importante quand le taux du report dépassait 6 p. 100.

(2) Cela offre un intérêt spécial si, parmi les obligations mises en report, il en est qui sont sorties avec primes ou avec lots.

achats de matières métalliques et non de titres : à l'époque à laquelle elles ont été établies, le commerce des titres au porteur était peu développé. En conséquence, le changeur, qui aurait acheté un titre au porteur d'un voleur, ne serait responsable envers le propriétaire de ce titre qu'autant que ce changeur aurait été complice du voleur ou aurait commis une faute, en négligeant de s'attacher à des circonstances qui auraient dû éveiller ses soupçons. Il y a là une application des principes généraux contenus dans les articles 1382 et 1383, C. civ. L'article 12 de la loi du 15 juin 1872, qui détermine les cas de responsabilité de l'agent de change ayant participé à la vente d'un titre perdu ou volé, concerne les agents de change et non les changeurs. Par suite, un changeur peut être déclaré responsable alors même qu'aucune opposition ne lui a été notifiée et que les numéros des titres perdus ou volés n'ont pas été publiés dans le *Bulletin des oppositions* (n° 215).

Il arrive assez souvent que les changeurs, dans leurs bureaux mêmes, achètent et qu'ils revendent des titres perdus ou volés. Quand ces négociations sont postérieures à l'insertion des numéros des titres au *Bulletin des oppositions*, elles sont nulles et les titres peuvent être librement revendiqués par le propriétaire dépossédé. Mais, quand ces négociations sont antérieures à cette insertion, une difficulté s'élève. Les articles 2279 et 2280, C. civ., qui autorisent la revendication pendant 3 ans seulement en cas de perte ou de vol contre les tiers possesseurs de bonne foi, exigent que, pour se faire rendre les choses revendiquées, le propriétaire rembourse le prix, quand l'achat a été fait *dans une foire ou dans un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles*. Le changeur, soumis ainsi à une revendication, ne peut réclamer le remboursement du prix, il n'a pas acheté d'un marchand vendant des choses pareilles et sa boutique n'est pas un marché (1). Au contraire, le tiers auquel le changeur a vendu les titres peut réclamer le remboursement du prix au propriétaire revendiquant (2) ; pour ce tiers acheteur, le changeur est bien un marchand vendant des choses pareilles.

847 *bis*. APPENDICE. *Ventes dites « à tempérament » de valeurs de Bourse. Loi du 12 mars 1900.* — Les changeurs, les banquiers et des établissements divers font parfois des ventes de valeurs mobilières, qu'on désigne dans l'usage sous le nom de *ventes à tempérament*. Ce qui caractérise ces ventes, c'est que le prix est payable par portions et que l'acheteur ne se libère qu'en un certain nombre de mois ou même d'années. En fait, elles portent surtout sur des valeurs à lots.

(1) Paris, 11 avril 1874. S. 1874. 2. 148.

(2) Paris, 7 mai 1876, S. 1877. 2. 171. Il y a des arrêts en sens opposé.

A ces ventes se rattachent des abus graves qui ont donné lieu à de vives plaintes. La loi du 12 mars 1900 a eu pour but de les prévenir et de les réprimer.

Depuis un certain nombre d'années, des changeurs et d'autres personnes ont exploité la séduction exercée sur les classes laborieuses par les valeurs à lots. Certains établissements vont même jusqu'à employer des agents qui parcourent les centres ouvriers et les campagnes, en offrant des valeurs de cette nature, payables à l'aide de versements échelonnés, soit sur un ou plusieurs mois, soit sur une ou plusieurs années. La modicité du premier versement, les facilités accordées pour les versements subséquents, l'espoir d'acquérir une fortune, leur attirent de nombreux clients qui sont, en général, peu éclairés. Ils contractent des obligations en disproportion avec les avantages qui leur sont procurés ; parfois le prix total excède notablement la valeur des titres résultant des cours de la Bourse. Il y a là, dans le sens économique, une véritable usure. Un risque spécial et très grave vient s'y ajouter pour l'acheteur : il n'est pas assuré, même après un paiement intégral du prix, d'être mis en possession de son titre ; la vente ne porte pas parfois sur un titre déterminé, et la créance de l'acheteur dépend de la solvabilité du vendeur ; ou bien le titre a sans doute été spécifié, mais le vendeur l'a constitué en gage, afin de se procurer les sommes qui lui étaient nécessaires. On a constaté que l'article 408, C. pénal, la loi du 11 mai 1836 qui prohibe les loteries, et les articles 1109 et suivants sur la nullité des contrats pour vice du consentement, sont impuissants à parer à ces abus. La loi spéciale du 12 mars 1900 a pour but de les prévenir et, au besoin, de les réprimer.

Cette loi s'applique aux ventes de valeurs cotées à la Bourse moyennant un prix payable à terme en partie ou même en totalité (art. 1er).

Elle exige que l'acte de vente sous seings privés soit dressé en double original et que chacun des originaux en contienne la mention (art. 2, 1er alin. . *Chaque original doit indiquer clairement, en toutes lettres et d'une façon apparente :* 1° *l'un des cours cotés à la Bourse de Paris dans les quatre jours précédant la cession et, à défaut, le dernier cours coté ;* 2° *le numéro de chacune des valeurs vendues ;* 3° *le prix total de vente de chacune des valeurs, y compris tous frais de timbre et de recouvrement par la poste ou autrement ;* 4° *le taux d'intérêt, les délais et conditions de remboursement* (art. 2, 2e alin.). *Les paiements fractionnés ne peuvent être échelonnés sur une durée de plus de deux ans* (art. 3). — Ces règles de forme et de fond sont sanctionnées par la nullité de la vente que peut demander l'acheteur, sans préjudice du droit pour celui-ci à des dommages-intérêts (art. 1).

Le vendeur est tenu de conserver le titre vendu. Il ne peut s'en des-

saisir, *ni le mettre en gage* (art. 4). La loi prononce la nullité de toute stipulation contraire, ainsi que de toute clause ou de toute mention dérogeant aux règles ordinaires de compétence.

Le vendeur, qui a détourné, dissipé ou mis en gage, au préjudice de l'acheteur, le titre qu'il avait vendu, est puni des peines de l'article 408, C. pén., sauf l'application possible de l'article 463, C. pén.

Afin de ne pas inspirer au public peu éclairé une fausse confiance, il est interdit aux établissements qui se livrent à la vente à crédit des valeurs de Bourse, de faire entrer dans leur dénomination les mots *caisse d'épargne*. En cas de contravention, les directeurs sont passibles d'une amende de 25 francs à 3.000 francs (art. 6).

D'ailleurs, toutes ces dispositions sont étrangères aux ordres de Bourse (art. 7). Cela était utile à indiquer expressément, surtout à raison de ce que la loi s'applique même à des ventes à terme dont le prix est payable en une seule fois (l'article 1er parle de la cession faite moyennant un prix payable à terme *en totalité* ou en partie), autres, par conséquent, que les ventes à tempérament proprement dites.

B. — Des bourses de marchandises, des opérations qui s'y font, des courtiers.

848. Dans les Bourses de marchandises, on peut faire des opérations diverses : 1° des achats et ventes de marchandises ; 2° des achats et ventes de matières d'or et d'argent ; 3° des contrats d'assurances maritimes ; 4° des affrètements de navires. V. article 72, C. com.

Pour la conclusion de ces opérations, il y a des intermédiaires qu'on désigne sous le nom de *courtiers* (art. 74, C. com.). Leur rôle correspond à celui des agents de change ; toutefois, ils ne le remplissent pas de la même façon. Les agents de change agissent en leur nom pour le compte de leurs clients (n° 825). Les courtiers se bornent à rapprocher les vendeurs des acheteurs, les armateurs ou les capitaines des affréteurs, les assureurs des assurés. Les intéressés, étant mis en rapport, contractent ensemble et sont seuls obligés les uns envers les autres, les courtiers disparaissent pour ainsi dire.

849. Le courtage n'est pas libre pour toutes les opérations. Pour quelques-unes, il ne peut être fait que par des officiers ministériels nommés en nombre limité par le gouvernement. Le Code de commerce (art. 77) distingue quatre classes de courtiers privilégiés : 1° les courtiers de marchandises ; 2° les courtiers d'assurances maritimes ; 3° les courtiers-interprètes-conducteurs de navires, appelés dans l'usage

courtiers maritimes ; 4° les courtiers de transport par terre et par eau (1). En outre, un décret du 15 décembre 1813 avait institué à Paris des courtiers-gourmets-piqueurs de vins, qui ont disparu en fait (2). En dehors des opérations dont ces courtiers ont le monopole, le courtage a toujours été libre ; ainsi, toute personne a toujours pu s'entremettre comme courtier dans les assurances sur la vie et contre l'incendie. Une loi du 18 juillet 1866 a réalisé une importante innovation en admettant la liberté du courtage des marchandises. Il y a ainsi des courtiers jouissant d'un privilège et ayant la qualité d'officiers ministériels, comme les agents de change, puis des courtiers libres. Parmi les courtiers libres, les uns (ce sont les courtiers de marchandises) sont soumis à quelques règles spéciales par la loi du 18 juillet 1866, les autres (tels que les courtiers d'assurances terrestres) n'ont été l'objet d'aucune disposition légale particulière ; du reste, ces derniers ne font pas d'opérations dans les Bourses. Ainsi ne doit-il être traité ici que des courtiers privilégiés et, parmi les courtiers libres, que des courtiers de marchandises.

850. RÈGLES COMMUNES A TOUS LES COURTIERS PRIVILÉGIÉS. — Il n'est utile de distinguer entre eux qu'au point de vue de leurs attributions. Il y a quelques règles communes à tous les courtiers privilégiés.

La nomination des courtiers privilégiés est faite par le Président de la République, sur la proposition du ministre du Commerce et de l'Industrie. Pour être nommé courtier, il faut : 1° jouir des droits de citoyen français, par conséquent être âgé de 21 ans ; 2° justifier qu'on a exercé la profession d'agent de change ou de négociant, ou avoir travaillé, soit dans une maison de banque ou de commerce, soit chez un notaire pendant quatre ans au moins ; 3° ne se trouver dans aucun des cas d'exclusion prévus par les lois.

Les courtiers doivent fournir un cautionnement. Ils ont le droit de présenter leur successeur à l'agrément du gouvernement, comme les autres officiers ministériels (L. 28 avril 1816, art. 91). A la différence des agents de change près des Bourses pourvues d'un parquet, ils n'ont pas la faculté de former des sociétés pour l'acquisition de leurs charges : ils ont, en effet, besoin de moins de capitaux, par cela même que le montant de leurs cautionnements et le prix de leurs charges sont moins élevés (3).

851. L'existence des courtiers privilégiés enlève aux intéressés le

(1) Ces courtiers devaient avoir le droit exclusif de faire le courtage des transports par terre et par eau. Le gouvernement n'a jamais usé du droit de nommer des courtiers de ce genre.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 1030.

(3) V., pour les agents de change, n° 809.

droit de s'adresser à d'autres personnes faisant le courtage, mais laisse intact leur droit de faire en personne leurs opérations ou de recourir à des commissionnaires ou à des représentants de commerce. Selon un ancien adage, *ne prend courtier qui ne veut*. Du reste, le monopole des courtiers ne s'étend qu'à la place pour laquelle ils sont institués, de telle sorte que des actes de courtage peuvent toujours être faits par qui que ce soit dans les villes où il n'y a pas de courtiers privilégiés.

L'immixtion dans les fonctions des courtiers privilégiés constitue un délit correctionnel qu'on appelle souvent *marronnage* ou *courtage clandestin*, en donnant le nom de courtiers-marrons aux auteurs de ce délit. Ce délit est frappé des mêmes peines que l'immixtion dans les fonctions d'agent de change (n° 818), et ces peines s'appliquent aussi aux commerçants qui confient leurs opérations à d'autres qu'aux courtiers privilégiés. En outre, les négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont nulles, de telle sorte que ces intermédiaires n'ont pas d'action contre leurs clients pour les obliger à payer le droit de courtage, et les parties mêmes ne peuvent pas agir utilement l'une contre l'autre.

Les courtiers privilégiés sont tenus d'obligations diverses que la loi leur impose et doivent se soumettre à plusieurs prohibitions légales. Les unes et les autres sont presque semblables à celles qui concernent les agents de change (n^os^ 823 et suiv.). La différence la plus importante est que le secret n'est pas imposé aux courtiers ; il ne pourrait même pas l'être, puisque le rôle des courtiers consiste à rapprocher les intéressés pour qu'ils contractent ensemble.

Comme les agents de change, les courtiers privilégiés ne peuvent : 1° faire des opérations de commerce ou de banque pour leur compte (art. 85, 1^er^ alin., C. com.); 2° s'intéresser directement ou indirectement, sous leur nom ou sous un nom supposé, dans une entreprise commerciale (art. 85, 2^e^ al., C. com.). La violation de ces prohibitions est punie, pour les courtiers, de la même manière que pour les agents de change (n^os^ 818 et 819).

852. Courtiers d'assurances maritimes. — Ces courtiers ont trois fonctions (art. 79, C. com.) :

1° Ils font le courtage des assurances maritimes, c'est-à-dire qu'ils s'entremettent entre les assurés et les assureurs pour les rapprocher. Leur rôle sous ce rapport est très utile. Souvent, la valeur d'un navire ou de sa cargaison excède la somme *maxima* qu'une seule compagnie assure sur un même bâtiment de mer (1) ; il faut alors s'adresser à

(1) C'est ce qu'on appelle *le plein* de la compagnie d'assurances.

plusieurs compagnies d'assurances pour faire couvrir l'assurance entière ; les courtiers se chargent des démarches nécessaires pour trouver ces différentes compagnies.

2° Ils dressent les polices d'assurances. Les contrats d'assurance maritime doivent être constatés par écrit (art. 332, C. com.) ; on appelle *police* l'écrit qui contient les différentes clauses du contrat d'assurance. Les courtiers rédigent les polices et en attestent la vérité par leur signature. Du reste, les polices ne sont soumises à aucune forme spéciale. Dans l'usage, la police est transcrite sur un livre que les courtiers doivent tenir en vertu de l'article 84, C. com. ; puis, l'acte signé de l'assureur est remis à l'assuré. L'assureur recourt au livre du courtier, quand, à l'occasion d'un procès, il a à se prévaloir de quelque clause de l'assurance (1).

Les courtiers d'assurances maritimes ne jouissent pas d'un droit exclusif pour la rédaction des polices ; l'article 79, C. com., ne leur accorde le droit de les dresser que *concurremment avec les notaires*. Ce droit de concurrence n'existe pas seulement pour la rédaction des polices, mais aussi pour le courtage même des assurances maritimes. Il est vrai que l'article 79, C. com., ne parle que de la rédaction des polices ; mais, comme la personne qui sert d'intermédiaire est aussi chargée de rédiger la police, le droit des notaires se réduirait à rien, s'ils ne pouvaient pas faire le courtage proprement dit. Au reste, c'est seulement à Marseille que des notaires exercent ces attributions.

3° Ils constatent le cours des primes d'assurances. Cette fonction est certainement réservée aux courtiers, à l'exclusion des notaires. A Paris, le cours des primes n'est constaté que deux fois par an, à l'ouverture de la saison d'été (15 avril) et à celle de la saison d'hiver (15 octobre).

853. COURTIERS INTERPRÈTES ET CONDUCTEURS DE NAVIRES OU COURTIERS MARITIMES. — La désignation complète de ces courtiers serait *courtiers conducteurs et interprètes de capitaines de navires*. Mais ils sont connus dans l'usage sous le nom plus bref de *courtiers maritimes*.

Les capitaines de bâtiments de mer ont à remplir, lors de l'arrivée ou du départ de leurs navires, de nombreuses formalités, notamment à l'Administration des douanes, à l'octroi, au greffe du tribunal de commerce, etc. (nos 909 et suiv.). Les capitaines étrangers ne connaissent pas toujours ces formalités, dont l'omission constitue souvent une contravention punissable, et ne parlent pas la langue française ; il est

(1) V., sur les formes des polices d'assurance maritime dressées par les courtiers, n° 983.

utile qu'il y ait dans les ports de quelque importance des personnes au courant de la législation française, sachant parler des langues étrangères, faisant pour les capitaines ou avec eux toutes les démarches exigées. En outre, les documents à soumettre aux différentes administrations publiques ou aux tribunaux par les capitaines étrangers, sont souvent rédigés dans une langue étrangère ; il est utile que des personnes dignes de confiance soient chargées d'en faire la traduction. Les courtiers maritimes ont des attributions destinées à donner satisfaction aux intérêts qui viennent d'être indiqués. L'article 80, C. com., les énumère ainsi :

1° Dans les affaires contentieuses de commerce et pour le service des douanes, ils servent seuls de truchements à tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseaux et autres personnes de mer (art. 80, 2e al.). Les courtiers maritimes remplissent le même rôle auprès de toutes les administrations publiques avec lesquelles les gens de mer sont en relations.

2° Ils ont seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissements, contrats et tous actes de commerce dont la traduction serait nécessaire (art. 80, 1er al.). Ce droit de traduction existe, même en dehors de tout procès, pour les pièces dont le dépôt aux diverses administrations publiques est prescrit.

Chaque courtier n'est pas autorisé à interpréter et à traduire toutes les langues. Le décret de nomination détermine, pour chacun, la langue ou les langues dont l'interprétation est réservée au nouveau titulaire. Quand, dans un port, il n'existe pas de courtier pour l'interprétation d'une langue étrangère, le droit de traduction appartient, en ce qui la concerne, à toute personne.

3° Ils font seuls le courtage des affrètements, c'est-à-dire des contrats de louage des navires (nos 917 et suiv.). Ils évitent ainsi aux capitaines de longues recherches pour savoir à qui ils peuvent louer leurs navires et, aux négociants, des démarches pour trouver des bâtiments qui transportent leurs marchandises.

4° Ils ont seuls le droit de constater le cours du fret ou nolis ; on entend par là le prix du transport des marchandises par mer. Cette constatation officielle est utile à divers points de vue, notamment pour l'application de l'article 293, C. com.

854. Les fonctions de différentes sortes de courtiers, celles de courtier et d'agent de change, ne sont pas nécessairement divisées. D'après l'article 81, C. com., le même individu pouvait être autorisé, par le décret qui le nommait, à cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises ou d'assurances et de courtier maritime.

Cette disposition, toujours en vigueur, a subi une notable restriction depuis que la loi du 18 juillet 1866 a admis la liberté du courtage des marchandises. Depuis lors, les courtiers privilégiés, qui ne peuvent faire des actes de commerce en dehors de leur profession (art. 85, C. com.), ne sauraient faire le courtage des marchandises.

855. COURTIERS DE MARCHANDISES. — Ces courtiers, qui sont nombreux, sont parfois désignés sous le nom de courtiers de commerce. Depuis la loi du 18 juillet 1866, ce ne sont plus des officiers ministériels, mais des commerçants ordinaires exerçant librement leur profession. Pour comprendre la portée exacte de la loi du 18 juillet 1866, qui a admis la liberté du courtage des marchandises, il faut connaître le régime légal du courtage des marchandises avant cette loi.

856. *Du courtage des marchandises avant la loi du 18 juillet 1866. Inconvénients du monopole.* — Les courtiers de marchandises étaient nommés comme les autres courtiers privilégiés, par décret, sur la proposition du ministre du Commerce. Leurs attributions étaient au nombre de 4 : 1° ils faisaient le courtage des marchandises ; 2° ils en constataient le cours ; 3° ils procédaient aux ventes aux enchères de marchandises dans les cas fixés par les lois (nos 431 et 442) ; 4° ils faisaient, avec les agents de change, le courtage des matières métalliques (n° 811).

Les courtiers de marchandises étaient tenus des mêmes obligations que les autres courtiers privilégiés ; les mêmes prohibitions et interdictions leur étaient aussi applicables. Ainsi, ils devaient avoir un livre spécial pour constater les opérations dans lesquelles ils s'entremettaient, ils devaient les mentionner aussi sur un carnet, ils ne pouvaient faire des actes de commerce étrangers à leur profession, ni s'intéresser dans les opérations conclues par leur entremise, ni former des sociétés pour l'exploitation de leurs charges.

Le monopole des courtiers de marchandises avait soulevé des plaintes très vives ; il entraînait de graves inconvénients. Les courtiers se spécialisant, il y avait parfois, même sur des places importantes, un nombre très restreint de courtiers s'occupant des ventes de certaines marchandises ; ainsi, le choix des commerçants ayant à recourir à un courtier était fort limité. La spécialisation des courtiers donnait, en outre, lieu à un abus choquant. Souvent, les courtiers privilégiés d'une place ne s'occupaient pas de certaines marchandises et toléraient que des courtiers marrons en fissent le courtage ; puis quand, grâce aux efforts de ces derniers, le commerce de ces marchandises avait pris un grand développement, les courtiers privilégiés se prévalaient de leur monopole et exerçaient des poursuites correctionnelles contre les

courtiers marrons, qui avaient contribué à étendre cette branche de commerce. Ce n'est pas tout. Les négociants habitant la même ville avaient souvent pris l'habitude de contracter directement ensemble, et il n'y avait guère que les négociants de villes différentes qui recouraient aux courtiers. Les courtiers, mécontents de voir leurs affaires se réduire, avaient souvent intenté des procès contre des commissionnaires ou des représentants de commerce, prétendant que ceux-ci portaient atteinte à leur monopole. La jurisprudence s'était montrée d'une très grande rigueur ; elle admettait qu'il y avait usurpation des fonctions de courtier de marchandises quand un commissionnaire ou un représentant de commerce, au lieu de vendre ou d'acheter pour le compte de son commettant sans lui en référer, demandait à celui-ci de consentir à quelques conditions proposées par l'autre contractant et que le commissionnaire ne croyait pas pouvoir accepter de sa seule autorité. Ainsi le commissionnaire ou le représentant de commerce était placé dans la situation la plus difficile, quand il ne trouvait à contracter qu'à des conditions moins bonnes que celles fixées par son commettant. En référait-il à ce dernier ? Il pouvait craindre d'être accusé de courtage illicite. Concluait-il l'opération de sa seule autorité ? Il pouvait redouter qu'elle fût laissée à sa charge. Enfin, ne la concluait-il pas ? Il avait à craindre que son commettant lui reprochât de lui avoir fait manquer une bonne opération. — Du reste, en théorie même, les seules professions qui doivent être l'objet d'un monopole, sont celles qui tiennent par quelque côté de la fonction publique ; autrement, le monopole porte une atteinte illégitime et souvent nuisible au principe de la liberté du travail. Il n'y a rien de la fonction publique dans le fait de s'entremettre pour faire conclure des ventes de marchandises.

857. *Liberté du courtage des marchandises ; ses conséquences.* — La loi du 18 juillet 1866 a reconnu, à partir du 1er janvier 1867, à toute personne le droit d'exercer la profession de courtier de marchandises et abrogé, par suite, les dispositions contraires de nos lois. La liberté de ce courtage a eu pour conséquence de faire disparaître les obligations spéciales et les prohibitions consacrées par les lois relatives aux courtiers de marchandises. Aujourd'hui, tout individu, Français ou étranger, capable de faire le commerce, peut faire le courtage des marchandises ; plusieurs courtiers ont le droit de s'associer ensemble ou avec d'autres personnes ; un courtier de marchandises peut faire des opérations de commerce de toute sorte. Aussi maintenant les mêmes personnes jouent-elles indifféremment, selon les circonstances, le rôle de courtiers ou celui de commissionnaires. Le courtier peut aussi s'entremettre pour des opérations dans lesquelles il a un intérêt per-

sonnel. La loi de 1866 prend seulement des précautions pour empêcher les abus auxquels cette faculté laissée au courtier peut donner lieu ; il est toujours à craindre qu'intéressé dans l'opération, il ne soit tenté de sacrifier son intérêt à celui des parties ; aussi est-il utile qu'elles soient prévenues de la situation. Aux termes de l'article 7 de la loi de 1866, tout courtier qui ne prévient pas les parties de l'intérêt qu'il a dans une opération dont il est chargé, peut être poursuivi correctionnellement et puni d'une amende de 500 fr. à 3.000 fr., sans préjudice de l'action en dommages-intérêts.

Il y a lieu aussi d'admettre que les courtiers de marchandises n'ont plus à tenir un carnet pour y inscrire leurs opérations dès qu'elles sont faites. Ils sont seulement obligés de tenir les livres exigés de tout commerçant. Il va sans dire que le bordereau dressé par un courtier de marchandises n'est point un acte authentique.

858. *Courtiers assermentés ou inscrits.* — Malgré l'admission de la liberté du courtage des marchandises, la loi de 1866 ne laisse pas à tous les courtiers les attributions conférées antérieurement aux courtiers de marchandises privilégiés. On a pensé que, parmi elles, il en est qui ne doivent appartenir qu'à des hommes dignes d'une confiance particulière. — Il peut être dressé par le tribunal de commerce une liste des courtiers de marchandises qui auront demandé à y être inscrits (art. 2, L. 18 juillet 1866) ; ces courtiers doivent être citoyens français ; ils prêtent serment devant le tribunal de remplir avec honneur et probité les devoirs de leur profession : de là vient le nom de *courtiers inscrits* ou *courtiers assermentés*. Ces courtiers ont les attributions suivantes :

1° Ils constatent le cours des marchandises (art. 9, L. 18 juillet 1866) dans les formes déterminées par le décret du 18 décembre 1866 (art. 5 et 11). La Chambre de commerce peut, du reste, décider que, pour la constatation des cours, des courtiers non inscrits ou d'autres commerçants se réuniront aux courtiers inscrits. — Le cours des marchandises, à la différence de celui des valeurs mobilières, n'est qu'un cours moyen : car beaucoup de ventes se font, même par l'entremise des courtiers, en dehors de la Bourse, de sorte qu'il est impossible d'en connaître les prix.

2° Quand le déposant veut faire évaluer dans le récépissé ou le warrant les marchandises déposées par lui dans un magasin général, les courtiers inscrits ont seuls qualité pour procéder à cette estimation.

3° Les courtiers inscrits sont chargés de procéder aux ventes publiques de marchandises dans le cas où, avant 1866, le droit de procéder à ces ventes appartenait aux courtiers de marchandises privilégiés. Il en est ainsi des ventes publiques volontaires de marchandises neuves

en gros, des ventes de marchandises après faillite, des ventes de marchandises déposées dans les magasins généraux ou qui ont été l'objet d'un gage commercial et, d'une façon générale, de toutes les ventes autorisées ou ordonnées par le tribunal de commerce (art. 93, 106, 234, 305, C. com.). Du reste, dans tous les cas, le tribunal de commerce peut, s'il le juge convenable, confier la vente à d'autres officiers publics. Il résulte de là que toutes les ventes d'objets mobiliers n'entrent pas dans les attributions des courtiers inscrits. Les ventes après saisie sont toujours soumises aux règles du Code de procédure civile (L. 25 juin 1841, art. 2 et 3). Les ventes publiques et volontaires de marchandises qui ne sont pas neuves sont faites par les commissaires-priseurs, notaires, huissiers, greffiers de justice de paix (C. proc. civ., art. 625 et 945 ; L. 26 juin 1841, art. 3), et il en est de même de la vente de marchandises formant l'objet d'un gage civil.

Les courtiers doivent être d'une complète impartialité quand ils procèdent à une évaluation de marchandises déposées dans des magasins généraux ou quand ils procèdent à des ventes publiques de marchandises. Pour assurer cette impartialité, la loi de 1866 (art. 6) leur interdit de se rendre acquéreurs de marchandises dont la vente ou l'estimation leur est confiée. Le courtier qui contrevient à cette défense. est rayé de la liste des courtiers inscrits et ne peut plus y être porté à nouveau, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts.

859. DIFFÉRENTES ESPÈCES DE VENTES OPÉRÉES DANS LES BOURSES DE MARCHANDISES. — Les ventes opérées dans les bourses de marchandises par l'entremise des courtiers, comme les ventes faites sans leur entremise, sont tantôt au comptant, tantôt à terme. Comme cela a été dit plus haut (n° 424), les ventes à terme portant sur des marchandises reçoivent souvent le nom de *marchés à livrer ;* mais on leur donne aussi le nom de *marchés à terme* quand ce sont des opérations de spéculation. Ces ventes sont faites à des délais souvent très longs ; il n'y a jamais eu sur ce point les mêmes restrictions que pour les ventes à terme de valeurs mobilières (n° 835) : ainsi, souvent une vente, conclue au printemps ou en été, porte sur des marchandises à livrer en automne ou en hiver. Les marchés à livrer se font surtout sur les huiles, les blés, les farines, les trois-six et les sucres. D'après l'usage, le vendeur, non l'acheteur comme dans les marchés à terme (n° 837), a souvent la faculté d'escompte qui lui permet de livrer avant le terme.

Il y a, pour les marchandises comme pour les valeurs mobilières, des marchés fermes, des marchés à prime et des reports (n^os^ 837 et suiv.). Les marchés à prime sur marchandises se font, dans les usages,

à des conditions bien plus variées que les marchés à prime sur des valeurs mobilières ; ainsi, il y a notamment des marchés de marchandises à prime pour le vendeur, c'est-à-dire dans lesquels le vendeur a le droit ou d'exécuter le marché en livrant les marchandises ou d'abandonner à l'acheteur la prime fixée.

A la différence des *marchés à terme* sur valeurs mobilières, les *marchés à livrer* n'ont jamais été prohibés et déclarés nuls par aucune loi. Mais, jusqu'à la loi du 28 mars 1885, la jurisprudence admettait que l'exception de jeu était opposable à l'occasion d'opérations qualifiées par les parties de marchés à livrer, quand il était reconnu qu'elles constituaient, en réalité, de simples paris sur la différence des cours. Cf. n° 424. Il a été expliqué qu'en vertu de la loi du 28 mars 1885, l'exception de jeu ne peut plus être admise à propos des marchés à livrer ; cette loi s'applique à ces marchés comme aux marchés à terme sur valeurs mobilières. V. n° 845.

TROISIÈME PARTIE

Du commerce maritime

(NOTIONS GÉNÉRALES)

INTRODUCTION

860. Le livre II du Code de commerce (art. 190 à 436) est consacré tout entier au commerce de mer, mais il ne renferme pas tous les textes relatifs aux matières maritimes. Ces matières sont si nombreuses et si variées qu'on peut faire du Droit maritime une division qu'en général, on n'applique qu'au droit considéré dans son ensemble. On peut distinguer : 1° le *Droit maritime international*, qui comprend les règles concernant les rapports maritimes des nations entre elles en temps de paix et de guerre ; telles sont les règles concernant la liberté des mers, les prises, les blocus, etc. ; 2° le *Droit maritime public* ou *administratif*, qui est l'ensemble des règles sur les rapports de la marine marchande avec l'Etat et les différentes administrations publiques, ce qui comprend notamment la police de la navigation et l'inscription maritime ; 3° enfin le *Droit maritime privé* ou *Droit commercial maritime*, qui est l'ensemble des règles concernant les rapports que les expéditions maritimes créent entre les particuliers et spécialement les contrats maritimes (affrètements, assurances maritimes, etc.).

861. *Sources anciennes et actuelles du Droit maritime.* — Avant le XVIIe siècle, les règles du Droit maritime se puisaient presque exclusivement dans les usages ; ceux-ci avaient été, en grande partie, constatés dans des recueils spéciaux : les *Jugements* ou *Rôles d'Oléron*, *le Consulat de la mer*, *le Guidon de la mer* (n° 8). Afin d'unifier le Droit maritime français et de le préciser, Colbert fit composer

l'Ordonnance sur la marine de 1681 (1) ; elle est devenue le modèle de toutes les législations modernes et a été, en grande partie, reproduite dans le livre II du Code de commerce. Celui-ci n'a subi que peu de changements ; il a été modifié ou complété par la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, par la loi du 12 août 1885, qui touche à diverses parties du Droit maritime (engagement des gens de mer, assurance, prêt à la grosse, etc.), par la loi du 24 mars 1891, modifiant les articles 436 et 437, C. com., par la loi du 14 décembre 1897 relative à la compétence en matière d'abordage maritime et à la prescription annale en matière d'affrètement.

Toutefois, l'objet du livre II du Code de commerce ne correspond pas exactement à celui de l'Ordonnance de 1681 : elle traitait des trois grandes branches du Droit maritime ; le livre II du Code est relatif seulement au Droit maritime privé, qui est aujourd'hui en France la seule partie du Droit maritime codifiée. Aussi, sur un grand nombre de points, l'Ordonnance de 1681 et beaucoup de dispositions légales complémentaires, datant, soit de l'ancienne Monarchie, soit de l'époque intermédiaire, sont-elles encore en vigueur. Cette absence de codification fait que parfois il est assez difficile de savoir quels textes doivent être appliqués. Afin de remédier au mal, le gouvernement a pris deux mesures différentes :

1° Les ordonnances, déclarations, édits, etc., de nos anciens rois n'avaient force de loi qu'autant qu'ils avaient été enregistrés par le Parlement, aussi celui qui invoque un acte législatif de l'ancienne Monarchie pourrait-il à la rigueur être contraint de prouver que cet acte a été enregistré. Afin d'éviter les recherches compliquées et longues auxquelles cela peut donner lieu, un décret-loi des 4-22 mars 1852 a décidé que la production d'une copie authentique certifiée par le ministre de la Marine dispenserait de la preuve de l'enregistrement.

2° En 1866, le ministre de la Marine a fait composer un recueil comprenant, sous une seule série de 314 articles, les dispositions de droit administratif maritime concernant la police de la navigation et l'inscription maritime (2). Les articles composant ce recueil ou règlement sont tous empruntés à des lois, à des décrets, à des actes législatifs antérieurs. Il n'est plus au courant de la législation actuelle. Aussi l'utilité de cette sorte de compilation, qui a été très grande, va constamment en diminuant.

(1) V. ce qui a été dit au n° 9 sur les commentateurs de l'Ordonnance de 1681, Valin, Emérigon et Pothier.

(2) Ce recueil a pour titre : *Règlement 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 faut encore citer parmi les lois maritimes en vigueur : 1° le *décret-loi disciplinaire et pénal sur la marine marchande du 24 mars 1852*, qui a organisé les juridictions chargées de connaître des délits maritimes et déterminé les peines à appliquer à ces délits (1) ; 2° la loi du 17 avril 1907 concernant la sécurité de la navigation maritime et la réglementation du travail à bord des navires de commerce.

862. Sous l'ancienne Monarchie, on avait concentré dans une seule administration tout ce qui concernait la marine. A la tête de cette administration se trouvait le *Grand Amiral ;* il s'occupait de la marine au point de vue politique, militaire, judiciaire et administratif. Il rendait notamment la justice par l'organe de tribunaux appelés *amirautés*, dont il nommait les membres, sauf ratification du Roi. Les amirautés, non seulement connaissaient de tous les procès civils et criminels se rattachant à la navigation maritime, mais encore avaient un rôle administratif, en s'occupant de la surveillance des ports, des formalités relatives à la transmission de la propriété des navires et, en général, de toutes les personnes et de toutes les choses concernant la navigation maritime. Les attributions judiciaires des amirautés, au point de vue du Droit commercial privé, leur ont été retirées par la loi des 16-24 août 1790, pour être conférées aux tribunaux de commerce. En 1791, les amirautés, réduites à des fonctions administratives, ont été supprimées avec la dignité de Grand Amiral de France.

Aujourd'hui, on peut dire qu'il y a des lambeaux de l'Amirauté dans presque tous les ministères. Tout ce qui touche au personnel de la marine marchande ressortit au ministère de la Marine. La construction et l'entretien des ports sont du ressort du ministère des Travaux publics. L'administration des douanes, qui est chargée de l'accomplissement des formalités de publicité en matière de transmission de propriété de navires et d'hypothèque maritime, relève du ministère des Finances. Les tribunaux de commerce, qui jugent les procès en matière de Droit commercial maritime, sont placés sous le contrôle du ministre de la Justice. Enfin, les tribunaux commerciaux maritimes, qui jugent les délits et contraventions se rattachant à la marine marchande, ressortissent au ministère de la Marine (2).

(1) Le décret-loi du 24 mars 1852 a été modifié par les lois du 15 avril 1898 et du 31 juillet 1902. V. *Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande*, annoté par Henri Fromageot (1901).

(2) Cependant, un certain pas vers la concentration des services relatifs à la marine marchande a été fait par le décret du 31 octobre 1906.

Dans sa séance du 6 février 1902, la Chambre des députés avait voté la résolution suivante : « La Chambre invite le gouvernement à centraliser le service « de la marine marchande dans un même ministère ». Le Décret du 31 octo-

863. PLAN. — Nous nous occuperons presque exclusivement du *Droit commercial maritime* et nous ne donnerons même à ce sujet que des notions générales (1) (2).

Les règles du Droit maritime privé ont quatre objets principaux : les navires, les personnes intéressées dans les expéditions maritimes, le personnel des navires, les contrats maritimes. — Nous divisons notre étude sommaire du Droit maritime en sept chapitres. Le *premier chapitre* est consacré aux navires et aux manières d'en acquérir la propriété ; le *second* aux personnes intéressées dans les expéditions maritimes (propriétaires ou copropriétaires de navires, armateurs, etc.) ; le *troisième* au personnel des navires (capitaine et gens de l'équipage). Le *quatrième chapitre* renferme les règles de l'affrètement ou nolissement, c'est-à-dire du contrat de transport de marchandises par mer. Le *chapitre cinquième* est consacré aux risques maritimes et à la détermination des personnes qui supportent les dommages ou dépenses que ces risques occasionnent (*avaries*). Le *chapitre sixième* traite du contrat d'assurance maritime, qui a pour but de mettre les intéressés à l'abri

bre 1906 a résolu en partie la question en rattachant au Ministère du Commerce la liquidation des primes à la navigation et des compensations d'armements, la répartition des subventions accordées aux établissements utiles aux marins sur les fonds de la marine marchande, le pilotage et les écoles d'hydrographie. Peu de temps après, était créée au Ministère du Commerce la Direction de la Marine marchande et des transports, qui comprend, avec la liquidation des primes à la navigation et des compensations d'armements, les subventions, le pilotage, la législation générale de la marine marchande, le courtage maritime, les questions d'émigration, ainsi que l'étude des questions relatives aux tarifs de chemins de fer d'exportation, d'importation et de transit. Les écoles d'hydrographie ont été rattachées à la direction de l'enseignement technique. La réforme paraît avoir eu d'heureux résultats et les Chambres paraissent disposées à pousser le gouvernement à aller plus loin dans la voie de la concentration.

(1) Dans notre *Traité de Droit commercial*, les tomes V et VI sont consacrés au Droit maritime. V. Aussi Arthur Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime* (8 vol.) ; de Valroger, *Commentaire du livre II du Code de commerce* (5 vol.).

(2) Ce livre est surtout destiné aux étudiants en Droit et, dans les Facultés de Droit, les matières maritimes ne figurent pas dans le cours obligatoire de Droit commercial.

Par suite d'une heureuse innovation, il existe dans la plupart des Facultés, depuis 1889, un cours spécial de Droit maritime. Ce cours semestriel est placé en troisième année et figure au nombre des cours entre lesquels les étudiants ont une faculté d'option (Décret du 1er août 1905 reproduisant sur ce point la disposition du décret du 30 avril 1895). En outre, dans le programme du concours d'agrégation des Facultés de Droit (Section de Droit privé et de Droit criminel) figure une leçon de Droit commercial ou de *Droit maritime*.

du préjudice pécuniaire que leur cause la réalisation de ces risques. Pour se procurer les sommes considérables nécessaires pour la construction des navires, l'organisation des expéditions maritimes, les réparations à faire aux bâtiments, etc., des moyens de crédit spéciaux, le prêt à la grosse et l'hypothèque maritime, sont mis à la disposition des propriétaires de navires, des capitaines et des constructeurs. Du reste, par faveur pour certains créanciers, la loi leur accorde des privilèges spéciaux sur les navires. Les créanciers, même chirographaires, ont sur les navires des droits plus étendus que sur les autres biens : ils ont un droit de suite spécial. Le *septième chapitre* traite des moyens de crédit maritime (prêt à la grosse et hypothèque maritime), des privilèges et des droits particuliers des créanciers chirographaires sur les navires.

CHAPITRE PREMIER

DES NAVIRES ET DES MOYENS D'EN ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ (1).

864. Les règles concernant les navires ont une grande importance ; car, s'ils ne sont pas, comme les marchandises, l'objet du commerce de mer, ils en sont, du moins, l'instrument essentiel.

En droit, le navire est un bien qui, sous beaucoup de rapports, est régi par des principes tout spéciaux. A certains égards, les navires sont en quelque sorte traités comme des personnes : ils ont une nationalité (il y a des *navires français* et des *navires étrangers*) ; chaque navire a un nom, une sorte de domicile désigné sous la dénomination de *port d'attache* ou de *port d'immatricule* ; une espèce d'acte de naissance destiné surtout à prouver sa nationalité, l'*acte de francisation*.

865. Deux questions doivent être examinées : A. A quelles conditions un navire est-il français ? B. Quelles différences les lois établissent-elles entre les navires français et les navires étrangers ?

A. D'après la législation actuelle, il faut, pour qu'un navire soit français : 1° que le navire appartienne au moins pour moitié à des Français ; 2° que le capitaine, les officiers et les trois quarts au moins de l'équipage soient français. — Ces deux conditions se justifient aisément. Le gouvernement français est appelé souvent à intervenir pour la protection du pavillon et du commerce national auprès des autorités étrangères ; on veut que cette protection s'applique à des intérêts vraiment français. La seconde condition s'explique par le désir de favoriser les gens de mer français, en obligeant à choisir parmi eux la plus grande partie du personnel des navires, et de compenser par cette faveur les charges de l'inscription maritime (n° 886). Du reste, le capitaine et les officiers ont parfois avec les autorités étrangères des démêlés graves : il ne faut pas que les intérêts de la France puissent être compromis par des étrangers (2).

(1) C. com., art. 190 et 195.

(2) Ces deux conditions n'ont pas toujours été les seules exigées pour qu'un

B. L'intérêt de la distinction entre les navires français et les navires étrangers a diminué par suite de l'application à la marine marchande des principes du libre-échange. Les navires français seuls sont admis à faire la navigation (ou *cabotage*) entre ports français, qui constitue ainsi une *navigation réservée*. Une loi du 2 avril 1889 réserve au pavillon national la navigation entre la France et l'Algérie (1). La pêche côtière, ou pêche qui se fait dans les eaux territoriales de la France et de l'Algérie, est aussi réservée aux navires français (L. 1er mars 1888). Enfin le remorquage est assimilé à la navigation au cabotage entre ports français, c'est-à-dire qu'il est réservé aux bâtiments français (2) (Loi du 12 avril 1906 *relative au remorquage*). Avant les lois du 3 juillet 1861 et du 19 mai 1866, l'*intercourse coloniale*, c'est-à-dire la navigation entre la métropole et les colonies, était réservée aux navires français ; puis, les navires étrangers entrant dans nos ports étaient soumis à des droits spéciaux appelés *droits de tonnage*, et les marchandises importées par ces navires étaient soumises à des droits de douane supplémentaires appelés *surtaxes de pavillon* (3). — Pour protéger la

navire fût français. D'après la loi du 21 septembre 1793 (*acte de navigation français*), il fallait, à part la condition de nationalité relative au capitaine, aux officiers et aux trois quarts des gens de l'équipage, que le navire appartint entièrement à des Français et eût été construit en France. La loi du 11 juin 1845 s'est bornée à exiger que le navire appartienne au moins pour moitié à des Français, et la loi du 19 mai 1866 a supprimé la condition de la construction en France. La première de ces lois a eu pour but d'attirer des capitaux étrangers dans l'industrie française. La seconde, dominée par des idées libre-échangistes, s'est proposé de permettre aux armateurs d'acheter des navires dans les pays où ils coûtent moins cher qu'en France.

(1) Une loi du 22 juillet 1909 admet qu'*en cas d'événements exceptionnels ayant pour effet d'interrompre temporairement les relations maritimes sous pavillon français : 1° entre un ou plusieurs ports de France et les ports de l'Algérie ou réciproquement ; 2° entre un ou plusieurs ports de la France continentale et les ports de la Corse ou réciproquement, le gouvernement pourra suspendre, par décret rendu en conseil des ministres, et pendant tout le temps que durera cette interruption : 1° en ce qui concerne l'Algérie, l'application de la loi du 2 avril 1889 ; 2° en ce qui concerne la Corse, l'application de la loi du 21 septembre 1793*. Cette loi a été provoquée, surtout par les grèves fréquentes des marins de Marseille qui, pendant les dernières années, ont eu pour conséquence d'interrompre, parfois pendant plusieurs semaines, les relations entre la France et l'Algérie ou la Corse.

(2) Certaines réductions de droits de douane accordées à des produits originaires de Tunisie, sont subordonnées à l'importation de ces produits par des navires français (L. 19 juillet 1890, art. 4, dern. alinéa).

(3) *Toutefois, le pavillon étranger est admis à les pratiquer* (les opérations de remorquage) *dans le cas où il n'existerait pas de remorqueur français sur place ou qu'il ne s'en trouverait aucun disponible ou suffisant. Les navires*

marine nationale, la loi du 29 janvier 1881 a établi un système de primes accordées aux armateurs de navires *français* (1). Ces primes, accordées pour une durée de dix ans, puis prorogées d'année en année jusqu'à la fin de janvier 1893, ont été de nouveau consacrées par la loi du 30 janvier 1893, puis par la loi du 7 avril 1902, enfin par la loi du 29 avril 1906 qui désigne les primes sous le nom de *compensations d'armement*. Ces primes ou compensations d'armement n'existent que pour les navires français faisant, soit la navigation au *long cours*, soit la navigation au *cabotage international*. — En pleine mer, les navires de commerce français ne relèvent que des navires de guerre français, qui seuls, en principe, peuvent avoir un droit de contrôle sur leur conduite.

En temps de guerre maritime, il est très important de savoir si un navire de commerce appartient à une nation neutre ou à l'une des nations belligérantes. En effet, la propriété privée n'est pas respectée sur mer, les vaisseaux de guerre de l'un des belligérants ont le *droit de prise* ou droit de capturer les navires appartenant à des sujets de l'autre belligérant et les marchandises chargées sur ces navires et appartenant aussi à ses sujets ; mais le droit de prise ne s'applique ni aux navires neutres, ni aux marchandises ennemies qui y sont chargées (*le pavillon couvre la marchandise*), à moins qu'il ne s'agisse de la contrebande de guerre, ni aux marchandises neutres chargées sur des navires ennemis (*le pavillon ne confisque pas la marchandise*) (2).

866. A raison même de l'intérêt que présente la distinction entre les navires français et les navires étrangers, il est fort utile que le propriétaire ou le capitaine d'un navire puisse prouver facilement la nationalité française de son bâtiment. L'acte qui sert à faire cette preuve est l'*acte de francisation*, qui doit toujours se trouver à bord du navire

et les chaloupes seront également admis à pénétrer dans les ports français avec le remorqueur qui les a remorqués en mer.

(1) Il y a aussi des *primes à la construction*, accordées aux constructeurs de navires en France, dans le but de protéger l'industrie des constructions navales et d'assurer aux armateurs qu'ils ne paieront pas les navires construits en France plus cher que les navires construits à l'étranger spécialement en Angleterre.

(2) Ces principes ont été consacrés, en même temps que la suppression de la course et la règle selon laquelle les blocus, pour être respectés, doivent être effectifs, par la Déclaration de 1856, signée à la suite du traité de Paris qui mit fin à la guerre de Crimée. Une déclaration du 26 février 1909 signée à la Conférence navale de Londres par les représentants de dix puissances a consacré un grand nombre de règles relatives au Droit de la guerre maritime. Elle s'occupe notamment du blocus et de la contrebande de guerre. V. Louis Renault, *La Conférence navale de Londres* (1909).

(art. 225, C. com.). Du reste, cet acte ne sert pas seulement à prouver la nationalité : on y mentionne, pour les faire connaître aux tiers, les mutations survenant dans la propriété du navire (n° 872).

La délivrance d'un acte de francisation suppose un navire dont l'identité est bien déterminée ; aussi chaque navire doit-il avoir un nom qu'il est même défendu de changer (loi du 5 juillet 1836). En outre, chaque navire doit être *jaugé*, c'est-à-dire que son tonnage (sa capacité) doit être fixé par l'Administration des douanes. La jauge officielle détermine le nombre de *tonneaux de jauge* que peut contenir un navire vide (le tonneau de jauge est actuellement de 2 mètres cubes 83 cent.). Il ne faut pas confondre avec le tonneau de jauge le *tonneau de poids* ; celui-ci est une mesure conventionnelle d'après laquelle se fixe souvent le fret à payer pour le transport de marchandises par mer (n° 918).

867. *Port d'attache ou d'immatricule. Délivrance de l'acte de francisation.* — Le propriétaire d'un navire, après-lui avoir donné un nom et l'avoir fait jauger, doit le faire inscrire sur des registres spéciaux tenus au bureau de l'inscription maritime d'un *quartier* (circonscription maritime (V. n° 886) ; on appelle ce quartier *port d'attache* ou d'*immatricule* du navire. En outre, le navire est inscrit sous son nom, avec indication de son jaugeage et du nom du propriétaire, sur un registre spécial tenu à la recette principale des douanes du port d'attache. L'acte de francisation est délivré, au nom du Chef de l'Etat, à la recette des douanes et est signé du ministre des Finances.

L'acte de francisation constate sans doute la nationalité française du navire lors de la délivrance de cet acte. Mais cette nationalité peut être perdue par suite d'une aliénation faite au profit d'étrangers pour plus de moitié, ou par l'introduction d'étrangers dans le personnel du navire (Cf. n° 865). Pour éviter qu'un navire puisse continuer à porter le pavillon national quand il ne réunit plus les conditions exigées pour qu'il soit français, les lois ont prescrit la formalité de la *mutation en douane* en cas de changement de propriétaire (n° 872), la délivrance d'un congé (n° 911) et la mention sur le rôle d'équipage de la nationalité du capitaine, des officiers et des gens de l'équipage.

868. *Nature mobilière des navires. Conséquences.* — Les navires sont expressément rangés par nos lois dans la catégorie des biens mobiliers (art. 190, al. 1er, C. com., et art. 531, C. civ.). Il y a à tirer de la nature mobilière des navires des conséquences juridiques nombreuses ; elles sont, en général, sans importance au point de vue des intérêts de la marine marchande ; ainsi, les bâtiments de mer tombent dans la communauté légale ; pour les aliéner, il est nécessaire et il suffit que le propriétaire ait la capacité d'aliéner les meubles, etc. Mais,

sous plusieurs rapports, qui ont, pour la marine marchande, une importance très grande, on ne leur applique pas les règles qui régissent les meubles, on leur applique même parfois des principes qui ne régissent aucune autre espèce de biens :

1. Depuis le 1er mai 1875, les navires, à la différence des autres meubles, sont susceptibles d'hypothèque (1).

2. La règle, *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279, C. civ.), ne s'applique pas aux navires. Aucun texte, sans doute, n'écarte expressément l'application de cette règle, mais les motifs mêmes qui la justifient doivent la faire écarter pour les navires. Il serait rigoureux et nuisible aux transactions d'admettre que l'acquéreur de bonne foi d'un bien mobilier peut être évincé par le véritable propriétaire. La transmission des meubles ne se constate pas d'ordinaire par écrit et, par suite, les acquéreurs sont à peu près dans l'impossibilité d'obtenir des aliénateurs la preuve de leur droit de propriété. Au contraire, les ventes et, en général, les aliénations de navires doivent être constatées par écrit (art. 195, C. com.). Par suite, l'acquéreur, qui n'a pas exigé de l'aliénateur du navire la preuve de son droit de propriété, est aussi coupable de négligence que l'acquéreur d'un immeuble qui a traité avec un non-propriétaire ; son éviction n'est pas d'une rigueur excessive.

3. Il n'y a pas de droit de suite sur les meubles (art. 2119, C. civ.). Les privilèges mobiliers (art. 2101 et 2102, C. civ.) s'éteignent quand les meubles passent entre les mains d'un tiers acquéreur ; *a fortiori*, le droit de gage général appartenant aux créanciers chirographaires (art. 2092, 2093, C. civ.) s'éteint-il en cas d'aliénation faite par le débiteur. Quant au droit de suite sur les immeubles, il n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. Au contraire, quand il s'agit de navires, les créanciers privilégiés et même chirographaires jouissent d'un droit de suite, qui, toutefois, s'éteint plus facilement que celui des créanciers hypothécaires. V. nos 1010 à 1012.

869. Les dispositions du livre II du Code de commerce s'appliquent non pas à tous les navires, mais exclusivement aux navires ou bâtiments de mer. Aussi est-il important, en droit, de déterminer le critérium pouvant servir à distinguer les bâtiments de mer des autres. Cependant, nos lois sont muettes sur ce point. Il est certain qu'il n'y a pas à considérer la capacité des navires ; des bâtiments d'un fort tonnage se bornent à parcourir les fleuves. Il semble rationnel de s'at-

(1) La première loi sur l'hypothèque maritime du 10 décembre 1874 est entrée en vigueur le 1er mai 1875 ; elle a été remplacée par la loi du 10 juillet 1885.

tacher à la destination que les navires reçoivent, en les rangeant ou non parmi les bâtiments de mer selon qu'ils font ou non la navigation maritime.

870. *Différentes espèces de navigation maritime.* — En général, les mêmes règles s'appliquent à tous les bâtiments de mer, quelle que soit la navigation maritime à laquelle ils se livrent. Cependant, nos lois distinguent la navigation *au long cours* et la navigation *au cabotage*. L'article 377, C. com., dont la disposition est reproduite par la loi du 30 janvier 1893 (art. 1), définit les voyages au long cours ; tous autres constituent la navigation au cabotage (1). Il importe de distinguer ces deux sortes de navigation maritime aux points de vue suivants : *a*) les conditions de capacité exigées chez le capitaine ne sont pas les mêmes (n° 903) ; *b*) les navires ne sont pas dans les deux cas soumis à la visite aux mêmes époques ; *c*) le délai, qui doit s'être écoulé sans nouvelles pour que le navire ou la cargaison puisse être délaissé à l'assureur, est plus long en cas de navigation au long cours (art. 375, C. com.).

Afin de faciliter les relations entre les ports rapprochés, un décret-loi du 20 mars 1852 a distingué du *cabotage*, sous le nom de navigation *au bornage*, la navigation faite par une embarcation de 25 tonneaux au plus à une distance maxima de 15 lieues marines ; les conditions exigées des capitaines pour le bornage sont simplifiées. V. n° 903. Jusqu'à la loi du 25 novembre 1827, on distinguait deux espèces de cabotage : le grand et le petit cabotage au point de vue des conditions de capacité exigées des capitaines ; elles n'étaient pas les mêmes pour ces deux sortes de navigation. Elles ont été assimilées, et l'on ne distingue plus guère ces deux cabotages que dans les tableaux statistiques des douanes. Mais les tableaux prennent ces expressions dans un sens spécial ; la navigation au grand cabotage est celle qui se fait entre des ports situés sur des mers différentes (2).

871. *Modes d'acquisition des navires. Vente.* — La propriété des navires s'acquiert par les modes d'acquisition ordinaires et, en outre,

(1) Pour l'application des compensations d'armement (n° 865), l'article 15 de la loi du 19 avril 1906 *sur la marine marchande*, remplaçant l'article 1er de la loi du 30 janvier 1893, distingue le cabotage *international* du cabotage *français*. Les compensations d'armement ne sont dues que pour les navires faisant, soit la navigation au long cours, soit le cabotage international. Car, le cabotage français étant réservé aux navires français, aucune protection spéciale n'est nécessaire, pour les navires se livrant à cette navigation, contre la concurrence des marines marchandes étrangères.

(2) L'article 229, C. com., distingue les deux navigations au cabotage dans le sens où ces expressions étaient prises avant 1827, au point de vue de la possibilité ou de l'impossibilité de charger les marchandises sur le premier pont du navire.

par certains modes spéciaux au Droit maritime. Les modes d'acquisition du droit commun sont soumis à quelques règles spéciales quand ils portent sur des navires ; il en est ainsi de la vente. La vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit (acte authentique ou sous seings privés) (art. 195, C. com.). Le Code exige, du reste, généralement un écrit pour la preuve de tous les contrats concernant le commerce de mer, par dérogation à l'article 109, C. com. Comme l'écrit n'est requis que pour la preuve et afin d'exclure la preuve testimoniale, une vente de navire pourraît être prouvée par l'aveu ou par le serment.

872. *Mutation en douane.* — Des lois spéciales prescrivent des formalités pour la transmission de la propriété d'un navire.

D'abord, d'après la loi du 23 novembre 1897, modifiant la loi du 27 vendémiaire an II, l'acte de vente d'un navire ou d'une partie d'un navire doit contenir : 1° le nom et la désignation du navire ; 2° la date et le numéro de l'acte de francisation ; 3° la copie *in extenso* des extraits dudit acte relatifs au port d'attache, au tonnage, à l'identité, à la construction et à l'âge du navire (1). Aucune sanction n'est attachée à cette prescription, dont le but est de bien individualiser le navire vendu La formalité la plus importante est celle de la *mutation en douane*. D'après la loi du 27 vendémiaire an II (art. 17), il faut qu'il soit fait mention de toutes les transmissions de propriété de navires : 1° sur le registre de la recette principale des douanes du port d'attache (n° 867) ; 2° au dos de l'acte de francisation. Ces deux formalités réunies constituent ce qu'on appelle la *mutation en douane*.

La mutation en douane a certainement avant tout pour but d'empêcher que des étrangers, ayant acquis des navires français, ne continuent à leur faire porter indûment le pavillon national (n° 867). Mais la jurisprudence reconnaît à la mutation en douane une autre portée : c'est une formalité de publicité, sans laquelle la propriété des navires n'est pas transmise *à l'égard des tiers*. Le registre des douanes est une sorte de grand-livre de la propriété des navires ; l'examen de ce registre permet de savoir à qui le bâtiment appartient, et celui-là seul dont le nom est porté sur ce registre est considéré comme propriétaire à l'égard des tiers. Il résulte notamment de là que de deux acquéreurs d'un même navire, celui-là l'emporte qui a le premier fait opérer la mutation en douane, et les créanciers de l'aliénateur peuvent méconnaître une aliénation pour laquelle la mutation en douane n'a pas été opérée.

(1) D'après la loi du 27 vendémiaire an II (art. 18), l'acte de vente devait contenir une copie entière de l'acte de francisation. Cette exigence entraînait des frais, quand l'acte de francisation était long à raison du très grand nombre des copropriétaires du navire.

873. *Construction à forfait ou par économie.* — Souvent une personne est propriétaire d'un navire parce qu'elle l'a fait construire. Il y a deux procédés principaux de construction : la *construction par économie* et la *construction à forfait.*

Il y a *construction par économie*, quand une personne fait construire un navire, traitant directement avec les vendeurs de matériaux et les ouvriers. Il n'y a guère que les constructeurs de profession qui construisent par économie, quand ils font construire un navire sans en avoir reçu la commande. Il va de soi que la propriété du bâtiment avant son achèvement appartient à celui qui achète les matériaux et qui traite avec les ouvriers. C'est lui, par suite, qui court les risques de la perte et des détériorations.

Il y a construction *à forfait*, *pour compte* ou *à l'entreprise*, quand une personne charge un constructeur de faire construire un navire moyennant un prix ferme. Le plus souvent, le constructeur fournit les matériaux en même temps que la main-d'œuvre ; des difficultés se présentent alors pour déterminer qui est propriétaire du navire avant son achèvement. Selon l'opinion qui a triomphé en jurisprudence, le contrat intervenu entre le constructeur et son client est une vente à livrer, et celui-ci ne devient propriétaire qu'après l'achèvement de la construction (1).

874. Modes d'acquisition spéciaux au droit maritime. — Deux modes spéciaux d'acquisition sont admis par le Droit maritime : l'*abandon* du navire et du fret (nos 879 et suiv.) (2) et le *délaissement* (nos 991 et suiv.). En outre, le Droit international maritime reconnaît, comme mode d'acquisition au profit de l'État, la *prise* des navires ennemis et celle des navires même neutres qui cherchent à violer un blocus effectif ou qui portent de la contrebande de guerre, au moins dans certains cas (3).

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 152 et suiv.

(2) L'abandon du navire n'est pas considéré par la jurisprudence comme un mode de translation de la propriété des navires. V. notre *Traité de Droit commercial*, V, no 252.

(3) Le droit de prise s'applique aussi aux marchandises ennemies chargées sur un navire ennemi.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES INTÉRESSÉES DANS LES EXPÉDITIONS MARITIMES (PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES ET ARMATEURS, COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES) (1).

---

875. Beaucoup de personnes sont intéressées dans les expéditions maritimes. Comme ces expéditions ont, en général, pour objet le transport de marchandises, on peut dire que certaines personnes ont un intérêt se rattachant au navire, d'autres, un intérêt se rapportant à la cargaison.

876. *De l'armateur et du propriétaire du navire.* — On appelle *armateur* celui qui arme un navire, c'est-à-dire qui le pourvoit de tout ce qui est nécessaire pour la navigation et qui organise celle-ci en choisissant le capitaine. L'armateur se propose de réaliser des bénéfices en affectant le navire, soit au transport des marchandises ou des personnes, soit à la pêche (2). Le propriétaire en est le plus souvent en même temps l'armateur ; mais ces deux qualités ne sont pas toujours réunies dans la même personne. Elles sont divisées notamment dans le cas où une personne, ayant pris à loyer un navire désarmé, le fait naviguer pour son compte, puis dans le cas où plusieurs copropriétaires d'un navire chargent l'un d'eux ou un tiers de jouer le rôle d'armateur (n° 878). Quoi qu'il en soit, le Code de commerce suppose toujours que les deux qualités de propriétaire et d'armateur sont réunies sur la même tête, et c'est toujours du propriétaire du navire que le Code parle. Pour plus de simplicité, nous entendrons aussi par propriétaire ou par armateur celui qui a à la fois ces deux qualités, à moins que le contraire ne soit indiqué.

877. *Personnes intéressées dans la cargaison.* — A la cargaison se rattachent *les chargeurs, les affréteurs, les consignataires*. *Les chargeurs* ou *affréteurs* sont les personnes qui font transporter par mer des

(1) C. com., art. 216, 217 et 220.

(2) On appelait à Rome l'armateur, *exercitor navis*, tandis que le capitaine était désigné sous le nom de *magister navis*.

marchandises en vertu du contrat appelé *affrètement*, conclu avec l'armateur ou le capitaine (nos 917 et suiv.). Les marchandises sont le plus souvent adressées à des individus qu'on appelle *destinataires*, comme dans le transport de terre (n° 57), ou *réclamateurs*. Ceux-ci peuvent, suivant les cas, soit les recevoir pour leur propre compte, soit être chargés de les vendre ou de les répartir entre des personnes désignées à l'avance : ce sont alors des *consignataires*. Il faut distinguer du *consignataire de la cargaison* le *consignataire du navire* ou *consignataire de la coque*. Ce dernier est chargé par le propriétaire du navire de remplir au port de destination les nombreuses formalités auxquelles donne lieu l'arrivée du navire dans ce port, de payer les frais de port, de faire opérer le déchargement, de livrer les marchandises aux destinataires et de recevoir d'eux le montant du fret.

878. Copropriété des navires. Quirats. — Il est fréquent qu'un navire appartienne à plusieurs personnes par indivis. Cela se produit à raison, soit de ce que plusieurs personnes ont acheté ou fait construire un navire en commun, soit de ce qu'un propriétaire unique a aliéné des portions du navire ou a laissé plusieurs héritiers. Le prix élevé des navires et l'importance des frais d'armement expliquent la fréquence de la copropriété indivise. Les parts de copropriété sont désignées parfois sous l'ancien nom de *quirats* et les copropriétaires sont appelés *quirataires*. Dans l'intérêt de la navigation, la copropriété des navires est soumise à des règles spéciales pour l'administration des navires indivis et pour les causes pouvant faire cesser l'indivision.

1. En général, quand plusieurs copropriétaires sont en désaccord sur un acte à faire, l'opinion des partisans de l'abstention doit prévaloir : *in pari causâ melior est causa prohibentis*. Lorsqu'il s'agit de navires, l'avis de la majorité est suivi pour tout ce qui concerne l'intérêt commun, et la majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le navire excédant la moitié de sa valeur (art. 220, al. 1 et 2, C. com.).

2. En droit commun, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision (art. 815, C. civ.), chaque copropriétaire peut exiger le partage ou la licitation. La faculté pour chaque copropriétaire de réclamer la licitation du navire aurait eu de graves inconvénients ; en exerçant cette faculté, un copropriétaire aurait pu faire manquer une entreprise importante. Aussi la licitation ne peut-elle être accordée que sur la demande de propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire.

Le plus souvent, quand il y a plusieurs copropriétaires, l'un d'eux (ou un étranger) est chargé par les autres de jouer le rôle d'armateur

(*armateur gérant* ou *armateur titulaire*). V. L 10 juillet 1885, art. 3 (1).

879. RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE DU NAVIRE QUANT AUX ACTES ET AUX FAITS DU CAPITAINE. ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. — Généralement, le propriétaire d'un navire ne le dirige pas; il prépose à la direction de l'expédition un chef appelé le plus ordinairement *capitaine*. Le capitaine est lié envers le propriétaire par un contrat tenant à la fois du louage de services et du mandat. — Chargé de diriger le navire, il doit employer ses soins pour assurer la réussite du voyage : dans ce but, il fait de nombreux actes pour l'armateur, il engage les gens de l'équipage, il frète le navire, il le fait réparer et contracte avec les ouvriers et vendeurs de matériaux. Le capitaine peut, dans le cours du voyage, commettre des délits ou des quasi-délits faisant naître l'obligation de réparer le dommage qui en résulte (par exemple, il cause un abordage par une fausse manœuvre). Conformément aux principes du droit commun, le propriétaire du navire est tenu, en qualité de mandant, des obligations contractées par le capitaine pour les besoins de l'expédition (art. 1998, C. civ.), et il est responsable des délits ou des quasi-délits commis par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions (art. 1384, C. civ., et art. 216, 1er al., C. com.). D'après les règles ordinaires (art. 2092 et 2093, C. civ.), le propriétaire devrait être tenu sur tous ses biens. Mais le Code de commerce restreint la responsabilité du propriétaire du navire, en faisant une distinction entre sa fortune de mer (ou fortune flottante) et sa fortune de terre; d'après l'article 216, 2e al., le propriétaire n'est tenu que sur la première à raison des actes ou faits du capitaine. Cette dérogation aux principes généraux s'explique par diverses raisons : le propriétaire du navire ne peut pas, à raison même de l'éloignement, surveiller le capitaine; le choix du capitaine n'est même pas entièrement libre pour lui, puisqu'il ne peut le prendre que parmi les personnes réunissant certaines conditions déterminées par les lois (n° 903). Enfin, la responsabilité illimitée du propriétaire pourrait détourner beaucoup de personnes de se consacrer au commerce des armements; le nombre des navires en serait diminué, ce qui entraînerait une élévation du taux du fret.

880. Le propriétaire, n'étant tenu que sur sa fortune de mer, peut se libérer en abandonnant aux créanciers le navire tel qu'il est et le fret du dernier voyage (2). Mais il n'a pas à comprendre dans l'abandon l'in-

(1) V., pour plus de détails, sur la copropriété des navires, notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 279 à 317.

(2) Le fret à comprendre dans l'abandon est-il le *fret brut*, c'est-à-dire le

demnité qu'il touche de la compagnie d'assurances quand le navire a été assuré Le propriétaire du navire a pris sur sa fortune de terre les primes d'assurance en retour desquelles l'indemnité a été payée : sa fortune de terre serait donc atteinte, s'il était tenu de comprendre cette indemnité dans l'abandon (1).

La faculté d'abandon du navire et du fret existe pour le propriétaire du navire, qu'il s'agisse de la responsabilité encourue par lui à raison des délits ou des quasi-délits du capitaine ou même d'obligations provenant des contrats conclus par le capitaine pour les besoins de l'expédition et dont le propriétaire du navire est tenu en qualité de mandant. Une loi du 14 juillet 1841, qui a modifié le texte de l'article 216, C. com., a fait disparaître la controverse qui s'était élevée sur ce dernier point.

Mais, quelque généraux que soient les termes de l'article 216, il est certain que l'abandon du navire et du fret n'est pas admis, quand le propriétaire a concouru aux actes du capitaine ou a participé à ses fautes ; il n'y a alors aucune raison pour restreindre sa responsabilité. Bien plus, l'article 216 suppose des actes faits par le capitaine en vertu du mandat général qui lui a été donné par cela même qu'il a été chargé de la direction du navire ; il est étranger aux actes que le capitaine fait en vertu d'un mandat spécial et formel. Par exemple, si un capitaine fait assurer le navire en vertu du mandat du propriétaire, celui-ci ne peut faire l'abandon pour se libérer de l'obligation de payer les primes d'assurance. Un mandat de ce genre n'ayant rien de nécessaire, il n'y a pas de motif pour traiter les choses autrement que si le mandataire était une personne autre qu'un capitaine.

Des principes qui viennent d'être rappelés, le législateur lui-même (art. 216, al. 3) a tiré des conséquences logiques pour les cas assez fréquents où le capitaine est, soit propriétaire unique, soit copropriétaire du navire qu'il commande. Dans le premier cas, la faculté d'abandon n'existe pas à raison des obligations contractées par le capitaine. Dans le second cas, le copropriétaire est tenu sur tous ses biens des obligations qu'il contracte en proportion de sa part de copropriété.

fret tel qu'il a été stipulé par l'armateur, ou le *fret net*, c'est-à-dire ce fret sous déduction des dépenses de navigation qui sont supportées d'ordinaire sur le fret ? V., pour l'abandon du *fret brut*, Cass., 3 juillet 1905, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 385 ; *Pand. fr.*, 1906. 1. 85 ; pour l'abandon du *fret net*, note de Ch. Lyon-Caen sous cet arrêt.

(1) Telle est la solution invariable de la jurisprudence. Elle peut être contestée. Mais elle est consacrée, soit par la loi même, soit par les tribunaux, dans tous les pays où la responsabilité du propriétaire du navire à raison des actes et des faits du capitaine est limitée à sa fortune de mer.

881. *Clauses d'irresponsabilité.* — Le propriétaire, responsable, en principe, des fautes du capitaine, ne peut-il pas, par une clause formelle, se décharger de cette responsabilité envers les personnes avec lesquelles le capitaine contracte pour le transport des marchandises, c'est-à-dire les affréteurs ? On l'a nié en disant qu'une pareille clause est contraire à l'ordre public comme encourageant la fraude ou la négligence. Cette doctrine est, avec juste raison, condamnée par la Cour de cassation (1). Assurément, on ne peut s'exonérer par avance de la responsabilité de ses fraudes ou de ses fautes lourdes. Mais en quoi l'exonération de fautes légères non intentionnelles est-elle contraire à l'ordre public ? Il nous est impossible de l'apercevoir. Du reste, il n'est pas douteux qu'en contractant une assurance, le propriétaire d'un navire peut se décharger sur l'assureur des conséquences de la responsabilité des fautes du capitaine (art. 353, C. com.). Pourquoi ne pourrait-il pas atteindre d'une façon directe, par une clause expresse, le but qu'il atteint indirectement par une assurance ?

882. *Effets de l'abandon du navire et du fret.* — Par suite du principe de l'abandon, on peut dire que le propriétaire d'un navire se trouve tenu d'une obligation facultative à raison des faits et des actes du capitaine : il doit une somme d'argent et il a la faculté de se libérer en abandonnant le navire et le fret. L'abandon libère donc le propriétaire. Les créanciers auxquels l'abandon du navire est fait en deviennent, selon nous, propriétaires, de telle sorte qu'ils pourraient conserver le prix de la vente du navire si, par hasard, il dépassait le montant des créances. C'est ce qui a fait indiquer plus haut (n° 874) l'abandon parmi les modes spéciaux d'acquisition de la propriété des navires. Mais la jurisprudence est défavorable à cette solution et admet plutôt que l'abandon est analogue à la cession de biens judiciaire (art. 1269, C. civ.) et vaut seulement comme mandat aux créanciers d'avoir à vendre le navire, sauf à rendre compte au propriétaire, leur débiteur (2).

Il ne faut pas confondre avec l'abandon le *délaissement*, qui suppose un navire assuré. V. nos 990 et suiv.

883. L'article 216, qui consacre la faculté d'abandon, ne parle que du propriétaire du navire. Cependant, le capitaine agit parfois aussi pour d'autres personnes, pour les propriétaires des marchandises transportées. Il doit faire tout ce qui est nécessaire pour amener celles-ci en bon état au port de destination et dans ce but il peut arriver qu'il contracte des obligations. Les propriétaires des marchandises en sont-ils

(1) V., pour les détails relatifs à cette importante question, notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 743 et suiv.

(2) V. notre *Traité de Droit commercial*, V, n° 252.

tenus sur tous leurs biens ou seulement sur leur fortune de mer, c'est-à-dire sur ces marchandises, de telle façon qu'ils puissent se libérer en les abandonnant aux créanciers ? La question peut se poser notamment quand le capitaine a emprunté pour les besoins du chargement ou a fait des dépenses de sauvetage. Assurément, on peut invoquer, pour admettre l'obligation illimitée des propriétaires des marchandises, le principe général de l'article 2092, C. civ., auquel aucune disposition légale expresse ne déroge pour les propriétaires de marchandises. Mais il nous semble plus rationnel d'admettre la faculté d'abandon. Il serait singulier que les propriétaires des marchandises qui sont les chargeurs ou les destinataires, fûssent traités plus rigoureusement, quand il s'agit des obligations du capitaine, que les propriétaires du navire, alors que les premiers ne participent pas d'ordinaire au choix du capitaine.

CHAPITRE III.

DU PERSONNEL DES NAVIRES.
DES GENS DE MER EN GÉNÉRAL, DU CAPITAINE (1).

---

884. La navigation maritime exige l'emploi d'un personnel nombreux qui remplit à bord des fonctions très variées. A la tête de ce personnel est le *capitaine* (appelé plus rarement *maître* ou *patron*), qui est préposé par l'armateur à la direction du navire. Au-dessous de lui sont les *officiers* chargés de l'assister, principalement le *second*, qui le remplace en cas d'empêchement. Enfin, il y a les *matelots* chargés, sous les ordres du capitaine et des officiers, d'exécuter les manœuvres nécessaires pour la marche du navire. Les officiers et les matelots forment l'*équipage* et sont souvent opposés, dans la loi même, sous le nom de *gens de l'équipage*, au capitaine. On peut ranger sous la dénomination collective de *gens de mer* tous ceux qui participent, à un titre quelconque, à la conduite du navire. Quelles que soient leurs fonctions, les gens de mer sont soumis à un grand nombre de règles communes (art. 272, C. com.) ; toutefois, parmi eux, le capitaine, à raison de la grande importance de ses fonctions, a une situation à part. Aussi, sera-t-il traité ci-après séparément : 1° *Des gens de mer en général ;* 2° *Du capitaine.*

I. — Des gens de mer en général.

885. Les gens de mer sont attachés au navire par un contrat qui est une variété du louage de services ; il est désigné par le Code sous le nom d'*engagement des gens de mer*. — Les gens de mer sont soumis à l'*inscription maritime* : ils sont exposés, pendant une grande partie de leur vie, à être appelés au service de l'État sur les vaisseaux de guerre. En retour de ces charges assez lourdes que l'inscription maritime fait peser sur les gens de mer et pour qu'elles ne détournent pas les popu-

(1) C. com., art. 218, 219, 221 à 272.

lations du littoral de se vouer à la navigation, des avantages multiples ont été accordés par nos lois aux gens de mer. On peut dire que les gens de mer jouissent, depuis longtemps, de bénéfices que la législation tend à admettre pour les ouvriers de toutes les industries. Des notions vont être données sur l'*inscription maritime*, et il sera traité ensuite de l'engagement des gens de mer.

A. — *De l'inscription maritime.*

886. L'*inscription maritime* fut introduite par Colbert sous le nom de *régime des classes*. Après des modifications nombreuses, l'inscription maritime fonctionne aujourd'hui de la façon suivante :

Le littoral de la France est divisé en cinq arrondissements maritimes (1), subdivisés en douze sous-arrondissements dont chacun comprend un certain nombre de quartiers, se subdivisant à leur tour en syndicats. A la tête de chaque arrondissement est un préfet maritime ; chaque sous-arrondissement est dirigé par un officier supérieur de l'administration, chaque quartier par un *administrateur de l'inscription maritime* (1); enfin, les syndicats sont dirigés par des *syndics des gens de mer*.

Les administrateurs de l'inscription maritime tiennent les matricules ou registres des gens de mer de tout le quartier. Sur ces matricules sont portés les marins de tous grades et de toutes professions, ainsi que les mécaniciens et chauffeurs de la navigation maritime.

L'inscription maritime est régie par la loi du 24 décembre 1896.

L'inscription maritime entraîne pour les marins l'obligation de servir sur les vaisseaux de l'État, toutes les fois qu'ils en sont requis, de 20 à 50 ans. En fait, ils ne servent guère que 3 ou 4 ans. Du reste, les équipages de la flotte de l'État ne comprennent pas exclusivement des inscrits maritimes ; il y a aussi des volontaires et des hommes pris sur le contingent annuel. V. L. 21 mars 1905 sur *le recrutement de l'armée*, art. 36.

887. Les charges résultant, pour les gens de mer, de l'inscription maritime pouvaient sembler lourdes, surtout à l'époque à laquelle une partie des hommes tirant au sort échappaient à tout service militaire

(1) Dont les chefs-lieux sont *Cherbourg*, *Brest*, *Lorient*, *Rochefort* et *Toulon*.

(2) D. 7 octobre 1902. Avant ce décret, les commissaires de la marine, prenant le nom de *commissaires de l'inscription maritime*, étaient placés à la tête des quartiers. Ce décret a établi une séparation entre les commissaires de la marine et les administrateurs de l'inscription maritime.

dans l'armée de terre (1). Aussi, en retour de ces charges, de nombreux avantages ont été accordés aux gens de mer et à leurs familles. Ces avantages s'expliquent, du reste, abstraction faite de l'inscription maritime, par le désir d'encourager les populations à se vouer à la navigation, malgré les dangers et les privations que cette profession entraîne avec elle. Voici les principaux de ces avantages :

a) Les gens de mer français ont la certitude d'être assez facilement engagés, par cela même que les capitaines, les officiers et les trois quarts au moins de l'équipage doivent être de nationalité française, pour qu'un navire soit français (n° 865).

b) Ils sont dispensés de tout service public autre que celui de l'armée navale.

c) Les gens de mer délaissés en pays étranger doivent être *rapatriés* et, le plus souvent, les frais de rapatriement sont à la charge de l'armateur (n° 898). Ils ont même droit à leur *conduite de retour*, c'est-à-dire qu'ils doivent être reconduits du port français où ils débarquent dans leur quartier d'inscription.

d) Après 50 ans d'âge et 25 ans de navigation, ils ont droit à une pension appelée demi-solde, qui est réversible pour partie au profit de leurs veuves et de leurs orphelins mineurs. Cette pension est due même aux gens de mer qui, en fait, n'ont été appelés qu'un temps limité au service sur les vaisseaux de l'État. Le service des demi-soldes est fait par la *Caisse des invalides de la Marine*, créée sous le règne de Louis XIV et ressortissant au ministère de la Marine ; cette caisse subvient au paiement de ces pensions à l'aide de ressources diverses, notamment à l'aide d'une retenue de 3 0/0 opérée sur les salaires des marins du commerce. V. L. 14 juillet 1908 concernant *les pensions sur la Caisse des invalides de la Marine*.

A la *Caisse des invalides de la Marine* a été annexée la *Caisse nationale de prévoyance entre les marins français contre les risques et accidents de leur profession* (loi du 29 décembre, remplaçant la loi du 21 avril 1898). La loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des accidents du travail est sans application aux gens de mer inscrits et même au personnel non inscrit embarqués sur les bâtiments de commerce français. En cas d'*accidents*, les uns et les autres ont droit à une pension qui leur est payée par la Caisse de prévoyance, dont les ressources se composent principalement de versements faits par les gens de mer et par les armateurs. Du reste, la Caisse de prévoyance paie aussi

(1) Il en était ainsi avant la loi du 27 juillet 1872 sur le *recrutement de l'armée* qu'ont remplacée successivement les lois du 15 juillet 1889 et du 21 mars 1905.

des pensions ou des indemnités aux gens de mer et aux individus non inscrits atteints de *maladies* ayant leur cause directe dans un risque de leur profession les mettant dans l'impossibilité définitive ou temporaire de continuer la navigation, tandis que la loi du 9 avril 1898 est sans application aux maladies professionnelles.

B. — *De l'engagement des gens de mer.*

888. Le contrat par lequel les gens de mer s'engagent à servir sur un navire est soumis à la fois aux dispositions du Code civil relatives au louage de services et à des règles particulières contenues dans le Code de commerce et dans des lois spéciales.

889. *Différentes sortes d'engagements.* — On distingue les engagements *à salaire fixe* et les engagements *à profit éventuel*. Dans les premiers, le salaire est indépendant des bénéfices que pourra procurer la navigation ; dans les seconds, il est proportionnel à ces bénéfices. Les engagements *à salaire fixe* sont *au voyage* ou *au mois*, selon que le salaire est fixé pour toute la durée du voyage ou qu'il est de tant par mois. Les engagements *à profit éventuel* sont *au fret* ou *à la part*, c'est-à-dire que les gens de mer y reçoivent une part du fret ou une part des bénéfices à réaliser dans l'expédition, par exemple des bénéfices procurés par la pêche. Ces différentes espèces d'engagements ne sont pas traitées par la loi de la même manière (n° 899). V. art. 252 à 260 et art. 265.

Entre les gens de mer engagés *à profit éventuel* et l'armateur, il y a une sorte d'association ; mais le contrat n'en est pas moins un contrat d'engagement. V. n° 112. Aussi les gens de mer engagés *à profit éventuel* peuvent-ils, comme les autres, invoquer le privilège attaché par l'article 191-6°, C. com., à la créance des salaires, et leurs parts dans les profits sont-elles insaisissables et incessibles.

890. *Formation du contrat. Preuve.* — L'autorité publique intervient lors de la formation du contrat. Les gens de mer engagés doivent être présentés par le capitaine à l'administrateur de l'inscription maritime ; en pays étranger, au consul ou au vice-consul ; les conventions intervenues doivent être portées à la connaissance de ce fonctionnaire, qui en fait lecture en présence des intéressés. Ces formalités constituent ce qu'on appelle la *revue de départ*. Les noms des gens de mer engagés sont portés par l'administrateur sur le *rôle d'équipage*, dressé par lui avec indication de leur nationalité et des salaires convenus. L'administrateur de l'inscription maritime doit empêcher l'insertion dans les engagements de clauses contraires à l'ordre public ; un décret-

loi du 4 mai 1852 a énuméré les dispositions légales qui, à ce titre, ne peuvent recevoir de dérogations. Du reste, à raison des retenues à opérer au profit de la Caisse des invalides de la Marine sur les salaires des gens de mer (n° 887, *in fine*), il est indispensable que l'autorité maritime connaisse les engagements conclus et le montant des salaires stipulés. C'est le rôle d'équipage qui, en cas de contestations, sert ordinairement à prouver les conventions des parties (art. 250, C. com.).

891. Comme tout louage de services, le contrat d'engagement est synallagmatique, il crée des obligations pour l'armateur et pour les gens de mer.

892. Obligations de l'armateur. — L'armateur est tenu de trois obligations principales. Il doit : 1° pourvoir à la subsistance des gens de mer pendant la durée de l'engagement ; 2° payer leurs salaires ou loyers ; 3° les rapatrier, c'est-à-dire les ramener au port d'armement ou payer les frais de rapatriement.

893. *Obligation de pourvoir à la subsistance des gens de mer.* — Des lois spéciales déterminent le minimum de l'alimentation à fournir, et des peines sont prononcées contre les armateurs contrevenants (*Décret disciplinaire et pénal* du 24 mars 1852, art. 73 ; L. 17 avril 1907, art. 31).

894 *Obligation de payer les loyers* — Les parties fixent librement le montant des loyers ; au contraire, elles ne peuvent pas régler comme elles l'entendent l'époque et le lieu du paiement.

Il va de soi que l'armateur n'est pas tenu de payer d'avance ; mais les gens de mer ne peuvent pas même être payés à la fin du voyage et à l'expiration du temps pour lequel l'engagement a eu lieu. Les loyers ne doivent être acquittés que lors du désarmement (1), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par l'administrateur de l'inscription maritime en France ou par le consul en pays étranger. Des avances en cours de route ou au départ ne peuvent être faites qu'avec l'autorisation de ces fonctionnaires. Ces dispositions restrictives ont pour but à la fois d'empêcher que les marins, éloignés de leurs familles, ne se laissent entraîner à dissiper leurs salaires et de permettre à l'autorité compétente d'opérer, au moment même du paiement, les retenues à faire au profit de la Caisse des invalides de la Marine.

Les loyers ne sont pas toujours réclamés par les gens de mer eux-mêmes ; l'Administration de la marine peut agir en justice pour en

(1) Il y a *désarmement* quand le rôle d'équipage est renouvelé. L'administrateur de l'inscription maritime passe la revue de l'équipage, contrôle les faits qui se sont passés durant la campagne, assiste au paiement des loyers, etc.

demander le paiement. Elle a un double intérêt à exercer ce droit : il faut d'abord que les loyers soient payés, pour que la Caisse des invalides puisse opérer les retenues ; en outre, les loyers non touchés par les marins appartiennent au bout de deux ans à cette caisse. En agissant en paiement des loyers des gens de mer, l'Administration de la marine n'exerce pas un droit personnel, elle ne fait qu'exercer les droits des marins dans l'intérêt desquels elle agit. Il résulte de là que les fins de non-recevoir et moyens de défense, opposables aux gens de mer, le sont également à l'Administration de la marine ; il en est notamment ainsi de la prescription annale à laquelle est soumise la créance des loyers en vertu de l'article 433, C. com.

895. *Privilège des gens de mer*. — Afin d'assurer le paiement des loyers, l'article 191-6° déclare privilégiés *les gages et loyers du capitaine et des autres gens de l'équipage employés au dernier voyage*. V. aussi, art. 271, C. com. Ce privilège garantit, outre les loyers, tout ce qui peut en être considéré comme l'accessoire, par exemple, les frais de rapatriement, les frais de maladie des marins (art. 262, C. com.), l'indemnité qui leur est due en cas de congédiement non justifié. Il porte à la fois sur le navire et sur le fret. Il n'existe que *pour le dernier voyage ;* ici, le voyage comprend l'ensemble des traversées effectuées par le navire depuis son départ du port d'armement jusqu'à sa rentrée au port de désarmement.

896. *Incessibilité et insaisissabilité des loyers*. — La loi ne se borne pas à attacher un privilège aux loyers des gens de mer ; elle les déclare, en outre, incessibles et insaisissables (Ordonnance du 1er novembre 1745), sauf pour certaines dettes énumérées limitativement. Les salaires des ouvriers ne sont, en principe, insaisissables que pour partie, en vertu de la loi du 12 janvier 1895. Du reste, la procédure sommaire et peu coûteuse, introduite par cette loi pour la saisie des salaires des ouvriers, est applicable à la saisie des loyers des gens de mer dans les cas exceptionnels où cette saisie est admise.

897. *Prescription des loyers*. — La créance des loyers est, comme presque toutes créances nées de contrats maritimes, soumise à une courte prescription. D'après l'article 433, C. com., les loyers sont prescrits un an après le voyage fini. En cette matière, le voyage est considéré comme fini lors de la confection du rôle de désarmement dans lequel les loyers sont liquidés. Cette prescription a pour but d'arriver à un prompt règlement ; elle n'est pas fondée sur une présomption de paiement. Par suite, le marin auquel elle est opposée ne peut pas déférer le serment à l'armateur sur le point de savoir si les loyers ont été acquittés.

898. *Obligation du rapatriement* (1). — Par suite de causes variées, les gens de mer peuvent être débarqués en pays étranger ou dans une colonie française : il peut se faire que le voyage soit rompu par le fait de l'armateur, qu'un matelot tombe malade et doive être laissé à terre, que le navire fasse naufrage, qu'un matelot soit débarqué à raison de sa mauvaise conduite, etc. Dans tous ces cas, les gens de mer doivent être rapatriés, c'est-à-dire ramenés en France. Les consuls en pays étranger et les commissaires de la marine, dans les colonies, doivent veiller à ce que le rapatriement ait lieu.

Les frais de rapatriement sont, en principe, à la charge de l'armateur, que le débarquement ait sa cause dans le fait de l'armateur ou même dans un cas fortuit, tel qu'un naufrage. Exceptionnellement, le rapatriement est fait aux frais de l'Etat, il en est ainsi pour les déserteurs et pour les marins débarqués, soit pour passer en jugement, soit pour subir une peine. Il faut une décision formelle de l'autorité compétente pour que les gens de mer soient rapatriés à leurs propres frais. La mise des frais de rapatriement à la charge de l'armateur se justifie aisément quand le voyage cesse par son fait. Elle s'explique même aussi quand le rapatriement est rendu nécessaire par un événement fortuit ; il faut, a-t-on dit souvent autrefois, que l'armateur rende à l'Etat les inscrits maritimes dont il peut avoir besoin sur les vaisseaux de guerre et que l'Etat ne fait en quelque sorte que prêter à la marine marchande. Le motif réel paraît être que le législateur veut toujours favoriser les gens de mer et que, du reste, il n'est pas présumable que les gens de mer consentent, moyennant un faible salaire, à courir le risque d'être délaissés dans un pays lointain où peut-être ils ne trouveraient pas à s'engager de nouveau et d'où il leur faudrait, par suite, revenir à leurs frais.

En général, les frais de rapatriement ne sont pas réclamés à l'armateur par les gens de mer eux-mêmes. En effet, le plus souvent l'avance de ces frais est faite par l'Etat, et l'Administration de la marine en poursuit le recouvrement contre l'armateur. L'Administration de la marine agit alors contre l'armateur en vertu d'un droit propre et né dans sa personne, elle n'agit pas au nom des gens de mer, comme elle le fait quand elle réclame à l'armateur le paiement de leurs loyers (Cf. nº 894).

L'obligation de payer les frais de rapatriement pèse sur toute la fortune de l'armateur qui ne peut s'en libérer par l'abandon du navire et du fret : il ne s'agit pas là d'une obligation contractée par le capitaine pour

(1) Les principales règles sur le rapatriement se trouvent actuellement dans un Décret du 22 septembre 1891.

le compte de l'armateur, mais d'une dette mise directement par la loi à la charge de celui-ci. C'est seulement en cas de naufrage que l'obligation de l'armateur est restreinte au navire et au fret des marchandises sauvées (art. 258 *in fine*, modifié par la loi du 12 août 1885).

899. DE L'INFLUENCE DES ÉVÉNEMENTS DE MER SUR L'OBLIGATION DE L'ARMATEUR DE PAYER LES LOYERS. — Des événements variés peuvent se produire durant le voyage et empêcher les gens de mer de rendre les services promis. Quelle influence ces événements ont-ils sur la créance des loyers ? Le Code de commerce s'est occupé à cet égard des événements suivants : *a*) la rupture du voyage par le fait des propriétaires, capitaines ou affréteurs ; *b*) l'interdiction de commerce ; *c*) l'arrêt du navire par ordre du gouvernement ; *d*) les prises, bris, naufrage, l'innavigabilité, la disparition avec défaut de nouvelles ; *e*) le congédiement ; *f*) l'abréviation du voyage ; *g*) la prolongation du voyage ; *h*) la maladie du matelot ou ses blessures ; *i*) la mort du matelot ; *j*) sa réduction en esclavage. L'influence de ces événements sur la créance des loyers varie selon la nature de ces événements et selon celle de l'engagement : c'est à ce point de vue surtout qu'il importe de distinguer les engagements au mois, au voyage, à la part ou au fret (n° 889). La loi a dû tenir compte de ce que, dans les engagements à profits éventuels, il y a une sorte d'association et de ce que, dans l'engagement au voyage, il y a une espèce de forfait, à la différence de ce qui a lieu dans l'engagement au mois. V. articles 257 à 270, C. com. Il sera parlé seulement ici de l'effet de la prise, du bris ou du naufrage sur l'obligation de payer les loyers (1).

En cas de *prise, bris ou naufrage avec perte entière du navire et des marchandises*, les gens de mer étaient traités très durement par le Code de 1807 ; aux termes de l'article 258 de ce Code, ils ne pouvaient prétendre à aucun loyer, même pour le temps antérieur à l'événement. Cette décision, empruntée à l'Ordonnance de 1681, avait pour but d'intéresser les gens de mer au salut du navire et de la cargaison. On disait aussi pour l'expliquer qu'en cas de perte des marchandises, l'armateur ne touchant aucun fret (art. 202, C. com.), il serait trop rigoureux de le contraindre à payer des loyers, que d'ordinaire il acquitte sur le fret. Malgré ces raisons, les dispositions de l'article 258 étaient unanimement condamnées : il était exorbitant de présumer en quelque sorte la faute des gens de mer ; du reste, ils sont intéressés au salut

(1) Pour l'explication détaillée des dispositions du Code de commerce sur les différents cas prévus dans les articles 257 à 270, V. notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 422 et suiv.

du navire et de la cargaison, à la fois parce que leur vie en dépend en grande partie et parce que le Code (art. 259 et 260) leur reconnaît certains droits sur les choses sauvées. Aussi la loi du 12 août 1885, qui a modifié plusieurs dispositions du livre II du Code de commerce, a-t-elle changé notamment la règle posée dans l'article 258. Selon l'article 258 (nouveau), en cas de prise, naufrage ou déclaration d'innavigabilité, les matelots engagés au voyage ou au mois sont payés de leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services. Seulement, quand il est prouvé, soit que la perte du navire est le résultat de leur faute, soit qu'ils n'ont pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour sauver le navire, les passagers ou les marchandises, ou pour recueillir les débris, les tribunaux peuvent réduire leurs loyers ou même les supprimer. Du reste, les gens de mer ne sont jamais tenus de rembourser ce qui leur a été avancé sur les loyers (art. 258).

900. Obligations des gens de mer envers l'armateur. — Les gens de mer sont tenus de fournir leurs services pendant la durée du voyage en vue duquel ils ont été engagés et qui doit être mentionné sur le rôle de l'équipage (art. 238, C. com.). Un cas de force majeure, tel qu'une maladie, seul les dispenserait de remplir cette obligation. A défaut par eux de satisfaire à cette obligation, ils perdent leurs salaires, dont, en principe, une moitié reste, à titre d'indemnité, à l'armateur et dont l'autre moitié est dévolue à la Caisse des invalides de la Marine; en outre, ils sont punis comme déserteurs (Décret du 24 mars 1852, art. 55 et 66).

900 *bis*. *Prohibitions spéciales de l'article 251*. — A l'obligation des gens de mer de consacrer tous leurs soins au service du navire se rattache la disposition de l'article 251, qui défend au capitaine et aux gens d'équipage de charger, sous aucun prétexte, dans le navire, aucune marchandise pour leur compte sans la permission des propriétaires et sans en payer le fret, s'ils n'y sont autorisés par l'engagement (c'est là ce qu'on appelle *le port permis*). En dehors de cela, les marins n'ont droit qu'à une place pour leur *coffre*.

901. *Réglementation du travail à bord des navires de commerce*. — Dans un but de protection pour les gens de mer, une loi du 17 avril 1907 a réglementé le travail à bord des navires de commerce (art. 21 à 31). Elle détermine notamment le nombre des heures de travail, organise le repos hebdomadaire, fixe le nombre des officiers que doit avoir le navire selon son tonnage (1).

(1) Deux règlements d'administration publique des 20 et 21 septembre 1908 ont été faits pour l'exécution de la loi du 17 avril 1907.

II. — Du capitaine.

902. *Importance et variété des rôles du capitaine.* — Le capitaine est placé à la tête de l'équipage. Il joue des rôles très divers et a, par suite, des droits et des devoirs nombreux et variés. Il est d'abord préposé par l'armateur à la conduite du navire et chargé de faire toutes les opérations nécessaires ou utiles à la réussite de l'expédition. Il est, en second lieu, une sorte de voiturier se chargeant du transport des marchandises, car c'est lui qui reçoit sur le bâtiment les marchandises pour en opérer le transport. Le rôle du capitaine a même, à plusieurs points de vue, un caractère public ; la loi lui impose des obligations multiples dans l'intérêt de la police de la navigation. Il est investi à bord d'un pouvoir disciplinaire lui permettant d'infliger des peines aux gens de l'équipage et parfois même aux passagers. Il remplit, pour les crimes et délits commis à bord, le rôle d'un juge d'instruction. En cas de naissance d'un enfant ou d'un décès survenu en mer, il remplit les fonctions d'officier de l'état civil (art. 59, 60, 61, 86 et 87, C. civ.). Il est investi des attributions de notaire, pour recevoir les testaments authentiques faits en mer par les gens de l'équipage ou par les passagers (art. 994, C. civ.), les actes de procuration, de consentement et d'autorisation de ces personnes (loi du 8 juin 1893).

Dans ce chapitre, il ne sera parlé du capitaine qu'au point de vue de ses droits et de ses obligations comme préposé de l'armateur et comme chargé par la loi de remplir les formalités prescrites dans l'intérêt de la police de la navigation. Les droits et les obligations du capitaine à l'égard des chargeurs de marchandises seront examinés dans le chapitre suivant consacré au contrat d'affrètement, dont ces droits et ces obligations dérivent.

903. L'armateur n'est pas entièrement libre dans le choix du capitaine : l'inhabileté ou la malhonnêteté du capitaine pouvant faire courir de graves dangers à la vie et à la fortune des hommes, le législateur a cru devoir exiger du capitaine des garanties spéciales. Non seulement il doit être français (n° 865), mais encore il doit réunir des conditions d'aptitude variant avec la nature de la navigation qu'il entreprend. On distingue à cet égard le *long cours*, le *cabotage* et le *bornage*.

Les conditions exigées des capitaines sont principalement déterminées par un décret du 17 juillet 1908. Les capitaines autorisés à commander au long cours doivent être âgés de 24 ans au moins, avoir navigué, pendant 24 mois, au long cours ou au cabotage, sous pavillon français en qualité de second ou de lieutenant dont douze mois au moins

sur un navire de même espèce (à voiles ou à vapeur, etc...) que celui qu'on doit commander, et avoir reçu, après un examen spécial, des lettres de commandement délivrées par le Chef de l'Etat. Pour commander au bornage, il suffit d'avoir au moins 24 ans et d'avoir navigué pendant 60 mois (1). Enfin, pour être admis à commander un navire armé au cabotage, il faut être âgé de 24 ans et avoir navigué, pendant deux ans au cabotage ou au long cours en qualité de second ou d'officier dont un an au moins sur un navire de même espèce que celui qu'on doit commander.

904. Le capitaine est, en général, traité comme les autres gens de mer au point de vue de ses loyers et des différentes mesures de protection admises au profit de ceux qui se vouent à la profession de marin (art. 272, C. com.); cependant, il est traité d'une façon spéciale au point de vue du congédiement. Les gens de mer ne peuvent être congédiés en cours de voyage sans l'approbation d'un administrateur de l'inscription maritime ou d'un consul ; en outre, quand ils ont été congédiés sans cause valable, ils ont droit à une indemnité (art. 270). Au contraire, le capitaine peut être congédié en tous lieux, sans que l'armateur ait à donner de motifs ; il suffit que le congé soit porté à la connaissance de l'autorité maritime ou consulaire, pour empêcher la désertion du capitaine au préjudice de l'Etat. En outre, quelle que soit la cause du congé, le capitaine ne peut réclamer aucune indemnité à l'armateur (art. 218).

A raison de l'importance de la mission du capitaine, la loi veut que l'armateur puisse le révoquer librement, dès qu'il n'a plus confiance en lui. L'armateur ne pourrait même pas renoncer par avance à la faculté de congédier à son gré le capitaine, mais il peut être valablement convenu qu'en cas de congé non justifié, le capitaine pourra réclamer une indemnité (art. 218, al. 2).

905. Le capitaine n'est pas commerçant. Il est vrai que le contrat d'engagement, comme tous les contrats se rattachant au commerce de mer, est un acte de commerce (art. 633, *in fine*). Mais on ne saurait dire que le capitaine fait sa profession habituelle de faire des actes de commerce ; s'il en fait, c'est au nom de l'armateur. Seulement, la loi, dérogeant à la règle générale qui n'admet l'électorat et l'éligibilité aux tribunaux de commerce qu'au profit des commerçants, admet que les capitaines sont électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce (L. 8 décembre 1883, art. 1 et 8). Cette exception est fondée surtout

(1) Pour commander au bornage un bateau à vapeur, les marins doivent, en outre, justifier de notions pratiques sur le fonctionnement et la conduite des machines à vapeur (D. 18 septembre 1893, art. 20).

sur l'intérêt qu'ont les capitaines à la bonne composition de ces tribunaux et aux services qu'à raison de leur expérience, ils peuvent rendre comme juges dans les affaires maritimes.

906. *De la responsabilité du capitaine.* — Le capitaine est responsable envers l'armateur des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions (art. 221, C. com.) ; c'est une application des principes du mandat (art. 1992, C. civ.). Il est aussi responsable envers les tiers du dommage qu'il peut leur causer par sa faute, notamment en cas d'abordage, en vertu des articles 1382 et 1383, C. civ. Dans le langage du Droit maritime, la faute du capitaine est ordinairement appelée *baraterie de patron* (art. 353, C. com.) ; mais, quelquefois, cette expression, prise dans un sens étroit, est réservée pour les fraudes du capitaine ou pour les fautes tellement lourdes qu'elles sont assimilées au dol.

907. Le capitaine contracte souvent pour les besoins de la navigation ; alors, comme tout autre mandataire, il n'est tenu d'aucune obligation ; c'est l'armateur qui, en qualité de mandant, est obligé envers les tiers. D'après une ancienne tradition, une exception est admise, en ce qui concerne le capitaine, à la règle : *nul ne plaide en France par procureur*, de telle façon que les procès concernant le navire peuvent être intentés par le capitaine ou contre lui sans que l'armateur figure en nom dans les actes de procédure ; mais les condamnations prononcées ne peuvent être exécutées que sur les biens de l'armateur.

908. Les droits et les obligations du capitaine varient dans une large mesure, selon qu'on se place avant le départ du navire, en cours de voyage ou lors de l'arrivée à destination.

909. DROITS ET DEVOIRS DU CAPITAINE AVANT LE DÉPART. — Les pouvoirs conférés au capitaine, les obligations qui lui sont imposées par la loi avant le départ du navire, ont pour but principal de garantir que le navire parte dans toutes les conditions voulues pour assurer son heureuse arrivée au port de destination.

Dans ce but, le capitaine peut engager les gens de l'équipage, faire travailler au radoub (c'est-à-dire aux réparations) du navire, acheter des voiles, des cordages et autres choses pour le bâtiment, emprunter, fréter le navire, et généralement faire tout ce qui est nécessaire pour assurer au navire une heureuse et fructueuse navigation. Toutefois, pour que le capitaine ait ces pouvoirs, il faut qu'il ne se trouve pas dans le lieu de la demeure de l'armateur ou de son fondé de pouvoirs ; car, alors, il ne doit faire ces actes que de concert avec l'armateur ou son fondé de pouvoirs, c'est-à-dire après avoir obtenu son assentiment (art. 232 et 233). Si le capitaine ne consultait pas l'armateur ou son fondé de pouvoirs, sans doute les actes n'en seraient pas moins valables

à l'égard des tiers de bonne foi ignorant le lieu de la demeure de l'armateur, mais le capitaine serait responsable envers celui-ci du dommage qu'il lui aurait causé en agissant sans son assentiment.

910. *Obligations du capitaine avant le départ.* — En vertu d'anciens règlements qui sont abrogés par la loi du 17 avril 1907 cencernant la sécurité de la navigation maritime et la réglementation du travail à bord des navires de commerce, le capitaine devait, avant de prendre charge, faire opérer la visite de son navire, aux termes et dans les formes que prescrivaient les règlements. La visite était opérée par d'anciens navigateurs ou charpentiers désignés annuellement par le tribunal de commerce ; elle avait pour but de constater si le navire est en état de tenir la mer et pourvu de tous les instruments nécessaires à une bonne navigation. Un procès-verbal était dressé pour chaque visite et déposé au greffe du tribunal de commerce : un extrait devait toujours se trouver à bord du navire (art. 225 et 226 C. com.). — Pour les navires naviguant au long cours, la visite devait être faite à chaque voyage, s'il s'était écoulé plus d'un an depuis la visite précédente, à moins que le navire n'eût subi des avaries (L. 30 janvier 1893, art. 9). Les navires destinés au cabotage étaient soumis à la visite une fois par an.

Les visites à faire, soit pour les navires nouvellement construits ou nouvellement acquis à l'étranger, soit pour les navires en service, ont été organisées à nouveau et d'une façon plus sérieuse qu'antérieurement par la loi du 17 avril 1907, tout au moins quand il s'agit de navires de plus de 25 tonneaux (1) (art. 1, 5, 7 et 56, 1er alin.). Les obligations relatives à la visite sont imposées par cette loi, non plus au capitaine, mais aux armateurs et propriétaires. Elles sont, en principe, les mêmes, quelle que soit la navigation maritime à laquelle les navires se livrent.

La visite a, même au point de vue des intérêts privés, une certaine importance. Quand une difficulté s'élève sur la cause d'un accident de mer, la visite fait présumer que le navire est parti en bon état de navigabilité, tandis que l'absence de visite fait présumer que le navire n'était pas au départ en état de tenir la mer. Ces présomptions ne sont pas, du reste, absolues : elles peuvent être combattues par la preuve contraire (2). V. art. 297, 2e alin., C. com.

(1) La loi du 17 avril 1907 ne visant que les navires de plus de 25 tonneaux et n'abrogeant expressément les anciennes dispositions relatives à la visite que pour ces navires, il semble que ces règles subsistent encore pour les navires dont le tonnage ne dépasse pas 25 tonneaux.

(2) La loi du 17 avril 1907 n'a pas touché à l'importance civile qu'a la visite au point de vue des présomptions indiquées au texte. Ces présomptions continuent donc à s'appliquer sous l'empire de cette loi.

911. Le capitaine ne doit pas partir sans avoir à bord différentes pièces qu'on désigne sous le nom de *pièces de bord* ou *expéditions* ; ce sont :

a) *L'acte de francisation* (art. 226, C. com.).

b) *Le rôle d'équipage.* — C'est un état dressé par l'administrateur de l'inscription maritime ; il contient le nom du navire, de son port d'attache, du propriétaire et de l'armateur, le genre de navigation que doit effectuer le navire, les noms et prénoms, la filiation, le lieu et la date de naissance, le domicile, le signalement, le quartier, les folio et numéro d'inscription, le grade au service, la qualité à bord du bâtiment, les conditions d'engagement de toutes les personnes composant l'équipage ; on y porte aussi les noms des passagers. Enfin, on y mentionne les avances faites en cours de voyage sur les salaires et autorisées par le fonctionnaire compétent. — Le rôle d'équipage est renouvelé à chaque voyage pour les bâtiments de longs cours et tous les ans pour les autres.

Le rôle d'équipage est utile à plusieurs points de vue : il sert d'abord à prouver les conventions intervenues entre l'armateur ou le capitaine et les gens de mer (C. com. art. 250) ; il constate la nationalité du capitaine et des hommes de l'équipage ; il sert de base aux retenues à opérer au profit de la Caisse des invalides de la marine.

c) *Les connaissements et les chartes-parties.* — La *charte-partie* est l'écrit constatant l'affrètement du navire : le *connaissement* est l'écrit qui constate que le capitaine a reçu les marchandises sur le navire. V. nos 920, 925 et suiv.

d) *Les procès-verbaux de visite* (1). V. n° 910.

e) *Les acquits de paiement* ou *les acquits-à-caution* des douanes. — Les acquits de paiement sont des quittances délivrées par l'Administration des douanes pour constater le paiement des droits de douane. Les acquits-à-caution sont des certificats délivrés par la même administration et constatant que, moyennant l'engagement d'une caution, des marchandises peuvent circuler librement entre le lieu de départ et le lieu de destination.

f) *Le congé.* — C'est une sorte de passeport délivré par l'Administration des douanes et sans lequel un navire ne peut sortir de son port d'attache. Le congé constate que le navire est toujours français, et il permet d'affirmer l'identité du bâtiment pour lequel il est délivré avec

(1) Il s'agit des pièces diverses qui constatent que la visite prescrite a eu lieu exactement. Ces pièces ne sont pas les mêmes, pour les navires de plus de 25 tonneaux, sous l'empire de la loi du 17 avril 1907 qu'antérieurement.

celui auquel s'applique l'acte de francisation. Le congé est valable pour un an ou pour la durée du voyage, s'il dure plus d'un an.

g) *Le manifeste.* — C'est une nomenclature de toutes les marchandises formant la cargaison : il résume, pour ainsi dire, les différents connaissements délivrés par le capitaine. Le manifeste facilite la perception des droits de douane, empêche la contrebande et aide à la confection des tableaux statistiques des douanes qui font connaître le mouvement de l'importation et de l'exportation.

h) *Le certificat* ou *patente de santé*.— C'est un acte qui constate l'état sanitaire des pays de provenance et celui du navire lors du départ. Il indique spécialement l'existence ou l'absence de maladies contagieuses en vue desquelles la police sanitaire maritime a été organisée. On distingue la *patente nette*, la *patente suspecte* et la *patente brute* : elle est *nette*, quand elle constate l'absence de maladies contagieuses dans le port de provenance ; *suspecte*, quand elle laisse planer le doute sur l'état sanitaire de ce port : enfin *brute*, quand elle signale l'existence d'une maladie contagieuse. Quand la patente est nette, le navire est admis, lors de son arrivée à destination, *en libre pratique* ; quand elle est *brute* ou *suspecte*, il subit une quarantaine, dont la durée varie selon les circonstances.

i) *Le livre de bord*. — Le capitaine doit tenir un *livre* ou *registre de bord* conformément à la loi ; c'est une sorte de journal de l'administration du capitaine. D'après l'article 224, C. com., ce livre doit contenir les résolutions prises pendant le voyage, la recette et la dépense relatives au navire et généralement tout ce qui concerne le fait de la charge du capitaine et tout ce qui peut donner lieu à un compte à rendre ou à une demande à former. — Ce registre joue un rôle important au point de vue de la preuve : il peut servir, soit au capitaine à se justifier quand quelque faute est alléguée à sa charge, soit, au contraire, à l'armateur et aux assureurs à prouver la faute du capitaine. Il corrobore le *rapport de mer*, que le capitaine doit faire en arrivant à destination (n° 916). Du reste, la preuve est naturellement admise contre les énonciations du livre de bord.

912. Le capitaine qui contrevient aux articles 224 à 227, C. com., c'est-à-dire qui ne tient pas de livre de bord, ou qui ne fait pas opérer les visites, ou qui n'a pas les pièces de bord prescrites, ou qui ne se tient pas à bord de son navire, est présumé en faute ; quand un accident se produit, c'est à lui à prouver, s'il y a lieu, la force majeure ou le cas fortuit. V. art. 228, C. com.

913. OBLIGATIONS ET POUVOIRS DU CAPITAINE EN COURS DE VOYAGE. — Le capitaine doit conduire le navire au port de destination en en sui-

vant le chemin indiqué par l'armateur ou, en l'absence d'indication, le chemin le plus direct et le plus ordinairement suivi. Il ne peut *relâcher*, c'est-à-dire s'arrêter dans un port intermédiaire, qu'autant que l'armateur l'y a autorisé. S'il *relâche volontairement*, il est responsable du dommage causé à tous les intéressés par le retard en résultant. Il n'y a évidemment pas lieu à cette responsabilité quand le capitaine a fait une *relâche forcée*, c'est-à-dire a fait entrer son navire dans un port intermédiaire pour le faire réparer, pour échapper à la tempête ou à la poursuite de l'ennemi. Il y a donc grand intérêt à connaître la cause d'une relâche. Afin d'éclairer les intéressés et de leur fournir ainsi qu'au capitaine un moyen de preuve, la loi prescrit au capitaine de faire au président du tribunal de commerce ou, à défaut, au juge de paix en France, au consul en pays étranger, un rapport (souvent appelé *petit consulat*) dans lequel sont déclarées les causes de la relâche (art. 245, C. com.). V. n° 916.

914. Le capitaine doit être en personne à bord de son navire, spécialement à l'entrée ou à la sortie des ports, havres ou rivières, (art. 227, C. com.). En principe, tout capitaine doit, à l'entrée ou à la sortie d'un port (1), prendre un pilote, c'est-à-dire un navigateur spécialement chargé de diriger le navire (D. 12 décembre 1806, article 34 (2). Les pilotes institués par l'Administration de la marine jouissent d'un monopole ; des décrets fixent les droits de pilotage à percevoir dans l'étendue de chaque arrondissement maritime. Le pilotage est obligatoire, en ce sens que tout capitaine doit payer ces droits, qu'il reçoive ou non un pilote à bord. Du reste, la présence d'un pilote à bord ne dispense pas le capitaine de l'obligation de rester lui-même sur son navire. Le pilote ne commande pas, il donne seulement des conseils au capitaine en lui indiquant les écueils ; le capitaine peut ne pas suivre les avis du pilote. Aussi est-il admis que le capitaine est responsable de ses fautes, malgré la présence d'un pilote obligatoire.

915. *En cours de voyage*, le capitaine a des pouvoirs très étendus ; il peut, pour continuer le voyage, faire tous les actes que des circonstances extraordinaires rendent nécessaires. Mais il ne peut, sans mandat spécial, ni vendre le navire, à moins qu'il ne soit innavigable

(1) Aussi l'obligation du pilotage existe également lors du départ, lors de l'entrée ou de la sortie d'un port de relâche, et lors de l'arrivée au port de destination.

(2) Certaines dispenses ont été accordées pour les navires français qui font habituellement la navigation de port en port et qui pratiquent l'embouchure des rivières. D'après la loi du 12 mai 1905, la franchise du pilotage est accordée dans ces conditions aux voiliers de 100 tonneaux au plus et aux vapeurs ne jaugeant pas plus de 150 tonneaux.

(art. 237, C. com.), ni l'hypothéquer (L. 10 juillet 1885, art. 3). En outre, pour les actes les plus graves que des besoins urgents peuvent rendre nécessaires, la loi prend des précautions afin d'éviter qu'ils soient faits sans nécessité réelle et d'une façon dommageable pour l'armateur ; tel est le but de l'article 234, C. com.

Parfois, des avaries qu'il importe de réparer se produisent en cours de voyage ; les vivres s'épuisent et le capitaine n'a pas les sommes nécessaires pour payer les frais des réparations, pour acheter des vivres supplémentaires ou pour subvenir à toutes autres dépenses urgentes et imprévues. Le capitaine peut se procurer ces sommes de plusieurs façons. D'après l'article 234, il peut emprunter sur le corps et quille du vaisseau, c'est-à-dire emprunter à la grosse en affectant le navire au prêteur, emprunter en donnant en gage des marchandises, vendre une partie de la cargaison ; il pourrait aussi faire un emprunt à la grosse sur les marchandises (1). Le capitaine, qui veut faire une de ces opérations, doit remplir différentes formalités, destinées à assurer qu'il existe un besoin réel. D'après l'article 234, il faut : 1° qu'un procès-verbal, signé des principaux de l'équipage, constate la nécessité des dépenses à faire ; 2° que le capitaine se fasse autoriser en France par le tribunal de commerce ou, à défaut, par le juge de paix ; à l'étranger, par le consul ou, à défaut, par le magistrat du lieu.

En vertu de l'article 234, le capitaine peut avoir vendu des marchandises appartenant à des chargeurs, pour subvenir à des dépenses que doit, en définitive, supporter l'armateur. Que peuvent lui réclamer les chargeurs ? Une distinction est faite à cet égard, selon que le navire arrive ou non à bon port. Si le navire parvient à bon port, il est tenu compte au propriétaire de ses marchandises vendues, d'après le cours des marchandises de même nature et qualité au lieu de la décharge du navire au moment de son arrivée ; le capitaine pressé vend souvent à bas prix (2) et il serait injuste de faire supporter par les chargeurs la perte en résultant (art. 234, al. 7, et art. 298, al. 1). Mais, si le navire se perd, c'est du prix de vente des marchandises qu'il doit être tenu compte par l'armateur (art. 298, al. 2). Du reste, l'armateur a la faculté d'abandonner le navire et le fret à ceux dont les marchandises ont été ainsi vendues (art. 298, al. 3). Il peut y avoir là pour les chargeurs une cause de préjudice assez grave ; aussi ceux d'entre eux qui sont avertis ont le droit de s'opposer à la vente de leurs marchandises et de deman-

(1) L'emprunt à la grosse offre notamment sur l'emprunt avec constitution en gage des marchandises cet avantage que le capitaine n'a pas, quand il fait un emprunt à la grosse, à se dessaisir des marchandises pour en mettre le prêteur en possession.

(2) On peut dire alors : il y a *mévente*.

der qu'elles soient débarquées (art. 234, al. 3). La perte résultant de l'abandon pour celui dont les marchandises ont été vendues par le capitaine, est répartie au marc le franc sur la valeur de toutes les marchandises (art. 298, dern. al.).

916. OBLIGATIONS ET POUVOIRS DU CAPITAINE A L'ARRIVÉE. — Le port de destination est d'ordinaire déterminé avant le départ. Cependant, dans les usages commerciaux actuels, il n'est souvent fixé qu'en cours de voyage ; des navires ont une *destination alternative* : à l'entrée d'une mer, d'une rade ou d'un port, le capitaine apprendra, soit par une lettre ou un télégramme, soit d'un correspondant de l'armateur ou du chargeur de la cargaison, vers quel port il doit se diriger pour opérer le déchargement.

Le capitaine doit constater le moment précis de son arrivée au port de destination : cette constatation sert à déterminer le point de départ du délai de 24 heures, dans lequel il doit faire viser son livre de bord par l'autorité compétente et déposer son rapport de mer.

Dans les 24 heures de son arrivée, le capitaine fait viser son registre ou livre de bord. Le visa est donné en France par l'un des juges du tribunal de commerce, par le maire ou son adjoint dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, en pays étranger par le consul de France (art. 242, C. com.). Cette mesure est prescrite, afin que le capitaine ne modifie pas les énonciations du livre de bord selon l'intérêt qu'il croirait y avoir après coup pour justifier sa conduite.

Le capitaine doit aussi faire un *rapport de mer* qui est exigé dans les cas d'arrivée à destination, de naufrage et, comme il a été dit plus haut, de relâche forcée (n° 913). Les énonciations à insérer dans ce rapport varient selon les cas. En cas d'arrivée à destination, le rapport doit énoncer le lieu et le temps du départ, la route qu'a suivie le navire, les hasards qu'il a courus, les désordres arrivés dans le navire et toutes les circonstances de la navigation (art. 242, C. com., et art. 10, Ord. du 29 octobre 1833). Le rapport doit être fait dans les 24 heures de l'arrivée ; il faut que le capitaine n'ait pas le temps de chercher les moyens de dissimuler la vérité et de tromper par de fausses énonciations du rapport. Du reste, le capitaine a intérêt à se presser ; car, sauf dans le cas de péril imminent, il ne peut débarquer des marchandises avant d'avoir fait son rapport (art. 248, C. com.). Ainsi, le capitaine ne peut pas rédiger son rapport de façon à expliquer à sa décharge des avaries provenant de sa faute et dont il ne s'apercevrait qu'après la mise à terre des marchandises. A l'appui du rapport de mer, le capitaine doit remettre différentes pièces de bord (art. 11, Ord. 29 octobre 1833).

Le rapport est fait en France et dans les colonies françaises devant le

président du tribunal de commerce ou, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, devant le juge de paix du canton (art. 245 et 246, C. com.). En pays étranger, le rapport est fait au consul, au juge du lieu ou à toute autre autorité civile. De là vient le nom de *consulat* donné à ce rapport.

En cas de relâche, le rapport est plus abrégé (art. 245). Aussi l'appelle-t-on alors le petit rapport ou *petit consulat.*

En cas de naufrage ou d'échouement avec bris, le rapport doit indiquer le lieu du sinistre, donner les noms des marins ou passagers qui auraient péri, fournir des explications sur l'état du navire, sur les effets, papiers et sommes sauvés (Ord. 29 octobre 1833, art. 55).

Le rapport doit être affirmé par le capitaine, mais cela ne suffit pas. Par cela même que le rapport émane du capitaine, on peut craindre qu'il ne présente les événements de la navigation sous un jour favorable pour lui et peu conforme à la vérité. Aussi le rapport est-il l'objet d'une vérification, qui se fait au moyen de l'interrogatoire des gens de l'équipage et des passagers (art. 246 et 247, C. com.). La force probante du rapport varie selon que la vérification en a eu ou n'en a pas eu lieu.

Le rapport vérifié fait preuve des faits qu'il constate, soit pour, soit contre le capitaine, sauf aux intéressés à faire la preuve contraire par tous les moyens (art. 249). Quand le rapport n'a pas été vérifié, il ne peut être invoqué à la décharge du capitaine, mais il fait preuve contre lui. Toutefois, on ne peut exiger l'impossible et quand le capitaine s'est sauvé seul en cas de naufrage ou quand les passagers et les gens de l'équipage refusent de répondre à l'interrogatoire, le rapport non vérifié a la même force probante que si la vérification avait été faite (art. 247, C. com.).

Quand le capitaine ne fait pas de rapport de mer, fait un rapport irrégulier ou le fait plus de 24 heures après l'arrivée, il est présumé avoir causé par sa faute les accidents survenus pendant le voyage ; cette présomption de fait peut être détruite par la preuve contraire.

CHAPITRE IV.

DE L'AFFRÈTEMENT OU NOLISSEMENT (1).

---

917. Le propriétaire d'un navire, comme celui de tout autre bien, peut en user lui-même ; par exemple, il peut remettre des marchandises au capitaine qu'il a choisi, et le charger de les transporter au port de destination pour les y vendre ; il peut consacrer son bâtiment à la pêche, lui faire faire des voyages ayant un but scientifique ou d'agrément. Mais, le plus souvent, le propriétaire d'un navire en tire profit en le louant à d'autres personnes pour que leurs marchandises y soient transportées. Le louage des navires est appelé *affrètement* ou *nolissement* ou *charte-partie*.

Le nom d'affrètement est de beaucoup le plus usité ; la dénomination de *nolissement*, qui ne paraît jamais avoir eu cours que dans la Méditerranée, est à peu près abandonnée. Quant à celle de *charte-partie*, que le Code de commerce (art. 273) présente comme synonyme des deux précédentes, elle est amphibologique : cette expression désigne plutôt l'écrit destiné à constater le contrat d'affrètement que ce contrat lui-même (n° 920). En se servant du mot *affrètement*, on entend par *fret* le loyer du navire, celui qui donne le navire à loyer est le *fréteur* et on appelle *affréteur* celui auquel il est loué (2).

En réalité, le Code de commerce range sous le nom d'affrètement deux contrats différents. Le propriétaire d'un navire convient parfois qu'il mettra, moyennant un loyer, la totalité ou une quote-part de son navire armé et équipé à la disposition d'une personne qui en fera un usage déterminé ; il y a là un louage de choses, mélangé d'un louage de services, puisque le navire ainsi loué a un capitaine et un équipage. Fréquemment aussi, le propriétaire d'un navire s'engage envers un certain nombre de personnes à faire transporter leurs marchandises sur son

(1) C. com., art. 273 à 310.

(2) Si l'on emploie le mot *nolissement*, on appelle *nolis* le fret, *nolisateur* le fréteur, *nolisataire* l'affréteur.

bâtiment ; il y a alors un contrat analogue au contrat de transport par terre, c'est un louage d'ouvrage, qui ne tient guère du louage de choses qu'en ce que l'affréteur prend en considération le bâtiment, par cela même que les risques de navigation varient avec l'âge et le mode de construction du navire. Le Code de commerce n'a fait entre ces deux sortes d'affrètement que des différences peu nombreuses.

Un navire peut aussi être employé au transport des personnes. Mais nos lois ont gardé le silence sur le contrat intervenant entre le propriétaire du bâtiment et chaque passager (1).

918. *Différentes espèces d'affrètement.* — L'affrètement est total ou partiel, selon qu'il a pour objet le navire entier ou une partie du navire. A d'autres points de vue, il peut être fait au voyage, pour un temps limité, au mois, au tonneau, au quintal, à forfait (art. 273, 275 et 286, C. com.). L'affrètement est *au voyage*, quand les parties conviennent d'un fret pour tout le voyage, quelle qu'en puisse être la durée. Le voyage peut comprendre, soit l'aller ou le retour, soit à la fois l'un et l'autre. Dans ce dernier cas, il y a tantôt un fret unique payable sur le chargement de retour, tantôt deux frets distincts. — Il est *pour un temps déterminé*, quand le fret est fixé pour l'emploi du navire jusqu'à telle époque. Il est *au mois*, quand le fret est stipulé à raison de tant par mois. Il est *à forfait*, quand le fret est fixé pour le transport des marchandises en bloc, sans qu'il soit établi une proportion entre le montant du fret et soit la durée du voyage, soit le poids ou le volume des marchandises. L'affrètement est *au quintal* ou *au tonneau*, lorsque le fret est de tant par quintal (2) ou par tonneau de marchandises. — Il faut distinguer le *tonneau de jauge* du *tonneau d'affrètement*. Le tonneau de jauge est une mesure de capacité servant à fixer la capacité (ou tonnage) des navires (n° 866). Le tonneau d'affrètement, dont il s'agit ici, est une mesure de poids et de volume. Un navire ne peut transporter des marchandises au delà d'un certain poids et d'un certain volume. On comprend donc que, pour la fixation du fret, on tienne compte à la fois du poids et du volume ; c'est ce qu'on fait dans l'affrètement au tonneau. Le tonneau est, en principe, le poids d'un mètre cube d'eau, soit 1.000 kilogrammes ; jamais le tonneau ne représente un poids plus élevé. Mais certaines marchandises pèsent moins de 1.000 kilogrammes sous le volume d'un mètre cube ; il ne serait pas juste que ces marchandises encombrantes payassent aussi peu que des choses d'un

(1) V., sur le transport des personnes par mer, notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 830 et suiv.

(2) Le quintal *métrique* est de 100 kilogrammes (L. 11 juillet 1903). Mais, d'après l'usage, on se réfère d'ordinaire à l'ancien quintal qui représente 50 kilogrammes seulement (100 livres).

poids égal sous un volume inférieur ; il y a, par suite, des marchandises pour lesquelles le tonneau représente moins de 1.000 kilogrammes. Jusqu'en 1861, la composition en kilogrammes du tonneau pour chaque sorte de marchandises variait selon les ports. Un décret du 25 août 1861 a fixé uniformément pour tous les ports la composition du tonneau d'affrètement ; selon la nature des marchandises, il est d'un poids variant de 150 à 1.000 kilogrammes.

L'affrètement se fait aussi purement et simplement ou *à cueillette*. Il est pur et simple, quand le contrat doit subsister, alors même que l'armateur ne parviendrait pas à compléter le chargement. Il est dit *à cueillette*, quand il est convenu que le contrat sera résolu, si le fréteur ne trouve pas, dans un délai fixé par la convention ou par l'usage, à compléter le chargement. Le chargement, d'après un usage très répandu, est réputé complet, par cela seul que les marchandises à transporter forment les trois quarts du plein navire.

919. *Qui peut fréter un navire.* — Un navire peut être frété par le propriétaire. Il peut l'être aussi, soit par le capitaine de concert avec le propriétaire dans le lieu de la demeure de celui-ci, soit par le capitaine seul hors de ce lieu (art. 232, C. com.). L'affrètement conclu par le capitaine au nom du propriétaire oblige celui-ci, d'après les principes du mandat.

Il résulte de là que le mot *fréteur*, que nous emploierons, désigne le propriétaire du navire ; lui seul est obligé comme tel, le capitaine n'est que son agent. Seulement, à partir du jour où il a reçu les marchandises à transporter, sur son navire, le capitaine est tenu lui-même personnellement envers les affréteurs. Ses obligations rejaillissent sur le propriétaire du navire, en vertu du principe général de l'article 216, 1er alin., C. com.

Le fréteur et les affréteurs peuvent sans doute se mettre directement en rapport les uns avec les autres, mais ils sont souvent rapprochés par des courtiers maritimes (n° 853) ; il en est surtout ainsi pour les affrètements à cueillette (n° 918).

Le capitaine peut faire mettre à terre les marchandises chargées dans le navire, sans qu'il y ait eu contrat d'affrètement. S'il n'use pas de cette faculté, il a le droit de réclamer le fret de ces marchandises au plus haut prix payé dans le même lieu pour des marchandises de la même nature (art. 292, C. com.).

L'affrètement est un acte de commerce comme tous les contrats maritimes (n° 36). Il a été admis, contrairement à la jurisprudence, qu'il a ce caractère pour l'affréteur, alors même que celui-ci fait transporter des objets à son usage personnel. V. n° 36.

920. *Preuve de l'affrètement. Charte-partie.* — Le Code exige un

écrit pour la preuve de l'affrètement, comme pour celle de presque tous les contrats maritimes (art. 273, C. com.). Cet écrit peut être un acte authentique ou sous seing privé. Mais, comme l'écrit n'est pas exigé pour la validité même du contrat, la preuve peut se faire par l'aveu ou par le serment. La preuve testimoniale et les présomptions de l'homme sont exclues.

L'acte constatant l'affrètement est appelé *charte-partie*. Cette expression provient d'un très ancien usage. Autrefois, quand on avait dressé un écrit pour constater une convention, l'original (ou charte) était coupé du haut en bas en deux parties et chaque contractant en prenait une ; en cas de contestation, on rapprochait les deux parties de l'original, afin d'établir ce qui avait été convenu.

Il n'est généralement dressé de charte-partie que pour l'affrètement total. Pour les affrètements ayant pour objet le transport de marchandises par mer sans qu'il y ait location du navire, le connaissement remplace la charte-partie ; on appelle ainsi l'écrit délivré par le capitaine pour constater la remise des marchandises à bord. Le connaissement suppose le contrat d'affrètement, par cela même qu'il constate que ce contrat a reçu un commencement d'exécution par la remise à bord des marchandises. En même temps qu'il constate ce fait, le connaissement rappelle les clauses essentielles du contrat d'affrètement ; aussi le connaissement remplace-t-il la charte-partie pour les affrètements qui correspondent au contrat de transport par terre. Du reste, même pour les affrètements de la totalité d'un navire, des connaissements sont dressés quand l'affréteur frète à son tour le navire pour y transporter des marchandises de différentes personnes.

Les connaissements ne font pas double emploi avec la charte-partie. D'abord, ils prouvent quelque chose de plus, la mise à bord des marchandises. Puis, ils ne sont pas seulement utiles au point de vue de la preuve ; ils servent aussi notamment à constituer en gage des marchandises pendant qu'elles sont en cours de voyage. V. n° 869.

921. Le Code de commerce ne s'est pas borné à exiger un écrit pour constater le contrat d'affrètement ; il a encore (art. 273) indiqué les principales énonciations à insérer dans la charte-partie. Du reste, parmi ces énonciations, il en est qui, n'étant pas essentielles, peuvent être suppléées à l'aide des usages que le Code vise même pour plusieurs questions. D'après l'article 273, la charte-partie énonce :

1. *Le nom et le tonnage du navire.*
2. *Le nom du capitaine.*
3. *Les noms du fréteur et de l'affréteur.*
4. *Le lieu et le temps convenus pour la charge et pour la décharge.*

Les jours convenus ou fixés par l'usage pour la charge et pour la

décharge sont appelés *jours de planche* ou *staries*. Quand le chargement où le déchargement n'a pas lieu dans ces délais, l'affréteur ou le destinataire est tenu de payer des dommages-intérêts, qu'on appelle *surestaries* et qui sont de tant par jour de retard. En cas de retard exceptionnel, il est dû des dommages-intérêts appelés *contre-surestaries* ou *sur-surestaries*. V. n° 935.

5. *Le prix du fret ou nolis.*

6. *Si l'affrètement est total ou partiel.*

7. *L'indemnité convenue pour le cas de retard.*

On insère souvent dans la charte-partie des clauses accessoires, telles que celles qui concernent le *chapeau du capitaine* (n° 936) ou la clause : *les avaries selon les us et coutumes de la mer*, etc. (n° 936).

922. DES OBLIGATIONS DU FRÉTEUR. — Le Code s'est occupé surtout du cas où le fréteur se charge de transporter des marchandises sur le navire. Le fréteur est tenu : 1° de mettre le navire affrété à la disposition de l'affréteur; 2° de le tenir en bon état de navigabilité ; 3° de recevoir les marchandises à bord et de les arrimer convenablement; 4° de délivrer un connaissement; 5° de transporter les marchandises dans les délais fixés et de leur donner les soins nécessaires à leur conservation; 6° de délivrer les marchandises à qui de droit à destination ; 7° de répondre, comme tout voiturier, de la perte ou des avaries des marchandises et du retard. Quelques explications sont nécessaires sur chacune de ces obligations.

923. 1° *Obligation de mettre le navire à la disposition de l'affréteur.* — Il importe, notamment au point de vue de cette obligation, de distinguer entre l'affrètement total et l'affrètement relatif à des marchandises à transporter. Dans le cas de ce dernier affrètement, l'affréteur ne peut pas, à moins de convention contraire, exiger qu'on mette à sa disposition une partie déterminée du navire. En cas d'affrètement total, le fréteur doit laisser à l'affréteur le navire entier. Alors même que le chargement ne serait pas complet, le fréteur ne pourrait pas prendre, sans le consentement de l'affréteur, un chargement supplémentaire. S'il le faisait, l'affréteur pourrait faire décharger les marchandises ou, à défaut de déchargement, le bénéfice du fret afférent à ces marchandises appartiendrait à l'affréteur qui a droit à la jouissance exclusive du navire (art. 287). Le fréteur ne peut pas, en principe, se plaindre de ce que le chargement n'est pas complet, puisque *le vide lui est payé pour le plein* (art. 288, 1er al.).

2° *Obligation de tenir le navire en bon état de navigabilité*. — Le fréteur doit faire en sorte que le navire soit en état de tenir la mer au départ et qu'il demeure dans cet état jusqu'à l'arrivée à destination.

Qu'arrive-t-il quand le navire est innavigable lors du départ ou le devient postérieurement ?

Quand il est prouvé que le navire n'était pas, lors du départ, en état de naviguer, le capitaine, d'après l'article 297, *perd son fret et répond des dommages-intérêts* de l'affréteur. Cette double peine pécuniaire frappant le fréteur s'explique lorsque le navire ne peut pas parvenir au port de destination. Mais faut-il l'appliquer alors même que, grâce aux réparations qu'il a subies en cours de route, le navire achève son voyage ? Il est naturel qu'en raison du retard, des dommages-intérêts soient toujous dus ; mais il paraît exorbitant de priver le fréteur du fret, alors que le but de l'affrètement a été atteint. Cependant, l'art. 297 ne faisant pas de distinction, la jurisprudence admet cette solution rigoureuse.

Quand le navire, parti en bon état, subit des avaries en cours de voyage (art. 296), les choses doivent se passer autrement ; car il n'y a aucune faute à reprocher au fréteur. Il faut alors distinguer selon que le navire peut ou non être réparé. Si la réparation du navire est possible, le capitaine doit la faire opérer et l'affréteur doit, en principe, attendre qu'elle soit faite ; s'il voulait retirer les marchandises, comme alors la rupture du voyage aurait lieu par sa volonté, il devrait le fret entier (art. 296, al. 1er, et art. 293). Si, au contraire, le radoub n'est pas possible (ce qui est un cas d'innavigabilité), le capitaine est tenu de louer un autre navire (art. 296, al. 2) pour y transporter les marchandises jusqu'à destination. Il se peut que le capitaine parvienne alors à louer un autre navire ou qu'il n'y parvienne pas. Quelles sont, dans chacun de ces cas, les obligations de l'affréteur ? *Si le capitaine ne trouve pas à louer un second navire* et si, de cette façon, les marchandises ne parviennent pas à destination, la loi (art. 206, al. 3) donne au fréteur droit au fret à proportion de ce dont le voyage est avancé, c'est là ce qu'on appelle le *fret de distance* ou *fret proportionnel*. Quand, au contraire, le capitaine a loué un second navire, deux frets ont été convenus, l'un entre le fréteur et l'affréteur pour le premier navire, l'autre entre le capitaine de ce navire et le fréteur d'un second bâtiment ; il se peut que le second fret soit égal ou supérieur ou inférieur au premier fret. Pour examiner chacune de ces hypothèses, il sera supposé que le fret total du premier navire était de 10.000 fr. et que l'innavigabilité s'est produite à la moitié du voyage.

a) Ce second navire est loué pour 5.000 fr. Il va de soi que l'affréteur doit 10.000 fr. : la moitié de ce fret revient au premier fréteur, l'autre moitié au second.

b) Le second navire est affrété pour 7.000 fr. Il y a ainsi à payer pour le voyage entier 12.000 fr. au lieu de 10.000 fr. stipulés dans le pre-

mier contrat d'affrètement. Qui, du fréteur primitif ou de l'affréteur, supporte le surcroît de fret de 2.000 fr. ? On admet généralement que c'est l'affréteur. L'innavigabilité du navire a mis fin au premier affrètement. Le capitaine a loué le second navire comme représentant des chargeurs ; il est juste que ceux-ci supportent l'augmentation de dépense résultant d'un acte fait dans leur intérêt et que le premier fréteur n'éprouve pas de préjudice à raison de ce que le capitaine a exécuté exactement les obligations que la loi lui impose. D'ailleurs, ce qui prouve que les affréteurs supportent l'excédent de fret, c'est que, d'après l'article 393, C. com., cet excédent est mis à la charge des assureurs des marchandises quand elles ont été assurées.

c) Le second navire a été affrété pour 4.000 fr., de telle sorte qu'il y a au total une réduction de 1.000 fr. Qui profitera de cette différence ? La question est douteuse. On a dit que, les affréteurs supportant l'augmentation de fret, il est juste qu'ils profitent de la réduction et ne paient que 5.000 fr. pour le premier affrètement et 4.000 pour le second. Il semble préférable d'admettre que la réduction profite au premier fréteur qui reçoit ainsi 6.000 fr. pour la première moitié du voyage. L'innavigabilité termine le voyage du navire, mais non celui des marchandises. Le capitaine se porte sans doute mandataire des chargeurs en louant le second navire, mais il ne perd pas pour cela sa première qualité et l'affrètement primitif n'est pas modifié. En définitive, l'affréteur n'éprouve pas de préjudice. Il ne paie que ce qu'il a promis, et l'avantage réalisé par le fréteur est une sorte de prime pour la peine que le capitaine s'est donnée en recherchant un second navire.

924. 3° *Obligation pour le fréteur de recevoir les marchandises et de les arrimer convenablement à bord.*— Le fréteur (ou son capitaine) doit placer les marchandises à bord, de façon à ce qu'elles ne soient pas endommagées pendant le voyage, c'est cette disposition des marchandises à bord qu'on appelle *arrimage*. L'arrimage varie avec la nature des marchandises, avec le voyage, avec les usages. En cas d'accident, des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir s'il n'y avait pas un vice d'arrimage. Aussi, afin de se mettre à l'abri des demandes en indemnité, le capitaine fait-il parfois constater, avant le déchargement, le bon arrimage par des experts qu'on appelle *arrimeurs-jurés*.

En principe, le capitaine arrime les marchandises à ses risques et périls, selon son appréciation. Mais cela n'est vrai que sous plusieurs restrictions.

D'abord, le Code de commerce (art. 229) défend au capitaine de charger sur le plancher du premier pont du navire appelé *tillac* ou *franc-tillac* ; les marchandises ainsi chargées sont exposées aux intempéries et peu-

vent être emportées par les lames. Le capitaine qui méconnaît cette prohibition répond de tous dommages subis par les marchandises (art. 229). Du reste, le chargeur peut consentir à ce que le chargement ait lieu sur le tillac ; ce consentement doit être donné par écrit. La prohibition ne s'applique pas au petit cabotage ; les bâtiments qui s'y livrent sont d'un faible tonnage ; et il est naturel qu'on cherche à tirer parti de tout l'espace disponible.

Puis, une loi du 20 décembre 1892 a délégué au gouvernement le droit de déterminer par décrets les règles de l'arrimage. Un décret du 1er décembre 1893 a été rendu en exécution de cette loi. Les règles posées par ce décret ne sont applicables que sauf convention contraire.

925. 4° *Obligation de délivrer un connaissement.* — Il doit être fourni à chaque affréteur une reconnaissance écrite des marchandises dont se charge le capitaine. Cette reconnaissance constitue le *connaissement*.

Aux termes de l'article 281, le connaissement doit indiquer : 1° la nature et la quantité, ainsi que les espèces et qualités des objets à transporter ; 2° le nom du chargeur ; 3° le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite ; 4° le nom et le domicile du capitaine ; 5° le nom et le tonnage du navire ; 6° le lieu de départ et celui de destination ; 7° le prix du fret ; 8° les marques et numéros des objets à transporter. Ces énonciations sont à peu près les mêmes que celles de la charte-partie (n° 921), sauf celles qui ont pour but d'individualiser les marchandises ; celles-ci ne sont pas d'ordinaire déterminées lors de la confection de la charte-partie.

Le connaissement doit être signé, sur chaque exemplaire, par le chargeur et par le capitaine (art. 282, 2e al.). Si la loi exige la signature du chargeur, c'est que, le connaissement étant destiné à faire preuve du chargement même à l'égard de certains tiers, spécialement du destinataire et de l'assureur des marchandises (art. 233), il importe que l'espèce même des marchandises soit constatée d'une façon ne pouvant pas laisser place au doute. — Les intéressés peuvent exiger que les connaissements soient signés dans les 24 heures de chaque chargement.

Le connaissement peut être *à personne dénommée*, *au porteur* ou *à ordre* (art. 281, *in fine*). Le connaissement à personne dénommée est rare ; il est incommode, il exigerait, en cas de cession, l'accomplissement des formalités de l'article 1690, C. civ. Aussi le connaissement n'est-il à personne dénommée que lorsqu'il ne doit pas être l'objet d'une transmission. Le connaissement au porteur n'est pas non plus très répandu : il offre de trop grands dangers de perte ou de vol. Le connaissement est le plus souvent à l'ordre, soit du chargeur, soit du

destinataire, de telle façon qu'il est transmissible par endossement.

Le Code (art. 282) prescrit de dresser *quatre* exemplaires du connaissement : l'un est pour le chargeur, l'autre pour le destinataire, le troisième pour le capitaine, le quatrième pour l'armateur. Ce n'est là qu'un minimum. Souvent, pour éviter les dangers de perte, surtout en temps de guerre maritime, on dresse un plus grand nombre d'exemplaires et on en envoie plusieurs au destinataire des marchandises par des voies différentes.

Rigoureusement, le capitaine ne doit délivrer les marchandises qu'à celui qui lui représente tous les exemplaires du connaissement : autrement, il s'expose à ce que la délivrance lui en soit de nouveau réclamée par un tiers porteur de bonne foi d'un autre exemplaire. Pour mettre le capitaine à l'abri des réclamations, on insère souvent une clause destinée à le décharger par cela seul qu'il remet les marchandises au porteur d'un exemplaire ; cette clause se formule d'ordinaire ainsi : *du premier connaissement, il a été dressé quatre exemplaires d'une même teneur, lequel* (connaissement) *accompli, les autres seront de nulle valeur* (1).

Utilité du connaissement. — Cet écrit a une grande importance à divers points de vue : *a*) Il sert à prouver le chargement des marchandises en cas de contestation. *b*) Il sert à prouver l'affrètement qu'il présuppose (n° 920). *c*) Comme il donne à celui qui en est porteur un droit exclusif de se faire délivrer des marchandises au port de destination, sa transmission met le porteur en possession des marchandises : il permet ainsi de les constituer en gage même pendant qu'elles sont en cours de transport ou d'en mettre en possession un acheteur.

Force probante du connaissement. — Le connaissement prouve à la fois le chargement et les différentes conditions du contrat d'affrètement, notamment le montant du fret convenu. D'après l'article 282, C. com., *le connaissement, rédigé dans la forme ci-dessus prescrite, fait foi entre toutes les parties intéressées au chargement, et entre elles et les assureurs.* La force probante du connaissement à l'égard des assureurs a une grande importance. En cas d'assurance de marchandises, pour qu'après le sinistre l'assuré puisse réclamer à l'assureur une indemnité, il faut qu'il soit prouvé que les marchandises assurées ont été exposées aux risques de mer, c'est-à-dire chargées sur le navire ; cette preuve, appelée *preuve du chargé*, se fait d'ordinaire à l'aide du connaissement. Du reste, ce n'est pas seulement à l'égard des assureurs, mais aussi de tous autres tiers, que le connaissement prouve le chargement. Ainsi, dans le prêt à la grosse sur

(1) Cette formule usuelle est traduite de l'anglais. — Cf. anal., n° 590.

marchandises, le prêteur n'a pas le droit de réclamer la somme prêtée si ces marchandises périssent par une fortune de mer. L'emprunteur, qui veut échapper au remboursement, doit prouver que les marchandises ont été chargées, et il peut faire cette preuve à l'aide du connaissement.

Le connaissement n'exclut pas nécessairement toute preuve contraire. Les tiers peuvent toujours prouver par tous les moyens contre le connaissement; ainsi, l'assureur peut prouver que le chargement constaté par le connaissement n'a pas eu réellement lieu. Au contraire, les parties ne peuvent prouver contre les tiers que le connaissement n'est pas conforme à la vérité; ainsi, un chargeur ne pourrait prouver contre un assureur que la quantité des marchandises chargées dépasse celle qu'énonce le connaissement. Entre le capitaine et le chargeur, la preuve contraire est possible; mais, sauf dans le cas de fraude, elle ne peut se faire par témoins, ni par présomptions simples (art. 1341, 2e al., 1353, C. civ.).

926. 5° *Obligation de transporter les marchandises et de leur donner tous les soins nécessaires à leur conservation.* — Les marchandises doivent être transportées directement à destination, à moins qu'une clause du connaissement ou de la charte-partie n'autorise le capitaine *à faire échelle*, *à dérouter* ou *à rétrograder*. Le capitaine doit en prendre soin, pour qu'elles arrivent intactes à destination, mais cette obligation n'empêche pas qu'il ait le droit de les sacrifier dans l'intérêt commun, par exemple de les jeter à la mer pour alléger le navire ou de les vendre pour subvenir à des dépenses de réparation. V. nos 915 et 947.

927. 6° *Obligation de délivrer les marchandises à destination.* — Les marchandises doivent être délivrées au porteur du connaissement. Peu importe, s'il s'agit d'un connaissement à ordre, qu'il soit porteur en vertu d'un endossement irrégulier : le porteur est seulement alors réputé mandataire de l'endosseur et obligé, par suite, de rendre compte à l'endosseur.

928. 7° *Responsabilité du capitaine et du propriétaire du navire.* — Comme tout transporteur, le capitaine répond de la perte, des avaries ou du retard, à moins qu'il ne prouve un cas de force majeure, le vice propre de la marchandise ou la faute de l'affréteur (art. 222, 230 et 295, C. com.; Cpr. art. 103 et 104, C. com.). Cette responsabilité rejaillit sur le propriétaire du navire (art. 216, 1er alin., C. com.), sauf, pour celui-ci, la faculté d'abandonner le navire et le fret au propriétaire des marchandises (art. 216, 2e et 3e alin., C. com.).

Le capitaine ayant la faculté de procéder à des vérifications, on présume, en principe, que les marchandises, au point de vue de leur

espèce, de leur qualité, de leur poids, sont conformes aux énonciations du connaissement. Mais le capitaine n'ouvre pas ordinairement les caisses ou les sacs pour rechercher si les marchandises sont bien de a qualité et de la nature indiquées dans le connaissement. Aussi insère-t-on dans cet acte, pour constater que le capitaine s'en est remis à cet égard aux déclarations des chargeurs, les clauses *que dit être, qualité et poids inconnus*. En vertu de ces clauses, la règle relative au fardeau de la preuve est renversée ; c'est au chargeur ou au destinataire, qui prétend que les marchandises ne sont pas de la qualité ou de la nature ou du poids indiqués dans le connaissement, à le prouver.

Des clauses très usuelles, devenues presque de style dans les connaissements, vont beaucoup plus loin en excluant la responsabilité du propriétaire du navire envers les propriétaires de marchandises. Les raisons qui doivent faire admettre la validité de ces clauses ont été indiquées plus haut (n° 881).

Parmi les événements qui peuvent retarder l'arrivée du navire, le Code (art. 279) a spécialement prévu le blocus du port de destination. Le capitaine doit alors se rendre dans un port voisin de la même puissance où il lui est permis d'aborder.

De même que le capitaine donne une reconnaissance du chargement des marchandises à bord du navire, le destinataire doit donner au capitaine qui le réclame un reçu des marchandises délivrées (art. 295). Si, au port de déchargement, le destinataire refuse de recevoir les marchandises pour quelque cause que ce soit, le capitaine peut faire vendre par autorité de justice la quantité de marchandises nécessaire au paiement du fret et faire ordonner le dépôt du surplus (art. 305, analog. art. 106).

929. DES OBLIGATIONS DE L'AFFRÉTEUR. — L'affréteur est tenu de deux obligations principales ; il doit : 1° payer le fret ; 2° opérer le chargement et le déchargement des marchandises dans les délais fixés.

930. *Du fret.* — L'affréteur doit payer, en principe, l'intégralité du fret. De nombreux événements peuvent faire disparaître ou restreindre cette obligation, comme, en matière d'engagement des gens de mer (n° 899), ils peuvent influer sur l'obligation de payer les loyers.

Le fret est dû avant tout par l'affréteur, mais il peut aussi être réclamé au destinataire qui reçoit les marchandises et pour lequel l'affréteur est réputé avoir stipulé (analog. n° 540).

Par cela même que des événements de mer peuvent faire cesser l'obligation de payer le fret, il n'est ordinairement payé qu'à l'arrivée à destination. Parfois il est fait des avances sur le fret avant le départ (art. 302) ou même le fret est payé en entier avant le départ.

Le fret stipulé est dû en totalité quand les marchandises arrivent

sans retard au port de destination (art. 309). Aucune diminution ne peut être exigée et les marchandises ne peuvent être abandonnées pour le fret, alors même que les marchandises sont endommagées au point de ne plus valoir le fret (art. 309 et 316), dès l'instant où il n'y a faute ni du fréteur, ni des personnes dont il est responsable. Une seule exception est admise à cette règle rigoureuse pour les liquides mis en futailles, quand ils ont coulé au point que les futailles sont vides ou presque vides ; celles-ci peuvent être abandonnées pour le fret (art. 310, al. 2).

Il se peut que les marchandises n'arrivent pas à destination ou n'y arrivent qu'en retard. Que devient alors l'obligation de payer le fret? Il n'y a pas de solution unique : selon la cause qui a empêché l'arrivée à destination, le fret n'est point dû, est dû en partie ou est dû intégralement.

931. *Cas où, les marchandises ne parvenant pas à destination, il n'est dû aucun fret.* — Cela se produit quand les marchandises ont péri par la faute du fréteur ou de personnes dont il répond ; le fréteur est, en outre, passible de dommages-intérêts. Cette solution résulte des principes généraux du droit. Mais le fret cesse aussi d'être dû pour les marchandises qui ont péri par suite d'un risque de mer ou de guerre. L'article 302 le décide pour le cas de perte totale des marchandises par naufrage ou par échouement, de pillage par des pirates ou de prise par l'ennemi, et la même solution doit certainement être admise, par identité de motif, dans tous les cas de perte par cas fortuit (incendie, par exemple). Il serait rigoureux de faire payer un fret pour des marchandises qui ne parviennent pas à destination. Du reste, il est loisible aux parties de convenir que les avances sur le fret ne seront restituées en aucun cas (art. 302, al. 2). Il faut ajouter aux cas où le fret n'est pas dû celui où le navire est parti sans être en bon état de navigabilité et a dû s'arrêter en route (art. 297). V. n° 923.

932. *Cas où, les marchandises ne parvenant pas à destination, le fret est dû en partie.* — On peut dire qu'il y a lieu à un *fret proportionnel* ou *fret de distance*, toutes les fois que, par suite d'un cas de force majeure, les marchandises n'arrivent pas à destination, sans cependant qu'elles aient péri. Il en est ainsi dans le cas où, le navire étant devenu innavigable, le capitaine ne parvient pas à louer un autre bâtiment pour transporter les marchandises à destination (art. 296, 3e alin., n° 923), dans le cas de prise ou de naufrage, si les marchandises sont sauvées, etc... Le fret serait encore dû pour partie dans le cas où, par suite d'un accident de mer, les marchandises auraient péri en partie. V. aussi le cas spécial prévu par l'article 299, C. com.

933. *Cas dans lesquels le fret est dû en entier, bien que les marchan-*

dises n'arrivent pas à destination. — Cela a lieu, soit quand la non-arrivée des marchandises provient du fait de l'affréteur, soit quand, malgré la perte des marchandises, l'affréteur ou le destinataire en reçoit la valeur en argent. Ainsi, le fret entier est dû en vertu de la première idée quand l'affréteur retire ses marchandises en cours de voyage, sans y être contraint par un fait de force majeure (art. 293 et 298, *in fine*). L'application de la seconde idée se trouve dans plusieurs hypothèses. *a*) Le fret entier est dû pour les marchandises jetées à la mer par le capitaine dans l'intérêt du salut commun du navire et du restant de la cargaison (art. 301). La raison en est que, grâce à l'obligation de contribuer aux avaries communes, le chargeur des marchandises jetées reçoit du propriétaire du navire et des autres chargeurs le remboursement de leur valeur. *b*) Le fret entier est aussi dû pour les marchandises que le capitaine a vendues afin de subvenir à des nécessités urgentes ; alors l'armateur est obligé de tenir compte de leur prix au chargeur de ces marchandises (art. 234 et 298). V. n° 915.

934. *Du retard*. — Sans que les marchandises soient détruites ou avariées, il peut y avoir retard, c'est-à-dire que le transport et le déchargement sont opérés dans un délai plus long que le délai ordinaire ou convenu. Le fréteur est alors tenu de dommages-intérêts envers l'affréteur, si le retard provient de son fait ou de celui des personnes dont il est responsable ; il peut, au contraire, en réclamer à l'affréteur, lorsque le retard a été occasionné par celui-ci. Quand, enfin, le retard provient d'un cas de force majeure, il va de soi qu'aucune des parties ne doit à l'autre des dommages-intérêts. Le fret n'est même pas augmenté alors à raison de ce que le voyage a duré plus longtemps qu'il ne le devait. Le Code (art. 300) donne cette dernière solution pour le cas où le navire est arrêté en cours de voyage par ordre d'une puissance. Seulement, afin d'atténuer ce que cela a de rigoureux pour le fréteur au cas d'affrètement au mois, la loi ne lui fait pas supporter intégralement les loyers et la nourriture des gens de mer pendant la durée de la détention, elle les considère comme des avaries communes à répartir entre tous les intéressés (art. 300, *in fine*, et art. 400-6°).

935. *Obligation d'opérer le chargement et le déchargement des marchandises dans les délais fixés par la convention ou par les usages. Staries, surestaries, contre-surestaries*. — Si l'affréteur charge une quantité de marchandises dépassant celle qui a été convenue, il doit payer pour l'excédent un fret proportionnel au fret convenu (art. 288, al. 2). Si, au contraire, la quantité de marchandises est inférieure, l'affréteur doit payer le fret pour le chargement auquel il s'est engagé, *le vide se paie comme le plein* (art. 288, al. 1). Mais, comme il n'en est ainsi qu'à raison du préjudice que l'insuffisance du chargement

fait éprouver au fréteur, celui-ci n'a rien à réclamer, s'il trouve à compléter le chargement pour un fret égal.

Les délais du chargement et ceux du déchargement sont fixés par la convention ou, à défaut, par l'usage des lieux (art. 273 et 274); ces délais sont appelés *staries* ou *jours de planche*. L'affréteur en jouit sans avoir aucune indemnité ou rémunération spéciale à payer. Mais, quand les *staries* expirent sans que le chargement ou le déchargement ait été opéré, l'affréteur ou le destinataire en retard doit des dommages-intérêts appelés *surestaries*. Lorsque le retard est exceptionnel, il est dû des dommages-intérêts supplémentaires qu'on appelle *contre-surestaries* ou *sur-surestaries* ou *contrestaries*. D'après l'usage le plus répandu, les staries sont, soit au départ, soit à l'arrivée, de 15 jours pour la navigation au long cours et pour le grand cabotage et de 3 jours pour le petit cabotage.

Quelle est la nature de la créance ayant pour objet les *surestaries* ou les *contre-surestaries ?* Est-ce une créance ordinaire de dommages-intérêts ou une créance accessoire du fret ? La question, qui est discutée, présente un intérêt notamment au point de vue suivant : si la créance des surestaries ou des contre-surestaries est un accessoire du fret, *a*) elle doit s'éteindre avec lui et, par suite, cesser d'exister en cas de perte des marchandises par un cas fortuit (art. 302) : *b*) elle est garantie par le privilège sur les marchandises qui est attaché à la créance du fret ; *c*) elle est soumise à la même prescription spéciale que cette dernière créance (art. 432). Aucune de ces solutions ne doit être admise, si l'on part de l'idée qu'il y a là une créance ordinaire de dommages-intérêts. La Cour de cassation admet avec raison que les surestaries ou les contre-surestaries doivent être considérées comme un supplément de fret ; le retard, lors du chargement ou du déchargement, donne lieu en quelque sorte à un fret supplémentaire (1).

936. *Obligations accessoires de l'affréteur. Chapeau du capitaine. Dépenses de navigation.* — La convention peut ajouter aux obligations de l'affréteur. Les clauses accessoires, insérées le plus souvent dans le connaissement ou dans la charte-partie, sont relatives au *chapeau du capitaine* et aux dépenses de navigation.

Il est parfois stipulé que l'affréteur paiera tant pour cent du fret comme *droit de chapeau*. Selon la volonté des parties, ce peut être là un supplément de fret revenant au fréteur ou un supplément de salaire pour le capitaine à raison des soins qu'il donne aux marchandises. A moins de convention formelle, on considère actuellement le *droit de chapeau* comme un accessoire du fret.

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, V, n° 797.

Il va de soi que le fréteur supporte les dépenses que la navigation entraîne ordinairement avec elle (art. 406). Mais cela n'est pas absolument vrai des dépenses occasionnées par des événements de mer extraordinaires ; ce sont là des *avaries-frais* qui, selon les cas, sont supportées, soit par le fréteur, soit par le chargeur, soit en commun par tous. V. nos 940 et suiv. Il peut être difficile de déterminer le caractère des dépenses et de décider, par suite, qui doit les payer. Afin d'éviter les contestations sur ce point, il est parfois stipulé que, dans tous les cas, les dépenses de navigation seront supportées dans une certaine proportion par l'armateur et par les chargeurs. C'est là ce qui explique qu'après la stipulation du fret, on trouve la clause : *et, en outre, tant pour cent de droit d'avaries* ou *les avaries selon les us et coutumes de la mer*.

Lorsqu'on stipule le fret sans aucun accessoire, on l'indique souvent par les mots, *pour tout fret* ou *sans plus*, placés après l'indication du montant du fret.

937. *De la résiliation de l'affrètement.* — L'affrètement peut, comme tout autre contrat, être résilié, soit par le consentement mutuel des parties (art. 1134, 2e al. C. civ.), soit sur la demande de l'une des parties, à raison de l'inexécution des obligations de l'autre (art. 1184, C. civ.). Mais, en outre, l'affrètement peut être résilié de plein droit ou par la seule volonté de l'affréteur. La résiliation a lieu de plein droit, quand, avant le départ du navire, il survient une interdiction de commerce avec le port de destination (art. 276).

L'affrètement peut être résilié par la volonté de l'affréteur, à la charge seulement par lui de payer une indemnité, que la loi fixe à forfait à la moitié du fret convenu (art. 288, 3e al.). Cela n'est vrai qu'avant le départ du navire : une fois le navire parti, l'affréteur qui retire les marchandises, n'en doit pas moins le fret (art. 293). En principe, ce n'est même pas jusqu'au moment du départ que l'affréteur peut résilier le contrat moyennant le paiement du demi-fret, c'est seulement jusqu'au moment où le chargement a commencé (art. 288, 3e et 4e al.). Cependant, en cas de chargement à *cueillette* (n° 918), un chargeur peut retirer ses marchandises jusqu'au départ en payant le demi-fret (art. 291, 1er al.).

Le *demi-fret*, appelé aussi *faux-fret*, étant une indemnité fixée à forfait ou sorte de clause pénale légale, est dû alors même que la résiliation de l'affrètement ne cause aucun dommage au fréteur. Ce n'est pas un fret partiel, par cela même qu'aucun transport de marchandises n'a eu lieu V , sur les conséquences à tirer de cette idée, le n° 938.

938. *Des privilèges du fréteur et de l'affréteur*. — La faveur que mérite le contrat d'affrètement, a fait établir des privilèges au profit

des deux parties, bien que, dans le transport par terre, il n'y en ait un qu'au profit du voiturier. Le fréteur a un privilège pour son fret sur la cargaison, l'affréteur en a un sur le navire pour certaines créances de dommages-intérêts (art. 280 et 191-11°). On disait anciennement : *le batel est obligé à la marchandise et la marchandise au batel.*

Le privilège du fréteur garantit le fret et les accessoires du fret, par conséquent les surestaries et les contre-surestaries (n° 935), mais non le *demi-fret* dû à titre d'indemnité fixée à forfait en cas de résiliation de l'affrètement avant le départ opérée par l'affréteur (n° 937).

Ce privilège est fondé, comme celui du voiturier, sur une constitution de gage tacite. Cependant, le capitaine ne peut pas retenir les marchandises dans son navire faute de paiement du fret (art. 306, 1er al.) : le séjour prolongé des marchandises à bord les exposerait à des dangers. Mais le capitaine qui ne veut pas livrer les marchandises au porteur du connaissement sans recevoir le fret, a la faculté de demander au président du tribunal de commerce ou, à son défaut, au juge de paix, l'autorisation de les déposer en mains tierces, c'est-à-dire dans des magasins (art. 305, 2e alin., C. com.).

Quoi qu'il en soit, à raison de ce que le capitaine n'a pas le droit de retenir les marchandises dans le navire jusqu'au paiement du fret, le privilège ne s'éteint pas par le seul fait de la livraison (1) ; le fréteur conserve son privilège pendant 15 jours après la délivrance (art. 307), pourvu que les marchandises soient reconnaissables et, bien entendu, ne soient pas passées entre les mains d'un tiers, puisqu'il n'y a pas de droit de suite sur les choses mobilières.

Le privilège de l'affréteur sur le navire garantit seulement les dommages-intérêts dus aux affréteurs pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées ou pour remboursement des avaries qu'elles ont souffertes par la faute du capitaine et de l'équipage (art. 191-11°). L'affréteur n'est donc pas privilégié pour les dommages-intérêts dus à raison du retard. — Ce privilège porte non seulement sur le navire, mais aussi sur le fret dû par les affréteurs autres que celui qui réclame une indemnité (art. 280).

939. *Prescription et fin de non-recevoir.* — Une prescription et une fin de non-recevoir spéciales s'appliquent à quelques-unes des actions naissant de l'affrètement. Elles diffèrent assez notablement de celles qui

(1) Au contraire, le privilège du voiturier par terre ou par eau qui garantit le prix du transport (art. 102-6°, C. civ.) s'éteint par le dessaisissement du voiturier. V. n° 541.

sont admises en matière de transport terrestre par les articles 105 et 108, C. com. V. nos 530 et suiv. (1).

Une fin de non-recevoir est admise contre les actions en responsabilité qui peuvent exister contre le fréteur à raison d'un dommage causé à des marchandises. Celui qui reçoit une marchandise avariée doit, dans les 24 heures de la réception, faire une protestation et la signifier au fréteur ; en outre, une demande en justice doit suivre dans le mois de cette protestation (art. 435). Ainsi, l'affréteur peut être repoussé quand les marchandises ont été mises à la disposition du destinataire, soit qu'il n'y ait pas eu de protestation, soit que la protestation n'ait pas été faite et signifiée dans les 24 heures, soit que la protestation régulière n'ait pas été suivie dans le mois d'une demande en justice. — Par cela même que cette fin de non-recevoir suppose la mise des marchandises à la disposition du destinataire, elle est inapplicable au cas de perte totale. En outre, comme cette fin de non-recevoir est exceptionnelle, elle ne peut être appliquée au cas de retard provenant de la faute du fréteur, cas non visé par l'article 435, C. com.

Outre cette fin de non-recevoir, le Code admet une prescription d'un an (art. 433). Cette prescription s'applique à plusieurs actions : 1° Elle s'applique à l'action de l'affréteur (ou du destinataire) en délivrance des marchandises. Il ne faut pas, dans l'intérêt du commerce de mer, obliger les intéressés à conserver longtemps la preuve de l'exécution de leurs obligations. Sous le nom d'*action en délivrance*, on comprend l'action intentée pour se faire remettre les marchandises et l'action intentée pour se faire payer l'indemnité due à raison de la perte des marchandises, ou pour s'en faire rembourser le prix quand elles ont été vendues pour subvenir à des besoins urgents (art. 234 et 298). 2° La prescription annale s'applique aussi aux actions en dommages-intérêts pour avaries ou retard. C'est cette dernière solution qu'a consacrée, en modifiant l'article 433, C. com., la loi du 14 décembre 1897. Avant cette loi, les actions en dommages-intérêts pour avaries ou pour retard, n'étant pas visées par l'ancien article 435, ne se prescrivaient que par trente ans (art. 2262, C. civ).

Le point de départ de la prescription annale est, soit le jour où les marchandises sont débarquées, que ce soit au port de destination ou dans un port d'échelle, soit le jour de la perte des marchandises.

(1) Aussi une grande difficulté s'élève sur le point de savoir quelle fin de non-recevoir ou quelle prescription est applicable quand des marchandises sont, en vertu d'un seul contrat, transportées successivement sur terre et sur mer ou à l'inverse. V., sur cette question, *Traité de Droit commercial*, V, nos 828 et 829.

CHAPITRE V.

DES AVARIES ET DE LEUR RÈGLEMENT (1). DES ABORDAGES MARITIMES (2).

---

940. *Généralités.* — Les navires et leurs cargaisons sont exposés à de nombreux dangers. Ces dangers proviennent des événements de la nature ou des fautes de l'homme (capitaine, gens de l'équipage, capitaine d'un autre navire en cas d'abordage, etc.), ou encore des règles spéciales du droit des gens maritime qui, en cas de guerre, ne protègent pas la propriété privée ennemie. La réalisation de ces risques de mer ou de guerre peut être la cause, soit de dommages matériels pour le navire ou pour la cargaison, soit de dépenses extraordinaires ; ces dommages ou ces dépenses sont appelés *avaries*. A raison de la gravité des risques de mer ou de guerre, beaucoup de navires ou de marchandises sont assurés. Mais, pour comprendre l'importance des assurances maritimes et des règles qui les régissent, il faut savoir par qui sont supportées les avaries en l'absence de toute assurance. — Le présent chapitre, consacré à l'examen de cette question, sera divisé en deux sections : l'une sera relative aux *avaries en général et à leur règlement*, l'autre sera relative spécialement aux *avaries provenant d'abordages*. Ces dernières sont régies par quelques règles particulières.

SECTION PREMIÈRE. — Des avaries en général et de leur règlement.

941. *Caractères généraux des avaries.* — L'article 397, C. com., définit ainsi les *avaries : toutes dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises conjointement ou séparément ; tout dommage qui arrive aux navires et aux marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et débarquement, sont réputés*

(1) C. com., art. 397 à 406, 408 à 429 et art. 435.
(2) C. com., art. 407 et 436.

avaries. Il résulte de cette définition que les avaries sont non seulement des dommages matériels (rupture des câbles ou des mâts, détérioration des marchandises par l'eau de mer, prise du navire ou des marchandises par des vaisseaux de guerre ou des pirates, etc.), mais aussi des dépenses faites pour le bâtiment ou pour les marchandises (frais d'entrée et de sortie d'un port où l'on est entré pour faire réparer le navire; frais de débarquement, de magasinage et de rembarquement des marchandises dont l'emballage se détériore, etc.). Pour que les dommages matériels subis ou que les dépenses constituent des avaries, il faut qu'ils soient occasionnés par une cause extraordinaire, qu'ils ne soient pas une conséquence normale de la navigation maritime : ainsi, l'usure du navire n'est pas une avarie ; les frais de navigation pour l'entrée au port de relâche convenu ne sont pas non plus des avaries (art. 406). C'est la cause d'une dépense ou d'un dommage, non sa nature, qui fait qu'elle constitue ou ne constitue pas une avarie.

942. *Classification des avaries.* — On fait des avaries des classifications diverses :

A. On les divise d'abord en *avaries-dommages* et *avaries-frais*, selon qu'elles consistent en dommages matériels ou en dépenses.

B. On distingue aussi les *avaries* et les *sinistres majeurs*, en réservant ce nom, soit à la perte totale, soit à des événements tellement graves qu'ils y sont assimilés (n° 992).

Ces deux classifications n'ont d'intérêt qu'en matière d'assurances. Il n'en est pas de même de la troisième, dont l'importance est capitale.

C. On distingue les *avaries simples* et les *avaries grosses* qu'on oppose aussi les unes aux autres sous les dénominations d'*avaries particulières* et d'*avaries communes* (art. 399) ; cette division, qui remonte à une haute antiquité, est consacrée par toutes les législations ; les Romains l'avaient empruntée aux lois de l'île de Rhodes (1). Son importance pratique provient de ce que les deux espèces d'avaries ne sont pas supportées par les mêmes personnes. En général, celui dont la chose (navire ou marchandises) est endommagée, subit le dommage (*res perit domino*), celui pour la chose duquel la dépense extraordinaire a été faite doit la supporter ; ainsi, les *avaries simples* ou *particulières* sont supportées par le propriétaire du navire ou des marchandises qui ont subi les avaries. Mais il n'en est pas de même des *avaries grosses* ou *communes*. Parfois, en présence d'un péril menaçant à la fois le navire et la cargaison, le capitaine se décide à faire un sacrifice atteignant l'un ou l'autre. Cela se présente, par exemple, soit

(1) V. Digeste, *Ad legem Rhodiam de jactu* (XIV, 2).

quand, pour alléger un navire et lui permettre, en se réfugiant dans un port, d'échapper à la poursuite de l'ennemi ou à la tempête, un capitaine jette à la mer une partie de la cargaison, soit quand, dans l'intérêt commun du navire et de la cargaison, des dépenses extraordinaires sont faites. Alors, tous ceux (propriétaires du navire et des marchandises) qui ont profité du sacrifice doivent y contribuer, c'est-à-dire supporter une partie du dommage ou de la dépense. Les avaries qui se répartissent ainsi, sont appelées *grosses*, parce qu'elles sont supportées par le *gros*, c'est-à-dire par la totalité des choses exposées aux risques maritimes ; elles sont qualifiées aussi de *communes*, parce qu'elles sont supportées *en commun*. Il sera traité successivement *des avaries communes* et *des avaries particulières*.

A. — *Des avaries communes.*

943. Deux questions principales doivent être examinées à l'occasion des avaries communes : *a)* Quels sont les caractères distinctifs des avaries communes : *b)* Comment se répartissent les avaries communes, c'est-à-dire d'après quelles règles se détermine la part contributive de chacun des intéressés.

944. *Fondement de la théorie des avaries communes.* — Deux systèmes ont été défendus relativement au fondement de l'obligation pour les divers intéressés de contribuer à ces avaries. On a soutenu d'abord qu'il y a là une théorie spéciale au Droit maritime, admise pour favoriser le commerce de mer : autrement, le capitaine, en présence d'un péril auquel il serait possible de se soustraire par un sacrifice, ou sacrifierait toujours une partie de la cargaison, qui n'appartient pas d'ordinaire, dans les usages actuels, au propriétaire du navire qui a choisi le capitaine, ou ne ferait aucun sacrifice, ce qui pourrait causer la perte du bâtiment et des marchandises. Il y aurait ainsi une obligation propre au Droit maritime résultant d'une clause sous-entendue dans le contrat d'affrètement. — Cette explication de la théorie des avaries communes doit, selon nous, être rejetée. L'obligation de contribuer aux avaries communes est une obligation quasi-contractuelle dérivant du principe de droit commun, selon lequel *nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui*. Sans la contribution, ceux qui ont profité du sacrifice s'enrichiraient au préjudice de ceux que le sacrifice a atteints, par exemple, des propriétaires dont les marchandises ont été jetées à la mer. D'ailleurs, si l'idée d'une obligation contractuelle est admissible dans les rapports entre le fréteur et chaque affréteur, elle ne saurait rendre compte de ce que les affréteurs, qui n'ont pas contracté

ensemble, sont tenus les uns envers les autres de contribuer aux avaries communes (1). — Si l'on admet cette seconde explication, on doit reconnaître que, s'il arrivait même sur terre, qu'un bien fût sacrifié en tout ou en partie pour assurer le salut d'autres biens, les propriétaires de ceux-ci, ayant profité de ce sacrifice, devraient supporter en commun le dommage subi (2).

945 *Caractères distinctifs des avaries communes.* — L'article 400, C. com., énumère les avaries communes. Cette énumération n'est pas limitative, ainsi que l'indique la formule générale par laquelle cet article se termine ; aussi est-il indispensable de déterminer les caractères distinctifs de ces avaries, en général, par opposition aux avaries particulières, afin de pouvoir reconnaître si des avaries non énumérées par le Code de commerce sont communes ou particulières.

En combinant l'article 400, *in fine*, avec les différentes dispositions du Code de commerce, on peut dire que trois conditions doivent se trouver réunies pour qu'un dommage matériel ou une dépense extraordinaire constitue une avarie commune. Il faut : *a) qu'il y ait un sacrifice ou une dépense faite volontairement par le capitaine ; b) que le sacrifice ou la dépense soit faite dans l'intérêt commun du navire et de la cargaison ; c) qu'un résultat utile ait été obtenu.*

a) La nécessité d'un acte de volonté du capitaine s'exprime souvent en disant qu'il faut que l'avarie, pour être commune, ait sa cause dans un *sacrifice volontaire*. Quand le dommage ou la dépense provient d'un cas fortuit, il n'y a pas d'avarie commune ; il en est ainsi quand les marchandises sont emportées ou que des mâts sont rompus par le vent, tandis qu'il y a avarie commune si le capitaine assure le salut du navire et de la cargaison en faisant jeter des marchandises à la mer ou en faisant couper des mâts.

Le dommage que le capitaine a eu directement en vue est sans doute avant tout une avarie commune. Mais le même caractère appartient aussi à toutes les suites nécessaires de la résolution du capitaine, qu'il les ait ou non prévues. Ainsi, quand les marchandises sont montées sur le pont pour être jetées à la mer, et qu'avant le jet un coup de vent les emporte, il y a une avarie commune ; elles ont péri parce que le capitaine, en ayant décidé le sacrifice, les a exposées à un danger plus grand que le reste de la cargaison. De même, si des marchandises sont char-

(1) Il faut reconnaître que la théorie des avaries communes a pour conséquence que le capitaine peut faire indifféremment porter le sacrifice sur le navire ou sur les marchandises, sans qu'au point de vue pécuniaire la situation du propriétaire du navire et celle du propriétaire de marchandises en soient modifiées.

(2) V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, n° 871.

gées sur des allèges afin de décharger le navire et de lui permettre de gagner plus rapidement un port de refuge et si elles périssent, il y a une avarie commune (art. 427, al. 1, C. com.). On dit souvent que les conséquences directes et nécessaires d'une avarie commune sont classées aussi comme telles.

b) Le sacrifice ou la dépense doit être motivé, et ce motif doit se trouver dans l'intérêt *commun* du navire et de la cargaison. Selon la jurisprudence, c'est un *danger* commun qui doit motiver l'acte du capitaine. Il se propose, par un sacrifice, d'y soustraire le bâtiment et les marchandises (1). On a soutenu qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un danger commun, qu'il suffit qu'il y ait un avantage commun pour le navire et la cargaison à faire le sacrifice ou la dépense. Ainsi, un navire est en relâche dans un port qui offre peu de ressources ; une réparation dans ce port entraînerait un long retard et de grands frais. On enlève une partie du chargement qu'on fait parvenir à destination par un autre bâtiment, et le navire allégé peut reprendre la mer après des réparations provisoires. Il n'y avait point danger ; et, pourtant, selon cette doctrine, il y a lieu de classer en avarie commune le fret du bâtiment auxiliaire. C'est, dit-on, une dépense qui a profité à tous les intéressés. Mais ce système ne paraît pas concorder avec les dispositions du Code de commerce qui sont fondées sur l'idée que, sans l'acte du capitaine, le navire aurait péri avec la cargaison. Du reste, dans les cas où il y a intérêt commun sans existence d'un péril, il peut y avoir lieu pour celui qui a fait la dépense ou qui a subi le dommage à un recours, par application des règles de la gestion d'affaires qui consacrent le principe de l'action en remboursement des dépenses utiles au profit du gérant contre le maître de l'affaire (art. 1375, C. civ.).

Le péril a raison duquel le sacrifice a été opéré ou la dépense a été faite, doit être *commun* au bâtiment et à la cargaison (art. 400, dern. al.). C'est cette communauté d'intérêt qui justifie l'obligation de supporter en commun le dommage et la dépense. Si un danger menace le navire seul ou des marchandises seules, le dommage subi ou les dépenses faites pour y échapper sont des avaries *particulières*. Aussi, en principe, les dommages causés au navire qui n'a plus sa cargaison à bord, ne sont pas des avaries communes, alors même qu'ils l'auraient été, si le déchargement n'avait pas eu lieu.

c) Il n'y a pas avarie commune, si le sacrifice ou la dépense n'a pas atteint son but, en faisant obtenir un résultat utile. La théorie des avaries communes est une application du principe selon lequel nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui et non pas des règles de la gestion

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 882 et 883.

d'affaires, selon lesquelles l'utilité d'un acte, pour savoir s'il doit y avoir lieu à remboursement des dépenses, s'apprécie au moment où il a été fait, indépendamment de ses résultats. Ainsi, en cas de jet de marchandises, si le navire et le restant de la cargaison périssent malgré le sacrifice, il n'y a pas lieu à contribution (art. 423, al. 1).

Il importe de parler du résultat utile obtenu plutôt que du salut du navire et de la cargaison. Cette dernière formule (employée parfois à tort) conduirait à cette conséquence que, si le navire entier avait été sacrifié pour assurer le salut de la cargaison ou si, à l'inverse, le sacrifice, portant sur la cargaison entière, a sauvé le navire, il n'y aurait pas lieu à contribution. Cela serait exorbitant ; c'est dans des cas de ce genre surtout, où le sacrifice est considérable, que l'obligation de contribuer se justifie.

Les trois conditions indiquées sont les seules exigées pour qu'il y ait avarie commune. Les articles 400 et 410, C. com., paraissent bien en exiger une quatrième, en parlant de la délibération motivée prise, avant le sacrifice ou la dépense, par le capitaine et les principaux de l'équipage. Mais il n'y a là qu'une prescription à laquelle le capitaine doit se conformer autant que possible et que l'imminence du péril ne permet pas le plus souvent d'observer (1).

946. DES PRINCIPALES AVARIES COMMUNES. — Il est utile de donner des exemples d'avaries communes en les puisant dans l'énumération de l'article 400, C. com., ou dans la pratique. Toutes consistent nécessairement, soit dans des dommages soufferts par le navire ou par la cargaison, soit dans des dépenses extraordinaires.

947. *Dommages causés aux marchandises. Jet.* — L'avarie commune la plus fréquente est le *jet*, c'est-à-dire le fait de précipiter dans la mer tout ou partie de la cargaison pour assurer le salut du navire et du restant des marchandises (art. 410 à 429, C. com.). Toutefois, il y a des cas exceptionnels dans lesquels le jet ne constitue pas une avarie commune, bien qu'il réunisse toutes les conditions énumérées ci-dessus (n° 945), de telle sorte que le propriétaire des marchandises jetées supporte seul le dommage. Aussi, ne donnent pas lieu à contribution :

(1) Y a-t-il avarie commune lorsque le danger commun que courent le navire et la cargaison provient non d'un cas fortuit, mais d'une faute du capitaine ? La jurisprudence et beaucoup d'auteurs admettent la négative et ajoutent ainsi une condition à celles dont la réunion est exigée expressément par le Code de commerce pour qu'il y ait avarie commune. Cette opinion est très discutable ; nous la croyons inexacte. V. note de Ch. Lyon-Caen sur un arrêt de la Chambre des requêtes du 6 juin 1882, S. 1882. 1. 409 ; *J. Pal.*, 1882. 1020. V. aussi, dans le sens de cet arrêt, Cass , 29 mars 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 457 ; D. 1892, 1. 330 : *Pand. fr.*, 1893. 1. 10. Cpr. notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 894 à 896.

1° le jet de marchandises chargées sans connaissement ou sans déclaration du capitaine inscrite sur le livre de bord (art. 420) ; on a voulu ainsi empêcher les chargements de marchandises faits sans le consentement du capitaine et de l'armateur ; 2° le jet de marchandises chargées sur le pont (art. 421, al. 2). Ce mode de chargement peut gêner les manœuvres et parfois compromettre le sort du navire ; cela ne s'applique pas dans la navigation au petit cabotage, dans laquelle la loi même (art. 229) autorise cette sorte de chargement. V. n° 924.

En vertu des règles générales posées plus haut (n° 945), les dommages causés par le jet, soit aux marchandises restées dans le navire (art. 400-5°), soit au navire lui-même (art. 421), doivent être classés en avaries communes.

Chargement sur des allèges. — Du cas de jet il faut rapprocher celui où, pour alléger le navire et lui permettre de gagner plus promptement un port, une partie des marchandises est chargée sur des barques ou allèges. Si ces marchandises périssent et si le navire est sauvé, la perte des marchandises constitue une avarie commune (art. 427).

948. *Dommages causés au navire ou à ses accessoires*. — Il y a avarie commune, lorsque le navire est sabordé ou que le pont est coupé pour en extraire des marchandises qu'on parvient ainsi à sauver (art. 426). Il en est de même quand on coupe les câbles ou cordages qui retiennent les mâts ou les mâts eux-mêmes, afin de redresser le navire ou de l'alléger (art. 400-3°), et l'avarie commune s'étend même aux dommages causés par la chute des mâts. Il y a également avarie commune dans le cas où le capitaine se décide à abandonner l'ancre et la chaîne qui le retient, afin de partir plus promptement et d'échapper ainsi à un danger (art. 400-4°).

949. *Dépenses extraordinaires*. — Il y a avarie commune : quand, un navire et la cargaison allant être capturés ou même étant capturés par des ennemis ou des pirates, le capitaine évite qu'ils soient pris ou se les fait restituer moyennant une somme payée à titre de rançon (art. 400-8°) ; quand le capitaine, ayant fait échouer son navire afin d'échapper à l'ennemi ou de ne pas être poussé violemment sur des rochers, fait des dépenses pour relever et renflouer le bâtiment (art. 400-8°). V. aussi, articles 263 et 400-6°, C. com.

950. *Dépenses occasionnées par des relâches*. — Il n'est pas toujours facile de déterminer si les dépenses se rattachant à une relâche du navire constituent des avaries particulières ou des avaries communes. Des distinctions doivent certainement être faites. Il va de soi d'abord que, lorsqu'il s'agit d'une relâche prévue, les dépenses de navigation y afférentes ne sont pas des avaries et doivent être supportées

par l'armateur ou par le chargeur selon qu'elles concernent le navire ou les marchandises (art. 406, C. com.); ce sont des dépenses ordinaires de navigation. Mais, en dehors de ce cas normal, des relâches imprévues ont souvent lieu dans le but de faire réparer le navire. Ces relâches occasionnent des dépenses extraordinaires. Ce sont notamment : 1° les frais d'entrée du port et ceux de sortie; 2° les frais de déchargement, de magasinage et de rechargement des marchandises qu'on n'a pu conserver à bord pendant la durée des réparations du navire. Il est certain que ces dépenses constituent des avaries communes lorsque les dommages subis par le navire ont ce caractère. Mais, que décider, lorsque les dommages subis par le navire sont des avaries *particulières* et que la relâche a lieu dans le but de permettre de les réparer, par exemple, quand les avaries du navire consistent dans une voie d'eau causée par la tempête? Il est incontestable que les dépenses dont il s'agit sont des avaries particulières, soit au navire, soit aux marchandises, quand l'état du navire ne mettait pas la cargaison en danger avec lui. Mais la difficulté est assez grande, lorsqu'à la suite d'une avarie particulière mettant le navire et la cargaison en danger, le capitaine s'est décidé à relâcher. On a soutenu notamment qu'alors, toutes les dépenses occasionnées par la relâche sont des avaries *particulières* à supporter par l'armateur. En ce sens, on a dit que les dépenses se rattachant à des avaries particulières doivent avoir le même caractère. On a aussi invoqué l'article 403-3°, d'après lequel *sont avaries particulières : 3° les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées par voie d'eau à réparer*. La jurisprudence reconnaît avec raison qu'en pareil cas, toutes les dépenses, à l'exception des frais mêmes de réparations, sont des avaries *communes*. En effet, ces dépenses ont été faites en vertu d'une résolution prise par le capitaine pour soustraire le navire et la cargaison à un danger commun. L'article 403-3°, al. 2, qu'on invoque en sens contraire, n'est pas décisif ; il peut être expliqué, en le référant au cas où les avaries particulières subies par le navire (voie d'eau, par exemple) ne sont pas assez graves pour mettre en péril le bâtiment et sa cargaison.

951. *Cas d'avaries communes non visés par le Code.* — En vertu des principes généraux, on doit admettre que les avaries sont communes dans un grand nombre de cas non prévus par le Code. Ainsi, l'on doit notamment classer parmi les avaries communes : la valeur des marchandises employées comme combustible en cas de manque de charbon pour achever le voyage ; les dépenses faites pour renflouer le navire échoué même par cas fortuit, si le navire et la cargaison sont en danger de perte ; le dommage causé en cas d'incendie à des marchandises non

atteintes par le feu à l'aide de l'eau jetée sur elles pour empêcher la propagation de l'incendie, etc.

952. RÈGLEMENT D'AVARIES ET CONTRIBUTION. — Lorsqu'il y a des avaries, il faut en déterminer la nature (*avaries particulières* ou *communes*), c'est ce qu'on appelle *classer les avaries*. Quand il existe des avaries communes, il y a lieu à *contribution*, c'est-à-dire que tous ceux qui ont profité du sacrifice volontaire doivent payer une partie du dommage ou de la dépense extraordinaire. La part de chaque contribuable n'est pas la même ; il faut faire la répartition. Pour fixer le montant et la nature des avaries et, s'il y a lieu, déterminer la part contributive de chacun, il est procédé à des opérations dont l'ensemble porte le nom de *règlement*. Comme les parties ne sont pas, en général, toutes présentes et n'ont pas les connaissances techniques nécessaires, il est, d'après le Code de commerce (art. 414), procédé à ce règlement au port de destination par des experts spéciaux appelés *dispacheurs*, qui sont désignés d'ordinaire pour chaque affaire par les tribunaux ou par les consuls.

Les règlements d'avaries commencent habituellement par un récit de tous les faits de la navigation, afin qu'on puisse bien comprendre pour quels motifs les avaries sont traitées par les experts comme particulières ou communes. Puis, quand il y a des avaries communes, le travail se divise en trois parties principales : *a*) La première comprend la *masse active*, ou *masse créancière*, c'est-à-dire le montant des sommes à payer en commun à raison des dommages soufferts ou des dépenses extraordinaires faites. *b*) La seconde contient la *masse passive*, appelée aussi *masse contribuable*, c'est-à-dire qu'elle indique les choses à raison desquelles la contribution est due et la valeur de chacune d'elles. *c*) Enfin, dans la troisième partie, en comparant ensemble la masse active et la masse passive, on fixe la proportion pour laquelle chaque intéressé doit contribuer.

Deux principes régissent la formation des deux masses :

1° Chacun de ceux dont la propriété a été sacrifiée ou qui ont fait une dépense pour le salut commun doit être placé dans la même situation pécuniaire que si le sacrifice avait porté sur une autre chose ou que si la dépense avait été faite par un autre intéressé.

2° L'armateur et chacun des chargeurs doivent contribuer au sacrifice ou à la dépense en proportion de l'avantage qu'ils en ont retiré. Aussi dit-on que le navire contribue pour telle somme, les marchandises pour telle autre, etc., quoique ce soit évidemment l'armateur et les chargeurs qui supportent la charge de la contribution.

953. *Masse active* ou *créancière*. — On y comprend, en général, les marchandises sacrifiées, les dommages subis par le navire, les dépen-

ses faites dans l'intérêt commun, les frais du règlement d'avaries ; l'addition de ces dommages et dépenses donne le total des avaries communes à répartir. Avant d'obtenir ce total, il faut estimer chacun des éléments de cette masse.

Les marchandises sacrifiées sont évaluées d'après le prix courant de marchandises semblables au lieu du déchargement (art. 415). C'est le prix que le propriétaire de ces marchandises aurait touché sans le sacrifice. Toutefois, ce prix n'est pas admis dans la masse active sans déduction ; car le sacrifice n'est pas égal à ce prix. Si les marchandises étaient arrivées à destination, on aurait dû payer des frais de débarquement et des droits de douane. Par suite du sacrifice, ces frais et ces droits ont été épargnés ; il y a lieu de les déduire du prix des marchandises au port de déchargement. Autrement, le propriétaire des marchandises sacrifiées recevrait, par voie de contribution, des sommes qu'il n'a pas déboursées. — Mais on ne déduit pas de la valeur des marchandises semblables aux marchandises sacrifiées, prises au port de destination, le montant du fret ; celui-ci étant dû entièrement même pour ces marchandises (art. 301, C. com.), le dommage subi par leur propriétaire comprend le fret. C'est en faisant allusion à la non-déduction du fret qu'on dit parfois : les marchandises sacrifiées sont comprises dans la masse active pour leur *valeur brute*.

Quand il s'agit d'un dommage causé au navire ou à ses accessoires, on comprend dans la masse active le chiffre des dépenses faites pour les réparations ou pour le remplacement des objets sacrifiés. Mais ce chiffre ne peut être admis que sous certaines déductions à faire, afin que le propriétaire du navire ne soit pas mis dans une situation meilleure que celle où il aurait été au port de destination, sans la mesure de salut commun. On doit déduire d'abord le prix pour lequel les objets sacrifiés (mât, voile, ancre, etc.) ou les débris remplacés (vieux cuivre, etc.) ont été vendus. On fait aussi *une déduction pour différence du neuf au vieux* ; le navire et ses accessoires se détériorant par l'usage, si le propriétaire du navire pouvait se faire rembourser intégralement, il recevrait une somme représentant la valeur des objets neufs, alors qu'il a été privé par le sacrifice d'objets vieux plus ou moins usés ayant perdu une partie de leur valeur et il réaliserait ainsi un bénéfice injuste au préjudice des autres contribuables qui en auraient payé le prix entier. Aussi déduit-on une somme représentant ce bénéfice. Dans l'usage, la déduction est le plus souvent du tiers ; elle ne se fait pas pour les objets tels que les ancres et les chaînes, dont l'usure est insensible.

954. *Masse passive* ou *contribuable*. — On y comprend, en principe, tout ce qui a profité du sacrifice volontaire ou de la dépense,

pourvu que le produit soit estimable en argent, et la contribution est, pour chaque intéressé, proportionnelle au profit réalisé par lui. Par suite, la contribution est due par les chargeurs dont les marchandises ont été sauvées, par le propriétaire du navire qui doit à l'avarie commune le salut de son bâtiment et la conservation de son fret, qu'il eût perdu en cas de perte des marchandises (art. 302). On doit même comprendre dans la masse passive les marchandises ou les accessoires du navire sacrifiés, de telle façon que le propriétaire du navire ou de ces marchandises est à la fois créancier et débiteur et fait confusion sur lui-même jusqu'à due concurrence. Si les objets sacrifiés n'étaient pas soumis à contribution, le sacrifice profiterait aux propriétaires des marchandises sacrifiées ; ils ne supporteraient aucune perte, à la différence des autres intéressés. Mais, par cela même que la contribution n'est due que pour ce qui est évaluable en argent, les personnes dont la vie a été sauvée grâce à l'avarie commune, n'ont pas à contribuer. La contribution était due, au contraire, par le propriétaire d'esclaves se trouvant à bord, parce qu'on les assimilait à des marchandises.

Il y a, pourtant, des choses qui, à titre exceptionnel, ne contribuent pas, quoiqu'elles aient profité du sacrifice ou de la dépense. Il n'est pas dû de contribution pour les munitions de guerre, de bouche, pour les hardes des gens de l'équipage, bien que la valeur de ces choses soit payée par contribution quand elles sont jetées (art 419). Un usage constant fait aussi exempter de la contribution les bagages des passagers.

955. *Évaluation des éléments de la masse passive.* — Les marchandises contribuent en proportion de leur valeur au lieu de déchargement (art. 401 et 418). Cette valeur représente l'avantage tiré du sacrifice en ce qui les concerne. Mais la valeur à raison de laquelle les marchandises figurent dans la masse passive et contribuent n'est pas leur valeur brute ; ce n'est pas elle, en effet, que le sacrifice a sauvée.

Il y a lieu de déduire du prix des marchandises au port de déchargement les sommes qu'en cas de perte, le propriétaire des marchandises n'aurait pas eu à débourser ; jusqu'à concurrence de ces sommes, le sacrifice n'a pas profité au propriétaire des marchandises, l'on doit donc déduire les frais de débarquement, les droits de douane et, en principe, le fret (1). Ainsi, la valeur des marchandises sacrifiées qui figurent dans les deux masses, ne s'estime pas de la même façon dans

(1) Le fret stipulé payable à tout événement ne doit pas, selon nous, être déduit. V., sur ce point, notre *Traité de Droit commercial*, VI, nº 958. La jurisprudence admet la déduction du fret, même quand le fret est payable à tout événement. V. la note de la page suivante.

l'une et dans l'autre ; car, dans la masse active, on ne déduit pas le fret de leur prix au port de déchargement (n° 953) — Pour indiquer que, dans la masse passive ou contribuable, le fret se déduit de la valeur des marchandises, on dit souvent qu'elles sont comprises dans cette masse pour leur *valeur nette*.

Le propriétaire du navire doit à l'avarie commune la conservation de son bâtiment et de son fret. Dans quelle proportion contribue-t-il ? Aucune législation ne peut admettre que le propriétaire du navire contribue en proportion de la valeur de son navire au port de départ et de l'entier montant du fret (ou *fret brut*) ; car le navire sauvé par l'avarie commune était déjà usé par la navigation et le fret a à supporter des dépenses, telles que les loyers des gens de mer, qui auraient été épargnées en cas de perte du navire et de la cargaison. Dans la rigueur des principes, le propriétaire du navire devrait contribuer en proportion de la valeur du navire au port de déchargement et du fret net, c'est-à-dire du montant du fret sous la déduction des sommes que la perte du navire et de sa cargaison aurait fait épargner au propriétaire du bâtiment. Le Code de commerce (art. 401 et 417) admet que le propriétaire du navire contribue à raison de la moitié de la valeur du navire au port de reste et de la moitié du fret (1). Il y a là une faveur excessive faite aux armateurs ; c'est pour la valeur entière du navire au port de reste que l'armateur devrait contribuer, et les dépenses afférentes au fret n'en atteignent pas ordinairement la moitié.

956. Après l'établissement des deux masses, active et passive, le règlement d'avaries fixe la part contributive de chaque intéressé à l'aide d'une règle de proportion. Ainsi, le montant de la masse active à répartir étant de 20.000 fr. et la masse contribuable ayant une valeur de 200.000 fr , chaque élément de cette dernière masse contribue pour 10 0/0 de sa valeur.

957. Les règles concernant les avaries communes et la contribution ne sont pas d'ordre public. L'article 398, C. com., y autorise des dérogations. Les intéressés peuvent donc convenir que, pour être considérées comme avaries communes, les avaries doivent avoir d'autres caractères que ceux qu'indique la loi, que les règles légales sur la

(1) La jurisprudence admet que le propriétaire du navire doit contribuer en proportion de la moitié de la valeur du navire prise au port de déchargement et de la moitié du fret, même quand le fret est stipulé payable à tout événement. Selon nous, les principes doivent conduire à admettre que le propriétaire du navire contribue en proportion de la moitié de la valeur du navire et non de la moitié du fret quand le fret est stipulé payable à tout événement. V. note de la page 706. V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, n° 958.

part contributive de chacun seront modifiées, etc. Il serait même loisible de stipuler que toutes les avaries seront traitées comme particulières.

La diversité des lois sur les caractères des avaries communes et sur les contributions donne lieu à de graves conflits de lois. C'est pour les éviter qu'ont été établis les règles d'York, d'Anvers (1876) et de Liverpool (1890), recommandées à l'adoption des intéressés par l'*International law association* (ancienne association pour *les progrès et la codification* du Droit des gens) et adoptées, en fait, très souvent par eux dans les connaissements ou les chartes-parties (1).

B. — *Des avaries particulières.*

958. Aux *avaries grosses* ou *communes* on oppose les *avaries simples* ou *particulières :* celles-ci sont supportées par le propriétaire de la chose (navire ou marchandises) qui a subi le dommage ou occasionné la dépense extraordinaire (art. 404), par application de la règle *res perit domino*. Les avaries particulières sont celles qui proviennent, soit d'un cas fortuit, soit de la faute de l'homme, soit du vice propre, c'est-à-dire d'un vice inhérent au navire (mauvaise qualité des matériaux). ou d'un principe de détérioration inhérent aux marchandises (coulage des liquides, échauffement des grains, etc.). Le Code (art. 403) fait une énumération des avaries particulières. Cette énumération, qui n'a rien de limitatif, se termine par la formule générale suivante : *Sont avaries particulières... et, en général, les dépenses faites et le dommage souffert pour le navire seul ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement.*

959. Parmi les avaries particulières, il faut ranger les dommages causés par des abordages. Des règles spéciales s'appliquent aux abordages et il est nécessaire de les exposer à part : parfois les dommages en provenant ne sont traités, à proprement parler, au point de vue des personnes qui ont à les supporter, ni comme avaries communes, ni comme avaries particulières.

Section II. — **Des avaries provenant d'abordages** (2).

960. Le mot *abordage* a des sens variés. On désigne parfois sous ce nom, soit le fait par un navire de se jeter pendant un combat sur un

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, V, nos 873, 966 et 983. Consulter Adrien Bousquet, *Commentaire pratique des règles d'York et d'Anvers* (1906).

(2) C. com., art. 407 et 436. Consulter Autran, *Code international de l'abordage, de l'assistance et du sauvetage maritime* (1902).

autre pour le faire couler, soit le fait par deux navires de se heurter l'un contre l'autre. C'est dans ce second sens que ce mot est pris ici. Par suite, les règles qui vont être posées ne sont pas faites pour les cas où un navire heurte une jetée ou le ponton d'un bâtiment à vapeur; ces hypothèses, n'étant pas spécialement prévues par nos lois, sont régies par les principes du droit commun. L'abordage des navires n'est même régi par les dispositions spéciales du Code de commerce que lorsqu'il a lieu en mer. En cas d'abordage survenu dans les eaux intérieures, on applique les règles du droit commun.

Les abordages donnent lieu à des questions de droit multiples. Les principales sont les suivantes : A. Qui doit supporter le dommage causé? B. Quelles formalités doivent remplir les intéressés pour conserver leur droit à indemnité et dans quel délai ce droit doit-il être exercé? C. Quel est le tribunal compétent pour connaître des actions en dommages-intérêts? Ces trois questions sont tranchées, au moins en partie, par le Code de commerce ; mais il est muet sur les graves conflits de lois qui s'élèvent quand les navires entre lesquels l'abordage a eu lieu ne sont pas de même nationalité (1).

961. QUI SUPPORTE LES DOMMAGES CAUSÉS PAR UN ABORDAGE? — Ces dommages peuvent être causés à des navires, à des marchandises ou à des personnes (passagers ou gens de l'équipage tués ou blessés) ; le Code ne s'est occupé que des dommages subis par les navires. Il distingue l'abordage *fortuit*, l'abordage *fautif* et l'abordage *mixte* ou *douteux*. L'abordage *fortuit* est celui qui arrive, bien que toutes les précautions nécessaires pour l'éviter aient été prises. L'abordage *fautif* est celui qui est causé par la faute d'un capitaine. Conformément au droit commun, c'est aux intéressés qui allèguent l'existence d'une faute à la prouver. A proprement parler, un abordage ne peut qu'être fortuit ou provenir de la faute, soit des capitaines, soit de l'un d'eux. Mais il arrive souvent que les juges ne parviennent pas à déterminer avec certitude la cause réelle de l'abordage ; le Code de commerce traite alors l'abordage

(1) Ces conflits de lois ne seront pas examinés dans cet ouvrage. Ils le sont dans notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 1045 et suiv.

Il est question depuis quelques années de conclure une convention internationale qui ferait disparaître les principaux conflits de lois en matière d'abordages maritimes en posant des règles uniformes pour les Etats contractants. Un projet de convention a été arrêté par les représentants de 22 Etats à Bruxelles en octobre 1905 et soumis à l'approbation de ces Etats. Des Etats maritimes importants et nombreux sont disposés à y adhérer. Mais, jusqu'ici, (octobre 1909), la Grande-Bretagne n'est pas parmi eux, et, sans elle, il paraît, à raison du développement considérable de sa marine marchande, impossible de conclure une convention touchant aux matières maritimes qui procure des avantages vraiment sérieux.

d'une façon spéciale ; c'est ce qu'on appelle l'*abordage mixte* ou *douteux*.

962. *Abordage fortuit et abordage fautif.* — Pour ces deux sortes d'abordage, le Code de commerce se borne à consacrer les règles du droit commun. Dans le cas d'abordage fortuit, chacun des propriétaires de navire supporte, sans aucun droit de répétition, le dommage subi par son bâtiment (art. 407, 1er al.). En cas d'abordage causé par la faute d'un capitaine, le dommage est payé par celui qui l'a occasionné et il y a lieu à la responsabilité civile du propriétaire du navire dont le capitaine a commis la faute (art. 407, 2e al.).

963. *Abordage mixte.* — D'après les principes généraux, un abordage devrait être considéré comme fortuit, par cela seul qu'une faute n'est prouvée à la charge d'aucun capitaine et, par suite, chaque navire devrait supporter le dommage qui lui a été causé. Le Code (art. 407, 3e al.) en décide autrement, en disposant que, *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.* On fait donc une masse des dommages qui doivent être supportés en commun et on fait ensuite la répartition par moitié, sans tenir compte de la valeur des navires. Dans cette masse, on comprend les dommages subis par les navires, mais non ceux éprouvés par les marchandises. — La disposition relative à l'abordage douteux ne peut se justifier par aucune bonne raison et devrait disparaître de nos lois.

964. *Cas où il y a faute commune des deux capitaines.* — L'art. 407, C. com., suppose, à propos de l'abordage fautif, qu'il y a faute de l'un seul des capitaines des navires entre lesquels a lieu l'abordage. Il arrive souvent qu'il y a faute des capitaines des deux navires entrés en collision : il est alors naturel de répartir le dommage en proportion de la gravité de la faute de chacun ou par moitié, si l'on ne peut parvenir à déterminer le degré de faute de chacun.

964 *bis.* Les propriétaires des marchandises avariées, les personnes blessées ou leurs héritiers n'ont, d'après les principes du droit commun, d'action contre aucun des capitaines ou des propriétaires des navires, quand il y a abordage fortuit. Au contraire, en cas d'abordage causé par la faute d'un capitaine, ils peuvent agir, pour se faire indemniser, contre le capitaine et contre le propriétaire du navire responsable de ses fautes.

En cas de faute commune, chaque capitaine est tenu envers les tiers lésés dans la mesure où il a, par sa faute, causé le dommage. Comme cette mesure est presque toujours impossible à déterminer, les tiers lésés peuvent considérer chaque capitaine (ou propriétaire de navire) comme auteur du dommage pour le tout. Ils sont ainsi tenus *in solidum*,

sauf répartition entre eux en proportion de la gravité de la faute de chacun (1). Il n'y a là qu'une application de la règle admise dans le cas où plusieurs personnes, par une faute commune, causent un dommage à autrui.

964 *ter*. Pour rendre les abordages maritimes moins fréquents et couper court à de graves abus, une loi du 10 mars 1891 sur *les accidents et collisions en mer* a pris différentes mesures :

1° Elle punit (art. 1) tout capitaine ou officier qui se rend coupable d'une infraction aux règles prescrites sur les feux à allumer la nuit et les signaux à faire en temps de brume et cela, même en l'absence de tout dommage causé par cette infraction. Elle édicte aussi des peines plus sévères contre cette infraction ou contre toute autre infraction aux règles prescrites sur la route à suivre ou les manœuvres à exécuter en cas de rencontre d'un bâtiment, quand il y a abordage, et elle gradue les peines selon la gravité des conséquences de l'abordage (art. 2 et 3).

2° On a constaté que, très souvent après un abordage, pour échapper aux actions en responsabilité, un capitaine se hâte de s'éloigner sans porter secours à un autre bâtiment, à son équipage et à ses passagers ; il ne fait pas parfois connaître le nom de son navire et du port d'attache, alors que ces indications seraient indispensables pour rendre possible l'exercice des actions en responsabilité.

La loi du 10 mars 1891 oblige, après un abordage, le capitaine de chacun des navires, autant qu'il peut le faire sans danger pour son navire, son équipage et ses passagers, à employer tous les moyens dont il dispose pour sauver l'autre bâtiment, son équipage et ses passagers, du danger créé par l'abordage. Hors le cas de force majeure, il ne doit pas s'éloigner du lieu du sinistre avant de s'être assuré qu'une plus longue assistance leur est inutile et, si ce bâtiment a sombré, avant d'avoir fait tous ses efforts pour recueillir les naufragés. Des peines sont prononcées contre le capitaine qui manque à ses obligations (art. 4). Il y a là un cas spécial d'assistance obligatoire, alors qu'en droit, même en mer, l'assistance est, en principe, facultative.

La loi nouvelle prescrit aussi, en cas d'abordage, sous les peines qu'elle édicte, à chaque capitaine, s'il le peut sans danger pour son navire, son équipage et ses passagers, de faire connaître au capitaine de l'autre bâtiment le nom de son propre navire et des ports d'attache, de départ et de destination de celui-ci (art. 5) (2).

965. *Prescription admise en matière d'abordage*. — Les abordages

(1) Cass., 11 juillet 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 505 ; *Pand. fr.*, 1893. 1. 432.

(2) Cpr. L. 17 juillet 1908 pour le cas d'accidents causés par des automobiles.

font naître des actions en dommages-intérêts. Ces actions sont soumises par l'article 436, C. com., à une prescription abrégée.

Sur ce point le Code de commerce a été modifié par une loi du 25 mars 1891

Les avaries résultant des événements de mer peuvent se renouveler souvent; par suite, si, après un abordage, ceux qui se prétendent lésés n'agissent pas sans retard, on pourrait ne pas arriver à déterminer avec certitude si les avaries sont dues à l'abordage ou à une cause postérieure.

Le législateur, pour éviter cela, voulait que les actions résultant de l'abordage fûssent exercées promptement. Pour qu'elles fûssent conservées, il fallait : 1° qu'une réclamation fût faite dans les 24 heures ; 2° qu'elle fût suivie dans le mois d'une demande en justice. Le délai de 24 heures ne courait que du moment où le capitaine avait pu agir, par exemple, en cas d'abordage en mer, du moment où le navire abordé était parvenu dans un port.

Cette fin de non-recevoir était très rigoureuse. Les délais étaient très courts et la négligence du capitaine compromettait les droits même des propriétaires de marchandises qui, pourtant, ne le choisissent pas. Aussi le nouvel article 436, C. com., écarte la fin de non-recevoir et se borne à admettre une prescription annale, en disposant que *toutes actions en indemnité pour dommage provenant d'abordage sont non recevables, si elles n'ont été intentées dans le délai d'un an à compter du jour de l'abordage*.

965 *bis*. *Compétence*. — Des difficultés s'élevaient sur le point de savoir quels tribunaux sont compétents, *ratione personæ* (1), pour connaître des actions en dommages-intérêts pour abordage. Dans le silence de la loi, il semble qu'on devait reconnaître la compétence exclusive du tribunal du domicile du défendeur, conformément à la règle générale de l'article 59, C. proc. civ. (*actor sequitur forum rei*). Cette solution, exacte en droit, pouvait avoir de graves inconvénients pratiques, en ce qu'elle obligeait à porter ces actions devant un tribunal éloigné du lieu de l'abordage et mal placé pour être renseigné sur sa cause. Aussi la loi du 14 décembre 1897 donne-t-elle au demandeur une certaine option

D'après cette loi, dont les dispositions sont insérées dans l'article 407, C. com., en cas d'abordage, le demandeur peut, à son choix, assigner devant le tribunal du domicile du défendeur ou devant celui du port français dans lequel, en premier lieu, soit l'un soit l'autre des deux navires

(1) V., sur les questions de compétence *ratione materiæ* relatives aux abordages maritimes, notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 1034 et suiv.

s'est réfugié (1). En outre, *quand l'abordage est survenu dans la limite des eaux soumises à la juridiction française*, l'assignation peut être donnée devant un troisième tribunal, celui dans le ressort duquel la collision s'est produite.

(1) Le tribunal français du premier port de refuge est-il compétent même quand il s'agit d'étrangers ? V., pour la négative, Cass. civ., 5 juin 1905, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 305 ; *Pand. fr.*, 1906. 1. 23. V., au contraire, en faveur de la compétence du tribunal français, note de Ch. Lyon-Caen sous cet arrêt.

CHAPITRE VI.

ASSURANCES MARITIMES (1).

---

966. L'assurance maritime est un contrat de la plus haute importance. Sans elle, le commerce de mer n'aurait pas reçu ses immenses développements ; beaucoup de personnes hésiteraient à exposer leurs capitaux en faisant le commerce des armements ou en faisant transporter leurs marchandises par mer, si elles n'avaient un moyen de se mettre à l'abri des dommages pécuniaires que les risques de mer peuvent leur causer.

Le contrat d'assurance maritime est une variété du contrat d'assurance. A un point de vue très général, on peut définir l'assurance : le contrat par lequel une personne (*l'assureur*) s'engage, moyennant une rémunération (*prime* ou *cotisation*), à indemniser une autre personne (*l'assuré*) du préjudice que celle-ci pourra éprouver par suite de la réalisation de certains risques. Les risques contre lesquels l'assuré est garanti peuvent être d'une grande variété (incendie d'une maison, grêle, etc.) ; quand l'assurance a pour objet des risques de mer, c'est une *assurance maritime*. Cette assurance, la seule dont nos lois se sont occupées (2), est de beaucoup la plus anciennement connue ; les autres assurances, devenues très fréquentes, étaient peu pratiquées encore lors de la confection du Code de commerce.

967. L'assurance n'est pas seulement avantageuse pour l'assuré ; elle l'est aussi pour l'assureur, qui réalise des bénéfices lorsque le montant

(1) C. com., art. 332 à 397.

(2) Un projet de loi sur les assurances *non maritimes* (assurances contre l'incendie, sur la vie, etc...), préparé par une commission extra-parlementaire dont l'un des auteurs de cet ouvrage a été le rapporteur, a été déposé à la Chambre des députés une première fois le 12 juillet 1904, une seconde fois (après le renouvellement de la Chambre), le 14 juin 1906. Le rapport de M. Chastenet sur ce projet de loi a été déposé une première fois le 3 mars 1906 et une seconde fois le 13 février 1907.

des primes qu'il touche des assurés excède le montant des sommes qu'il a à payer à titre d'indemnité (1). Mais, pour avoir chance de réaliser des bénéfices comme assureur, il faut assurer de nombreux navires ou une grande quantité de marchandises ; par suite de circonstances exceptionnelles, le nombre des sinistres peut être tel que les primes touchées par l'assureur ne suffisent pas pour indemniser les assurés. Il faut donc que les assureurs, pour inspirer confiance, aient d'importants capitaux ; c'est pour cela, qu'en général, le commerce des assurances est fait par des sociétés par actions plutôt que par des particuliers.

968. On distingue les compagnies d'*assurances à primes* et les compagnies d'*assurances mutuelles*. Les compagnies d'assurances à primes sont des sociétés anonymes qui se chargent des risques des assurés moyennant une prime fixe (2). Les compagnies d'assurances mutuelles ne sont pas des sociétés proprement dites ; elles ont pour but non de réaliser des bénéfices, mais de supprimer ou de réduire les pertes pécuniaires qu'éprouvent leurs membres en cas de réalisation des risques prévus (3). Elles consistent dans l'association d'un certain nombre de personnes, qui s'engagent les unes envers les autres à supporter en commun les risques dont chacune est menacée. Afin d'avoir droit à cette garantie réciproque, chaque mutuelliste paye une cotisation qui sert notamment à payer les dommages soufferts, et qui, le plus souvent, varie avec l'importance des sinistres durant une certaine période de temps, pendant une année, par exemple. Dans les assurances à primes, les qualités d'assureur et d'assuré sont parfaitement distinctes, tandis que, dans les assurances mutuelles, chaque mutuelliste est à la fois assureur et assuré. Les assurances maritimes mutuelles sont très peu nombreuses. La raison en est que, pour que la mutualité soit équitable, il faut que les mutuellistes courent des risques égaux ; or, en France, la marine marchande n'est pas assez développée pour qu'il y ait un grand nombre de personnes ayant des navires ou des marchandises exposés aux mêmes risques.

Au reste, que l'assurance soit à prime ou mutuelle, ses effets sont

(1) Nous visons les assurances à primes qui sont de beaucoup les plus nombreuses. V. n° 968.

(2) Les sociétés d'assurances maritimes à primes sont, au point de vue des conditions de leur constitution et de leur fonctionnement, régies par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés et par le Décret du 22 janvier 1868 (tit. I) (n° 228).

(3) Les compagnies d'assurances mutuelles maritimes sont régies par l'article 66, 2e alin., de la loi du 24 juillet 1867 et par le Décret du 22 janvier 1868 (tit. II).

toujours les mêmes. Pour plus de simplicité, il sera toujours supposé par la suite que l'assurance est à prime.

969. Les assurances maritimes sont relatives à des choses assez variées exposées à des risques de mer (nos 974 et suiv.), mais les plus nombreuses de ces assurances concernent les navires et les marchandises. On appelle *assurances sur corps* les assurances de navires, et *assurances sur facultés* les assurances de marchandises.

970. La plupart des dispositions légales concernant les assurances maritimes ne sont ni prohibitives ni impératives, mais interprétatives, de telle façon que les intéressés peuvent y déroger. Aussi, pour bien connaître cette matière, ne suffit-il pas d'étudier les textes du Code de commerce, il faut encore s'occuper des *polices d'assurances maritimes* (écrits constatant les clauses de ces contrats) et rechercher dans quelle mesure elles dérogent aux dispositions légales : quelques-unes des dispositions de la loi sont, en fait, sans application, par cela même que les intéressés y dérogent toujours ou presque toujours. Malheureusement, il n'y a pas une police unique en usage en France. Cependant, durant les quarante dernières années, on est parvenu à réduire de beaucoup le nombre des polices sur corps ou sur facultés en usage et à établir une certaine unité. Il y a une police d'assurances sur corps admise par les assureurs de Paris, de Marseille, de Nantes et de Bordeaux depuis 1865, et une police d'assurances sur facultés pour les risques de long cours, admise depuis 1873 à Paris et à Bordeaux : ces deux polices sont appelées les *polices françaises d'assurances maritimes* et tendent à être adoptées sur toutes les places. Du reste, par cela même que toutes les grandes compagnies d'assurances maritimes françaises ont leur siège à Paris, les polices usitées à Paris ont une importance capitale.

971. *Division.* — L'étude de la matière des assurances maritimes sera divisée en trois sections : Section I. *Principes généraux. Des risques, des choses assurées, de la prime. Formes du contrat.* — Section II. *Des obligations de l'assureur. De l'action d'avaries et du délaissement.* — Section III. *Des obligations de l'assuré et du privilège garantissant la créance de la prime.*

Section première. — Principes généraux. — Nature du contrat. — Des risques. — Des choses assurées. — De la prime. — Formes du contrat.

972. Le contrat d'assurance est un contrat synallagmatique parfait et aléatoire (art. 1964, C. civ.). Comme tous les contrats se ratta-

chant au commerce de mer, il constitue un acte de commerce (art. 633) (n° 36).

Dans toute assurance maritime, il y a trois choses essentielles : 1° des risques de mer courus par la chose de l'assuré et dont l'assureur se charge ; 2° une chose assurée qui est exposée à ces risques ; 3° une rémunération appelée *prime* (ou coût de l'assurance) que l'assuré s'oblige à payer à l'assureur (1). En d'autres termes, l'assureur s'engage à supporter, moyennant une prime, les risques courus par la chose assurée. Il est indispensable de s'arrêter sur chacun de ces trois éléments de l'assurance maritime.

973. *Des risques.* — Il ne peut y avoir contrat d'assurance sans que le bien de l'assuré auquel ce contrat s'applique soit exposé aux risques de mer. Si une personne s'obligeait envers une autre à lui payer une somme d'argent pour le cas où un accident de mer se produirait, alors que celle-ci n'avait aucun bien exposé à des risques maritimes, ce serait un pari ou une gageure pour laquelle toute action en justice serait refusée (art. 1965, C. civ.). La réalisation du risque ne faisant pas éprouver de préjudice au prétendu assuré, il réaliserait un bénéfice s'il pouvait exiger la somme qui lui a été promise. L'idée, selon laquelle il n'y a pas d'assurance valable sans risque couru par l'assuré, s'exprime souvent par les formules suivantes : *le contrat d'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité ; — le contrat d'assurance n'est pas un moyen d'acquérir, mais un moyen de conserver*. De cette idée fondamentale la loi a tiré, sans la formuler, des conséquences pratiques importantes :

a) Le contrat s'évanouit, si, au moment où il intervient, les choses assurées ne sont pas encore exposées aux risques de mer et n'y sont pas exposées dans la suite : c'est ce qui se produit quand le navire assuré ne fait pas le voyage projeté ou quand les marchandises assurées ne sont pas transportées par mer. V. article 349, C. com.

b) On ne peut faire assurer une chose pour une somme supérieure à sa valeur. Autrement, pour l'excédent, le contrat ne serait pas un contrat d'indemnité, l'assuré réaliserait en cas de perte un bénéfice, ce qui lui donnerait intérêt à la perte et serait dangereux. Dans l'usage, la difficulté d'évaluation des navires et des marchandises et la nécessité pour les compagnies d'assurance de ménager leurs clients qui ont exagéré la valeur de la chose assurée, font que cette règle n'est pas observée d'une façon rigoureuse.

Il est, pourtant, possible qu'en fait, l'assurance soit faite pour une

(1) C'est à la prime que correspond la *cotisation* dans les assurances mutuelles.

somme dépassant la valeur de la chose assurée. Qu'arrive-t-il alors ? Le Code distingue selon qu'il y a eu mauvaise foi de l'assuré ou simple erreur de sa part.

En cas de fraude, l'assurance est nulle ; l'assureur seul peut se prévaloir de cette nullité et a droit alors à une indemnité d'un demi pour cent de la somme assurée (art. 357 à 358, dern. al.). Dans le cas où, au contraire, il n'y a pas fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur réelle de la chose assurée et, pour l'excédent, il y a *ristourne* (nullité). La nullité peut être demandée par l'assuré comme par l'assureur, celui-ci reçoit la prime correspondant à la valeur du contrat qui subsiste et, pour l'excédent, une indemnité de un demi pour cent (art. 358).

c) Une personne ne peut pas faire assurer plusieurs fois la même chose contre les mêmes risques, de façon à ce qu'au total les assurances dépassent l'entière valeur des choses assurées. Il va de soi qu'au contraire, on peut contracter pour une même chose un nombre illimité d'assurances pour des risques différents. Ainsi, une personne peut faire assurer son navire pour son entière valeur contre les risques de mer et le faire encore valablement ensuite assurer pour cette même valeur contre les risques de guerre.

Qu'arrive-t-il lorsque le montant de diverses assurances réunies excède la valeur de la chose assurée (on dit parfois, dans ce cas, qu'il y a *double assurance*) ? Une distinction doit encore être faite ici selon qu'il y a eu ou non mauvaise foi de l'assuré.

L'article 359, C. com., prévoit le cas où il n'y a pas de mauvaise foi. Alors, si la première assurance en date couvre l'entière valeur de la chose assurée, elle subsiste seule ; les assureurs qui ont signé les contrats subséquents, sont libérés et ne reçoivent que le demi pour cent de la somme assurée. Si l'entière valeur de la chose n'est pas assurée par le premier contrat, les assureurs qui ont signé les contrats subséquents, répondent de l'excédent, en suivant l'ordre des dates. Afin de faciliter l'application de l'article 359, qui consacre la règle de l'ordre des dates, le Code de commerce (art. 332) prescrit de dater les polices d'assurances et même d'indiquer si elles ont été souscrites avant ou après midi.

S'il y a fraude, toutes les assurances, même les premières en date, peuvent être annulées sur la demande des assureurs.

d) L'assurance est nulle, en principe, quand la chose assurée avait déjà péri ou, au contraire, était déjà arrivée à bon port, lors de la conclusion du contrat d'assurance (art. 365 et 366, C. com.).

974. *De la chose assurée.* — Le second élément essentiel de toute

assurance maritime est une chose assurée, qui est exposée aux risques de mer dont l'assureur répond. Le Code de commerce (art. 334) admettait bien en règle que l'assurance *peut avoir pour objet .. toutes choses ou valeurs à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation*. Mais à cette règle il apportait de nombreuses exceptions, en énumérant, dans l'article 347, certaines choses exposées aux risques de mer qui ne pouvaient pas être assurées ; ces exceptions ont été supprimées par la loi du 12 août 1885. Voici, à un point de vue général, le changement qui résulte de cette loi dont les dispositions modifient les articles 334 et 335, C. com.

Le Code de commerce ne s'était pas borné à prohiber toute assurance ayant pour résultat de faire réaliser un bénéfice à l'assuré, c'est-à-dire de le placer, en cas de sinistre, dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée. Toutes les personnes, ayant des intérêts exposés aux risques de mer, se proposent, non seulement de ne pas éprouver de pertes en retirant leurs choses intactes de l'expédition maritime, mais encore de réaliser un bénéfice: En cas de sinistre, ces personnes éprouvent une perte proprement dite (*damnum emergens*) et sont en même temps privées du bénéfice sur lequel elles comptaient (*lucrum cessans*). Le Code de commerce, comme l'Ordonnance de 1681, avait consacré un système d'après lequel l'assurance maritime pouvait garantir contre les pertes, mais non contre les privations de gain. En d'autres termes, l'assurance maritime, d'après le Code, pouvait bien placer, en cas de sinistre, l'assuré dans la situation pécuniaire où il se trouvait avant le départ, mais non dans celle où il eût été en cas d'heureuse arrivée. La loi du 12 août 1885 a renversé ce système restrictif et permis les assurances grâce auxquelles l'assuré est, en cas de sinistre, mis dans la situation où il eût été après l'heureuse arrivée.

Afin de déterminer quelles choses peuvent ou non être assurées et d'expliquer les innovations de la loi du 12 août 1885, il sera parlé successivement des différentes personnes ayant des choses exposées aux risques maritimes et, à propos de chacune de ces personnes, on indiquera les choses qu'elle peut ou non faire assurer.

975. *Assurances des propriétaires de navires*. — Le propriétaire d'un navire risque de perdre son bâtiment avec ses accessoires, ses *mises dehors*, c'est-à-dire toutes les dépenses nécessitées par l'expédition (achat de vivres, de munitions, loyers de gens de mer, etc.). En outre, il risque d'être privé entièrement du bénéfice sur lequel il compte. Ce bénéfice consiste dans l'excédent du fret sur les dépenses de navigation et la somme représentée par l'usure du navire (*fret net*, par opposition au *fret brut* qui est le fret même stipulé sans aucune déduction). En effet, en cas d'heureuse arrivée, le propriétaire d'un

navire a un bâtiment que la navigation a usé dans une certaine mesure et qui a, par suite, diminué de valeur, puis il a supporté des dépenses ou mises dehors. Il compense l'usure du navire et ses dépenses avec une partie du fret : l'excédent, qui est le *fret net*, forme pour lui un bénéfice. En cas de perte du navire et des marchandises, il perd le navire, dans son état d'usure, avec ses accessoires et les mises dehors ; il est, en outre, privé du fret net sur lequel il comptait à titre de gain. Un exemple rendra ces idées plus claires. Supposons :

a) Un navire ayant au départ une valeur de 200.000 francs ;

b) Des mises dehors s'élevant à 5.000 francs ;

c) Un fret de 20.000 francs ;

d) L'usure du navire équivalant à 1.000 francs.

Si le navire arrive à bon port, quelle sera la situation du propriétaire ? Il aura conservé un navire dont la valeur est de 200.000 fr. Le fret de 20.000 fr. lui servira à compenser l'usure du navire et à payer les dépenses montant à 5.000 fr., de telle sorte que le fret net formant son gain sera de 14.000 fr. Mais, si le navire et les marchandises viennent à périr, le propriétaire perdra son bâtiment dans l'état où il serait arrivé à destination, soit 200.000 fr. ; il perdra, en outre, les 5.000 fr. de dépenses qui ne pourront pas être couvertes avec le fret, par cela même que le fret n'est pas dû (art. 302) ; enfin, il sera privé du bénéfice consistant dans le fret net de 14.000 francs.

Pour que le propriétaire soit couvert entièrement par l'assurance, il faut qu'il puisse faire assurer, outre le navire d'après sa valeur à destination et les mises dehors, le fret net. Le Code de commerce admettait bien l'assurance du navire d'après sa valeur au départ et celle des mises dehors, mais non celle du fret-à faire (c'est-à-dire à gagner). Le propriétaire d'un navire ne pouvait donc pas se mettre à l'abri de la privation du gain résultant de ce qu'il n'avait pas, en tout ou en partie, droit au fret par suite de la réalisation de risques de mer. Dans l'espèce supposée, le propriétaire du bâtiment pouvait faire assurer le navire pour 200.000 fr., les mises dehors pour 5.000 fr., mais l'assurance du fret net (de 14.000 fr.) était défendue. La loi du 12 août 1885 permet au propriétaire d'un navire de faire assurer : 1° le navire d'après sa valeur à destination ; 2° ses dépenses ; 3° *le fret net*. — Il est certain que le propriétaire du navire peut aussi, s'il le préfère, faire assurer le navire et le fret *brut*. Cela revient au même que s'il faisait assurer le fret net et les mises dehors, puisque le fret brut est égal au fret net et aux mises dehors.

Mais il faut toujours tenir compte, même depuis la loi du 12 août 1885, du principe selon lequel l'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité : en conséquence, le propriétaire d'un navire ne pourrait pas faire

assurer ses dépenses (5.000 fr.) et le fret brut (20.000 fr). Avec de pareilles assurances, il serait placé, en cas de sinistre, dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée, puisqu'il recevrait de l'assureur le fret tout entier et ne supporterait pas sur ce fret les dépenses qu'il toucherait grâce à une assurance, de telle sorte que les dépenses se trouveraient deux fois assurées, s'il était contrevenu à cette règle ; on dit alors qu'il y aurait des assurances *cumulatives*. Ces assurances seraient nulles en cas de fraude de l'assuré ; elles seraient diminuées de la somme deux fois assurée, s'il n'y avait pas fraude, ou l'assurance la plus récente serait réduite, s'il y avait deux ou plusieurs assurances successives (art. 334, dernier alinéa).

976. *Assurances en faveur des propriétaires de marchandises.* — Les chargeurs de marchandises ont ordinairement en vue un bénéfice ; ils comptent que le prix de vente de ces marchandises au port de destination suffira, non seulement à leur rembourser le coût de production ou le prix d'achat, mais encore les frais de transport et les dépenses accessoires (fret, droits de douane, droits d'octroi, etc.), et que, de plus, il y aura un excédent qui formera leur bénéfice. Ce bénéfice n'est pas certain ; car il peut se faire qu'au port de reste, les marchandises se vendent pour un prix égal ou même inférieur aux sommes déboursées pour les acheter et les faire transporter, aussi dit-on qu'il y a *bénéfice espéré*. En cas de perte des marchandises, un chargeur perd tous ses déboursés (prix d'achat, fret non restituable, etc.), et, de plus, il est privé du bénéfice sur lequel il comptait. Le Code de commerce, comme l'Ordonnance de 1681, permettait l'assurance des divers déboursés faits par l'assuré, mais non celle du profit espéré. La prohibition de l'assurance du profit espéré a été supprimée par la loi du 12 août 1885 (C. com., art. 344). Cette assurance se réalise aisément par cela même que les marchandises sont assurées d'après la valeur qu'elles auront au port de destination. Mais il va de soi que le propriétaire de marchandises ne pourrait pas à la fois les faire assurer d'après leur valeur au port de destination et faire assurer les dépenses afférentes au transport ; il y aurait là un double emploi, par cela même que ces dépenses se trouvent comprises dans le prix des marchandises au port de destination.

977. *Prêteur à la grosse.* — Le prêt à la grosse est un contrat par lequel le prêteur convient avec l'emprunteur, qu'en cas d'heureuse arrivée d'un navire ou d'une cargaison, la somme prêtée sera remboursée avec un intérêt appelé *profit maritime* ou *prime de grosse*, mais qu'en cas de perte du navire ou de la cargaison, il n'y aura pas lieu au remboursement même du capital prêté (nos 1013 et suiv.). Il résulte de là que le prêteur à la grosse est exposé, en cas de sinistre,

à perdre le capital prêté et à ne pas réaliser le bénéfice consistant dans le profit maritime qu'il fait en cas d'heureuse arrivée. Le Code de commerce permettait bien au prêteur à la grosse de faire assurer le capital prêté, mais prohibait l'assurance du profit maritime. L'article 334, modifié par la loi du 12 août 1885, autorise cette dernière assurance.

978. *Emprunteur à la grosse.* — Il va de soi que l'emprunteur à la grosse ne peut pas faire assurer la somme empruntée par lui. Cette prohibition a été maintenue avec raison par la loi du 12 août 1885 dans l'article 347, C. com. ; elle est conforme aux principes généraux. Par cela même qu'en cas de sinistre, l'emprunteur à la grosse n'a rien à rembourser au prêteur, il ne subit pas de préjudice et, s'il faisait assurer le capital emprunté, il réaliserait un gain qu'il n'aurait pas fait en cas d'heureuse arrivée.

979. *Gens de mer.* — Les gens de mer étaient exposés à perdre complètement leurs loyers en cas de perte ou de prise (anc. art. 258 et nº 899) ; le Code leur défendait de les faire assurer. La loi de 1885 admet, comme cela a été expliqué, qu'en cas de perte ou de prise du navire et des marchandises, les loyers sont dus aux gens de mer engagés à salaire fixe jusqu'au jour du sinistre et qu'ils ne sont privés de leurs loyers pour le temps antérieur qu'autant qu'il y a eu faute de leur part ou qu'ils n'ont pas fait tout ce qui était en eux pour sauver le navire, les passagers, les marchandises ou pour recueillir les débris. La loi de 1885 (art. 334 nouv.) permet l'assurance des loyers des gens de mer. Cette assurance ne peut pas certainement s'appliquer aux loyers postérieurs au sinistre : autrement, les gens de mer toucheraient une somme pour des services non rendus et réaliseraient ainsi un gain. Elle peut s'appliquer aux loyers antérieurs au sinistre et elle est utile pour le cas où l'armateur est insolvable. C'est une sorte d'assurance de solvabilité. — L'assurance des loyers est aussi utile aux gens de mer engagés au profit ou au fret. Les accidents de mer peuvent réduire ou anéantir le profit ou le fret et, par suite, les priver de leurs loyers ; l'assurance les garantit contre ce préjudice.

980. *Assuré.* — L'assuré, comme tel, indépendamment de sa qualité d'armateur, de chargeur, de prêteur à la grosse, etc., est exposé, par suite même de l'assurance qu'il a contractée, à subir une perte. En quoi consiste-t-elle ? L'assuré touche, en cas de sinistre, une indemnité ; mais, comme il paie une prime à l'assureur, le préjudice que l'assuré éprouve n'est pas réparé jusqu'à concurrence du montant de cette prime. S'il y a heureuse arrivée, l'assuré recouvre cette prime sur les gains qu'il réalise (fret ou bénéfice espéré, etc...) ; on peut dire, par suite, que la prime est exposée aux risques de la navigation. Ainsi, en

supposant qu'une assurance soit faite pour 10.000 fr. moyennant une prime de 10 0/0, en cas de sinistre, l'assuré, ayant à payer une prime de 1.000 fr., ne touchera que 9.000 fr. et, par suite, supportera le dommage, jusqu'à concurrence de ces 1.000 fr. L'assuré peut contracter une assurance qui le garantisse spécialement contre ce préjudice, c'est là ce qu'on appelle l'assurance de la prime ou du coût de l'assurance (art. 342, al. 2).

L'assuré peut faire assurer la prime par un autre assureur que celui des navires ou des marchandises et, en multipliant les assurances des primes, il parvient à rendre insignifiante la perte qu'il éprouve. Ainsi, celui qui a fait assurer les marchandises pour 10.000 fr. à raison d'une prime de 1.000 fr., fera assurer cette prime moyennant 100 fr. pour une prime de 10 fr., celle de 10 fr. pour 1 franc et, en payant 111 fr. de primes, l'assuré réduira, en cas de sinistre, sa perte à 1 franc. — Si l'assuré peut faire assurer sa prime par un tiers, rien n'empêche non plus qu'il ne la fasse assurer par l'assureur auquel elle est due. Parfois un assureur assure lui-même la prime de son assurance, la prime accessoire et ainsi de suite à l'infini. On dit alors qu'il y a *assurance de la prime et de la prime des primes à l'infini*. Cette assurance équivaut à celle qui serait faite avec stipulation que la prime ne sera due qu'en cas d'heureuse arrivée.

981. *Assureur. Réassurance.* — L'assureur court les risques auxquels sont exposées les choses de l'assuré, par cela même qu'il les a pris à sa charge. Aussi l'assureur peut-il à son tour contracter une assurance le garantissant contre ces risques (art. 342, al. 1); c'est là ce qu'on appelle la *réassurance*. Différentes causes rendent les réassurances assez fréquentes; d'abord, les statuts de chaque compagnie d'*assurance* fixent un *plein*, c'est-à-dire une somme au delà de laquelle elle ne doit pas assurer sur un même risque (c'est-à-dire sur un même navire). — Parfois, quand on demande à une compagnie d'assurer au delà de son plein, elle y consent pour ne pas manquer une opération fructueuse, mais, en même temps, afin de se mettre en règle avec ses statuts, elle contracte une réassurance pour l'excédent de la somme assurée sur son plein. En outre, la compagnie qui a fait une assurance peut être déterminée à contracter une assurance, uniquement par crainte de la réalisation des risques.

La réassurance n'entraîne pas une novation, en ce sens que le réassuré reste toujours tenu comme assureur envers le premier assuré et que le réassureur n'est pas obligé directement à sa place envers celui-ci. Pour le premier assuré, la réassurance est *res inter alios acta*.

982. *De la prime.* — La *prime* (ou *coût de l'assurance*), que l'assuré

doit payer à l'assureur, est le troisième élément essentiel au contrat d'assurance. Elle consiste ordinairement en une somme d'argent, mais elle pourrait consister en autre chose, par exemple, en marchandises (ce qui n'est pas pratique). Il y a aussi des cas où, sans qu'une prime soit expressément stipulée et payée, il y a un sacrifice fait par l'assuré pour rémunérer l'assureur. Ainsi, parfois, en affrétant un navire, l'affréteur consent à s'en rendre l'assureur (cela se présente notamment quand l'Etat affrète des navires pour le transport des troupes ou des munitions). Le fret est alors moins élevé qu'il ne le serait sans cette assurance ; la réduction du fret est une prime implicite pour l'affréteur.

Les primes varient naturellement avec les risques sur lesquels influent l'âge du navire, son mode de construction, la nature de la cargaison, la nature du voyage, etc. Aussi dit-on parfois que la prime est le prix des risques. Les cours des primes sont constatés officiellement par les courtiers d'assurances maritimes (art. 73 et 79, C. com.). A Paris, cette constatation se fait deux fois par an, l'une à l'entrée de la saison d'été (le 15 avril), l'autre à l'entrée de la saison d'hiver (le 15 octobre).

983. Forme du contrat. Preuve. Police. — Comme pour tous les contrats maritimes, le Code (art. 332) admet, pour l'assurance, qu'elle doit être constatée par écrit ; c'est cet écrit qu'on appelle *police*.

L'écrit (acte authentique ou sous seing privé) est exigé pour la preuve et non pour la validité du contrat. Aussi pourrait-il y être suppléé par l'aveu ou par le serment, mais la preuve par témoins et les présomptions de fait sont exclues.

Les assurances maritimes sont très souvent conclues par l'intermédiaire d'un courtier d'assurances (n° 852). Alors, les polices sont d'ordinaire rédigées dans une forme spéciale : le courtier délivre à l'assuré la police signée de lui et de l'assureur, sans que l'assuré ait à donner sa signature. Le courtier copie la police sur un registre spécial tenu par lui et dont il a le droit de délivrer des extraits. — Cette manière de procéder, d'après laquelle on se passe de la signature de l'assuré, paraît singulière. On est tenté d'objecter que tout acte doit être signé des parties qui s'obligent. Cependant, cet usage est légal et s'explique par des considérations pratiques : l'article 79, C. com., dit que les courtiers attestent la vérité des polices par leur signature ; cela paraît impliquer que cette signature a une force particulière. Ce n'est pas tout : l'article 332 exige la mention dans la police du nom de l'assuré et non celle du nom de l'assureur ; cette différence ne se concevrait pas si l'assuré devait signer la police comme l'assureur. Le Code va, du reste, plus loin en donnant aux extraits des livres des courtiers la

même force qu'à la police même. V. article 192-8°. Cet usage s'explique par le besoin de célérité ; souvent, les courtiers font couvrir l'assurance par plusieurs assureurs ; sans cet usage, il faudrait qu'à chaque adhésion d'un assureur nouveau, l'assuré intervînt pour signer ; ce serait une cause de perte de temps, d'autant plus que souvent l'assuré est éloigné. On peut dire, du reste, que le courtier a reçu de l'assuré mandat de traiter et de signer pour lui.

984. Il y a presque toujours des formules de police imprimées contenant les clauses usitées, de telle sorte qu'on n'a à écrire que les dérogations ou additions apportées ou faites aux clauses usuelles.

Le Code de commerce (art. 332) indique les énonciations que les polices doivent contenir, en se référant aux deux sortes d'assurances les plus fréquentes, assurances *sur corps* et assurances *sur facultés*. Ces énonciations qui, du reste, ne sont pas indiquées limitativement, se réfèrent aux parties, à la chose assurée, aux risques, à la durée de l'assurance et à divers autres objets. Il est utile de donner quelques éclaircissements sur les principales énonciations.

Date de l'assurance. — La date est requise, que la police soit authentique ou sous seing privé. Elle comprend une mention indiquant si la police est souscrite avant ou après midi. Cette indication est utile notamment pour l'application de la règle de l'ordre des dates (n° 973).

Noms des parties. — La police est toujours signée au moins par l'assureur (n° 983) et contient les nom et domicile de l'assuré. D'après l'article 332, C. com., elle indique si l'assuré agit pour son compte ou en qualité de commissionnaire ; il importe à l'assureur de savoir si celui qui joue le rôle d'assuré a ou non un intérêt en risque. Il y a là une règle spéciale ; d'ordinaire, un commissionnaire n'a pas besoin d'indiquer qu'il agit pour le compte d'autrui. Cependant, dans la pratique, la loi n'est pas observée sur ce point. Dans les polices d'assurances sur facultés, il est souvent dit que l'assurance est faite *pour le compte des intéressés* ou *pour le compte de qui il appartiendra*. Grâce à ces formules, en cas de sinistre, l'assurance peut, selon les circonstances, être invoquée ou par celui qui l'a contractée ou par un tiers auquel appartiennent les marchandises.

Enonciations relatives à la chose assurée. Assurances in quovis. Polices flottantes, polices d'abonnement. — Quand il s'agit d'une assurance sur corps, la police indique le nom du navire et l'espèce à laquelle il appartient, parfois aussi sa nationalité. Dans les assurances sur facultés, les énonciations relatives aux marchandises varient beaucoup. Parfois, on désigne la quantité et la nature des marchandises, leurs marques, le nom du navire qui doit les transporter. Dans d'autres cas, on ne désigne pas le navire ; l'assurance est dite alors *assurance*

in quovis ou *sur navire indéterminé* (art. 355). Cette assurance est utile, notamment, à celui qui ignore le nom du navire sur lequel seront chargées des marchandises qui doivent lui être adressées par mer. On comprend ainsi que telle assurance existe lorsqu'elle est faite par celui qui doit expédier les marchandises, mais avant qu'on sache sur quel navire celles-ci seront chargées. Il arrive même que la nature des marchandises n'est pas indiquée (art. 337). Parfois les assurances *in quovis* ont un caractère de généralité très grand : une personne fait assurer toutes les marchandises qu'elle expédiera ou qu'elle recevra, sur quelque navire qu'elles soient chargées, pourvu que le transport soit effectué dans l'espace de tant de mois ou dans le courant d'une année. La police est alors appelée *police flottante* ou *police d'abonnement*.

Quelquefois on prend le soin d'indiquer le nom du *capitaine*. Il peut être, du reste, changé, en principe, sans que l'assureur puisse prétendre que les conditions de l'assurance sont modifiées. Pour éviter toute difficulté à cet égard, on ajoute au nom du capitaine les mots : *ou tout autre pour lui*.

Évaluation de la chose assurée. — Cette évaluation n'est pas nécessaire, mais elle a une certaine utilité au point de vue de la charge de la preuve. Lorsqu'elle n'est pas faite dans la police, l'assuré qui réclame, en cas de sinistre, une indemnité, doit prouver, s'il y a contestation, la valeur de la chose assurée. L'évaluation contenue dans la police est réputée exacte, de telle sorte que c'est à l'assureur, s'il la prétend exagérée, à le prouver. Il peut toujours le faire ; car une assurance, faite pour une somme dépassant la valeur de la chose assurée, serait, pour l'excédent, une gageure (n° 973).

Somme assurée. — Cette somme, qui est le maximum de ce que peut devoir l'assureur à l'assuré, est, selon les conventions, égale ou inférieure à la valeur de la chose assurée.

Temps et lieu des risques. — Il importe que la police indique le temps et les lieux où les risques doivent se réaliser pour que l'assureur en réponde. D'après l'article 332, on doit exprimer : *le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées ; le port d'où le navire a dû ou doit partir ; les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger ; ceux dans lesquels il doit entrer ; le temps où les risques doivent commencer et finir*. On distingue principalement *l'assurance au voyage* et *l'assurance à temps*. L'assurance est au voyage, quand, d'après la police, elle s'applique à un voyage déterminé sans fixation de durée. Elle est à temps, lorsque, sans se référer à un voyage précis, la police indique le nombre de jours ou de mois pendant lesquels les risques seront supportés par l'assureur (art. 363). Dans les assurances à temps, le point de départ des risques (date et heure) est ordinairement indiqué

dans la police. Dans les assurances au voyage, le Code (art. 341 et 328) indique le moment où les risques commencent et celui où ils finissent pour l'assureur. Les polices dérogent généralement aux règles posées sur ce point par la loi.

Prime. — La prime est ordinairement de tant pour cent de la somme assurée. Selon la volonté des parties, il peut y avoir deux primes distinctes, l'une pour l'aller, l'autre pour le retour, ou une prime unique pour l'un et l'autre, c'est ce qu'on appelle la *prime liée*.

Clause compromissoire. — La convention de s'en remettre à des arbitres pour des contestations à naître, qui est nulle dans les autres contrats (n° 377), est admise exceptionnellement dans les assurances maritimes (art. 332).

Polices à ordre. Polices au porteur. — Parfois, le navire et surtout les marchandises ne continuent pas à appartenir à celui qui les a fait assurer pour son compte, pendant toute la durée de l'assurance. Il est, par suite, très utile que la police puisse se transmettre aux propriétaires successifs. En cas de transmission de la police, il y a lieu, lorsqu'elle est à personne dénommée, de remplir les formalités de l'article 1690, C. civ. Mais, le plus souvent, les polices, quand elles sont destinées à être cédées, sont à ordre ou au porteur, de telle façon qu'elles se transmettent par endossement ou par la simple tradition.

Section II. — Obligations de l'assureur.

985. L'assureur est tenu d'indemniser l'assuré des avaries causées par des risques de mer et, conformément aux définitions données plus haut (n° 940), on comprend sous le nom d'*avaries* des dommages matériels ou des dépenses extraordinaires, que ce soient des avaries particulières ou des avaries communes. Mais tout dommage matériel, toute dépense extraordinaire, ne sont pas supportés par l'assureur ; il y a lieu de considérer le risque qui en a été la cause. On peut distinguer trois classes de risques : 1° ceux qui sont à la charge de l'assureur, sauf convention contraire ; 2° ceux qu'il ne supporte qu'en vertu d'une convention spéciale ; 3° ceux qui sont exclus de l'assurance malgré la convention contraire.

986. L'article 350 énumère les risques dont l'assureur répond, sauf stipulation contraire : *la tempête, le naufrage, l'abordage fortuit, les changements forcés de route, de voyage ou de vaisseau, le jet, le feu.* L'article 350 se termine, du reste, par une formule générale indiquant que l'assureur répond des dommages causés *par toutes les fortunes de mer*. On entend par là les accidents qui arrivent sur mer, qu'ils soient

produits par l'action des éléments ou par le fait de l'homme. L'article 350 met sur la même ligne que les risques maritimes proprement dits les risques de guerre, tels que la prise ; en fait, les polices imprimées excluent les risques de guerre ; ainsi l'assureur n'en supporte la responsabilité qu'en vertu de clauses manuscrites.

987. D'après l'article 353, C. com., l'assureur n'est pas tenu des fautes du capitaine ou de l'équipage connues sous le nom de baraterie de patron, *à moins de convention contraire*. Cette convention est de style dans les polices, qui, toutefois, excluent ordinairement certaines fautes de la responsabilité de l'assureur. Cet usage constant se comprend : les événements maritimes présentent très souvent un mélange de l'action des éléments et de celle de l'homme ; aussi la nécessité de distinguer entre les dommages provenant de l'une ou de l'autre de ces causes serait une source de procès.

Le Code (art. 352) déclare aussi que *les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par vice propre de la chose... ne sont point à la charge des assureurs*. On appelle *vice propre* un principe inhérent à la chose elle-même qui, indépendamment des accidents de mer, produit la détérioration ou la destruction plus ou moins rapide de cette chose (coulage des liquides, combustion spontanée des charbons, etc., vice de construction du navire, etc...) ; il n'y a pas là, en réalité, un risque de mer. Mais rien n'empêche les parties de convenir que l'assureur répondra des dommages provenant du vice propre, pourvu, du moins, que le vice propre ne se rattache pas à une faute de l'assuré ; car l'assureur ne peut pas se rendre garant des fautes de l'assuré (n° 988).

988. *Risques qui ne peuvent pas être mis à la charge de l'assureur.* — Le législateur n'admet pas que l'assureur puisse prendre à sa charge les risques provenant des fautes de l'assuré (art. 351 et 352) ; il a pensé que, dans l'intérêt de la navigation, il importait de ne pas enlever tout intérêt aux propriétaires de navires ou de marchandises à être diligents et soigneux (1).

989. *Temps et lieux des risques.* — Pour que l'assureur soit tenu envers l'assuré, il ne suffit pas que des risques de la nature de ceux dont l'assureur répond se soient produits, il faut encore qu'ils se soient réalisés dans le temps et dans les lieux auxquels s'applique la police.

(1) La prohibition est certainement absolue en ce qui concerne les fautes intentionnelles et lourdes de l'assuré ; mais on peut soutenir, contrairement à la jurisprudence et à l'opinion la plus générale des auteurs, que, par une clause expresse, l'assureur peut se rendre garant des fautes légères de l'assuré. V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1245.

A cet ordre d'idées se rattachent les effets du changement de voyage ou du changement de route.

Si le navire n'entreprend pas le voyage assuré, l'assurance est ristournée; l'assureur n'a pas le droit à la prime, il reçoit seulement, à titre d'indemnité, demi pour cent de la somme assurée (art. 349). On dit alors qu'il y a *rupture du voyage avant le départ;* les mêmes effets se produisent, que la rupture du voyage soit volontaire ou forcée (par exemple, en cas de blocus du port de destination). Des règles différentes régissent le cas où le changement de voyage est postérieur au départ du navire : il faut alors distinguer selon que ce changement provient de la volonté du capitaine ou a été nécessité par un risque de mer dont l'assureur répond (art. 350 et 351). Le changement *volontaire* de voyage résilie l'assurance; les risques se réalisant après ne sont pas à la charge de l'assureur; mais, comme les risques ont commencé à courir pour lui, il a droit à la prime entière; on dit en ce sens que la prime est indivisible. Au contraire, le contrat subsiste pour l'avenir en cas de changement *forcé* de voyage; on doit, du reste, assimiler au changement forcé de voyage le changement volontaire, quand l'assureur, ce qui est le cas le plus fréquent (n° 987), a garanti la baraterie de patron.

Le changement de route a les mêmes effets que le changement de voyage (art. 350 et 351).

990. Délaissement et action d'avarie. Généralités. — Quand une fortune de mer, dont l'assureur est garant envers l'assuré, se produit dans le temps et dans le lieu des risques, la seule obligation dont l'assureur est nécessairement tenu est celle de payer à l'assuré une indemnité proportionnée au dommage souffert. Dans les assurances non maritimes, l'assuré ne peut que réclamer cette indemnité (1). Mais, en matière d'assurances maritimes, l'assuré a, dans des cas exceptionnels, un autre droit : il peut faire le *délaissement*. A la rigueur, l'assuré ne devrait pouvoir réclamer à l'assureur toute la somme assurée que dans le cas où la chose assurée a péri entièrement et où la preuve de cette perte est faite. Mais, parfois, sans qu'il y ait perte totale, la chose est tellement détériorée, que l'assuré ne peut plus en faire l'usage auquel elle était destinée; de telle sorte que c'est, pour lui, comme s'il y avait perte totale; parfois aussi, bien que la perte totale ne puisse pas être prouvée, elle est presque certaine par suite

(1) Le *délaissement* est spécial aux assurances maritimes. Dans les assurances non maritimes, une clause expresse est nécessaire pour qu'il soit possible.

du long temps écoulé sans qu'on ait eu des nouvelles du navire et de la cargaison. Aussi, dans des cas exceptionnels, pour ne pas trop retarder le paiement de l'indemnité et pour éviter les complications auxquelles donne lieu parfois le calcul d'une indemnité exactement proportionnée au dommage, il est admis que l'assuré peut, en abandonnant à l'assureur tout ce qui peut rester de la chose assurée, obtenir la somme assurée entière, c'est ce qu'on appelle le *délaissement*. Les accidents de mer graves, à l'occasion desquels il est possible, sont connus sous le nom collectif de *sinistres majeurs*. On dit parfois que l'assuré a deux actions contre l'assureur : *l'action d'avarie* par laquelle, en conservant ce qui subsiste de la chose assurée, il obtient une indemnité proportionnée au préjudice souffert, et *l'action en délaissement*, par laquelle il obtient l'intégralité de la somme assurée, comme s'il y avait perte totale et que la preuve en fût faite, en abandonnant à l'assureur ce qui peut subsister de la chose assurée. En dehors des cas de sinistres majeurs, l'assuré a seulement l'action d'avarie. En outre, même quand un sinistre majeur s'est produit, l'assuré n'est pas obligé de délaisser ; il peut, s'il le préfère, régler par avaries.

Quand l'*action d'avarie* est exercée, on dit qu'il y a *règlement par avaries*. — Il ne faut pas confondre le *règlement* par *avaries* avec le *règlement d'avaries* (n° 952). Le premier seul suppose essentiellement une assurance.

Il sera traité successivement du *délaissement* et du *règlement par avaries* ; il y aura lieu ensuite de les comparer et de montrer l'intérêt que peut avoir l'assuré, selon les circonstances, à opter pour l'un ou pour l'autre parti.

991. Du délaissement. — Le délaissement donne à examiner les questions suivantes : 1° *Dans quels cas le délaissement est-il possible ?* 2° *Que doit-il comprendre ?* 3° *Dans quelles formes et dans quels délais doit-il être fait ?* 4° *Quels en sont les effets ?*

992. *Cas de délaissement ou sinistres majeurs.*— Le Code (art. 369 et 375) énumère les cas de délaissement, qui sont au nombre de sept. Cette énumération n'est pas impérative, et les polices y dérogent d'autant plus souvent, pour restreindre les cas de délaissement, que les dispositions du Code sont parfois obscures ou peu rationnelles. Aussi est-ce avant tout la police qu'il faut consulter pour déterminer si l'on se trouve dans un cas où le délaissement est possible. Les dispositions du Code de commerce ne reçoivent leur application que lorsqu'il y a sur ce point silence de la police.

D'après les articles 369 à 375, le délaissement des objets assurés peut avoir lieu en cas : 1° *de prise ;* 2° *de naufrage ;* 3° *d'échouement*

avec bris ; 4° d'innavigabilité par fortune de mer ; 5° de perte ou de détérioration des effets assurés, si la détérioration ou la perte va au moins aux trois quarts ; 6° de défaut de nouvelles ; 7° d'arrêt d'une puissance étrangère ou du gouvernement français. — Il est utile de donner quelques indications sur chacun de ces cas.

Prise. — Par suite de la capture, l'assuré se trouve dépossédé comme s'il y avait déstruction de la chose assurée. Ce cas de délaissement n'est pas admis lorsque (ce qui est le cas ordinaire) les risques de guerre sont exclus par la police, à moins que la prise n'en ait été faite par des pirates et non par des ennemis.

Naufrage. — Le législateur a sans doute voulu désigner par là la submersion complète du navire, de façon à ce qu'il s'abîme entièrement dans les flots ou que de simples débris surnagent.

Echouement avec bris. — L'échouement est le cas d'un navire qui touche un bas-fond, un rocher, un écueil, le rivage, et s'arrête faute d'eau suffisante pour être retenu à flot. Afin que l'échouement ne soit pas admis comme cause de délaissement, alors même que l'on parvient à relever le navire et à le faire naviguer, l'article 369 exige qu'il y ait *bris*, ce qui signifie qu'il faut que, par suite de bris d'une partie essentielle, le navire soit mis hors d'état de naviguer.

Innavigabilité par fortune de mer. — L'innavigabilité s'entend de façon différente pour le navire et pour les marchandises.

L'innavigabilité d'un navire consiste dans un état tel qu'il ne peut plus tenir la mer. Comme l'assureur ne répond pas du vice propre, cet état doit provenir d'un accident de mer pour qu'il en réponde. On a toujours distingué l'innavigabilité *absolue* et l'innavigabilité *relative*. La première existe quand le navire est tellement brisé ou disloqué qu'il est impossible de le réparer et de le faire ensuite naviguer avec sécurité. L'innavigabilité relative se présente quand le navire est réparable, mais que l'impossibilité de le réparer provient de circonstances extrinsèques, comme le défaut de fonds et de crédit pour payer les ouvriers, le défaut de moyens matériels pour opérer les réparations. Souvent, pour éviter les difficultés, les capitaines font déclarer le navire innavigable par le consul ou par l'autorité étrangère ; on dit alors que le navire est *condamné*.

L'innavigabilité du navire n'autorise pas, par elle-même, le délaissement des marchandises. Il importe peu aux propriétaires des marchandises que le navire soit innavigable, si celles-ci arrivent à destination. Si l'on parvient à louer un autre navire, les marchandises ne peuvent être délaissées (art. 390 à 392). A leur égard, il n'y a pas innavigabilité et, par suite, le délaissement n'est possible que si l'on n'a pas pu louer un navire pour les transporter à destination (art. 391).

Faut-il faire une distinction analogue entre le navire et les marchandises, au point de vue du délaissement, quand il y a naufrage ou échouement avec bris? La loi ne fait pas expressément cette distinction comme pour le cas d'innavigabilité. Aussi beaucoup d'auteurs et d'arrêts ont admis que le délaissement est possible, même pour les marchandises, par cela seul qu'il y a naufrage ou échouement avec bris du navire, bien que l'on parvienne à amener à destination les marchandises sur un autre bâtiment. Cette solution est exorbitante, elle est en contradiction, sinon avec le texte de la loi, du moins avec son esprit qui paraît être de n'admettre le délaissement que lorsqu'il y a dépossession de la chose assurée ou l'équivalent d'une dépossession. Les polices d'assurances sur facultés ont le soin d'écarter cette solution.

Perte ou détérioration des trois quarts. — La gravité de la perte ou de la détérioration justifie l'admission du délaissement. Il y a *perte*, quand il y a diminution ou destruction matérielle de la chose assurée. Il y a *détérioration*, quand la chose assurée n'est pas diminuée, mais que, par suite d'avaries, sa valeur est réduite. Ce cas de sinistre majeur n'a d'importance réelle que dans les assurances sur facultés; pour le navire, il se confond ordinairement avec l'innavigabilité. La question capitale à résoudre est celle de savoir comment on s'y prend pour déterminer si la perte ou la détérioration atteint les trois quarts (1).

Défaut de nouvelles. — Souvent, les navires et les cargaisons se perdent au milieu des mers sans qu'on ait une preuve certaine de leur perte. A la rigueur, l'assuré ne pourrait pas, par cela même que la perte n'est pas prouvée, réclamer une indemnité. Cependant, quand un certain temps s'est écoulé sans qu'on ait reçu de nouvelles, la loi présume la perte et admet l'assuré à demander une indemnité entière comme si la perte était prouvée. Le délai durant lequel il ne doit pas y avoir eu de nouvelles, varie selon que le voyage du navire était un voyage au long cours ou un voyage au cabotage; il est d'un an dans le premier cas et de six mois dans le second (art. 375).

C'est à ce propos que le Code de commerce (art. 377) détermine quels voyages sont réputés au long cours, quels autres sont considérés comme voyages au cabotage. En général, les polices abrègent les délais fixés par le Code qui, quoique modifiés en 1854, sont encore trop longs avec la rapidité actuelle des communications.

Arrêt de Puissance. — On donne ce nom à l'obstacle qu'un gouvernement apporte à la sortie d'un navire, par exemple, pour empêcher la divulgation de certains faits, pour procéder à des mesures d'instruction

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 1348 à 1357.

à raison d'un crime, pour venir à bout de la résistance de l'État dont le navire porte le pavillon (on dit spécialement, dans le dernier cas, qu'il y a *embargo*). L'arrêt de puissance ne dépossède pas le propriétaire assuré ; mais, si la mesure se prolonge, elle équivaut à une dépossession. Le Code (art. 374 et 387) indique quelle doit être la durée de l'arrêt de puissance pour qu'il constitue un sinistre majeur.

993. *Ce que le délaissement doit comprendre.* — Le délaissement doit comprendre l'objet assuré en entier. — Le délaissement est indivisible, en ce sens que l'assuré ne peut pas délaisser une partie de la chose assurée et exercer l'action d'avarie pour le restant (art. 272).

Avant la loi du 12 août 1885, en matière d'assurances sur corps, ce délaissement devait comprendre, en vertu de l'article 386, C. com., outre le navire assuré, le fret des marchandises sauvées auquel le propriétaire du navire avait droit. Cette disposition s'expliquait surtout par cette considération que, d'après le système législatif admis, l'assuré ne pouvait pas être placé, en cas de sinistre, dans la situation où il aurait été en cas d'heureuse arrivée. La loi de 1885, ayant écarté avec raison cette règle restrictive, a dû supprimer la nécessité du délaissement du fret en abrogeant l'article 386, C. com. Du reste, l'obligation de délaisser le fret à l'assureur sur corps n'était pas conciliable avec la faculté accordée par la loi nouvelle à l'armateur de faire assurer le fret. Il va de soi qu'en cas de sinistre majeur, quand il y a à la fois assurance du navire et assurance du fret, c'est à l'assureur du fret que celui-ci doit revenir.

994. Le délaissement doit être *pur et simple* (art. 372) ; l'assureur aurait donc le droit de refuser un délaissement subordonné par l'assuré à une condition : par exemple, en cas de défaut de nouvelles, le délaissement fait sous la condition que l'assureur restituera le navire, si l'on reçoit encore des nouvelles dans un certain délai.

Le délaissement devient irrévocable du jour où il a été, soit accepté par l'assureur, soit déclaré valable par jugement. A partir de ce moment, les événements postérieurs (remise à flot du navire échoué, retour du navire délaissé pour défaut de nouvelles, etc...) ne permettent pas de faire considérer le délaissement comme non avenu (art. 385).

995. *Effets du délaissement.* — L'assureur acquiert les droits de l'assuré sur la chose assurée ; on peut ainsi considérer le délaissement comme un mode d'acquisition de la propriété. Il a toujours été admis que l'assureur acquiert, en même temps que la chose assurée, les droits de l'assuré contre les tiers qui ont, par leur faute, causé le sinistre donnant lieu au délaissement.

La transmission des droits de l'assuré à l'assureur remonte dans ses effets au jour où s'est produit le sinistre. Cette rétroactivité a plusieurs

conséquences pratiques; il en résulte notamment que : 1° le capitaine étant considéré comme le préposé de l'assureur à partir du jour du sinistre, l'assureur est dès ce moment responsable des fautes du capitaine, quand même l'assurance ne comprendrait pas la baraterie de patron ; 2° si des objets sauvés sont vendus, l'assureur est créancier de l'acheteur et non de l'assuré qui est étranger à la vente.

Le délaissement ne confère pas seulement des droits à l'assureur, il met aussi à sa charge l'obligation de payer la somme assurée entière.

996. DÉLAIS DANS LESQUELS DOIT ÊTRE FAIT LE DÉLAISSEMENT. — A raison du caractère exceptionnel du délaissement, la loi veut qu'il soit fait promptement, à peine de déchéance. Les actions qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent, en principe, par un délai de 5 ans à partir du contrat (art. 432). L'action en délaissement est éteinte après un délai de 6 mois, d'un an ou de 18 mois, à partir du jour où la nouvelle du sinistre a été signifiée à l'assureur (art. 373).

997. FORME DU DÉLAISSEMENT. OBLIGATIONS DE L'ASSURÉ. — L'assuré qui veut délaisser est tenu de diverses obligations. Il doit avant tout signifier à l'assureur l'avis qu'il a reçu de l'accident dans les trois jours de la réception de cet avis (art. 374) ; il faut que l'assureur soit mis à même d'atténuer les conséquences du sinistre, notamment par un sauvetage (art. 374, 387, 390). Par l'acte même où il signifie cet avis, l'assuré peut faire le délaissement et sommer l'assureur de lui payer la somme assurée ; il peut aussi se borner à notifier l'avis du sinistre et faire ensuite le délaissement (art. 378). Afin de garantir l'observation des dispositions défendant les assurances cumulatives, le Code (art. 379) oblige l'assuré à déclarer toutes les assurances qu'il a faites ou fait faire.

998. *Preuve à faire par l'assuré.* — Pour obtenir le paiement de l'indemnité, l'assuré doit faire différentes preuves qui sont, du reste, les mêmes en cas de délaissement et en cas d'exercice de l'action d'avarie. Il doit prouver :

1° *La mise en risque*, c'est-à-dire faire la preuve que la chose assurée a été réellement exposée aux risques de mer (que le navire est parti ou que les marchandises ont été chargées sur le bâtiment). Cette preuve s'appelle, dans les assurances sur facultés, *preuve du chargé* ; elle se fait le plus souvent par le connaissement (art. 383), sans du reste qu'il soit défendu de la faire par tous autres moyens (n° 925) ;

2° *La fortune de mer*, c'est-à-dire l'accident à raison duquel l'assuré éprouve un dommage que l'assureur doit réparer ;

3° *L'intérêt.* — Comme l'assurance ne doit pas être une gageure, il faut que l'assuré, pour obtenir une indemnité, prouve qu'il avait intérêt à la conservation des choses assurées ;

4° *La valeur de la chose assurée.* — Cette preuve n'est exigée que lorsque la police ne contient pas une évaluation de la chose assurée. L'évaluation est présumée exacte jusqu'à preuve contraire ; c'est à l'assureur à en établir l'exagération. V. n° 984.

999. Du règlement par avaries. — Le délaissement est un parti exceptionnel que peut prendre l'assuré ; ordinairement, l'assuré conserve ce qui reste du navire ou des marchandises et a seulement droit à une indemnité proportionnée au dommage. On dit alors que l'assuré exerce *l'action d'avaries* ou qu'il *fait un règlement par avaries*. Cette action seule peut être exercée quand il s'est produit un accident ne constituant pas un sinistre majeur ; en outre, lors même qu'il y a sinistre majeur, l'assuré peut opter pour cette action et il n'a même plus que ce parti à prendre, quand il a laissé expirer, sans agir, les délais très courts accordés pour opérer le délaissement (n° 996).

Le point important, en cas de règlement par avaries, est de fixer le montant de l'indemnité. En cas de délaissement, la somme assurée entière est due par l'assureur, et, par suite, il n'y a pas à procéder à cette fixation. Comment déterminer la somme due ? La question ne se résout pas toujours aisément. Il faut distinguer les avaries particulières et les avaries communes, puis, à propos des unes et des autres, examiner la question séparément pour les assurances sur corps et pour les assurances sur facultés.

1000. *Avaries particulières.* — Quand un navire assuré subit des avaries particulières autres que des avaries-frais, il se peut ou que le propriétaire les fasse réparer, ou qu'il vende le navire, parce qu'il estime que les réparations sont trop onéreuses.

Quand on répare le navire, l'assureur doit rembourser à l'assuré les dépenses dans la limite de la somme assurée ; mais, en principe, le remboursement n'est pas intégral. Autrement, l'assuré réaliserait un bénéfice provenant de ce que, grâce aux réparations, le navire serait muni de pièces neuves remplaçant les pièces déjà usées lors de l'accident : aussi fait-on une *déduction pour différence du neuf au vieux ;* les polices en fixent le quantum. — La déduction du neuf au vieux s'applique au montant net, non au montant brut des réparations, c'est-à-dire qu'on retranche préalablement des frais de réparations le prix de la vente du vieux cuivre et généralement des débris provenant du navire, Cpr. n° 953.

Lorsqu'au contraire, les réparations n'étant pas faites, l'assuré vend son navire, l'indemnité doit consister non dans la somme qu'auraient coûté les réparations, mais dans une somme égale à la différence entre le prix du navire avarié et la valeur du navire déterminée par la police.

Il n'y a pas alors à faire une déduction pour différence du neuf au vieux ; il n'y a pas de plus-value résultant des réparations, par cela même que le navire n'a pas été réparé. Mais il y a du moins lieu de déduire de la somme assurée les mises dehors faites par l'assuré, si elles ont été l'objet d'une assurance ; le propriétaire du navire qui toucherait à la fois de l'assureur, avec la différence entre le prix du navire avarié et sa valeur au départ, ses mises dehors, puis qui recevrait des affréteurs le fret brut, serait placé, en cas de sinistre, dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée. Car, dans ce dernier cas, le propriétaire d'un navire touche bien le fret brut, mais supporte sur ce fret toutes les dépenses de navigation.

Dans les assurances *sur facultés*, il faut avoir le soin de considérer si les marchandises ont été assurées d'après leur valeur au port de départ (1) ou d'après la valeur qu'elles pourront avoir au port de destination. Les avaries peuvent consister dans une *perte totale*, dans une *perte partielle* des marchandises ou dans des *détériorations* qui en diminuent la valeur et non la quantité.

En cas de *perte totale*, l'assuré reçoit la totalité de la somme assurée. Si cette somme a été fixée d'après la valeur des marchandises au port de départ, l'assuré est ainsi privé du bénéfice espéré. — En cas de perte partielle, l'assureur paie à l'assuré une partie de la somme assurée proportionnelle à la quantité des marchandises qui ont péri, par exemple, 5 000 fr., si, sur cent pièces de vin assurées à raison de 100 fr. la pièce, cinquante ont péri.

Le règlement de l'indemnité est moins simple en cas d'avaries particulières consistant dans des *détériorations*. Quand l'assurance comprend le profit espéré, c'est-à-dire s'applique à la valeur des marchandises à destination, on fait *un règlement par différence*, c'est-à-dire qu'on compare au port même de destination le produit des marchandises avariées au produit qu'elles auraient donné, d'après les cours, à l'état sain ; la différence entre ces deux produits constitue l'indemnité à payer par l'assureur. Ainsi, des marchandises avariées se vendent 70.000 fr. au port de destination, on constate qu'elles se seraient vendues 100.000 fr. à l'état sain ; la différence, qui est de 30.000 fr. doit être payée par l'assureur.

Le règlement *par différence* n'était pas possible en France avant la loi du 12 août 1885, car il implique l'assurance du profit espéré. Il n'est pas applicable non plus aujourd'hui, quand l'assurance porte sur

(1) A ce cas, il faut assimiler celui où l'assurance sur facultés est faite pour une somme fixe, fût-elle inférieure à la valeur des marchandises assurées au port de départ.

la valeur des marchandises au départ ou sur une somme inférieure à cette valeur. Il faut alors, comme on devait le faire nécessairement avant la loi nouvelle, procéder à ce qu'on appelle un *règlement par quotité*. Dans ce mode de règlement, on commence par prendre la différence entre le produit des marchandises à l'état d'avarie au port de destination et leur produit à l'état sain dans le même port. Ce n'est pas à cette différence que l'indemnité d'assurance est égale ; cette différence sert seulement à déterminer la proportion entre l'indemnité à payer et la valeur des marchandises au départ (ou la somme assurée, si la police la fixe). Ainsi, supposons que la valeur des marchandises à l'état sain au port de destination eût été de 100.000 fr. et qu'elle soit de 50.000 fr. seulement à raison des avaries, puis que la somme assurée au départ soit de 25.000 fr. ; on dira que la différence résultant de la comparaison des deux produits au port de destination indique une détérioration équivalant à la moitié de la valeur des marchandises. Par suite, l'assureur devra payer à l'assuré la moitié de la somme assurée au départ, soit 12.500 fr.

Les avaries particulières peuvent être des *avaries-frais*, soit pour le navire, soit pour les marchandises (frais faits pour entrer dans un port de relâche, frais de déchargement de colis à réparer, etc...). L'assureur n'a qu'à rembourser les sommes que l'assuré a eues à payer.

1001. *Avaries communes*. — L'assureur répond des avaries communes, soit que le sacrifice ait atteint les marchandises ou le bâtiment formant l'objet de l'assurance, soit que l'assuré ait subi un préjudice par l'obligation de contribuer dont il a été tenu. Le règlement d'avaries communes fait au port de destination est opposable aux assureurs, alors même qu'ils n'y sont pas intervenus, pourvu qu'il ait été fait au port de destination par des experts nommés par l'autorité compétente et homologué par elle (art. 414).

La perte subie par l'assuré, dont la chose a été sacrifiée, est réduite par les sommes que les autres intéressés ont à lui payer à titre de contribution. Est-ce à dire que l'assuré, dans sa réclamation contre l'assureur, doive déduire ces sommes ? La question est douteuse. Il semble conforme au but de l'assurance de ne pas contraindre l'assuré à faire ces déductions. L'assureur est responsable de toute perte ou dommage qui arrive aux objets assurés par fortune de mer (art. 350). Cela n'implique-t-il pas qu'il y a perte, dès que l'objet assuré se trouve atteint par un accident maritime, sans qu'il y ait à se préoccuper du droit que peut avoir l'assuré de se faire indemniser, en tout ou en partie, du préjudice qu'il éprouve. Du reste, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré à l'occasion du risque donnant lieu à l'action d'avarie et peut, par suite, réclamer de chaque intéressé sa part contributive, de

telle sorte que la charge que l'assureur supporte se trouve, en définitive, diminuée d'une somme égale à celle qu'il reçoit des contribuables.

1002. *Des franchises. Des règlements par séries.* — Les polices d'assurances contiennent d'ordinaire des clauses restreignant la responsabilité de l'assureur par l'exclusion de certains risques ou réduisant la somme qu'il pourra avoir à payer à titre d'indemnité ; ces clauses sont appelées des *franchises*. On distingue deux sortes principales de *franchises* : par les unes, l'assureur n'a à payer une indemnité qu'autant que le dommage dépasse un tant pour cent de la somme assurée ; par les autres, il est dispensé de supporter certaines avaries.

L'article 408, C. com., admet une franchise de la première espèce, en disposant qu'il ne peut y avoir de réclamation qu'autant que le dommage excède un pour cent de la valeur de la chose assurée ou des marchandises et du navire en cas d'avarie commune. Le plus souvent, les polices stipulent une franchise plus élevée ; les usages diffèrent à cet égard pour les assurances sur facultés et pour les assurances sur corps.

Dans les assurances sur facultés, les franchises de tant pour cent n'ont pas seulement pour but d'exclure les réclamations minimes, mais de tenir compte de l'influence sur les risques de la nature des marchandises. A côté des risques qui menacent également toutes les marchandises, il y en a qui varient avec leur nature. Ainsi, l'eau de mer qui s'introduit dans le navire par suite d'un accident de mer, cause un plus grave dommage à un chargement de sucre, de sel ou de café qu'à un chargement de marbre. On aurait pu, en conséquence, faire varier les primes avec la nature des marchandises. Mais on a toujours procédé autrement dans les assurances maritimes : les primes sont fixées, en principe, à un taux uniforme pour toutes les marchandises à raison des risques généraux, puis, il est tenu compte des risques spéciaux par des franchises stipulées au profit de l'assureur. Le taux de ces franchises varie avec la nature des marchandises.

Les franchises ont deux effets : elles excluent d'abord l'action d'avarie lorsque le dommage n'atteint pas le taux fixé, puis elles ne permettent à l'assuré de réclamer que l'excédent du dommage sur le taux de la franchise quand ce taux est dépassé. Ainsi, en supposant des marchandises assurées pour 100.000 fr. avec une franchise de 10 0/0, l'assuré n'a rien à réclamer à l'assureur si le dommage n'excède pas 10.000 fr. ; puis, si le dommage est de 15.000 fr., l'assureur n'a à payer que 5.000 fr. Mais une clause manuscrite des polices restreint souvent au premier les effets des franchises.

Malgré les motifs qui les justifient, les franchises dans les assu-

rances sur facultés auraient le grave inconvénient qu'en cas d'assurance faite pour une somme importante, un découvert élevé pourrait rester à la charge de l'assuré, si l'on ne recourait aux *règlements par séries* ou *par capitaux distincts*. Ainsi, une franchise de 10 0/0 sur 100.000 fr. empêcherait toute réclamation pour un dommage n'excédant pas 10.000 fr. En outre, quand, de plusieurs colis distincts assurés, un seul ou quelques-uns seulement seraient atteints, la franchise serait pourtant calculée au profit de l'assureur sur le capital assuré entier. Pour parer à ces inconvénients, on divise souvent les marchandises assurées par une seule police en plusieurs séries distinctes, dont chacune forme un capital particulier : c'est sur ce capital que se fait le calcul de l'indemnité réclamée et c'est à lui aussi qu'est appliquée la franchise. Ainsi, supposons que 100 barriques d'eau-de-vie, chacune d'une égale valeur, soient assurées pour une somme de 40.000 fr. avec une franchise de 10 0/0 ; il faudra que le dommage excède 4.000 francs pour qu'une réclamation soit possible contre l'assureur. Mais on peut, dans la police, avoir divisé les barriques assurées, par exemple, en 4 séries ; chaque série représente alors une valeur de 10.000 fr. et, par cela seul que les barriques faisant partie d'une même série sont avariées pour plus de 1.000 fr., une réclamation sera possible.

Dans les assurances sur corps, les franchises, n'ayant pour but que d'éviter les petites réclamations, ont moins d'importance que dans les assurances sur facultés.

Des franchises ne sont pas ordinairement appliquées aux avaries-frais et elles sont, en général, écartées dans le cas où le délaissement a lieu.

Les franchises consistent parfois à exclure tout droit de réclamation dans certains cas prévus par la police. Telle est la clause usuelle qui exclut la responsabilité de l'assureur pour les risques de guerre. Telle est aussi la clause *franc d'avaries*. En vertu de cette clause, l'assuré ne peut agir contre l'assureur que dans le cas de sinistres majeurs, c'est-à-dire dans les cas où le délaissement est possible. Mais, d'après l'interprétation de cette clause donnée par le Code même (art. 409), lorsqu'un sinistre majeur s'est produit, l'assuré peut, à son gré, exercer l'action d'avarie ou faire le délaissement.

1003. *Assurances partielles ; règle proportionnelle.* — La chose assurée ne l'est pas toujours pour sa valeur entière ; quand elle l'est seulement pour une partie de sa valeur, il y a sans doute lieu d'appliquer toutes les règles posées précédemment, mais il faut tenir compte de ce que l'assuré a conservé un découvert et est resté, selon les expressions consacrées, son propre assureur pour l'excédent de la valeur de la chose assurée sur la somme assurée. Dans tous les cas, quelque

minime que puisse être le dommage, l'assuré le conserve à sa charge dans la mesure où il est demeuré son propre assureur. Ainsi, si un chargement de 200.000 fr. est assuré pour la moitié de sa valeur ou 100.000 fr., en cas de perte de la moitié de la cargaison, l'assureur n'a à payer qu'une indemnité de 50.000 francs.

1004. *Comparaison du délaissement et du règlement par avaries.* Dans les cas de sinistres majeurs, l'assuré a l'option entre ces deux partis. Selon les circonstances, c'est l'un ou c'est l'autre qui est le plus avantageux pour lui. Des exemples le prouveront, soit pour les assurances sur facultés, soit pour les assurances sur corps.

Assurances sur facultés. 1er cas. — 100 tonneaux de vin ont été assurés au départ pour 20.000 fr., 75 ont péri sur 100 et les 25 autres sont arrivés à l'état sain ; il y a perte des trois quarts. Si l'assuré délaisse, il touchera de l'assureur 20.000 fr., mais il ne pourra pas vendre les 25 tonneaux restants qui appartiendront à l'assureur et que celui-ci vendra à son profit, à la charge de payer le fret, les droits de douane et les frais de déchargement. Au contraire, si l'assuré exerce l'action d'avarie, il obtiendra de l'assureur 15.000 fr. et, de plus, il vendra les 25 tonneaux qui lui restent. S'il les vend 6.000 fr. et touche, déduction faite du fret, des droits de douane, etc., 5.500 fr., il aura en tout 20.500 fr. Dans ce cas, l'action d'avarie est plus avantageuse pour l'assuré ; seulement il y a à tenir compte des franchises qui en diminuent le bénéfice.

2e cas. — 180 tonneaux de vin sont assurés au départ pour leur valeur entière de 20.000 fr. Ils arrivent avariés et ne valent plus à destination que 5.000 fr. ; il y a détérioration des trois-quarts. Si l'assuré délaisse, il touchera 20.000 fr., et l'assureur qui vendra les tonneaux recevra 5.000 fr. moins les frais à en déduire. Si l'assuré opte pour l'action d'avarie, il recevra de l'assureur 15.000 fr. moins les franchises et touchera le prix de la vente des tonneaux, soit 5 000 fr. avec déduction à faire des charges. Dans ce cas, le délaissement offre plus d'avantage que le règlement par avaries.

Aesurances sur corps. — L'action d'avarie ou le délaissement présente plus d'avantage pour l'assuré suivant la valeur actuelle du navire ou selon le montant des réparations à faire.

Quand le navire a encore une valeur importante ou que les réparations n'atteignent qu'à peine les trois quarts de la somme assurée, l'assuré a intérêt à régler par avaries pour conserver le navire. Il y a lieu aussi de tenir compte de ce que les franchises ne s'appliquent pas en cas de délaissement (1).

(1) Avant la loi du 12 août 1885, le délaissement devait comprendre, en vertu

1005. *Formes de l'action d'avarie. Prescription. Fin de non-recevoir.* — Comme en cas de délaissement, l'assuré doit notifier à l'assureur les accidents dans les trois jours de l'avis qu'il en reçoit (art. 374). Les preuves à faire par l'assuré sont aussi les mêmes qu'en cas de délaissement. V. nos 997 et 998.

L'assureur est subrogé légalement à l'assuré pour tous les droits nés de l'accident qui a été la cause des avaries ; ainsi, en cas d'abordage, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré contre le capitaine d'un autre navire qui a causé l'abordage par sa faute et contre le propriétaire de ce navire, responsable en vertu de l'article 216, C. com. La subrogation légale, que la jurisprudence n'admet pas dans les assurances terrestres, est, d'après une longue tradition, admise dans les assurances maritimes.

L'action d'avarie est soumise à la prescription de 5 ans, comme le sont, en principe, toutes les actions dérivant du contrat d'assurance (art. 432). Cette prescription court de la date du contrat, bien que l'indemnité d'assurance ne soit due que si un sinistre se produit; il y a là une dérogation à l'article 2257, C. civ.

L'action d'avarie peut aussi être paralysée, en matière d'assurances sur facultés, par une fin de non-recevoir, avant que la prescription de 5 ans soit accomplie. D'après les articles 435 et 436, C. com., toutes actions contre les assureurs, pour dommage arrivé à la marchandise, sont non-recevables, si elle a été reçue sans protestation. Il faut que cette protestation soit faite et signifiée dans les 24 heures et suivie d'une demande en justice dans le mois de sa date. Il n'y a point de fin de non-recevoir analogue en matière d'assurance sur corps.

Section III. — Des obligations de l'assuré. Du privilège attaché à la créance de la prime.

1006. L'assuré est tenu : 1° de payer la prime ; 2° de ne pas commettre de réticence et de ne pas faire de fausse déclaration dans la police (art. 348) ; 3° d'agir, en cas d'accident, comme si le dommage devait être pour son compte, c'est-à-dire de faire tout ce qui est en lui pour éviter le dommage ou pour en restreindre l'importance (art. 381).

1007. *Obligation de payer la prime. Privilège.* — Autrefois, la prime se payait au moment de la signature de la police ; c'est précisé-

de l'ancien article 386, C. com., le fret des marchandises sauvées (n° 993). Pour pouvoir conserver pour lui le fret, l'assuré pouvait avoir intérêt à régler par avaries.

ment de ce qu'elle se payait avant tout (*primo*) que lui vient son nom. Aujourd'hui, l'assureur accorde un délai fixe à l'assuré pour la payer et convient souvent avec lui que la prime se compensera, en cas de sinistre, jusqu'à due concurrence, avec l'indemnité d'assurance.

L'article 191-10° déclare privilégié : *le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage*. La prime est donc garantie par un privilège dans les assurances sur corps. Mais le privilège n'est attaché qu'à la prime due pour le *dernier voyage*, et des difficultés s'élèvent sur le sens de cette expression (1).

Pour l'exercice de son privilège, l'assureur justifie du montant des primes par les polices ou par les extraits des livres des courtiers d'assurances (art. 192-8°) ou des notaires.

Aucune disposition légale n'accorde expressément un privilège à l'assureur sur facultés pour le paiement de la prime. On a parfois soutenu que, les privilèges étant de droit étroit, la prime ne peut être privilégiée dans les assurances sur facultés ; cela n'est pas admissible. Dans notre ancien Droit, le privilège de la prime était admis dans les deux grandes espèces d'assurances maritimes : rien n'indique que le législateur de 1807 ait voulu innover à cet égard ; on ne verrait, du reste, pas pourquoi l'assureur sur facultés serait moins favorisé par la loi que l'assureur sur corps.

1008. *Obligation de déclarer tout ce qui concerne les risques. Réticence. Fausses déclarations.* — L'assuré est tenu de déclarer à l'assureur, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances de nature à faire bien connaître à celui-ci la chose assurée et à lui faire apprécier exactement les risques auxquels elle est exposée. En effet, l'assureur prend à sa charge des risques afférents à un navire ou à une cargaison que le plus souvent il n'a pas vus, à une expédition maritime qu'il n'a pas conçue ; il faut que l'assuré renseigne l'assureur pour que celui-ci se rende bien compte de la portée des obligations qu'il contracte. La loi se montre à cet égard particulièrement exigeante pour l'assuré. C'est ce qui fait dire encore parfois que l'assurance est un contrat de bonne foi, bien que, dans la législation moderne, il n'y ait plus de contrat de droit strict (art. 1135, C. civ.). Cette obligation de l'assuré est sanctionnée par l'article 348, C. com., d'après lequel *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*

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VI, nos 1461 et suiv.

l'assurance (1). Dans les cas visés par l'article 348, ou il n'y a pas concours des volontés de l'assureur et de l'assuré, ou bien le consentement de l'assureur a été surpris par le dol de l'assuré ou est entaché d'erreur.

La réticence consiste dans le silence gardé par l'assuré, la fausse déclaration, dans la déclaration faite par lui d'une circonstance contraire à la réalité.

L'article 348 parle du *sujet du risque*, il entend par là la chose assurée elle-même. Il y a changement du sujet du risque lorsque, par suite d'une fausse déclaration ou d'une réticence de l'assuré, l'assureur a cru que la chose assurée était une chose autre que celle que l'assuré voulait faire garantir contre les risques de mer. Il y a *diminution de l'opinion du risque*, quand, par suite d'une de ces causes, l'assureur a cru les risques moindres qu'ils ne le sont en réalité.

L'article 348 s'applique d'abord au cas où il y a eu mauvaise foi de la part de l'assuré. Ici la loi déroge au droit commun (art. 1116, C. civ.), en se contentant d'un dol qui a pu modifier les conditions du contrat, sans en déterminer la conclusion (*dolus dans causam contractui*), et en assimilant le silence gardé par l'assuré à des manœuvres actives. Du reste, dans les cas prévus par l'article 348, la nullité paraît devoir être admise alors même qu'il n'y a pas eu dol, mais que, par suite d'une inadvertance, l'assuré a fait une déclaration inexacte ou incomplète. Il y a alors erreur de l'assureur.

Pour que la réticence ou la fausse déclaration rende l'assurance nulle, il n'est pas nécessaire que le fait inexactement indiqué ou non déclaré ait influé effectivement sur le risque (art. 348, 2e alin., C. com.). Dès que les parties ne se sont pas entendues sur la chose assurée et sur les risques, il n'y a pas eu accord des volontés ou il y a eu, au moins, vice du consentement. L'assureur peut toujours dire que, mieux renseigné, il n'aurait pas consenti à l'assurance, quels que soient les faits postérieurs. Ainsi, un navire qui doit faire échelle, est assuré avec déclaration qu'il n'entrera dans aucun port intermédiaire ; l'assureur pourra invoquer la nullité de l'assurance, alors même que le navire périrait avant de s'être détourné de sa route pour faire échelle.

A la réticence et à la fausse déclaration, l'article 348, C. com., assimile toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminuerait l'opinion du risque ou qui en changerait le sujet. Cela vise seulement les assurances sur facultés ; le connaissement désignant

(1) La formule même de l'article 348, C. com., à l'exception de quelques mots qui visent le connaissement, est reproduite généralement dans les polices d'assurances non maritimes. V. n° 1008, dernier alinéa.

les marchandises, le nom du navire, les points de départ et de destination, constate des faits qui ne peuvent être indiqués différemment dans la police ; s'ils le sont autrement, il y a fausse déclaration ; s'ils y sont passés sous silence, il y a réticence.

CHAPITRE VII.

Des droits des créanciers chirographaires sur les navires. Du prêt a la grosse. De l'hypothèque maritime. Des privilèges sur les navires. De la saisie et de la vente des navires.

1009. Les bâtiments de mer, comme les autres biens, sont le gage des créanciers du propriétaire, et ceux ci ont des droits différents selon qu'ils sont créanciers chirographaires, privilégiés ou hypothécaires. Mais, au point de vue des droits des créanciers sur les navires, nos lois dérogent, sous plusieurs rapports, aux principes du droit commun. Elles reconnaissaient aux créanciers même purement chirographaires un droit de suite tout spécial sur les navires. Comme ce droit de suite ne constituerait pas une garantie suffisante pour déterminer des tiers à faire crédit aux propriétaires de navires, nos lois mettent à la disposition de ceux-ci deux moyens de crédit réel, le prêt à la grosse et l'hypothèque maritime. En outre, elles attachent à de nombreuses créances des privilèges sur les navires, à raison de leur cause. Les créanciers chirographaires, privilégiés ou hypothécaires, ont le droit de saisir et de faire vendre le navire de leur débiteur ; cette saisie et cette vente sont soumises à des règles particulières.

Il sera traité dans ce chapitre : Section Ire. *Du droit de suite des créanciers chirographaires sur les navires.* — Section II. *Du prêt à la grosse.* — Section III. *De l'hypothèque maritime.* — Section IV. *Des privilèges sur les navires.* — Section V. *De la saisie et de la vente des navires.*

Section première. — Du droit des créanciers chirographaires sur les navires.

1010. D'après le droit commun, les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur les biens de leur débiteur (art. 2092, C. civ.). Ce droit est très précaire, par cela même qu'il s'éteint en cas

d'aliénation à titre particulier ; les créanciers chirographaires ne peuvent atteindre exceptionnellement les biens aliénés par leur débiteur qu'en cas de fraude en vertu de l'article 1167, C. civ., ou en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de leur débiteur, conformément aux articles 446 et 447, C. com. Sur les navires, au contraire, le Code reconnaît aux créanciers, même chirographaires, un droit de suite en cas d'aliénation. Il est ainsi dérogé à deux principes du droit commun : *a*) il n'y a pas de droit de suite sur les meubles ; *b*) sur les immeubles mêmes, il n'y a un droit de suite qu'au profit des créanciers hypothécaires et privilégiés. Deux raisons expliquent l'admission du droit de suite sur les navires. D'abord, ceux-ci constituent souvent une partie notable de la fortune de leurs propriétaires, sur laquelle les créanciers ont dû compter pour être payés. Puis, sur les meubles ordinaires, l'existence d'un droit de suite serait gênante, par cela même qu'ils sont l'objet du commerce ; ce droit ne peut pas, en tant qu'il porte sur les navires, nuire au commerce de mer ; car ils sont l'instrument et non l'objet du commerce de mer.

Le droit de suite des créanciers chirographaires, comme, du reste, celui des créanciers privilégiés, a sur les navires moins de force que celui des créanciers hypothécaires : celui-ci s'éteint moins facilement.

L'existence du droit de suite des créanciers chirographaires sur les navires n'est pas reconnue expressément par le Code de commerce ; ce droit était admis par l'Ordonnance de 1681 et des dispositions du Code le consacrent au moins implicitement. L'article 190, C. com., dispose que les navires sont affectés aux dettes du vendeur, *et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*. Ces derniers mots indiquent qu'il y a d'autres dettes que les dettes privilégiées auxquelles le navire est affecté : ce ne peuvent être que les dettes chirographaires du vendeur ; car le Code de 1807 n'admettait pas l'hypothèque maritime, que la loi du 10 décembre 1874 a introduite dans notre législation.

Par cela même que les aliénations de navires n'ont d'effet à l'égard des tiers qu'à partir de la mutation en douane (n° 872), le droit de suite appartient à tous les créanciers de l'aliénateur même postérieurs à l'aliénation, pourvu que leurs créances aient pris naissance avant l'accomplissement des formalités de la mutation en douane.

1011. *Causes d'extinction du droit de suite.* — Le droit de suite, à raison de son caractère de droit accessoire, s'éteint avec la créance même à laquelle il est attaché (art. 193, al. 1, C. com.). Mais, si le droit de suite ne s'éteignait ainsi que par voie de conséquence, il aurait parfois une durée trop longue, ce qui pourrait créer une entrave à la transmission des navires. La loi a dû, en conséquence, admettre que le droit de suite des créanciers chirographaires ou privilégiés peut

s'éteindre par des causes particulières, alors même que la créance qu'il garantit subsiste encore. Le Code mentionne deux causes d'extinction du droit de suite : 1° la vente sur saisie ; 2° la vente volontaire quand elle est accompagnée de certains faits.

Le droit de suite s'éteint d'abord de plein droit *par la vente en justice faite dans les formes voulues par le titre II du livre II, C. com.*, (art. 193, al. 2). Cette disposition vise au moins principalement la vente sur saisie ; la publicité, qui entoure cette vente, garantit qu'elle sera faite pour le prix le plus élevé possible. En conséquence, après une vente sur saisie d'un navire faite sur leur débiteur, les créanciers de celui-ci ne peuvent plus inquiéter l'acquéreur ; il va de soi qu'ils conservent leur droit de préférence sur le prix tant qu'il n'a pas été payé.

La vente volontaire d'un navire n'entraîne pas, par elle-même, l'extinction du droit de suite : cet effet ne se produit que quand plusieurs conditions sont remplies. D'après l'article 193, dern. alin. C. com., le droit de suite est éteint... *lorsqu'après une vente volontaire, le navire aura fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur.* Il résulte de là que, pour qu'il y ait extinction du droit de suite après une vente volontaire, trois conditions doivent être réunies ; il faut : 1° que le navire ait fait un voyage en mer ; 2° que ce voyage ait eu lieu sous le nom et aux risques de l'acquéreur ; 3° que ce voyage soit terminé sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

Il faut se rendre compte du but général de ces trois conditions, dont chacune doit être examinée à part. Les créanciers privilégiés sur les navires et les créanciers chirographaires n'ont à remplir aucune formalité de publicité analogue à l'inscription des hypothèques pour révéler aux tiers l'existence de leurs droits. Il faut donc, à défaut d'une notification individuelle qui est impossible, leur notifier collectivement l'aliénation du navire et les mettre en demeure de se faire connaître à peine de déchéance. Si les créanciers répondent a cette notification en se faisant connaître, ils conservent leur droit intact ; s'ils n'y répondent pas, ils sont réputés avoir renoncé à leur droit de suite, qui est alors purgé, comme il l'est en cas de vente sur saisie, par le seul fait de cette vente.

1° *Voyage en mer.* — L'article 194, C. com., détermine le sens de cette expression au point de vue de l'extinction du droit de suite.

2° *Voyage aux frais et aux risques de l'acquéreur.* — Cela signifie que l'acquéreur doit avoir rempli la formalité à la suite de laquelle il est tenu envers les administrations publiques des diverses obligations qui incombent aux propriétaires de navires (cette formalité est celle de

la mutation en douane) et que les expéditions du navire (congé, acte de francisation) doivent avoir été requises au nom de l'acquéreur.

3° *Défaut d'opposition des créanciers.* — Le voyage en mer fait au nom et aux risques de l'acquéreur interpelle collectivement les créanciers ; mis en demeure de se faire connaître, ils doivent, pour répondre à l'interpellation, former opposition au paiement du prix entre les mains de l'acquéreur. Si, malgré cela, l'acquéreur payait son prix au vendeur, il demeurerait exposé au droit de suite des créanciers opposants. Il faut que l'opposition n'ait pas été faite pour que le droit de suite soit éteint.

1012. Plus forts que sur tous les autres biens, les droits des créanciers chirographaires sur les navires sont loin, pourtant, de leur donner une sécurité complète ; ils sont soumis à la loi du concours et leur droit de suite s'éteint assez facilement. Aussi, pour avoir du crédit, est-il nécessaire que le propriétaire d'un navire ou le capitaine puisse affecter spécialement son bâtiment à ses créanciers. Cette affectation peut résulter d'un *prêt à la grosse* ou d'une *hypothèque maritime*.

Section II. — **Du prêt à la grosse** (1).

1013. — Il n'est pas d'industrie qui ait besoin de plus de capitaux que celle des armements. Il faut aux propriétaires de navires des sommes importantes pour les armer, les équiper, les mettre en état de prendre un chargement, les réparer, s'il y a lieu, au cours du voyage. Les commerçants qui veulent affréter un bâtiment, ont aussi besoin d'argent pour payer le prix de leurs marchandises et les faire transporter. Ces personnes doivent souvent recourir à l'emprunt. Afin de rembourser les sommes empruntées, les armateurs et les chargeurs comptent sur le succès de leurs entreprises, mais il peut se faire que, par suite de risques maritimes, le navire ou la cargaison périssent en totalité ou en partie, ou subissent des avaries. Les emprunteurs peuvent alors éprouver de grandes difficultés pour rembourser la somme prêtée. Afin d'échapper à ces difficultés, il leur suffit de ne s'obliger au remboursement que pour le cas où soit le navire, soit la cargaison, arrivera au port de destination heureusement et sans avoir subi d'avaries. Le prêteur supporte, dans ce cas, des risques analogues à ceux que supporte l'assureur maritime. On ne parvient à trouver des prêteurs à des conditions aussi onéreuses pour eux qu'en leur conférant des avantages spéciaux. D'abord, le navire ou la cargaison, dont le sort doit influer

(1) C. com., art. 311 à 331.

sur la créance du prêteur, leur est spécialement affecté, de telle sorte qu'au moyen d'un privilège, le prêteur passe avant les autres créanciers de l'emprunteur au rang déterminé par la loi. Ensuite, pour le cas d'heureuse arrivée, l'emprunteur s'oblige à payer, outre le capital, un intérêt parfois assez élevé, qui n'était pas limité, même alors que l'intérêt n'était pas libre en matière commerciale (avant la loi du 12 janvier 1886) ; cet intérêt est garanti par le même privilège que le capital.

C'est au prêt dans lequel le prêteur supporte ainsi les risques de mer, qu'on donne le nom de *prêt à la grosse aventure,* à raison des risques courus par le prêteur. Ce contrat est aussi appelé *prêt à la grosse, contrat de grosse, prêt à retour de voyage* (1). On appelle le prêteur *prêteur* ou *donneur à la grosse*, et l'emprunteur *emprunteur* ou *preneur à la grosse*. L'intérêt promis au prêteur reçoit le nom de *profit maritime, change maritime, intérêt* ou *profit nautique, prime de grosse.*

On peut dire que le prêt à la grosse est un mélange de deux contrats, le prêt et l'assurance maritime. De même qu'en cas de fortune de mer, l'assureur doit payer une indemnité à l'assuré, le prêteur perd dans le même cas le droit de se faire rembourser la somme prêtée en tout ou en partie. Du reste, ce contrat intervient dans deux circonstances différentes : l'emprunt à la grosse est contracté, soit par le propriétaire du navire, soit en cours de voyage par le capitaine. Le propriétaire peut emprunter à la grosse avant le départ, notamment pour subvenir aux frais d'armement ; il est tenu alors sur tous ses biens du capital et du profit maritime ; seulement son obligation disparaît complètement ou est réduite en cas de perte ou d'avaries de la chose affectée au prêt. Dans ce cas, le prêteur joue bien le rôle d'assureur, en ce sens que les accidents de mer lui enlèvent, totalement ou en partie, le droit de se faire rembourser par l'emprunteur.

Le prêt à la grosse avant le départ, qui était connu très anciennement, est devenu fort rare. Cela tient à plusieurs causes. Par suite de la nécessité de l'avance à faire par le prêteur, on trouve plus facilement un assureur qu'un prêteur. Puis, par cela même qu'il fait un déboursé, le prêteur exige souvent un profit maritime plus élevé que ne le serait une prime d'assurance. Enfin, en admettant l'hypothèque maritime, les lois de 1874 et de 1885 ont supprimé le privilège du prêt à la grosse antérieur au départ. La disparition de ce privilège qui, primant l'hypothèque maritime, aurait ôté à celle-ci toute son utilité, a porté le dernier coup au prêt à la grosse fait avant le départ.

(1) Ce nom vient de ce qu'ordinairement, la somme prêtée ne doit être remboursée qu'au retour du voyage.

On recourt à un emprunt à la grosse en cours de voyage, quand on a à pourvoir à des frais de réparation, à des achats de victuailles ou à d'autres nécessités urgentes ; c'est alors le capitaine qui emprunte sur le navire ou la cargaison. Pour éviter les abus, la loi lui prescrit seulement de remplir certaines formalités (art. 234, C. com.). Dans ce contrat, l'analogie avec l'assurance est bien moindre que dans le prêt à la grosse antérieur au départ. Il y a alors une sorte d'obligation réelle, pesant sur le navire ou sur la cargaison. Le capitaine n'est pas obligé, puisqu'il a emprunté au nom du propriétaire du navire, et le propriétaire du navire a la faculté d'abandon en vertu de l'article 216, C. com.

Le prêt à la grosse fait en cours de voyage est lui-même de moins en moins fréquent ; il tend partout à disparaître. Aujourd'hui, les armateurs ont des représentants dans les ports d'échelle les plus importants et ces représentants se chargent de remettre au capitaine les sommes qui peuvent lui être nécessaires par suite d'accidents imprévus.

1014. Dans le prêt à la grosse, outre les conditions essentielles exigées dans tous les contrats, il y a quatre éléments essentiels : 1° une somme prêtée ; 2° une chose affectée au remboursement du capital prêté et du profit maritime ; 3° des risques maritimes courus par la chose affectée au prêt et mis à la charge du prêteur ; 4° un profit maritime, stipulé au profit du prêteur.

Il faut remarquer : *a*) qu'en principe, ce sont les choses dont l'assurance est possible, qui peuvent être affectées à un prêt à la grosse (art. 315) ; *b*) qu'en règle générale, le prêteur court les mêmes risques que l'assureur.

1015. Il peut se faire que le navire ou la cargaison ait été affecté à plusieurs prêts à la grosse ou ait été l'objet à la fois d'un prêt et d'une assurance. Comment sont réglés les conflits qui s'élèvent entre les prêteurs ou entre le prêteur à la grosse et l'assureur ?

Concours de plusieurs prêts à la grosse. — On ne peut faire sur une même chose ni un prêt, ni plusieurs prêts excédant la valeur de la chose affectée. En cas de violation de cette règle, les prêts les derniers en date sont ristournés pour l'excédent, c'est-à-dire que le remboursement de cet excédent est dû à tout événement, comme s'il avait été l'objet d'un prêt ordinaire. Mais il peut se faire qu'une chose ait été affectée à plusieurs prêts à la grosse n'excédant pas sa valeur au moment où ils ont été faits et que, par suite d'accidents de mer, cette valeur se trouve réduite au-dessous du montant des prêts. Il faut alors déterminer dans quel ordre les différents prêteurs peuvent se faire payer les sommes qui leur sont dues sur la chose qui leur est affectée. Pour résoudre cette question, plusieurs cas sont à distinguer.

1° Quand il s'agit de plusieurs prêts faits tous avant le départ, les prêteurs concourent. Cela montre bien que l'emprunt à la grosse antérieur au départ est un moyen de crédit insuffisant et vicieux ; celui qui a fait le premier prêt en date n'est jamais certain que, par suite de prêts postérieurs, il n'aura pas à supporter le concours d'autres prêteurs.

2° Si, parmi les prêts à la grosse, les uns ont été faits avant le départ et les autres durant le voyage ou à des époques distinctes durant le même voyage ou pendant des voyages différents, la règle est tout autre : ce sont les derniers prêteurs en date qui sont préférés (art. 323, C. com.). Cette règle s'explique par cette considération que les derniers prêts, étant faits pour les besoins de la navigation, ont servi à la conservation du gage affecté aux prêts antérieurs. On peut dire des derniers prêteurs en date : *salvam fecerunt pignoris causam.*

Conflit entre le prêt à la grosse et l'assurance. — Ce conflit se présente quand un navire ou une cargaison a été affecté à un prêt à la grosse et a été assuré.

On ne peut pas faire une assurance et un prêt à la grosse sur une chose pour une somme en excédant la valeur ; autrement, le propriétaire serait intéressé à la perte. Ainsi, supposons qu'une personne ait emprunté sur des marchandises valant 50.000 fr. une somme égale, elle ne peut pas faire assurer ces marchandises, et, à l'inverse, si elle les a fait d'abord assurer pour 50.000 fr., elle ne peut pas faire sur ces marchandises un emprunt à la grosse. Si un prêt et une assurance de 50.000 fr. chacun étaient possibles sur ces marchandises, en cas de perte, le propriétaire n'aurait pas à rembourser la somme prêtée et toucherait 50.000 fr. de l'assureur, tandis qu'en cas d'heureuse arrivée, il aurait à rembourser la somme prêtée et ne toucherait aucune indemnité.

Du reste, l'assurance antérieure n'est un obstacle qu'aux prêts à la grosse faits avant le départ ; elle n'empêche nullement, quel que soit le montant de la somme assurée, de faire des emprunts en cours de voyage. Ces emprunts sont contractés dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes ; ils ont généralement pour cause des événements de mer dont les assureurs sont responsables.

Mais rien n'empêche de faire, avant le départ, à la fois un prêt à la grosse et une assurance, s'il y a un aliment suffisant pour les deux contrats. Ainsi, des marchandises valant 40.000 fr. peuvent être assurées pour 20.000 fr. et être affectées à un prêt d'égale somme. Mais si, par suite d'un accident de mer, il ne reste que des débris, il y a à déterminer quels sont sur ces débris les droits respectifs de l'assureur, auquel le délaissement a été fait, et du prêteur, qui n'a pas d'action

personnelle contre l'emprunteur. Le Code (art. 331) admet que l'assureur et le prêteur concourent en proportion de leur intérêt respectif.

1016. *Comparaison entre le prêt à la grosse et l'assurance maritime.* — Entre les deux contrats il y a de nombreux points de ressemblance, mais il existe aussi quelques différences notables.

Ils se ressemblent notamment aux points de vue suivants : 1° Il y a une personne (le prêteur ou l'assureur) qui prend à sa charge les risques de mer auxquels sont exposées les choses d'une autre personne. 2° Il y a un prix des risques, le profit maritime ou la prime. 3° Le prêt à la grosse ne peut pas être pour l'emprunteur une cause d'enrichissement, de même que l'assurance ne doit pas enrichir l'assuré. 4° La responsabilité du prêteur est, en général, la même que celle de l'assureur.

Ils diffèrent, au contraire, notamment sous les rapports qui suivent :

1° Le prêteur fait une avance qui, selon les cas, ne lui est pas restituée du tout ou ne lui est rendue qu'en partie. L'assureur ne remet rien à l'assuré lors de la conclusion du contrat ; il n'est obligé de lui payer une indemnité que si un accident de mer se produit. 2° Aussi, en cas d'avaries, l'emprunteur, à la différence de l'assuré, ne joue pas le rôle de demandeur, mais celui de défendeur. 3° Le profit maritime, à la différence de la prime, n'est payable qu'en cas d'heureuse arrivée (1).

Section III. — De l'hypothèque maritime (2).

1017. En général, tous les biens peuvent être, selon qu'ils sont immobiliers ou mobiliers, hypothéqués ou donnés en gage. Avant la loi du 10 décembre 1874, il n'en était pas ainsi des bâtiments de mer ; une raison de droit rendait impossible l'hypothèque des navires, et une raison de fait empêchait de les donner en gage. Les immeubles étaient, dans notre législation (C. civ., art. 2118), seuls susceptibles d'hypothèque et les navires sont des meubles (C. com., art. 190, al. 1). En droit, rien sans doute ne s'opposait à la constitution en gage des navires ; mais la constitution en gage suppose, pour être opposable aux tiers, la mise en possession du créancier gagiste (art. 2076, C. civ. ; art. 92, C. com.) et l'on ne comprend pas comment le pro-

(1) Une convention expresse est nécessaire pour rendre la prime d'assurance payable seulement en cas d'heureuse arrivée (n° 980).

(2) Loi du 10 juillet 1885 (remplaçant la loi du 10 décembre 1874).

priétaire d'un bâtiment, qui a besoin d'argent pour le faire naviguer, le condamne à l'immobilité en en transmettant la possession à son créancier. Il est vrai qu'on a toujours pu affecter un navire à un créancier en recourant à un prêt à la grosse. Mais c'est là un moyen de crédit insuffisant sous bien des rapports. D'abord, celui qui prête à la grosse avant le départ est exposé à subir le concours de tous ceux qui prêtent dans les mêmes conditions (n° 1015). Il n'y a aucun moyen de publicité permettant à un prêteur à la grosse de savoir si le navire n'a pas été déjà affecté à d'autres prêteurs. Puis, la créance du prêteur est menacée par toutes les fortunes de mer qui peuvent atteindre le navire. Enfin, à raison même des risques qu'il court, le prêteur exige souvent un profit maritime élevé et, ainsi, cette sorte d'emprunt peut être une cause de ruine pour l'emprunteur.

L'insuffisance du prêt à la grosse comme moyen de crédit, l'impossibilité de droit ou de fait d'hypothéquer ou de donner en gage les navires étaient très gênantes pour l'industrie des armements et pour celle des constructions maritimes, qui ont besoin de tant de capitaux. Elles en étaient réduites, pour se les procurer, à recourir à des opérations détournées dont la validité était douteuse : c'est pour remédier à cette situation que la loi du 10 décembre 1874 a admis que les navires peuvent être hypothéqués. Une dérogation a été ainsi apportée à la règle générale de notre législation qui exclut toute hypothèque sur les meubles (art. 2119, C. civ.). Cette dérogation, qui s'explique par des raisons d'utilité pratique, peut se justifier théoriquement (1). Sur les meubles, en général, l'absence d'un droit de suite ferait de l'hypothèque une garantie très précaire. Pour les navires, le droit de suite étant déjà admis pour les créanciers privilégiés et chirographaires, il ne pouvait y avoir d'inconvénient à l'admettre pour une nouvelle classe de créanciers. En outre, pour les meubles, en général, l'organisation d'un système de publicité est impossible ; on ne saurait, à raison même du déplacement fréquent des meubles, en quel lieu les formalités de publicité devraient être remplies pour que les tiers en eussent facilement connaissance. Mais les navires ont une sorte de domicile légal, leur port d'attache ou d'immatricule (nos 864 et 867), c'est là que se remplissent les formalités concernant la transmission de la propriété des navires. Il était tout simple de faire remplir au même lieu des formalités de

(1) Au reste, il y a dans notre législation une certaine tendance à l'admission de l'hypothèque sur les meubles, sans que les lois emploient nécessairement le mot *hypothèque*. Ainsi, le gage des fonds de commerce (L. 17 mars 1909) et les warrants agricoles (L. 30 avril 1906) sont de véritables hypothèques, par cela même que la mise en possession du créancier n'est pas exigée.

publicité relatives aux hypothèques établies sur les navires. Sous l'empire de la loi de 1874, le nombre des hypothèques maritimes constituées a été fort restreint et l'on a attribué en partie cet insuccès de l'institution nouvelle aux vices de la loi; aussi la loi du 10 juillet 1885, qui a remplacé complètement la loi de 1874, y a-t-elle apporté plusieurs modifications importantes.

L'hypothèque maritime a, sans doute, beaucoup d'analogie avec l'hypothèque terrestre; mais elle en diffère aussi à des points de vue importants. Nous résumerons les règles qui régissent l'hypothèque maritime, en indiquant ces différences.

1018. 1. *Causes de l'hypothèque.* — Les hypothèques terrestres sont *conventionnelles, légales* ou *judiciaires* (art. 2116, 2117, 2121, 2123, C. civ.); l'hypothèque maritime ne peut être établie que par convention (L. 10 juillet 1885, art. 1). On a voulu favoriser le crédit maritime, et l'hypothèque conventionnelle seule peut être utile à ce point de vue.

2. *Navires pouvant être hypothéqués.* — On peut hypothéquer les immeubles même de la plus petite dimension. Les seuls navires susceptibles d'hypothèques sont ceux de 20 tonneaux au moins (L. 10 juillet 1885, art. 36). Quand un navire n'atteint pas ce tonnage, la construction et l'armement n'en exigent pas d'ordinaire des capitaux assez importants pour qu'un appel au crédit soit nécessaire.

Du reste, un navire en construction peut être hypothéqué aussi bien qu'un navire déjà construit (art. 5). L'hypothèque d'un navire en construction peut être utile au constructeur pour se procurer les capitaux qui lui sont nécessaires pour achever le navire. Elle est aussi avantageuse pour celui qui a commandé un navire à un constructeur (construction par économie), afin d'assurer le remboursement des sommes payées au fur et à mesure de l'avancement du navire en cas de faillite du constructeur avant que le navire soit achevé.

3. *Forme de la constitution.* — Le Code civil (art. 2127) exige un acte notarié pour la constitution de l'hypothèque terrestre. La loi (art. 2) exige un écrit pour la constitution de l'hypothèque maritime, mais se contente d'un acte sous seing privé. On a voulu éviter les frais.

4. *Publicité.* — L'hypothèque maritime, comme l'hypothèque terrestre, doit être inscrite pour être opposable aux tiers et n'a de rang que du jour de son inscription (art. 6). Mais, tandis que, pour les hypothèques terrestres, l'inscription est opérée par un conservateur spécial des hypothèques, pour les hypothèques maritimes, les fonctions de conservateur sont remplies par le receveur principal des douanes du port d'attache du navire; il opère l'inscription sur un registre spécial. L'inscription de l'hypothèque maritime comme celle de l'hypothèque terres-

tre, ne conserve ses effets que pendant dix ans et est, par suite, soumise au renouvellement (art. 11, loi de 1885, et art. 2154, C. civ.).

5. *Hypothèque constituée sur une partie indivise. Partage.* — Un immeuble indivis peut être hypothéqué par chacun des copropriétaires pour sa part indivise seulement; il n'est pas besoin pour cela du consentement des autres copropriétaires. En cas de partage, l'hypothèque ainsi constituée sur une part indivise subsiste ou s'évanouit, en vertu de la règle du partage déclaratif (art. 883, C. civ.), selon que l'immeuble grevé est placé ou non dans le lot du copropriétaire qui a constitué l'hypothèque. Quand il s'agit d'un navire indivis, une hypothèque peut être constituée par l'armateur-gérant, du consentement de la majorité des copropriétaires (art. 220, C. com.) ou avec l'autorisation du juge dans le cas de l'article 223, C. com. (art. 3, L. 10 juillet 1885). En outre, chaque copropriétaire peut bien hypothéquer sa part, mais il ne le peut faire que du consentement de la majorité (art. 3, dern. al.). On a voulu empêcher que les hypothèques constituées sur les parts indivises du navire par chacun des copropriétaires ne fussent un obstacle à la constitution d'une hypothèque sur le navire entier pour les besoins de la navigation dans l'intérêt commun. — Quand une hypothèque a été établie sur une part indivise d'un navire, elle subsiste alors même que le navire est placé après le partage dans le lot d'un copropriétaire autre que celui qui a constitué l'hypothèque (art. 17). On a voulu, en dérogeant ainsi à l'article 883, C. civ., que l'hypothèque maritime fût une garantie dont la disparition ne pût pas dépendre des résultats éventuels d'un partage. Du reste, cette dérogation se comprend d'autant mieux que l'hypothèque maritime ne peut être constituée sur une part indivise sans le consentement de la majorité des propriétaires.

Le créancier, auquel une hypothèque a été constituée sur une part indivise d'un navire, ne peut, en principe, faire vendre que cette part, par cela même qu'il n'a de droit que sur elle. Cependant, il a le droit de saisir et de faire vendre le navire entier quand l'hypothèque s'étend à plus de la moitié, à charge d'appeler à la vente tous les copropriétaires (art. 16, L. du 10 juillet 1885).

6. La loi organise pour l'hypothèque maritime comme pour l'hypothèque terrestre une procédure de purge. Seulement, pour la purge de l'hypothèque maritime, les délais sont abrégés (art. 18 à 22, L. 10 juillet 1885). A la différence de ce qui est admis pour l'hypothèque terrestre, toute vente faite en justice, ne fût-ce pas une vente sur saisie, entraîne la purge par elle-même (art. 29, L. 1885).

1019. Les créanciers ayant hypothèque sur un navire peuvent redouter que, par suite d'une vente faite à des étrangers, le navire

hypothéqué ne cesse d'être français et qu'ainsi, l'exercice de leurs droits ne devienne impossible ou au moins très difficile. On pourrait concevoir même qu'un débiteur malhonnête eût recours à une pareille vente pour faire disparaître la garantie qu'il a donnée à son créancier ; si cela se pouvait, l'hypothèque maritime serait une sûreté très précaire. Aussi la loi de 1885 (art. 33) interdit-elle la vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques à un étranger, soit en France, soit à l'étranger, et déclare-t-elle nul tout acte fait en fraude de cette interdiction et rend-elle le vendeur passible des peines de l'article 408, C. pén., relatif à l'abus de confiance.

1020. Lorsque le bâtiment de mer grevé d'hypothèques est assuré, les créanciers hypothécaires peuvent-ils exercer leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, comme ils l'exercent, en cas de vente, sur le prix, ou, au contraire, tous les créanciers ont-ils des droits égaux sur cette indemnité ? Les règles de notre législation ont varié sur cette question. Il faut distinguer, à cet égard, trois périodes différentes : la première allant de la loi sur l'hypothèque maritime du 10 décembre 1874 à la loi du 10 juillet 1885, la seconde comprise entre cette dernière loi et la loi du 19 février 1889, la troisième qui commence avec cette loi et dans laquelle nous nous trouvons.

1. La loi du 10 décembre 1874 avait admis, pour les créanciers ayant une hypothèque maritime, une disposition dérogatoire au droit commun, qui paraissait de nature à soustraire leur droit aux hasards de la navigation et à faire de l'hypothèque maritime une sûreté sérieuse. On sait qu'en principe, jusqu'à la loi du 19 février 1889 (art. 2), une indemnité d'assurance n'était pas considérée comme représentant la chose assurée, de même que le prix représente la chose vendue. C'était ainsi que les créanciers ayant une hypothèque sur une maison ne pouvaient pas exercer leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurance due en cas d'incendie. La loi de 1874 (art. 17) admettait qu'*en cas de sinistre majeur* atteignant un navire hypothéqué, les créanciers hypothécaires pouvaient exercer leur droit sur l'indemnité d'assurance due au propriétaire du navire par l'assureur, comme, en cas de vente, ils l'eussent exercé sur le prix du navire vendu. L'assureur, averti par les inscriptions, devait alors payer l'indemnité directement aux créanciers hypothécaires ; le paiement fait au propriétaire assuré n'aurait pas été libératoire pour l'assureur, de telle sorte qu'il aurait été tenu de payer une seconde fois l'indemnité aux créanciers jusqu'à concurrence de leurs créances.

2. Les assureurs critiquèrent vivement la disposition de la loi qui, prétendaient-ils, pouvait les exposer à payer deux fois, et, tenant compte de leurs protestations, la loi du 10 juillet 1885 a fait retour au

droit commun, en supprimant, par le silence même gardé par elle sur la question, la subrogation de l'indemnité d'assurance au navire assuré. Ainsi les créanciers hypothécaires ne pouvaient avoir un droit exclusif sur cette indemnité qu'en vertu d'une cession qui leur était consentie par leur débiteur.

3. La loi du 19 février 1889 a changé le droit commun. Elle dispose (art. 2) : « *Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incen-* « *die, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux, et les autres* « *risques, sont attribuées, sans qu'il y ait délégation expresse, aux* « *créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. Néan-* « *moins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont vala-* « *bles* ». Cette disposition est très générale ; elle vise les assurances contre les risques de toute espèce et, par suite, elle doit être appliquée aux assurances maritimes comme aux autres.

Mais il importe de remarquer que le système résultant de la loi du 19 février 1889 n'est pas le même que celui de la loi du 10 décembre 1874. D'après la loi de 1874 (art. 17), l'inscription valait opposition entre les mains de l'assureur, et le paiement fait au propriétaire du navire assuré était nul à l'égard du créancier hypothécaire. En vertu de l'article 2 de la loi du 14 février 1889, l'inscription ne vaut plus opposition ; il faut qu'une opposition réelle soit formée pour que l'assureur ne puisse pas payer valablement l'assuré. Ce système ne peut pas avoir les inconvénients reprochés à la loi du 10 décembre 1874 par les assureurs.

Il faut, en outre, constater :

1° Que la subrogation de l'indemnité au navire n'existait, d'après la loi de 1874, que dans les cas de sinistres majeurs, tandis que, d'après la disposition générale de la loi de 1889, elle doit être admise même en cas d'avaries ;

2° Que cette subrogation est admise au profit des créanciers *privilégiés* sur les navires (1), comme au profit des créanciers *hypothécaires*, tandis que la loi de 1874 (art. 17) ne la consacrait que pour ces derniers ;

3° Que la subrogation de l'indemnité à la chose assurée, par cela même qu'elle est consacrée par la disposition générale de la loi du 19 février 1889 (art. 2), s'applique au profit des créanciers privilégiés sur les marchandises assurées contre les risques de mer comme au

(1) Douai, 6 février 1902, *Revue internationale du Droit maritime*, XVIII, p. 292. V., sur cet arrêt, *Examen doctrinal de la jurisprudence en matière maritime*, par Ch. Lyon-Caen, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, p. 5.

profit des créanciers ayant hypothèque ou privilège sur un navire assuré.

1021. L'hypothèque maritime, comme l'hypothèque terrestre, renferme un droit de suite en même temps qu'un droit de préférence. Ce droit de suite, plus fort que le droit de suite des créanciers privilégiés ou chirographaires, ne s'éteint pas comme ce dernier par l'effet d'une vente faite en justice ou d'une vente volontaire suivie d'un voyage aux risques et sous le nom de l'acquéreur (n° 1011). Il s'éteint seulement par les causes entraînant l'extinction du droit de suite renfermé dans l'hypothèque terrestre.

Section IV. — Des privilèges sur les navires (1).

1022. L'intérêt du commerce de mer a fait établir sur les navires de nombreux privilèges en dehors même des privilèges mobiliers que consacre le Code civil et qui frappent les navires comme les autres biens mobiliers (art. 2101 et 2102). Le Code de commerce énumère les privilèges sur les navires et fixe leurs rangs respectifs, en indiquant les créances auxquelles ils sont attachés (art. 191) ; puis, il détermine (art. 192) de quelle manière chaque créancier privilégié peut faire la preuve de sa créance ; à défaut de cette preuve, le privilège n'est pas admis.

Le législateur a été préoccupé de deux idées principales. Il a d'abord voulu augmenter le crédit de ceux qui se livrent au commerce de mer, en attachant des privilèges à la plupart des créances nées à l'occasion des opérations de ce commerce. Puis, il a cherché à éviter que les privilèges, en s'accumulant sur un navire, ne fissent perdre au propriétaire tout crédit pour l'avenir et, dans ce but, la durée des privilèges sur les navires a été limitée : il a été admis qu'un privilège ne subsiste jamais pendant plusieurs voyages, et qu'ainsi, un navire se débarrasse, en naviguant, des privilèges mobiliers établis par l'article 191, C. com. Les privilèges sur les navires sont fondés, soit sur des considérations d'humanité, soit sur une constitution de gage tacite, soit sur la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.

Nous ne pouvons examiner ici ce qui concerne les privilèges maritimes ; il a, du reste, été parlé plus haut du privilège garantissant les créances des loyers des gens de mer (n° 895) et du privilège attaché, en matière d'assurance maritime, à la créance de la prime (n° 1007).

Le droit de suite des créanciers privilégiés sur les navires s'éteint

(1) C. com., art. 191, 192, 193, 194 et 196.

de la même manière que celui des créanciers chirographaires ; c'est-à-dire par l'effet d'une vente sur saisie ou d'une vente volontaire suivie d'un voyage fait sous le nom et aux risques de l'acquéreur (art. 193 et 194). V. n° 1011.

Section V. — De la saisie et de la vente des navires (1).

1023. Comme tous les autres biens, les navires peuvent être saisis par les créanciers chirographaires, hypothécaires et privilégiés (art. 197, al. 1, C. com.). Le législateur a dû seulement, pour empêcher qu'une saisie ne jetât la perturbation dans les opérations du commerce de mer, déclarer, en principe, les navires insaisissables dans certaines circonstances. Il a aussi réglé les formes de la saisie et de la vente : ces formes ont été modifiées par la loi du 10 juillet 1885 (art. 23 et 31), elles étaient trop compliquées d'après le Code de commerce. Il ne sera question ici que des règles relatives aux cas dans lesquels les navires sont insaisissables et au tribunal devant lequel il est procédé à la vente sur saisie des bâtiments de mer.

1024. Un navire ne peut assurément être saisi quand il est en mer. Plusieurs dispositions du Code de commerce seraient incompatibles avec une saisie opérée dans ces circonstances : le Code parle du lieu où le bâtiment est *amarré*. Au contraire, la saisie d'un navire se trouvant dans un port est, en principe, possible; cependant, l'article 215, C. com., déclare qu'en règle générale, le navire prêt à faire voile *n'est pas saisissable*. Une saisie opérée alors nuirait à toutes les personnes dont les intérêts se rattachent au navire : elle entraînerait la rupture de l'engagement des marins et l'arrêt des marchandises des chargeurs. D'après l'article 215, le bâtiment est censé prêt à faire voile lorsque le capitaine est muni de ses expéditions. D'ailleurs, l'insaisissabilité du navire prêt à mettre à la voile n'est pas absolue ; l'article 215 autorise la saisie du navire *à raison des dettes contractées pour le voyage qu'il va faire ;* c'est grâce à ces dettes que le navire est prêt à partir; il serait injuste que les créanciers souffrissent de l'état dans lequel ils ont contribué à le placer. Mais le désir du législateur d'éviter qu'une saisie puisse troubler une expédition maritime est tel que, même à raison de dettes contractées pour le voyage que le navire va faire, la saisie n'est pas possible, si le débiteur donne au créancier un cautionnement lui assurant que le départ du navire ne lui causera aucun préjudice et qu'il sera payé.

(1) C. com., art. 197 à 215 et loi du 19 juillet 1885 (art. 23 et 31).

1025. Devant quel tribunal doit-il être procédé à la vente sur saisie d'un navire? Devant le tribunal *civil* du lieu de la saisie. Un avis du Conseil d'Etat du 20 avril 1809 a reconnu en cette matière la compétence du tribunal civil, à l'exclusion de celle du tribunal de commerce. Cette attribution de compétence a été fondée sur des raisons théoriques. La saisie d'un navire ne peut être opérée qu'en vertu d'un titre exécutoire qui est, soit un jugement d'un tribunal de commerce ou d'une autre juridiction, soit un acte authentique constatant un contrat, et les tribunaux de commerce ne peuvent connaître ni de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. com.), ni, *a fortiori*, de l'exécution de jugements ou d'actes n'émanant pas d'eux. Du reste, les dipositions du Code et de la loi du 10 juillet 1885 parlent à plusieurs reprises des avoués, officiers ministériels qui n'existent point auprès des tribunaux de commerce.

QUATRIÈME PARTIE.

Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires (1).

HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS.

1026. Le mot *faillite* vient de *faillir* (*fallere*, manquer) ; le *failli* est celui qui manque à ses engagements. Le mot *banqueroute* a une origine italienne (*banca rotta*) ; il fait allusion à l'usage ancien des négociants, particulièrement en Italie, d'avoir un banc ou une banque sur la place publique ; on rompait le banc de celui qui ne tenait plus ses engagements. La première expression (*faillite*) convient à tous les cas où un commerçant cesse ses paiements, quelle que soit la cause qui ait amené cette cessation ; la seconde (*banqueroute*) est réservée par le Code au cas où l'on peut reprocher au débiteur une faute ou une fraude constituant d'après la loi un délit correctionnel ou un crime (nº 1028). L'expression de *liquidation judiciaire*, qui a été introduite dans la législation française par la loi du 4 mars 1889, désigne la situation du commerçant qui, ayant cessé ses paiements, paraît mériter une faveur spéciale, à raison notamment de l'empressement qu'il met à révéler à la justice sa situation embarrassée (*cessation de paiements*) et que, pour ce motif, la loi soustrait à une partie des conséquences de la faillite.

Le refus d'un commerçant d'acquitter ses obligations peut avoir des conséquences très graves, directes ou indirectes : il lèse directement ses créanciers, souvent nombreux ; il peut les mettre à leur tour dans l'impossibilité de tenir leurs propres engagements. Le législateur doit régler cette situation, afin de prévenir ou d'atténuer les conséquences fâcheuses qui peuvent en résulter. De tout temps, il y a eu des dispositions légales à ce sujet ; mais elles n'ont pas toujours été inspirées par les mêmes idées.

(1) C. com., livre III, art. 437-614 ; lois du 4 mars 1889 et du 4 avril 1890.

Pendant longtemps on ne s'est préoccupé que d'édicter des peines contre les individus qui commettaient des fraudes au préjudice de leurs créanciers et on croyait avoir protégé suffisamment ceux-ci en décidant que les banqueroutiers *seront exemplairement punis de mort comme voleurs* (édit de 1609). On finit par reconnaître qu'il fallait procéder autrement et prendre des mesures pour protéger les créanciers dans leurs rapports avec leur débiteur commun et pour empêcher que certains d'entre eux ne fussent injustement favorisés au détriment des autres. L'Ordonnance de 1673 sur le commerce consacra un titre assez bref (*titre XI*) à l'ensemble de la matière ; elle fut complétée ou modifiée par plusieurs déclarations royales. La législation contenue dans ces divers actes était fort défectueuse : les fautes même graves étaient impunies ; la peine de mort était bien prononcée contre la fraude mais, en fait, n'était guère appliquée ; les créanciers n'étaient donc pas protégés. De véritables scandales se produisirent à la suite des excès de la spéculation et de l'agiotage auxquels donnèrent lieu les évènements de la Révolution ; une faillite habilement combinée était un moyen d'enrichissement pour les gens d'affaires sans scrupules. Ce sont précisément ces scandales qui attirèrent l'attention de Napoléon et lui firent donner l'ordre de reprendre la discussion du projet de Code de commerce abandonné (n° 10). La partie de ce Code consacrée aux faillites se ressentit des circonstances qui avaient présidé à sa préparation : on vit la fraude partout, et les faillis apparurent comme des criminels, alors qu'ils peuvent être simplement des imprudents ou même des malheureux. On tomba ainsi d'un excès dans l'autre, quoique le Code eût certainement réalisé des améliorations sur divers points. Dès 1827, on prépara une revision de la législation ; elle aboutit à la loi du 28 mai 1838, qui refondit tout le livre III du Code de commerce.

La loi de 1838, qui fut incorporée dans le Code (1), régit encore aujourd'hui la matière des faillites. Elle a été modifiée : 1° par la loi du 17 juillet 1856, qui a ajouté quelques alinéas à l'article 541, pour introduire le *Concordat par abandon d'actif* ; 2° par la loi du 12 avril 1872, qui a refondu les articles 450 et 550 pour régler la situation du propriétaire des immeubles loués par le failli ; 3° par la loi du 4 mars 1889, qui, en même temps qu'elle introduisait la liquidation judiciaire, a changé quelques dispositions relatives à la faillite, notamment les articles 549, 438-1° et 4° (art. 20, 22 et 23 de la loi de 1889) ; 4° par la loi du 6 février 1895, qui a modifié l'article 549, C. com. ; 5° par les lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908 relatives à la réhabilitation des faillis.

(1) Elle contient le même nombre d'articles que le livre III du Code de 1807, de sorte qu'on n'a pas eu à changer le numérotage des articles du livre IV.

La loi du 22 juillet 1867, qui a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale, a eu indirectement une grande influence sur la matière des faillites comme sur celle des lettres de change (nos 585 et 708). Certaines dispositions sont devenues sans application, ou les motifs qui les justifiaient ont disparu (V., par ex., art. 455 *in fine* et 539). La faillite avait pour le débiteur cet avantage, par cela même qu'elle suspend le droit de poursuite individuelle des créanciers (n° 1068), de le soustraire à la contrainte par corps qu'aurait pu exercer contre lui tel ou tel de ses créanciers ; aussi était-elle souvent déclarée sur la demande même du failli. Cet intérêt n'existant plus, le débiteur cherche fréquemment par tous les moyens à retarder la déclaration de faillite ; les créanciers sont donc moins protégés (1). On s'était préoccupé de cette situation au moment où l'on abolissait la contrainte par corps, et le gouvernement impérial avait promis de préparer la revision de la législation des faillites ; cette revision n'a pas été faite.

La question a été agitée de nouveau dans ces dernières années, moins dans l'intérêt des créanciers que dans celui des débiteurs ; à la suite de diverses propositions de lois dont il a été saisi, le Conseil d'État a élaboré en 1882 un projet de loi comprenant l'ensemble de la matière. Le gouvernement se l'est approprié et l'a soumis à la Chambre des députés. Ce projet, qui a été l'objet de deux rapports, dans deux législatures successives, en 1883 et en 1887, n'est pas venu en discussion. Le 17 mai 1888, la Chambre vota l'urgence sur une proposition ayant pour but d'affranchir des rigueurs de la faillite les commerçants ayant cessé leurs paiements, qui se trouveraient dans certaines conditions jugées favorables ; elle marquait ainsi à la fois qu'elle ne pensait pas que le projet d'ensemble pût aboutir dans le cours de la législature et qu'elle voulait donner satisfaction à l'opinion publique demandant une réforme avec insistance. La commission se décida alors à présenter un projet spécial, détaché de son travail d'ensemble. Ce projet assez court, laissant subsister le système du Code de commerce dans son ensemble, devait avoir plus de chances d'être utilement discuté par la Chambre et le Sénat, et, par suite, d'être transformé en loi. C'est effectivement ce qui est arrivé ; ce projet est devenu la loi du 4 mars 1889, qui, sur un point de détail, a été complétée par une loi du 4 avril 1890.

(1) Depuis la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale, le nombre des faillites déclarées sur la demande des créanciers a augmenté dans d'énormes proportions, tandis que le nombre des faillites déclarées sur la demande des débiteurs a beaucoup diminué. V. nos 1041 et suiv.

1027. La loi de 1889 (1) a modifié la législation antérieure à deux points de vue :

1° Elle introduit une situation légale nouvelle pour le commerçant qui cesse ses paiements. D'après le Code de commerce, il ne pouvait être qu'en état de faillite (art. 437, al. 1) ; il peut maintenant, en remplissant certaines conditions, obtenir le bénéfice de la *liquidation judiciaire*. Il a donc fallu organiser complètement la nouvelle institution, en la rattachant plus ou moins à la faillite.

2° Elle ne modifie pas d'une manière générale les règles de la faillite dont la revision a été envoyée à une époque ultérieure (2) ; elle y a apporté, cependant, un certain nombre de changements.

Les dispositions de la loi ne sont pas incorporées dans le Code de commerce ; seulement, la loi nouvelle modifie directement quelques articles de ce dernier (art. 549, 438-1°, 586-4°).

1028. La matière de la faillite, de la liquidation judiciaire et de la banqueroute est assez étendue et quelque peu compliquée. Aussi importe-t-il d'en donner une idée d'ensemble avant d'entamer l'étude des diverses parties : on comprendra mieux les rapports qu'elles ont entre elles et leur importance respective.

Le législateur s'est préoccupé de sauvegarder trois intérêts distincts : 1° l'intérêt des créanciers qui peut être compromis, parce que le débi-

(1) La loi du 4 mars 1889 a soulevé des difficultés nombreuses. Ses auteurs avaient d'excellentes intentions, mais ils ne les ont pas réalisées d'une manière satisfaisante. Il est permis de leur faire deux reproches également sérieux : 1° ils ne se sont pas fait une idée assez nette de l'institution qu'ils introduisaient dans notre droit ; ils n'ont pas posé de principes généraux, mais des règles de détail qui ne sont pas toujours très concordantes ; 2° ce qui est plus grave peut-être, ils paraissent avoir ignoré ou oublié les principes de la législation existante, à laquelle ils se rattachaient ou qu'ils voulaient modifier ; dans plusieurs circonstances, des erreurs de quelque importance ont été commises par ceux qui ont contribué le plus directement à édifier la nouvelle législation. Parmi les divers travaux publiés, nous signalerons spécialement l'*Examen de quelques difficultés découlant de la loi du 4 mars 1889*, par E. Bailly (extrait des *Annales de Droit commercial*, publiées par M. Thaller). — On trouvera dans les *Lois annotées de Sirey*, 1889, p. 149 et suiv., d'importants extraits des travaux préparatoires.

Les propositions de lois ayant pour but de modifier la loi sur la liquidation judiciaire sont nombreuses. V. dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 178 à 180 ; 1905, p. 507, 508 et 509, *Chronique législative*, par Ch. Lyon-Caen.

(2) V. *Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire*, par M. Maxime Lecomte, sénateur du Nord. Cet ouvrage contient non seulement les divers documents législatifs qui se rapportent aux lois de 1889 et de 1890, mais les documents les plus importants qui concernent la réforme de l'ensemble de la matière de la faillite.

teur veut leur soustraire une partie de son actif ou favoriser tel ou tel d'entre eux; 2° l'intérêt public qui exige que les fraudes ou les négligences graves ne soient pas impunies; 3° enfin, l'intérêt du débiteur qui doit être pris en conisdération, parce que, dans le commerce, on est exposé à des risques que le travail et la prudence ne suffisent pas toujours à éviter.

La justice ne peut intervenir que si l'embarras des affaires du commerçant se manifeste à l'extérieur par la *cessation des paiements* : c'est celle-ci qui motive, soit la *déclaration de faillite*, soit la *liquidation judiciaire*. La liquidation judiciaire est la situation normale du commerçant qui a cessé ses paiements, parce qu'elle suppose de sa part à la fois l'observation de la loi et l'absence de fraude; au point de vue rationnel, elle devrait donc être examinée la première. En réalité, on ne peut procéder de cette façon : le législateur de 1889 n'a pas organisé de toutes pièces l'institution qu'il admettait; il s'est borné à en tracer les traits généraux et à renvoyer, pour tous les points non prévus, au système de la faillite (art. 24, L. 4 mars 1889). La liquidation judiciaire est ainsi une *faillite atténuée*, qui reste soumise au régime des faillites, en tant qu'il n'y est pas dérogé expressément ou tacitement par la loi de 1889. Il faut donc prendre le système de la faillite pour point de départ et, après l'avoir étudié, voir les modifications qu'y apporte le régime de la liquidation judiciaire (1).

1029. La cessation des paiements motive la *déclaration de faillite*, que prononce le tribunal de commerce à la demande du failli ou de ses créanciers ou même d'office (art. 437 et 440). Le jugement ainsi rendu produit de plein droit des effets très importants et sert de point de départ à diverses mesures relatives à la personne et aux biens du failli.

Le failli est *dessaisi* de l'administration de ses biens (art. 443), ce qui met les créanciers à l'abri des conséquences des actes par lesquels le débiteur diminuerait son patrimoine. Les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues, pour faire place à une procédure d'ensemble organisée dans l'intérêt commun; les créanciers sont avertis par des mesures de publicité, et on leur donne le temps de faire valoir leurs droits. Ils forment une *masse* ayant des intérêts communs et un mandataire nommé par justice, le *syndic* agissant sous le contrôle et la surveillance de la justice consulaire (*juge-commissaire* et tribunal de commerce) et, le cas échéant, de *contrôleurs*, nommés

(1) Le projet arrêté par la Commission de la Chambre des députés en 1878 (n° 1026), traitant la matière dans son ensemble, donnait au livre III du Code de commerce le nouveau titre : *Des liquidations judiciaires, faillites et banqueroutes*, et réglait complètement la liquidation judiciaire avant de parler de la faillite.

par les créanciers eux-mêmes (innovation de la loi de 1889). Les créanciers ont à délibérer et à prendre des résolutions diverses ; l'unanimité ne pouvait être exigée ; on se contente de la majorité, mais des mesures sont prises pour sauvegarder les intérêts de la minorité, des absents et aussi ceux de l'ordre public.

Le jugement déclaratif produit également des effets pour le passé, en ce que les créanciers sont protégés contre les actes qui ont pu leur nuire pendant le *temps suspect* antérieur au jugement déclaratif et qui sont soumis à un système particulier de nullités, dont les effets sont plus énergiques que ceux de l'action paulienne ou révocatoire pour cause de fraude (Cf. art. 446-449, C. com., et art. 1167, C. civ.). Le *temps suspect* va de la date de la cessation des paiements à la déclaration de faillite ; pour quelques actes, il comprend même les dix jours qui ont précédé.

La faillite déclarée, il y a lieu de constater l'actif, d'en assurer la conservation, puis de procéder à la *vérification des créances* (art. 491 et suiv.), ce qui fait connaître les dettes du failli et les personnes qui, comme créanciers du failli, peuvent prendre part aux délibérations.

Ces opérations faites, les créanciers ont à prendre un parti sur la solution de la faillite, c'est-à-dire sur le sort du patrimoine du failli. Il peut intervenir un *concordat simple ;* c'est un arrangement en vertu duquel le failli est replacé à la tête de ses affaires, ses créanciers lui accordant d'ordinaire des délais et même très souvent une remise partielle de ses dettes. Le droit commun exigerait le consentement de tous les créanciers dont les droits doivent être restreints. Avec cette condition, tout concordat serait à peu près impossible : aussi la loi permet-elle à la majorité de lier la minorité ; la loi prend seulement diverses précautions pour que les intérêts de celle-ci ne soient pas injustement sacrifiés ; elle requiert des majorités spéciales et exige spécialement l'homologation du tribunal. Le failli ne doit pas non plus être indigne de la faveur qui lui est faite (Cf. art. 518). — En l'absence de concordat, les créanciers sont de plein droit en état *d'union* (art. 529) ; le syndic vend les biens formant l'actif et en répartit le montant entre les créanciers. Le failli reste tenu, tant que ceux-ci ne sont pas entièrement désintéressés. — Une troisième solution est possible, c'est le *concordat par abandon d'actif* (art. 541, al. 2 et suiv.). L'actif abandonné est liquidé, c'est-à-dire que les biens abandonnés sont vendus et le prix en est réparti entre les créanciers suivant les règles de l'union, mais le failli est libéré du surplus de ses dettes, c'est-à-dire de l'excédent de ses dettes sur le prix des biens abandonnés.

Au point de vue de l'appréciation à faire de sa conduite, le failli peut se trouver dans trois situations différentes. La plus grave est celle du commerçant auquel on peut reprocher de véritables fraudes, destinées

à dissimuler une partie de son actif ou à augmenter son passif (art. 581) : il se rend ainsi coupable du crime de *banqueroute frauduleuse* puni des travaux forcés à temps (art. 402, C. pén.). Les fautes commises par le failli constituent ou peuvent constituer, suivant les cas, le délit de *banqueroute simple* (art. 585 et 586, C. com.), puni d'un mois à deux ans de prison. Enfin, le failli, auquel on ne peut reprocher aucune fraude ou faute entraînant la banqueroute frauduleuse ou la banqueroute simple, n'encourt pas de peine proprement dite, mais subit des incapacités et des déchéances assez nombreuses, qui ne cessent complètement que par la *réhabilitation*. La gravité de ces incapacités a été diminuée et leur cessation a été rendue plus facile dans les dernières années (art. 604 et suiv. modifiés par les lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908).

1030. On a pensé que, malgré ces distinctions, le Code de commerce ne tenait pas suffisamment compte de la situation, très digne d'intérêt, du débiteur honnête qui, amené par les circonstances à cesser ses paiements, subissait une qualification déshonorante, encourait de graves incapacités et se trouvait, pour son patrimoine, placé dans la condition ainsi décrite : « Quoi de plus triste pour le commerçant... de voir, aussitôt la faillite déclarée, un étranger placé à la tête de son patrimoine dont la gestion lui est enlevée ? Les ateliers sont déserts, les magasins fermés, les scellés apposés partout ! On craint les détournements de la part de ce débiteur, alors même qu'il est venu spontanément déposer son bilan et solliciter l'intervention de la justice pour régler ses affaires ; on l'oblige à demander des secours pour lui et pour sa famille. Désormais, il n'est plus rien ; le syndic est tout (1) ». L'attention du législateur de 1889 s'est donc naturellement portée sur cette situation et il a voulu soustraire le débiteur, admis à la liquidation judiciaire, à ces humiliations et à ces gênes ; il a écarté le dessaisissement, tout en ne laissant pas pleine liberté d'action au débiteur. « La « loi sur la liquidation judiciaire place le négociant qui en est l'objet « dans un état intermédiaire entre la situation normale de l'homme en « possession de tous ses droits et la déchéance absolue, l'incapacité « totale (2) résultant de la loi de 1838 pour le commerçant déclaré en « faillite » (Discours de M. Demôle, rapporteur, dans la séance du Sénat du 17 janvier 1889). Nous aurons à préciser cet état intermédiaire, qui soulève de sérieuses difficultés de fait et de droit ; il n'a pas été indiqué d'une façon très nette par la loi. Le débiteur est *assisté* par

(1) Bailly, *op. cit.*, p. 11.
(2) Il ne faut pas prendre cette expression à la lettre. V. n° 1062.

un *liquidateur* qui ne se substitue pas à lui comme fait le syndic (1) et il n'encourt qu'un petit nombre d'incapacités. Si l'on fait une solution relativement favorable au débiteur, c'est qu'on a pensé que les créanciers eux-mêmes peuvent profiter des adoucissements apportés à la loi. Une des causes les plus fréquentes d'augmentation des pertes en cas de faillite est le retard apporté à la constatation de la cessation des paiements. Le commerçant, qui est dans une situation embarrassée, au lieu d'en faire l'aveu et d'arrêter ses affaires, cherche à se soutenir par tous les moyens ; il fait des opérations souvent à perte, achetant à crédit pour revendre au comptant ; il dispose de son actif en faveur des créanciers les plus vigilants ou les plus exigeants, de sorte que, quand la catastrophe se produit, le passif est augmenté, l'actif diminué ; si l'on arrive à reconstituer l'actif dilapidé, ce n'est qu'en partie et à la suite de procès longs et dispendieux. Sans doute, le législateur de 1838 avait bien compris l'avantage qu'il y avait à ce que la situation fût promptement connue, et il avait ordonné au débiteur de déclarer la cessation des paiements *dans les trois jours*. V. ancien article 438, al. 1. Mais on a pu dire que : « si une disposition légale a été inexécutée, c'est bien celle-là ». L'inobservation de cette prescription explique en partie que tant de faillites ne donnent qu'un dividende dérisoire et même sont closes pour insuffisance d'actif (2).

Le législateur de 1889 a estimé que, pour avoir une déclaration en temps utile, il fallait s'adresser à l'intérêt même du débiteur ; dans ce but, il l'a soustrait à quelques-unes des conséquences rigoureuses de la faillite, sous la condition qu'il ait avoué sa situation dans *le délai de quinze jours*.

Le tribunal de commerce, en déclarant la faillite, ne fait que constater un fait ; en prononçant la liquidation judiciaire, il accorde un bénéfice qui ne peut être sollicité que par le débiteur lui-même. La procédure de liquidation se poursuit dans des conditions plus expéditives que la procédure de faillite (3), elle se termine par les mêmes solu-

(1) Il en est, toutefois, autrement en cas d'union ou de concordat par abandon d'actif. V. nos 1315 et 1317.

(2) Le législateur de 1838 a, dans le même but, admis qu'en cas de *clôture pour insuffisance d'actif*, chaque créancier rentre dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens que contre la personne du failli (art. 527, 3e alin.). Mais, depuis la suppression de la contrainte par corps, les faillis sont moins effrayés par cette éventualité. Par suite, cette disposition n'atteint plus son but. V. n° 1026.

(3) Il n'y avait aucune raison pour ne pas transporter dans la faillite les dispositions adoptées dans cet ordre d'idées. Le législateur de 1889 aurait dû le faire, comme il a adapté à la faillite la nouvelle institution des contrôleurs (n° 1127).

tions que la faillite (concordat simple, union, concordat par abandon d'actif). En outre, le débiteur peut être, dans certains cas, privé du bénéfice de la liquidation judiciaire qu'il avait obtenu et être déclaré en faillite.

1031. Si la faillite ou la liquidation judiciaire est l'état du commerçant qui cesse ses paiements, la *déconfiture* est la situation d'un non-commerçant qui, à raison de son insolvabilité, est dans l'impossibilité de tenir ses engagements (Cf. art. 1276, 1446, 1513, 1865-3°, 1913, 2003, 2023, C. civ.). Il n'y a pas seulement une différence de mots ; les deux situations n'entraînent pas du tout les mêmes conséquences. L'état de déconfiture n'est pas constaté par un jugement *ad hoc*, produisant des effets absolus à l'égard de tous les intéressés : il n'y a ni dessaisissement, ni procédure d'ensemble ; les créanciers n'ont pas de mandataire commun ; chacun pourvoit à ses intérêts comme il l'entend et on ne met pas les créanciers absents ou inconnus en demeure de faire valoir leurs prétentions. Les actes préjudiciables faits par le débiteur peuvent seulement être attaqués par l'action paulienne. Aucune restriction spéciale n'est apportée aux droits de la femme du débiteur, aucun privilège n'est supprimé ou réduit. Les créanciers sont libres d'accorder des délais ou des remises à leur débiteur, mais chacun ne le fait que si cela lui convient et aucune majorité ne peut lier la minorité. A ce point de vue, le non-commerçant est dans une situation plus défavorable que le commerçant ; mais aussi n'est-il pas exposé aux peines et n'encourt-il pas les déchéances prononcées contre le failli ou contre le débiteur en liquidation judiciaire.

Ces profondes différences établies par la loi entre deux situations qui impliquent le même élément de fait essentiel, à savoir l'impossibilité ou le refus fait par un débiteur de tenir ses engagements, se justifient-elles rationnellement ? C'est douteux. La nature des opérations commerciales, le crédit qu'elles exigent et les risques qu'elles entraînent, peuvent expliquer que la loi soit à la fois rigoureuse et favorable pour le débiteur ; de même, on comprend que les créanciers d'un commerçant, plus nombreux, souvent éloignés, aient besoin d'une protection particulière. Mais ce que l'on comprend moins, c'est l'absence d'une protection sérieuse pour les créanciers d'un non-commerçant. La déconfiture aurait besoin d'être réglementée, quand même on voudrait maintenir de grandes différences entre elle et la faillite (1) : des individus ou des

(1) Dans notre ancien Droit, la faillite n'était pas une institution exclusivement commerciale (Ordonn. de 1673, tit. XI, art. 1-3). Actuellement, dans plusieurs pays étrangers, le régime de la faillite s'applique aux non-commerçants comme aux commerçants : *Allemagne* (loi du 10 février 1877, modifiée en 1898, *Angleterre* (lois du 25 août 1883), *Etats-Unis d'Amérique* (loi fédérale

sociétés peuvent se livrer à des opérations très importantes et très chanceuses, qui, ayant un caractère civil (exploitation des mines, achat et revente d'immeubles, par exemple), ne les exposent pas à la faillite, ce qui est regrettable. La loi du 1er août 1893 a remédié en partie à cet inconvénient, en attribuant le caractère de sociétés commerciales aux commandites par actions et aux sociétés anonymes, quel que soit l'objet de leurs opérations (n° 337).

1032. Nous diviserons ainsi la matière (1) : CHAP. Ier. *Déclaration de faillite : conditions, forme, effets.* — CHAP. II. *Des autorités et des personnes qui figurent dans une faillite* (tribunal de commerce, juge-commissaire, syndics, masse des créanciers, contrôleurs, failli). — CHAP. III. *Administration de la faillite et procédure destinée à en préparer la solution.* — CHAP. IV. *Diverses solutions de la faillite* (concordat simple, union, concordat par abandon d'actif); *clôture pour insuffisance d'actif.* — CHAP. V. *Droits réels et droits de créance qu'on peut faire valoir dans une faillite* (revendications, droits de la femme, etc.). — CHAP. VI. *Situation personnelle du failli* (incapacités, banqueroute simple, banqueroute frauduleuse, réhabilitation). — CHAP. VII. *De la liquidation judiciaire.* — Appendices : A. *Faillite et liquidation judiciaire des sociétés.* — B. *Situation des étrangers et conflits de lois en matière de faillite et de liquidation judiciaire.*

de 1898, modifiée par une loi de 1903), *Autriche* (loi du 25 décembre 1868), *Hongrie* (loi de 1881), etc. Mais, dans les deux derniers pays cités, les règles de la faillite diffèrent quelque peu pour les commerçants et pour les non-commerçants.

(1) Nous expliquerons d'abord ce qui concerne la faillite, en indiquant, chemin faisant, en note, les analogies et les différences avec la liquidation judiciaire ; puis, nous traiterons de celle-ci dans son ensemble (nos 1271 et suiv.).

CHAPITRE PREMIER

DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORME, EFFETS (1).

1033. L'état de faillite produit de graves conséquences pour l'avenir et pour le passé ; aussi cet état doit-il être constaté par une *déclaration* du tribunal de commerce (art. 440), qui intervient dans des circonstances diverses. D'où une division tripartite du sujet : Section Ire. *Dans quelles conditions est possible une déclaration de faillite.* — Section II. *Du jugement déclaratif.* — Section III. *Des effets de la déclaration de faillite.*

Section première — A quelles conditions est possible une déclaration de faillite.

1034. *Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* art. 437, al. 1 (2). Pour qu'il puisse y avoir faillite, il faut donc que le débiteur : 1° *soit commerçant* ; 2° *ait cessé ses paiements.*

1035. A. *Qualité de commerçant.* — Dans notre législation, les commerçants seuls peuvent être en faillite (n° 1031) (3) et, précisément à cause de cela, la question de savoir si un individu est ou non commerçant se présente quelquefois à propos d'une demande en déclaration de faillite. Pour la résoudre, il faut se référer à la définition légale du commerçant (nos 46-50). Il y a à tirer de ce principe quelques conséquences dont les plus importantes sont les suivantes.

Ceux qui font des opérations commerciales au nom et pour le compte de personnes ou de sociétés sous la dépendance desquelles ils se trouvent ne sont pas des commerçants et ne peuvent être déclarés en

(1) C. com., art. 437 à 449, 580 à 582, 635.

(2) Il peut être mis en liquidation judiciaire *sur sa demande* (art. 1, L. de 1889). V. n° 1275.

(3) Comme en liquidation judiciaire (art. 1, L. de 1889). V. n° 1272.

faillite, ce qui s'applique aux divers *préposés*, aux administrateurs ou directeurs de sociétés anonymes (Cf. n° 47, *b*). On peut aussi être tenu d'obligations commerciales nombreuses et importantes sans être, à proprement parler, commerçant et sans être, par suite, exposé à la faillite. Cf. ce qui a été dit au sujet du mari de la femme commerçante (n° 71, *in fine*), du commanditaire qui s'immisce dans la gestion (n° 170).

Il va sans dire que, pour pouvoir être déclaré en faillite, il ne suffit pas de se conduire comme un commerçant, il faut avoir la *capacité* de faire le commerce. L'incapable qui se livre à des opérations commerciales, ne s'oblige pas commercialement et ne peut être déclaré en faillite, ce qui s'applique au mineur, à la femme mariée, qui ont agi sans être autorisés régulièrement, à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ; ces personnes peuvent sans doute être obligées dans la mesure de l'enrichissement retiré par elles (art. 1312, C. civ.), mais leurs obligations à cet égard n'ont rien de commercial (Cf. n° 59).

Il y a certaines personnes auxquelles le commerce est interdit comme peu compatible avec les exigences de leur profession. Ces personnes ne sont pas incapables, elles s'obligent valablement par les actes de commerce qu'elles font, elles peuvent donc être, le cas échéant, traitées comme des commerçants et déclarées en faillite (Cf. n° 53).

La faillite ne s'applique pas seulement aux individus, mais aussi aux sociétés. Les sociétés qui peuvent être déclarées en faillite sont exclusivement les sociétés commerciales. Il résulte de ce qui a été dit précédemment (nos 337 et 1031) que les sociétés commerciales sont : *a*) les sociétés qui font le commerce ; *b*) les sociétés anonymes et en commandite par actions, quel que soit leur objet, constituées depuis la mise en vigueur de la loi du 1er août 1893.

La faillite s'applique aux étrangers comme aux Français.

Il sera parlé, dans deux *appendices*, de la faillite et de la liquidation judiciaire, soit des sociétés, soit des étrangers (nos 1326 et 1337).

1036. B. *Cessation de paiements.* — Pour être déclaré en faillite, le commerçant (individu ou société) doit *avoir cessé ses paiements*. La loi s'attache avec raison à un fait extérieur dont la constatation est possible, non à l'état réel de la fortune du commerçant, c'est-à-dire à l'excédent de son passif sur son actif qui ne pourrait être connu que par une véritable liquidation. Les tribunaux sont laissés libres d'apprécier les circonstances de chaque affaire et de décider s'il y a ou non une cessation de paiements pouvant motiver une déclaration de faillite, il n'y a donc aucune règle à poser quant au nombre et à l'importance des refus de paiements, les circonstances étant extrêmement variables. Les tribunaux ont à apprécier s'il n'y a qu'un

embarras momentané dont le débiteur triomphera probablement ou, au contraire, une situation plus grave, la ruine, ou, tout au moins, l'ébranlement du crédit. Les juges du fond constatent souverainement les faits caractéristiques de l'état de cessation de paiements quant à leur existence matérielle et quant à leur influence sur la situation commerciale du débiteur.

Le plus souvent, le mauvais état des affaires d'un commerçant est facile à constater, par exemple, par des protêts, des assignations, des jugements de condamnation, des saisies. En l'absence même de ces actes, l'impossibilité pour le débiteur de faire face à ses engagements pourrait résulter d'autres circonstances, notamment de sa disparition et de la fermeture de ses magasins, ou encore d'un aveu fait par lui dans une circulaire par laquelle il demande des délais ou des remises à ses créanciers.

Le refus de paiement doit impliquer impossibilité de payer ou mauvais vouloir ; il n'a aucune signification, s'il concerne une dette non liquidée ou contestable dans son principe.

On s'est demandé s'il faut tenir compte de la nature des dettes non acquittées. Un commerçant peut ne pas avoir seulement des dettes commerciales, mais aussi des dettes civiles (n° 7). Le refus de payer celles-ci peut-il suffire pour motiver une déclaration de faillite ? La négative est généralement admise aujourd'hui par la doctrine et par la jurisprudence (1) : la faillite est un événement de la vie commerciale ; tant que celle-ci n'est pas troublée, il n'y a pas lieu de déclarer la faillite. Le Code de 1807 parlait du *refus d'acquitter les engagements du commerce* (anc. art. 441) ; cette mention ne se trouve pas dans le Code actuel, parce qu'on a supprimé, lors de la révision de 1838, l'énumération des faits révélant la cessation des paiements, dans le but de laisser plus de latitude aux juges. Rien n'indique que, sur le point qui nous occupe, on ait eu en 1838 une idée autre qu'en 1807, Cf. n° 1043.

1037. *Faillite après décès*. — La loi de 1838 a comblé une lacune du Code de 1807 en prévoyant cette hypothèse : *la faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements* (art. 437, al. 2). La jurisprudence l'avait déjà admis ; à cette objection qu'il ne peut y avoir de faillite sans failli, elle avait répondu avec raison que, si certaines dispositions légales sur la faillite concernent la personne du failli et supposent, par suite, qu'il vit, un bien plus grand nombre concernent les biens, leur administration, le sort des actes du débiteur, l'ordre à établir entre les ayants droits, etc... ; la mort du débiteur n'empêche pas d'appliquer ces der-

(1) Cass., 2 décembre 1868, S. 1869. 1. 128 ; D. 1869. 1. 129.

nières dispositions et ne doit pas priver les créanciers de l'avantage qu'ils retirent de leur application (1).

La loi exige expressément que le débiteur soit mort en état de cessation de paiements pour que sa faillite puisse être déclarée. Il résulte de là, ce qui est fâcheux, que, si un commerçant se tue précisément parce qu'il se voit à la veille de cesser ses paiements, il ne peut être déclaré en faillite.

Mais la loi n'a pas voulu qu'une faillite pût survenir trop longtemps après la mort d'un commerçant : *la déclaration de la faillite ne pourra être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès* (art. 437, al. 3). La distinction faite ici par la loi ne peut être bien comprise que quand on connaît les diverses circonstances dans lesquelles se produit une déclaration de faillite. V. nos 1041 et suiv.

1038. *Faillite après cessation de commerce.* — De même qu'un individu peut être déclaré en faillite après sa mort, il peut l'être alors qu'il a cessé d'être commerçant, à la condition que la cessation de paiements remonte à une époque où il était encore commerçant. La solution n'est pas douteuse, bien que l'hypothèse ne soit pas prévue par la loi. Mais le silence du législateur sur ce cas fait qu'il n'y a aucun délai particulier dans lequel la déclaration de faillite doit être prononcée ou demandée, à la différence de ce qui a lieu pour le cas du décès (n° 1037).

Section II. — Du jugement déclaratif de faillite.

1039. Le jugement qui intervient pour déclarer la faillite soulève diverses questions qui vont être examinées dans l'ordre suivant : A. *Du tribunal compétent pour rendre le jugement déclaratif de faillite ;* B. *Dans quelles circonstances le tribunal est appelé à déclarer la faillite ;* C. *Du caractère du jugement déclaratif et des dispositions qu'il contient ;* D. *De la publication et de l'exécution de ce jugement ;* E. *Des voies de recours dont il est susceptible.*

1040. A. Du tribunal compétent pour déclarer la faillite. — D'après l'article 440, *la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce.* Ajout. article 635, C. com. Cette compétence est toute naturelle : des commerçants peuvent mieux que d'autres apprécier la situation du débiteur, la gravité du refus de paiement. Du moment

(1) Le bénéfice de la liquidation judiciaire peut aussi être accordé après le décès du débiteur, mais sous des conditions spéciales (art. 2, al. 3, loi de 1889). V. n° 1272.

qu'il y a des juges spéciaux pour les affaires commerciales, on ne concevrait guère que les questions relatives à la faillite, c'est-à-dire à l'événement le plus grave de la vie commerciale, ne leur fûssent pas dévolues.

Des divers tribunaux de commerce, c'est celui du domicile du débiteur qui est compétent, puisqu'il s'agit d'une mesure qui touche quelque peu à son état ; en outre, c'est au domicile, au lieu du principal établissement, que se trouvent à la fois les éléments d'appréciation nécessaires pour rendre la décision et les moyens de l'exécuter (aj. art. 438, al. 1, art. 540 cbn.) (1). Si, comme cela arrive fréquemment, un commerçant a plusieurs établissements commerciaux ou industriels, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le principal. Cf. article 102, C. civ.

Un individu n'ayant qu'un domicile et le tribunal du domicile étant seul compétent, il s'ensuit que, pour le même individu, il ne peut y avoir qu'une déclaration de faillite et qu'une procédure de faillite. La loi a voulu que la situation du débiteur fût réglée dans son ensemble ; la coexistence de plusieurs faillites entraînerait forcément une aggravation de frais, souvent des complications inextricables et des décisions contradictoires. Si, en fait, plusieurs tribunaux ont prononcé la faillite d'un même débiteur, il y a lieu de procéder par voie de règlement de juges, conformément à l'article 363, C. pr. civ., ou d'attaquer ceux de ces jugements qu'on prétend avoir été rendus par des tribunaux incompétents (2). Quand la faillite d'une personne a été prononcée par le tribunal compétent, tant que ce jugement produit ses effets, il ne peut y avoir une nouvelle déclaration de faillite pour la même personne ; elle ferait double emploi.

La jurisprudence admet, en principe, cette doctrine ; elle y déroge, toutefois, dans le cas suivant : un individu, après avoir été déclaré en faillite dans un lieu, se transporte dans un autre et s'y livre à de nouvelles opérations commerciales, qui ne réussissent pas mieux que les premières. Peut-il être l'objet d'une seconde déclaration de faillite ? La jurisprudence admet l'affirmative, par ce motif qu'il y a là deux masses absolument distinctes dont les intérêts peuvent être réglés par deux tribunaux différents (3). Cette solution ne doit pas être approuvée, et

(1) La loi de 1889 s'est exprimée formellement en ce sens pour la liquidation judiciaire (art. 1, al. 1). V. nº 1274.

(2) Ch. req., 9 août 1881, D. 1882. 1. 408 ; 29 décembre 1891, 20 mars 1893 et 18 juin 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 319 ; *Pand. fr.*, 1893. 1. 335 et 1894. 1. 526.

(3) Paris, 30 août 1867, D. 1868. 2. 113 ; S. 1868. 2. 349 ; Ch. req., 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101 ; S. 1878. 1. 309. Cf. Paris, 4 mars 1891, D. 1892. 2. 281.

il n'y a pas de raison décisive pour déroger à la règle générale sur l'unité de la faillite : il n'y a qu'un failli et qu'un patrimoine : ce patrimoine comprend les biens présents et à venir du débiteur (art. 443, C. com.) ; la procédure de la première faillite comprend donc les opérations qui ont été faites postérieurement par le failli et les intérêts des créanciers qui ont traité à l'occasion du nouveau commerce peuvent être sauvegardés, qu'il y ait une seule procédure de faillite ou qu'il y en ait deux (1). V. n° 1065.

1041. B. DANS QUELLES CIRCONSTANCES LE TRIBUNAL EST APPELÉ A DÉCLARER LA FAILLITE. — L'article 440 les indique ainsi : *la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office* (2). Il y a donc trois hypothèses à examiner (3).

1042. 1° *Faillite prononcée sur l'aveu du failli.* — Le législateur a pensé que, la situation d'un commerçant étant embarrassée, il était d'intérêt général que cette situation fût connue le plus tôt possible, pour que, grâce à l'intervention de la justice, on puisse prendre des mesures destinées à assurer la conservation de l'actif ; ainsi, le Code impose au débiteur le devoir de faire connaître sa position. D'après l'article 438, al. 1, *tout failli sera tenu, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration* (4) *au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation des paiements sera compris dans les quinze jours.* Cette rédaction est du législateur de 1889 ; le Code de commerce accordait un délai de *trois* jours qui, en fait, n'était pas observé, comme il a été dit plus haut (n° 1030). Ce délai avait paru trop court et on l'avait d'abord remplacé par un délai de dix jours ; on a fait remarquer, dans la discussion, que ce dernier délai pouvait lui-même être insuffisant. Sans doute, le commerçant s'aperçoit tout de suite de l'embarras de ses affaires, mais il peut lui falloir quelque temps pour se convaincre qu'il ne s'agit pas seulement d'un embarras momentané. Par exemple, il fait des affaires avec l'étranger ; il compte sur des fonds qui doivent lui être

(1) V. Thaller *op. cit.*, (3e édit.), n° 1759.

(2) La faillite peut être prononcée directement ou être substituée à la liquidation judiciaire. Cf. art. 19, loi de 1889. V. nos 1321 et 1322.

(3) La liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que *sur requête présentée par le débiteur* (art. 2, al. 1, loi de 1889). V. n° 1272.

(4) On voit que l'expression *déclaration de faillite* n'a pas toujours le même sens ; elle désigne ordinairement la décision judiciaire qui seule peut constater en droit l'existence de la faillite ; quelquefois, comme ici, elle désigne la déclaration que doit faire le commerçant en état de cessation de paiements et qui doit être suivie d'un jugement (Cf. art. 440). Nous parlons de l'*aveu* du débiteur pour éviter l'équivoque.

adressés de ses comptoirs ou par ses correspondants ; les fonds ne lui arrivent pas à la date prévue et il ne peut payer. Il attendra des nouvelles certaines avant de faire constater son état de cessation de paiements et on ne peut l'en blâmer ; il faut lui donner le temps de s'informer. Le débiteur doit en même temps donner des renseignements sur sa situation et les circonstances qui l'ont amenée. *La déclaration du failli devra être accompagnée du dépôt du bilan* (1), *ou contenir l'indication des motifs qui empêcheraient le failli de le déposer. Le bilan contiendra l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, l'état des dettes actives ou passives, le tableau des profits et pertes, le tableau des dépenses ; il devra être certifié véritable, daté et signé par le débiteur* (art. 436). La loi a assuré la sincérité du bilan en punissant sévèrement le failli qui dissimule une partie de son actif ou se reconnaît frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne doit pas (art. 591, aj. art. 518).

Faute d'avoir déclaré sa faillite et déposé son bilan dans le délai prescrit, le failli *peut* être déclaré banqueroutier simple (art. 586-4°) ; de plus, il ne peut être affranchi par le tribunal du dépôt ou de la garde de sa personne (toujours admis même depuis la suppression de la contrainte par corps) (art. 456). Cette double sanction n'est pas très efficace : le défaut du dépôt du bilan dans le délai légal n'oblige pas le juge à prononcer les peines de la banqueroute simple et l'arrestation des faillis est, en fait, très rare (n° 1129). Aussi, depuis que les commerçants n'ont plus intérêt à recourir à la faillite pour se soustraire à la contrainte par corps, le nombre des faillites déclarées sur l'aveu du débiteur a beaucoup diminué. Le législateur de 1889 a pensé qu'en offrant au débiteur le bénéfice de la liquidation judiciaire, sous la condition de l'aveu de la cessation des paiements dans le délai légal, on aurait plus de chances d'obtenir cet aveu.

L'aveu du débiteur doit-il entraîner nécessairement la déclaration de faillite (2) ? Il y a lieu de distinguer. L'aveu du débiteur ne suffit pas à

(1) L'expression *déposer son bilan* est synonyme de faire connaître son état de cessation de paiements au tribunal, pour qu'il prononce la déclaration de faillite.

D'après l'article 2, al. 2, de la loi de 1889, la requête pour l'obtention du bénéfice de la liquidation judiciaire est accompagnée du bilan et d'une liste indiquant le nom et le domicile de tous les créanciers. Cette dernière exigence s'explique par le désir d'accélérer la procédure (Cf. art. 9 de la loi de 1889).

(2) Théoriquement, le commerçant qui avoue la cessation de ses paiements, peut demander à être déclaré en faillite ou à être mis en liquidation judiciaire. Il est peu disposé naturellement à choisir la situation la plus rigoureuse ; il fait souvent, au contraire, ses efforts pour obtenir, même au prix de dissimulations, le bénéfice de la nouvelle institution. Le tribunal peut le lui

établir l'existence de la première condition qui est la qualité de commerçant (nº 1095) ; le tribunal peut donc refuser de déclarer la faillite ou rapporter la déclaration faite, s'il reconnaît que le débiteur n'est pas commerçant (1). Mais, ce cas écarté, l'aveu du débiteur est, selon nous, la meilleure preuve de la cessation de paiements, et, par suite, il doit être suivi d'un jugement déclaratif. Nous n'admettrions pas des créanciers à prétendre que, si le débiteur ne paie pas, c'est qu'il ne le veut pas, qu'il a de quoi payer et que, par conséquent, il n'est pas vraiment en état de cessation de paiements. Sans doute, on peut concevoir qu'un débiteur de mauvaise foi ait intérêt à provoquer sa faillite pour obtenir de la majorité des créanciers des concessions (concordat) qu'il ne peut obtenir de l'unanimité. La minorité ne sera pas sacrifiée pour cela ; elle sera protégée autrement. Quand il s'agira de statuer sur l'homologation du concordat, le tribunal examinera les causes de la cessation des paiements, il verra si elle provient d'un mauvais vouloir ou d'un calcul frauduleux ; des poursuites criminelles pourront être exercées si le failli a détourné son actif ; mais le fait de la faillite n'en est pas moins constant.

1043. 2º *Faillite prononcée à la requête des créanciers.* — Souvent le débiteur ne se conforme pas à la prescription de la loi qui lui impose de faire connaître dans les quinze jours la cessation de ses paiements : ses créanciers ne devant pas être laissés à sa discrétion, la faculté pour eux de demander la déclaration de faillite était la sauvegarde naturelle et nécessaire de leurs droits (2).

La loi ne faisant aucune distinction (art. 440), il faut dire que la faillite peut être provoquée par *tout créancier*, quelque minime que soit le montant de sa créance, qu'elle soit ou non garantie par des sûretés particulières, quelles que soient les relations de parenté qui peuvent exister entre le créancier et le failli (3).

La cessation de paiements, au sens légal, suppose des dettes commerciales en souffrance (nº 1036) : mais, par cela seul que le fait se

refuser ; mais, par le motif donné au texte, il ne peut refuser de déclarer la faillite.

(1) Il pourrait aussi refuser de déclarer la faillite pour incompétence.

(2) La loi de 1889 a prévu le cas où le tribunal de commerce serait saisi en même temps d'une requête en admission au bénéfice de liquidation judiciaire et d'une assignation en déclaration de faillite (art. 4, al. 3). V. nº 1276.

(3) Les lois sur la contrainte par corps (Lois du 17 avril 1832, art. 19, et du 13 décembre 1848, art. 10) avaient admis certaines restrictions au droit d'exercer cette voie d'exécution dans les rapports entre certains parents ou alliés ; on ne peut, par voie d'analogie, les sous-entendre en l'absence de tout texte.

produit, rien n'empêche qu'il soit invoqué par celui-là même dont la créance est civile (1).

La déclaration de faillite est une mesure conservatoire que peut provoquer un créancier à terme ou conditionnel (Cf. art. 1180, C. civ.). Du reste, ici l'action du créancier a pour but la sauvegarde non seulement de son intérêt propre, mais aussi de l'intérêt commun. Comment ne pourrait-il pas attirer sur la situation du débiteur l'attention du tribunal, qui pourrait même se saisir d'office ?

On ne peut non plus objecter au créancier qui agit, qu'il est le seul créancier connu et que l'organisation de la procédure de la faillite suppose la pluralité de créanciers (2). Ce que la loi a dû envisager, c'est moins le nombre des créanciers que la situation du débiteur. Le créancier, qu'on suppose seul, peut avoir un grand intérêt à faire prononcer la faillite pour s'assurer la conservation de l'actif par des mesures d'ensemble, amener l'annulation d'actes commis à son détriment dans la période suspecte ; les autres créanciers ont peut-être été désintéressés avec son argent. Sans doute, la loi a eu en vue le cas le plus fréquent, celui où il y a plusieurs créanciers ; certaines de ces dispositions pourront se trouver sans effet s'il y a un créancier unique, mais cela importe peu. Du reste, on ne peut jamais affirmer qu'il n'y a qu'un créancier ; les mesures de publicité qu'amène la faillite, sont de nature à en faire surgir d'autres.

Les créanciers saisissent ordinairement le tribunal par une assignation signifiée au débiteur ; c'est la voie normale, qui sauvegarde les droits de celui-ci mis ainsi en demeure de faire valoir ses objections à la demande. — Si le débiteur est mort, l'assignation doit être donnée dans l'année du décès (art. 437, al. 3. et plus haut, nº 1037).

On admet que les créanciers peuvent procéder autrement, adresser une requête au tribunal de commerce pour lui demander de déclarer la faillite, sans mettre en cause le débiteur. Ce qui force à reconnaître la régularité de cette procédure, c'est la faculté donnée au tribunal de statuer d'office (nº 1044) ; elle implique que la faillite peut être déclarée contre un débiteur qui n'a pas été mis à même de se défendre. La mise en cause du débiteur n'est donc pas indispensable. Il n'en est pas moins vrai qu'elle est, en général, désirable, que le tribunal doit être très circonspect en pareille matière et qu'en cas de doute, il fait bien d'ordonner que le débiteur soit mis en demeure de présenter ses observations.

(1) Bourges, 17 décembre 1900, D. 1901. 2. 423 ; Alger, 31 décembre 1901, D. 1903. 2. 211 ; *Pand. fr.*; 1903. 2. 111

(2) Angers, 14 décembre 1875, D. 1876. 1. 196 ; *Pand. fr. chr.* ; Douai, 25 novembre 1901. S. et *J. Pal.*, 1903. 2. 158.

Le tribunal, saisi d'une demande en déclaration de faillite, doit naturellement vérifier d'abord si le demandeur est vraiment créancier, puis si le débiteur est commerçant et s'il est en état de cessation de paiements. Ces diverses questions étant résolues affirmativement, le tribunal doit-il prononcer nécessairement la faillite ? Nous le croyons (1) ; cette solution résulte du texte et de l'esprit de la loi qui ne supposent aucun pouvoir discrétionnaire au profit du tribunal (Cf. art. 437 et 440). A tort ou à raison, le législateur a pensé que la procédure organisée par lui pour le cas de cessation des paiements donnait toute satisfaction aux divers intérêts engagés ; les tribunaux n'ont pas le droit de substituer leur prévoyance à celle de la loi, de refuser de déclarer la faillite en considération des causes qui ont amené la cessation des paiements ou de l'intérêt qu'auraient les créanciers à ce qu'elle ne fût pas prononcée, par exemple, parce qu'une procédure de liquidation offrant des garanties suffisantes a été organisée. Les tribunaux de commerce de quelques grandes villes, frappés sans doute des défectuosités de la loi, ont rendu à cet égard des décisions qui en constituent la violation manifeste (2).

1044. 3° *Faillite déclarée d'office.* — Contrairement au principe général d'après lequel les tribunaux ne statuent que quand ils sont *saisis*, le tribunal de commerce peut déclarer la faillite *d'office*. Le législateur lui a conféré ce droit pour le cas où, la cessation des paiements étant notoire, il n'y aurait pas de créanciers sur les lieux et pour le cas où ces créanciers seraient de connivence avec le débiteur. Le tribunal doit user de ce pouvoir avec la plus grande prudence et seulement quand l'intérêt public ou l'intérêt commun des créanciers l'exige (3). — S'il

(1) Cass., 15 février 1896, S. et *J. Pal.*, 1897. 1. 133. — Si le tribunal était en même temps saisi d'une requête du débiteur, il pourrait se borner à le mettre en liquidation judiciaire (art. 4, al. 3, L. de 1889).

(2) V. notamment Trib. com Marseille, 20 décembre 1881, et Trib. com. Lyon, 4 mars 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 542 et 138. V., au contraire, Caen, 5 avril 1881; S. 1881. 2. 174 (arrêt posant nettement les principes).

(3) En général, sur 100 faillites il y en a 6 ou 7 déclarées d'office. Le tribunal prononce spontanément ou sur *avis du parquet* ; il s'agit d'un avis tout officieux, puisque le ministère public n'a pas le droit de demander la déclaration de faillite ou de requérir devant le tribunal de commerce ; il avertit le tribunal qu'il a commencé des poursuites (escroquerie, abus de confiance) contre un négociant dont la cessation de paiements est flagrante. — Le tribunal de commerce peut être amené à déclarer la faillite d'office au cas où, un commerçant demandant le bénéfice de la liquidation judiciaire, on reconnaît qu'il n'est pas dans les conditions voulues pour l'obtenir ; la cessation de paiements étant ainsi constatée, il est naturel que le tribunal déclare la faillite. De même, la liquidation judiciaire peut être d'office convertie en faillite (L. 4 mars 1889, art. 19).

s'agit d'un commerçant décédé, la déclaration de faillite ne peut être prononcée d'office que dans l'année de son décès (art. 437, dern. al.). V. n° 1037.

1045. C. DU CARACTÈRE DU JUGEMENT DÉCLARATIF ET DES DISPOSITIONS QU'IL CONTIENT. — Le jugement déclaratif produit, par dérogation à l'article 1351, C. civ., effet à l'égard de tout le monde, même donc à l'égard des créanciers demeurés étrangers à la demande de déclaration de faillite, précisément parce qu'il s'agit d'organiser une procédure collective (1). C'est ce qui explique pourquoi, d'une part, des mesures de publicité sont immédiatement prises pour que ce jugement soit porté à la connaissance de tous les intéressés dont la plupart souvent n'ont pas été parties (art. 422 et ci-après n° 1047), et pourquoi, d'autre part, des voies de recours sont ouvertes à tous les intéressés, qui prétendraient que le jugement déclaratif de faillite a été rendu à tort (art. 580 et 581, ci-après n^os^ 1048 et suiv.).

Le jugement déclaratif contient plusieurs dispositions qui se rattachent à la déclaration de faillite (2) :

1° Il nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics (art. 462). V. ci-après chap. II, n^os^ 1123 et suiv. ;

2° Il prescrit des mesures relatives aux biens et à la personne du failli : apposition des scellés, incarcération, etc. (art. 455-456, ci-après chap. III, n^os^ 1131 et suiv.);

3° Il peut fixer la date de la cessation des paiements (art. 441). Ce dernier point a une importance capitale et doit être étudié spécialement. V. n° 1046.

1046. *De la date de la cessation de paiements et de sa fixation.* — Le jugement déclaratif constate qu'il y a cessation de paiements : cette cessation n'est pas constatée par le tribunal au moment même où elle se produit ; par la force des choses, elle est plus ou moins antérieure au jugement. En supposant que la loi soit exactement observée, ce qui est rare, le débiteur a quinze jours pour faire l'aveu de sa situation (art. 438 et n° 1042) et le jugement ne suit pas instantanément. Le plus souvent, quand le débiteur se décide à déposer son bilan, c'est assez longtemps après que ses embarras se sont manifestés et après qu'il a fait de vains efforts pour en triompher. De même, les créanciers ne connaissent pas toujours la situation dès qu'elle se produit ou ne s'en prévalent pas immédiatement. Enfin, on comprend qu'il faut un certain

(1) On peut dire, par suite, du jugement déclaratif de faillite : *facit jus*, en employant des expressions qu'on trouve dans les textes du Droit romain à propos de jugements qui, à titre exceptionnel, ont une autorité de chose jugée absolue.

(2) Cf. art. 4, al. 1, loi de 1889.

temps pour que le fait parvienne à la connaissance du tribunal et le décide à statuer d'office. La date de la cessation des paiements est très importante, parce qu'elle sert à fixer les limites de la *période suspecte* (1) : les actes intervenus au cours de cette période antérieure au jugement déclaratif sont soumis à un régime particulier de nullités (nº 1028). Au sujet de la fixation de cette date, l'article 441, C. com., dispose : *Par le jugement déclaratif de la faillite, ou par jugement ultérieur rendu sur rapport du juge-commissaire, le tribunal déterminera, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements. A défaut de détermination spéciale, la cessation de paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite.*

Au moment où il déclare la faillite, le tribunal n'a pas ordinairement les éléments d'appréciation nécessaires pour fixer définitivement la date de la cessation des paiements : c'est l'examen des livres et de la correspondance qui permettra de le faire en connaissance de cause. Le jugement déclaratif fixe donc une date provisoire ou renvoie la fixation à une époque ultérieure.

Pour le cas un peu extraordinaire où aucun jugement ne contiendrait cette fixation, l'article 441, C. com., dispose que la cessation des paiements *sera réputée* avoir eu lieu le jour de la déclaration de faillite. Il y a là une sorte de fiction, puisqu'en réalité, il y a toujours un intervalle plus ou moins long entre la cessation des paiements et la déclaration de faillite. Cette règle doit forcément être modifiée quand il s'agit d'une faillite déclarée après décès ; cette déclaration n'étant régulière qu'à la condition que le commerçant soit mort en état de cessation de paiements (nº 1037), c'est au jour de sa mort qu'il faut reporter la cessation des paiements à défaut d'une fixation expresse.

En ce qui concerne la fixation de la date de la cessation des paiements, nous croyons que le tribunal de commerce a le même pouvoir d'appréciation et qu'il doit s'inspirer des mêmes idées que s'il s'agissait d'examiner l'état des affaires du commerçant au point de vue d'une déclaration de faillite. Il y a seulement une différence entre les deux cas au point de vue de la preuve : la faillite une fois déclarée, le tribunal a des éléments d'information qui lui manquent lorsqu'un créancier demande que son débiteur soit mis en faillite ; il peut mieux se rendre compte de la signification de tel refus de paiement ; était-il motivé par une contestation sur l'existence ou l'étendue de la créance ou, au con-

(1) Au point de vue de la liquidation judiciaire, la date de la cessation des paiements a une importance particulièrement grande. Cf. art. 2. al. 1, et art. 19-1º, loi de 1889. V. nºs 1262, 1279 et 1321.

traire, par l'impossibilité réelle de payer ? On soutient, au contraire, et la jurisprudence est favorable à cette solution (1), que la *cessation de paiements* s'entend dans un sens plus large quand il s'agit de fixer le point de départ de la période suspecte que quand il y a à déclarer la faillite. Le tribunal pourrait, au premier point de vue, faire remonter la cessation des paiements au delà de l'arrêt des paiements jusqu'au jour où se sont manifestés les premiers faits impliquant la gêne du commerçant, par exemple jusqu'à la date de la conclusion d'un arrangement avec ses créanciers (concordat amiable) non exécuté ou du renouvellement d'effets de commerce suivi du non-paiement des effets nouveaux. Il est peu probable que le législateur ait employé l'expression *cessation* de paiements dans deux sens différents. En outre, cette dernière doctrine ouvrirait la porte à l'arbitraire, en permettant aux tribunaux de considérer le recours à des expédients comme constituant la cessation des paiements.

L'embarras des affaires a pu durer longtemps avant qu'une déclaration de faillite n'intervînt, surtout si l'on adopte la doctrine qui vient d'être écartée. Le tribunal peut constater qu'il remonte à plusieurs années auparavant : rien ne limite son pouvoir à ce point de vue. La période suspecte peut donc avoir une très grande étendue, ce qui est de nature à entraîner des inconvénients pratiques : un grand nombre d'opérations diverses (ventes, achats, paiements, constitutions d'hypothèques, etc.) sont ainsi exposées à être annulées (2).

Il est facile de se rendre compte de l'opposition d'intérêts qui se produit pour cette fixation de la date de la cessation des paiements : les syndics, dans l'intérêt de la masse des créanciers, tâchent de la faire reculer, afin d'amener l'annulation d'actes par lesquels le failli a diminué son actif ou augmenté son passif ; ceux qui ont traité avec le failli résistent, afin que les opérations conclues par eux ne soient pas mises en question. Le tribunal doit statuer, en recherchant d'après les circonstances quel est le jour où l'on peut dire qu'il y avait vraiment cessation de paiements, sans se préoccuper des conséquences qu'entraînera cette détermination ; souvent, au contraire, il s'en préoccupe et se

(1) Cass., 13 janvier 1902, S. et *J. Pal.*, 1902. 1. 279 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 368 ; 16 novembre 1902. D. 1903. 1. 86 ; Cass., 3 novembre 1903, D. 1903 1. 544 ; *Pand. fr.*, 1904, 1. 216.

(2) A plusieurs reprises, on a demandé la fixation d'un délai au delà duquel on ne pourrait faire remonter la cessation des paiements, comme cela a lieu selon plusieurs lois étrangères ; dans le projet élaboré en 1882 par le Conseil d'État, il y a un délai maximum d'une année. Un amendement a été proposé sur ce point à la Chambre des députés hors de la discussion de la loi du 4 mars 1889 (séance du 20 octobre 1888), mais la question a été renvoyée à la discussion du projet complet de réforme de la loi des faillites.

laisse influencer par la faveur plus ou moins grande que méritent les actes dont le sort dépend de la fixation.

C'est sur le rapport du juge-commissaire que le tribunal de commerce fixe la date de la cessation des paiements, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée (art. 441). Ordinairement, c'est le syndic qui, après examen des livres et papiers du failli, demande au tribunal de reporter à telle date l'ouverture de la faillite (1). Il peut le faire, selon nous, par voie de requête et il n'y a pas à objecter la crainte de surprises ; le jugement doit être publié (art. 442) et tous les intéressés peuvent l'attaquer. V. nos 1047, 1048 et suiv.

1047. D. PUBLICATION ET EXÉCUTION DU JUGEMENT DÉCLARATIF. — Le jugement déclaratif de faillite et le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements produisent effet à l'égard de tout le monde (n° 1045) ; aussi la loi prend-elle des mesures pour qu'ils parviennent à la connaissance des intéressés qui auront à s'y conformer ou qui pourront les attaquer. Voici ce que dispose à ce sujet l'article 442 : *les jugements rendus en vertu des deux articles précédents* (l'art. 440 parle du jugement déclaratif et l'art. 441 du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements) *seront affichés et insérés par extrait dans les journaux, tant du lieu où la faillite aura été déclarée que de tous les lieux où le failli aura des établissements commerciaux, suivant le mode établi par l'article 42 du présent Code* (2). L'article ici visé se réfère à la publication des actes de sociétés et il a été abrogé par l'article 65 de la loi du 24 juillet 1867 (n° 133) ; mais cette abrogation ne saurait modifier l'article 442. Le mode de publication prévu par ce dernier article est encore applicable ; un extrait des jugements dont il s'agit doit donc être affiché pendant trois mois dans la salle des audiences du tribunal de commerce et inséré dans les journaux.

L'accomplissement de ces formalités de publicité a cette importance qu'il fixe le point de départ des délais dans lesquels les jugements ainsi publiés peuvent être attaqués par les intéressés (art. 580 et n° 1050). L'absence de publication empêche donc les délais de courir, mais aucune autre conséquence n'est prévue par la loi. Ainsi, ceux qui ont traité avec le failli depuis le jugement déclaratif, et dans l'ignorance de ce jugement non publié, ne sauraient prétendre que ce jugement ne leur est pas opposable ; le dessaisissement se produit de plein droit à la

(1) C'est l'expression usitée dans la pratique ; elle se comprenait mieux sous l'empire du Code de 1807 que sous celui de la loi de 1838. Avant 1838, en effet, on pouvait dire que la faillite s'ouvrait dès la cessation des paiements, puisque le dessaisissement datait de ce moment-là (ancien art. 442), tandis qu'aujourd'hui, il ne date que du jugement déclaratif (art. 443).

(2) Cf. art. 4, al. 3, loi de 1889. V. n° 1284.

date du jugement et indépendamment de toute formalité (Cf. art. 443). Les tiers pourraient seulement demander des dommages-intérêts, conformément au droit commun (art. 1382, C. civ.), à ceux auxquels est imputable le défaut de publication (1)

L'article 440 dit du jugement déclaratif : *le jugement sera exécutoire provisoirement*. Cela est grave, puisqu'il s'agit d'un jugement qui peut avoir été rendu, non seulement par défaut, mais même sans que le failli ait été appelé à fournir des explications (n° 1045). Cette règle rigoureuse était nécessaire : quand un commerçant est en état de cessation de paiements, il est urgent de prendre très promptement des mesures conservatoires dans l'intérêt de la masse des créanciers, et c'est cet intérêt qui explique que le jugement soit exécutoire nonobstant opposition et sans caution (2). Mais il ne faut pas déduire de là que l'on peut procéder à des mesures d'exécution qui impliquent que la faillite a reçu une certaine solution, par exemple qu'on puisse faire vendre les biens du failli pour en répartir le prix entre les créanciers, quand le jugement déclaratif est frappé d'opposition ou d'appel.

1048. E. Voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite et contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements. — La loi a réglé cette matière, fort importante au point de vue pratique, dans les articles 580 à 582, C. com., dont les dispositions n'ont pas toute la clarté désirable. Il faut examiner séparément ce qui concerne le jugement déclaratif de faillite et le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements et, pour chacun de ces jugements, nous déterminerons quelles personnes peuvent l'attaquer et par quelles voies. Le Code de commerce ne parle que de l'*opposition* et de l'*appel ;* le *recours en cassation* reste donc soumis aux règles ordinaires et, par suite, il n'en sera pas spécialement parlé ici.

1049. Voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite (3). — Ce jugement est susceptible d'*opposition* et d'*appel*

(1) Cass., 16 novembre 1887, D. 1888. 1. 325 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 416. Cette solution est également vraie pour la liquidation judiciaire, au sujet de laquelle la loi de 1889 renvoie à l'article 442, C. com. V. art 4, al. 3. Nous considérons comme erronée l'opinion de certains auteurs d'après laquelle, « en l'absence de publicité, toute partie intéressée a le droit de repousser les effets du jugement qu'on prétendrait lui opposer ». Lecomte, *op. cit.*; n° 427.

(2) De droit commun, les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires provisoirement *nonobstant appel* et, en principe, *à la charge de donner caution* (art. 439, C. pr. civ.) ; mais ils ne sont pas exécutoires nonobstant opposition. V. n° 1392.

(3) Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire *n'est susceptible d'aucun recours* (art. 4, al. 3, loi de 1889). V. n° 1285.

de la part du failli ou de toute autre partie intéressée (Cbn. art. 580 et 583).

1050. *Opposition.* — L'article 580, C. com., dit simplement que le jugement déclaratif est susceptible d'opposition de la part du failli, sans spécifier les circonstances dans lesquelles il peut se pourvoir de cette manière. La conséquence doit être qu'il faut appliquer le droit commun et que le failli peut former opposition quand il a été statué par défaut à son égard, mais seulement dans ce cas. L'opposition se conçoit donc toutes les fois que le failli n'a pas comparu, qu'il ait été assigné par un créancier, ou que le tribunal ait prononcé la faillite d'office ou sur requête, mais non quand le jugement a été contradictoire ou quand il a été rendu sur dépôt de bilan, puisqu'il n'y a pas de défaillant ; l'appel serait, dans ces deux derniers cas, seul recevable.

On s'est demandé si l'acquiescement du failli l'empêcherait de se pourvoir par la voie de l'opposition ou de l'appel ; la jurisprudence admet l'affirmative (1). Cette solution soulève des doutes sérieux, parce que l'ordre public est ici intéressé ; le jugement déclaratif entraîne des incapacités à la charge du failli et on ne peut acquiescer valablement à un jugement de ce genre, par exemple à un jugement qui prononce une interdiction.

L'article 580 donne aussi le droit de former opposition à *toute autre partie intéressée*, précisément parce que le jugement produit effet *erga omnes* (n° 1045). Ces intéressés sont les créanciers et les personnes dont les droits peuvent être atteints par suite de la déclaration de faillite, par exemple des acquéreurs à titre gratuit ou onéreux, qui tiennent leurs droits du failli et dont les actes faits avec lui sont susceptibles d'être annulés (art. 446 et 447, C. com.).

Le droit d'opposition reconnu au failli est la faculté qui appartient de droit commun au défaillant ; il n'en est pas de même du droit d'opposition admis pour les autres intéressés, qui ne peuvent être considérés comme des défaillants, puisqu'ils n'ont pas été appelés dans l'instance et qu'ils n'avaient pas à y être appelés. Il s'agit plutôt d'une *tierce opposition* que la loi a restreinte dans d'étroites limites de temps, pour éviter les inconvénients d'une incertitude trop prolongée ; l'article 580, C. com., écarte donc ici l'application du principe général de l'article 474, C. proc. civ.

L'opposition doit être formée par le failli *dans la huitaine* et par tout autre intéressé *dans le mois* de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par le jugement (art. 580, Cf., n° 1047) ; ces forma-

(1) Cass., 25 août 1868, D. 1868. 1. 413 ; S. 1869. 1. 120 ; Cass., 14 mai 1890, *Pand. fr.*, 1890. 1. 16 ; *Journal des faillites*, 1890, p. 289.

lités constituent, en quelque sorte, une signification collective qui met tous les intéressés en demeure de se pourvoir, s'ils n'acceptent pas le jugement. La différence de délai s'explique aisément : le failli est toujours immédiatement averti de la déclaration de faillite, et il peut facilement se décider sur le point de savoir s'il doit, oui ou non, se pourvoir. — Ces délais sont de rigueur, et il n'y a lieu à aucune augmentation à raison des distances.

L'opposition est formée par acte signifié nécessairement au syndic qui représente la masse des créanciers et l'ensemble des intérêts se rattachant à la faillite ; si la faillite a été déclarée à la requête d'un créancier, celui-ci doit être mis en cause.

1051. *Appel.* — La loi n'a pas dit en termes formels que le jugement déclaratif est susceptible d'appel, mais c'est une voie de recours de droit commun qui doit être admise par cela seul qu'elle n'est pas exclue par la loi (aj. art. 582 et 583 cbn.) et elle doit l'être sans distinction, par cela même que le jugement déclaratif n'est pas rendu à la suite d'une demande portant sur une certaine somme ou sur un objet d'une valeur déterminée.

D'après les principes généraux qui sont applicables dans le silence de la loi, le droit d'interjeter appel appartient à tous ceux qui ont été parties au procès et n'appartient qu'à eux ; peu importe, du reste, qu'ils aient ou non exercé le droit d'opposition qu'ils pouvaient avoir. Conformément à cette idée, le failli peut toujours interjeter appel, puisqu'il peut être considéré comme ayant toujours été partie au jugement déclaratif ; si celui-ci n'a pas été contradictoire, l'opposition et l'appel sont également recevables : pour avoir négligé l'opposition, le failli n'est pas privé du droit d'appeler.

Le délai d'appel est de quinze jours à compter de la signification, en vertu de l'article 582, al. 1, qui réduit ainsi le délai d'appel (qui est d'ordinaire de deux mois à partir de la signification du jugement, art. 443, C. proc. civ.), pour *tout jugement rendu en matière de faillite* ; ce délai est augmenté d'un jour par cinq myriamètres pour les parties domiciliées à plus de cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal (art. 582, al. 2). — Pour la forme de l'appel, il n'y a qu'à appliquer ce qui a été dit au sujet de l'opposition (n° 1050).

Les créanciers et les autres intéressés ne peuvent interjeter appel qu'autant qu'ils ont été parties au jugement attaqué. Si donc ils ont formé opposition au jugement déclaratif et si leur opposition a été rejetée, ils peuvent interjeter appel du jugement qui les a déboutés, dans la quinzaine de la signification de ce jugement : s'ils n'y ont pas formé opposition, ils ne peuvent, selon nous, interjeter appel (1).

(1) Rennes, 1er mai 1876, D. 1878. 2. 207.

1052. *Question commune à l'apposition et à l'appel.* — Quand le failli s'est pourvu par opposition ou par appel contre le jugement déclaratif, pour quelles causes ce jugement peut-il être rapporté ? Il doit l'être sans difficulté, si le failli prouve que ce jugement ne devait pas être rendu, par exemple, parce qu'il n'était pas commerçant ou qu'étant commerçant, il n'avait pas cessé ses paiements, ou encore parce que le tribunal était incompétent. Mais il peut se faire que rien de semblable ne soit allégué, que le tribunal ait exactement apprécié la situation, telle qu'elle était au moment où il a été saisi, mais que le failli allègue que la situation a changé : des ressources lui étant survenues, il a désintéressé ses créanciers, de telle sorte qu'il n'est plus, au moment où l'arrêt statuant sur l'appel est rendu, en état de cessation de paiements (1). Dans ces circonstances, les juges, saisis de l'opposition ou de l'appel, peuvent-ils apprécier les choses comme entières, constater qu'effectivement, il n'y a plus de cessation de paiements et rapporter le jugement déclaratif ? La Cour de cassation et beaucoup de cours d'appel se prononcent dans le sens de l'affirmative (2). La situation du commerçant qui, après avoir désintéressé ses créanciers ou s'être entendu avec eux, demande à être remis à la tête de ses affaires, est sans doute favorable, et la procédure de faillite paraît désormais sans objet, puisqu'il n'y a plus de créanciers ou, tout au moins, qu'aucun d'eux ne réclame rien. On motive la solution en droit, en disant que, par suite de l'opposition ou de l'appel, le point litigieux est remis en question et qu'ainsi, les juges ont à se préoccuper de la situation telle qu'elle existe au moment où ils statuent.

L'exactitude de cette solution est douteuse : avec elle, on rétracte ou l'on réforme un jugement qui, en définitive, a été bien rendu, qui avait constaté une situation de fait réelle, et l'on efface les conséquences de cette situation d'une manière non prévue par la loi (3).

1053. VOIES DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT QUI FIXE LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS. — Souvent, le fait même de la faillite

(1) La question se pose aussi en cas de concordat amiable conclu avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée. V. n° 1170 *bis*.

(2) Paris, 27 août 1868, D. 1869. 2. 73 ; Ch. civ. c., 23 novembre 1881, D. 1882. 1. 265 ; Lyon, 14 mars 1894; *La Loi*, n° du 29 décembre 1894 ; Alger, 29 novembre 1897, D. 1899. 2. 78 ; Agen, 2 juillet 1900, S. 1092. 2. 159; D. 1902. 2. 66. Il en serait autrement si le fait du paiement des dettes ne se produisait qu'après que le jugement déclaratif de faillite serait passé en force de chose jugée : Cass., 6 février 1889, D. 1890. 1. 464 ; *Pand. fr.*, 1889. 1. 472.

(3) V., en ce sens, note de M. Beudant, D. 1869. 2. 73 ; note de M. Glasson, D. 1902. 2. 67 ; Paris (4e ch.), 30 décembre 1891, *Journal des faillites*, 1892. p. 55 ; C. de cassation de Belgique, 21 mai 1891, *La Loi*, n° du 5 septembre 1891.

n'est pas contesté, mais il y a des doutes sur l'époque à laquelle a commencé la cessation des paiements. Comme il a été dit plus haut (n° 1028), la fixation de cette époque intéresse diverses personnes, les bénéficiaires et les victimes du régime de nullités organisé pour les actes qui se placent dans la période suspecte ; il faut y ajouter le failli qui soutiendrait avoir déposé son bilan dans le délai de l'article 438 (n° 1046), alors que le tribunal fait remonter la cessation des paiements à une date bien antérieure à cet aveu du failli. Quels moyens ont ces divers intéressés pour attaquer la décision rendue à ce sujet et dans quel délai doivent-ils en user? C'est ce qu'il importe d'examiner sommairement.

En ce qui touche l'*opposition*, l'article 580 statue à la fois pour le jugement déclaratif et *pour celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation des paiements* ; le failli et les autres intéressés ont le droit de former opposition, le premier dans la huitaine et les autres dans le mois de l'accomplissement des formalités de publicité. Il n'y a qu'à renvoyer aux explications données plus haut (n° 1050).

1054. L'article 580 n'est malheureusement pas le seul qui règle l'opposition à former contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements ; il y a encore l'article 581, qui statue en ces termes : *aucune demande des créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Ces délais expirés, l'époque de la cessation de paiements demeure irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers.* La loi a en vue ici les délais des articles 492, 493 et 497, C. com., qui expirent huit jours après la comparution du dernier créancier vérifié (1). — Par suite de la combinaison des articles 580 et 581, il y aurait donc un double délai pour former opposition : 1° un délai fixe d'un mois pour les intéressés en général ; 2° un délai variable, qui part de la prononciation du jugement pour aller jusqu'à la fin de la procédure de vérification et d'affirmation des créances. Ce second délai ne concerne que les créanciers, les autres intéressés étant régis uniquement par l'article 580. Quel est le plus long de ces deux délais ? On ne peut le dire : suivant les cas, entre le jour de la publication du jugement en question et la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, il s'écoulera plus ou moins d'un mois. Comment donc fonctionne ce double délai à l'égard des créanciers ? C'est une question fort difficile et nous n'y trouvons pas de solution satisfaisante.

(1) Sur la détermination de ces délais, V. Dijon, 16 mai 1902, D. 1903, 2. 107.

Dans un système radical, on dit que les créanciers sont régis seulement par l'article 581, ce qui supprime l'antinomie ; mais on restreint arbitrairement la portée de l'article 580, qui, après avoir mentionné le failli, parlant de *toute autre partie intéressée*, n'a pas pu ne pas avoir en vue les créanciers qui sont, au premier chef, parmi les intéressés. — Ceux qui laissent toute sa portée à l'article 580 ne s'entendent pas sur la manière de le concilier avec l'article 581. Les uns disent que l'article 580 établit un délai maximum pour le droit d'opposition des créanciers ; par cela seul qu'un mois se sera écoulé depuis la publication du jugement, les créanciers ne pourront plus former opposition, quand même la procédure de vérification et d'affirmation durerait encore. Il n'y a pas de raison, dit-on, pour que les créanciers, au courant des incidents de la faillite, aient un délai plus long que les autres intéressés ; mais ils peuvent avoir un délai plus court, puisque leur droit d'opposition doit être exercé avant la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, quel que soit le temps écoulé depuis le jugement. L'article 581 aurait donc pour effet de raccourcir, dans certains cas, au détriment des créanciers, le délai donné à tous les intéressés par l'article 580. — Dans une autre opinion adoptée par plusieurs arrêts (1), le législateur n'aurait pas voulu placer les créanciers dans une situation plus défavorable que les autres intéressés, mais bien les avantager, en leur permettant d'agir, d'abord et dans tous les cas, dans le délai d'un mois, et même après l'expiration de ce délai, si la procédure de la vérification dure encore.

On comprendra mieux le jeu de ces différents systèmes par des dates. Un jugement a été rendu le 1er février pour fixer la date de la cessation des paiements ; il a été publié le 4. Les intéressés, autres que les créanciers, ont jusqu'au 4 mars pour se pourvoir, sans qu'il y ait à tenir compte de la procédure de vérification. Celle-ci a été close le 15 février : dans le premier et le second système, les créanciers n'ont plus le droit de former opposition ; dans le troisième, ils l'ont encore jusqu'au 4 mars. Si la clôture de la procédure de vérification arrive avant le 15 mars, le second système déclarerait les créanciers forclos à partir du 4 mars par application de l'article 580 ; le premier les admettrait à agir jusqu'au 15, parce que, d'après lui, ils sont régis seulement par l'article 581 ; le troisième également, mais pour un autre motif, parce qu'il permet aux créanciers d'invoquer, suivant leur intérêt, l'article 580 ou l'article 581. Nous inclinerions vers le troisième système, tout en reconnaissant qu'il ne cadre pas bien avec les termes absolus de la disposition finale de l'article 581, C. com.

(1) V. notamment Orléans, 6 mars 1850, D. 1850. 2. 49.

1055. Les créanciers, dont il vient d'être parlé et dont le droit d'opposition est réglé par les articles 580 et 581 combinés, sont ceux qui agissent dans un intérêt collectif et sont représentés par le syndic. Si un créancier a un intérêt distinct de celui de la masse, si, par exemple, il a reçu une hypothèque ou un gage pouvant tomber sous le coup de l'article 446, c'est bien un *intéressé* au sens de l'article 580 et il peut critiquer la fixation de la date de la cessation des paiements, mais seulement dans le délai imparti par cet article ; il ne peut se prévaloir de la disposition de l'article 581 qui ne concerne que les créanciers formant la masse (1).

La date de la cessation des paiements ne se trouve donc définitivement fixée qu'après l'expiration des délais des articles 580 et 581 ; jusque-là, elle peut être modifiée par le tribunal sur la demande du syndic ou des intéressés et même d'office (art. 441). — La loi n'apporte aucune restriction à la faculté qu'elle accorde au tribunal de statuer d'office, et l'on doit en conclure que le tribunal peut modifier spontanément une première fixation qu'il a faite d'office même sans la qualifier de provisoire. — La décision ainsi rendue d'office est publiée conformément à l'article 442 et peut être attaquée par les intéressés dans les délais des articles 580 et 581.

1056. Pour la forme de l'opposition au jugement portant fixation de la date de la cessation des paiements, il faut appliquer ce qui a été dit au sujet du jugement déclaratif de faillite. Cf. nº 1050.

La loi n'a pas plus parlé de l'*appel* pour le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements que pour le jugement déclaratif : il faut poser les mêmes règles pour le premier que pour le second. Cf. nº 1058.

Section III. — **Des effets du jugement déclaratif de faillite.**

1057. Le jugement déclaratif est le point de départ de toute une procédure qui a pour but de conserver l'actif, de constater le passif, de rechercher les véritables causes de la faillite et de préparer la solution à lui donner. Cette procédure est collective en ce double sens qu'elle comprend, en principe, tous les créanciers du failli et s'applique à tous ses biens.

Le jugement déclaratif de faillite nomme un ou plusieurs syndics provisoires (art. 462, C. com.), chargés d'administrer sous le contrôle du

(1) Cass., 13 mai 1885, D. 1886. 1. 136 ; *Pand. fr. chr.* ; Toulouse, 2 novembre 1902; D. 1903. 2. 208 ; *Pand. fr.*, 1904, 2. 327.

juge-commissaire désigné en même temps (art. 451, C. com.). De plus, par le fait même du jugement, certains effets sont produits de plein droit et sans qu'il en soit fait mention dans le jugement.

1° Le failli encourt certaines *incapacités* politiques ou autres qui ne cessent complètement que par la réhabilitation. V. nos 1264 et suiv.

2° Il est *dessaisi* de l'administration de tous ses biens (art. 443 et nos 1059 et suiv.).

3° Le droit d'exercer des poursuites individuelles contre le failli est suspendu (nos 1068 et suiv.).

4° Les dettes non échues du failli deviennent exigibles (art. 444 et nos 1070 et suiv. Cf. art. 1913, C. civ.).

5° Le cours des intérêts des créances non garanties par un privilège, un nantissement ou une hypothèque, est arrêté à l'égard de la masse (art. 455 et nos 1075 et suiv.).

6° La masse des créanciers a une hypothèque sur les immeubles du failli (art. 490, al. 3 et nos 1079 et suiv.).

7° A partir du jour du jugement déclaratif, on ne peut plus inscrire de privilège ou d'hypothèque du chef du failli (art. 448 et nos 1082 et suiv.).

En outre, la faillite influe sur les droits de certaines personnes dont les garanties ordinaires se trouvent effacées ou restreintes, ou bien subordonnées à des conditions spéciales (vendeur de meubles, bailleur d'immeubles, femme du failli), art. 450, 550, 557 et suiv., etc. — Il a déjà été dit que la *faillite d'un associé* entraîne la dissolution de certaines sociétés (n° 354). La faillite du mandant ou du mandataire entraîne la cessation du mandat ; l'article 2003, C. civ., parle seulement de la *déconfiture* ; mais, par identité de raison, on applique sans hésiter sa disposition en cas de faillite. — Enfin, le jugement déclaratif *clôt* les magasins du failli, ce qui entraîne des conséquences importantes pour le règlement des droits de ceux qui ont expédié des marchandises ou des valeurs, qui ne sont arrivées qu'après la faillite du destinataire Cf. art. 574 et suiv. (n° 1213, *in fine*). — Il faut ajouter qu'à la faillite peuvent se rattacher des poursuites en *banqueroute simple* ou en *banqueroute frauduleuse*. Cf. art. 585, 586 et 591.

Les nombreux effets qui viennent d'être indiqués se réfèrent *à l'avenir*. Le jugement déclaratif produit aussi des effets *dans le passé*, en ce sens qu'il est, comme il a déjà été dit, le terme d'une période plus ou moins longue, dite *période suspecte*, qui commence à la cessation des paiements et comprend même, suivant les cas, les dix jours précédents. Les actes intervenus pendant cette période sont soumis à un régime spécial de nullités (nos 1089 et suiv.).

1058. Des effets produits par la faillite, il en est qui ne se conçoi-

vent pas en l'absence d'un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce : telle est notamment l'organisation de la procédure même de la faillite, des agents et des autorités qui y prennent part. Il faut dire la même chose du *dessaisissement* ; il suppose une administration organisée pour remplacer celle du failli qui disparaît (1). En est-il de même des effets qui se produisent de plein droit ? Ne dérivent-ils pas de la cessation des paiements et ne peuvent-ils pas être admis par toute juridiction qui constate l'existence de la cessation des paiements, encore que cette cessation des paiements n'ait pas fait l'objet d'une décision *ad hoc* du tribunal de commerce compétent ? La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative, et elle applique sa solution, soit en matière civile, soit en matière pénale (2). Elle admet ainsi ce qu'on appelle des *faillites de fait* ou des *faillites non déclarées* ou encore des *faillites virtuelles* (3). Voici quelques conséquences de cette jurisprudence :

1° Les tribunaux civils peuvent reconnaître qu'un débiteur commerçant a, en réalité, cessé ses paiements et tirer les conséquences légales de cette situation. Des applications de cette règle ont été fréquemment faites à propos des droits de la femme, qui subissent des restrictions importantes en cas de faillite : ainsi les tribunaux appliquent l'article 563, C. com., qui restreint l'hypothèque légale de la femme du failli quant aux immeubles qu'elle grève et aux créances qu'elle garantit, encore que le mari n'ait été l'objet d'aucune déclaration de faillite, par cela seul qu'ils constatent qu'il est en état de cessation de paiements (4). On a fait valoir, notamment, en faveur de cette doctrine, que d'après l'article 437, al. 1, *tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* ; la cessation des paiements est donc, dit-on, un fait dont le tribunal de commerce est appelé à constater l'existence pour déclarer la faillite, mais ce fait existe avant la déclaration et indépendamment d'elle. Aussi les articles 438 et 439, C. com., se placent à un moment où le tribunal de commerce n'a pas encore statué, et parlent néanmoins de *failli* ou de *faillite*.

2° Les juridictions de répression, saisies d'une poursuite en banque-

(1) Pour d'autres effets, les textes supposent formellement que la faillite a été *déclarée*. V. art. 443, 444, 445, C. com. : art. 15, 17, Décret-loi du 2 février 1852 ; art. 2, 3 et 8, L. du 8 décembre 1883.

(2) Quoiqu'on ait prétendu le contraire, nous pensons que la question se présente toujours dans les mêmes termes depuis la loi du 4 mars 1889 (Cf. Maxime Lecomte, *op. cit.*, n° 415 *bis*). V. note 2 de la page suivante.

(3) V. Fourcade, *Des faillites non déclarées* (1889).

(4) Metz, 20 décembre 1865, D. 1869. 2. 10 ; Cass., 4 décembre 1854, D. 1855. 1. 20.

route simple ou en banqueroute frauduleuse, sont compétentes pour décider que la qualité de *commerçant failli*, condition nécessaire de l'existence du délit ou du crime (art. 585 et 591), existe chez le prévenu ou l'accusé, encore qu'aucune déclaration de faillite n'ait été antérieurement prononcée ou même que la juridiction commerciale compétente ait décidé qu'il n'y avait pas faillite. Suivant la jurisprudence, la faillite résulte de la simple cessation des paiements ; il y a là une pure question de fait que la juridiction de répression résout librement, sans avoir à se préoccuper de ce qu'a pu faire la juridiction commerciale qui statue dans un ordre d'idées et d'intérêt tout différent. A moins d'un texte formel, dit-on, l'existence de l'action publique ne peut être subordonnée à l'existence d'une décision de la juridiction civile (1).

Surtout en ce qui concerne le second point, la jurisprudence, suivie, d'ailleurs, par un assez grand nombre d'auteurs, semble trop arrêtée pour qu'on puisse espérer un revirement. Aussi nous bornons-nous à constater en peu de mots notre dissentiment absolu (2). Nous pensons que, toutes les fois que la loi parle de la *faillite*, elle a en vue un certain état de choses constaté par le tribunal compétent, qui seul a été chargé de ce soin par la loi. Tant que ce tribunal n'a pas statué, il n'y a ni faillite ni failli, et aucun autre tribunal ne peut, sous prétexte que la preuve de la cessation des paiements d'un commerçant lui serait fournie, appliquer les dispositions légales édictées pour le cas de faillite. Autrement, on arriverait à un résultat directement contraire à l'esprit de la loi, qui a été que l'état de faillite existerait *erga omnes* (n° 1045). Les décisions qui constatent incidemment que tel individu est en faillite, n'auraient qu'une autorité relative, conformément à l'article 1351, C. civ., de telle sorte qu'un individu serait considéré comme étant en faillite à l'égard de certaines personnes et comme n'y étant pas à l'égard de certaines autres. On parle de l'indépendance des deux juridictions qui ont à pourvoir à des intérêts différents, à l'intérêt privé d'une part, à l'intérêt public d'autre part. Le législateur ne semble pas être parti d'une idée aussi radicale ; la juridiction commerciale a aussi à pourvoir à l'intérêt public, et des mesures ont été prises pour la répression des faits de fraude pouvant être commis à l'occasion des faillites. Cf. articles 515, 459, 483. Il est choquant qu'un individu soit condamné comme banqueroutier, alors qu'une décision du tribunal de commerce

(1) Cass., 23 décembre 1880, S. 1882. 1. 435 ; 13 mai 1882. D. 1882, 1. 487 ; 8 juillet 1885; *Journal des faillites*, 1885, p. 398.

(2) Mais la mise en liquidation judiciaire permet l'application des articles 585, 586 et 591, parce que le fait essentiel de la cessation de paiements a été constaté par la juridiction spécialement compétente. V., du reste, l'article 19, 4° de la loi du 4 mars 1889.

passée en force de chose jugée a refusé de prononcer sa faillite et est devenue obligatoire pour tous. Si l'on trouve que cette décision n'offre pas de garanties suffisantes, il faudrait retirer la connaissance des faillites aux tribunaux de commerce (1).

§ 1er. — Dessaisissement.

1059. D'après l'article 443, al. 3, *le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ;* les alinéas suivants appliquent cette règle générale aux actions en justice et aux voies d'exécution. Le dessaisissement est une mesure énergique, destinée à protéger les créanciers contre tous les actes par lesquels leur débiteur pourrait diminuer son patrimoine (2). Il faut rechercher : 1° à partir de quelle époque se produit le dessaisissement ; 2° en quoi il consiste ; 3° à quels biens il s'applique ; 4° quelles conséquences il entraîne, spécialement pour les actions en justice.

1060. 1° *A partir de quelle époque se produit le dessaisissement.* — C'est le Code de 1907 qui introduisit dans la législation l'idée du dessaisissement, mais en l'exagérant ; d'après l'ancien article 442, c'était de la cessation des paiements que datait le dessaisissement : on devait donc annuler tous les actes faits par le failli depuis cette époque qui peut être bien antérieure au jugement déclaratif (n° 1046), alors que les tiers avaient pu parfaitement ignorer la cessation des paiements. La règle était si exorbitante que la jurisprudence avait essayé de la tempérer au moyen de distinctions (3). La loi de 1838 a heureusement corrigé sur ce point le Code de 1807, en maintenant le dessaisissement, mais en ne le faisant dater que de la date du jugement déclaratif (art. 443) ; il y a là un fait qui ne laisse place à aucune équivoque et qui est porté à la connaissance du public (Cf. n° 1047).

1061. C'est de plein droit que le jugement déclaratif produit le dessaisissement ; il n'a pas à le prononcer et il ne pourrait l'empêcher. L'effet se produit d'une manière absolue et indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité (Cf. n° 1047) : il n'y a pas à

(1) V., en notre sens, Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), nos 1713 à 1715.

(2) Le dessaisissement est écarté en cas de liquidation judiciaire, mais le débiteur ne conserve pas le droit de disposer librement de son patrimoine au détriment de ses créanciers (Cf. art. 5-7, loi de 1889. V. nos 1290 et suiv.).

(3) V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, n° 198.

se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers qui ont fait avec le failli des opérations dont la nullité est invoquée par le syndic. Le dessaisissement atteint le failli le jour de la déclaration de faillite et frappe, par conséquent, tous les actes intervenus ce jour-là, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils sont antérieurs ou postérieurs au moment précis où le jugement a été rendu ; les jugements ne mentionnent pas, du reste, l'heure où ils sont prononcés (arg. art. 443 et 448) (1).

1062. 2° *En quoi consiste le dessaisissement et quelles conséquences il produit.* — Le législateur a voulu assurer aux créanciers la conservation de ce qui reste au débiteur et, pour cela, il a créé une situation qui n'a aucune analogie dans le Droit civil. Le dessaisissement n'est pas une expropriation ; le failli reste propriétaire et créancier, seulement l'exercice de ses droits de propriété ou de créance lui est enlevé pour être confié au syndic. Il n'y a mutation de propriété qu'au fur et à mesure des ventes qui pourront être opérées ; si le failli est replacé à la tête de ses affaires, il recouvre l'exercice de droits qui n'ont pas cessé de reposer sur sa tête. C'est donc du chef du failli qu'agit le syndic, ce qu'on exprime souvent en disant que la masse est l'ayant-cause du failli (n° 1134) ; mais la masse a aussi des droits propres et est, en ce qui les concerne, un tiers à l'égard du failli (n° 1134).

Le dessaisissement n'équivaut pas non plus à une interdiction ; la loi veut non pas frapper le failli d'une véritable incapacité, mais mettre la masse à l'abri des conséquences des actes qu'il pourrait faire. Les actes faits par le failli sont donc valables en eux-mêmes, et ni lui ni les personnes avec lesquelles il a contracté ne peuvent en demander la nullité (2), mais ces actes ne produisent pas d'effet contre la masse. Celle-ci peut méconnaître les actes de disposition ou d'administration du failli, les engagements qu'il aurait contractés, les paiements qu'il aurait faits ou reçus ; peu importe que les tiers aient été de bonne foi, c'est-à-dire aient ignoré la faillite, que le jugement déclaratif ait reçu ou non la publicité prescrite par l'article 442, C. com. (3). La masse peut même méconnaître les obligations résultant de faits illicites commis depuis la déclaration de faillite ; elles ne sauraient être exécutées sur l'actif de la faillite (4). Le dessaisissement produit non une incapacité, mais une

(1) Ch. req., 21 mai 1878, D. 1878. 1. 313 ; *Pand. fr. chr.* ; Bordeaux, 31 juillet 1895, *Journ. des faillites*, 1896, p. 196.

(2) Cass., 18 juin 1900, D. 1900. 1. 415 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 476.

(3) Il résulte de l'article 145, C. com., qu'à titre exceptionnel, le tiers qui a payé à son échéance, de bonne foi et sans opposition du syndic, un effet de commerce, peut être considéré comme valablement libéré. V. art. 145 et 149, C. com., et ci-dessus, n° 646.

(4) V. Thaller, *op. cit.*, n° 1794.

indisponibilité à l'égard de la masse des créanciers ; le failli ne peut y porter atteinte d'aucune manière.

Par suite du dessaisissement, la compensation ne peut, à partir du jugement déclaratif, s'opérer au profit de celui qui est à la fois débiteur et créancier du failli, entre ce qu'il doit et ce qui lui est dû, soit qu'il s'agisse d'une dette réellement échue à la charge d'un tiers depuis la déclaration de faillite, soit, à plus forte raison, qu'il s'agisse d'une dette du failli non échue et que la faillite seule a rendue exigible (art. 444). La compensation n'est, en effet, qu'un paiement abrégé et, après la déclaration de faillite, un paiement ne peut être fait à un créancier au détriment de la masse. En outre, on peut dire que, par suite de la faillite, la dette du failli a cessé d'être liquide et exigible, le créancier n'ayant droit qu'à un dividende dont le montant et le paiement sont subordonnés aux éventualités de la procédure. Enfin, *celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, invoquer la compensation* (art. 1298, C. civ.) : la déclaration de faillite opère comme une saisie-arrêt générale au profit de la masse, en rendant indisponibles les créances du failli. V. n° 1064).

1063. 3° *A quels biens s'applique le dessaisissement.* — Malgré la formule très large de l'article 443, qui parle de *tous les biens* du failli, même de ceux qui peuvent lui échoir postérieurement, quelques difficultés se sont élevées.

Il ne peut s'agir que du patrimoine du failli, et ainsi, le dessaisissement ne comprend pas les biens appartenant à d'autres personnes et que le failli est chargé d'administrer à un titre quelconque, comme mari, père ou tuteur. Si le failli a non seulement l'administration, mais la *jouissance* de ces biens, la masse peut profiter de cette jouissance, à la condition d'en respecter les charges. On peut appliquer cela notamment à la jouissance légale qu'aurait le failli en vertu de l'article 384, C. civ. ; la masse ne pourrait se l'attribuer qu'en supportant les charges de la jouissance légale indiquées par l'article 385, C. civ. Ajoutons que la faillite peut amener la cessation de l'administration qu'a le failli, par exemple, en motivant une demande en séparation de biens de la femme (art. 1443, C. civ.) (1), une destitution de la tutelle ou de l'administration légale. Cf. art. 444-2°, C. civ.

Le dessaisissement comprend tous les biens, meubles et immeubles, du failli, qu'ils se rattachent ou non à son commerce. Il y a là une conséquence de l'indivisibilité de l'état de faillite et de l'indivisibilité du

(1) La déclaration de faillite du mari n'entraine pas de plein droit la séparation de biens.

patrimoine ; c'est le patrimoine tout entier qui sert de gage à tous les créanciers (Cf. art. 2092 et 2093, C. civ.).

1064. Malgré la généralité des termes de l'article 443, on s'est demandé si certains biens du failli n'échappent pas au dessaisissement. Le jugement déclaratif peut être considéré comme opérant au profit des créanciers une sorte de saisie générale sur tous les biens du failli ; ne résulte-t-il pas de là que les biens qui sont soustraits par la loi au droit de saisie, sont, par cela même, soustraits au dessaisissement ?

La question se pose dans plusieurs hypothèses. L'article 592, C. pr. civ., énumère un certain nombre d'objets qui ne peuvent être saisis pour des raisons d'humanité : coucher nécessaire au saisi, livres ou outils nécessaires à sa profession, menues provisions, etc. Le dessaisissement comprend-il ces objets ? Nous le croyons, non à cause des termes généraux de l'article 443, mais parce qu'en matière de faillite, la loi s'est préoccupée des considérations qui ont inspiré l'article 592, C. pr., et y a donné satisfaction d'une autre façon (Cf. art. 469 et 474, C. com.). Le dessaisissement doit être considéré comme ne s'appliquant aux pensions et traitements dûs par l'Etat que dans la mesure où la loi et les règlements permettent de les saisir (art. 580, C. proc. civ.).

Il en est de même des salaires et appointements dûs au failli qui a engagé ses services depuis le jugement déclaratif (L. 12 janvier 1895).

La question qui, dans cet ordre d'idées, est le plus vivement discutée, concerne les *rentes sur l'État*. Les rentes sur l'État appartenant au failli sont-elles comprises dans le dessaisissement ? Pour comprendre la question, il faut admettre comme point de départ que les *rentes sur l'État sont insaisissables* en vertu de la loi du 8 nivôse an VI, article 4, et de la loi du 22 floréal an VII, article 7. Cela étant, les créanciers, qui, comme dit l'*exposé des motifs* de la loi de l'an VI, n'ont pas dû compter sur cette partie du patrimoine de leur débiteur, qui ne peuvent pas saisir individuellement les rentes appartenant à celui-ci, peuvent-ils prétendre que le dessaisissement s'y applique ? Cela paraît contraire à l'idée d'insaisissabilité ; mais il est souverainement choquant qu'un failli puisse conserver en son nom un titre de rente sur l'État, acquis peut-être avec l'argent de ses créanciers. Aussi la Cour de cassation, qui avait d'abord jugé que le principe, qui soustrait les rentes sur l'État à toute espèce de mainmise de la part des tiers, n'est pas modifié par l'état de faillite du propriétaire de la rente (1), est revenue sur cette décision et s'est efforcée de concilier l'insaisissabilité des rentes sur l'État avec le droit pour les syndics de vendre les titres qui appartien-

(1) Cass., 8 mai 1854, D. 1854. 1. 146 ; *Pand. fr. chr.*

nent au failli (1). Suivant l'opinion adoptée puis abandonnée par la Cour suprême, il ne faut pas confondre la saisie, dont les rentes sont affranchies, avec la mainmise produite par le dessaisissement; celle-ci peut bien être suivie de l'aliénation des rentes dépendant de l'actif, mais alors, c'est au nom du failli et comme ses mandataires légaux que procèdent les syndics. Il y a là un abus de mots : les syndics, en aliénant, sont moins les mandataires du failli que ceux des créanciers (art. 532, 1er al., C. com.); quand un créancier fait une saisie-arrêt, c'est bien aussi du chef de son débiteur qu'il agit. On ne comprend pas pourquoi la loi aurait défendu la saisie-arrêt aux créanciers du rentier, tout en leur permettant de faire vendre à leur profit les titres de rente dont ils arriveraient à se saisir. Du reste, la Cour de cassation adopte actuellement sur les lois de l'an VI et de l'an VII une solution générale qui fait disparaître la question spéciale au cas de faillite; elle décide que les rentes sur l'État ne sont pas insaisissables dans le sens absolu du mot, c'est-à-dire qu'elles n'échappent pas au droit de gage général des créanciers, mais que seulement ceux-ci ne peuvent pas, pour le faire valoir, former de saisie-arrêt sur le capital ou sur les arrérages entre les mains des représentants du Trésor public (2). En cas de faillite, le syndic représentant les créanciers détient les rentes sur l'État du failli et il peut les vendre, sans avoir à former une saisie-arrêt entre les mains des agents du Trésor public.

1065. Le dessaisissement s'applique non seulement au patrimoine tel qu'il existe lors du jugement déclaratif, mais encore aux biens qui peuvent échoir au failli, tant que dure l'état de faillite (443, al. 1); cela comprend d'abord notamment les biens qui peuvent lui arriver par succession. La masse ne peut naturellement profiter des acquisitions de ce genre que sous la déduction des charges qui les grèvent (3): le failli étant héritier, les légataires pourront invoquer l'hypothèque de l'article 1017, C. civ , les créanciers et les légataires peuvent se prévaloir du droit de séparation des patrimoines (art. 878 et suiv., 2111, C. civ.),

(1) Ch. civ. r., 8 mars 1859 (après délibéré en chambre du Conseil, D. 1859. 1. 145 et *J. Pal.*, 1859. 545, note importante de M. Labbé : notre regretté maître admet la solution, mais n'approuve pas les motifs donnés par l'arrêt. V. la note suivante ; *Pand. fr. chr.*

(2) Cass., Ch. civ. et ch. req., 2 juillet 1894 et 16 juillet 1894, S. et *J. Pal.*, 1895, 15 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1894. 1. 497 (note de M. Glasson) ; *Pandectes françaises*, 1895. 2. 145 et 1898. 2. 237. Ces arrêts consacrent la doctrine admise par M. Labbé dès 1859. V. aussi Cass., 23 novembre 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 169 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 73.

(3) On peut dire, en se servant d'une expression empruntée aux textes du Droit romain relatifs à d'autres matières, que les biens que le failli acquiert lui sont acquis *cum sua causa*.

sans qu'on puisse leur opposer l'article 448, C. com., d'après lequel les droits de privilège ou d'hypothèque ne peuvent être inscrits que jusqu'au jour du jugement déclaratif (n° 1084).

1065 *bis*. Le failli peut exercer son activité personnelle en se livrant au commerce ou à l'industrie : il n'est pas interdit, et les actes qu'il fait sont valables en eux-mêmes, sauf à ne pouvoir s'exécuter sur le patrimoine atteint par le dessaisissement. Si, par son travail, le failli pourvoit seulement aux nécessités de la vie de chaque jour pour lui et sa famille, ses créanciers ne s'inquiéteront pas de ce qu'il fait. Mais il est possible que, par son activité, par la confiance qu'il inspire encore à certaines personnes, il acquière de véritables bénéfices et qu'ainsi il ait des capitaux proprement dits ; il s'agit alors de régler la situation respective de la masse de la faillite et du failli, des anciens et des nouveaux créanciers. Le dessaisissement s'applique certainement aux biens acquis par le failli grâce à son industrie ; si donc le failli a vendu l'établissement fondé par lui, le syndic pourra faire saisie-arrêt entre les mains de l'acheteur et demander l'attribution du prix à la masse. La jurisprudence admet que les actes faits par le failli relativement au commerce exercé par lui ne peuvent être annulés au regard de la masse que s'ils ont un caractère frauduleux ; il ne suffit pas d'invoquer le dessaisissement pour les faire réputer non avenus (1). Pour les biens ainsi acquis par la masse, il faut appliquer la règle posée pour le cas d'une succession (n° 1065) ; les dettes contractées à raison d'un nouveau commerce doivent être acquittées sur les biens en provenant avant que la masse puisse rien y prétendre ; autrement, celle-ci s'enrichirait injustement au préjudice de ceux qui ont eu confiance dans le failli. Le dessaisissement produit, néanmoins, son effet relativement aux biens provenant du nouveau commerce, en ce que la masse exclut tous les créanciers postérieurs au jugement déclaratif, dont les droits auraient une cause étrangère à ce commerce.

1066. 4° *Exercice des actions en justice.* — C'est une conséquence naturelle du dessaisissement que les syndics intentent les actions qui peuvent compéter au failli, comme ils sont défendeurs aux actions intentées contre lui ; l'article 443 n'a prévu que ce dernier cas, en disant, dans l'al. 2, qu'à partir du jugement déclaratif, *toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics* (2). Ceux-ci prennent donc la place du failli comme demandeurs ou

(1) Ch civ. cass , 12 janvier 1864, D. 1864. 1. 130 ; S. 1864. 1. 17 ; Ch. req., 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101.

(2) A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions doivent être intentées ou suivies à la fois contre le liquidateur et le

défendeurs, qu'il s'agisse de commencer un procès après la déclaration de faillite ou de continuer un procès commencé auparavant. Le failli étant représenté par les syndics dans les procès intentés ou subis par eux, la sentence a autorité de chose jugée à son égard.

D'après l'article 443, al. 4, *le tribunal, lorsqu'il le juge convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante* ; la loi confère ainsi au tribunal un pouvoir discrétionnaire dont il peut user, que les syndics soient demandeurs ou défendeurs, bien que littéralement la seconde hypothèse soit seule prévue, l'alinéa 4 de l'article 443 se référant au seul cas indiqué dans les alinéas 2 et 3.

Il résulte de là, ainsi que du principe général du dessaisissement, que le failli est non recevable à intenter une action à défaut par les syndics de le faire. La loi a voulu constituer l'unité de gestion entre les mains des syndics, et ce n'est même pas sans peine que l'intervention du failli a été admise avec l'autorisation du tribunal. Le failli pourrait seulement faire des actes conservatoires n'entravant pas la gestion et ne pouvant nuire à la faillite (interruption de prescription, signification d'un jugement, etc.).— Les créanciers ne peuvent pas non plus substituer leur initiative à celle des syndics, exercer du chef du failli (1) des actions que n'exerceraient pas ceux-ci ; ils n'ont pas même le droit d'intervenir, puisque la loi ne le leur a pas conféré, comme elle l'a fait pour le failli (2). Ils pourraient seulement mettre en jeu la responsabilité des syndics à raison de leur inaction.

1067. Le droit, pour les syndics, de représenter le failli en justice, étant une conséquence du dessaisissement et de l'administration qui est confiée aux syndics, n'existe que dans la mesure du dessaisissement et de cette administration. Par conséquent, le dessaisissement ne concernant que le patrimoine, c'est au failli à intenter ou à subir les actions relatives aux droits qui ne rentrent pas dans le patrimoine, notamment les actions qui touchent à l'exercice des droits de famille : actions en divorce ou en séparation de corps, en nullité de mariage, en désaveu de paternité, en interdiction, etc. On doit appliquer cela également à des actions ayant un caractère moins tranché, qui ont bien pour but principal la sanction d'un droit tout personnel, mais qui offrent en même temps un intérêt pécuniaire : telles sont l'action en révocation d'une donation pour ingratitude, l'action en séparation de biens, l'action débiteur (art. 2, al. 1, loi de 1889). Cf. art. 6, al. 1, pour les actions à intenter par le débiteur.

(1) Il sera parlé dans le chapitre suivant de la situation des créanciers quant aux actions qui appartiennent à la masse (n° 1128).

(2) V. en ce sens Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 1877. Mais il y a des arrêts en sens opposé.

en diffamation, etc... (1). Du reste, il convient de remarquer, en ce qui concerne les actions personnelles intentées ou subies par le failli, que les syndics peuvent y intervenir pour sauvegarder l'intérêt éventuel de la masse et, en outre, qu'ils doivent être mis en cause pour que la sentence obtenue soit opposable à celle-ci. — Cela doit être, selon nous, appliqué notamment à la demande en séparation de biens formée par la femme du failli ; elle doit mettre en cause, selon la jurisprudence la plus générale, à la fois le failli, parce qu'il y a en jeu un intérêt moral en même temps qu'une question pécuniaire, et le syndic, pour que la séparation de biens obtenue produise effet à l'égard de la masse. Mais cette opinion a été contestée ; on a soutenu qu'il suffit à la femme d'assigner le syndic, sauf au mari à intervenir conformément à l'article 443, al. 4. V., plus haut, n° 1066 (2).

Le failli, qui peut se livrer au commerce et faire valablement les actes relatifs à ce commerce (n° 1065), doit pouvoir aussi intenter ou subir les procès qui s'y rattachent, sans qu'il soit besoin de mettre les syndics en cause, sauf à ceux-ci à intervenir pour la sauvegarde des intérêts de la masse. La jurisprudence admet avec raison qu'il n'y a pas à distinguer entre les contrats et les procès.

§ 2. — Suspension des poursuites individuelles.

1068. La règle, d'après laquelle le jugement déclaratif suspend les poursuites individuelles que les créanciers voudraient diriger contre le failli, se déduit naturellement des principes de la matière. Un créancier ne peut améliorer sa condition au détriment des autres ; les poursuites exercées par lui ne sauraient avoir pour effet de lui procurer le paiement de sa créance ; il ne peut non plus prétendre agir dans l'intérêt commun, puisque l'administration est concentrée dans les mains du syndic. Cf. n° 1066. Le Code ne formule pas expressément la règle (3), mais plusieurs de ses dispositions en impliquent nécessairement l'existence (Cf. art. 527, al. 2, art. 539, al. 1, art. 571). L'article 455,

(1) Ces actions étant *attachées à la personne* dans le sens de l'article 1166, C. civ., l'exercice libre doit en appartenir au débiteur.

(2) Cf. Paris, 13 mars 1879, D. 1879. 1. 264; S. 1880. 2. 17 (note de Ch. Lyon-Caen) ; Paris, 22 mai 1876, S. 1877. 2. 52.

(3) La loi de 1889 n'avait pas non plus formulé la règle ; des difficultés s'étant élevées, la loi du 4 avril 1890 a dit expressément : *à partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues comme en matière de faillite* (art. 5, al. 1, modifié). V. n° 1300.

in fine, dit formellement que la contrainte par corps ne peut être exercée contre le failli. On a eu tort de dire que cela n'avait plus d'intérêt depuis la loi du 22 juillet 1867 : cette loi n'a pas, en effet, aboli la contrainte par corps d'une manière absolue : dans la mesure où cette voie d'exécution subsiste (Cf. art. 1 et 2 de la loi ; aj. Loi du 10 décembre 1871), il est utile de faire remarquer qu'elle ne peut être pratiquée après la mise en faillite du débiteur.

Quoique des doutes aient été émis à ce sujet, nous pensons que le jugement déclaratif, non seulement empêche de commencer des poursuites contre le failli, mais interrompt les poursuites qui auraient été commencées auparavant. Le créancier ne peut plus se faire payer, et l'administration des syndics serait souvent entravée par la continuation des poursuites (1).

Par application de la règle générale, les créanciers ne peuvent faire saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur du failli ; c'est au syndic à faire rentrer ce qui est dû. Si la saisie-arrêt est antérieure à la déclaration de faillite, l'effet s'en trouve détruit par le jugement déclaratif même, en ce que le tiers saisi doit payer entre les mains du syndic, sans pouvoir exiger une mainlevée de l'opposition. Il n'en serait autrement que si la saisie-arrêt avait été validée par un jugement passé en force de chose jugée avant la déclaration de faillite ; le créancier saisissant serait devenu alors, dans la mesure de ses droits, créancier direct du tiers saisi et le dessaisissement ne pourrait s'appliquer à une créance qui ne serait plus dans le patrimoine du failli.

1069. L'interdiction des poursuites individuelles ne s'applique pas aux créanciers qui ont un gage ou une hypothèque ; ils conservent le droit de saisir et de faire vendre le bien affecté à leur créance (Cf. art. 548 et 571). C'est fort raisonnable : la sûreté a précisément pour but de soustraire le créancier aux conséquences de la faillite éventuelle du débiteur ; de plus, la poursuite a un objet utile pour le créancier, puisque celui-ci a le droit d'être payé sur le prix de la chose qui lui est affectée.

Tout créancier hypothécaire a le droit de poursuivre la vente du bien hypothéqué, quelle que soit la nature de son hypothèque, qu'elle soit générale ou spéciale ; l'article 571, C. com., ne distingue pas. La situation est moins nette pour les créanciers privilégiés et nous croyons qu'il y a lieu de faire une distinction : les créanciers privilégiés nantis peuvent poursuivre (argument par analogie de l'art. 548 qui parle du gagiste, de l'art. 450 qui suspend dans certaines conditions le droit de poursuite du bailleur, ce qui suppose qu'il aurait pu agir sans une

(1) Bordeaux, 13 janvier 1865, S. 1865, S. 1865. 2. 144 ; *Pand. fr. chr.*

restriction formelle). Au contraire, les créanciers, privilégiés sans être nantis, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent invoquer qu'un privilège général, et ceux dont le privilège mobilier n'est pas fondé sur une constitution de gage expresse ou tacite, ne pourraient pas poursuivre ; aucun texte ne les soustrait au droit commun et on ne peut argumenter par analogie de ce qui est décidé pour les créanciers nantis. Ces derniers, en effet, ne troublent pas l'administration du syndic en faisant vendre, par cela même que leur privilège ne porte que sur des objets déterminés. Il en serait autrement des poursuites faites par des créanciers dont le privilège, étant général (art. 2101, C. civ.), porterait sur tous les meubles et qui pourraient faire vendre ceux qu'il leur plairait de choisir (1).

§ 3. — Déchéance du terme.

1070. *Le jugement déclaratif rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues* (art. 444, al. 1, C. com. (2). Cf. art. 1188 et 1913, C. civ. Deux motifs peuvent être donnés à l'appui de cette règle. Le terme était accordé par le créancier à raison de la confiance qu'il avait dans le débiteur et n'a plus de raison d'être quand la faillite montre que cette confiance était mal fondée. Le maintien du terme amènerait des complications inutiles dans la liquidation, puisqu'il faudrait mettre en réserve les dividendes afférents aux créanciers dont les droits ne seraient pas encore échus.

1071. Il peut y avoir des créanciers dont le droit, au lieu d'être simplement retardé par un terme, est suspendu par une condition. La faillite ne saurait avoir pour conséquence d'effacer cette condition ; ce serait modifier la nature du droit en faisant disparaître l'incertitude de son existence. Le créancier conditionnel est admis aux opérations de la faillite (3), puisqu'il peut faire des actes conservatoires (art. 1180, C. civ.) ; si, lors de la répartition des dividendes, la condition est encore en suspens, il ne peut toucher ce qui lui reviendrait au cas de réalisation de la condition ; son dividende est déposé à la Caisse des consignations, pour être touché par lui, si la condition s'accomplit et pour être, dans le cas contraire, attribué aux autres créanciers ; on peut aussi laisser toucher un dividende au créancier conditionnel, à charge

(1) V. Thaller, *op. cit.*, n° 2000.

(2) La disposition est reproduite par l'article 8 de la loi du 4 mars 1889. V. n° 1289.

(3) Il a même été admis qu'il peut provoquer la déclaration de faillite (n° 1043).

par lui de donner caution de le restituer en cas de non-accomplissement de la condition.

1072. Le créancier à terme est admis au passif de la faillite pour le montant intégral de sa créance, sans subir de réduction à raison de ce que l'échéance se trouve avancée. On a pensé que rarement dans le commerce le terme est bien long et que, par suite, la suppression du terme ne constitue pas un grand avantage pour le créancier ; que, d'ailleurs, dans le cas de terme, il y avait souvent des intérêts stipulés et que, la faillite en arrêtant le cours (art. 445), on ne met pas, par l'anticipation de l'exigibilité, le créancier dans la même situation que si sa créance était réellement échue. Ces considérations peuvent être vraies, en général ; cependant il y a des cas où la suppression pure et simple du terme produit pour le créancier un avantage qui n'est pas entièrement justifié, ce qui arrive lorsque le capital de la créance correspondait en partie à des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'échéance ; une application très simple de cette idée se produit au cas où un banquier se présente pour le montant d'effets de commerce escomptés par lui et dont l'echéance est plus ou moins éloignée de la déclaration de faillite. V. n° 1076 (1).

1073. L'exigibilité anticipée s'applique à toutes les créances, civiles ou commerciales, chirographaires, privilégiées ou hypothécaires, en ce sens que l'existence d'un terme ne peut être alléguée pour empêcher un créancier quelconque de participer aux opérations de la faillite. Mais l'exigibilité ne peut produire le même effet que s'il n'y avait pas faillite : ainsi, celui qui, lors de la déclaration de faillite, était débiteur pur et simple du failli, en même temps que son créancier à terme, ne peut argumenter de l'exigibilité de sa créance pour invoquer la compensation, puisque l'événement même qui produit l'exigibilité met obstacle à la compensation (Cf. n° 1062).

Une difficulté particulière se présente pour les créanciers qui, par exception, peuvent exercer des poursuites individuelles (Cf. n° 1069) ; lorsque leur créance est à terme, peuvent-ils exercer des poursuites avant l'échéance, en invoquant l'exigibilité produite par la faillite? La jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative (2) : elle se fonde

(1) V., pour le cas où le failli est débiteur d'une rente viagère. *Traité de Droit commercial*, VII, n° 270 ; pour celui où il s'agit d'une compagnie d'assurance sur la vie en faillite, VII, n° 120. V., au sujet du premier point, pour le cas où le failli est débiteur d'une rente viagère envers un ouvrier ou employé victime d'un accident survenu dans son travail, L. 9 avril 1898, art. 28 dern. alin.

(2) Lyon, 15 février 1881, D. 1881. 2. 237 et S. 1882. 2. 44 ; Agen, 20 février 1866, D. 1866. 2. 149 ; Amiens, 11 février 1892, *Journal des faillites*, 1893, p. 207.

presque exclusivement sur les termes généraux de l'article 444 qui ne font pas de distinction. Cette solution est très critiquable. Elle aboutit à faire aux créanciers hypothécaires ou privilégiés une situation contradictoire : on leur permet d'invoquer les règles de la faillite pour faire tomber le terme qui les gêne et d'écarter ces mêmes règles pour pouvoir procéder à des mesures d'exécution. S'ils veulent rester en dehors de la faillite et agir comme si celle-ci n'existait pas, il faut qu'ils acceptent pleinement leur situation et qu'ils attendent que leur créance soit réellement échue.

1074. Les *dettes* du failli deviennent exigibles *à l'égard du failli seulement* (art. 444).

Rien n'est changé quant aux *créances* du failli ; ses débiteurs ne peuvent être privés du bénéfice du terme par suite d'un événement qui leur est étranger.

Si plusieurs personnes sont tenues d'une même dette principalement ou accessoirement, la faillite de l'une d'elles n'entraîne pas, en principe, déchéance du terme pour les autres ; d'après les expressions mêmes de l'article 444, il s'agit d'un effet tout relatif ; c'est d'ailleurs conforme à l'équité et au bon sens. Mais le Code de commerce s'est écarté du principe général dans certains cas où le failli est signataire d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (art. 444, al. 2 (1) et art. 163, al. 2). V. n° 631.

§ 4. — Cessation du cours des intérêts.

1075. *Le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque* (art. 445, al. 1) (2). La loi pose ainsi une règle qu'elle soumet à une double restriction, en disant qu'elle ne s'applique qu'à l'égard de la masse et qu'elle ne concerne pas les créanciers privilégiés ou hypothécaires.

La loi veut que la situation des créanciers soit arrêtée lors de la déclaration de faillite ; ils doivent faire valoir simplement les droits qu'ils avaient à ce moment-là. Autrement, il y aurait une choquante inégalité entre ceux qui auraient stipulé des intérêts et ceux qui n'en

(1) La loi du 4 mars 1889 n'a pas reproduit cette disposition, qui, comme il sera expliqué (n° 1289), est, cependant, applicable aussi en cas de liquidation judiciaire.

(2) La même règle est admise en cas de liquidation judiciaire (art. 8, al. 1, loi de 1889). V. n° 1289.

auraient pas stipulé ; on l'aurait sans doute évitée, en faisant courir des intérêts au profit de tout le monde ; mais, par là, on aurait compliqué inutilement la liquidation, sans modifier la proportion dans laquelle chaque créancier a droit à l'actif.

1076. En principe, un créancier est admis pour le capital de sa créance, même à terme, sans qu'on recherche si des intérêts ayant dû courir après la faillite ne figurent pas dans les éléments de ce capital ; c'est ce qui se présente notamment quand un banquier produit dans la faillite à raison d'effets de commerce qu'il avait escomptés au failli et qui devaient ne venir à échéance qu'un certain temps après la faillite (Cf. nº 1072). Le banquier n'a pas remis en entier le capital des effets, il a retenu une somme pour son bénéfice, et l'intérêt à courir jusqu'à l'échéance est un élément important de cette déduction. Cela a toujours été admis ; on a pensé que l'avantage pour la masse à scruter les divers éléments de la créance ne compenserait pas les difficultés et les embarras qui résulteraient d'un pareil examen. Il y a, toutefois, une hypothèse qui a soulevé de grandes difficultés, c'est celle d'une société ayant émis des obligations remboursables à long terme et à un capital supérieur au taux d'émission. Il s'agit, par exemple, d'obligations au capital nominal de 500 fr., émises à 400 fr., produisant 15 fr. d'intérêt ; on rembourse annuellement un certain nombre d'obligations désignées par le sort (Cf. nº 195). La société tombe en faillite et il y avait encore un grand nombre d'années à courir avant que le terme assigné au remboursement intégral ne fût échu. Les obligataires pourront-ils produire pour 500 fr., en disant que tel est le montant de l'obligation souscrite par la société et que le terme est effacé par suite de la déclaration de faillite ? Ce résultat a paru exorbitant, mais on ne s'est pas entendu, soit pour motiver le rejet de la prétention absolue des obligataires, soit pour déterminer le montant de leurs droits. L'objection décisive à leur opposer se déduit précisément de l'article 445 ; la prime est un supplément de rémunération du prêt qui, pour les obligations non remboursées lors de la faillite, correspond aux intérêts à courir ; les obligataires ne peuvent donc pas y avoir droit, puisque les intérêts qui devaient servir à le former ne peuvent courir au détriment de la masse à partir de la déclaration de faillite. A l'inverse, il serait rigoureux et même injuste de n'admettre les obligataires que pour le capital au taux d'émission, parce que souvent la considération de la prime de remboursement fait diminuer le taux des intérêts. Dans le silence de la loi, nous pensons que les tribunaux devront apprécier *ex æquo et bono* le supplément à ajouter au capital d'émission, en tenant compte du taux de l'intérêt, du temps écoulé depuis la date de l'emprunt et du temps

restant à courir jusqu'à l'expiration de la période du remboursement (1).

1077. Ce n'est qu'*à l'égard de la masse* que les intérêts cessent de courir ; le failli n'est pas déchargé des intérêts dont il peut être tenu. L'article 604. C. com., applique cette idée, en exigeant que le failli, pour avoir le droit d'obtenir sa réhabilitation, ait intégralement acquitté toutes les sommes par lui dues en principal, *intérêts* et frais (n° 1267 *a*). En outre, si, par extraordinaire, il restait des fonds après que les créanciers ont reçu le capital des sommes qui leur étaient dues, ce reliquat serait appliqué au paiement des intérêts courus même depuis le jugement déclaratif (2).

1078 D'après l'article 445, al. 1 et 2, les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis, ne doivent pas subir l'effet de la faillite en ce qui touche le bien affecté à leur créance (3), puisque la sûreté que la loi leur donne ou qu'ils ont stipulée a précisément pour but de les soustraire aux conséquences désastreuses de la faillite du débiteur. Ils peuvent donc, sur le bien affecté à leur créance, se faire payer le capital et les *intérêts* de celle-ci, sans qu'il y ait à distinguer suivant que ces intérêts ont couru avant ou après la déclaration de faillite. Il est également certain que, si un créancier privilégié ou hypothécaire se présente pour être payé sur un bien non affecté à sa créance, il subit le sort commun et peut être admis pour des intérêts qui auraient couru depuis la déclaration de faillite. Toutefois, la combinaison de ces deux règles a soulevé une difficulté ; une hypothèse très simple la fera comprendre. Un créancier hypothécaire réclame 42.000 fr., soit 40.000 fr. pour le capital et des intérêts qui auraient couru jusqu'à la déclaration de faillite et 2.000 fr. pour des intérêts ayant couru depuis la faillite. Sur le prix de l'immeuble hypothéqué à sa créance, il ne touche que 2.000 fr. Il se présente donc dans la masse chirographaire et il émet la prétention d'y être admis pour 40.000 fr., en disant que les 2.000 fr. par lui touchés doivent s'imputer sur les intérêts, conformément à la règle de l'article 1254, C civ. La Cour de cassation a admis à plusieurs

(1) Cf. Paris, 28 janvier 1879, D. 1880. 2. 25. — V. notre *Traité de Droit commercial*, II, nos 581-582.

(2) Cf. Cass., 17 janvier 1893, D. 1893. 1. 537 ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 22. Des intérêts moratoires peuvent courir à la charge du failli comme des intérêts conventionnels V., sur la question de savoir à partir de quel moment les intérêts moratoires, qui n'ont pas commencé à courir avant le jugement déclaratif, peuvent courir postérieurement, un arrêt de rejet de la Chambre civile du 17 janvier 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 113 (note de M. Labbé) ; D. 1893. 1. 537 (note de M. Boistel) ; Trib. com. Albi, 4 mai 1900, *Journ. des faillites*, 1900, p. 283. V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, n° 273.

(3) Cf. art. 8, al. 1 et 2, L. de 1889.

reprises (1) la légitimité de cette prétention. Elle semble, pourtant, devoir être écartée. L'article 445, C. com., déroge virtuellement à l'article 1254, C civ. ; il ne permet pas que l'actif de la faillite serve directement ou indirectement à acquitter des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif, et c'est, cependant, ce qui a lieu dans le système de la jurisprudence. En outre, la règle de l'article 445 devient très préjudiciable aux créanciers chirographaires qui ne peuvent ajouter à leur capital des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif ; les créanciers hypothécaires se trouvent bénéficier de cette règle (2).

§ 5. — Hypothèque de la masse.

1079. L'article 490, al. 3, après avoir indiqué différents actes conservatoires que peuvent faire les syndics, ajoute : *Ils sont tenus aussi de prendre inscription au nom de la masse des créanciers sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés* (3). Cette disposition n'indique pas qu'il s'agisse là d'une hypothèque à inscrire au profit de la masse ; ce qu'il peut y avoir d'équivoque dans cette disposition disparaît par suite de l'article 517, C. com., qui mentionne expressément qu'il s'agit là d'une hypothèque (4). Mais la loi laisse deux questions indécises : 1° Quelle est la nature de cette hypothèque ? 2° Quelle utilité présente-t-elle pour la masse ?

1080. 1° D'après l'article 2116, C. civ., l'hypothèque est *légale*, *judiciaire* ou *conventionnelle*. Il ne peut être question ici d'une hypothèque conventionnelle, puisqu'aucune convention n'intervient entre le failli et ses créanciers. On a dit et jugé parfois que c'est une hypothèque judiciaire, parce qu'elle naît du jugement déclaratif. Il y a là

(1) V. notamment Cass., 12 juillet 1876, D. 1877. 1. 305 : S. 1878. 1. 86 ; 13 juillet 1896, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 395 ; D. 1877. 1. 151 ; *Pand. fr.*, 1899, 1. 145. V. aussi Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2008.

(2) En ce sens, Ch. req., 17 novembre 1862, D. 1863. 1. 305 ; Caen, 2 janvier 1895, D. 1897. 1. 150 (arrêt cassé).

(3) En cas de liquidation judiciaire, les liquidateurs provisoires sont tenus, dans les 24 heures de leur nomination, de requérir les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490, C. com. (art. 4, al. 1, *in fine*, loi de 1889).

(4) Avant la revision de 1838, on admettait généralement que l'inscription prescrite par l'article 500, correspondant à l'article 490 actuel, était une mesure de publicité, destinée à porter la faillite à la connaissance des tiers, mais que la masse n'avait pas d'hypothèque.

une véritable confusion ; tout jugement ne produit pas une hypothèque, cet effet n'est attaché qu'aux jugements de condamnation mettant une dette à la charge de l'une des parties (art. 2123, C. civ.), et le jugement déclaratif n'a pas ce caractère. L'hypothèque de l'article 490 est une hypothèque légale ; la déclaration de faillite est le fait d'où *la loi* fait résulter l'hypothèque. Il n'y a pas là une simple question de mots (1). Pour l'hypothèque judiciaire, une inscription prise dans un arrondissement suffit pour tous les immeubles que le débiteur peut acquérir (C. civ., art. 2148, dern alin.) ; s'il en est ainsi pour certaines hypothèques légales, celles de l'article 2121, C. civ., il n'en est pas ainsi pour toutes. Aussi l'hypothèque de l'article 490 doit-elle être inscrite sur chaque immeuble du failli. Le principe de notre régime hypothécaire est la spécialité des inscriptions et on doit s'y tenir, à moins d'une dérogation expresse (2).

L'hypothèque de la masse porte sur les immeubles appartenant au failli lors du jugement déclaratif et sur ceux qu'il peut acquérir au cours de la faillite. Elle ne porte pas sur les navires ; car il n'y a pas d'autre hypothèque maritime que l'hypothèque conventionnelle (n° 1018).

1081. 2° L'utilité de cette hypothèque ne s'aperçoit pas facilement. L'hypothèque procure d'ordinaire au créancier le double avantage d'être payé sur le prix de l'immeuble par préférence aux autres créanciers et d'être protégé contre les aliénations ou constitutions de droits réels que pourrait consentir le débiteur. L'hypothèque de l'article 490 est accordée à la masse, c'est-à-dire à tous les créanciers, et ne modifie pas leurs rapports entre eux ; de plus, elle n'est pas nécessaire pour protéger les créanciers contre les actes de disposition que ferait le failli ; le dessaisissement a pour effet de rendre ces actes nuls à l'égard de la masse des créanciers (n° 1062). Mais, grâce à l'hypothèque, la masse acquiert un droit distinct de celui du failli, elle devient un tiers pouvant se prévaloir de son droit hypothécaire (3). La loi du 23 mars

(1-2) Notre savant collègue M. Thaller (*op. cit.*, note 2 de la page 958) prétend, au contraire, que la question de savoir si l'hypothèque de la masse est une hypothèque légale ou une hypothèque judiciaire, est une question d'ordre purement spéculatif, parce que, dans l'un et l'autre cas, *le bordereau d'inscription n'a pas à spécialiser les immeubles sur lesquels elle porte*. Il s'appuie sur l'article 2148, *in fine*, C. civ., auquel il attribue à tort, selon nous, une portée générale quant aux hypothèques légales.

(3) Selon notre savant collègue M. Thaller, la masse des créanciers a un droit réel par le seul fait du dessaisissement résultant du jugement déclaratif et l'inscription n'est qu'une mesure de publicité complémentaire à ajouter à celle que prescrit l'article 442, C. com. V. Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), nos 1701 et 1915.

1855, sur la transcription, a augmenté l'utilité de l'hypothèque de la masse à ce point de vue, par cela même que, du moment où l'hypothèque est inscrite, les créanciers formant la masse sont des tiers ayant sur les immeubles du failli un droit réel conservé conformément à la loi (n° 1087). Enfin, s'il y a concordat, l'hypothèque qui doit être à nouveau inscrite en vertu de l'article 517, a une autre utilité : elle permet aux créanciers de la masse de se faire payer sur les immeubles du failli concordataire qui, remis à la tête de ses affaires, a pu contracter des dettes nouvelles, avant ses nouveaux créanciers (1) (n° 1160).

§ 6. — De la nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises après le jugement déclaratif.

1082. D'après le système de publicité organisé par le Code civil, il ne suffit pas, en principe, pour qu'une hypothèque, ou pour qu'un privilège soit opposable aux tiers, que sa constitution soit valable : il faut encore qu'une inscription ait été opérée. Quand une hypothèque ou un privilège a pris valablement naissance sur les immeubles du failli, l'inscription peut-elle en être faite malgré la faillite ? Le Code revisé en 1838, en atténuant la rigueur des dispositions, soit du Code civil (art. 2146), soit du Code de commerce de 1807, fait une distinction : 1° il admet qu'en règle générale, les inscriptions peuvent être prises utilement jusqu'au jour du jugement déclaratif et que celles prises après sont nulles ; 2° que les inscriptions prises dans la période suspecte ne sont pas nulles de droit, mais peuvent être annulées sous certaines conditions. Ces deux propositions, dont la seconde constitue une exception à la première, sont contenues dans l'article 448, C. com. La seconde se rattache aux effets du jugement déclaratif sur les actes antérieurs, il en sera traité plus loin (n^os^ 1128 et suiv.) ; la première doit être examinée ici.

1083. D'après l'article 448, 1^er^ al., *les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif* (2). — Ils ne peuvent donc plus être inscrits valablement à partir de ce jour, de telle sorte que les créanciers non ins-

(1) Le concordat contient assez souvent renonciation, de la part des créanciers, à l'hypothèque de la masse.

(2) A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, « il ne peut être pris sur les biens du débiteur d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 4 — » (art. 5, al. 2, loi de 1889). Les inscriptions réservées sont celles qui sont prises au profit de la masse conformément à l'article 490, C. com.

crits, quoiqu'ayant acquis valablement une hypothèque ou un privilège, ne peuvent s'en prévaloir contre la masse. Cette règle est parfois très dure ; car il se peut que le créancier n'ait pas eu le temps de prendre inscription, parce que le privilège ou l'hypothèque a pris naissance à une date très rapprochée du jugement déclaratif. Mais cette disposition se justifie par plusieurs raisons : la situation respective des divers créanciers doit être fixée définitivement au jour de la déclaration de faillite ; si le législateur avait donné un court délai après le jugement déclaratif pour opérer les inscriptions, les créanciers présents auraient seuls été à même d'en profiter. En outre, l'inscription est une sorte de confirmation de l'hypothèque ou du privilège, et une confirmation ne saurait intervenir à un moment où, par suite du dessaisissement, la naissance de ces droits est devenue impossible.

Le jugement déclaratif met obstacle aux inscriptions d'hypothèques maritimes comme aux inscriptions d'hypothèques sur les immeubles. Il y a identité de raisons et, du reste, on doit compléter la loi sur l'hypothèque maritime à l'aide des dispositions du Code civil et du Code de commerce relatives aux hypothèques sur les immeubles.

1084. La règle de l'article 448, 1er al., ne concerne que les privilèges et les hypothèques nés avant le jugement déclaratif. Il peut en naître postérieurement. Si le dessaisissement frappe les biens même acquis après ce jugement par le failli, du moins ces biens ne peuvent profiter à la masse que sous la déduction des charges qui les grevaient. Ces charges peuvent être des hypothèques ou des privilèges ; si l'inscription n'en était pas possible, la masse réaliserait un enrichissement injuste. En conséquence, si une succession s'ouvre au profit d'un failli, les créanciers héréditaires peuvent demander la séparation des patrimoines et s'inscrire dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111, C. civ.), sans qu'on puisse leur opposer que l'héritier est en faillite (n° 1065). De même, en cas de partage opéré *depuis* le jugement déclaratif, le copartageant créancier peut inscrire son privilège sur les immeubles mis dans le lot du failli débiteur (art. 2109, C. civ.) (1). De même encore, le failli étant appelé, après le jugement déclaratif, à une succession grevée de legs, les légataires peuvent inscrire sur les immeubles héréditaires l'hypothèque de l'article 1017, C. civ.

1085. Même en ce qui concerne les hypothèques et les privilèges

(1) M. Thaller (*op. cit.*, 3e édit., n° 2054) présente tout autrement les choses. Selon lui, comme le syndic a dû être partie au partage, les obligations qui résultent de cet acte sont des dettes de la masse. Le copartageant créancier doit donc être payé sans avoir à redouter le concours du failli ; il n'a même pas besoin pour cela de prendre une inscription. V., plus loin, sur les dettes de la masse, n°s 1144 et 1375.

acquis *avant* le jugement déclaratif, un tempérament résultant de ses motifs doit être apporté à l'article 448, 1er al. Il ne s'applique pas aux inscriptions destinées, non à faire acquérir à un créancier un rang qu'il n'avait pas, mais à lui maintenir sa situation antérieure. De là résultent plusieurs conséquences.

a) D'après l'article 2154, C. civ., les inscriptions ne conservent le privilège ou l'hypothèque que pendant 10 ans à compter du jour de leur date, et leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai. Si la faillite survient au cours des 10 ans, elle n'empêche pas le renouvellement ; en l'opérant, le créancier ne modifie pas sa situation à l'égard des autres créanciers ; il conserve seulement le droit acquis par lui. Si le créancier a laissé passer le délai de 10 ans, son droit étant considéré comme n'ayant jamais été inscrit, il s'agirait pour lui d'*acquérir* un droit de préférence, et, par suite, l'article 448 s'oppose à ce que l'inscription soit prise après le jugement déclaratif.

b) L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 offre un cas analogue. La veuve, le mineur, l'interdit doivent inscrire leur hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle ; l'inscription prise dans ce délai conserve aux intéressés le rang que leur assigne le Code civil (art. 2135). Au contraire, si l'inscription n'a pas lieu dans ce délai, l'hypothèque ne date que du jour où elle est inscrite. Par suite, quand il y a déclaration de faillite d'un ex-tuteur ou d'un ex-mari, l'inscription de l'hypothèque légale peut être utilement prise tant qu'on est dans l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage ; mais, une fois l'année expirée, l'inscription, étant alors destinée à faire acquérir un droit, ne pourrait plus être utilement prise après le jugement déclaratif.

c) L'article 2151, C. civ., donne lieu à une difficulté. L'inscription indiquant que la créance est productive d'intérêts conserve au même rang que le capital, trois années d'intérêts seulement (1) ; le créancier peut prendre, pour les intérêts non garantis par l'inscription, des inscriptions distinctes produisant leurs effets à partir de leur date. Peuvent-elles être prises même après la déclaration de faillite du débiteur ? On ne peut nier qu'il s'agisse, pour le créancier, d'améliorer sa situation en donnant à une créance d'intérêts un rang hypothécaire. Cependant, il nous paraît juste d'admettre ces inscriptions pour les intérêts, même après le jugement déclaratif. L'article 2151 est rigoureux, en restrei-

(1) L'article 2151, C. civ., a été modifié par une loi du 17 juin 1893. — La disposition de l'article 13 de la loi du 10 juillet 1885, qui reproduit l'ancien article 2151, C. civ., pour l'hypothèque maritime, est demeurée en vigueur.

gnant les effets de l'inscription garantissant une créance productive d'intérêts et en exigeant des inscriptions spéciales pour les intérêts non conservés par la première inscription. Il est équitable de permettre au créancier de prendre ces inscriptions malgré la faillite du débiteur. Personne n'est trompé : l'inscription originaire, indiquant que la créance produit des intérêts à un certain taux (art. 2148-4°, C. civ.), faisait prévoir cette éventualité (1).

1086. *Inscription des privilèges.* — D'après son texte même, l'article 448 s'applique aux privilèges comme aux hypothèques. Cependant des difficultés graves ont été soulevées à cet égard.

Il y a des privilèges pour l'inscription desquels le Code civil accorde des délais. Ainsi, le copartageant créancier a 60 jours à partir du partage pour s'inscrire (art. 2109, C. civ.), et les créanciers héréditaires ont six mois à partir de l'ouverture de la succession pour inscrire leur droit de séparation des patrimoines (art. 2111) ; les inscriptions prises dans ces délais assurent aux créanciers dont il s'agit le même rang que s'ils s'étaient inscrits à la date du partage ou de l'ouverture de la succession. Si un partage dans lequel le failli était partie a été fait ou si une succession s'est ouverte à son profit *quelque temps avant la faillite*, les copartageants créanciers ou les créanciers héréditaires peuvent-ils prendre inscription, même après le jugement déclaratif, tant que 60 jours ou six mois ne sont pas écoulés depuis le partage ou depuis l'ouverture de la succession ? On a soutenu l'affirmative, en disant qu'en pareil cas, on ne peut reprocher aucune négligence aux créanciers, par cela même que, lors du jugement déclaratif, ils étaient encore dans les délais que la loi même leur accorde pour s'inscrire. Cette considération ne saurait, selon nous, prévaloir contre le texte de l'article 448, qui ne fait aucune exception pour les privilèges pour l'inscription desquels le Code civil accorde des délais. Du reste, l'article 448 a moins pour but de punir la négligence des créanciers que de fixer leur situation au jour où le jugement déclaratif est rendu.

1085 *bis*. Mais le privilège du vendeur d'un fonds de commerce qui doit être inscrit dans la quinzaine à peine de nullité, peut encore l'être après le jugement déclaratif tant que le délai de quinze jours n'est pas écoulé. La loi du 17 mars 1909 qui consacre cette solution (art. 2, 1er alin.) pour le privilège du vendeur de fonds de commerce, l'écarte, au contraire, pour le privilège du créancier auquel un fonds de commerce a été constitué en gage, par cela même qu'elle en soumet l'inscription à l'article 448, 1er alin., C. com. Il y a là une différence qui s'explique quelque peu par la considération qu'il est plus dur

(1) V., cependant, Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2055.

de faire perdre son privilège à un vendeur qu'à un créancier gagiste.

1087. *Du privilège et de l'action résolutoire du vendeur d'immeuble.* — Il se peut que le failli ait acheté un immeuble avant le jugement déclaratif et n'en ait pas payé le prix. Le vendeur peut-il, malgré l'article 448, publier encore utilement son privilège ? Il faut, pour comprendre cette question, se rappeler qu'aux termes de l'article 2108, C. civ., le privilège du vendeur d'immeuble se conserve par la transcription du contrat de vente opérée par le conservateur, qui, sous sa responsabilité, doit prendre une inscription d'office au profit du vendeur. Du reste, le vendeur peut, s'il le préfère, prendre lui-même une inscription qui suffit pour la conservation de son privilège (1). On a soutenu que, même après le jugement déclaratif, le vendeur peut invoquer son privilège, en faisant transcrire la vente. Mais les arguments produits dans ce sens n'ont aucune valeur, et l'on doit, avec la jurisprudence, reconnaître que le privilège du vendeur ne peut pas être rendu public après le jugement déclarant l'acheteur en faillite. Pour soutenir que l'article 448 est inapplicable, on a dit d'abord que cet article parle des *inscriptions* et qu'il s'agit ici d'une *transcription* à faire après le jugement déclaratif. Mais on oublie, en produisant cet argument, qu'en cette matière, d'après l'article 2108, C. civ., lui-même, la transcription *vaut inscription* et ne vaut pas plus, ce qui doit empêcher de l'opérer utilement pour la conservation du privilège du vendeur quand les inscriptions ne sont plus possibles. On a encore dit que, d'après la loi de 1855, la propriété immobilière n'étant transmise que par la transcription, l'immeuble n'est acquis au failli qu'après le jugement déclaratif, quand la transcription est postérieure, et qu'il doit être acquis avec sa charge (le privilège). V. n° 1065. Ce raisonnement repose sur une erreur : le vendeur ne reste pas propriétaire jusqu'à la transcription ; dans ses rapports avec le vendeur, la vente transmet la propriété à l'acheteur par le seul effet du concours des volontés (art. 1583, C. civ.) ; le vendeur ne peut donc dire que l'acheteur ne devient propriétaire qu'à partir de la transcription. Ce sont seulement des *tiers* qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription, pour faire considérer le vendeur comme n'ayant pas cessé à leur égard d'avoir la propriété (L. 23 mars 1855, art. 3).

Le vendeur d'immeuble a, en principe, une autre garantie que son privilège pour assurer le paiement du prix, il a l'action résolutoire (art. 1654, C. civ.). Peut-il, quand il a perdu son privilège à raison de ce qu'il ne l'a pas rendu public avant la déclaration de faillite de l'acheteur, exercer son action résolutoire pour reprendre l'immeuble ? La

(1) Argument tiré de l'article 6, 2e alin., de la loi du 25 mars 1855.

question naît de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. Cet article établit une certaine solidarité entre l'action résolutoire et le privilège du vendeur d'immeuble, en disposant que cette action *ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.* — Trois opinions ont été défendues sur cette question.

On a soutenu, dans une première opinion, que, le privilège étant perdu en vertu de l'article 448, l'action résolutoire est aussi éteinte ; on a invoqué en ce sens l'article 7 de la loi de 1855 et l'on a dit qu'autrement le but de la loi serait manqué, puisque la masse souffre plus d'une action résolutoire, qui enlève l'immeuble de l'actif, que d'un privilège. — Cette opinion est abandonnée. Elle méconnaît le texte de l'article 7 de la loi de 1855 qui doit être interprété restrictivement, puisqu'il s'agit d'une déchéance. La loi de 1855 (art. 7) ne déclare pas d'une façon absolue que l'action résolutoire est perdue, quand le privilège du vendeur est éteint. Elle subordonne l'extinction de cette action à deux conditions. Il faut : 1° qu'il y ait extinction du privilège ; 2° que le vendeur se trouve en présence de tiers ayant des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément aux lois. Les créanciers de la masse, qui voudraient se prévaloir de l'article 7 de la loi de 1855, peuvent-ils dire que ces deux conditions sont remplies ?

La jurisprudence a d'abord admis (c'est une seconde opinion) que *jamais* les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 (1). Le privilège du vendeur, dit-on en ce sens, n'est pas éteint absolument en cas de faillite de l'acheteur avant la transcription, il ne l'est qu'à l'égard de la masse, si bien qu'il pourrait être exercé à l'encontre des nouveaux créanciers avec lesquels le failli aurait contracté après un concordat ; il n'est donc pas satisfait à l'une des conditions exigées pour l'application de l'article 7. On a dit aussi parfois en faveur de la même opinion que le législateur de 1855 n'a pas eu en vue le cas de faillite de l'acheteur, mais seulement celui d'une sous-aliénation faite par l'acheteur dans les termes de l'article 6 de la loi de 1855 et a voulu alors seulement, dans l'intérêt de la circulation des immeubles et du crédit, refuser l'action résolutoire au vendeur dont le privilège est éteint.

Nous nous rangeons à une troisième doctrine, consacrée actuellement par la Cour de cassation (2) : les créanciers formant la masse

(1) Cass., 1er mai 1860, D. 1860. 1. 236 ; S. 1860. 1. 602.

(2) Cass., 24 mars 1891, S. 1891. 1. 209 ; *J. Pal.*, 1891. 1. 508 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1891. 1. 145 ; *Pand. fr.*, 1892. 1. 329 ; 7 février 1898, D. 1898. 1. 459 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 305.

peuvent invoquer l'article 7. pour écarter l'action résolutoire du vendeur, mais seulement quand l'inscription de l'article 490 a été prise au profit de la masse. A partir de ce moment, la masse a bien un droit sur l'immeuble et l'a conservé conformément à la loi. On doit aussi reconnaître, quoi qu'en dise la seconde opinion, que le privilège est éteint ; la question de savoir si l'action résolutoire subsiste, se présente dans les rapports entre le vendeur et la masse de la faillite ; or, à l'égard de la masse, le privilège est absolument éteint. Enfin, il est arbitraire de restreindre la portée de l'article 7 au cas où le vendeur veut exercer son action résolutoire contre un sous-acquéreur ; c'est sans doute le cas principal visé par la loi de 1855, mais rien n'indique que ce soit le seul.

1087 *bis*. La loi du 17 mars 1909 (art. 2) a, par imitation de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, lié le sort de l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce à son privilège. L'extinction de celui-ci entraîne l'extinction de celle-là. En conséquence, quand le privilège n'a pas été inscrit dans la quinzaine de la vente, l'action résolutoire, comme le privilège, ne peut plus être exercée contre les tiers. Ceux-ci sont notamment les créanciers de l'acheteur. Mais cela se produit indépendamment de toute faillite de l'acheteur, puisque l'inscription du privilège dans laquelle l'action résolutoire doit être réservée, doit, à peine de nullité, alors même que l'acheteur est *in bonis*, être prise dans la quinzaine de l'acte de vente.

1088. Il y a d'autres droits que les hypothèques et les privilèges, qui ne sont efficaces à l'égard des tiers qu'autant que certaines formalités ont été remplies après leur naissance. Ces formalités ne peuvent-elles plus être remplies après le jugement déclaratif à l'encontre des créanciers de la masse, en vertu de l'article 448, 1er al., appliqué par analogie ?

Le principe général à poser, c'est que l'article 448, édictant une déchéance, ne peut être étendu par analogie. Mais il y a lieu de tenir compte à la fois de ce que l'inscription de l'article 490 permet aux créanciers hypothécaires d'exercer une hypothèque à l'encontre des tiers et de ce que, par suite du dessaisissement, le jugement déclaratif entraîne au profit des créanciers une sorte de mainmise sur les biens du failli et a les effets d'une saisie. De là découlent plusieurs conséquences :

a) Si le failli a aliéné *à titre onéreux* un immeuble avant le jugement déclaratif, l'acquéreur peut transcrire après, sans que la masse puisse lui opposer le défaut de transcription. Seulement, si l'hypothèque de la masse a été inscrite avant la transcription, elle peut exercer un droit de suite contre le tiers acquéreur. A partir du jour où

l'hypothèque de la masse a été inscrite, les créanciers qui la composent sont des tiers ayant sur les immeubles du failli un droit réel qu'ils ont conservé conformément à la loi ; ils réunissent ainsi les conditions voulues pour opposer le défaut de transcription. Mais, si le failli avait fait *donation* d'un immeuble et si la transcription n'a pas été opérée avant le jugement déclaratif, les créanciers formant la masse pourraient, même avant l'inscription de l'hypothèque de l'article 490, opposer le défaut de transcription pour faire comprendre l'immeuble donné dans l'actif de la faillite. Il faut, en effet, tenir compte ici de l'article 941, C. civ., qui permet à *toutes personnes y ayant intérêt* de se prévaloir du défaut de transcription, ce qui comprend, d'après l'opinion commune, les créanciers chirographaires ayant saisi l'immeuble donné.

b) Le cessionnaire d'une créance n'en est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession faite au débiteur cédé ou par son acceptation dans un acte authentique (art. 1690, C. civ.). Si le failli a cédé régulièrement une créance et si, lors du jugement déclaratif, aucune de ces deux formalités n'a été remplie, peuvent-elles encore l'être utilement à l'encontre des créanciers de la masse? La négative ne nous paraît pas douteuse. Sans doute l'article 448, 1er al., ne vise pas ce cas, mais le cessionnaire qui, à défaut des formalités de l'article 1690, ne peut invoquer la cession à l'encontre des créanciers saisissants, ne doit pas pouvoir l'apposer aux créanciers de la masse, à l'égard desquels le jugement déclaratif a les effets d'une saisie générale (1).

c) La même solution doit évidemment être donnée dans le cas où le failli a, avant le jugement déclaratif, constitué en gage, une créance à l'un de ses créanciers, si celui-ci n'a pas, avant ce jugement, fait signifier la constitution de gage au débiteur du failli (art. 2075, C. civ.).

§ 7. — Effets de la déclaration de faillite sur les actes antérieurs (2).

1089. Le dessaisissement, qui résulte du jugement déclaratif, protège avec ses conséquences graves les créanciers contre les actes du failli postérieurs à ce jugement. Mais le jugement déclaratif ne fait que constater l'état de cessation de paiements, qui est antérieur. Il y a donc un temps plus ou moins long pendant lequel le commerçant, sous le coup d'une déclaration de faillite, reste à la tête de ses affaires. La loi

(1) Trib. com. Seine, 10 mai 1902, *La Loi*, n° du 26 juin 1902.
(2) C. com., art. 446 à 449.

doit déterminer le sort des actes qu'il a faits dans cette situation ; elle doit décider dans quelle mesure il sera dérogé au droit commun d'après lequel les créanciers chirographaires ont à subir les actes faits par leur débiteur, sauf le cas de fraude (art. 1167, C. civ.). Des dérogations sont nécessaires ; car, à l'approche de la faillite, les commerçants font de nombreux actes, soit pour essayer d'échapper au jugement déclaratif, soit pour avantager certains créanciers. Dans beaucoup de cas, une déclaration de faillite ne produisant d'effets que dans l'avenir laisserait les créanciers sans protection suffisante. Il y a là un problème qui, selon les époques, a reçu des solutions variées ; il est difficile à résoudre, car le législateur doit concilier deux intérêts, celui de la masse et celui du crédit. Le premier voudrait qu'on annulât le plus grand nombre possible d'actes faits avant le jugement déclaratif, afin d'augmenter l'actif du failli ou de diminuer son passif et de maintenir une égalité rigoureuse entre les créanciers. Le second exige, pour qu'on puisse traiter sans trop de crainte avec un commerçant, que les actes antérieurs à la faillite ne soient frappés qu'avec discernement. Cf. nº 1046.

1090. Le Code de 1807 admettait un système sévère. Le failli était réputé dessaisi à partir de la date fixée par le tribunal comme celle de la cessation des paiements (nº 1060) ; tous actes faits par le failli postérieurement à cette date étaient nuls à l'égard de la masse, comme le sont aujourd'hui les actes postérieurs au jugement déclaratif (ancien art. 442). Les actes, même faits dans les dix jours ayant précédé la date de la cessation des paiements, étaient, selon leur nature, ou annulés de droit, ou annulés en cas de fraude des tiers ayant contracté avec le failli (anciens art. 443 à 446). Ce système était d'une rigueur extrême ; il pouvait entraîner la nullité d'actes nombreux et importants faits par un négociant, dont rien ne révélait aux tiers la situation embarrassée. Aussi ce système a-t-il été profondément modifié en 1838. On peut dire que le Code distingue depuis 1838 trois périodes au point de vue du sort des actes faits par le failli (1).

1º La période postérieure à la déclaration de faillite. Tous les actes faits par le failli sont nuls à l'égard de la masse (nº 1062). — 2º La période qui va de la cessation des paiements (comprenant pour certains actes les dix jours précédents) à la déclaration de faillite, est la *période suspecte*. Tous les actes faits par le failli durant cette période

(1) Comme nous l'expliquerons plus tard (nº 1302), la même théorie doit être appliquée au cas de liquidation judiciaire ; seulement, la période suspecte est alors très courte et, de plus, l'application des articles 446-448, C. com., a pour conséquence la conversion de la liquidation judiciaire en faillite. L. 4 mars 1889, art. 19-2º.

ne sont pas annulés sans distinction, comme dans la période qui suit le jugement déclaratif ; la loi tient compte de la nature de l'acte et des circonstances dans lesquelles il est intervenu. La protection résultant des dispositions de la loi à cet égard est préférable à celle qui résulterait de l'action paulienne (nos 1092 et 1113). — 3° Enfin, la période qui précède le temps suspect et qui remonte indéfiniment dans le passé. La loi commerciale ne s'en est pas occupée et l'a, par suite, laissée sous l'empire du droit commun, de telle sorte que, pour les actes faits dans cette période, les créanciers n'ont que la ressource de l'action paulienne (ou action révocatoire pour cause de fraude), en vertu de l'article 1167, C. civ.

Pour les actes faits pendant la période suspecte, qui seuls doivent nous occuper en ce moment, le Code fait les distinctions suivantes : *A*. Certains actes sont *nuls de droit*, c'est-à-dire nuls par cela seul qu'ils ont été faits depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents (art. 446). *B*. Les autres actes *peuvent être annulés*, s'ils sont postérieurs à la cessation des paiements et si ceux qui y ont participé ont eu connaissance de la cessation des paiements (art. 447 et 449). *C*. Les *inscriptions* de privilèges ou d'hypothèques prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents peuvent aussi être annulées, mais sont soumises à une règle particulière (art. 448, 2e et 3e al.). — Il doit être traité distinctement des actes de chacune de ces trois catégories.

1091. A. Actes nuls de droit. — Il s'agit des actes qui sont à la fois les plus préjudiciables à la masse et les plus suspects de fraude ; le débiteur y diminue son patrimoine ou constitue sur certains biens des droits de préférence, sans rien recevoir en retour ; ces actes sont énumérés par l'article 446. Relativement à ces actes, les principes généraux consacrés par la loi sont les suivants :

1° Le tribunal n'a pas à examiner les circonstances dans les quelles est intervenu l'acte attaqué, la bonne ou la mauvaise foi du failli ou de la personne qui a fait l'acte avec celui-ci. Le tribunal, saisi d'une demande en nullité, doit la prononcer par cela seul que l'acte est compris dans l'énumération de l'article 446 et est intervenu dans la période suspecte.

2° La nullité de droit ne s'applique qu'aux actes énumérés limitativement par l'article 446. Au contraire, la disposition de l'article 447, qui établit une nullité facultative pour le juge, a une portée générale, de telle sorte que les actes non compris dans l'article 446 sont régis par l'article 447.

3° La période suspecte comprend, pour les actes nuls de droit, non

seulement le temps écoulé de la date de la cessation des paiements au jugement déclaratif, mais encore les dix jours précédents.

4º Les actes dont il s'agit (comme, du reste, ceux qui sont frappés par les articles 447, 448 et 449) ne sont annulés que *relativement à la masse* : ils subsistent entre les parties. V. nº 1111. La nullité ne peut donc être invoquée, ni par le failli, ni même par un créancier dans son intérêt propre distinct de celui de la masse (1).

1092. Il est facile, d'après ces règles générales, de saisir l'avantage qu'offre aux créanciers la disposition de l'article 446 comparé à celui qu'ils tireraient de l'article 1167, C. civ. (*action paulienne*). Pour faire annuler les actes compris dans l'article 446, il suffit d'en démontrer la nature et la date. Quand l'article 1167, C. civ., est invoqué, il faut établir la fraude du débiteur, c'est-à-dire la connaissance du préjudice qu'il causait à ses créanciers en faisant l'acte attaqué ; cette connaissance a pu ne pas exister chez le commerçant, qui n'avait pas cessé ses paiements quand il agissait. L'acte qui tombe sous l'application de l'article 446 serait donc parfois inattaquable, si les créanciers ne pouvaient se prévaloir contre lui que de l'article 1167. Ce n'est pas tout : en matière d'action paulienne, on distingue entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit et l'on exige pour les premiers la mauvaise foi des tiers. Parmi les actes prévus par l'article 446, à côté d'actes à titre gratuit, il en est qui ne peuvent être considérés comme tels : la dation en paiement, la constitution d'une hypothèque ou d'un nantissement pour une dette antérieure, et cependant ces actes sont nuls, sans qu'il soit besoin de prouver la mauvaise foi des créanciers.

1093. L'article 446 énumère, sous des expressions parfois un peu obscures, trois catégories d'actes qui sont déclarés nuls de droit : a) *Donations ;* b) *Paiements et dations en paiement de dettes non échues. Dations en paiement de dettes échues ;* c) *Hypothèque conventionnelle ou judiciaire et nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.*

1094. A. *Donations.* — L'article 446, 2e alin., déclare nuls *tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit.* Ces expressions ne sont pas assez compréhensives : il faut assimiler aux donations consistant dans des translations de propriétés ou de droits réels, celles qui consistent dans des obligations contractées

(1) Le principe est certain, mais l'application donne lieu, dans certaines circonstances, en ce qui concerne les hypothèques, à une grande difficulté. V. Cass., 18 décembre 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 145, et la note. V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, nº 383.

par le failli, dans des renonciations à des droits réels, dans des remises de dettes ou dans tout avantage procuré gratuitement par le failli à une autre personne. Le sens général de l'article 446 se trouve, du reste, déterminé *a contrario* par l'article 447, qui déclare annulables *tous autres actes à titre onéreux*.

Il n'y a intérêt à annuler que les donations entre vifs ; les créanciers ne peuvent pas souffrir des legs faits par leur débiteur ; à l'égard des légataires, ils peuvent invoquer la règle, *nemo liberalis nisi liberatus*.

1095. Il y a grand intérêt à savoir si une donation se place ou non durant la période suspecte, puisque, dans le premier cas, l'article 446 est applicable, tandis que, dans le second, on ne peut invoquer que l'article 1167, C. civ. (nos 1080 et 1092). Quand la donation est à la fois offerte et acceptée dans le même acte, il n'y a pas de question. Mais, une donation pouvant être acceptée par le donataire dans un acte séparé, il peut arriver qu'une donation, faite avant la période suspecte, n'ait été acceptée que durant cette période ; la donation ne datant que de l'acceptation tombe sous le coup de l'article 446 (1). Mais que décider si, la donation ayant été faite et acceptée avant la période suspecte, la notification de l'acceptation n'est faite que durant cette période ? On doit, selon nous, admettre que la donation peut encore être attaquée en vertu de l'article 446. D'après l'article 932, C. civ., la donation n'a d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte constatant l'acceptation lui a été notifié ; la donation ne peut produire d'effet à une époque où le donateur ne peut faire un acte gratuit opposable à la masse. Mais, quand la donation est parfaite avant la période suspecte, rien n'empêche d'en faire opérer la transcription durant cette période ; il y a là une simple mesure de publicité prescrite dans les rapports du donataire avec les tiers (art. 941, C. civ.).

1096. B. *Paiements et dations en paiement de dettes non échues. Dations en paiement de dettes échues.* — D'après l'article 446, al. 3, sont nuls et sans effet *relativement à la masse... tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce*. Cette disposition, compliquée en apparence, contient une distinction essentielle entre les *dettes échues*, et les *dettes non échues*. Pour celles-ci, l'acquittement en est nul, qu'il s'agisse d'un paiement ou d'une dation en paiement ; c'est la non-exigibilité de la dette qui motive la nullité. Pour les dettes échues,

(1) Cf. Cass., 4 mars 1902, Sr et *J. Pal.*, 1902. 1. 161 (note de Ch. Lyon-Caen).

au contraire, la loi prend en considération le mode de libération ; la dation en paiement est nulle de droit, le paiement ne l'est pas, il peut seulement être annulé en vertu de l'article 447 (n° 1110). L'article 446, al.3, indique d'une façon un peu confuse les modes de libération qu'elle considère comme réguliers et ceux qu'elle répute anormaux. Il ne sera question ci-après de ceux-ci qu'à propos de dettes échues, puisque, pour les dettes non échues, la libération n'est pas valable, de quelque manière qu'elle ait lieu.

1097. *Dettes non échues*. — Le commerçant qui a cessé ou qui va cesser ses paiements a ordinairement pour but, en acquittant une dette non échue, de favoriser son créancier en le soustrayant au risque qu'il court de ne toucher, par suite de la faillite, qu'un dividende. Le créancier a dû, tout au moins, s'étonner de cette anticipation.

Pour savoir si la dette est échue ou non, il faut se placer à l'époque à laquelle l'acte libératoire est intervenu. Si elle n'était pas échue alors, le paiement est nul de droit, quand même l'échéance aurait eu lieu avant la faillite. A l'inverse, l'article 446 ne s'applique pas au paiement d'une dette exigible, quand même cette exigibilité se serait produite pendant la période suspecte.

Le paiement d'une dette non échue est frappé de nullité en vertu de l'article 446, C. com., quand même il a eu lieu sous déduction d'un escompte. Mais l'article 446 serait écarté, si la faculté de paiement anticipé avec escompte avait été stipulée. Le paiement anticipé n'ayant alors rien d'anormal, ne pourrait être annulé que dans les termes de l'article 447, C. com.

L'article 446 ne peut pas être invoqué pour faire annuler les remises de fonds faites par un commerçant à un correspondant avec lequel il est en compte-courant. Si le compte-courant doit se régler tous les ans, celui qui fait une remise de fonds pendant le cours d'une année ne paie pas une dette non échue. Pendant la durée du compte-courant, il n'y a ni créance, ni dette (n° 774) : il ne peut être question d'un paiement.

L'article 446 vise le cas où un failli *débiteur* paie son créancier avant le terme. On ne peut y faire rentrer le cas inverse, celui où le failli *créancier* serait payé avant le terme par son débiteur ; ce paiement ne serait pas nul de droit, la nullité pourrait seulement en être demandée sous les conditions fixées par l'article 447, qui comprend tous les actes non visés par l'article 446 (n° 1110).

1098. *Dettes échues*. — Le paiement de ces dettes est, en principe, valable ; il peut seulement être annulé en vertu de l'article 447, tandis que la dation en paiement est nulle de droit en vertu de l'article 446. Cette distinction se justifie aisément. Le paiement d'une dette échue

est un acte normal, qui n'est pas de nature à éveiller les soupçons; il n'en est pas de même de la datiõn en paiement. On veut substituer à la chose due, que le débiteur ne pouvait fournir, un autre objet. En outre; comme il est souvent difficile d'apprécier les valeurs comparées de la chose remise à titre de dation en paiement et de la chose due, le failli pourrait faire facilement une libéralité au créancier.

L'article 446, al. 3, considère comme paiement la prestation faite en espèces ou en effets de commerce, et il comprend la dation en paiement sous les noms de *paiements par transports, vente, compensation ou autrement*. Ces diverses expressions demandent à être expliquées. V. nº 1100.

1099. L'article 446 parle *du paiement en espèces ;* il a ainsi en vue les dettes les plus nombreuses, celles de sommes d'argent. Ces mots ne doivent pas être pris à la lettre : il va de soi que la règle doit être la même, que l'acte n'est pas nul de droit, toutes les fois que le failli a fait un paiement proprement dit, c'est-à-dire a payé la *chose due* elle-même, quelle que soit cette chose. Ainsi, le commerçant qui, s'étant obligé à fournir des marchandises, les livre à l'époque fixée, fait un paiement d'une dette échue non frappé par l'article 446. Au contraire, l'article 446 est applicable au cas où le commerçant, tenu de livrer des marchandises à une certaine époque, remet, à la place, de l'argent à son créancier; il y a là une dation en paiement.

A côté du paiement en espèces, l'article 446 place le *paiement en effets de commerce*. Rigoureusement, ce n'est pas là un véritable paiement ; quand un débiteur remet à son créancier un effet de commerce dont un tiers doit le montant, il y a une dation en paiement. Mais le législateur a dû tenir compte de ce que, dans les usages du commerce, la remise d'effets de commerce en paiement est un acte normal, qui ne peut pas plus exciter le soupçon qu'un paiement en nature (1). Mais quand peut-on dire qu'il y a *paiement en effets de commerce ?* La formule de la loi s'applique certainement au cas où le failli, ayant dans son portefeuille des lettres de change ou des billets à ordre, les a endossés au profit de son créancier. Si, au lieu de transmettre à son créancier une lettre de change ou un billet à ordre dont il est porteur, le débiteur en crée ou en souscrit une, il y a aussi un paiement en effets de commerce (2). Il faut évidemment assimiler, à ce point de vue, le chèque à une lettre de change ou à un billet à ordre.

(1) L'article 575, al. 2, C. com., met aussi sur la même ligne le *règlement en valeurs*, c'est-à-dire en effets de commerce, et le paiement. V. ci-après nº 1201.

(2) V. Thaller, *ov. cit.*, nº 1841.

Faut il également considérer comme un paiement en effets de commerce la remise par un débiteur à son créancier d'un récépissé et d'un warrant réunis, d'un warrant seul ou d'un récépissé seul ? On ne saurait admettre l'affirmative d'une façon absolue ; il y a des distinctions à faire. La transmission par un débiteur à son créancier d'un récépissé, qu'il soit seul ou accompagné d'un warrant, n'offre, en réalité, aucune analogie avec l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Le débiteur, qui a déposé des marchandises dans un magasin général, en endossant le récépissé à son créancier, met ces marchandises à la disposition de celui-ci ; il y a là une dation des marchandises en paiement, qui doit être nulle de droit, en vertu de l'article 446. Pour ce qui est de la remise du warrant détaché du récépissé, il faut encore distinguer. Si le débiteur a détaché lui-même le warrant du récépissé pour l'endosser à son créancier, il lui a donné en gage les marchandises, c'est alors non le 2e, mais le 3e alinéa de l'article 446 qui est en jeu. Mais si le débiteur avait dans son portefeuille le warrant qui lui avait été transmis par une autre personne, le warrant joue alors le rôle d'un effet de commerce : c'est un billet à ordre, garanti par un gage dont l'endossement doit être traité comme un paiement en effets de commerce au sens de l'article 446, 2e al.

On ne peut assimiler à un paiement en effets de commerce la remise de factures acquittées de marchandises vendues à un tiers, dont le créancier reçoit ainsi le pouvoir de toucher le prix, ni la cession de titres au porteur (actions ou obligations) ; ce ne sont là ni des espèces, ni des effets de commerce.

1100. En dehors du cas où le débiteur remet à son créancier des effets de commerce, toute dation en paiement est nulle de droit. C'est la dation en paiement, comme il a été déjà dit, que l'article 446 désigne sous des expressions diverses qu'il est utile d'expliquer.

Paiement par transport. — Le débiteur se libère en cédant à son créancier la créance qu'il a contre un tiers ; sans la disposition formelle de l'article 446, le paiement en effets de commerce devrait être compris sous cette expression (n° 1099). Il faut assimiler à ce cas celui où un débiteur charge son propre débiteur de payer le créancier (*délégation*).

Paiement par vente. — Le débiteur a vendu des marchandises à son créancier, de manière que la créance du prix se balance avec la dette : c'est ce qu'on appelle parfois dans l'usage un paiement en marchandises. Mais l'article 446 ne s'appliquerait pas à l'envoi de marchandises en compte courant. V. n° 1097.

Paiement par compensation. — La loi n'a pas en vue ici la compensation légale, qui peut avoir lieu librement jusqu'au jugement déclara-

tif : la compensation légale s'opérant de plein droit et à l'insu des parties, il n'y a pas d'acte qu'on puisse annuler comme suspect de fraude. La loi vise le cas où les parties écarteraient un obstacle qui empêche la compensation légale, comme cela a lieu lorsque les deux créances, ou l'une d'elles, ne sont pas exigibles. Si la dette du failli était à terme et sa créance exigible, il a fait à son créancier un avantage suspect pour rendre possible la compensation ; à l'inverse, si la dette du failli était échue et si sa créance était à terme, le créancier peut être présumé n'avoir renoncé au bénéfice du terme qu'à raison de la situation de son débiteur.

Au surplus, il n'y a là que des exemples ; comme cela résulte des mots *ou autrement* contenus dans l'article 446, la nullité de droit atteint tout mode de libération autre que le paiement proprement dit, le paiement en espèces ou en effets de commerce pour les dettes de sommes d'argent. Par suite, si le futur failli, débiteur en qualité d'acheteur, rend à son vendeur les marchandises achetées, il y a là un acte libératoire, atteint par l'article 446 (1).

1101. Quelle est la conséquence de la nullité prononcée en vertu de la partie de l'article 446 qui vient d'être expliquée? Le créancier doit rapporter à la faillite ce qu'il a reçu (aussi appelle-t-on souvent l'action en nullité *action en rapport*). Cela s'applique aisément au cas d'une dette payée en espèces avant l'échéance ; une somme égale à la somme payée est remise dans la masse par le créancier.

On peut se demander si les intérêts de cette somme sont dus par le créancier du jour du paiement ou du jour où la demande en justice tendant au rapport a été exercée. Dans le premier sens, on a invoqué l'article 1378, C. civ., qui, au cas du paiement de l'indû, fait courir les intérêts du jour du paiement, quand le créancier a été de mauvaise foi. Cette opinion n'est pas admissible : on n'est pas dans le cas du paiement de l'indû et il se peut que le créancier ne soit pas de mauvaise foi. Aussi, à moins que la mauvaise foi ne soit établie, il paraît plus conforme aux principes (art. 1153, C. civ.), d'admettre que les intérêts ne courent que du jour de la sommation de payer ou d'un acte équivalent.

Si le créancier a reçu autre chose que ce qui lui était dû, si, par exemple, il a été *payé en marchandises*, il doit rapporter les marchandises mêmes ou leur valeur.

1102. C. *Hypothèque conventionnelle ou judiciaire et droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.* — Le Code de 1807 (anc. art. 443)

(1) Cass., 18 juin 1900, D. 1900. 1. 513 ; 4.761. *Pand. fr.*, 1901.

considérait comme nuls les droits de privilège ou d'hypothèque acquis durant la période suspecte ; cela conduisait à des conséquences rigoureuses et même injustes. Ainsi, quand un prêt avait été fait à un commerçant, il pouvait se faire que le prêt fût inattaquable ; cependant, l'hypothèque ou le gage donné pour garantir le remboursement était nul. On méconnaissait l'indivisibilité de l'opération qui, rationnellement, aurait dû être annulée ou maintenue pour le tout, le créancier n'ayant consenti au prêt qu'à la condition que la garantie lui serait donnée par l'emprunteur. Aussi, en 1838, un système tout différent a été admis. L'article 446 n'annule de plein droit que *l'hypothèque et les droits de nantissement et d'antichrèse constitués après que la dette a été contractée* : alors, la garantie donnée par le débiteur à son créancier n'est pas assurément une condition de l'obligation ; cette garantie est suspecte, parce qu'elle est donnée à une époque postérieure à la cessation des paiements ou dans les 10 jours précédents. La loi peut, sans méconnaître la volonté des parties, séparer le sort de la garantie de celui de la dette, en annulant la première, alors que la seconde subsiste. Il en est autrement, quand la garantie a été donnée en même temps que la dette ou même l'a été antérieurement : alors, la dette est née avec la garantie qui y est attachée à titre d'accessoire ou n'a jamais existé sans celle-ci ; la garantie doit suivre le sort de la dette. Elle subsiste donc si la dette n'est pas annulée ; elle est annulée, au contraire, quand la dette l'est elle-même en vertu, soit de l'article 446, soit de l'article 447.

L'article 446 suppose, en frappant les garanties données pour sûreté d'une dette antérieurement contractée, qu'elles ont été fournies par le débiteur. Il est sans application au cas où elles ont été données par un tiers, puisqu'alors, elles ne rompent pas l'égalité qui doit régner entre les créanciers quant à leurs droits sur l'actif du failli.

1103. Les garanties dont parle l'article 446 sont : *l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, les droits de nantissement, les droits d'antichrèse*. Il passe, au contraire, sous silence, *les hypothèques légales, les privilèges immobiliers, ou même mobiliers autres que ceux dérivant du nantissement*. Il faut parler de chacune des garanties dont il est question dans l'article 446 et déterminer les conséquences du silence de cet article sur les hypothèques légales et les privilèges.

1104. *Hypothèque conventionnelle.* — La loi de 1838 n'a pu se référer qu'à l'hypothèque terrestre, la seule connue à cette époque ; mais il n'est pas douteux que l'article 446, dern. alin., s'applique aussi à l'hypothèque maritime.

Ce qu'il faut considérer, c'est la date de l'acte de constitution d'hy-

pothèque, non celle de l'inscription (1). Quand la constitution d'hypothèque est antérieure à la période suspecte, l'article 406 est inapplicable ; mais, si l'inscription est prise durant cette période, cette inscription peut être annulée, en vertu de l'article 448, 2e al. V. nos 1120 et suiv.

1105. *Hypothèque judiciaire.* — Lorsqu'un jugement de condamnation est rendu contre le débiteur dans la période suspecte, l'hypothèque qui en résulte est nulle de droit. L'article 446, al. 3, qui donne cette décision, paraît, si on le prend à la lettre, distinguer, pour l'hypothèque judiciaire comme pour l'hypothèque conventionnelle, selon que la dette garantie par cette hypothèque a été ou non antérieurement contractée. Mais cette distinction est inapplicable, les jugements ne font que constater des dettes préexistantes et antérieures. — Le législateur ne veut pas qu'en présence d'une faillite imminente, les créanciers présents se créent un droit de préférence au préjudice des créanciers éloignés, en obtenant un jugement de condamnation contre le débiteur. On aurait pu, du reste, craindre une collusion par suite de laquelle un débiteur, qui ne peut pas constituer une hypothèque conventionnelle valable pendant la période suspecte, se laisserait poursuivre en justice afin de permettre à son créancier d'obtenir une hypothèque judiciaire.

1106. *Droit de gage.* — Le gage est traité comme l'hypothèque conventionnelle et n'est, par suite, nul de droit que quand il est constitué pour sûreté d'une dette antérieure (2). Le gage d'une chose corporelle n'est considéré comme antérieur à cette période, s'il est civil, qu'autant que l'acte constitutif a acquis date certaine avant le commencement de celle-ci (art. 2074, C. civ.) ; pour le gage commercial, le juge détermine librement à quelle date il a été constitué, à moins qu'il ne s'agisse du gage portant sur une créance à personne dénommée (art. 91, dern. alin., C. com.). Mais il n'y a point à tenir compte de la date à laquelle la chose engagée a été remise au créancier ; dès que l'affectation de la chose a été faite en même temps que la dette, l'article 446 est inapplicable ; alors même que le créancier ne serait mis que postérieurement en possession, la remise de la chose ne pourrait être attaquée qu'en vertu de l'article 447. En effet, par cela seul qu'il y a concomitance entre la convention qui affecte la chose au créancier

(1) Le système de l'article 446, dern. al., n'est pas nouveau ; le Droit romain l'admettait en matière d'action paulienne. L. 10, § 13, Ulp. Dig. XLII, 8. *Si cui quidem solutum non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur.*

(2) L'article 446 prend le mot *nantissement* comme synonyme de gage, par cela même qu'il l'oppose à l'antichrèse. Le Code civil, au contraire (art. 2071 et 2072), comprend, sous le nom de nantissement, à la fois le gage et l'antichrèse.

gagiste et la naissance de la dette, il y a entre celle-ci et la constitution de gage un lien indivisible, qui doit empêcher d'annuler le gage alors que la dette subsiste (1).

De même, en cas de constitution en gage d'une créance, il faut s'attacher à la date de l'acte constitutif, sans tenir compte ni de la date de la remise du titre au créancier gagiste (2), ni de celle de la signification faite en vertu de l'article 2075, C. civ.

D'après ce qui a été dit plus haut (n° 1099), l'endossement d'un warrant, fait à son créancier par le commerçant qui l'a détaché d'un récépissé, vaut constitution en gage des marchandises ; aussi est-il nul de droit, s'il est postérieur à la naissance de la dette garantie.

La nullité de droit édictée par l'article 446, C. com., par le gage constitué pour sûreté d'une dette antérieurement contractée est applicable au gage d'un fonds de commerce, comme cela résulte du reste de la disposition formelle de l'article 11, 2e alin. de la loi du 17 mars 1909.

1107. *Droit d'antichrèse* — Si l'antichrèse ne donne pas un privilège au créancier, elle lui confère du moins un droit de rétention. Ce droit, étant opposable aux créanciers chirographaires et même hypothécaires, peut leur nuire ; c'est pourquoi la loi annule la constitution d'antichrèse faite durant la période suspecte, après que la dette a été contractée. — Pour être considéré comme antérieur à cette période, il faut que l'acte constitutif d'antichrèse ait acquis date certaine avant qu'elle commence, mais peu importe que la transcription de cet acte (art. 2, L. 23 mars 1855) n'ait été opérée que durant cette période.

1108. *Hypothèques légales*. — L'article 446 ne vise point ces hypothèques ; il leur est, par suite, inapplicable. Les circonstances dans lesquelles elles naissent empêchent tout soupçon de fraude : on ne peut supposer qu'un commerçant s'est marié ou a accepté une tutelle durant la période suspecte, afin de nuire à ses créanciers en faisant naître une hypothèque légale sur ses immeubles. D'ailleurs, l'hypothèque légale naît toujours ou avec les créances qu'elle garantit ou antérieurement à elles, ce qui suffirait pour rendre l'article 446 inapplicable (3). — Ce n'est pas à dire que la loi ne voie pas, en cas de faillite, avec une cer-

(1) Cass., 20 janvier 1886, S. 1886. 1. 305 ; *J. Pal.*, 1886. 732 et la note de Ch. Lyon-Caen ; *Pand. fr*, 1886. 1. 59. Cf. Cass., 16 novembre 1896, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 6. ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 295.

(2) V. la note 2 de la page précédente.

(3) Il y a des difficultés spéciales au cas où la femme s'oblige solidairement avec son mari pendant la période suspecte et subroge le créancier dans le bénéfice de son hypothèque légale. V. notre *Traité de Droit commercial*, VII. n° 381.

taine défaveur les hypothèques légales comme les autres droits de préférence. Aussi restreint-elle, en cas de faillite du mari, l'hypothèque légale de la femme à certaines créances et à certains immeubles. V. article 563, C. com.

1109. *Privilèges*. — L'article 446 ne mentionne pas non plus les privilèges autres que celui du créancier gagiste ; en conséquence, ils sont à l'abri de la nullité, à moins qu'elle n'atteigne l'acte qui leur donne naissance. Les privilèges, à l'exception de celui du gagiste, naissent, en effet, sans la volonté de l'homme et en même temps que la dette qu'ils garantissent. Ainsi, le bail conclu durant la période suspecte n'en confère pas moins un privilège au bailleur, à moins que le bail ne soit annulé en vertu de l'article 447. Du reste, par défaveur pour tout ce qui rompt l'égalité entre les créanciers, le Code (art. 550) supprime le privilège du vendeur de meubles en cas de faillite de l'acheteur (nos 1209 et suiv.) et restreint, quant aux créances garanties, le privilège du bailleur d'immeubles (nos 1220 et suiv.).

1110. B. Nullités facultatives. — A côté des nullités de droit frappant les actes énumérés par l'article 446, l'article 447 admet des nullités facultatives pour le juge. En principe, les nullités facultatives s'appliquent à tous les actes faits depuis la date de la cessation des paiements. à l'exception des actes nuls de droits énumérés limitativement dans l'article 446 et des inscriptions de privilèges et d'hypothèques, pour lesquelles il y a une nullité régie par des règles spéciales (art. 448, 2e al.).

L'article 447, qui ne fait pas une énumération limitative comme celle de l'article 446, mentionne les *paiements de dettes échues*, c'est-à-dire les paiements de ces dettes faits en espèces ou en effets de commerce ; les autres paiements sont nuls de droit (nos 1096 et suiv.). En autorisant le juge à annuler les paiements de dettes échues l'article 447 déroge aux règles du Droit civil. D'après ces règles, par cela même qu'un créancier peut exiger son paiement ou pratiquer des voies d'exécution s'il n'est pas payé, les paiements de dettes échues ne peuvent jamais être annulés par suite de l'exercice de l'action paulienne. Mais, en cas de faillite, le législateur tient à l'égalité entre les créanciers et ne veut pas que quelques-uns, plus diligents ou habitant dans un lieu plus voisin de la résidence du débiteur, soient désintéressés au préjudice des autres. Si le débiteur est poursuivi, il n'a, pour échapper aux poursuites, qu'à déposer son bilan. Toutefois, le Code de commerce (art. 449) n'admet pas la nullité du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. V. nos 1114 et suiv.

A côté des paiements de dettes échues en espèces ou en effets de

commerce, l'article 447 vise, dans une formule générale, *tous autres actes à titre onéreux;* l'article 447 ne peut concerner que les actes à titre onéreux, puisque l'article 446 atteint toutes les donations (n° 1094). On peut citer comme exemples d'actes frappés d'une nullité facultative : des ventes à vil prix faites par le failli, des achats pour des prix exagérés, des remises faites en compte courant (ce sont, sinon des paiements (n° 1097), du moins des opérations à titre onéreux) (1), des constitutions d'hypothèques, de gage, d'antichrèse, faites pour sûreté de dettes contractées, soit en même temps, soit postérieurement, quand la dette même est frappée d'une nullité facultative.

1111. *Conditions des nullités facultatives de l'article 447.* — Les actes tombant sous le coup de l'article 447 sont des actes normaux de la vie du commerçant : ils ne provoquent pas le soupçon comme ceux que frappe l'article 446. En admettant qu'ils soient annulés de droit, on risquerait de porter une grave atteinte au crédit des commerçants; du reste, si ces actes nuisent moins aux créanciers; celui qui les fait ne donne pas sans recevoir un équivalent en retour. Aussi la loi se montre-t-elle moins sévère pour ces actes que pour les actes auxquels s'applique l'article 446. Trois conditions sont exigées pour que la nullité de l'article 447 soit prononcée. Il faut :

1° *Que celui qui a traité avec le failli ait eu, au moment de l'opération, connaissance de l'état de cessations de paiements.* — Dès que les tiers connaissent cet état, ils doivent éviter de contracter ou de recevoir un paiement, afin de ne pas rendre pire la situation du débiteur. Cette connaissance de l'état de cessation des paiements constitue la fraude en matière de faillite (2).

2° *Que l'acte ait été fait depuis la date de la cessation des paiements.* — La période suspecte ne comprend pas, comme pour les nullités de droit, les dix jours antérieurs à cette date. La raison en est simple : il faut que le tiers qui a traité avec le failli ait connu l'état de cessation de paiements ; cet état ne peut être connu avant d'avoir commencé à exister.

3° *Que le juge estime bon de prononcer la nullité.* — Bien que les deux conditions précédentes seient réunies, le juge peut ne pas pro-

(1) L'article 447, C. Com., peut s'appliquer même à un partage dans lequel le failli a été partie : Cass., 28 mai 1895, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 385; *Pand. fr.*, 1896, 1. 61.

(2) En vertu du principe de la représentation en matière de mandat, l'acte fait par le débiteur avec un mandataire, qui a connaissance de l'état de cessation de paiements de ce débiteur, tombe sous le coup de l'article 447, C. com., comme si le mandant avait eu connaissance : Cass., 15 juin, 1898, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 209 (note de M. Tissier) ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 513.

noncer la nullité. Il y a des raisons diverses qui le déterminent parfois à l'écarter : ainsi, il se peut qu'il n'y ait pas eu de préjudice réel pour la masse des créanciers ou qu'il y ait eu seulement un préjudice restreint, ou qu'il soit reconnu que le tiers n'a pas été de mauvaise foi, parce qu'il a pu légitimement croire que l'état de cessation de paiements était passager et n'aboutirait pas à une déclaration de faillite(1).

Il est certain, bien que l'article 447 ne reproduise pas les mots de l'article 446, *à l'égard de la masse*, que les nullités de l'article 447 ne sont aussi prononcées qu'à l'égard de la masse, qu'elle seule, représentée par les syndics, peut s'en prévaloir à l'exclusion, soit du failli, soit de chaque créancier pris individuellement.

1111 *bis*. Le syndic, représentant la masse des créanciers qui veut faire prononcer la nullité, peut se trouver en présence, non pas d'un tiers ayant contracté directement avec le failli, mais d'une personne ayant contracté avec celui-ci. C'est ce qui a lieu quand le bien aliéné par le failli a été transmis par l'acquéreur à un sous-acquéreur. A quelles conditions celui-ci peut-il être atteint par la nullité ?

Il va de soi que cette question ne se pose que lorsque la première aliénation est frappée de nullité en vertu, soit de l'article 446, soit de l'article 447, car si le bien aliéné est sorti valablement du patrimoine du failli avant ou pendant la période suspecte, un acte postérieur de l'acquéreur ne peut l'y faire rentrer.

En cas de nullité de la première aliénation, il paraît juste de ne pas traiter le sous-acquéreur plus rigoureusement que s'il avait contracté directement avec le failli. Aussi la nullité est encourue à son égard seulement quand c'est soit un donataire soit un acquéreur à titre onéreux qui a eu connaissance de la cessation des paiements. Il résulte de là que les deux aliénations successives doivent, pour qu'il y ait nullité, avoir eu lieu pendant la période suspecte.

1112. *Difficulté spéciale relative aux constitutions de dot, donations faites en faveur du mariage.* — En général, il est facile de déterminer si un acte constitue une donation et tombe comme telle sous l'application de l'article 446 ou constitue, au contraire, un acte à titre onéreux et est atteint en cette qualité par l'article 447. Cependant, il est un acte sur le caractère juridique duquel on discute depuis longtemps (2), c'est la *constitution de dot* ou plus généralement la donation faite en faveur du mariage. La question de savoir si la constitution de dot doit être traitée comme une donation ou comme un acte à titre onéreux, se présente au point de vue de l'action paulienne dont nous

(1) Cass., 18 janvier 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 231.
(2) V., pour le Droit romain, D. 25, § 7, Dig., XLII, 8.

n'avons pas à nous occuper ici (1) ; elle se pose aussi à propos des articles 446 et 447, lorsqu'on se demande si cet acte est nul de droit ou est frappé d'une nullité facultative en cas de faillite de celui qui a constitué la dot.

Selon nous, la constitution de dot doit être traitée comme une donation et frappée comme telle d'une nullité de droit, en vertu de l'article 446, quand elle a été faite durant la période suspecte. Le législateur a voulu protéger énergiquement la masse des créanciers contre les actes par lesquels le failli s'est dépouillé sans rien recevoir en retour. N'est-ce pas là ce qui arrive en cas de constitution de dot ? Du reste, les donations entre-vifs ordinaires, c'est-à-dire non faites en faveur du mariage du donataire, sont fort rares, surtout de la part des commerçants ; il serait singulier que le législateur, en parlant des donations, n'eût pas eu en vue les seules libéralités fréquentes, celles qui sont faites à titre de constitution de dot. On a parfois argumenté contre cette solution des articles 1440 et 1547, C. civ., qui mettent à la charge du constituant l'obligation de garantie, obligation spéciale aux actes à titre onéreux (2). Cet argument est sans valeur : de ce que le donateur dont il s'agit est tenu d'une obligation qui ne pèse pas, sauf en vertu d'une stipulation expresse, sur un donateur ordinaire, il ne s'ensuit pas qu'il ne se dépouille pas gratuitement (3).

La question ne se pose pas seulement à l'égard de la femme dotée, elle s'élève aussi pour son mari qui, sauf sous le régime de la séparation de biens, acquiert des droits sur les biens constitués en dot à sa femme, qu'ils fassent partie de l'actif de la communauté ou qu'ils soient grevés du droit de jouissance du mari (régime dotal ou régime sans communauté). La constitution de dot est-elle aussi nulle de droit à l'égard de ce dernier ? Ainsi, un père a donné un immeuble en dot à sa fille et le mari en a la jouissance, parce que cet immeuble est propre ou dotal. L'acte étant nul de droit en vertu de l'article 446, la jouissance du mari disparaît-elle avec la propriété de la femme ? D'après l'opinion la plus commune, on admet que la constitution de dot est un acte à titre gratuit à l'égard de la femme dotée et un acte à titre onéreux à l'égard du mari qui, en retour de la dot, doit supporter les charges du ménage sur les revenus de celle-ci. Les partisans de ce sys-

(1) V. Demolombe, XXV, nos 207 et suiv.; Laurent, XVI, nos 455 et suiv.; Planiol, *op. cit.*, III, nos 883 à 886.

(2) Consult. Cass., 14 mars 1848, S. 1848. 1. 376 ; *J. Pal.*, 1848. 1. 557 ; D. 1848. 1. 66 ; Nancy, 26 août 1874, S. 1876. 2. 180 ; *J. Pal.*, 1876. 801.

(3) Du reste, on n'a jamais soutenu que la donation ordinaire se transforme en acte à titre onéreux par cela seul que le donateur y contracte expressément une obligation de garantie envers le donataire.

tème en concluent que la connaissance de la cessation des paiements est la condition essentielle de la réussite de l'action en nullité contre le mari, mais non contre la femme (art. 446 et 447, C. com.), de telle sorte qu'elle peut ne pas réussir contre le mari de la femme dotée, alors qu'elle réussit contre celle-ci (1).

La Cour de cassation considère actuellement que la constitution de dot est un acte à titre onéreux à l'égard des deux conjoints. Mais elle refuse de leur appliquer distributivement l'article 447, C. com. Elle admet qu'à raison du but commun de la constitution de dot, qui est de subvenir aux besoins du ménage futur, elle ne peut être annulée que s'il y avait, de la part des deux parties intéressées, connaissance de la cessation des paiements. Ainsi, l'ignorance de la cessation des paiements de la part de l'un seul des futurs époux met obstacle à la réussite de l'action en nullité même contre l'époux qui la connaissait (2) (3).

Selon nous, la constitution de dot est une donation à l'égard des deux conjoints, et, par suite, la nullité de droit frappe la constitution de dot même à l'égard du conjoint de celui au profit duquel elle a été faite. L'obligation pour le mari de supporter les charges du ménage a sa cause dans le mariage même, non dans les libéralités faites à la femme. Du reste, le motif de l'article 446, tiré de l'intérêt de la masse gravement lésée quand le failli s'est dépouillé sans recevoir un équivalent, s'applique ici malgré les charges qui peuvent incomber au mari et rendre la nullité plus rigoureuse à son égard ; ces charges n'augmentent pas le patrimoine de celui qui a constitué la dot.

1112 *bis*. La question, qui vient d'être examinée pour la constitution de dot faite au profit de la femme, se pose dans les mêmes termes pour la constitution de dot faite au futur mari en faveur de son mariage (4). Elle se pose aussi pour cette constitution de dot à l'égard des deux époux ; car souvent la femme a des droits sur les biens donnés au mari en faveur du mariage ; c'est ce qui a lieu notamment lorsqu'il s'agit d'une constitution de dot comprenant des immeubles qui, comme tels, sont grevés de l'hypothèque légale de la femme (art. 2121, C. civ.;

(1) Consult. Cass., 14 mars 1848, S. 1848. 1. 376 ; *J. Pal.*, 1848. 1. 157 ; D. 1848. 1. 66 ; Nancy, 26 août 1874, S. 1876. 2. 188 ; *J. Pal.*, 1876. 801.

(2) Cass., 18 décembre 1895, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 172 ; D. 1898. 1. 193 (note critique de M. Sarrut) ; *Pand. fr.*, 1896. 1. 147. La Cour d'Orléans a, comme Cour de renvoi, admis que la bonne foi de la femme n'empêche pas la nullité de la constitution de dot à l'égard du mari, qui a connu la cessation de paiements : Orléans, 8 juin 1898, S. et *J. Pal.*, 1898, 2. 309.

(3) Consulter notre *Traité de Droit commercial*, VII, nos 325 à 328 *bis*.

(4) Cette donation est, dans un sens large, une constitution de dot.

art. 563, C. com.) ou de biens quelconques qui doivent faire partie de l'actif de la communauté. Suivant nous, la constitution de dot faite au profit du mari est une donation au sens de l'article 446, C. com., comme la constitution de dot faite à la femme ; la première est donc, comme la seconde, nulle de droit à l'égard des deux époux. La jurisprudence reconnaît, au contraire, qu'elle a le caractère d'un acte à titre onéreux pour l'un et pour l'autre, et, par suite de l'indivisibilité qu'elle admet, elle exige, pour qu'il y ait nullité, que la connaissance de la cessation des paiements existe chez les deux époux (1). V. nº 1112.

1113. *Comparaison de l'article 447 avec l'article 1167, C. civ.* — La disposition de l'article 447, par cela même qu'elle est moins sévère que celle de l'article 446, offre plus d'analogie avec l'action paulienne de l'article 1167, C. civ. Il y a, pourtant, quelques différences entre les nullités facultatives et l'action paulienne. *a*) Pour l'application de l'article 1167, il faut que le débiteur ait connu son état d'insolvabilité. La connaissance par le débiteur de sa situation (*consilium fraudis*) n'est pas plus exigée pour l'application de l'article 447 que pour celle de l'article 446. *b*) La fraude des tiers ne consiste pas, comme pour l'action paulienne, dans la connaissance du préjudice que le débiteur cause à ses créanciers, mais dans la connaissance de l'état de cessation de paiements. *c*) Les paiements de dettes échues sont à l'abri de l'action paulienne (2), ils peuvent être annulés en vertu de l'article 447. *d*) Il est douteux que les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux puissent exercer l'action paulienne ou profiter de son exercice quand elle est intentée. Au contraire, il est certain que tous les créanciers, à quelque date que remontent leurs créances, profitent de l'annulation prononcée en vertu des articles 446 et 447.

1114. *Règle spéciale au paiement des lettres de change et des billets à ordre.* — La règle contenue dans l'article 447 conduirait à annuler le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, fait après l'échéance par un tiré ou un souscripteur en état de cessation de paiements à un porteur connaissant cet état, et à faire rapporter à la faillite par celui-ci la somme payée. Cela serait injuste et aurait des conséquences rigoureuses pour le porteur. Il est tenu en vertu de la loi même de demander et de recevoir le paiement à l'échéance (art. 161). En outre, le porteur étant payé ne fait pas, par cela même, dresser le protêt ; s'il

(1) La jurisprudence traitant de la même façon la constitution de dot proprement dite et la donation faite au futur mari en faveur du mariage, on peut citer indifféremment sur la question les arrêts relatifs à l'un ou à l'autre de ces actes.

(2) A propos de l'action paulienne, la loi 6, § 6 (Dig., XLII, 8) dit : *Qui suum recipit nullam fraudem facit*.

devait rapporter ce qu'il a reçu, il serait déchu du droit de recourir contre les endosseurs et contre le tireur ayant fait provision. La loi pourrait sans doute le restituer contre cette déchéance. Mais les endosseurs, qui ont dû se croire définitivement libérés de leur obligation de garantie par suite du paiement fait au porteur, seraient surpris par le recours exercé contre eux et, du reste, le recours du porteur pourrait être inefficace par suite de l'insolvabilité de ces personnes survenue depuis l'échéance. D'ailleurs, pour faciliter la circulation des effets de commerce, qui doivent passer de mains en mains comme de la monnaie, il importe d'assurer l'irrévocabilité du paiement. Ces considérations ont fait insérer dans le Code, en 1838, la disposition de l'article 449, ainsi conçue : *Dans le cas où des lettres de change auraient été payées après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour le compte duquel la lettre de change aura été fournie. S'il s'agit d'un billet à ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur. Dans l'un et l'autre cas, la preuve que celui à qui on demande le rapport avait connaissance de la cessation de paiements à l'époque de l'émission du titre, devra être fournie.*

1115. En refusant l'action en rapport contre le porteur, l'article 449 déroge seulement à l'article 447 ; mais il n'apporte aucune exception aux nullités de droit ni aux effets du dessaisissement. Il résulte de là : *a*) Que le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, fait par le tiré ou le souscripteur, est nul à l'égard de la masse, s'il est opéré après la déclaration de faillite (l'article 449 parle du paiement fait *avant* le jugement déclaratif). *b*) Que le paiement fait au porteur avant l'échéance est nul de droit. *c*) Que l'article 446 atteint aussi le paiement fait, même à l'échéance, autrement qu'en espèces. Ces deux dernières sortes de paiements sont insolites, et le porteur n'est tenu ni de les demander ni de les recevoir.

1116. Si l'action en rapport est refusée par l'article 449 contre le porteur qui a reçu le paiement même connaissant l'état de cessation de paiements, ce n'est pas à dire que cette action ne puisse pas être exercée ; elle peut l'être contre certaines personnes, sous les conditions fixées par l'article 449. Il faut, pour déterminer ces personnes et ces conditions, distinguer entre la lettre de change et le billet à ordre.

En matière de lettre de change, l'action en rapport est, d'après les termes de l'article 449, donnée contre la personne *pour le compte de laquelle la lettre de change a été fournie*, c'est-à-dire tirée. Cette circonlocution est employée pour comprendre dans une formule unique le cas où la lettre de change a été émise par le tireur pour son compte et

celui où elle l'a été par le tireur pour le compte d'un donneur d'ordre ; dans le premier cas, l'action en rapport est accordée contre le tireur ; dans le second, elle l'est contre le donneur d'ordre. Quand il s'agit d'un billet à ordre, d'après l'article 449, le rapport de la somme payée peut être demandé au premier endosseur, c'est-à-dire au bénéficiaire même du billet au profit de qui il a été créé.

Ce qui justifie l'action en rapport donnée contre ces personnes, c'est que, bien qu'elles n'aient pas reçu le paiement, ce sont, en réalité, elles qui ont été payées par les mains du porteur. C'était le tireur (ou le donneur d'ordre), ou le bénéficiaire du billet qui était le véritable créancier du tiré ou du souscripteur : les endosseurs successifs et le porteur n'ont été que des intermédiaires.

La nullité spéciale admise par l'article 449 est facultative, comme celle de l'article 447. En outre, elle suppose nécessairement que celui auquel le rapport est demandé avait connaissance de la cessation des paiements *lors de l'émission du titre* et que, par suite, l'émission est postérieure à la date de la cessation de paiements. On entend par émission du titre le fait même de la création de la lettre de change ou du billet à ordre. On comprend, en général, que ce soit à ce moment que la loi exige la connaissance de la cessation de paiements : à partir de la souscription de la traite ou du billet, le tireur ou le souscripteur n'a plus aucun rôle actif, l'effet circule sans son intervention. Mais le système de l'article 449 sur ce point ne se justifie pas bien en ce qui concerne les lettres de change tirées pour le compte d'autrui ; en effet, le donneur d'ordre est soumis à l'action en rapport quand il a connu la cessation de paiements du tiré lors de l'émission, et, cependant, il n'a joué un rôle actif qu'au moment où il a donné l'ordre de tirer la traite.

Il résulte, en fait, de l'article 449 que le rapport de la somme payée est rarement dû en matière de lettres de change et de billets à ordre ; il est rare, en effet, que toutes les circonstances exigées par l'article 449 se trouvent réunies.

1117. La disposition de l'article 449, dérogatoire à l'article 447, s'applique certainement au cas où le paiement est fait avant tout protêt par le tiré ou par le souscripteur du billet à un tiers porteur. Il est, au contraire, certain que l'article 449 est étranger au cas très rare où, le titre n'ayant pas circulé, le paiement a été fait au bénéficiaire du billet ou au tireur de la traite. Les motifs de l'article 449 font alors défaut : le rapport de la somme payée, fait par celui qui l'a reçue ne compromet aucun recours et ne nuit pas à la circulation des effets de commerce. Il y a lieu d'appliquer dans ce cas la règle générale de l'article 447 sur le paiement en espèce des dettes échues.

Dans des cas assez fréquents, on se demande si c'est l'article 447 ou

l'article 449 qui doit être appliqué : c'est ce qui a lieu notamment quand le tiré ou le souscripteur du billet a payé le porteur *après* le protêt, — quand, après avoir fait dresser le protêt, le porteur s'est fait payer, soit par un endosseur, soit par le tireur en état de cessation de paiements, — quand un endosseur, après avoir remboursé le porteur, s'est fait payer par un endosseur précédent, par le tireur ou par le bénéficiaire du billet.

Des auteurs et la jurisprudence (1) appliquent dans ces divers cas l'article 447, en restreignant l'article 449 au cas dans lequel le paiement a été fait avant tout protêt. En ce sens, on dit principalement que, dès qu'il y a protêt, la personne qui a reçu le paiement n'a pas à souffrir du rapport, puisqu'elle a un recours contre les autres signataires du titre, que, dès lors, il n'y a pas de raison pour déroger à l'article 447. On ajoute qu'autrement, l'article 449 ne serait jamais applicable en cas de paiement fait par un endosseur en état de cessation de paiements ; car il est impossible que, lors de l'émission du titre, les endosseurs futurs soient connus et que le tireur ou le bénéficiaire du billet ait connaissance, par suite, de leur situation.

Malgré la force de ces arguments, nous croyons que, sans faire aucune distinction, le paiement d'une traite ou d'un billet à ordre fait depuis la cessation de paiements du *solvens*, ne peut être annulé en vertu de l'article 447 et que l'article 449 est toujours applicable (2). Les termes de l'article 449 sont aussi généraux que possible : ils n'indiquent nullement qu'ils supposent l'absence de protêt et qu'ils visent exclusivement un paiement fait par le tiré ou par le souscripteur. On ne saurait dire qu'alors, les motifs de la disposition de faveur de l'article 449 font défaut : le désir de ne pas obliger celui qui a reçu le paiement à rendre une somme qu'il ne pourrait pas recouvrer par voie de recours à raison de l'absence du protêt, a été certainement l'un des motifs principaux de l'article 449, mais ce n'est pas le seul. On a dit, en 1838, qu'on voulait favoriser la circulation des lettres de change et des billets à ordre en rendant le paiement inattaquable ; ce motif existe même quand il y a eu protêt et par quelque personne que le paiement soit fait ou reçu. Il est vrai qu'avec notre système, dans bien des cas, la faillite du signataire qui a payé n'aura pas d'action en rapport ; mais le but de l'article 449 est de protéger la per-

(1) Cass., 15 mai et 27 novembre 1867, D. 1867. 1. 417 ; *J. Pal.*, 1867. 489 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 1er décembre 1879, S. 1880. 1. 158, *J. Pal.*, 1880. 360 ; 21 juillet 1896, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 461 ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 271. V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.), no 1824.

(2) Paris, 10 juillet 1879, *J. Pal.*, 1880. 660 ; D. 1881. 2. 225.

sonne qui reçoit le paiement, non d'accorder à la faillite une action en rapport (1).

1118. L'article 449 ne vise que la lettre de change et le billet à ordre; c'étaient les deux seuls effets de commerce connus en 1838. Mais l'article 449 est aussi applicable aux chèques. On peut dire, en effet, que les chèques, plus encore que les deux autres effets de commerce, doivent pouvoir circuler comme de l'argent monnayé ; pour cela, il faut que le paiement qui en est fait soit inattaquable.

1119. DES JUGEMENTS OU ACTES JUDICIAIRES ET DES ACTES FAITS EN EXÉCUTION DE CES JUGEMENTS ET ACTES. — Par cela même que les jugements sont, en règle générale, purement déclaratifs de droits préexistants, les syndics ne peuvent attaquer, en vertu des articles 446 et 447, les jugements rendus contre le failli pendant la période suspecte. Les syndics peuvent seulement, d'après le droit commun, former tierce-opposition contre ces jugements quand il y a fraude (art. 474 et suiv., C. proc. civ.) ; mais il y a des jugements attributifs qui, à raison de leurs effets, ont une grande analogie avec des actes d'aliénation ou avec des paiements. Il y a lieu de rechercher si les articles 446 et 447 ne s'appliquent pas non plus même à ces jugements.

Cette question se pose principalement à propos des jugements validant une saisie-arrêt faite par un créancier du failli. On sait que les jugements de validité donnent un droit exclusif au saisissant sur la créance saisie et valent, par cela même qu'ils ordonnent au tiers saisi de vider ses mains entre les mains du saisissant, transport de la créance au profit de celui-ci. Il est certain que la déclaration de faillite intervenant après la saisie-arrêt, mais avant le jugement de la validité, la rend sans effet, qu'au contraire, le saisissant a un droit définitif sur la créance quand le jugement de validité a acquis force de chose jugée avant le jugement déclaratif (n° 1068). Mais, si le jugement de validité est rendu pendant la période suspecte, les syndics ne peuvent-ils pas le faire tomber, en invoquant l'article 446 ou l'article 447 ?

On s'accorde généralement à écarter l'article 446 : il contient une énumération limitative des actes qu'il frappe; on ne peut assimiler le saisissant, qui obtient par les voies judiciaires normales le paiement qui lui est dû, à celui qui se fait consentir par un débiteur un paiement par transport. Mais on a soutenu, et des arrêts ont été rendus en ce sens, que, du moins, l'article 447 doit être appliqué (2). En faveur de cette

(1) Les auteurs qui refusent de donner une portée générale à l'article 449, C. com., sont loin d'être d'accord sur les distinctions à faire. V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, n° 405.

(2) Tel a été pendant longtemps le système adopté par la Cour de cassa-

doctrine, on fait observer que l'article 447 a une portée générale et s'applique à tous les actes non compris dans les articles 446 et 448. — On ajoute que l'intervention de la justice ne doit pas être prise en considération pour écarter tout soupçon de fraude ; les juges ont pu être induits en erreur : du reste, en frappant l'hypothèque judiciaire, l'article 446 implique que la loi assimile l'avantage tiré d'un jugement à l'avantage concédé volontairement par le débiteur. — Selon nous, l'article 447 ne doit pas être appliqué aux jugements validant des saisies-arrêts (1). Sans doute, l'énumération de l'article 447 n'est pas limitative, mais il n'en est pas moins vrai que la formule générale de l'article 447 vise seulement *les paiements faits par le débiteur ou les contrats faits par lui* et, par suite, ne comprend pas les jugements. Le danger d'une fraude est bien diminué par l'intervention de la justice ; d'ailleurs, s'il y avait une fraude caractérisée, le syndic aurait la ressource de la tierce-opposition, d'après les principes du droit commun.

1120. C. *Nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques.* — Comme il a été dit plus haut (nos 1082 et suiv.), les inscriptions ne peuvent être prises sur les biens du failli après le jugement déclaratif. Ce n'est pas à dire que les inscriptions prises jusqu'à ce jugement soient nécessairement valables ; l'article 448, 2e et 3e al., permet de les annuler sous certaines conditions. Le législateur a craint qu'un commerçant en état de cessation de paiements ou sur le point d'y être pût conserver jusqu'au jugement déclaratif un crédit apparent, grâce à la connivence de ses créanciers hypothécaires et privilégiés qui retarderaient la prise des inscriptions. Les inscriptions prises avant le jugement déclaratif, depuis la date de la cessation des paiements, peuvent être annulées quand il s'est écoulé depuis la date de la naissance du privilège ou de l'hypothèque un temps assez long pour impliquer une connivence coupable ou une grave négligence de la part du créancier. L'article 448, après avoir admis, en principe, la prise d'inscriptions jusqu'au jugement déclaratif, ajoute (al. 2) : *Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.* L'article 448, 3e al., admet une augmentation du délai de 15 jours à raison de la distance qui existe entre

tion, 26 novembre 1855, D. 1856. 1. 26. V. aussi Thaller, *op. cit.* (3e édit.), no 1816.

(1) Cass., 21 décembre 1881, S. 1882. 1. 202 (note de M. Labbé) ; D. 1882. 1. 196.

le lieu où le droit d'hypothèque ou le privilège a été acquis et le lieu où l'inscription a été prise.

Les nullités des inscriptions diffèrent à la fois de celles de l'article 446 et de celles de l'article 447. A la différence des actes énumérés dans l'article 446, les inscriptions ne sont pas nulles de droit ; l'article 448 laisse au juge une faculté d'appréciation comme pour les actes atteints par l'article 447. Mais, d'un autre côté, à la différence de ce qui a lieu pour les actes tombant sous le coup de l'article 447, les inscriptions peuvent être annulées en vertu de l'article 448, 2e al., sans que le créancier qui les a prises ait connu la cessation des paiements et, par suite, quand elles ont été opérées depuis la date de la cessation de paiements ou même dans les dix jours précédents. — Ces nullités, comme celles des articles 446 et 447, ne peuvent être invoquées que par la masse, non par le failli ou par certains créanciers isolés. — La nullité d'une inscription a le même effet que celle de l'hypothèque même ou du privilège, par cela même que ces droits ne sont pas opposables aux tiers quand ils ne sont pas inscrits.

1120 *bis*. L'inscription du privilège du vendeur et celle du privilège du créancier gagiste doivent, en matière de fonds de commerce, indépendamment de toute faillite du débiteur, être prises dans la quinzaine de la date de l'acte de vente ou de l'acte de constitution de gage (L. 17 mars 1909, art. 2 et 10). Cette nullité existe, par suite, quand même l'inscription tardive a été faite avant le commencement de la période suspecte. Ce n'est pas alors l'article 448, 2e alin., C. com., qui est applicable et la nullité n'est pas facultative ; elle doit être prononcée par les juges par cela seul qu'elle est demandée.

1121. Les inscriptions, dont l'article 448, 2e al., permet de prononcer la nullité, sont celles-là mêmes qui ne peuvent plus être prises après le jugement déclaratif en vertu de l'article 448, 1er al. En conséquence, peuvent être déclarées nulles en vertu de l'article 448, 2e al., les inscriptions d'hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales, autres que celles des incapables régies par l'article 2135, C. civ., les inscriptions de tous privilèges autres que les privilèges généraux, la transcription d'une vente d'immeuble faite au failli en tant qu'elle a pour but de conserver le privilège du vendeur. Au contraire, l'article 448, 2e al., ne s'applique pas aux inscriptions prises en renouvellement (art. 2154, C. civ.), aux inscriptions spéciales prises pour garantir les intérêts d'une créance (art. 2151, C. civ. ; L. 10 juillet 1885, art. 13), aux inscriptions des hypothèques légales des incapables. En ce qui concerne ces dernières hypothèques, une difficulté s'élève.

L'article 448, 2e et 3e al., ne leur est certainement pas applicable tant que dure le mariage ou la tutelle, par cela même qu'elles sont

alors opposables aux tiers sans avoir été inscrites (art. 2135, C. civ.) ; mais ces hypothèques sont soumises à l'inscription, quand une année s'est écoulée depuis la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle (L. 23 mars 1855, art. 8). L'article 448, 2e et 3e al., ne devient-il pas dès lors applicable à ces inscriptions, en cas de faillite du mari ou du tuteur ? On a soutenu l'affirmative, en se prévalant de ce qu'après un an écoulé après la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, les hypothèques légales des incapables sont assimilées, au point de vue de l'inscription, à toutes les autres hypothèques (1). Quoique cette idée soit exacte en général, nous croyons plus sûr de ne pas appliquer l'article 448, 2e et 3e al., aux inscriptions des hypothèques légales des incapables (2). Pour que le juge puisse annuler une inscription en vertu de cet article, il faut qu'elle ait été prise plus de 15 jours depuis la date de *l'acte constitutif* ; or, pour les hypothèques légales, il n'y a pas d'acte constitutif en dehors du texte de la loi qui les établit, et l'on ne peut déterminer, par suite, le point de départ du délai de quinzaine.

L'article 448, 2e et 3e al , ne frappe pas les formalités de publicité analogues à l'inscription, quand même elles ont été remplies pendant la période suspecte, telles que la transcription d'une vente ou d'une donation d'immeuble faite par le failli (3), la signification ou l'acceptation dans un acte authentique d'une cession ou d'une constitution de gage consentie par lui.

L'inscription du privilège du vendeur de fonds de commerce et celle du privilège du créancier auquel un fonds de commerce a été constitué en gage sont frappées de nullité quand elles sont prises plus de quinze jours après l'acte de vente ou le contrat de gage. Cette nullité a lieu alors même qu'il n'y a pas faillite du débiteur ou que les inscriptions sont prises en dehors de la période suspecte. En outre, cette nullité n'est pas facultative pour le juge comme celle de l'article 440, al. 2 : le juge doit annuler l'inscription par cela seul qu'il constate qu'elle est tardive. L. 17 mars 1909, art. 2 et 11.

1122. À PARTIR DE QUEL MOMENT ET JUSQU'À QUEL MOMENT PEUVENT ÊTRE INVOQUÉES LES NULLITÉS DES ARTICLES 446 A 449. — D'après l'opinion admise plus haut (nº 1058), ces nullités supposent une déclaration de faillite ; elles ne peuvent donc être invoquées qu'à partir du jugement déclaratif.

Elles ne peuvent plus l'être quand la faillite est définitivement close,

(1) Alger, 23 juin 1879, S. 1879. 2. 201 ; *J. Pal.*, 1879. 839 ; D. 1880. 2. 33.
(2) Caen, 18 juin 1879, S. 1880. 2. 201 ; *J. Pal.*, 1880. 803.
(3) Paris, 8 juin 1899, D. 1901. 2. 203 ; *Pand. fr.*, 1901. 2. 158.

en cas d'union ou de concordat par abandon, c'est-à-dire quand la dernière assemblée des créanciers a donné décharge aux syndics (art. 537) ; alors, la masse des créanciers, dans l'intérêt de laquelle les nullités sont admises, cesse d'exister. Mais les nullités des articles 446 à 449, C. com., peuvent-elles encore être invoquées après l'obtention d'un concordat simple par le failli ? La question est discutée. V. n° 1163.

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS LA FAILLITE (1).

1123. A la suite du jugement déclaratif de faillite s'ouvre une procédure comprenant des actes et des opérations variés ayant pour buts principaux de fixer la consistance et le montant de l'actif, de déterminer celui du passif, d'administrer les biens du failli, de décider quelle solution il y a lieu de donner à la faillite. Dans ces actes et opérations, de nombreuses personnes et autorités ont à intervenir. Ce sont principalement les *syndics*, le *juge-commissaire*, les *contrôleurs*, les *créanciers du failli*, le *failli*, le *tribunal de commerce*.

A. — *Des syndics.*

1124. Le syndic est un administrateur salarié de la faillite (2). Le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens par le jugement déclaratif, il faut qu'une personne soit chargée de les administrer à sa place. Du reste, le syndic n'est pas seulement le représentant du failli, il représente aussi les créanciers, quand ils ont un intérêt commun à faire valoir (n° 1134).

Les syndics n'ont pas les mêmes pouvoirs pendant toute la durée de la faillite ; aussi reçoivent-ils des qualifications différentes selon la période de la procédure de la faillite dans laquelle on se trouve. Le Code-modifié en 1838 distingue trois sortes de syndics : les *syndics*

(1) C. com., art. 451 à 454, 462 à 478 ; loi de 1889, art. 9, 10, 20, al. 2.

(2) Dans la liquidation judiciaire, les *liquidateurs* correspondent aux syndics de la faillite, mais ont des attributions très différentes, comme on le verra plus loin (n°s 1290 à 1297). Ils assistent et surveillent le débiteur, ils n'administrent pas. Cf. art. 4 et suiv., loi de 1889. La situation change quand la liquidation n'aboutit pas à un concordat simple, mais à un concordat par abandon ou à l'union V. n°s 1304 et 1317.

provisoires, les *syndics définitifs*, les *syndics de l'union* ou *au concordat par abandon*. Dans toute faillite, il y a successivement des syndics des deux premières sortes (1); au contraire, il n'y a des syndics de la troisième espèce que lorsque la faillite se termine par l'union ou par un concordat par abandon, non quand il y a concordat simple. Ainsi, les syndics définitifs n'ont un caractère correspondant à leur qualification que lorsqu'il n'y a ni union ni concordat par abandon.

Les *syndics provisoires* sont ceux que nomme le jugement déclaratif (art. 462, al. 1). Ils sont nommés sans que les créanciers soient même consultés. A ce moment on ne connaît pas encore exactement ceux-ci, et il importe, dans l'intérêt des créanciers et du failli, qu'il soit pourvu sans retard à l'administration des biens. — Les syndics provisoires ont pour mission générale de faire les actes les plus urgents, spécialement des actes conservatoires qui seront utiles, quelque solution que la faillite reçoive (art. 468, 469 et 476, C. com.).

Comme les créanciers ont un intérêt considérable au bon choix des syndics, les syndics nommés par le tribunal ne peuvent conserver leurs fonctions sans que les créanciers aient été appelés à donner leur avis sur leur maintien. Aussi les créanciers présumés, qui ont été désignés dans le bilan (art. 439 et 476) sont convoqués dans un délai de quinze jours au plus : le tribunal, sur leur avis, maintient, à son gré, en fonctions ou remplace les syndics provisoires ; les syndics prennent alors le nom de syndics définitifs (art. 462, 4e al.). La mission principale des syndics définitifs est de faire tous les actes nécessaires pour mettre les créanciers à même de statuer en connaissance de cause sur la solution que doit recevoir la faillite, de procéder spécialement à la vérification des créances.

Quand un failli obtient un concordat simple, le dessaisissement prend fin, le failli est remis à la tête de ses affaires, et, dès lors, il n'y a plus de syndics ; ceux qui étaient en fonctions rendent compte de leur gestion au failli concordataire qui reprend l'administration de ses biens (art. 519, C. com.). Mais, en cas d'union ou de concordat par abandon d'actif, le dessaisissement ne cesse pas et les créanciers doivent être consultés sur le maintien ou le remplacement des syndics définitifs ; le tribunal statue sur cet avis (art. 529). Les syndics de l'union ou du concordat par abandon ont pour mission de vendre les biens du failli et de procéder à la répartition entre les créanciers des sommes provenant de la faillite (art. 532 et 541).

(1) Il y a aussi des liquidateurs provisoires et des liquidateurs définitifs nommés dans les mêmes conditions que les syndics (art. 4, al. 1, et art. 9, al. 3, loi de 1889).

Les syndics de l'union restent en fonctions, en principe, jusqu'à la clôture de la faillite. Cependant, lorsque l'union ou les opérations de liquidation relatives aux biens abandonnés en cas de concordat par abandon durent plus d'un an, chaque année les créanciers, réunis en assemblée pour recevoir le compte de la gestion des syndics, ont à émettre un avis sur le maintien ou le remplacement des syndics en exercice pour l'année suivante (art. 636, C. com.).

Il résulte de toutes les dispositions du Code que les créanciers n'ont jamais qu'un avis à émettre sur le choix des syndics, avis qui ne lie même pas le tribunal. Au contraire, sous l'empire du Code de 1807, les créanciers avaient, selon les cas, le droit de présenter au tribunal une liste de candidats entre lesquels il devait choisir, ou même le droit de nomination directe. Généralement, les créanciers exerçaient ces droits avec négligence et se laissaient facilement tromper par le failli qui leur faisait choisir comme syndics des personnes qu'il désignait lui-même.

Révocation et remplacement des syndics. — Les syndics peuvent ne pas bien remplir leurs fonctions, ce qui nuit aux créanciers et au failli. Le tribunal a le droit de les révoquer à tout moment et d'en nommer de nouveaux après avis des créanciers. La révocation des syndics est proposée au tribunal par le juge-commissaire, soit sur les réclamations à lui adressées par les créanciers ou par le failli, soit d'office (art. 464, 467, 583-1°, C. com.). Le tribunal remplace aussi, après avis des créanciers, les syndics décédés ou empêchés (art. 464).

Choix des syndics. — Les syndics peuvent être choisis, soit parmi les créanciers, soit en dehors d'eux ; c'est le dernier cas qui est de beaucoup le plus fréquent. A Paris et dans les grandes villes, il y a des agents d'affaires qui font profession de se charger des fonctions de syndics ; le tribunal de commerce dresse une liste des agents d'affaires parmi lesquels il choisit les syndics (1). Dans certaines villes, ce sont les mêmes personnes qui sont à la fois agréés et syndics. Les syndics ne sont ni des fonctionnaires publics, ni des officiers ministériels. Ils sont nommés par le tribunal de commerce. Dans quelques ressorts, spécialement à Paris, ils forment une corporation ayant une chambre de discipline et un fonds commun.

Le choix des syndics est entièrement libre pour les tribunaux. L'article 463, C. com., admet une seule restriction : aucun parent ou allié du failli jusqu'au 4e degré ne peut être nommé syndic.

(1) C'est parmi eux que le tribunal choisit aussi les liquidateurs judiciaires.

Indemnités des syndics. — Les syndics peuvent recevoir une indemnité qui était arbitrée par le tribunal de commerce sur la requête des syndics et l'avis du juge-commissaire (art. 462, dern. alin.). Cette disposition a été modifiée par la loi de 1889 : après avoir posé une règle pour la liquidation judiciaire, elle l'a étendue à la faillite (cbn. art. 15, al. 3 et 4 et art. 20). Les syndics, en rendant compte de leur gestion à l'assemblée des créanciers, donnent connaissance de l'état de leurs frais et indemnités taxés par le juge-commissaire. Cet état est déposé au greffe. Le débiteur et les créanciers peuvent former opposition à la taxe dans la huitaine. Il est statué par le tribunal en chambre du conseil.

Nombre et responsabilité des syndics. — Selon l'importance de la faillite, le tribunal peut nommer un ou plusieurs syndics, sans que leur nombre puisse jamais dépasser trois (art. 462, dern. alin.).

Les syndics sont, comme tous les mandataires, responsables des fautes commises dans leur gestion, et l'on doit se montrer d'autant plus sévères pour eux qu'ils sont salariés (art. 1992, C. civ.). La loi de 1889 a réglé la durée de leur responsabilité dans un cas spécial : *les liquidateurs sont responsables des titres, livres et papiers qui leur ont été remis, pendant dix ans, à partir du jour de la reddition de leurs comptes* (art. 11, al. 4) ; il est question des liquidateurs judiciaires dans ce texte, mais la disposition a été étendue aux syndics de faillite (art. 20, al. 1, de la loi de 1889).

Quand il y a plusieurs syndics, ils ne peuvent agir que collectivement, à moins que le juge-commissaire n'autorise spécialement l'un ou plusieurs d'entre eux à faire séparément des actes d'administration (article 465). Ils sont responsables solidairement, sauf lorsque cette autorisation leur a été donnée par le juge-commissaire ; alors, la responsabilité ne pèse que sur celui des syndics qui a commis la faute.

B. — *Du juge-commissaire* (1).

1125. Il serait difficile que le tribunal de commerce entier exerçât une surveillance sérieuse sur les syndics et un contrôle sur les opérations de la faillite. Aussi le Code prescrit-il de désigner, dans le jugement déclaratif, un juge-commissaire, qui exerce, au nom du tribunal, une mission de surveillance et un contrôle (art. 451) (2). Le juge-commissaire est, par rapport au syndic, une sorte de subrogé tuteur,

(1) Art, 451 à 454, C. com.
(2) Cf. loi de 1889, art. 4. al. 1.

ayant un caractère officiel ; du reste, il n'a pas qu'une surveillance à exercer.

Le juge-commissaire est choisi parmi les juges-suppléants ou titulaires, sans même que les créanciers aient à donner leur avis. Le tribunal peut, à toute époque, remplacer le juge-commissaire nommé par le jugement déclaratif (art. 544) : ce remplacement devient souvent nécessaire, par cela même que les fonctions des juges de commerce sont temporaires (n° 1353).

Les fonctions du juge-commissaire peuvent être ramenées à cinq chefs :

1° Il est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite (art. 452). Aussi peut-il réclamer au tribunal la révocation des syndics (art. 467).

2° Il fait au tribunal de commerce le rapport de toutes les contestations que la faillite peut faire naître et qui sont de la compétence de ce tribunal (art. 452). Tout jugement rendu sans ce rapport préalable est nul.

3° Il est appelé à donner, sous forme d'ordonnance, son autorisation aux syndics pour certains actes trop graves aux yeux du législateur pour que le syndic ait le pouvoir de les faire seul (art. 465, 469, 470, 474, 486, 487).

4° Il statue sur certaines contestations, spécialement sur les réclamations formées contre les opérations des syndics par les créanciers, par le failli ou par un co-syndic (art. 466).

Dans un but de célérité, le Code a pris deux mesures spéciales :

a) Les ordonnances du juge-commissaire ne sont susceptibles de recours devant le tribunal de commerce que dans les cas prévus par la loi (art. 466, 474, 530, C. com.). — *b*) La décision du tribunal rendue sur ce recours est inattaquable (art. 583-5°).

5° Le juge-commissaire fait convoquer les assemblées des créanciers et en a la présidence (art. 462, 493, 504, 507).

C. — *Tribunal de commerce.*

1126. Le tribunal de commerce rend le jugement déclaratif et fixe la date de la cessation des paiements (1). Ce n'est pas là sa seule attribution ; il en a encore trois :

(1) Un tribunal civil ou de répression ne peut-il pas constater l'état de faillite, pour en tirer seulement certaines conséquences au point de vue d'une affaire spéciale ? V., sur cette question, n° 1058.

a) Il doit intervenir pour nommer et remplacer les syndics, nommer et remplacer le juge-commissaire, autoriser des actes des syndics assez graves pour que l'autorisation du juge-commissaire ne suffise pas (art. 451, 462, 487, 515, 533, 583, etc.).

b) Il est compétent pour statuer sur toutes les contestations *en matière de faillite* (art. 635, C. com., art. 59-7°, C. proc. civ.). Que signifient ces dernières expressions (1) ? Le syndic représente, en principe, le failli dans tous les procès le concernant, soit comme demandeur, soit comme défendeur (n° 1066). Il ne faut pas croire que tout procès dans lequel le syndic est ainsi partie, doit être considéré comme un procès en *matière de faillite* dans le sens légal et est, par suite, de la compétence du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite. On doit comprendre seulement parmi ces procès ceux qui sont nés de la faillite, qu'ils soient, du reste, relatifs à un acte commercial ou à un acte civil (2). Ainsi, le tribunal de commerce est compétent, en vertu de l'article 635, pour connaître d'une action en nullité d'un achat de marchandises fait par le failli, d'une demande en nullité d'une donation, d'une inscription d'hypothèque ou de tout autre acte, si cette action est fondée sur les articles 446 à 449, C. com.; sans la faillite, l'action en nullité n'existerait pas. Au contraire, bien que le syndic soit partie au procès comme représentant le failli, le tribunal de commerce ne peut connaître d'une demande en nullité d'une donation fondée sur l'inobservation des formes prescrites par l'article 931, C. civ., ou d'une inscription d'hypothèque pour omission de quelqu'une des mentions exigées par l'article 2148, C. civ.

c) Enfin, le tribunal de commerce, dans les cas indiqués par la loi, connaît des recours formés contre les ordonnances des juges-commissaires (art. 453, C. com.).

Des règles spéciales régissent les jugements rendus en matière de faillite au point de vue des voies de recours ouvertes contre eux. Il a été parlé plus haut (nos 1048 et suiv.), à ce point de vue, du jugement déclaratif et du jugement fixant la date de la cessation des paiements. Pour les autres jugements, le Code ne pose pas des règles uniformes. Il y a d'abord des jugements contre lesquels la loi n'admet ni l'opposition, ni l'appel, ni le pourvoi en cassation ; l'énumération s'en trouve dans l'article 583. Les autres jugements sont susceptibles de ces trois

(1) Les mêmes expressions se retrouvent dans les articles 452, al. 2, et 582, et il y a, par suite, utilité à en fixer le sens au point de vue de l'application de ces dispositions. — La règle doit être étendue à la liquidation judiciaire, pour laquelle le tribunal de commerce est aussi compétent qu'en matière de faillite.

(2) Cf. Nancy, 20 février 1894, D. 1894. 2. 231 ; *Pand. fr.*, 1894. 2. 229.

voies de recours ; il n'y a même de règle spéciale ni pour l'opposition ni pour le pourvoi en cassation ; en ce qui concerne l'appel, le délai accordé pour l'interjeter est très réduit ; il est de 15 jours à partir de la signification (art. 582, C. com.).

D. — *Des contrôleurs.*

1127. L'institution des contrôleurs, empruntée à des lois étrangères, est une innovation de la loi de 1889, qui l'établit pour la liquidation judiciaire et l'étend à la faillite (art. 20, al. 2). Ce sont des délégués des créanciers, chargés d'exercer, dans l'intérêt de ceux-ci, une surveillance sur les syndics, de donner leur avis dans certains cas, sans que, pourtant, cet avis soit obligatoire (1). Aussi l'absence d'avis ne peut avoir aucune conséquence relativement à la validité de l'acte pour lequel on a omis de le requérir. *Les contrôleurs sont spécialement chargés de vérifier les livres et l'état de situation présenté par le débiteur et de surveiller les opérations des liquidateurs* (ou *syndics*) ; *ils ont toujours le droit de demander compte de l'état de la liquidation judiciaire* (*de la faillite*), *des recettes effectuées et des versements faits.— Les liquidateurs* (ou *syndics*) *sont tenus de prendre leur avis sur les actions à intenter ou à suivre* (2) (art. 10, al. 1 et 2 ; aj. art. 7). — *Les fonctions de contrôleurs sont gratuites* (art. 10, al. 3) ; il faut entendre cette dernière disposition en ce sens que la gratuité est de l'essence de ces fonctions (Cf. art. 10, al. 4). Précisément, à cause de cela, la loi n'est pas sévère à l'égard des contrôleurs : *ils ne peuvent être déclarés responsables qu'en cas de faute lourde et personnelle* (art. 10, al. 3, *in fine*. Cpr. art. 1902, C. civ.). La solidarité est écartée (Cf. l'article 465, C. com., applicable aux syndics). On a pensé que si la loi ne restreignait pas la responsabilité des contrôleurs, il serait impossible de trouver des commerçants acceptant ce mandat. Même avec la disposition qui vient d'être reproduite, il n'est pas sûr que l'on trouve des contrôleurs : aussi a-t-on transformé en une faculté pour les créanciers ce qui avait d'abord été établi comme une obligation. Dès leur première réunion, *les créanciers sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux un ou deux contrôleurs. Ces contrôleurs peuvent être élus à toute période de la liquidation* (ou *faillite*), *s'ils ne l'ont été dans cette première assemblée*

(1) Cela s'applique spécialement à l'avis donné par les contrôleurs sur une action à intenter : Cass., 15 décembre 1902, S. et *J. Pal.*, 1904. 113 (note de Ch. Lyon-Caen).

(2) Voir la note précédente.

(art. 9, al. 3 et 4). — *Ils ne peuvent être révoqués que par le tribunal de commerce, sur l'avis conforme de la majorité des créanciers et la proposition du juge-commissaire* (art. 10, alin. 3).

E. — *Des créanciers.*

1128. Les créanciers, privés, en principe, du droit d'agir individuellement (n° 1068), sont considérés par la loi comme formant une *masse*, personne civile (1), que les syndics représentent et dont ils sont chargés de défendre les intérêts. Tous les créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés, sont représentés par les syndics en tant qu'ils ne sont pas en conflit entre eux. Les créanciers peuvent aussi nommer des délégués pour surveiller les syndics, ce sont les *contrôleurs* (n° 1127).

Individuellement les créanciers peuvent agir pour faire constater l'existence et le montant de leurs créances en produisant leurs titres et en intervenant dans la procédure de vérification et d'affirmation des créances (art. 491 et suiv.) ; dans cette procédure, chaque créancier peut contester la créance d'un autre (*fournir ou élever un contredit*) (art. 494) (2). Les créanciers ont aussi le droit individuel de surveiller la gestion des syndics, de former des réclamations contre leurs actes, de demander leur révocation (art. 466 et 467), de former opposition ou d'interjeter appel contre le jugement déclaratif et contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements (art. 580 et s.) (3).

Les créanciers n'ont pas d'autres droits individuels. Ainsi, c'est le syndic seul qui peut exercer les droits et actions du failli contre des tiers, en vertu de l'article 1166, C. civ., ou demander la nullité d'actes antérieurs au jugement déclaratif en vertu des articles 446 à 449, C. civ.

Les créanciers ont souvent des avis à donner ou des délibérations à prendre ; ainsi, ils émettent des avis sur la nomination des syndics (art. 462 et 529, C. com.), ils délibèrent sur l'utilité de nommer un ou deux contrôleurs (n° 1127), ils statuent sur les propositions de concor-

(1) Bourges, 11 décembre 1897, *Journal des faillites*, 1890, p. 137.

(2-3) Le droit de fournir un contredit entraîne-t-il le droit individuel pour chaque créancier de saisir le tribunal compétent de la question soulevée par lui, ou ce dernier droit n'appartient-il qu'au syndic ?

Les actions en responsabilité contre le syndic appartiennent-elles à la masse seule, ou l'exercice individuel de la part de chaque créancier en est-il possible ? V. des questions analogues se présentant dans les sociétés par actions, ci-dessus, n°s 281 et 310.

Consulter sur ces questions : notre *Traité de Droit commercial*, VII, n°s 472 *bis*, 473 et 474 ; Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), n°s 1875 et 1876.

dat faites par le failli (art. 504), ils ont à autoriser certains actes du failli (art. 532), etc., etc. Pour émettre ces avis ou prendre ces délibérations, ils se réunissent en assemblées, qui se tiennent sur la convocation du greffier du tribunal ; le juge-commissaire décide la convocation et préside. En dehors des cas indiqués par le Code, la convocation des assemblées est purement facultative. La majorité se calcule, en général, par têtes, sans s'attacher au montant des créances, et la loi ne fixe pas de *quorum*. Cependant, à raison de la gravité des délibérations à prendre, une double majorité en nombre et en sommes est exigée pour le vote du concordat (art. 507) et pour l'autorisation de continuer l'exploitation du fonds de commerce du failli après l'union (art. 532).

1128 *bis*. En tant qu'ils constituent une masse représentée par le syndic, les créanciers sont-ils, par rapport au failli, des ayants-cause ou des tiers? Il n'y a pas de règle absolue à poser. En principe général, la masse des créanciers est l'ayant-cause du failli ; celui-ci est dessaisi et l'exercice de ses droits passe aux créanciers que le syndic représente. Le syndic exerce ainsi, au nom de la masse, les droits du failli. De là découlent notamment les conséquences suivantes :

1° Les actes sous seing privé, souscrits par le failli et portant une date antérieure au jugement déclaratif, font preuve de leur date par eux-mêmes à l'égard des créanciers. L'article 1328, C. civ., est inapplicable ; c'est au syndic soutenant qu'il y a antidate et que l'acte portant une date antérieure au jugement déclaratif est, en réalité, postérieur, à prouver la fraude ;

2° Les jugements rendus contre le failli avant le jugement déclaratif sont opposables à la masse. Celle-ci ne peut former tierce-opposition contre eux, à moins que ces jugements n'aient été rendus en fraude des droits des créanciers. La masse a été représentée par le failli dont elle est l'ayant-cause, et la tierce-opposition n'appartient, en principe, qu'à ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance et n'y ont pas été représentés (art. 474, C. proc. civ.).

A titre exceptionnel, la masse doit être considérée par rapport au failli comme un tiers et non comme un ayant-cause, en tant qu'elle exerce des droits que la loi lui confère directement et qu'elle ne tient nullement du failli. Il en est ainsi quand les créanciers de la masse représentés par le syndic demandent, en vertu des articles 446 à 449, la nullité d'actes antérieurs au jugement déclaratif. En conséquence, lorsque les opérations attaquées sont constatées par des actes sous seing-privé, ces actes, pour échapper à la nullité comme antérieurs à la période suspecte, doivent avoir acquis une date certaine, conformément à l'article 1328, C. civ., avant le commencement de cette période. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'actes de commerce sou-

mis, au point de vue de la preuve, à la règle de l'article 109, C. com., et auxquels, par cela même, l'article 1328 est inapplicable (nº 388).

F. — *Du failli.*

1129. Malgré le dessaisissement, le failli a un certain rôle à jouer dans la faillite, mais ce rôle est plutôt passif qu'actif (1). Il a le droit d'assister à l'inventaire que les syndics ont à dresser lors de leur nomination (art. 479), à l'ouverture des lettres qui lui sont adressées et dont la remise au syndic est prescrite (art. 471, *in fine*) ; de se plaindre des actes des syndics et de demander leur révocation (art. 466 et 477) ; de s'opposer à l'admission d'un créancier dans la procédure de vérification (art. 494) ; de présenter à l'assemblée des créanciers des propositions de concordat (art. 505 et 506) ; d'être présent à la reddition des comptes faite par les syndics aux créanciers, quand, après l'union, la liquidation est terminée (art. 537). Il va de soi que le failli doit donner les renseignements qui lui sont demandés sur ses affaires. Il peut même être employé par les syndics pour faciliter leur gestion ; dans ce cas, le juge-commissaire fixe la rémunération à laquelle le failli a droit (art. 438).

Le failli ne conserve pas toujours sa liberté. D'après l'article 455, le jugement déclaratif ordonne l'arrestation du failli ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme (2). Ainsi, le failli ne peut se soustraire par la fuite aux peines qui peuvent le menacer comme banqueroutier ou se mettre dans l'impossibilité de donner aux syndics les renseignements qui leur sont utiles. L'arrestation du failli est demeurée possible malgré la suppression en 1867 de la contrainte par corps en matière civile et commerciale ; cette mesure n'intéresse pas, comme la contrainte par corps, un créancier unique, elle est prescrite dans l'intérêt collectif de la masse des créanciers et dans l'intérêt de la répression pénale.

L'arrestation est opérée à la diligence, soit du ministère public, soit des syndics (art. 460). Du reste, le Code (art. 457) laisse au tribunal la faculté d'affranchir le failli du dépôt ou de la garde de sa personne quand il a déposé son bilan, conformément aux articles 438 et 439 ; on

(1) En cas de liquidation judiciaire, le rôle du débiteur est tout autre, puisque, n'étant pas dessaisi, il continue à gérer son patrimoine, avec l'assistance du liquidateur, du moins tant qu'il n'y a pas union ou concordat par abandon d'actif. Cfr. art. 6, loi de 1889. V. nº 1290.

(2) L'arrestation du débiteur ne peut être ordonnée en cas de liquidation judiciaire.

a voulu ainsi enlever au failli l'intérêt qu'il pourrait avoir à retarder la faillite en ne déposant pas son bilan. Lors même que l'arrestation du failli a été ordonnée, la mesure n'est pas définitive. Un sauf-conduit peut être accordé au failli sur la proposition du juge-commissaire, du syndic ou du failli (art. 472 et 473) ; le tribunal peut subordonner le sauf-conduit à l'obligation pour le failli de fournir caution de se représenter, et le sauf-conduit peut d'ailleurs toujours être révoqué. En fait, les tribunaux laissent très souvent le failli en liberté (1). Dans les cas même où ils n'en usent pas, les syndics réclament rarement l'incarcération du failli pour laquelle le ministère public s'en remet à eux (2).

G. — *Du ministère public.*

1130. Le rôle du ministère public dans les faillites est très restreint. Le ministère public ne peut provoquer une déclaration de faillite, mais signale officieusement au tribunal de commerce l'état notoire de cessation de paiements d'un commerçant, pour que le tribunal use de son droit de déclarer la faillite d'office. Il ne peut intervenir dans les assemblées des créanciers, mais a seulement un droit de contrôle destiné à assurer la découverte des crimes et délits que les faillites permettent parfois de connaître. Le greffier du tribunal de commerce doit adresser dans les 24 heures au procureur de la République extrait des jugements déclaratifs (art. 459) ; le ministère public peut ainsi faire arrêter le failli, si son arrestation a été ordonnée (art. 460). Les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli et y assister à l'inventaire dressé par les syndics (art. 483). Le ministère public doit aussi recevoir communication du rapport que les syndics ont à dresser dans les 15 jours de leur entrée en fonctions, pour indiquer notamment les principales causes et circonstances de la faillite et le caractère qu'elle paraît avoir (art. 432). Enfin, un décret du 25 mars 1880 prescrit la tenue, au greffe de chaque tribunal de commerce ou de chaque tribunal civil jugeant commercialement, d'un registre sur lequel sont inscrits, pour chaque faillite, article par article et à leurs dates

(1) V. une discussion à ce sujet dans la séance de la Chambre des députés du 20 octobre 1888.

(2) Lettre du Garde des Sceaux au Président du Tribunal de commerce de la Seine en date du 1er décembre 1873 (*Journal des faillites*, 1883, p. 14, en note).

respectives, les actes relatifs à la gestion des faillites (1), et le greffier doit soumettre, tous les trois mois, au procureur général un relevé indiquant sommairement la situation de chaque faillite d'après les énonciations de ce registre.

(1) Un décret du 18 juin 1880 a fixé les émoluments attribués en matière de faillite aux greffiers des tribunaux de commerce.

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DE LA FAILLITE. PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION (1).

1131. Avant que les créanciers puissent décider ce qu'on fera des biens du failli, ou, autrement dit, se prononcer sur le point de savoir s'ils veulent accorder au failli un concordat ou se mettre en état d'union, il faut que l'actif soit constaté, que des mesures soient prises pour éviter que des biens soient détournés au préjudice de la masse des créanciers, qu'il soit pourvu à l'administration du patrimoine du failli et qu'enfin, le montant du passif soit fixé avec toutes les garanties désirables pour écarter les créances qui ne seraient pas sincères et véritables. La constatation de l'actif et du passif est nécessaire, afin de permettre aux créanciers d'apercevoir quelle est, pour eux, la solution la plus avantageuse à donner à la faillite.

A. — *De la constatation de l'actif du failli.*

1132. Il importe qu'aucun détournement ne soit opéré entre le moment où le jugement déclaratif est rendu et celui où le syndic prend en mains l'administration des biens du failli ; il faut aussi, au point de vue des comptes à rendre plus tard par le syndic, qu'on constate exactement les biens dont la remise lui est faite. Dans le premier but est prescrite l'apposition des scellés, dans le second, la confection d'un inventaire (2).

Apposition des scellés. — Elle doit être ordonnée par le jugement déclaratif (art. 455, 1^er^ al.), à moins que le juge-commissaire n'estime que l'inventaire peut être dressé en un seul jour (art. 455, 2^e^ al.) ; dans

(1) C. com., art. 455, 468 à 503.

(2) En cas de liquidation judiciaire, il n'y a pas d'apposition de scellés, et les liquidateurs provisoires procèdent à l'inventaire avec le débiteur (art. 4, l. 1, loi de 1889, V. n° 1309).

ce dernier cas, les détournements ne sont guère à craindre. Exceptionnellement, l'apposition des scellés peut être faite avant le jugement déclaratif par le juge de paix, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou de plusieurs créanciers, quand le débiteur est en fuite ou a détourné tout ou partie de son actif (art. 457, 2e alin.). En dehors de ces hypothèses, les scellés sont apposés par le juge de paix, d'office ou sur la réquisition des syndics, après le jugement déclaratif dont le greffier transmet au juge de paix la disposition ordonnant l'apposition des scellés (art. 555, 1er al.).

Les scellés sont apposés, en principe, sur tous les objets mobiliers se trouvant chez le failli (art. 458). Cette mesure, appliquée sans aucune restriction, priverait le failli de choses indispensables à la vie et empêcherait, au préjudice des créanciers, des actes urgents ou très utiles. Aussi, d'après l'article 466, le juge-commissaire peut, sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés, ou les autoriser à en faire extraire, si les scellés ont déjà été apposés : 1° les vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille ; 2° les objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation immédiate ; 3° les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce du failli, quand cette exploitation ne peut être interrompue sans préjudice pour les créanciers. L'article 469-1° s'explique par des raisons d'humanité, l'article 469-2° et 3°, par l'intérêt même de la masse des créanciers ; il importe qu'on puisse vendre les objets qui se détériorent ou se déprécient promptement (art. 470). Enfin, pour que l'exploitation du fonds de commerce du failli puisse être continuée par les syndics, comme cela a lieu parfois (art. 470), il faut que les objets utiles pour cette exploitation soient remis aux syndics et ne soient pas placés sous scellés.

L'article 471 autorise, en outre, le juge de paix à extraire des scellés et à remettre aux syndics : 1° les livres du failli ; 2° les effets de portefeuille échus ou à courte échéance. L'examen des livres peut seul permettre au syndic de dresser le bilan quand il n'a pas été dressé par le failli lui-même (art. 476), de connaître les créanciers pour les convoquer aux assemblées. — Il est utile aussi que les syndics aient entre les mains les effets de commerce dont le failli était porteur, pour les faire accepter, s'il y a lieu, ou pour en opérer le recouvrement et pour remplir, à défaut de paiement, les formalités prescrites pour la conservation des droits du failli comme porteur (protêt, etc.).

Inventaire. — Les syndics peuvent requérir la levée des scellés dans les trois jours de leur nomination, afin de procéder à la confection de l'inventaire (art. 479). Il contient la description et l'estimation

des différents objets mobiliers trouvés chez le failli ainsi que la mention, d'après les déclarations du failli, des immeubles dont il est propriétaire et de ses différentes dettes. — Dans un but d'économie, c'est le syndic et non pas un notaire qui est chargé par la loi de dresser l'inventaire, à la différence de ce qui a lieu pour l'inventaire dressé après l'ouverture d'une succession (art. 941 et suiv., C. proc. civ.) ; le juge de paix doit assister à l'inventaire et le signer à chaque vacation (art. 480, 1er al.). L'inventaire est dressé en deux exemplaires, dont l'un reste entre les mains du syndic et dont l'autre est déposé au greffe du tribunal de commerce à la disposition des intéressés (art. 480, 1er al.). — Le syndic se charge de l'actif par une déclaration inscrite au pied de l'inventaire.

Il se peut que la faillite soit déclarée après décès ou que le failli vienne à mourir ayant que l'inventaire prescrit par l'article 479 n'ait été dressé. Alors, si un inventaire a été fait par un notaire conformément au droit commun, il suffit à la fois pour la faillite et pour la succession ; il faut seulement qu'une expédition en soit remise au syndic et qu'une expédition en soit déposée au greffe du tribunal de commerce. Du reste, afin d'éviter les frais, le Code (art. 487) se contente d'un inventaire dressé par le syndic en présence des héritiers et de la veuve du failli ou eux dûment appelés, même pour que les héritiers jouissent du bénéfice d'inventaire et que la veuve, commune en biens, ne soit tenue que jusqu'à concurrence de son émolument en vertu de l'article 1483, C. civ., par dérogation aux articles 941 et suiv., C. pr civ.

Moyens d'information des syndics. — Les syndics, pour connaître l'état des affaires du failli, ses créances et ses dettes, peuvent dépouiller ses papiers et ses livres. Ils arrêtent ceux-ci, c'est-à-dire fixent la situation du failli avec chacune des personnes avec lesquelles il a été en relation (art. 473). — Bien que l'Administration des postes ne doive remettre les lettres qu'aux personnes auxquelles elles sont adressées, le Code donne au syndic le droit de se faire remettre les lettres adressées au failli (il en doit être de même des télégrammes). Cela ne peut s'appliquer aux lettres confidentielles ou de famille ; aussi, le failli peut assister à l'ouverture des lettres et se faire remettre celles de la dernière espèce (art. 471, *in fine*). En outre, le syndic peut demander au failli toutes les explications qui lui semblent utiles, se renseigner auprès de toutes personnes qu'il croit en état de lui fournir des renseignements. C'est à l'aide de tous ces moyens d'information que le syndic arrive à dresser le bilan, quand il ne l'a pas été par le failli (art. 476).

B. — *Administration des biens du failli.*

1133. Tant que les créanciers n'ont pas pris une décision sur la solution à donner à la faillite, on ignore si le failli sera replacé à la tête de ses affaires en vertu d'un concordat simple ou si tous ses biens seront vendus pour le prix en être réparti entre ses créanciers, à la suite de l'union ou du concordat par abandon d'actif. Aussi les syndics ne peuvent faire jusque-là aucun acte impliquant une décision des créanciers dans l'un ou dans l'autre sens. Cependant, il y a un grand nombre d'actes qu'il peut être nécessaire ou utile de faire dans l'intérêt du failli et des créanciers. Le Code indique les principaux de ces actes et détermine si le syndic peut les faire seul ou de quelles autorisations il doit se pourvoir (1).

1133 *a. Actes conservatoires.* — Les syndics sont chargés de faire sans autorisation les actes conservatoires de toute espèce (art. 490, 1er al.) ; ainsi, ils peuvent interrompre les prescriptions courant contre le failli, pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de ses débiteurs, requérir des inscriptions d'hypothèque ou de privilège sur les immeubles de ses débiteurs, faire inscrire l'hypothèque accordée à la masse par l'article 490, C. com. (n° 1079), etc.

1133 *b. Recouvrement des créances.* — Les syndics peuvent, sur leurs quittances, recouvrer toutes les créances du failli, spécialement les effets de commerce dont le failli était porteur et qui n'ont pas été placés sous les scellés ou en ont été extraits (art. 471, 3e al.).

1133 *c. Exercice des actions du failli.* — Le droit d'agir en justice appartient aux syndics en tant qu'il s'agit de biens frappés par le dessaisissement (n° 1067). Ils agissent sous leur responsabilité, sans avoir besoin d'aucune autorisation (2).

1133 *d. Transactions.* — Il est utile qu'on puisse éviter par des sacrifices des procès qui prolongent souvent la durée des faillites et sont parfois une source de frais énormes. Aussi, même durant la période préparatoire, les syndics peuvent conclure des transactions, mais ils ne peuvent transiger que sous certaines conditions qui varient avec l'importance pécuniaire et la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la transaction.

(1) En cas de liquidation judiciaire, le débiteur fait ces actes avec l'assistance des liquidateurs, avec ou sans autorisation du juge-commissaire ou du tribunal selon les cas (art. 9, al. 1, loi de 1889). V. n° 1291.

(2) On admet que, dans le silence de la loi, le syndic peut, sous sa responsabilité, faire un désistement ou un acquiescement. V., pour le cas de liquidation judiciaire, art. 7, al. 1, loi de 1889 (n° 1295).

En principe, les syndics ont besoin pour transiger d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire, le failli dûment appelé (art. 487, 1er al.). Cette autorisation ne suffit pas toujours. Il faut, de plus, l'homologation de justice quand l'objet de la transaction, c'est-à-dire le droit litigieux, est d'une valeur indéterminée ou excède 300 fr. Il faut, en outre, le consentement du failli, si l'on se trouve en matière immobilière. D'après l'article 487, le tribunal compétent pour statuer sur l'homologation est le tribunal civil ou le tribunal de commerce, selon que la transaction concerne des droits immobiliers ou des droits mobiliers. Cette distinction ne peut être prise absolument à la lettre Elle signifie que le tribunal de commerce n'a compétence pour se prononcer sur l'homologation, qu'autant que la contestation sur laquelle porte la transaction èst de la compétence de ce tribunal. Ainsi, s'il s'agit d'une transaction sur une demande en nullité d'une vente ou d'une donation d'immeuble, fondée sur les articles 446 et suiv., le tribunal de commerce étant compétent pour statuer sur une semblable demande, quoiqu'elle soit de nature immobilière, ce sera aussi ce tribunal qui aura à se prononcer sur l'homologation de la transaction (1).

1133 *e. Ventes d'effets mobiliers et de marchandises.* — En principe, les syndics ne doivent pas vendre les biens du failli, ils doivent les conserver pour les remettre au failli pour le cas où la faillite aboutirait à un concordat simple. Toutefois, les syndics peuvent vendre : 1° les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver (art. 470) ; c'est pour rendre possible la vente de ces objets que le juge-commissaire peut dispenser de les placer sous scellés (art. 460-2°) ; 2° les autres objets, s'il est indispensable de les vendre pour se procurer les fonds nécessaires aux opérations de la faillite (art. 486, 1er al.). — Les syndics ne peuvent procéder à la vente de ces différents objets qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et après que le failli a été entendu ou appelé.

En autorisant la vente, le juge-commissaire détermine, d'après la nature des objets et les circonstances, si la vente doit avoir lieu à l'amiable ou aux enchères publiques. Dans ce dernier cas, le juge-commissaire indique par quelle classe d'officiers publics il sera procédé à la vente ; ce sont, soit des courtiers inscrits, soit des commis-

(1) Pour le cas de liquidation judiciaire [V. art. 7. al. 2 et al. 3, loi de 1889 (n° 1295)], l'homologation du tribunal est exigée quand l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède 1.500 francs. — Il est à remarquer que l'erreur signalée au texte a été commise à la Chambre des députés ; on a dit qu'on s'adresserait toujours au tribunal de commerce quand la transaction porterait sur des meubles, et au tribunal civil quand elle porterait sur des immeubles. V. aussi M. Lecomte, *op. cit.*, n° 458.

saires-priseurs, soit des notaires, soit des agents de change. Les syndics choisissent, sous leur responsabilité, dans la classe d'officiers publics indiquée par le juge-commissaire, celui dont ils veulent employer le ministère (art. 486, dern. al.).

1133 *f. Vente d'immeubles*. — Le Code ne prévoit pas qu'il y soit procédé durant la période préparatoire. Cependant il pourrait être nécessaire de vendre des immeubles, spécialement pour se procurer les fonds indispensables à la marche des opérations de la faillite. La jurisprudence permet aux syndics d'y procéder avec le consentement du failli et l'autorisation du tribunal de commerce (c'est la plus grande garantie qui puisse être exigée), et d'observer les formalités prescrites par les articles 572 et 573 pour les ventes d'immeubles après l'union ou le concordat par abandon d'actif. Le failli ne peut se plaindre d'une vente à laquelle il a consenti, et aucune réclamation ne peut non plus être élevée par les créanciers alors que cette vente a été autorisée par le tribunal de commerce.

Cette vente est une vente volontaire, par cela même qu'elle suppose le consentement du failli. V. nos 1779 et 1779 *bis*.

1133 *g. Continuation du commerce du failli* (1). — Les syndics peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation du commerce du failli (art. 470). La cessation brusque du commerce, en laissant la clientèle se disperser, pourrait rendre plus tard le concordat simple sans avantage pour le failli ou diminuer la valeur du fonds de commerce qui forme le gage des créanciers, s'il est vendu après l'union.

La continuation du commerce du failli peut avoir lieu même après l'union, mais elle est subordonnée alors à des conditions plus rigoureuses. V. 1175.

1133 *h. Secours alimentaires*. — En dessaisissant le failli, le jugement déclaratif le prive de ses moyens d'existence. Des secours alimentaires peuvent lui être accordés sur l'actif de la faillite. Le montant de ces secours réclamés par le failli est fixé par le juge-commissaire, sauf appel, sur la proposition des syndics (art. 474).

1133 *i. Sommes touchées par les syndics*. — Des sommes assez importantes peuvent se trouver entre les mains des syndics, notamment par suite du recouvrement des créances du failli ou de la vente de quelques-uns de ses biens ; il importe que ces sommes ne soient pas détournées et ne restent pas improductives. D'après l'article 489,

(1) En cas de liquidation judiciaire, le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation de son commerce (art. 6, al. 2 et 3, loi de 1889) (n° 1294).

ces sommes, sous déduction de celles arbitrées par le juge-commissaire pour le montant des frais et dépenses, doivent être versées à la Caisse des dépôts et consignations (1) (Ordonnance du 3 juillet 1816, art. 14). Dans les trois jours des recettes, il doit être justifié au juge-commissaire des versements faits à cette caisse ; en cas de retard, les syndics doivent les intérêts au taux légal (4 0/0) des sommes qu'ils n'ont pas versées, bien que les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations ne soient productives que d'un intérêt à 2 0/0.

1133. *j. Avances à faire par le Trésor public.*— Le jugement déclaratif et les mesures qui le suivent, donnent lieu à des frais. Comme il s'agit de mesures et de formalités utiles pour le commerce en général, le Code (art. 461) met les avances des frais qu'elles occasionnent à la charge du Trésor. La nécessité des avances est constatée par une ordonnance du juge-commissaire et elles sont remboursées au Trésor sur les premiers recouvrements.

C. — *Constatation des dettes du failli. Procédure de vérification et d'affirmation des créances* (2).

1134. *But général de la procédure de vérification et d'affirmation des créances.* — Le bilan dressé par le failli ou, à son défaut, par les syndics (art. 439 et 476), indique les créances qui existent contre le failli ; l'inventaire contient aussi une déclaration du failli les mentionnant. Mais il se peut que le failli, par erreur ou par fraude, signale à sa charge des dettes éteintes ou susceptibles d'être annulées en vertu des articles 446 et suiv., ou de quelqu'autre disposition légale, ou qu'il y ait quelque cause de résolution à invoquer contre elles. Pour éviter l'admission à la faillite de créances simulées, éteintes, exagérées, susceptibles d'être annulées ou résolues, la loi a organisé une procédure spéciale terminant la période préparatoire et appelée *procédure de vérification et d'affirmation des créances*. Cette procédure sert à déterminer les personnes qui, en qualité de créanciers, ont le droit de voter dans l'assemblée chargée de se prononcer sur le concordat à accorder au failli (art. 504). Du reste, les créanciers ne peuvent délibérer en connaissance de cause sur la solution à donner à la faillite que lorsqu'on est bien fixé sur le montant du passif.

Malgré la similitude des dénominations, la vérification des créances en matière de faillite diffère complètement de la procédure de vérification d'écriture réglée par les articles 193 et suiv., C. proc. civ. La

(1) Cf. art. 6, al. 4, loi de 1889.
(2) C. com., art. 491 à 503, loi de 1889; art. 11 et 20.

vérification d'écriture a pour but unique de constater si un acte sous seing privé invoqué contre une personne émane bien d'elle ; cette procédure ne concerne point le fond du droit.

Trois questions générales doivent être résolues à propos de la vérification et de l'affirmation des créances : 1° en quoi consiste cette procédure ; 2° quels sont les différents cas qui peuvent se produire à son occasion (admission, rejet, contestation, etc.) ; 3° quelles créances sont soumises à cette procédure.

1135. 1° *Formalités de la procédure de vérification et d'affirmation des créances.* — Il faut, avant tout, que les créanciers se fassent connaître ; pour cela, ils doivent déposer (*produire*) leurs titres. Les créanciers peuvent les déposer entre les mains du greffier ou du syndic (1) aussitôt après le jugement déclaratif (art. 491, al. 1, C. com., art. 11, al. 1 et 2, L. de 1889), mais ils n'ont pas la faculté de produire ensuite indéfiniment. Un délai est imparti aux créanciers qui n'ont pas encore déposé leurs titres lors de l'assemblée chargée d'émettre un avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires. Aussitôt après cette assemblée, les créanciers connus sont avertis par lettre individuelle du greffier, les autres par insertions faites dans les journaux d'annonces légales (2), d'avoir à déposer leurs titres en personne ou par un fondé de pouvoirs entre les mains du greffier ou du syndic.

Les délais donnés aux créanciers pour produire ainsi à la faillite, ne sont pas les mêmes pour tous (3). En s'attachant au lieu de leur domicile, le Code (art. 492 et 497) distingue trois classes de créanciers : *a*) Les créanciers domiciliés dans le lieu où siège le tribunal qui a déclaré la faillite ; ils ont, pour déposer leurs titres, un délai de vingt jours, courant de l'insertion des avertissements faite dans les journaux. *b*) Les créanciers domiciliés en France en dehors du lieu où la faillite a été déclarée : pour eux, le délai de vingt jours est augmentée d'un jour par cinq myriamètres de distance entre ce lieu et leur domicile. *c*) Les créanciers domiciliés en pays étranger ou dans les colonies françaises ; le délai de production pour ceux-ci est augmenté, conformément à l'article 73, C. proc. civ.

(1) Le greffier est responsable des titres pendant 5 ans à partir de l'ouverture du procès-verbal de vérification ; le syndic en est responsable pendant 10 ans à partir du jour de la reddition de ses comptes (art. 491, al. 2, C. com.; art. 11, al. 3 et 4, loi de 1889).

(2) La convocation par lettre individuelle est impossible à l'égard des porteurs d'effets de commerce et des détenteurs de titres au porteur, spécialement des obligataires dont les titres sont au porteur.

(3) Les délais ont été abrégés en cas de liquidation judiciaire (art. 9, 12-14, loi de 1889). V. n° 1311.

Ces délais n'ont pas la même portée pour les trois catégories de créanciers : on attend l'expiration des délais accordés aux créanciers domiciliés en France pour réunir l'assemblée générale qui statue sur les propositions de concordat (art. 502) et, comme aucune répartition de deniers provenant de l'actif du failli n'a lieu avant cette assemblée, ces créanciers sont assurés qu'aucune répartition ne sera faite avant l'expiration des délais les concernant ; au contraire, l'on n'attend pas, pour tenir l'assemblée du concordat, la fin des délais accordés aux créanciers domiciliés en pays étranger ou dans les colonies françaises (art. 502). Cependant, ces délais ont, pour ces créanciers mêmes, une grande importance : si l'on procède à des répartitions de deniers avant que ces délais ne soient écoulés, on réserve une part correspondant aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors de France sont portés au bilan. Mais, une fois ces délais expirés, les sommes mises en réserve sont réparties entre les créanciers connus, si les créanciers domiciliés hors de France n'ont pas produit leurs titres (art. 567 et 568).

Le dépôt à faire par chaque créancier comprend : 1° le titre de créance, c'est-à-dire soit l'acte authentique ou sous seing privé, soit le jugement, soit un extrait des livres de commerce, soit des lettres échangées entre le failli et le créancier, etc. ; 2° un bordereau (sur papier timbré) énonçant ses nom, prénoms, profession et domicile, le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés (1) (art. 11, al. 1, loi de 1889). Ce bordereau est utile à côté du titre ; parfois, la somme réclamée est supérieure ou inférieure à celle que le titre indique, des intérêts peuvent être dus ou des paiements partiels ont pu être effectués.

1136. *De la vérification.* — La vérification peut commencer dans les trois jours après l'expiration des délais donnés aux créanciers domiciliés en France pour produire leurs titres (art. 493). Le juge-commissaire indique les lieu, jour et heure auxquels il y est procédé, ils sont mentionnés aussi dans les insertions prévenant les créanciers qu'ils ont à produire à la faillite (art. 491). De plus, pour éviter les oublis, les créanciers sont de nouveau convoqués à cet effet tant par lettres du greffier que par insertions dans les journaux (2) (art. 492).

La vérification se fait, d'après le Code de commerce, en assemblée générale, en présence des créanciers et du failli. Les créances sont vérifiées contradictoirement entre chaque créancier ou son mandataire

(1) On verra plus loin (n° 1149) l'intérêt que présente cette mention exigée par la loi de 1889.

(2) Cf. art. 12 et 13, loi de 1889.

et le syndic ; comme un syndic ne peut vérifier lui-même ses propres créances, pour les créances du syndic contre le failli, la vérification est faite par le juge-commissaire (art. 493). Tout créancier (ou son mandataire) a le droit individuel d'élever des réclamations (*contredits*) et de s'opposer à l'admission ; le failli a le même droit (art. 494). Il est dressé un procès-verbal des opérations par les soins du juge-commissaire (art. 492, *in fine*). — En fait, le syndic examine personnellement les productions avant l'assemblée générale des créanciers, et, pour celles qu'il juge sincères, l'examen n'a pas lieu dans cette assemblée ; elles y sont seulement admises ou énumérées.

1137. 2° *Des différents cas qui peuvent se produire à la suite de la vérification* — Il peut se faire qu'une créance soit *admise* ou *contestée*. Ces deux cas doivent être examinés distinctement.

Admission. — Elle a lieu quand il ne s'est produit aucune réclamation contre une créance ou que les réclamants ont eux-mêmes reconnu le mal fondé de leurs objections. L'admission se constate de deux manières D'abord, une déclaration, signée par les syndics et visée par le juge-commissaire, est faite sur le titre de créance ; elle est ainsi conçue : *admis à la faillite de... pour la somme de... le...* (art. 497) ; puis, elle est mentionnée dans le procès-verbal (art. 493). Cette dernière mention est utile pour le cas où il n'y a pas de titre écrit et pour celui où le titre viendrait à être égaré (art. 569, al. 2 et 3).

Tout n'est pas achevé après l'admission ; il peut y avoir des fraudes ou des erreurs. Un dernier appel est fait à la conscience du créancier admis : il doit affirmer entre les mains du juge-commissaire que sa créance est sincère et véritable (art. 497, al. 3). L'affirmation n'est pas nécessairement faite sous serment; mais une fausse affirmation, quelle qu'ait été sa forme, est punie des travaux forcés à temps (art. 593-2°) (1). Du reste, l'affirmation peut être faite par un mandataire. — Elle se fait au plus tard huit jours après la vérification, le plus souvent elle suit immédiatement l'admission (2).

1138 *Effets de l'admission.* — Il est certain que, même après l'admission, tant que l'affirmation n'a pas eu lieu, une créance peut encore être contestée et que l'erreur commise peut être rectifiée. Mais des contestations sont-elles encore possibles à l'égard d'une créance déjà admise et affirmée ? Si, sous prétexte d'une erreur commise, une admission régulière pouvait être remise en question, la situation des

(1) Les peines du faux serment sont, en principe, de simples peines correctionnelles. V. art. 366, C. pénal.

(2) Pour la liquidation judiciaire, la vérification et l'affirmation doivent se faire dans la même séance (art. 12, al. 2, loi de 1889).

créanciers demeurerait incertaine, et l'on ne pourrait procéder aux opérations de la faillite avec sécurité. Aussi la jurisprudence, bien qu'il n'y ait aucun texte formel sur ce point, décide, en principe, que l'admission est irrévocable : l'admission, suivie d'affirmation, vaut reconnaissance de la créance de la part des intéressés ; elle équivaut, dit-on, à une sorte de *contrat judiciaire* formé entre le créancier dont il s'agit et la masse (1). On ne pourrait donc soutenir postérieurement qu'une créance est, en réalité, inférieure ou supérieure à la somme pour laquelle l'admission a été prononcée, qu'elle doit être écartée à raison d'une cause de nullité ou de résolution. Toutefois, on reconnaît que l'admission est révocable quand des manœuvres frauduleuses ont été employées pour écarter toute contestation relativement à une créance (2). Il va de soi que la violence employée dans ce but a la même conséquence. En outre, d'après les principes généraux du droit, l'admission n'exclut pas les contestations postérieures, quand un cas de force majeure a empêché de faire de la créance une vérification sérieuse ou si l'intéressé s'est réservé lui-même de modifier sa production.

L'admission d'une créance n'est que la constatation d'un droit préexistant : on ne peut décider, comme on l'a parfois soutenu, qu'elle entraîne novation. Mais l'admission, impliquant reconnaissance de la créance, vaut interruption de la prescription qui courait contre le créancier. Par suite, quand le porteur d'un effet de commerce produit à la faillite d'un des signataires de l'effet, la prescription de 5 ans est bien interrompue, mais il n'y a pas une reconnaissance par *acte séparé* dans le sens de l'article 189, et la prescription trentenaire ne se substitue pas à la prescription quinquennale (n° 699, *in fine*) (3).

1139. *Contestation des créances.* — Quand une créance est contestée, il y a lieu à un procès. Le tribunal compétent est, selon les cas, le tribunal de commerce (art. 498), le tribunal civil (art. 500, 1er al.) ou un tribunal de répression (art. 500, 1er al.) ; par exemple, le tribunal de commerce est compétent, s'il s'agit d'une demande en nullité fondée sur les articles 446 à 449 ; la compétence appartient au tribunal civil, si la demande en nullité est fondée sur l'incapacité d'une des parties ou sur un vice du consentement ; enfin, un tribunal de répression est compétent, si une personne lésée se porte partie civile à raison de faits délictueux reprochés au failli.

(1) Cass., 28 avril 1891, D. 1892. 1. 262 ; *Pand. fr.*, 1891. 1. 410 ; 18 juillet 1900, D. 1900. 1. 432 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 534.

(2) Cf. Douai, 11 mai 1898, D. 1900. 2. 48.

(3) Paris, 6 mars 1902, *Journal des faillites*, 1902, p. 245.

1140. *Sursis. Admission provisionnelle.* — Quand des créances sont contestées, deux questions se posent : 1° Faut-il attendre que le procès soit terminé pour réunir l'assemblée des créanciers qui a à statuer sur le concordat ? 2° S'il n'est pas sursis à la réunion de cette assemblée, le créancier contesté peut-il prendre part au vote provisionnellement ? — La même juridiction n'est pas toujours compétente pour trancher ces deux questions. La question du sursis est tranchée dans tous les cas par le tribunal de la faillite, quel que soit le tribunal saisi du procès (art. 499 et 500); seul ce tribunal peut apprécier s'il y a ou non inconvénient grave à retarder la réunion de l'assemblée des créanciers. Si le sursis est admis, il n'y a pas d'autre question à trancher ; mais, s'il est passé outre à l'assemblée du concordat, il y a à examiner si le créancier contesté sera admis ou non à titre provisoire à voter dans cette assemblée. La question d'admission provisionnelle est résolue par le tribunal civil ou par le tribunal de commerce saisi du procès ; cette question touche quelque peu au fond ; l'admission provisionnelle ne peut être prononcée que lorsque la contestation ne paraît pas sérieuse ; elle constitue donc, dans une certaine mesure, un préjugé. C'est pourquoi, quand la contestation est de la compétence d'un tribunal de répression (1), l'admission provisionnelle ne peut jamais être prononcée (art. 500, 2e al., C. com.) (2). Il faut, pour que le créancier contesté prenne part aux opérations de la faillite, que le tribunal de répression compétent ait reconnu l'existence de la créance : quand la vie ou l'honneur d'une personne est en jeu, on ne veut pas qu'un préjugé défavorable puisse être établi.

1141. *Créances définitivement rejetées.* — Quand une créance est définitivement rejetée de la faillite, les effets du rejet ne sont pas toujours les mêmes. Quand elle est rejetée en vertu d'une cause de nullité dérivant des articles 446 à 449, la nullité n'existant qu'au profit des créanciers de la masse (nos 1026 et 1046), le créancier ne peut rien réclamer à la faillite, mais il conserve ses droits contre le failli. Au contraire, quand la créance a été reconnue éteinte, quand elle a été annulée pour vice de consentement, pour incapacité, etc..., le créancier n'a pas plus de droit contre le failli qu'à l'égard de la masse.

1142. *Défaut de production dans les délais légaux.* — Le créan-

(1) Il en est ainsi notamment lorsque le titre produit est argué de faux ou quand une action civile est exercée contre le failli à raison d'une infraction à la loi pénale.

(2) La décision prononçant l'admission provisionnelle préjugerait la culpabilité de l'inculpé, tandis que la décision écartant cette admission préjugerait son innocence.

cier qui n'a pas produit dans les délais (art. 492), encourt une déchéance. Sans doute, il reste créancier, mais on procède sans lui aux vérifications et affirmations des autres créances, au vote sur le concordat, aux répartitions de dividendes. Cependant, s'il se présente avant la clôture des opérations de la faillite, il n'est pas dénué de tous droits. Il peut former opposition aux répartitions de deniers à faire ; cette opposition ne suspend pas l'exécution des répartitions déjà ordonnées par le juge-commissaire ; mais, s'il est procédé à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur l'opposition, il y est compris pour la somme provisoirement déterminée par le tribunal et elle est tenue en réserve jusqu'au jugement de l'opposition. Si l'opposant se fait ultérieurement reconnaître créancier (1), il peut réclamer, sur les répartitions à faire, outre la part afférente à sa créance, les dividendes qu'il aurait obtenus dans les répartitions précédentes, s'il avait produit en temps utile (art. 502 et 503).

1143. 2° *Quelles créances sont soumises à la procédure de vérification.* — Les créances chirographaires sont soumises à cette procédure. En est-il de même des créances hypothécaires ou privilégiées ? Il est certain que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont le droit de s'y soumettre ; ils ont avantage même à le faire, si l'on reconnaît, avec la Cour de cassation, qu'une admission les met à l'abri de toute contestation, soit quant à leurs créances, soit quant à leurs hypothèques ou à leurs privilèges (n° 1138). Faut-il aller jusqu'à dire qu'ils sont tenus de se soumettre à la vérification ? La question est controversée ; la jurisprudence la résout négativement par les motifs suivants : les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont en dehors de la faillite, puisqu'elle ne les empêche pas de faire saisir et vendre les biens qui leur sont affectés (n° 1069) ; la vérification ne doit leur être imposée que si, par suite de l'insuffisance de leur gage, ils veulent concourir avec la masse chirographaire (art. 552). La controverse n'a pas été tranchée dans le sens contraire par la loi du 4 mars 1889, quoiqu'on l'ait soutenu ; cette loi exige bien que le bordereau des créanciers énonce *les privilèges, hypothèques ou gages affectés à leurs créances* (art. 11, al. 1, et art. 20, al. 1, L. de 1889 ; cf. art. 491, C. com.) mais cela peut se rapporter au cas où ces créanciers usent de la *faculté* de soumettre leurs créances à la vérification.

1144. *Créanciers de la masse et créanciers dans la masse.* — La procédure de vérification et d'affirmation s'applique aux créanciers du failli qu'on désigne souvent sous le nom collectif de *masse de la faillite*

(1) La procédure de vérification étant close, l'opposant ne peut se faire admettre que par le tribunal de commerce.

(nº 1134). Cette sorte d'être moral peut avoir lui-même des créanciers, qui ne font pas partie de la masse, leur débitrice ; on dit parfois qu'*ils sont créanciers* DE LA *masse et non* DANS LA *masse*. Des causes multiples peuvent faire naître des dettes à la charge de la masse : elles proviennent ou d'opérations faites par le syndic pour le compte de la masse des créanciers, ou de procès soutenus par lui en la même qualité. Ainsi, quand un syndic, autorisé à continuer provisoirement le commerce du failli, contracte des dettes, les créanciers ont la masse pour débitrice ; de même, quand un syndic, au lieu de demander la résiliation du bail du failli, le continue après le jugement déclaratif, c'est la masse qui est débitrice des loyers ; elle l'est aussi du prix, quand le syndic se fait livrer des effets mobiliers vendus au failli avant le jugement déclaratif (art. 578, C. com.) ; si un syndic reçoit l'indû d'un tiers qui se croit par erreur débiteur du failli, ce tiers a la masse pour débitrice de la somme indûment payée ; quand, dans l'intérêt de la masse, les syndics soutiennent un procès, succombent et sont condamnés aux dépens, les dépens sont une dette à la charge de la masse, etc. (1).

Les créanciers de la masse ne sont pas soumis à la procédure de vérification, ils ne subissent pas la loi du dividende ; mais, en principe, ils n'ont d'action contre la masse que jusqu'à concurrence de la valeur des biens du failli. L'article 533 admet, dans un cas exceptionnel, que certains créanciers, ayant donné mandat au syndic d'agir pour eux, sont tenus sur tous leurs biens (nº 1175).

(1) Pour les dépenses dans les procès en séparation de biens ou de corps, il y a de grandes discussions. V. M. Lecomte, *op. cit.*, nº 530, et notre *Traité de Droit commercial*, VII, nº 235.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE (CONCORDAT SIMPLE, UNION, CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF). — DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF (1).

1145. Les opérations et la procédure postérieures au jugement déclaratif ont pour but notamment de préparer la solution que la faillite doit recevoir et de mettre les créanciers à même de choisir celle de ces solutions qui est la plus conforme à leurs intérêts. Trois solutions sont possibles (2) : *le concordat simple*, *l'union*, *le concordat par abandon d'actif*. L'union est la solution la plus rigoureuse pour le failli : le dessaisissement ne cesse pas, tous les biens du failli sont vendus, le prix en est réparti entre les créanciers et, s'il est insuffisant pour les désintéresser, le failli, restant débiteur de l'excédent, peut être poursuivi par chacun de ses créanciers. Mais cette solution n'est admise qu'autant que les créanciers repoussent le *concordat simple* et le *concordat par abandon* (3). En cas de *concordat simple*, le dessaisissement du failli prend fin, le failli est remis à la tête de ses affaires et, pour lui faciliter le retour à meilleure fortune, les créanciers lui accordent toujours des délais ou même lui font remise d'une partie de ses dettes. Quand il y a *concordat par abandon d'actif*, le dessaisissement ne prend pas fin pour les biens du failli compris dans l'abandon (4), ils sont vendus comme en cas d'union ; mais, si le prix ne suffit pas pour désintéresser les créanciers, ceux-ci ne peuvent pas agir contre le failli pour l'excédent. Un incident peut mettre obstacle au vote des créanciers sur la solution à donner à la faillite, c'est la *clôture pour insuffi-*

(1) C. com., art. 504 à 541, 551 à 556, 557 à 559.

(2) Il en est de même au cas de liquidation judiciaire. U. n° 1313.

(3) Pour sanctionner énergiquement l'obligation d'avouer la cessation des paiements dans le délai légal, la commission de la Chambre des députés proposait, en 1888, de refuser le bénéfice du concordat au commerçant qui ne s'y conformait pas. La Chambre n'a pas admis cette rigueur.

(4) Ce sont, d'ordinaire, tous les biens actuels du failli.

sance d'actif. Il sera traité ci-après de chacune des solutions de la faillite et de cet incident.

Section première. — Du concordat simple (1).

1146. L'union qui aboutit à la vente des biens du failli entraîne des frais et des délais assez longs. Elle rend très difficile le retour du failli à meilleure fortune, car elle le prive de toutes ressources et rend à chaque créancier le droit de poursuite individuelle. C'est une solution rigoureuse pour le failli qui, parfois, a été victime d'événements imprévus ou qui n'a commis que de légères négligences. L'intérêt des créanciers peut leur commander de remettre le failli à la tête de ses affaires, de lui accorder des délais ou même de lui faire remise d'une partie de ses dettes, ce qui lui permettra de se relever ; ils obtiennent parfois ainsi un dividende plus fort que s'ils se mettaient en état d'union et laissaient vendre tous les biens du failli.

Le concordat constitue une faveur pour les commerçants en faillite ; car la majorité des créanciers, en le votant, lie la minorité. La loi, pour protéger celle-ci, exige seulement que le concordat réunisse certaines conditions. Il produit des effets que la loi et la convention déterminent. Il peut être annulé ou résolu Il est possible, du reste, qu'un débiteur obtienne de tous ses créanciers, avant toute faillite, des délais ou une remise de ses dettes. On dit alors qu'il y a *concordat amiable*, dénomination opposée à celle de *concordat judiciaire*, qui désigne le concordat conclu entre le failli et la majorité de ses créanciers, concordat exigeant l'intervention de la justice. — Il sera traité ci-après : — A. *De la formation du concordat simple*. — B. *De ses effets*. — C. *Des causes qui peuvent le faire tomber*. — D. *Du concordat amiable*.

A. — *De la formation du concordat simple.*

1147. Pour qu'un concordat soit conclu, trois conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que l'assemblée des créanciers l'ait voté aux majorités fixées par le Code ; 2° qu'il ait reçu l'homologation de justice ; 3° que le failli n'ait pas été condamné comme banqueroutier frauduleux.

1148. 1° *Vote du concordat aux majorités fixées par la loi*. — Le juge-commissaire doit, dans les trois jours qui suivront l'expiration

(1) C. com., art. 504 et 527 ; loi du 4 mars 1889, art. 15, al. 1 et art. 20.

des délais fixés pour l'affirmation, faire convoquer les créanciers par le greffier. La convocation se fait à la fois par lettres individuelles adressées à chaque créancier et par insertion dans les journaux (art. 504). Le juge-commissaire fixe le jour de la réunion. L'assemblée ayant à se prononcer sur le concordat comprend les créanciers vérifiés et affirmés, les créanciers contestés admis par provision et les créanciers contestés au profit desquels est intervenu un jugement favorable au fond ; au contraire, elle ne comprend ni les créanciers non vérifiés, ni les créanciers contestés non admis à titre provisionnel (art. 505, 1er al.). Le failli doit être appelé à cette assemblée ; il ne peut s'y faire représenter que pour des motifs approuvés par le juge-commissaire (art. 505, 2e al.).

Les syndics font un rapport écrit sur l'état de la faillite et le remettent au juge-commissaire (art. 506) (1). Le failli fait ensuite ses propositions de concordat, en indiquant quels délais il désire obtenir ou de quelle partie de ses dettes il demande la remise (ou, ce qui revient au même, quel dividende il propose de s'obliger à payer à ses créanciers). Une discussion peut s'engager sur ces propositions, puis on passe au vote.

1149. Au vote sur le concordat peuvent participer, en principe, tous les créanciers composant l'assemblée. Toutefois, les créanciers hypothécaires et privilégiés ne peuvent participer à ce vote, à moins qu'ils ne renoncent à leur garantie ; leur paiement étant assuré, il serait à craindre qu'ils ne se laissâssent trop facilement entraîner à admettre un concordat qui ne peut leur nuire. Si un créancier hypothécaire ou privilégié vote au concordat, son vote est traité par la loi comme emportant de plein droit renonciation à sa garantie, de telle sorte qu'il est considéré alors comme créancier chirographaire (art. 508, 2e al.). Pour que le vote soit réputé entraîner cette renonciation, il faut que le créancier soit capable de la faire ; ainsi, une femme mariée ne perdrait pas son hypothèque légale en votant au concordat de la faillite de son mari, si elle n'était autorisée par lui ou par justice. Du reste, aucune réserve du créancier ne peut, quand il est capable, le mettre à l'abri de la perte de sa garantie, qui est encourue par le seul fait du vote, de telle sorte que le créancier la subirait quand même il serait prouvé qu'il a voté contre le concordat, quand même le concordat aurait été rejeté ou serait, soit annulé, soit résolu postérieurement (2).

(1) Quoique la loi de 1889 ne l'ait pas dit, le liquidateur provisoire doit faire un rapport analogue à celui du syndic.

(2) Cass., 6 mars 1894, D. 1894. 1. 49 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 10. — La renonciation résultant du vote du créancier a un caractère absolu et peut être invo-

Que décider quand l'hypothèque ou le privilège d'un créancier est contesté ? L'article 501 visant ce cas dit que le créancier est admis aux délibérations de la faillite comme créancier ordinaire. Il faut combiner cette disposition avec celle de l'article 508 : ce créancier peut participer à l'assemblée du concordat, mais il ne peut voter sans perdre sa garantie. Si un créancier pouvait voter par cela seul que son hypothèque ou son privilège serait contesté, on pourrait redouter que, de connivence avec un créancier bien disposé, le failli ne contestât l'hypothèque ou le privilège de celui-ci, dans le but d'augmenter la majorité en faveur du concordat.

Il va de soi que le créancier, qui a à la fois une créance chirographaire et une créance hypothécaire contre le failli, peut prendre part au vote du concordat pour la première sans perdre l'hypothèque garantissant la seconde. Par suite, celui qui a deux créances hypothécaires peut, en déclarant qu'il ne prend part au vote que pour l'une d'elles (celle pour laquelle il suppose que son hypothèque ne vient pas en rang utile), conserver l'hypothèque garantissant l'autre créance. On doit même aller, bien que cela soit contesté, jusqu'à admettre qu'un créancier, n'ayant qu'une seule créance hypothécaire, ne perd pas l'hypothèque en votant au concordat s'il déclare renoncer à son hypothèque pour une partie de sa créance, celle pour laquelle il suppose que l'hypothèque ne suffit pas.

Dans son texte même, l'article 508 ne régit pas le cas où un créancier, dont la créance est garantie par une caution, vote au concordat ; par suite, le créancier qui vote au concordat conserve pourtant le bénéfice du cautionnement. Cela se conçoit : il n'a pas une garantie aussi sûre que le créancier hypothécaire ou privilégié ; pouvant toujours craindre que la caution ne devienne insolvable, il a intérêt à examiner avec soin les conditions du concordat. Du reste, l'extinction de l'obligation de la caution ne profiterait pas aux créanciers chirographaires comme leur profite la perte du privilège ou de l'hypothèque admise par l'article 408. Mais le créancier qui, ayant à la fois une caution et une hypothèque, vote au concordat, perd aussi bien la caution que l'hypothèque ; il perd l'hypothèque en vertu de l'article 508, C. com., et il est privé de l'obligation de la caution en vertu de l'article 2037, C. civ., à raison de ce qu'en participant au vote du concordat, il a rendu impossible la subrogation de la caution à son hypothèque.

1150. *Formation des majorités.* — Le concordat est une convention conclue entre le failli et ses créanciers. D'après les principes généraux

quée par tout intéressé : Cass., 6 mars 1894, D. 1894 1. 49 ; S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 41 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 10.

du droit, on devrait exiger que l'unanimité de ceux-ci y consentît : cette exigence rendrait le concordat impossible, aussi le législateur s'est-il contenté de la majorité. L'adoption du concordat étant par cela même une décision grave, le Code, modifié par la loi de 1889, exige deux majorités en tenant compte à la fois du nombre des créanciers et de l'importance de leurs intérêts. *Le traité entre les créanciers et le débiteur ne peut s'établir que s'il est consenti par la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, représentant, en outre, les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision, le tout à peine de nullité* (art. 15, al. 1 ; cbn art. 20, L. de 1889). Si l'on compare cette disposition à celle de l'ancien article 507, C. com., on constate deux différences. Le Code de commerce ne disait pas si la majorité en nombre se calculait seulement sur les créanciers présents ou sur l'ensemble des créanciers vérifiés ; il y avait controverse. La dernière solution, qui était la plus rationnelle et qu'admettait la jurisprudence, est consacrée par la loi nouvelle. De plus, pour la majorité en sommes, la proportion des 2/3 a été substituée à celle des 3/4 exigée par le Code ; en 1889, les dispositions étaient plus favorables aux débiteurs qu'en 1838 (1).

1151. *Résultats du vote.* — Le vote peut donner trois résultats différents ;

1° Aucune des deux majorités n'a été obtenue. — Le concordat est définitivement rejeté et les créanciers sont, par suite, en état d'union.

2° Les deux majorités en nombre et en sommes ont été obtenues. — Le concordat est voté. Dès que le concordat est accepté, les créanciers doivent le signer séance tenante à peine de nullité (art. 509). On ne veut pas que le failli, en allant trouver individuellement chaque créancier pour obtenir sa signature, parvienne plus facilement à ses fins que lorsqu'il est en présence de tous les créanciers réunis.

(1) Dans la séance de la Chambre des députés du 18 octobre 1888, le rapporteur, après avoir affirmé par erreur que, dans la loi de 1838, la majorité en nombre est constituée par *la moitié plus un des créanciers présents et votants,* a ainsi motivé la modification proposée pour la majorité en sommes : il peut arriver, et il arrive malheureusement souvent, qu'un créancier ait un chiffre de créances qui représente plus du quart du chiffre total du passif ; il tient alors entre ses mains le sort du débiteur et du concordat, et il lui suffit de dire non, pour que le concordat n'ait pas lieu. De plus, des coalitions peuvent se faire entre les porteurs d'obligations, créanciers d'une société anonyme, et, dans un intérêt de prudence, nous avons dû modifier ainsi le *quantum* des majorités : majorité en nombre des créanciers présents (ce point a été modifié) et majorité des deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées. — On peut trouver que ces raisons ne sont pas bien sérieuses ; le Sénat s'est rallié à la proposition sans que les motifs de son adhésion aient été indiqués.

3° On obtient seulement l'une des deux majorités, soit en nombre, soit en sommes. — Il n'y a alors rien de définitif. L'assemblée des créanciers doit être remise à huitaine (art. 507). Chaque créancier demeure libre d'émettre un vote contraire à celui qu'il a émis huit jours avant ; du reste, le failli peut modifier dans l'intervalle les conditions du concordat qu'il propose. Si, dans cette seconde assemblée, l'on n'obtient pas les deux majorités en nombre et en sommes en faveur du concordat, il est définitivement repoussé ; dans le cas où elles sont obtenues, le concordat est adopté. Cette seconde délibération ne peut pas, comme la première, amener trois résultats différents ; il faut bien arriver à une solution définitive.

Il arrivait assez souvent que, des créanciers négligeant d'assister à la seconde assemblée, on ne parvenait pas à y réunir les majorités requises pour la conclusion du concordat. Afin d éviter que ce résultat fâcheux pour le failli ne se produise, une loi du 28 mars 1906 dont la disposition a été insérée dans l'article 509, C. com., admet que *les créanciers présents ou légalement représentés ayant signé le procès-verbal de la première assemblée ne sont pas tenus d'assister à la deuxième assemblée ; les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises, s'ils ne sont venus les modifier dans cette dernière réunion.*

1152. 2° *Homologation du concordat.* — Le concordat n'est obligatoire pour les créanciers qu'autant qu'il a été *homologué* (c'est-à-dire approuvé) par le tribunal de commerce. La justice est ainsi appelée à défendre les intérêts des créanciers dissidents ou absents auxquels le concordat doit être opposable. En outre, il importe dans un intérêt public qu'un concordat ne soit pas accordé à un failli qui est indigne de cette faveur par sa conduite.

L'homologation est poursuivie par la partie la plus diligente (art. 513, 1er al.) (le failli, le syndic, un ou plusieurs créanciers). Tout créancier peut, du reste, former opposition au concordat, le droit d opposition n'appartient, ni au failli qui a proposé le concordat, ni au syndic représentant naturel de la majorité ; les oppositions doivent être signifiées au syndic et au failli dans les huit jours qui suivent le concordat (art. 512, 2e al.) ; afin de laisser aux oppositions le temps de se produire, le tribunal ne doit statuer qu'après l'expiration du délai de huitaine dans lequel elles peuvent être formées (art. 513, 1er al.). Le tribunal statue en même temps sur l'homologation et sur les oppositions.

1153. *Pouvoirs du tribunal.* — Le tribunal peut accorder ou refuser l'homologation, mais non apporter une modification quelconque au concordat, tel qu'il a été voté par l'assemblée des créanciers. Pour

prendre parti, le tribunal a un pouvoir d'appréciation illimité. Il refuse l'homologation : 1° en cas d'inobservation des règles contenues dans les articles 507 à 514 ; 2° quand les motifs tirés de l'intérêt public semblent devoir empêcher le concordat (par exemple, condamnation du failli pour escroquerie, pour abus de confiance, pour banqueroute simple, négligences graves de sa part dans ses affaires, etc.); 3° quand les motifs tirés de l'intérêt des créanciers paraissent de nature à empêcher le concordat (remises excessives faites au failli, garanties insuffisantes d'exécution du concordat, etc.) (art. 515). — Dans le premier cas seul, le tribunal *doit* refuser l'homologation ; dans les autres, il apprécie librement (1).

Le jugement statuant sur l'homologation est susceptible d'appel ; il n'est pas compris par l'article 583 parmi les jugements rendus *en matière de faillite* contre lesquels l'appel n'est pas admis. Les personnes par lesquelles l'appel peut être formé, diffèrent selon que l'homologation a été refusée ou accordée : contre le jugement refusant l'homologation, l'appel peut être formé par tout intéressé, c'est-à-dire par le failli, par le syndic, par tout créancier ; au contraire, les créanciers ayant formé opposition à l'homologation peuvent seuls interjeter appel contre le jugement qui l'a accordée. Il n'y a donc pas d'appel possible si aucune opposition n'a été formée ; la loi ne veut pas qu'indirectement les créanciers ressaisissent le droit d'opposition après l'expiration du délai de huitaine qui leur est donné pour l'exercer.

1154. 3° *Absence de banqueroute frauduleuse.* — La condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse met obstacle au concordat (art. 510, 1er al.) ; s'il était accordé par les créanciers, le tribunal devrait refuser l'homologation. Il peut se faire qu'il intervienne une condamnation, seulement après l'homologation, sur des poursuites entamées depuis, ou qu'au moment du vote des créanciers, des poursuites soient pendantes. Dans le premier cas, le concordat est annulé (art. 520) ; dans le second, les créanciers ne peuvent voter ; s'ils adoptaient le concordat, il y aurait à craindre qu'il ne fût annulé à raison de la condamnation prononcée postérieurement ; s'ils le repoussaient, un acquittement prononcé pourrait ensuite leur faire regretter leur décision. Aussi le Code (art. 510, 2e et 3e al.) donne-t-il aux créanciers le droit de décider s'ils veulent se mettre immédiatement en état d'union ou s'ils préfèrent surseoir à statuer sur le concordat en cas d'acquittement. Ce sursis a une certaine gravité en ce qu'il prolonge la procédure ; aussi, pour l'admettre, faut-il les deux mêmes majorités en nombre et en sommes que pour le concordat.

(1) Paris, 17 juin 1903, D. 1903. 2. 248.

Comme la banqueroute simple, à la différence de la banqueroute frauduleuse, suppose seulement des négligences ou des fautes et non des fraudes, le Code (modifié en 1838) admet que le concordat peut être accordé même en cas de banqueroute simple (art. 511). Cependant une condamnation pour banqueroute simple peut exercer une influence sur le vote des créanciers ; aussi, quand des poursuites sont exercées pour ce délit, les créanciers peuvent décider, à la double majorité exigée pour le concordat, qu'ils surseoient à statuer jusqu'à ce qu'un jugement ait été rendu sur ces poursuites.

D. — *Des effets du concordat simple.*

1155. Le concordat simple entraîne la cessation du dessaisissement. En outre, d'après l'usage, il contient presque toujours, soit une remise partielle de ses dettes accordée au failli, soit la concession de délais de paiement. Aussi y a-t-il lieu, pour déterminer les effets du concordat simple, de s'occuper de la cessation du dessaisissement et des remises ou concessions de délais contenues dans le concordat.

1156. 1. *Cessation du dessaisissement.* — C'est là l'effet essentiel du concordat simple. Le failli concordataire est remis à la tête de ses affaires : en conséquence, les fonctions des syndics prennent fin ; ils rendent au failli leur compte définitif et lui remettent l'universalité de ses biens, papiers et livres (1). Il est dressé du tout procès-verbal par le juge-commissaire dont les fonctions cessent aussi (art. 516). Le dessaisissement prend fin après que, par l'expiration des délais d'appel, le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée (2). Mais, comme il ne cesse que pour l'avenir, les actes faits par les syndics depuis le jugement déclaratif jusqu'au moment où le jugement d'homologation acquiert force de chose jugée, sont opposables au failli concordataire.

En principe, le dessaisissement prenant fin, le failli reprend d'une façon absolue le droit d'administrer ses biens et d'en disposer ; parfois il est convenu par le concordat que le failli concordataire sera soumis, pour certains actes graves, à la surveillance, ou devra obtenir l'autorisation de certaines personnes désignées parmi les créanciers.

D'ailleurs, par cela même que le dessaisissement n'a d'effets que

(1) Pour le règlement des frais et indemnités dus aux syndics, V. art. 15, al. 3 et 4 ; cbn. art 20, al. 1, loi de 1889.

(2) Le délai d'appel est ici suspensif (art. 458, C. com.), alors que, d'après le droit commun, l'effet suspensif est attaché seulement à l'appel interjeté (art. 457. C. proc. civ.).

relativement à l'exercice des droits civils du failli, la cessation du dessaisissement n'en produit que pour ces droits : les incapacités d'ordre politique et électoral ainsi que les déchéances, dont le failli a été frappé par suite du jugement déclaratif, subsistent dans leur intégralité : elles ne cessent que par la réhabilitation, qui supposait, d'après le Code, l'entier paiement des dettes du failli en principal et intérêts (art. 604) (1).

1157. 2. *Remise partielle des dettes*. — Le plus souvent, d'après le concordat, le failli obtient une remise partielle de ses dettes, de telle sorte qu'il doit être tenu quitte envers ses créanciers par cela seul qu'il paie le dividende convenu, c'est-à-dire tant pour cent de ses dettes. Cette remise a de l'analogie avec la remise de la dette dont traite le Code civil (art. 1283 et suiv.), mais il y a entre la remise de la dette et les remises concordataires une différence considérable à laquelle se rattachent des conséquences pratiques importantes. La remise de la dette régie par le Code civil est une donation et, par suite, un acte purement volontaire de la part du créancier. La remise contenue dans le concordat n'est pas un acte de libéralité. D'abord, elle produit ses effets même à l'encontre des créanciers qui n'ont pas voté ou des créanciers formant la minorité ; puis, ceux-là mêmes qui ont voté pour le concordat, n'ont pas une intention libérale, ils ont fait un sacrifice dans la crainte d'éprouver une perte plus grande par suite des frais et des délais occasionnés par la procédure de l'union ou par suite de la dépréciation des biens. Ils se sont dit, selon la formule latine bien connue : *Melius est pauca dividere quam totum perdere* (2).

1158. De cette idée fondamentale découlent les conséquences suivantes, qui constituent des différences entre la remise ordinaire de dette et la remise consentie dans le concordat :

a) La remise ordinaire de la dette entraîne extinction complète, de telle sorte que, pour la portion remise, la dette ne subsiste même plus comme obligation naturelle : le débiteur, qui en paierait le montant, ferait une donation à son créancier. Au contraire, le failli concordataire demeure obligé naturellement de payer la portion de ses dettes dont remise lui a été faite ; s'il paie cette portion, il fait un paiement et non pas une donation. En général, le débiteur tenu d'une obligation naturelle, ne peut être contraint ni directement ni indirectement de l'exécuter ; ici, il y avait un moyen indirect de contrainte, résultant

(1) A propos des effets du concordat, il faut noter que, d'après la loi du 5 août 1899 sur le *casier judiciaire* (art. 7-7°), les déclarations de faillite ne sont pas inscrites au bulletin n° 3 réclamé par la personne qu'il concerne, *si le failli a obtenu un concordat homologué*.

(2) Cette phrase, devenue une sorte d'adage, est de Straccha, jurisconsulte italien du XVII^e^ siècle.

de ce que le failli, même concordataire, ne pouvait obtenir d'une façon certaine sa réhabilitation qu'après avoir payé ses dettes en entier. L'article 604, modifié par des lois récentes, a changé cela (1).

Parfois, la remise partielle des dettes contenues dans le concordat n'est accordée au failli que *sauf retour à meilleure fortune*. Cette formule n'a pas toujours le même sens. Tantôt elle signifie que le failli demeurera tenu d'une obligation naturelle, qu'il exécutera en cas de retour à meilleure fortune ; alors elle est superflue (2). Tantôt elle veut dire que le failli sera de nouveau obligé *civilement*, s'il revient à meilleure fortune. C'est, dans le dernier cas, aux tribunaux à apprécier, en cas de contestation, si le changement qui s'est produit dans la situation du failli est assez notable pour qu'on puisse dire qu'il y a retour à meilleure fortune.

b) La remise de dette ordinaire accordée au débiteur principal libère la caution (art. 1287, C. civ.). Autrement, à raison du recours qu'aurait la caution, après avoir payé, contre le débiteur principal, celui-ci ne profiterait pas de cette remise. Au contraire, en cas de concordat, les créanciers conservent le droit d'agir pour le tout contre la caution du failli (art. 545). Cela se justifie aisément : quand le créancier d'un commerçant demande une caution, c'est afin d'avoir une garantie en cas de faillite de son débiteur ; il serait singulier que cette garantie disparût quand cet événement se réalise. Du reste, si le cautionnement suppose une obligation principale, il suffit que celle-ci existe comme obligation naturelle.

1159. La caution qui reste ainsi obligée malgré le concordat, n'a, après avoir payé, de recours contre la faillite du débiteur principal, ni pour la somme qu'elle a déboursée, ni même pour la partie de cette somme équivalente à celle dont le failli n'a pas été libéré par le concordat. Ainsi, supposons une dette de 12.000 fr. garantie par une caution ; le débiteur principal en faillite a obtenu une remise de 75 0/0 dans le concordat ; le créancier a touché dans la faillite 3.000 fr. et

(1) Avant les lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908, la réhabilitation n'était pas possible avant le paiement *intégral* des dettes. Ces lois ont admis, à côté de la réhabilitation qui suppose ce paiement, une réhabilitation facultative qui peut avoir lieu en certains cas, encore que le failli n'ait pas payé entièrement ses dettes et une réhabilitation de droit qui résulte de la seule expiration d'un délai après le jugement déclaratif. V. nos 1266 et 1267. Il est toujours vrai de dire que le failli ne peut avoir la certitude d'être réhabilité, tant, du moins, que le délai requis pour la réhabilitation de droit n'est pas écoulé, qu'en payant l'intégralité de ses dettes.

(2) Cf. Trib. com. Seine, 17 octobre 1900, *Le Droit*, n° du 13 novembre 1900 ; Cass., 26 janvier 1874, D. 1875. 1. 23 ; *Pand. fr. chr.* ; Nancy, 21 juin 1902, S. et *J. Pal.*, 1903. 2. 34.

s'est fait payer 9.000 fr. par la caution. Elle ne pourra pas d'abord réclamer ces 9.000 fr. au débiteur principal, ce serait enlever à celui-ci le bénéfice du concordat. Elle ne pourra même pas se faire rembourser par le failli concordataire 25 0/0 de cette somme, soit 2.250 fr. ; autrement les conditions du concordat seraient méconnues : le failli concordataire payant un dividende de 25 0/0 sur 12.000 fr. au créancier et sur 9.000 fr. à la caution, la créance se trouverait avoir figuré à la faillite pour ces deux sommes réunies, soit 21.000 fr. La caution n'a donc aucun recours contre le failli, qui n'est tenu envers elle que d'une obligation naturelle (1).

Il résulte de là que c'est, en définitive, la caution qui supporte la perte résultant de la remise faite par le concordat. Ne doit-on pas, par suite, admettre la caution au vote du concordat. On ne saurait y admettre à la fois le créancier et la caution ; autrement la créance figurerait au concordat pour une somme double de son montant. Il est naturel que le droit de vote appartienne au créancier. Si la caution désire avoir elle-même ce droit, elle n'a qu'à payer intégralement le créancier ; elle lui est alors subrogée légalement (art. 1251-3° et 2028, C. civ.). On ne saurait dire qu'ainsi, la caution qui ne fait pas l'avance est livrée au caprice du créancier ; l'homologation de justice est une garantie contre les remises exagérées faites par le concordat.

Ces solutions ne sont pas en contradiction avec l'article 2032, al. 2, C. civ., d'après lequel la caution peut, même avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal pour être indemnisée, quand le débiteur a fait faillite. La caution peut, en vertu de cette disposition, produire à la faillite du débiteur principal, mais il faut pour cela que le créancier n'y produise pas ; on conçoit qu'en présence d'une caution d'une solvabilité certaine, le créancier se désintéresse de la faillite du débiteur principal.

Ce n'est pas seulement la caution qui reste tenue, malgré le concordat, de la dette entière, ce sont encore tous les autres coobligés du failli, spécialement ses codébiteurs solidaires (art. 545). A ce point de vue encore, les effets du concordat diffèrent de ceux de la remise ordinaire de la dette qui, faite à un débiteur solidaire, libère tous les codébiteurs (art. 1285, C. civ.).

1160. Le concordat fait recouvrer aux créanciers leur droit de poursuite individuelle, mais avec les restrictions qu'il indique, c'est-à-dire à charge de respecter les délais ou remises accordés au failli.

Parfois, pour assurer l'exécution du concordat, les créanciers exigent du failli une ou plusieurs cautions ; ces cautions sont souvent des

(1) Cass., 15 janvier 1901, D. 1901. 1. 325 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 437.

parents du failli qui ont consenti à s'obliger pour déterminer les créanciers à accorder le concordat. La caution qui s'oblige ainsi, est tenue de payer les dettes dans la mesure où le failli reste tenu de les acquitter. Outre cette garantie conventionnelle très fréquente, les créanciers ont aussi l'hypothèque légale de l'article 490 sur les immeubles de leur débiteur (nos 1079 à 1081). Comme cela a été dit, cette hypothèque est particulièrement utile, en cas de concordat, aux créanciers formant la masse : grâce à elle, ils priment les créanciers envers lesquels le débiteur s'est obligé après le concordat. Il va de soi que cette hypothèque ne subsiste qu'autant que les créanciers n'y renoncent pas dans le concordat et qu'elle existe seulement dans la mesure où le failli concordataire est tenu de payer ses dettes ; aussi l'article 517 prescrit-il de transcrire au bureau des hypothèques le jugement d'homologation du concordat.

On a parfois soutenu que le concordat entraîne novation, de telle sorte qu'il faut considérer le failli comme tenu de dettes nouvelles dans la mesure fixée par le concordat. Il nous semble plus exact de ne pas admettre une novation, qui ne se présume pas plus en matière commerciale qu'en matière civile (art. 1273, C. civ.) ; en cas de concordat, il est naturel de penser que les parties ont voulu réduire les dettes du failli, non en changer la nature. Par suite, la prescription de trente ans n'est pas substituée à celle de cinq ans à l'égard des créanciers porteurs d'effets de commerce (art. 189, C. com.).

1161. *Questions de réduction et de rapport.* — Il n'est pas douteux que la remise consentie dans le concordat n'est pas sujette à réduction, lorsqu'un créancier laisse des héritiers à réserve ; cette remise n'est pas une libéralité et la réduction ne frappe que les donations ou les legs portant atteinte à la réserve. Au contraire, une grave controverse s'élève sur le point de savoir si les sommes dont il a été fait remise par le concordat, sont soumises au rapport, quand le failli vient avec d'autres héritiers à la succession d'un créancier. On ne saurait assurément soumettre la remise résultant du concordat au rapport comme libéralité. Mais, même à la portion remise, ne doit-on pas appliquer les règles sur le rapport des dettes (art. 829 et 830, C. civ.) ? Trois opinions sont tenues sur cette question : d'après l'une, le rapport serait toujours dû ; d'après la seconde, il n'y aurait lieu à rapport que selon une distinction spéciale ; enfin, d'après une troisième opinion, à laquelle nous adhérons, le rapport ne serait jamais dû.

Pour soutenir que le rapport est dû dans tous les cas (1), on invoque,

(1) Bordeaux, 15 août 1870, S. 1872. 2. 306 : D. 1871. 2. 235. — Labbé, dans la *Revue pratique de Droit français*, VI (1859), p. 287 et suiv.

outre l'opinion d'anciens jurisconsultes, différentes considérations. La loi oblige les héritiers au rapport des dettes (art. 829 et 830, C. civ.); en admettant même que la dette soit complètement éteinte dans la mesure fixée par le concordat, il n'en est pas moins vrai, dit-on, que l'un des héritiers a reçu une valeur et que l'égalité exige que les autres héritiers reçoivent une valeur égale. Du reste, le failli concordataire n'est pas libéré complètement de la portion remise ; il reste tenu d'après la loi positive, puisqu'il doit payer le tout pour être certain d'obtenir sa réhabilitation tant que le délai prescrit pour la réhabilitation de droit n'est pas écoulé (art. 604 et 605 modifiés par la loi du 23 mars 1908) (1). Sans doute, il ne peut être poursuivi, mais pourquoi ne serait-il pas contraint de se libérer entièrement, alors qu'on peut l'y forcer sans le priver d'aucun bien, au moyen d'un rapport en moins prenant fait à la succession d'un créancier ?

Cette opinion ne nous semble pas admissible. Le seul moyen de contrainte indirecte admis par la loi, relativement à la portion remise, consiste en ce que le failli, tant que le délai exigé pour la réhabilitation de droit n'est pas expiré, n'est pas certain d'être réhabilité avant d'avoir tout payé ; la loi n'autorise pas à exiger le paiement intégral du failli par un autre moyen.

En général, les arrêts (2) et les auteurs (3) se rangent à une opinion intermédiaire : ils admettent que le successible concordataire n'est pas tenu au rapport de la partie de la dette dont il a obtenu la remise, quand il était débiteur du *de cujus* en vertu d'un acte à titre onéreux, par exemple d'une vente ou d'un prêt à intérêt. Ils exigent, au contraire, le rapport, quand le failli était obligé envers le défunt par suite d'un acte à titre gratuit, par exemple d'un prêt sans intérêt ; ils fondent cette dernière solution sur ce que l'héritier doit rapporter tous les avantages qu'il a reçus du défunt.

Cette doctrine intermédiaire n'est pas, selon nous, plus exacte que la première, et le rapport doit être exclu dans tous les cas pour la partie de la dette remise par le concordat. Cette dette n'existe plus pour cette portion que comme dette naturelle, les obligations naturelles échappent à toute contrainte, par conséquent, au rapport. S'il y avait lieu au rapport des dettes, il serait dû, que la dette fût née d'un acte à titre gratuit ou d'un acte à titre onéreux. On ne peut pas non plus invoquer, avec la doctrine intermédiaire, la règle sur le rapport des avantages

(1) V. n° 1158 *a* et *note* 1 de la page 879.

(2-3) V. Req. 17 avril 1850, S. 1850. 1. 150 ; *J. Pal.*, 1850. 2. 225 ; D 1850. 1. 107 ; Cass., 4 novembre 1889, D. 1890. 1. 206 ; S. 1890. 1. 455 ; Demolombe, XVI, n° 384 ; Aubry et Rau (4e édit.), VI, § 631 et n° 13 ; Laurent, X, n° 640 ; Planiol, *op. citat.*, III, n° 2305.

reçus du défunt ; si ces règles s'appliquaient, le rapport devrait être dû, non pour le montant de la dette, mais dans la mesure du profit que le successible a tiré de l'acte fait avec le défunt.

1162. *A qui le concordat est opposable.* — Par dérogation à la règle : *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (art. 1165, C. civ.), le concordat dûment homologué produit, en principe, ses effets à l'égard de tous les créanciers du failli antérieurs au vote du concordat : il est obligatoire pour tous les créanciers portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, même domiciliés hors du territoire continental de la France, pour les créanciers contestés, admis ou non par provision à délibérer sur le projet de concordat (art. 516) (1). Toutefois, le concordat n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, par cela même qu'ils sont en dehors de la faillite ; il en serait autrement s'ils renonçaient à leur garantie ou s'ils se présentaient comme créanciers chirographaires, parce qu'elle est insuffisante. — Il va de soi que le concordat ne peut pas être opposé aux créanciers qui ont la masse pour débitrice (n° 1144).

Le failli concordataire est tenu civilement de payer ses dettes dans la mesure fixée par le concordat ; cette obligation est sanctionnée par les voies ordinaires et aussi par le droit pour les créanciers de demander, en cas d'inexécution, la résolution du concordat (n° 1166).

1163. Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si certaines dispositions qui ne visent expressément ni le cas du concordat ni celui de l'union, s'appliquent au premier cas comme au second (V. art. 550, dern. al., art. 553, etc., art. 558, etc., et ci-après, nos 1184 et suiv.). Parmi ces dispositions, il en est qui ont déjà été expliquées : celles des

(1) Malgré la généralité des dispositions de l'article 516, C. com., la Cour de cassation admet que le concordat n'est pas opposable aux créanciers dont les créances, se rattachant à des délits ou à des quasi-délits même antérieurs au jugement déclaratif, n'ont été reconnues que par des décisions judiciaires postérieures à l'homologation du concordat. V. notamment Cass., 19 janvier 1898, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 5 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 281 ; Cass., 22 octobre 1903, S. et *J. Pal.*, 1901. 1. 504 ; *Pand. fr.*, 1902. 1. 128 ; Cass., 11 avril 1907, S. et *J. Pal.*, 1907. 1. 433 ; *Pand. fr.*, 1907. 1. 234. Cette solution est très critiquable. Elle est en contradiction avec le principe selon lequel les dettes nées de délits ou de quasi-délits existent du jour où le fait illicite a été accompli et non pas du jour du jugement qui en constate l'existence, de telle sorte que, malgré la date du jugement postérieure à l'homologation du concordat, les dettes du failli sont antérieures, lorsque le délit ou le quasi-délit auquel elles se rattachent remonte à une date antérieure à cette homologation. V. notre *Traité de Droit commercial* (3e édit.), VII, n° 629 ; Ch. Lyon-Caen, notes dans le *Recueil de Sirey* et dans le *Journal du Palais* sous les arrêts précités de 1898 et de 1907 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (2e édit.), n° 2089, note 1.

articles 446 à 449 concernant les nullités des actes du failli antérieurs au jugement déclaratif ; ces nullités peuvent-elles être invoquées même après le concordat ? La difficulté provient de ce que ces nullités sont introduites dans l'intérêt de la masse des créanciers, qui, par suite du concordat, n'existe plus ; on en arrive, par conséquent, à se demander si elles peuvent être invoquées, soit par le failli, soit par chaque créancier individuellement Les opinions sont très divisées. La Cour de cassation a admis qu'après le concordat, les nullités des articles 446 à 449 ne peuvent plus être invoquées (1) ; on dit que ces nullités, ayant été introduites dans l'intérêt de la masse, ne peuvent plus être demandées par les créanciers quand ils ne forment plus une masse, qu'elles ne peuvent pas non plus l'être par le failli à l'égard duquel les actes frappés par les articles 446 à 449 subsistent (nº 1091). Dans une doctrine opposée, on permet au failli concordataire de se prévaloir de ces nullités dans des cas divers : les uns lui reconnaissent ce droit quand les créanciers le lui ont expressément cédé par le concordat ; les autres prétendent que, même en l'absence de toute cession, le failli a ce droit, tant qu'il n'a pas exécuté complètement le concordat, par le motif que ces actes pourraient nuire aux créanciers en empêchant l'exécution du concordat. Il est, selon nous, conforme aux principes de refuser absolument le droit de se prévaloir des nullités au failli concordataire et de le reconnaître à chaque créancier individuellement (2) : d'un côté, ces nullités ne sont pas faites pour le failli ; d'un autre côté, il est naturel de reconnaître, après le concordat, individuellement à chaque créancier les droits dont la masse jouissait collectivement avant sa disparition (analog., art. 517).

C. — *Des causes qui font tomber le concordat.*

1164. Le concordat homologué par justice est, en principe, irrévocable comme un contrat (art. 1134, C. civ.) ; il peut tomber cependant par suite d'annulation ou de résolution. La déclaration d'une seconde faillite avant l'exécution complète du concordat a des effets analogues à ceux de la résolution.

1165. DE L'ANNULATION DU CONCORDAT. — Les causes d'annulation ne sont pas aussi nombreuses que pour les contrats en général. Pour les contrats, le Code civil (art. 1109 et suiv.) reconnaît comme causes de nullité trois vices du consentement, le dol, l'erreur et la violence ; en

(1) Cass., 18 février 1878, D. 1878. 1. 10 ; Agen, 24 avril 1899, D. 1899. 2. 476.

(2) Thaller, *op. cit.* (3e édit.), nº 2095.

matière de concordat, le dol seul est une cause de nullité (art. 518). Il ne faut pas que le concordat, qu'entoure la garantie spéciale de l'homologation judiciaire, puisse être trop facilement remis en question, ce qui serait une cause de frais et de perte de temps. Le dol n'est même une cause de nullité du concordat qu'autant qu'il a consisté dans la dissimulation de l'actif ou dans l'exagération du passif (art. 518) ; ce sont des faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse (art. 591, C. com., et n° 1252). L'article 520 paraît reconnaître deux causes de nullité en plaçant à côté du dol une condamnation pour banqueroute frauduleuse après l'homologation. V. aussi art. 522, 1er al. En réalité, il n'y a là que deux manières d'exprimer une même idée ; il n'y a qu'une cause de nullité du concordat, consistant dans la dissimulation de l'actif ou dans l'exagération du passif ; seulement, les choses peuvent se passer de deux façons différentes.

a) Il se peut d'abord qu'il y ait condamnation pour banqueroute frauduleuse ; alors l'annulation doit, par cela même, être prononcée sur la demande des créanciers. *b*) Il se peut qu'il n'y ait pas eu de poursuite pour banqueroute frauduleuse ; cela ne nuit pas à l'intérêt privé des créanciers en leur enlevant le droit de faire annuler le concordat.

1166. De la résolution du concordat. — Le concordat peut être résolu lorsque le failli ne paie pas les dividendes promis (art. 520, al. 2); c'est une application de l'article 1184, C. civ., qui sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécute pas ses obligations. Conformément à l'article 1184, cette résolution n'a pas lieu de plein droit ; au lieu de demander la résolution, les créanciers peuvent exiger l'exécution du concordat et poursuivre à cet effet le failli, auquel le tribunal peut accorder des délais de grâce.

Chaque créancier a le droit de demander la résolution du concordat, par cela seul qu'il n'est pas exécuté à son égard, l'eût-il été à l'égard des autres créanciers. Le jugement rendu sur la demande d'un créancier produit, du reste, ses effets *erga omnes*, de telle sorte que le concordat est résolu pour tous ; une résolution partielle causerait de grandes complications. Il est dérogé ici, comme cela a lieu souvent en matière de faillite (n° 1045), au caractère relatif de la chose jugée.

1167. *Règles communes à l'annulation et à la résolution du concordat.* — Plusieurs règles identiques s'appliquent à l'annulation et à la résolution du concordat.

a) Le droit de demander l'annulation ou la résolution appartient à chaque créancier individuellement.

b) La demande est de la compétence du tribunal de commerce qui a homologué le concordat.

c) Les effets du jugement prononçant la résolution ou l'annulation se produisent à l'égard de tous les créanciers.

d) La faillite à laquelle le concordat avait mis fin, est ouverte de nouveau ; on est ainsi ramené à la procédure préparatoire antérieure au concordat. Dans un but de célérité et d'économie, la loi prescrit seulement de se servir autant que possible des actes qui ont été faits avant le vote du concordat (art. 522) (1). Le tribunal de commerce nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics : les scellés peuvent être apposés. Mais l'ancien bilan et l'ancien inventaire sont utilisés : les syndics dressent seulement un bilan et un inventaire supplémentaires. On ne recommence pas la vérification et l'affirmation ; on se borne à réduire ou à écarter les créances payées en tout ou en partie depuis le concordat (art. 523) et l'on ne procède à la vérification et à l'affirmation que pour les créances nées depuis le concordat (art. 522).

Après l'accomplissement de ces formalités, l'assemblée des créanciers a de nouveau à se prononcer sur la solution que la faillite doit recevoir. Il en est du moins ainsi quand le concordat a été *résolu* ; mais les créanciers n'ont pas à se prononcer sur cette question et sont nécessairement en état d'union, quand le concordat a été annulé à la suite d'une condamnation pour banqueroute frauduleuse, car cette condamnation rend tout concordat impossible (art. 510). Il semble, quoique la question soit douteuse, que le concordat ne peut pas non plus être de nouveau conclu, quand il y a eu annulation pour cause de dol ; le dol implique l'indignité du failli et le tribunal de commerce qui a annulé un premier concordat, se mettrait en contradiction avec lui-même en en homologuant un second.

e) L'annulation ou la résolution a, d'après les principes généraux, un effet rétroactif et fait considérer le concordat comme non avenu même dans le passé. Mais le Code, dans l'intérêt, soit des tiers qui ont contracté avec le failli depuis le concordat, soit des créanciers liés par le concordat, apporte à cette rétroactivité deux restrictions notables (art. 525 et 526).

Après le concordat, le failli remis à la tête de ses affaires a pu faire des actes nombreux. Si l'annulation ou la résolution avait un effet rétroactif absolu, le dessaisissement serait réputé n'avoir pas cessé et, par suite, les créanciers de la masse de la faillite terminée par le concordat pourraient faire annuler ces actes à leur égard ; mais cette solu-

(1) Cf., analog., pour le cas de conversion de la liquidation judiciaire en faillite, art. 19, *in fine*, loi du 4 mars 1889. V. n^os^ 1321 et 1322.

tion nuirait au crédit des faillis concordataires et serait d'une excessive rigueur pour les tiers de bonne foi. Les actes faits par le failli depuis l'homologation du concordat sont donc, en principe, valables. Non seulement ils ne peuvent pas être annulés à raison du dessaisissement, mais ils ne sont pas même atteints par les nullités des articles 446 à 449 : ils ne peuvent être annulés qu'en cas de fraude aux droits des créanciers, en vertu de l'article 1167, C. civ.

Le Code restreint aussi les effets de l'annulation ou de la résolution dans le passé au point de vue de la remise de dettes contenue dans le concordat. Cette remise n'est pas absolument réputée non avenue, de telle sorte que les créanciers ne recouvrent pas sans distinction le droit de réclamer le paiement intégral de leurs créances. Le Code (art. 526) distingue principalement à cet égard selon qu'il s'agit des rapports des anciens créanciers avec le failli ou des rapports de ces créanciers avec les créanciers postérieurs à l'homologation du concordat.

Contre le failli, les créanciers antérieurs au concordat rentrent dans l'intégralité de leurs droits, de telle façon que la remise ne peut plus être invoquée à leur encontre par le failli. Ainsi, un concordat avait, par exemple, fait remise au failli de 25 0/0 de ses dettes, de telle sorte que, sur une dette de 100.000 fr., il s'engageait à payer 75.000 fr. Le concordat est annulé ou résolu à un moment où un dividende de 50.000 fr. avait déjà été payé ; si un nouveau concordat n'est pas accordé, le créancier pourra se présenter dans la faillite pour 50.000 fr. et s'il obtient 10.000 fr., il aura le droit, après la clôture de l'union, de poursuivre le failli pour 40.000 fr.

La même règle ne s'applique pas dans les rapports des créanciers antérieurs au concordat avec les créanciers postérieurs au point de vue des sommes pour lesquelles les premiers peuvent produire à la faillite ouverte à nouveau. Ici, le Code fait une sous-distinction fondée sur ce que les créanciers antérieurs ont déjà touché ou n'ont pas encore touché un dividende en vertu du concordat résolu ou annulé. Les créanciers qui n'ont touché aucun dividende en vertu de ce concordat, ont le droit de produire à la faillite ouverte à nouveau pour l'intégralité de leurs créances ; si donc le concordat contenait une remise de 25 0/0, le créancier de 100.000 fr. qui n'a rien touché peut produire à la faillite pour 100.000 fr Mais la même solution n'est pas admise, quand les créanciers antérieurs au concordat ont déjà touché tout ou partie des dividendes promis (art. 526, 2e al.). Le paiement de tout ou partie de ces dividendes vaut, dans les rapports entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs, ce qu'il aurait valu sans l'annulation ou la résolution du contrat. En matière de faillite, le dividende représente la créance elle-même, de telle sorte que celui qui a

touché l'entier dividende n'a plus rien à réclamer. En conséquence, les créanciers antérieurs au concordat qui ont reçu tout le dividende, ne peuvent plus, quand il est annulé ou résolu, rien réclamer dans la nouvelle faillite. Ainsi, un concordat qui a fait remise de 25 0/0 est annulé ou résolu, le créancier de 100.000 fr. qui a reçu 75.000 fr. ne peut plus rien réclamer dans la faillite ouverte à nouveau. De même, le créancier qui a reçu une partie seulement de son dividende, perd le droit de figurer dans la masse nouvelle, non pas pour la somme même qu'il a reçue, mais pour la portion de sa créance que cette partie du dividende représente ; si, par exemple, le concordat annulé ou résolu a accordé au failli une remise de 25 0/0, le créancier de 100.000 fr. qui a reçu 37.500 fr., c'est-à-dire la moitié de son dividende, pourra produire à la faillite pour la moitié de son ancienne créance, c'est-à-dire 50.000 francs.

Cette restriction aux effets de l'annulation ou de la résolution du concordat se justifie par une raison d'équité : les nouveaux créanciers, ayant connu l'existence du concordat, ont dû compter, dans le cas où le failli a payé des dividendes, sur une extinction proportionnelle des créances antérieures.

1168. *Différences entre l'annulation et la résolution du concordat.* — On peut signaler les suivantes :

a) L'annulation provient d'un vice du concordat qui a existé dès le principe ; la résolution a sa source dans un fait postérieur.

b) Conformément au droit commun, l'action en nullité dure 10 ans à partir de la découverte du dol (art. 1304, C. civ.), et l'action en résolution 30 ans à compter du jour où le failli concordataire a manqué à ses engagements (art. 2262, C. civ.).

c) Un nouveau concordat est possible en cas de résolution, non en cas d'annulation (n° 1167, *d*).

d) L'annulation du concordat libère de plein droit les cautions que le failli avait fournies pour en assurer l'exécution (art. 520, al. 1) ; au contraire, la résolution du concordat ne libère pas ces cautions. Le législateur paraît surtout avoir redouté une collusion entre certains créanciers et la caution, qui se serait entendue avec eux pour qu'ils demandassent la résolution et non l'exécution du concordat, afin d'être déchargée. Au cas d'annulation, une pareille collusion n'est guère à supposer ; il est à craindre que cette annulation ne donne l'éveil au ministère public et ne provoque des poursuites pour banqueroute frauduleuse.

La même distinction paraît devoir être admise pour les autres garanties qui peuvent être données dans le but d'assurer l'exécution du concordat (gage, hypothèque, etc.).

1169. Déclaration d'une seconde faillite. — On peut rapprocher de la résolution pour inexécution des obligations du failli concordataire le cas de déclaration d'une seconde faillite du même commerçant ; celle-ci met obstacle à l'exécution du concordat par suite du dessaisissement qui frappe de nouveau le failli. Mais, soit par sa cause, soit par ses effets, la déclaration d'une seconde faillite diffère de la résolution.

a) La résolution provient du défaut de paiement des créanciers antérieurs au concordat ; la déclaration d'une seconde faillite a lieu en cas de non-paiement des créanciers postérieurs. D'un côté, les créanciers antérieurs ne pourraient pas demander une seconde déclaration de faillite ; la faillite d'un commerçant ne peut pas être à deux reprises déclarée à raison des mêmes créances : *faillite sur faillite ne vaut* (n° 1198). D'un autre côté, les créanciers postérieurs ne sauraient demander la résolution du concordat par cela même qu'il ne contient aucun engagement à leur égard.

b) Il y a deux faillites successives, non une faillite close par un concordat, puis ouverte à nouveau. On doit, par suite, remplir les mêmes formalités que pour la première faillite (vérification des créances, fixation d'une nouvelle date de cessation de paiements, etc.). De là résulte aussi que, pour les actes faits par le failli depuis le concordat et avant la seconde faillite, il y a lieu d'appliquer les articles 446 et suiv., C. com., et non pas l'article 1167, C. civ., comme en cas d'annulation ou de résolution (n° 1167).

A d'autres points de vue, on applique, en cas de seconde faillite, les mêmes règles qu'en cas de résolution du concordat. Ainsi, les droits des anciens créanciers déjà payés en tout ou en partie de leurs dividendes, sont dans la seconde faillite les mêmes qu'en cas de résolution à l'égard des créanciers postérieurs au concordat (art. 526, dern. al.), les cautions du concordat restent obligées, l'hypothèque de la première masse subsiste et permet aux créanciers qui la composaient de passer sur le prix des immeubles avant les créanciers de la seconde faillite.

D. — *Du concordat amiable avant ou après la déclaration de faillite.*

1170. *Concordat amiable avant faillite.* — Il arrive qu'avant toute déclaration de faillite, pour éviter les lenteurs et les frais de la faillite et le déshonneur qu'elle attire sur le failli, les créanciers concluent avec leur débiteur une convention par laquelle ils lui font remise d'une partie de ses dettes ou lui accordent des délais de paiement. On appelle

parfois cette convention antérieure à la faillite *concordat amiable* (1), par opposition au *concordat judiciaire* (c'est-à-dire soumis à l'homologation de justice). Le concordat amiable n'a pas même été prévu par le Code de commerce ; il n'y a qu'à lui appliquer les principes généraux du droit. De là résultent de nombreuses différences entre le concordat amiable et le concordat judiciaire quant aux conditions de sa formation, à ses effets et aux causes qui peuvent le faire tomber.

a) Le concordat amiable n'oblige que ceux des créanciers qui y consentent (art. 1165, C. civ.) ; aussi, pour qu'il atteigne son but, faut-il qu'il soit consenti par l'unanimité des créanciers. Un créancier dissident ou n'ayant pas pris part au vote peut poursuivre le débiteur pour sa créance entière et le faire déclarer en faillite. Par suite, l'homologation judiciaire, qui est surtout destinée à protéger la minorité en cas de concordat après faillite, n'est pas exigée pour le concordat amiable.

b) Les cautions et les coobligés du débiteur qui obtient le concordat amiable sont libérés dans la même mesure que lui (art. 1287, C. civ. *Secùs*, art. 545, C. com., et n° 1158 *b*).

c) Le concordat amiable peut être annulé pour toutes les causes entraînant la nullité des contrats. Il peut donc l'être pour dol, alors même que le dol ne consisterait pas à avoir diminué l'actif ou augmenté le passif. Cf. n° 1165.

Mais les remises contenues dans le concordat amiable n'ont pas plus le caractère de libéralités que celles que renferme le concordat judiciaire ; les créanciers qui y ont consenti ont voulu réduire leurs pertes plutôt que se montrer généreux envers leur débiteur. Il n'y a donc pas lieu à réduction de ces remises et elles ne sont pas soumises au rapport, si l'on admet avec nous qu'en cas de concordat judiciaire, le failli venant à la succession d'un de ses créanciers n'est pas tenu au rapport (n° 1161).

1170 *bis. Concordat amiable après faillite.* — Il arrive parfois qu'après le jugement déclaratif de faillite, les créanciers consentent au failli un concordat amiable selon lequel il doit être remis à la tête de ses affaires en même temps que des remises ou des délais lui sont accor-

(1) Cette expression a été parfois aussi prise dans un sens tout spécial pour désigner les concordats que des lois provisoires ont autorisé, dans des circonstances exceptionnelles, les commerçants à conclure avec leurs créanciers, pour éviter les effets de la faillite et être relevés de la qualification de faillis, notamment au point de vue des incapacités politiques. Des lois de ce genre ont été faites aux époques de révolution ou de guerre étrangère : Décret du 22 août 1848 et loi du 12 novembre 1849 ; lois du 22 avril et du 9 septembre 1871.

dés. Ce concordat est, selon les circonstances, conclu, soit avant, soit après que le jugement déclaratif a acquis force de chose jugée et, dans ce dernier cas, il l'est avant ou après la vérification et l'affirmation des créances.

Avant la loi du 4 mars 1889, des questions diverses s'élevaient sur les effets du concordat amiable postérieur au jugement déclaratif. Depuis cette loi, la validité même du concordat amiable, conclu après que le jugement déclaratif a acquis force de chose jugée, est douteuse.

Ce concordat suppose évidemment le consentement de tous les créanciers; aussi n'est-il pas soumis à l'homologation de justice et les remises qui y sont contenues libèrent-elles les cautions ou les coobligés du failli (n° 1170, *b*).

Le concordat amiable conclu *avant* que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée doit, selon la jurisprudence, entraîner, sur l'opposition ou sur l'appel, la rétractation ou l'affirmation du jugement déclaratif, encore qu'il ait été bien rendu. Cette opinion doit, selon nous, être écartée ; comme cela a été admis plus haut (n° 1052), dès l'instant où le jugement déclaratif a été bien rendu parce qu'à sa date il y avait cessation de paiements du débiteur commerçant, ce jugement ne peut être ni rétracté ni infirmé.

Le concordat amiable conclu *après* que le jugement déclaratif a acquis force de chose jugée, fait, selon de nombreuses décisions judiciaires, cesser les effets de la faillite, de telle sorte que le dessaisissement prend fin et que les créanciers recouvrent le droit de poursuite individuelle.

Il y a lieu, selon nous, de repousser cette doctrine et d'admettre, au contraire, que le concordat amiable laisse subsister le jugement déclaratif avec tous les effets y attachés. Quand la conclusion du concordat est antérieure à la vérification et à l'affirmation des créances, on peut croire à tort qu'il a été conclu avec tous les créanciers ; il est possible qu'ils ne soient pas tous connus. Il en est même ainsi après la vérification et l'affirmation des créances, et le Code ne prive pas de leurs droits ceux des créanciers qui se présentent alors que cette procédure a pris fin.

Depuis la loi du 4 mars 1889, on peut soutenir avec raison que les concordats amiables après faillite sont nuls. L'article 16 de cette loi déclare *nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes* du concordat judiciaire. Cette disposition ne vise que le cas de liquidation judiciaire ; mais on ne peut apercevoir les raisons de ne pas l'appliquer en cas de faillite. Le législateur redoute les concordats conclus

sans intervention de la justice ; les inconvénients qu'ils peuvent avoir sont les mêmes, qu'ils suivent une déclaration de faillite ou une mise en liquidation judiciaire (1).

Section II. — De l'union (2).

1171. Quand il y a union, le dessaisissement ne cesse pas, le failli n'est pas remis à la tête de ses affaires, les syndics continuent la liquidation, ils vendent les biens du failli, et le prix en est, avec les autres sommes provenant de la faillite, distribué entre les créanciers. Si les créanciers ne sont pas entièrement payés, ils rentrent dans l'exercice de leurs droits individuel et peuvent poursuivre le failli pour ce qui leur reste dû.

S'il n'intervient pas de concordat, ni simple ni par abandon, les créanciers sont de plein droit en état d'union. Il y a donc union : *a*) quand les propositions de concordat faites par le failli n'ont pas été votées par la double majorité exigée par l'article 507 ; *b*) quand le failli n'a pas présenté de projet de concordat ; *c*) quand le concordat n'est pas possible à raison d'une condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse ; *d*) quand le concordat n'a pas été homologué. Ainsi l'union n'implique pas, comme le concordat, une convention entre le failli et la majorité de ses créanciers ; elle peut se former même contrairement à leur volonté, c'est ce qui a lieu en cas de refus d'homologation. Il faut, par suite, se garder de parler du *contrat d'union ;* l'union est un état dans lequel se trouvent les créanciers à l'égard du failli par cela seul qu'il n'y a pas de concordat.

A propos de l'union, trois questions doivent être examinées : 1° comment est-elle organisée? 2° quels actes et opérations peuvent être la conséquence de l'union ? 3° comment l'état d'union prend-il fin et quelles sont les conséquences de sa dissolution ?

A. — *De l'organisation de l'union.*

1172. Quand le concordat est écarté, le juge-commissaire doit consulter l'assemblée des créanciers, tant sur les faits de la gestion des syndics définitifs que sur l'utilité de leur maintien ou de leur remplace-

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, n° 667, spécialement les incidents des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889, qui expliquent que l'article 16 de cette loi vise la liquidation judiciaire, sans faire mention de la faillite.

(2) Art. 529 à 541, C. com.

ment (art. 529, 2e al.). Ce ne sont pas seulement les créanciers chirographaires qui sont appelés à donner leur avis sur ce point, ce sont aussi les créanciers hypothécaires ou nantis de gage (art. 529, 2e al.) ; la raison en est qu'après l'union, les syndics peuvent avoir à agir, même pour ces derniers créanciers. V. n° 1178. Si les syndics définitifs sont remplacés, ils doivent rendre leurs comptes, non au failli, comme dans le cas de concordat simple, mais aux nouveaux syndics en présence du juge-commissaire, le failli dûment appelé (art. 529, 4e al.).

En principe, les syndics nommés ou maintenus au début de l'union restent en fonctions pendant toute sa durée. Toutefois, quand (ce qui est fréquent) les opérations de l'union se prolongent pendant plusieurs années, les créanciers doivent être convoqués chaque année et émettre un avis sur le point de savoir s'il y a lieu de maintenir ou de remplacer les syndics (art. 536).

B. — *Des actes et opérations qui sont la conséquence de l'union.*

1173. Les opérations qui suivent la mise du failli en état d'union, ont pour but la continuation de la liquidation commencée pendant la période préparatoire, la réalisation de l'actif du failli et les répartitions de deniers entre les créanciers. Les pouvoirs des syndics reçoivent après l'union une grande extension. Mais les actes tendant à la réalisation de l'actif et à la répartition des sommes en provenant ne sont pas les seuls ; il y a à statuer sur les secours à accorder au failli. En outre, il peut y avoir divers obstacles à la réalisation immédiate des biens ; les syndics peuvent être autorisés à continuer l'exploitation du commerce du failli, à faire des transactions, à conclure des traités à forfait.

1174. *Secours accordés au failli.* — Durant la période préparatoire, des secours peuvent être alloués au failli et à sa famille par une décision du juge-commissaire sans avis des créanciers (n° 1133). Quand il y a union, dès la première assemblée, les créanciers doivent être consultés sur la question de savoir si un secours sera accordé au failli sur l'actif ; la quotité de ce secours est fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal de commerce de la part des syndics (art. 530).

1175. *Continuation de l'exploitation du commerce du failli.* — Pendant la période préparatoire, c'est là une mesure normale ; aussi est-elle prise alors à la diligence des syndics sur l'autorisation du juge-commissaire (art. 470). Après l'union, c'est une mesure excep-

tionnelle, puisqu'en principe, tous les biens du failli doivent être convertis en argent. Il se peut, pourtant, que, même alors, il y ait intérêt à ne pas vendre immédiatement le fonds de commerce du failli ; parfois, l'état actuel des affaires ne permettrait d'en obtenir qu'un prix insuffisant. Dans l'intérêt même des créanciers du failli, le Code admet que, malgré l'union, le fonds de commerce ne soit pas vendu et que l'exploitation en soit continuée (art. 532). A cet effet, les créanciers peuvent donner mandat aux syndics ; il faut une majorité des trois quarts en nombre des créanciers vérifiés et affirmés et en sommes des créances vérifiées et affirmées (art. 532, 3e al.) (1). Le failli et les créanciers dissidents ont le droit de former opposition devant le tribunal de commerce.

Quand les syndics, continuant l'exploitation du commerce, contractent des engagements, les créanciers ne sont pas créanciers dans la masse, mais ont la masse pour débitrice. Ils peuvent, par suite, se faire payer sur l'actif de la faillite à l'exclusion de tous les créanciers du failli, même de ceux qui ont voté contre la continuation de l'exploitation. Bien plus, si les engagements contractés par les syndics excèdent l'actif de l'union, *les créanciers de la faillite qui ont voté pour la continuation de l'exploitation, sont tenus personnellement*; même au delà de leur part dans l'actif (art. 533) (n° 1144). Ils ne sont pas obligés solidairement, mais en proportion du montant de la créance de chacun comparée au passif total.

1176. *Transactions*. — On peut éviter les lenteurs et les frais en terminant par des transactions des contestations qui entravent les opérations de l'union. Les transactions sont subordonnées aux mêmes formalités et conditions que durant la période préparatoire (n° 1133), sauf une seule différence. Après l'union, l'opposition du failli ne peut pas empêcher les transactions même concernant des droits immobiliers. Quand il y a union, il faut tenir compte moins de l'intérêt du failli, qui doit être privé de tous ses biens par la réalisation à en faire, que de celui des créanciers.

Traités à forfait. — Dans beaucoup de faillites, spécialement dans

(1) L'article 532, 3e al., n'indique pas si les deux majorités exigées se calculent sur les créances et sur les créanciers auxquels se sont appliquées l'affirmation et la vérification, ou si elles se calculent sur les créances des créanciers présents et sur ces créanciers : mais la première solution n'est pas douteuse. Avec la seconde, les exigences de la loi n'atteindraient pas leur but quand le nombre des créanciers présents est restreint ou quand le montant de leurs créances est minime.

V., du reste, analogie, art. 507, C. com., modifié par l'article 15-1° de la loi du 4 mars 1889.

celles des banquiers, il y a des créances litigieuses ou qui, sans être litigieuses, sont d'un recouvrement difficile à raison du peu de solvabilité des débiteurs ou dont le recouvrement doit être éloigné à raison de l'époque lointaine de leur exigibilité. Il vaut mieux parfois se contenter de ce qu'on peut obtenir immédiatement que d'exercer des poursuites coûteuses ou d'attendre les échéances. Les syndics peuvent ou traiter à forfait avec les débiteurs, c'est-à-dire convenir avec eux qu'ils paieront immédiatement une partie de ce qu'ils doivent et qu'ils seront quittes pour le surplus ou vendre les créances à des tiers. Ces sortes de conventions sont subordonnées à plusieurs conditions ; il faut : 1° qu'une délibération des créanciers les autorise ; 2° que le failli soit appelé à émettre son avis ; 3° que le tribunal de commerce donne son autorisation (art. 570).

Du reste, le cessionnaire des droits dont il s'agit n'est soumis au retrait litigieux de la part de ceux contre lesquels ces droits existent qu'en tant qu'ils sont litigieux dans le sens des articles 1699 et 1700, C. civ.

1177. VENTE DES BIENS DU FAILLI. — On n'attend assurément pas, pour faire des répartitions entre les créanciers, que tous les biens du failli aient été vendus ; autrement, on causerait parfois un grave préjudice aux créanciers en leur imposant une longue attente. Une répartition se fait toutes les fois que les sommes disponibles sont suffisantes : la loi s'en remet sur ce point au juge-commissaire (n° 566). Comme ces répartitions supposent ordinairement des ventes antérieures, il est naturel de traiter successivement des ventes des biens du failli et des répartitions entre les créanciers. Les formes des ventes diffèrent selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Ventes de meubles. — Tous les meubles sans distinction (1) sont vendus (art. 534) ; il n'est besoin ni de l'autorisation du juge-commissaire, ni de l'appel du failli, comme durant la période préparatoire. Cpr. art. 534 et 486. Par cela même qu'il s'agit de ventes forcées, elles ne peuvent être faites qu'aux enchères et par les officiers publics compétents. V. nos 429 à 431 et 858.

1178. *Ventes d'immeubles.* — La vente des immeubles peut être provoquée par les syndics. Eux seuls même ont ce droit quand il n'y a pas eu de poursuites commencées avant l'union par des créanciers hypothécaires ou privilégiés (art. 572) ; ces créanciers n'ont plus aucun intérêt à poursuivre individuellement une vente à laquelle les

(1) Des difficultés spéciales se présentent au cas de vente du fonds de commerce. V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 688.

syndics vont procéder et il est utile que les procédures soient centralisées.

Autant que possible, les syndics doivent faire procéder à la vente dans la huitaine (art. 572) ; ils ont à se pourvoir de l'autorisation du juge-commissaire (1) qui peut ainsi empêcher des ventes inopportunes. Dans un but de célérité et d'économie, la vente des immeubles du failli se fait dans les formes des ventes des biens des mineurs et non dans celles des ventes sur saisie (art. 572, *in fine*). V. art. 952 et suiv., C. proc. civ. Il y a cependant entre les ventes des immeubles du failli et les ventes des immeubles des mineurs plusieurs différences : d'abord, il ne peut être question, pour la vente des immeubles du failli, de l'avis des parents (art. 953, C. proc. civ.), ni de l'appel du subrogé tuteur à la vente ; enfin, les règles de la surenchère ne sont pas identiques (n° 1179).

Le tribunal *civil* du lieu où s'est ouverte la faillite est seul compétent pour ordonner la vente de l'immeuble, sauf à lui à commettre, pour procéder à la vente, un notaire du lieu de la situation ou même à donner commission rogatoire au tribunal de la situation des biens pour procéder à la vente (2).

1179. *Folle enchère*, *surenchère*. — L'adjudication n'est pas nécessairement définitive : elle peut, comme les autres adjudications en général, être suivie d'une folle enchère ou d'une surenchère. La folle enchère est régie par les règles générales de l'article 994, C. proc. civ. Mais l'article 572, C. com., admet, pour la surenchère, des dispositions qui s'écartent à la fois de celles qui régissent la surenchère, après l'adjudication des biens de mineurs ou après saisie (art. 708 et suiv., C. proc. civ.), et la surenchère admise, en cas d'aliénation volontaire, au profit des créanciers hypothécaires et privilégiés (C. civ., art. 2185 et suiv.). 1° La surenchère de l'article 573, C. com., doit être faite dans la quinzaine de l'adjudication ; 2° elle doit être du dixième du prix, au moins : 3° toute personne (par conséquent, même un créancier chirographaire) peut surenchérir ou concourir à l'adjudication suivant la surenchère ; 4° la surenchère se fait au greffe du tribunal civil dans les formes prescrites par les articles 710 et 711, C. proc. civ.

Deux cas peuvent se présenter : il y a une surenchère ou aucune surenchère ne se produit. — Quand il y a une surenchère en vertu de l'article 573, C. com., la nouvelle adjudication est définitive, même à

(1) L'autorisation du juge-commissaire est une condition substantielle de la vente : Cass., 23 juin 1896, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 389 ; D. 1897. 1. 57 ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 31.

(2) Toulouse, 24 février 1903, S. et *J. Pal.*, 1903. 2. 209 ; D. 1903. 2. 128 ; *Pand. fr.*, 1903. 2. 325. Cf. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 693.

l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés, *surenchère sur surenchère ne vaut* (art. 965. C. proc. civ.). Au contraire, quand il n'y a pas de surenchère dans les termes et dans les délais de l'article 573, C. com., il va sans dout de soi que le prix est fixé définitivement à l'égard des créanciers chirographaires; mais l'est-il aussi à l'égard des créanciers hypothécaires ou privilégiés, de telle sorte que ceux-ci n'ont même pas la faculté de surenchérir en vertu des articles 2185 et suiv., C. civ.? Si cette faculté de surenchère restait ouverte aux créanciers hypothécaires et privilégiés, même après l'expiration des délais de l'article 573, C. com., il faudrait, pour se mettre à l'abri du droit de suite des créanciers, que l'adjudicataire après union remplît les formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.). Aussi formule-t-on souvent cette question ainsi : *l'adjudication des immeubles du failli après l'union opère-t-elle, par elle-même, la purge des hypothèques ?*

On sait que, parmi les adjudications, les unes opèrent la purge par elles-mêmes, tandis que les autres n'entraînent la purge, comme les aliénations volontaires, qu'après l'accomplissement des formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.) : dans la première catégorie, sont les adjudications sur saisie (art. 717, C. proc civ.) ; dans la seconde, se trouvent les adjudications de biens de mineurs, d'immeubles dotaux (art. 953 et suiv., art. 985, 997, 1001, C. proc. civ.).

On soutient, dans une première opinion, que l'adjudication après union ne fixe pas définitivement le prix à l'égard des créanciers privilégiés et hypothécaires; qu'en conséquence, il y a lieu de remplir, à leur égard, les formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.). En ce sens, on fait observer que le Code de commerce (art. 572) assimile la vente des immeubles après union, à la vente des immeubles des mineurs et que certainement celle-ci n'entraîne pas la purge par elle-même. On ajoute que si, en cas d'adjudication sur saisie, la purge de plein droit est admise, c'est que les créanciers hypothécaires sont liés à la procédure par la sommation qui leur est faite de prendre communication du cahier des charges et d'assister à l'adjudication (art. 692, C. proc. civ.), de telle sorte qu'ils sont mis en demeure de faire tout le nécessaire pour la sauvegarde de leurs droits : il n'y a rien de semblable en cas d'adjudication après union.

Malgré la force de cette argumentation, nous croyons, avec la Cour de cassation (1), que la purge est opérée de plein droit à l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés par l'adjudication après union

(1) Civ. Cass., 3 août 1864, S. 1864. 1. 381 ; *J. Pal.*, 1864. 1077 ; D. 1864. 1. 330 ; 4 juin 1889, S. 1890. 1. 65 ; *J. Pal.*, 1890. 140 ; D. 1890. 1. 134 ; *Pand. fr.*, 1889. 1. 541 ; Douai, 28 juin 1894, D. 1895. 2. 161.

et que, par suite, s'il n'y a pas eu surenchère dans les termes de l'article 573, C. com , la purge n'a pas besoin d'être opérée conformément aux articles 2181 et suiv., C. civ. L'adjudication après union est une adjudication forcée ; si elle est assimilée par le Code (art. 572) à l'adjudication des immeubles des mineurs, c'est exclusivement au point de vue de ses formes, et la purge n'est pas une question de forme. D'ailleurs si, en cas d'union, les créanciers hypothécaires et privilégiés ne sont pas liés à la procédure à l'aide de sommations comme en cas d'adjudication après saisie, du moins ils sont avertis de la faillite par la large publicité dont elle est entourée ; il ne tient qu'à eux d'avoir connaissance de l'adjudication et d'y intervenir. Le Code paraît bien vouloir qu'après l'adjudication faite dans les termes de l'article 573, tout soit terminé, dès que la surenchère prévue par cet article n'a pas lieu.

Les motifs de cette solution n'existent que pour les créanciers hypothécaires ou privilégiés qui sont créanciers personnels du failli. Aussi l'adjudication n'emporte pas purge à l'égard des créanciers hypothécaires ou privilégiés qui, tenant leurs droits d'un propriétaire plus ancien, ont seulement le droit de suite contre le failli.

1179 *bis*. Par cela même que la vente faite *avant* union est une vente volontaire (n° 1133 *f*), la purge n'en résulte pas de plein droit à l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés. Il faut, pour que le droit de suite disparaisse, que l'adjudicataire remplisse les formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.).

1180. *Répartitions entre les créanciers*. — Les deniers provenant des ventes et des recouvrements sont, sous déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire pour le montant des dépenses et frais, versés immédiatement à la Caisse des dépôts et consignations (art. 489) : les syndics remettent, tous les mois, au juge-commissaire un état de situation de la faillite et des deniers ainsi déposés. Le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers soient avertis (art. 566). Selon la volonté du juge-commissaire, le syndic peut retirer les deniers déposés, de façon que les créanciers reçoivent de lui les sommes auxquelles ils ont droit, ou bien le juge-commissaire ordonne que les versements seront faits directement par la Caisse des dépôts et consignations entre les mains des créanciers de la faillite sur un état de répartition dressé par les syndics et ordonnancé par le juge-commissaire (art. 489) ; dans ce dernier cas, un mandat sur la Caisse est remis à chaque créancier.

Il faut empêcher qu'un dividende ne soit touché par une personne n'y ayant pas droit. Aussi aucun paiement ne peut être fait par le syn-

dic à un créancier que sur la présentation du titre de la créance et sur ce titre le syndic mentionne la somme payée : le juge-commissaire peut autoriser le paiement sur le vu du procès-verbal de vérification quand il y a impossibilité de représenter le titre (perte ou absence de titre). Enfin, le créancier donne quittance en marge de l'état de répartition (art. 569).

1181. Sur les sommes à répartir on prélève : 1° *les frais et dépenses de l'administration de la faillite ;* 2° *les secours accordés au failli et à sa famille ;* 3° *les sommes dues aux créanciers privilégiés*. Quand il s'agit d'un créancier gagiste ou de tout autre créancier ayant un privilège fondé sur le nantissement, les syndics peuvent trouver qu'il y a intérêt à ne pas le laisser procéder lui-même à la vente. Ils ont le droit, pour rentrer ou rester en possession du gage, de prendre sur les deniers disponibles somme suffisante pour payer le créancier ; c'est une dépense qui se rattache à l'administration de la faillite (art. 547 et 551).

Ces prélèvements opérés, les sommes à répartir sont distribuées *au marc le franc*, c'est-à-dire proportionnellement au montant de leurs créances, entre tous les créanciers vérifiés et affirmés (art. 565). Seulement, en faisant ces répartitions, on doit avoir soin de mettre en réserve : 1° la part correspondant aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés à l'étranger ou dans les colonies françaises ont été portés sur le bilan (art. 567) ; — 2° la part de réserve afférente aux créances contestées et sur l'admission desquelles il n'a pas encore été statué définitivement (art. 568, 2e al.) ; — 3° la part afférente aux créances conditionnelles, quand la condition dont elles dépendent ne s'est pas encore accomplie. Cette réserve ne serait pas faite si l'on prélevait payer immédiatement les créanciers conditionnels à la charge par eux de donner caution de restituer en cas de défaillance de la condition (n° 1071).

1181 *bis*. Les dividendes déposés à la Caisse des dépôts et consignations sont productifs d'un intérêt de 2 p. 100. Cet intérêt doit-il profiter au créancier ou, au contraire, doit-il revenir à la masse et donner lieu, par suite, à des répartitions supplémentaires au marc le franc entre les créanciers ?

Il ne paraît pas sérieusement contestable que l'intérêt doit profiter au créancier (1). Il serait injuste que celui-ci souffrît de la contestation dont sa créance a été l'objet. Il serait à craindre autrement que les syndics ne se laissassent entraîner trop facilement à contester des créan-

(1) Cass., 26 octobre 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 5 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 241.

ces. La somme consignée est, du reste, considérée comme ayant appartenu rétroactivement au créancier qui la touche (1).

1182. DROITS RESPECTIFS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES OU PRIVILÉGIÉS ET DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES. — Les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent se faire payer, non seulement sur les biens qui leur sont affectés, mais encore sur tous les autres biens du débiteur. Mais peuvent-ils indifféremment se présenter d'abord dans la masse chirographaire, ou n'ont-ils le droit d'y figurer qu'en cas d'insuffisance du bien qui leur est affecté ? Il faut distinguer entre les créanciers hypothécaires ou ayant des privilèges spéciaux sur les immeubles, les créanciers ayant des privilèges généraux, les créanciers gagistes ou ayant des privilèges mobiliers spéciaux.

1183. *Créanciers hypothécaires ou ayant des privilèges spéciaux sur les immeubles.* — Deux cas peuvent se présenter : ou bien l'ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble grevé avant la répartition des deniers compris dans la masse chirographaire ou cette répartition a lieu avant l'ouverture de l'ordre.

Le cas où l'ordre s'ouvre le premier est très simple (art. 552) : les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont colloqués dans l'ordre pour les sommes qui, d'après leur rang, peuvent leur revenir. S'ils sont ainsi complètement désintéressés, ils n'ont évidemment plus rien à réclamer dans la masse chirographaire. S'ils ne viennent pas en ordre utile, ils figurent dans cette masse pour l'intégralité de leurs créances ; s'ils ont été désintéressés en partie, ils concourent avec les créanciers chirographaires pour ce qui leur reste dû.

Le cas où les répartitions chirographaires précèdent l'ordre est plus compliqué : les créanciers hypothécaires et privilégiés peuvent y participer immédiatement pour leurs créances entières (art. 553). Seulement, quand l'ordre s'ouvre ensuite, on procède à des rectifications destinées à empêcher que les créanciers chirographaires ne soient plus maltraités que si l'ordre s'était ouvert antérieurement (art. 554 et 555).

Il va d'abord de soi que, si les créanciers hypothécaires ou privilégiés ayant participé aux répartitions chirographaires ne sont pas colloqués en ordre utile sur l'immeuble grevé, ils conservent tout ce qu'ils ont touché dans ces répartitions. Pour qu'il y ait lieu à une rectification, il faut que les créanciers viennent en ordre utile sur le prix de l'immeuble grevé pour la totalité (art. 554) ou pour une partie de leurs créances (art. 555).

(1) M. Thaller a soutenu l'opinion contraire. V. note dans le *Recueil de Dalloz*, 1889. 2. 217. Notre savant collègue paraît l'abandonner. V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2150.

Si le créancier hypothécaire ou privilégié vient en ordre utile pour la totalité de sa créance sur le prix de l'immeuble, on déduit du montant de la collocation hypothécaire tout ce qu'il a touché dans la masse chirographaire ; la somme déduite n'est pas attribuée aux créanciers hypothécaires subséquents, mais versée dans la masse chirographaire (art. 554). Si donc, par exemple, un créancier hypothécaire de 100.000 fr. a touché dans les répartitions chirographaires 10.000 fr. et touche ensuite, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble grevé, 100.000 fr., on déduira de cette dernière somme 10.000 fr. qui seront versés à la masse chirographaire ; c'est le résultat qui se serait produit si l'ordre avait précédé les répartitions chirographaires.

Lorsque le créancier hypothécaire ou privilégié ne vient en ordre utile sur le prix de l'immeuble que pour une partie de sa créance, il restitue à la masse chirographaire tout ce qui dépasse le dividende qu'il aurait touché dans le cas où l'ordre se serait ouvert avant les répartitions chirographaires (art. 555). Supposons, par exemple, qu'un créancier hypothécaire de 100.000 fr. ait touché dans les répartitions chirographaires un dividende de 10 0/0, soit 10.000 fr., et qu'il obtienne ensuite dans l'ordre 50.000 fr., il aura à reverser dans la masse chirographaire 5.000 fr., de telle façon qu'il n'aura au total que 55.000 fr. Le même résultat se serait produit si l'ordre avait précédé la répartition chirographaire : il aurait touché 50.000 fr. dans l'ordre et, demeurant créancier de 50.000 fr., il aurait reçu 10 0/0, soit 5.000 fr. dans les répartitions chirographaires (1).

1184. Les dispositions des articles 553 à 555 qui viennent d'être expliquées, s'appliquent certainement au cas d'union. Sont-elles aussi applicables en cas de concordat simple ? La question revient à se demander si, dans le concordat simple, les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent se faire payer, avant l'ordre, un dividende par le failli, sauf ensuite, s'ils sont colloqués utilement dans l'ordre, à rendre au failli les sommes auxquelles ils n'auraient pas eu droit, si l'ordre avait été ouvert tout d'abord. On a soutenu qu'il y a lieu d'appliquer, même au cas de concordat simple, les articles 553 à 555, en se fondant sur ce que ces dispositions se trouvent dans le chapitre VII du titre I, livre III, qui, en général, régit la faillite, quelle que soit la solution qu'elle reçoive. Au contraire, on prétend, dans une autre opinion, que les articles 553 à 555 sont inapplicables en cas de concordat simple, et

(1) On s'accorde généralement à étendre, par identité de raison et à cause de leur évidente équité, les dispositions des articles 553 à 555 au cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. V. Demolombe, XV, n° 353 ; Aubry et Rau, VI (4e édit.), § 580, p. 251, et § 618, p. 461.

que, par suite, si le failli concordataire a payé des dividendes à un créancier hypothécaire ou privilégié avant le règlement des droits de celui-ci sur l'immeuble grevé, le failli ne peut obtenir la distraction à son profit d'une partie de la collocation hypothécaire de ce créancier. On a dit, en ce sens, que les articles 553 et suiv. supposent une faillite encore subsistante, puisqu'ils ont pour but de protéger la masse des créanciers chirographaires que le concordat fait disparaître. Nous croyons préférable d'admettre que la question de l'application, au cas de concordat, des articles 553 à 555 ne peut pas se présenter, à raison de ce que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne peuvent pas, tant que l'ordre n'est pas réglé, réclamer au failli une part dans les dividendes promis par le concordat. L'article 556, en effet, n'admet les créanciers hypothécaires et privilégiés à invoquer le concordat que quands ils ne viennent pas en ordre utile.

1185. *Droits respectifs des créanciers ayant des privilèges généraux et des créanciers chirographaires.* — Il faut tenir ici compte de l'article 2105, C. civ., qui n'admet les premiers de ces créanciers à exercer leurs privilèges sur les immeubles qu'en cas d'insuffisance ou à défaut de meubles. Il résulte de là : 1° que, si l'on commence par distribuer le prix des meubles du failli, les créanciers ayant un privilège général figurent à cette distribution jusqu'à parfait paiement et ne viennent dans la masse hypothécaire qu'autant que le prix des meubles n'a pas suffi pour les désintéresser ; 2° que, si la distribution du prix des immeubles a lieu tout d'abord, ces créanciers peuvent se faire payer intégralement, sauf à reverser ensuite dans la masse hypothécaire ce qu'ils auront reçu, quand le prix des meubles aurait suffi pour les désintéresser.

1186. *Droits respectifs des créanciers gagistes et des créanciers chirographaires.* — On distingue selon que le créancier gagiste a ou non fait vendre le gage avant toute répartition chirographaire. Quand la vente du gage a précédé ces répartitions, le créancier payé en partie sur le prix du gage ne participe que pour l'excédent aux répartitions chirographaires. Quand, au contraire, le créancier gagiste n'a pas encore fait vendre le gage lors des répartitions chirographaires, il n'y est pas compris ; l'article 546 décide, en effet, que, dans ces répartitions, le créancier gagiste n'est inscrit que pour mémoire. Il y a ainsi une différence profonde entre la solution admise pour les créanciers hypothécaires par les articles 554 et 555 et celle que consacre pour les créanciers gagistes l'article 546. La réalisation du gage se fait à peu de frais et promptement, tandis que la vente d'un immeuble hypothéqué donne lieu à une procédure longue et coûteuse. On peut donc, en général, dire que, si un créancier gagiste ne réalise pas le gage, c'est

qu'il y trouve une sûreté suffisante, tandis que ce sont souvent les lenteurs et les frais de la procédure qui empêchent un créancier hypothécaire de faire vendre l'immeuble grevé avant les répartitions chirographaires. Il faut reconnaître que la situation faite au créancier gagiste est d'une excessive rigueur quand il ne peut pas faire vendre le gage à raison de ce que sa créance n'est pas encore exigible. Cf. n° 1073.

C. — *De la clôture de l'union et de ses effets. De la déclaration d'excusabilité.*

1187. Quand tous les biens du failli ont été vendus et quand toutes les sommes en provenant ont été réparties entre les créanciers, les opérations de l'union sont terminées. Toutefois, pour que l'union soit considérée comme dissoute, une dernière assemblée de créanciers doit être réunie (art. 537, dern. al.). Dans cette assemblée, les syndics rendent leur compte aux créanciers en présence du failli ou lui dûment appelé (art. 537, 2e al.), puis les créanciers donnent leur avis sur son excusabilité (art. 537, 3e al.). Le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire, déclare si le failli est ou non excusable (art. 538).

1188. La dissolution de l'union fait cesser le dessaisissement pour l'avenir en ce qui concerne les biens que l'ex-failli peut acquérir par la suite, et rend aux créanciers l'exercice de leurs actions individuelles (art. 539). Chaque créancier peut donc saisir les biens de son débiteur ou l'actionner en justice. Avant la loi du 22 juillet 1867, chaque créancier recouvrait le droit d'exercer la contrainte par corps. Le failli ne pouvait même pas s'y soustraire par la cession de biens (art. 541. al. 1) ; du reste, après l'union, cette cession n'aurait eu aucune signification, par cela même que tous les biens du failli ont été vendus. Le failli échappait à la contrainte par corps, quand le tribunal l'avait déclaré *excusable* ; la déclaration d'excusabilité a perdu en grande partie cette utilité avec l'abolition de la contrainte par corps (1) et a conservé seulement une valeur morale. Il faut ajouter qu'en vertu de la loi du 5 août 1899 (art. 7-7°) sur le casier judiciaire, les déclarations de faillite ne sont pas inscrites sur le Bulletin n° 3 délivré à la personne qu'il concerne, si le failli a été déclaré excusable.

1189. Les créanciers non désintéressés ont bien le droit individuel

(1) Nous disons *en grande partie*, parce que la contrainte par corps est encore admise dans certains cas et que l'excusabilité supprime le droit d'y recourir dans ces cas ; Agen, 24 février 1902, D. 1902. 2. 249. Cf. du reste, n° 1068.

de saisie ; mais ils ne peuvent pas, après la clôture de l'union, faire déclarer de nouveau leur débiteur en faillite : *faillite sur faillite ne vaut*. Ce droit n'appartient qu'aux créanciers envers lesquels le failli s'est obligé après la clôture de l'union ; si ceux-ci usent de ce droit, les créanciers antérieurs peuvent produire à la faillite. Cf. n° 1169.

Toutefois, si, après la clôture de l'union, on découvre des biens du failli qui n'ont pas encore été vendus par les syndics. il semble juste d'admettre qu'en ce qui concerne ces biens, la faillite sera ouverte de nouveau et que les syndics auront à faire procéder à la vente et à la répartition du prix. Cette découverte prouve qu'on s'est trompé en considérant l'union comme dissoute, alors que sa dissolution suppose la vente de tous les biens du failli. Par suite, le dessaisissement ayant subsisté quant à ces biens, l'aliénation qu'en aurait faite le failli ne serait pas opposable aux créanciers (1).

Section III. — Du concordat par abandon d'actif (2).

1190. On désigne sous ce nom un traité par lequel le failli fait à ses créanciers abandon de tout ou partie de ses biens, sous la condition qu'il sera libéré envers eux, quand même le prix de la vente des biens abandonnés ne suffirait pas pour les désintéresser complètement. Le concordat par abandon d'actif a un caractère mixte : il tient à la fois de l'union et du concordat simple. Il tient de l union en ce que le failli ne conserve pas ses biens qui sont vendus pour payer les créanciers ; il tient du concordat simple en ce que les créanciers consentent, comme ils le font le plus souvent dans le concordat simple, à faire remise au failli de ce qu'ils ne pourront pas toucher sur le prix des biens.

Cette solution de la faillite n'était prévue ni par le Code de 1807, ni par la loi de 1838. Cette forme de concordat s'était introduite pourtant dans la pratique ; la validité n'en était pas douteuse : on peut insérer dans un concordat toutes les clauses non contraires à l'ordre public. Cette solution présente, du reste, des avantages pour les créanciers et pour le failli : les créanciers, quand ils n'ont pas pleine confiance dans le débiteur, ne lui remettent pas l'administration des biens comme en cas de concordat simple ; en outre, le failli échappe à la défaveur qui pèse sur celui qui n'obtient pas de concordat et il est libéré en partie

(1) Cass., 20 décembre 1885 ; Cass., 4 janvier 1898, D. 1898. 1. 228 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 455.

(2) C. com., art. 541, 2e, 3e et 4e al.

de ses dettes. Mais le défaut de réglementation par la loi du concordat par abandon avait des inconvénients : les répartitions se faisaient arbitrairement par un agent auquel ne s'appliquaient pas les dispositions du Code de commerce ; comme il n'y avait plus de juge-commissaire, des faits de banqueroute frauduleuse restaient cachés et ne donnaient pas lieu à des poursuites ; le failli, a défaut d'une comptabilité bien tenue, était plus tard parfois hors d'état de justifier de paiements nécessaires à sa réhabilitation. La loi du 17 juillet 1856 a réglementé le concordat par abandon par des dispositions qui ont, à tort, été placées dans l'article 541; C. com. (n° 1192).

1191. FORMATION DU CONCORDAT PAR ABANDON. — Il faut, comme pour le concordat simple : 1° la majorité des créanciers en nombre et la majorité des deux tiers en sommes ; 2° l'homologation du tribunal de commerce ; 3° l'absence de banqueroute frauduleuse (n^os^ 1147 et suiv.).

1192. EFFETS DU CONCORDAT PAR ABANDON. ANNULATION. — Le dessaisissement ne cesse pas pour les biens compris dans l'abandon ; ils sont vendus et il est procédé à la répartition du prix entre les créanciers. Les syndics ont les mêmes pouvoirs et la liquidation de l'actif se fait comme s'il y avait union (art. 541) ; ainsi, l'on ne peut dire que le concordat par abandon permet d'éviter les frais et les lenteurs de la liquidation après union. Il est certain que les articles 552 à 555 sont applicables et que la masse subsistant peut invoquer les articles 446 à 449, C. com.

Le failli est, après la vente des biens, libéré envers ses créanciers, même pour ce dont ses dettes excèdent le prix des biens vendus. Il y a ainsi dans le concordat par abandon une remise ; elle a le même caractère et les mêmes effets que celle qui est ordinairement contenue dans le concordat simple (n^os^ 1157 et suiv.).

Les effets du concordat par abandon montrent que le législateur s'est trompé en présentant, dans l'article 541 modifié en 1856, le concordat par abandon comme une dérogation à la règle selon laquelle la cession de biens n'est pas admise en cas de faillite. Le concordat par abandon n'a aucun rapport avec la cession de biens : celle-ci faisait échapper le débiteur à la contrainte par corps (art. 1268, C. civ.), mais ne le libérait d'aucune partie de ses dettes. Le concordat libère le failli, mais ne produisait aucun effet quant à la contrainte par corps exclue par cela même qu'il y avait faillite. La seule institution ayant de l'analogie avec la cession de biens était la déclaration d'excusabilité (n° 1188).

Le concordat par abandon peut être annulé pour les mêmes causes que le concordat simple. Mais, par cela même que le failli qui fait

l'abandon ne contracte aucun engagement envers ses créanciers, il ne peut être question de la résolution du concordat par abandon pour inexécution des obligations du failli. Il en est, toutefois, autrement quand le failli, en faisant abandon de ses biens, promet un dividende ; le non-paiement de celui-ci permet alors de demander la résolution du contrat.

Section IV. — De la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif (1).

1193. — Le Code de 1807 n'avait pas prévu le cas assez fréquent où, dans une faillite, les fonds manquent pour continuer les opérations (2). Quand ce cas se produisait, les opérations de la faillite étant arrêtées en fait, les syndics ne s'en occupaient plus et, si le failli parvenait à acquérir des biens, les créanciers ne pouvaient ni les saisir, ni exercer la contrainte par corps, le droit de poursuite individuelle étant suspendu. Aussi des commerçants attendaient-ils, avant de se faire déclarer en faillite, d'avoir un actif insuffisant pour pourvoir aux frais, et ainsi, ils avaient l'avantage de se mettre à l'abri de toutes poursuites, spécialement de la contrainte par corps. La loi de 1838 a remédié à ces inconvénients en organisant la clôture pour insuffisance d'actif et son but a été atteint au moins jusqu'à la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale opérée par la loi du 22 juillet 1867. Mais, depuis que cette réforme a été faite, les commerçants ne redoutent plus guère la restitution du droit de poursuites individuelles résultant de la clôture pour insuffisance d'actif. Aussi celle-ci est-elle devenue très fréquente ; souvent les commerçants ne sont déclarés en faillite sur la demande de leurs créanciers que lorsque leur actif est insuffisant pour subvenir aux frais des opérations de la faillite (3).

(1) C. com. art. 527 et 528. — Elle n'a pas été expressément prévue par la loi du 4 mars 1889, mais rien ne s'oppose en droit à ce qu'elle soit prononcée en cas de liquidation judiciaire. V. n° 1318.

(2) Ce cas peut se produire malgré l'article 461, d'après lequel le Trésor fait l'avance des frais (n° 1133) ; d'abord, il ne s'agit là que des premiers frais à faire après le jugement déclaratif ; puis, le Trésor n'est pas tenu de faire l'avance quand la situation de la faillite est telle qu'il n'y a pas espoir de se faire rembourser ces frais.

(3) La liquidation judiciaire a été introduite à côté de la faillite surtout pour remédier à cette fâcheuse situation. On a espéré, par l'attrait du bénéfice de cette liquidation, déterminer un grand nombre de commerçants à révéler, dès que la cessation de paiments se produit, leur situation embarrassée. V. n° 1278.

1194. Quand le cours des opérations de la faillite est arrêté par suite de l'insuffisance de l'actif, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union, le tribunal de commerce peut, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer la clôture des opérations de la faillite, soit sur la demande d'un intéressé, soit même d'office (art. 527, 1er al.).

1195. Les effets de la clôture pour insuffisance d'actif peuvent se résumer dans les deux règles suivantes : 1° les créanciers recouvrent chacun leur droit de poursuite individuelle ; 2° la faillite elle-même n'est pas close, le fonctionnement en est seulement arrêté.

1196. Chaque créancier a donc le droit de saisir les biens du failli : avant la loi du 22 juillet 1867, chacun recouvrait le droit d'exercer contre le failli la contrainte par corps (art. 528). On veut ainsi exciter le failli à faire tous ses efforts pour se procurer les sommes nécessaires à la continuation des opérations de la faillite. En outre, par cela même que les créanciers sont nombreux et habitent dans des lieux divers, ils apprennent plus aisément que le syndic les acquisitions réalisées par le failli. Cette restitution du droit de poursuite individuelle est rigoureuse et l'était surtout quand la contrainte par corps existait. Aussi, pour donner le temps au failli de se procurer des fonds, l'exécution du jugement qui prononce la clôture pour insuffisance d'actif, est suspendue pendant un mois à partir de sa date (art. 527, *in fine*). En outre, le failli ou tout intéressé peut faire rapporter ce jugement en justifiant qu'il existe des fonds suffisants pour faire face aux opérations de la faillite ou en faisant consigner entre les mains des syndics la somme suffisante pour y pourvoir (art. 528).

1197. Mais, à tous autres égards que la suspension du droit de poursuite individuelle, les effets du jugement déclaratif continuent à se produire. Le jugement de clôture pour insuffisance d'actif suspend les opérations de la faillite, sans mettre fin à la faillite elle-même. Le dessaisissement subsiste donc avec tous les effets y attachés (1) ; de là découlent notamment les conséquences suivantes : *a*) Les syndics conservent leurs fonctions ; les sommes dues au failli ne peuvent être payées valablement qu'entre leurs mains. *b*) Si le failli est actionné en justice par des créanciers, les syndics peuvent intervenir afin d'assurer l'égalité entre les créanciers. *c*) Les syndics peuvent s'opposer au nom de la masse à ce que le failli fasse une opération au préjudice de celle-ci.

(1) Sur l'exercice des actions en justice, Cf. Lyon, 11 juillet 1901, *Journal des faillites*, 1902, p. 356 ; Cass , 5 juin 1896, *Pand. fr.*, 1897. 1. 93 : *Journal des faillites*, 1896, p. 385 ; 31 mai 1897, D. 1897. 1. 383 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 75.

Quand un créancier, usant du droit de poursuite individuelle, s'est fait payer sur les biens du failli, conserve-t-il ce qu'il a ainsi reçu, alors même que le jugement de clôture est rapporté ? Il semble bien qu'il en doit la restitution, de façon que la somme payée profite à la masse (1). La clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas cesser le dessaisissement par suite duquel un créancier ne peut se faire payer au détriment des autres. L'article 528, 2e al., paraît confirmer cette solution, en décidant que les frais des poursuites individuelles sont remboursés au créancier qui les a faits ; cela ne se concevrait pas si ces poursuites devaient profiter seulement au créancier qui les a exercées.

L'état créé par la clôture pour insuffisance d'actif peut se continuer indéfiniment ou cesser par la reprise des opérations de la faillite : le premier cas se réalise quand le failli n'acquiert pas de nouvelles ressources, le second quand le jugement de clôture est rapporté (n° 1196).

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas, comme l'union et le concordat, une solution de la faillite, puisque la faillite subsiste avec tous ses effets, à l'exception d'un seul, la suspension des poursuites individuelles. La faillite devient même définitive, si le jugement de clôture n'est pas rapporté, ce qui est le cas le plus fréquent (2).

(1) Paris, 6 août 1896, D 1897. 2. 87.

(2) Cpr., pour la clôture pour insuffisance d'actif en cas de liquidation judiciaire, n° 1318.

CHAPITRE V.

DES DIVERS DROITS QUI PEUVENT ÊTRE INVOQUÉS CONTRE LA FAILLITE. DE LA REVENDICATION. DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES. DES DROITS DE LA FEMME DU FAILLI. DES DROITS DES CRÉANCIERS CONTRE LES CODÉBITEURS SOLIDAIRES ET LES CAUTIONS.

1198. Toutes les personnes ayant des droits à invoquer contre une faillite ne sont pas des créanciers. Certaines sont propriétaires de biens détenus par le failli ; elles peuvent les revendiquer et ne sont pas soumises à la loi du dividende. En outre, parmi les créanciers, il y en a qui ont un privilège ou une hypothèque, d'autres qui ont, soit des débiteurs solidaires, soit un débiteur principal et une caution. La loi a dû déterminer les cas principaux dans lesquels la revendication est possible, fixer les privilèges et les hypothèques qui peuvent être invoqués en cas de faillite et préciser les droits des créanciers ayant plusieurs codébiteurs solidaires ou un débiteur principal et une caution, quand un ou plusieurs de ceux-ci sont en faillite. Parmi les personnes qui peuvent avoir, soit à revendiquer des biens, soit à se présenter comme créancières hypothécaires ou chirographaires, se trouve la femme du failli ; le Code s'est occupé spécialement d'elle. La loi est, en général, peu favorable, en cas de faillite, aux revendications, aux privilèges et aux hypothèques qui nuisent à la masse chirographaire. Il sera traité ci-après : *Section I.* DE LA REVENDICATION. — *Section II.* DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES. — *Section III.* DES DROITS DE LA FEMME DU FAILLI. — *Section IV.* DES COOBLIGÉS ET DES CAUTIONS.

SECTION PREMIÈRE. — De la revendication (1).

1199. La revendication a lieu quand une personne réclame en qualité de propriétaire un bien détenu par le failli ; elle correspond aux demandes en distraction en cas de saisie (art. 608, 725 et s., C. proc. civ.),

(1) Art. 574 à 579.

et a pour but de faire remettre un bien au revendiquant à l'exclusion de tous les créanciers. Il importe aux intéressés de former les demandes en revendication le plus tôt possible, car il est à craindre que les biens à revendiquer ne soient vendus et, s'il s'agit de meubles, l'article 2279, C. civ., met obstacle à la revendication contre les tiers possesseurs de bonne foi. Les demandes en revendication sont formées par une requête adressée aux syndics, qui peuvent, avec l'approbation du juge-commissaire, y faire droit ; s'ils y contredisent, un procès s'engage.

Le Code a traité des cas de revendication les plus fréquents en parlant : 1° de la revendication des marchandises déposées ou consignées au failli (art. 575, V. nos 1200 et 1201) ; 2° de la revendication des effets de commerce et autres titres (art. 574, V. n° 1202) ; 3° de la revendication appartenant au vendeur de meubles non payé (art. 576, V. nos 1203, 1209 et suiv.) ; 4° des demandes en revendication qui peuvent être formées par la femme du failli (art. 557 et suiv., V. nos 1205, 1227 et suiv.). L'énumération du Code n'est pas limitative ; il sera traité des quatre cas de revendication mentionnés dans le Code, et quelques autres cas du même genre seront ensuite indiqués à titre d'exemples (n° 1205).

1200. Revendication des marchandises déposées ou consignées (art. 575). — Il se peut que des marchandises ou d'autres objets aient été déposés chez le failli avant le jugement déclaratif ou lui aient été consignés avec ordre de les vendre ; ce dernier cas est fréquent quand le failli est commissionnaire. Le déposant ou le commettant peut revendiquer les objets déposés ou consignés. Il va de soi qu'il en serait autrement en cas de dépôt irrégulier ; le déposant, ayant alors, comme un prêteur, cessé d'être propriétaire, ne peut se présenter à la faillite du dépositaire que comme créancier chirographaire. — La revendication des marchandises déposées ou consignées est subordonnée à trois conditions. Pour qu'elle soit possible, il faut :

1. *Que les marchandises existent encore en nature.* — Ainsi, il n'y aurait pas de revendication possible, si, les marchandises ayant été vendues, d'autres avaient été achetées avec le prix, ou si les marchandises avaient subi une transformation les rendant méconnaissables (transformation du lin en toile, du grain en farine, etc.).

2. *Que l'identité des marchandises déposées ou consignées puisse être établie.* — On ne peut revendiquer que des corps certains : le droit de propriété ne peut porter, en effet, sur des choses fongibles. Ainsi, la revendication ne serait pas possible, si les marchandises déposées ou consignées ont été mêlées à d'autres semblables dont on ne peut pas les distinguer.

3. *Que les frais faits par le dépositaire ou par le consignataire pour les marchandises aient été remboursés.* — Autrement, le droit de rétention pourrait être exercé par les syndics (art. 1948, C. civ., et 95, C. com.).

1201. Ainsi que cela a été expliqué plus haut (nos 498 et 792, *d*), lorsque les marchandises consignées ont été vendues par le consignataire, bien que celui-ci ait fait la vente en son nom, le commettant peut revendiquer la créance du prix, c'est-à-dire se faire payer directement par l'acheteur et éviter ainsi de subir le concours des autres créanciers du consignataire en faillite (art. 575, 2e alin.). La créance du prix est, pour ainsi dire, subrogée aux marchandises vendues. Mais, pour que la revendication de la créance du prix soit possible, il faut qu'elle ne soit pas encore éteinte au moment de la déclaration de la faillite. L'article 575, 2e al., dispose que le prix ne peut plus être revendiqué, quand il a été *payé* ou *réglé en valeurs*, ou *compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur*. — *Paiement.* Le consignataire ayant été payé valablement, le commettant ne peut contraindre l'acheteur à payer une seconde fois et il ne peut pas non plus revendiquer dans la faillite la somme versée au failli à titre de prix ; les espèces monnayées ne peuvent être revendiquées, par cela même que ce ne sont pas des corps certains. Mais, si le paiement avait été fait après déclaration de faillite du consignataire, le commettant n'aurait pas à craindre le concours des créanciers de la faillite du consignataire ; il aurait pour débitrice la masse de la faillite, qui a reçu ce qui était dû au commettant. — *Règlement en valeurs.* Par ces expressions, l'article 575, 2e al., vise le cas où, pour s'acquitter, l'acheteur a remis un effet de commerce au consignataire en le lui endossant. Mais le droit de revendication subsisterait, si l'acheteur avait souscrit au profit du consignataire un effet de commerce que celui-ci avait encore dans son portefeuille lors de la déclaration de faillite ; il n'y a alors ni paiement ni l'équivalent d'un paiement.

Compensation en compte courant entre le failli et l'acheteur. — A propos du compte courant (no 792 *bis*, p. 583), des explications ont été données sur les cas dans lesquels on peut dire qu'il y a compensation.

L'article 575, 2e al., admet le droit de revendication de la créance du prix pour le cas où les marchandises ont été vendues par le consignataire qui avait été chargé de les vendre. Le même droit appartiendrait certainement au déposant, si le dépositaire, en violant le dépôt, avait vendu les marchandises déposées à un tiers possesseur de bonne foi contre lequel la revendication de ces marchandises n'est pas possible en vertu de l'article 2279, C. civ.

1202. REVENDICATION DES EFFETS DE COMMERCE ET DES AUTRES TITRES (art. 574). — Les effets de commerce et les titres de créance peuvent assurément être revendiqués dans la faillite de la personne à laquelle ils ont été déposés ou consignés, conformément à l'article 575. Mais il est d'autres cas très usuels, prévus par l'article 574, dans lesquels la revendication d'effets de commerce ou d'autres titres de créance est possible.

Quand un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre, chèque) a été endossé au failli, la revendication de la part de l'endosseur est possible, d'après l'article 574, à ces deux conditions : 1° que l'endossement n'ait eu lieu qu'à titre de procuration pour faire le recouvrement de l'effet de commerce ; 2° que ces effets existent encore en nature dans le portefeuille du failli, lors de la déclaration de la faillite.

1° Il va de soi que, si le porteur d'un effet de commerce en a fait au failli un endossement translatif de propriété, la revendication n'est pas admise, ce qui a lieu notamment quand le failli a reçu l'effet d'un porteur avec lequel il est en compte courant (1). Au contraire, l'endosseur, restant propriétaire de l'effet, quand il l'endosse à titre de procuration avec le mandat d'en recouvrer le montant, peut le revendiquer. On a déterminé plus haut (nos 605 et suiv., n° 736) dans quels cas l'endossement, soit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, soit d'un chèque, vaut comme procuration à l'effet d'en faire le recouvrement. L'article 574 assimile au cas d'endossement fait à titre de procuration l'endossement fait avec affectation à des paiements indiqués par l'endosseur ; cette affectation implique qu'en réalité, le porteur a donné seulement un mandat en endossant l'effet.

2° Il faut aussi, pour que la revendication soit possible, que l'effet se trouve en nature dans le portefeuille du failli, lors de la déclaration de faillite. Il n'y a donc plus lieu à revendication de l'effet : *a*) quand, *avant* le jugement déclaratif, le failli avait touché le montant de l'effet : les espèces payées ne formant pas un corps certain ne peuvent pas être revendiquées. Mais, si le paiement de l'effet avait lieu *après* le jugement déclaratif, l'endosseur pourrait du moins réclamer à la masse des créanciers, considérée comme sa débitrice, la somme indûment perçue par le syndic ; *b*) quand le failli a fait lui-même à un tiers un endossement translatif de propriété. La revendication demeurerait, au contraire, possible, si le failli avait à son tour fait un endossement à titre de procuration.

Tout ce qui vient d'être dit des effets de commerce à ordre est appli-

(1) Cass., 19 février 1896, *Pand. fr.*, 1896. 1. 293 ; *Journal des faillites*, 1896, p. 297.

cable aux titres nominatifs et au porteur, et généralement à tous les titres de créance (1). L'article 574 mentionne, du reste, expressément *les autres titres non encore payés*.

1203. Revendication du vendeur. — Sous le nom de droit de revendication, le Code (art. 576 et 577) reconnaît, sous certaines conditions restrictives, au vendeur d'effets mobiliers le droit de demander la résolution de la vente faite au failli ; il est parlé ci-après de ce droit à propos du privilège du vendeur de meubles (V. nos 1209 et suiv.).

1204. Revendication de la femme du failli. — A raison même de son régime matrimonial, le failli est souvent détenteur de biens dont sa femme a la propriété : celle-ci peut les revendiquer. Mais, afin d'éviter les collusions, la loi subordonne la preuve du droit de la femme à des conditions spéciales (art. 557 et suiv.). V. nos 1227 et suiv.

1205. Cas de revendication non prévus par le code. — Le Code ne fait que mentionner les cas de revendication les plus fréquents ; en règle générale, toute personne qui est propriétaire de biens se trouvant en fait entre les mains du failli, peut les revendiquer ; c'est surtout pour le cas de faillite qu'il y a un grand intérêt à déterminer si une personne a un simple droit de créance ou est propriétaire. Aussi la revendication est notamment possible : *a*) de la part de la personne qui a prêté des objets à usage au failli ou qui les lui a donnés en gage, quand la dette garantie est acquittée ; *b*) de la part de celui qui a donné des objets à loyer au failli (livres, meubles-meublants, etc...) ; *c*) de la part de l'acheteur qui a acheté des marchandises non livrées par le failli, si elles constituent un corps certain ou ont été individualisées avant la faillite, de telle façon que l'acheteur en a la propriété (nos 405 et 406).

Section III. — **Des privilèges et des hypothèques** (2).

1206. La faillite laisse, en principe, subsister les privilèges et les hypothèques grevant les biens du failli, à moins qu'il n'y ait annulation de ces garanties ou des inscriptions destinées à les rendre opposables aux tiers en vertu des articles 446, 447 ou 448. Mais, si l'on excepte une disposition (art. 549) extensive du privilège de l'article 2101-4°, C. civ.,

(1) La revendication n'est admise que si l'identité des titres est nettement établie : Cass., 7 juillet 1898, D. 1900. 1. 312 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 296. Pour les questions qui s'élèvent au sujet de la revendication de titres au porteur dans la faillite d'un agent de change, V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, no 815.

(2) C. com., art. 450, 549, 550 (modifiés par les lois du 12 février 1872, du 4 mars 1889 et du 9 février 1895).

le Code est peu favorable aux garanties qui rompent l'égalité entre les créanciers, il supprime ou restreint certains privilèges et limite l'hypothèque légale de la femme mariée. — Il sera parlé, dans cette section II, des privilèges ; ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme du failli sera exposé dans la section suivante. V. nos 1232 et suiv.

1207. Privilèges généraux. — Ce sont ceux-là mêmes qu'établissent le Code civil et les lois spéciales, sauf une extension. L'article 2101-4°, C. civ., attache un privilège général *aux salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante*. Avant 1838, on admettait généralement que ce privilège n'appartenait pas aux ouvriers et aux commis qu'on ne peut comprendre sous le nom de *gens de service*. La loi de 1838 (art. 549, C. com.) a accordé un privilège aux ouvriers pour le salaire *du mois antérieur* au jugement déclaratif et aux *commis* pour le salaire des 6 *derniers mois*. La loi du 4 mars 1889 (art. 22) a, pour les *ouvriers*, étendu le délai à *trois mois*. Une loi du 6 février 1895, dont les dispositions sont insérées dans l'article 549 et confirment les 2e, 3e et 4e alinéas, a réglementé à nouveau le privilège pour les commis. La jurisprudence, s'attachant au principe selon lequel les privilèges sont de droit étroit, ne reconnaissait le caractère de salaires et, par suite, n'accordait le privilège qu'aux appointements fixes des commis attachés à une maison unique. Les dispositions nouvelles de l'article 549 l'accordent expressément aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs, pour les appointements fixes et pour les remises ou commissions allouées à titre d'appointements ou de suppléments d'appointements. S'il s'agit d'appointements fixes, le privilège existe pour les salaires des 6 mois antérieurs à la faillite. S'il s'agit de remises proportionnelles, le privilège est admis pour celles qui sont définitivement acquises aux commis dans les 3 mois précédant le jugement déclaratif, alors même que la cause de ces créances remonte à une époque antérieure.

Ces dispositions sont sans application aux courtiers, qui sont de véritables commerçants (1).

Le privilège des ouvriers et des commis porte, comme celui de l'article 2101-4°, sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles.

(1) Elles ne paraissent pas pouvoir être appliquées non plus aux représentants de commerce, ainsi que cela résulte de la volonté exprimée par le législateur en 1895. La raison alors donnée qu'ils sont des commerçants n'est pas d'une exactitude certaine, la jurisprudence refuse en effet la qualité de commerçants aux représentants de commerce en décidant qu'ils ne doivent pas être inscrits sur les listes électorales des tribunaux de commerce : Cass., 21 décembre 1898, D. 1903. 1. 82 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 138.

Par cela même que, comme tous les privilèges, il est de droit étroit, il ne garantit pas l'indemnité due à un commis congédié (art. 1780, C. civ.) (1) et il ne peut pas être invoqué par des acteurs en cas de faillite d'un entrepreneur de spectacles; ce ne sont ni des ouvriers, ni des commis. Cpr. n° 31.

Le privilège de l'article 549, C. com., ne concerne pas les salaires et appointements qui peuvent être dus aux ouvriers et employés du failli conservés dans le cas où l'exploitation du fonds de commerce est continuée. Ils ont alors la masse pour débitrice et ils échappent, par suite, à la loi du dividende.

1208. PRIVILÈGES SPÉCIAUX SUR LES MEUBLES. — Le Code ne touche pas, en cas de faillite, aux privilèges immobiliers spéciaux. Au contraire, il modifie profondément le privilège et les garanties dont jouit d'ordinaire le vendeur d'effets mobiliers et restreint notablement le privilège du bailleur.

1209. PRIVILÈGE DU VENDEUR D'EFFETS MOBILIERS. DROIT DE REVENDICATION. DROIT DE RÉSOLUTION. — Quand l'acheteur n'est pas en faillite, le vendeur de meubles a, d'après le droit commun, quatre garanties destinées à assurer le paiement du prix : 1° le droit de rétention, quand la vente a été faite au comptant (C. civ., art. 1612); 2° un privilège sur la chose vendue, que la vente ait été faite au comptant ou à crédit (art. 2102-4°, C. civ.); 3° le droit de demander la résolution pour défaut de paiement du prix, aussi dans l'un et l'autre cas (art. 1184 et 1654, C. civ.); 4° enfin un droit appelé *droit de revendication* dans l'article 2102-4°, C civ., et conféré seulement au vendeur au comptant. La nature des trois premières garanties est claire, il n'en est pas de même de celle du droit de revendication. On sait que, pour que le vendeur jouisse de ce dernier droit, il faut non seulement que la vente n'ait pas été faite à crédit, mais encore que ce droit soit exercé dans la huitaine de la livraison, que l'objet vendu soit encore en la possession de l'acheteur, qu'il se trouve dans l'état dans lequel il lui a été livré. Il est évident qu'il ne s'agit pas là de la revendication qui sanctionne le droit de propriété; le vendeur cesse d'être propriétaire, soit lors de la vente même quand il s'agit d'un corps certain, soit lors de l'individualisation de la chose vendue qui a lieu au plus tard au moment de la tradition quand il s'agit de choses *in genere* (n° 406). On a soutenu que le droit de revendication de

(1) La jurisprudonce tend à refuser tous dommages-intérêts aux ouvriers et aux commis dont l'engagement est résilié; elle ne reconnaît pas, en effet, généralement droit à des dommages-intérêts en vertu de l'article 1184, C. civ., à la personne qui a conclu un contrat synallagmatique avec le failli, quand ce contrat est résolu. V. n° 1219.

l'article 2102-4° n'est autre que le droit de résolution du vendeur de meubles, en tant qu'il prétend l'exercer, non contre l'acheteur seul, mais au préjudice des créanciers de celui-ci; cette doctrine n'explique point les conditions spéciales auxquelles l'article 2102-4° subordonne le droit de revendication. Il paraît plus exact d'admettre, avec une opinion qui triomphe aujourd'hui, qu'il ne s'agit pas, dans l'article 2102-4°, d'un droit de résolution anéantissant la vente, mais du droit pour le vendeur de se faire remettre en possession de la chose vendue, afin d'éviter que son privilège ne soit perdu par la transmission de cette chose à un tiers possesseur de bonne foi (1). Ainsi, le vendeur reste obligé, mais il recouvre le droit de rétention qu'il avait perdu en opérant la livraison. Les conditions auxquelles la loi subordonne le droit de rétention, viennent à l'appui de cette doctrine. Il faut que la vente soit faite sans terme, car, dans la vente au comptant, le vendeur n'a jamais le droit de rétention et ne peut, par suite, prétendre le recouvrer en exerçant la revendication. Le droit de revendication doit être exercé dans la huitaine de la livraison ; le silence prolongé du vendeur peut être interprété comme impliquant une renonciation définitive au droit de rétention. Enfin, si la chose vendue a subi de notables changements, on ne peut pas remettre le vendeur dans la situation où il était avant la livraison.

1210. En cas de faillite de l'acheteur avant le paiement du prix, les droits du vendeur d'effets mobiliers ne sont pas toujours les mêmes. Trois situations différentes sont, en réalité, distinguées par le Code : A. Lors de la déclaration de faillite de l'acheteur, les marchandises se trouvent déjà dans ses magasins ; B. Elles ont été expédiées à l'acheteur, mais sont en route au moment où est rendu le jugement déclaratif ; C. Les marchandises se trouvent encore à ce moment chez le vendeur.

1211. A. *Cas où, lors de la faillite de l'acheteur, la livraison a déjà eu lieu.* — C'est le cas où le Code se montre le plus rigoureux pour le vendeur; il est dépouillé de toutes ses garanties ordinaires et traité comme un créancier chirographaire. Quand l'acheteur a reçu les marchandises dans ses magasins, elles ont dû contribuer à augmenter son crédit ; il ne faut pas que les personnes qui ont eu confiance dans le failli voient leur échapper une partie de leur gage. Aussi l'art 550, dern. al., C. com., enlève au vendeur : 1° son privilège ; 2° le droit de revendication établi par l'article 2102-4°, C. civ. L'article 550 ne déclare pas que le vendeur est privé aussi de son droit de résolution ;

(1) V. une critique de cette opinion dans Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil* (3e édit.), II, n° 1549.

mais il est certain qu'il le perd également : il serait bien singulier qu'il conservât ce droit, lorsque le Code le prive de son privilège et de son droit de revendication beaucoup moins nuisibles aux créanciers de l'acheteur. Du reste, il résulte des articles 576 et 577, C. com., qui, sous le nom de droit de revendication, désignent le droit de résolution, qu'au cas où les marchandises ont déjà été livrées dans les magasins de l'acheteur lors du jugement déclaratif, le droit de résolution est perdu. Le vendeur se trouve ainsi réduit à l'état de créancier chirographaire, à moins qu'il n'ait eu le soin de stipuler une garantie spéciale, par exemple, de se faire constituer une hypothèque ou un gage. L'article 550, dernier alinéa, ne visant que l'article 2102°-4, C. civ., on doit en conclure que la même déchéance ne s'applique pas au privilège du vendeur de navire établi par l'article 191°-8, C. com.

1211 *bis*. L'article 550, C. com., qui prive le vendeur d'effets mobiliers, en cas de faillite de l'acheteur, du privilège du vendeur et de l'action en résolution, s'applique à la vente d'un fonds de commerce. Sous l'empire de la loi du 1er mars 1898 sur la *constitution en gage des fonds de commerce*, le vendeur d'un fonds de commerce se le faisait constituer souvent en gage par son acheteur. Alors même que celui-ci est déclaré en faillite après la vente, il jouit du privilège de créancier gagiste que le Code de commerce laisse subsister en cas de faillite du débiteur.

La loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce soumet le privilège du vendeur de fonds de commerce à la même publicité que le privilège du créancier gagiste et laisse, par suite, subsister le privilège du vendeur de fonds de commerce malgré la faillite de l'acheteur, par dérogation à l'article 550, dern. alin., C. com. L'action en résolution de la vente de fonds de commerce faite au failli subsiste aussi, pourvu qu'elle ait été réservée dans l'inscription du privilège. Quand le privilège est éteint, spécialement quand il n'a pas été inscrit dans le délai de quinzaine fixé par la proposition de loi, l'action résolutoire est aussi éteinte à l'égard des tiers. V. L. 17 mars 1909, art. 2.

1212. B. *Cas où les marchandises vendues ont déjà été expédiées par le vendeur, lors de la faillite de l'acheteur.* — Il se peut que le jugement déclaratif de la faillite soit rendu à un moment où les marchandises expédiées à l'acheteur sont encore en route. Il aurait été trop rigoureux d'enlever en pareil cas au vendeur le droit de résolution : les créanciers n'ont pu compter sur les marchandises qui n'ont jamais été dans les magasins de l'acheteur. A l'approche de leur faillite, les commerçants font souvent de nombreux achats et il importe que les vendeurs ne soient pas victimes de leur confiance.

Le droit que, sous le nom de *droit de revendication*, l'article 576, C. com., réserve sous certaines conditions au vendeur, est, en réalité, le droit de résolution pour défaut de paiement du prix. Il ne peut pas s'agir ici de la revendication de la propriété, car, dans la plupart des cas, le vendeur n'a plus la propriété des objets expédiés par lui à l'acheteur: Il ne s'agit pas non plus de la revendication de la possession admise par l'article 2102-4°, C. civ., dans les ventes sans terme, car l'article 576 admet le droit du vendeur même dans les ventes à crédit et il oblige le vendeur qui revendique à restituer les acomptes par lui reçus sur le prix, ce qui implique què la vente est résolue. Ce qui justifie dans une certaine mesure l'expression de droit de revendication, c'est qu'en définitive, le vendeur obtenant la résolution est traité comme s'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire de la chose vendue.

Le droit de résolution est sans doute fondé sur les règles du droit commun (art. 1184 et 1654, C. civ.) (1); mais le législateur y est défavorable, parce que ce droit détruit l'égalité qui doit régner entre les créanciers en cas de faillite ; il a subordonné ce droit à des conditions multiples et imposé au vendeur qui l'exerce une obligation spéciale.

1213. *Conditions de la revendication du vendeur.* — Pour que le vendeur soit admis à revendiquer, c'est-à-dire à faire résoudre la vente, il faut : 1° que le prix n'ait pas été payé ou que le vendeur n'ait pas été autrement satisfait ; 2° que l'identité des choses vendues soit établie ; 3° que la tradition des marchandises expédiées au failli n'ait point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli ; 4° qu'avant leur arrivée, les marchandises n'aient pas été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voitures signés par l'expéditeur. De ces quatre conditions, les deux premières sont tout à fait naturelles, les deux dernières ont été exigées dans un but restrictif.

1° *Non-paiement du prix.* — Il va de soi que le droit de revendication, qui est une garantie de la créance du prix, cesse d'exister quand celle-ci est éteinte. Du reste quand le prix n'a pas été payé avant la faillite de l'acheteur, comme celle-ci ne résout pas de plein droit la vente, les syndics peuvent, s'ils y trouvent avantage pour la masse, exiger, avec l'autorisation du juge-commissaire, la livraison des marchandises en payant le prix (art. 578, C. com.).

2° *Identité des choses vendues.* — Le Code de 1807 (anc. art. 580)

(1) Dans les discussions qui ont eu lieu en 1838, on s'est parfois mépris sur ce point, et il a été déclaré à tort qu'il s'agit là d'un droit exceptionnel.

déterminait dans quels cas on devait considérer que cette identité n'était pas prouvée. Le nouvel article 576, pour laisser à cet égard au juge un large pouvoir d'appréciation, ne mentionne pas cette condition d'identité sans laquelle la revendication ne se conçoit pas. V. anal., art. 575, 1er al. (n° 1200).

3° *Absence de tradition dans les magasins de l'acheteur.* — Cette condition a été exigée principalement à raison de ce qu'une fois que les marchandises sont parvenues dans les magasins de l'acheteur, les créanciers de celui-ci doivent compter avoir sur elles leur droit de gage général. Il n'est pas toujours facile de décider si les marchandises doivent être considérées comme livrées dans les magasins de l'acheteur, de telle sorte que le vendeur a perdu le droit de revendication. Pour résoudre les nombreuses difficultés qui se présentent à cet égard, on peut, en s'inspirant des motifs mêmes de l'article 576, poser le principe suivant : la marchandise doit être considérée comme livrée dans les magasins de l'acheteur, quand elle se trouve là où l'acheteur en fera commerce, l'offrira au public, de telle sorte qu'elle doit augmenter aux yeux du public l'actif et, par suite, le crédit de l'acheteur. En conséquence, une délivrance consistant à montrer à l'acheteur des objets non portatifs (1), la remise qui en aurait été faite à une gare de chemin de fer, sur un bateau sur lequel l'acheteur ne fait pas son commerce, etc., ne peut être considérée comme une tradition faite dans les magasins de l'acheteur excluant la revendication. Au contraire, il y a tradition dans les magasins de l'acheteur au sens légal et la revendication n'est plus possible, quand le vendeur a remis matériellement à l'acheteur des effets portatifs, tels que des bijoux ou des livres, quand des marchandises ont été remises dans un magasin général ou dans un entrepôt, quand elles ont été livrées sur un bateau sur lequel l'acheteur exerce son commerce (par exemple vend des fruits ou des bois). De même, quand il s'agit de la vente d'une coupe de bois, le parterre de la coupe sur lequel elle est mise à la disposition de l'acheteur, doit être considéré comme le magasin de l'acheteur, par cela même que celui-ci y débite du bois.

A la livraison dans les magasins du failli, l'article 566 assimile la livraison faite dans les magasins du commissionnaire de l'acheteur

(1) Il ne faut pas confondre la livraison, dont il est parlé ici, et la *tradition* dans le sens de translation de la propriété. Si l'acheteur a apposé sa marque sur des marchandises restées dans les magasins du vendeur, les marchandises ainsi individualisées deviennent la propriété de l'acheteur et pourraient être revendiquées par celui ci en cas de faillite du vendeur (Orléans, 15 juillet 1897, *Le Droit*, n° du 10 octobre 1897), mais le vendeur pourrait les retenir en cas de faillite de l'acheteur.

chargé de vendre les marchandises ; les motifs qui ont fait écarter la revendication en cas de livraison dans les magasins de l'acheteur, s'appliquent ici. Mais la revendication subsisterait si les marchandises se trouvaient, lors de la faillite de l'acheteur, chez un commissionnaire de transport chargé de les réexpédier (1).

Il va de soi que, si la livraison dans les magasins de l'acheteur a lieu *après* la déclaration de faillite, la revendication n'est pas exclue ; il n'est pas à craindre alors que les marchandises aient augmenté le crédit du failli.

1214. *4° Absence de vente sur factures et connaissements ou lettres de voiture signés par l'expéditeur.* — Il se peut que le droit de revendication du vendeur soit perdu même avant l'arrivée des marchandises dans les magasins de l'acheteur. Souvent des marchandises encore en route sont vendues par l'acheteur ; le législateur veut, dans ce cas, protéger les acheteurs de bonne foi. Toutefois, le seul fait de la revente ne suffit pas pour faire échec au droit de revendication ; pour que ce droit soit perdu, il faut : *a)* qu'il y ait eu revente ; *b)* que cette revente ait été faite sans fraude ; *c)* qu'elle ait été opérée sur connaissement ou lettre de voiture et sur facture émanée du premier vendeur ; *d)* que ces deux pièces soient signées de l'expéditeur.

Les deux premières conditions n'exigent aucune explication ; il va de soi que, s'il y avait une fraude concertée pour faire disparaître le droit de revendication, il devrait subsister. D'après la troisième condition, il faut que le failli ait revendu sur le connaissement ou la lettre de voiture et sur la facture qu'il tient du premier vendeur ; on doit assimiler à la lettre de voiture le récépissé qui, dans l'usage, l'a presque complètement remplacée en matière de transport par chemin de fer (n° 515). Ces deux pièces doivent être signées de l'expéditeur : on a voulu par là que l'attention du vendeur fût attirée sur la gravité de l'acte qu'il fait en les remettant à l'acheteur, de telle sorte qu'on puisse dire qu'il a pour ainsi dire consenti par avance à perdre son droit de revendication (2). Dans l'usage, la facture n'est guère signée par le vendeur que lors du paiement du prix, pour donner quittance. — Les deux pièces mentionnées dans l'article 576 doivent être signées du vendeur : la revendication subsiste donc si ces deux pièces non signées ont été adressées par le vendeur à l'acheteur dans une lettre même revêtue de sa signature.

(1) Cass., 15 juin 1900, D. 1900. 1. 420 ; S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 389 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 496.

(2) La revendication doit être exclue quand, en fait, le vendeur a consenti à la revente. Cf. Caen, 23 juillet 1893, D 1893, 2. 422 ; Ch. req., 23 février 1903, D. 1903. 1. 293 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 126.

1215. Il est un point sur lequel l'article 576 n'est pas très clair. Faut-il décider que la revendication est perdue par cela seul que l'acheteur a revendu à un tiers auquel il a montré le connaissement ou la lettre de voiture et la facture signée du vendeur ? On soutient qu'il est nécessaire, pour que le droit de revendication soit perdu, que la lettre de voiture ou le connaissement ait été transmis au sous-acheteur par la tradition, si le titre est au porteur ; par un endossement, s'il est à ordre. On dit en faveur de ce système qu'il n'est pas probable que le Code ait prévu le cas peu pratique où le sous-acheteur, n'exigeant pas une transmission régulière, est resté exposé à ce que l'acheteur (son vendeur) transmît à un autre le titre dont il s'agit. Selon nous, cette opinion ajoute à la loi ; l'article 576, 2e al., sans exiger la transmission des titres, parle d'une revente faite *sur* facture et connaissement ou lettre de voiture ; il suffit donc que le failli ait produit ces deux titres au sous-acheteur ou lui en ait fait une remise n'ayant pas le caractère d'une transmission régulière (tradition, par exemple, d'un connaissement à ordre). Cette doctrine a de grands avantages pratiques : avec elle le failli peut, tout en conservant ses titres pour régler ses comptes avec le premier vendeur, mettre le sous-acheteur à l'abri de la revendication de celui-ci.

En outre, elle permet des reventes partielles supprimant le droit de revendication ; elles ne seraient pas possibles avec le système opposé, par cela même qu'on ne peut pas diviser une lettre de voiture ou un connaissement pour en opérer la transmission.

Si, en fait, le failli a transmis régulièrement au sous-acheteur la lettre de voiture (récépissé) ou le connaissement sans que la facture du premier vendeur ait été produite et sans que ni l'une ni l'autre de ces pièces portent sa signature, cela suffit-il pour que le droit de revendication du premier vendeur soit perdu ? Selon nous, l'article 576, 2e al., n'a pas prévu ce cas. Il faut y appliquer les principes généraux du droit qui conduisent à refuser la revendication ; elle n'est pas, en effet, possible contre un tiers possesseur de bonne foi. C'est bien la qualité du sous-acheteur quand il a reçu la transmission régulière d'un titre lui donnant le droit exclusif d'exiger la livraison de la marchandise (1). C'est seulement à défaut de transmission régulière de ce titre que, pour faire disparaître le droit de revendication, la revente doit avoir eu lieu sur les deux pièces visées par l'article 576.

Par application des mêmes principes, la revendication ne serait pas non plus admise si le failli, au lieu de revendre les marchandises, les

(1) Paris, 1er décembre 1860, D. 1861. 2. 88.

avait constituées en gage à un tiers de bonne foi auquel il aurait transmis le connaissement, la lettre de voiture ou le récépissé.

1216. *Charges imposées au vendeur en cas de revendication.* — Par cela même qu'il y a là une résolution de la vente, il va de soi que le vendeur doit restituer tous les acomptes qu'il a reçus sur le prix. L'article 576, 3e al., ne s'en tient pas là : il oblige le vendeur revendiquant à rembourser à la masse toutes avances faites pour fret ou voiture, commission ou autres frais, et à payer les sommes pouvant être dues pour les mêmes causes. A ce dernier point de vue, l'article 576 déroge au droit commun : on ne conçoit pas rationnellement que le vendeur soit tenu de rembourser les frais relatifs à la chose vendue, quand la résolution a lieu par la faute de l'acheteur. Les rédacteurs du Code ont été amenés à imposer cette obligation au vendeur, parce qu'ils sont partis de l'idée fausse selon laquelle la revendication constituerait une faveur faite au vendeur. La jurisprudence en conclut par *a fortiori* que le vendeur ne pourrait pas réclamer des dommages-intérêts dans la faillite de l'acheteur à raison de ce que la chose vendue a diminué de valeur depuis la vente (1). V. nº 1219.

1216 *bis*. La résolution résultant de la revendication n'a pas lieu de plein droit. Si les syndics l'empêchent en payant le prix (art. 578), le vendeur, ayant la masse pour débitrice, n'est pas soumis à la loi du dividende dans la faillite de l'acheteur (nº 1144).

1217. Le syndic peut admettre les demandes en revendication avec l'approbation du juge-commissaire ; le tribunal statue s'il y a contestation V. nº 1199.

1218. Le droit de revendication appartient-il au commissionnaire dans les conditions de l'article 576, lorsqu'il a expédié des marchandises, achetées par lui, à son commettant tombé depuis en faillite ? Le commissionnaire n'a certainement pas ce droit de son chef, il ne joue pas le rôle de vendeur par rapport à son commettant ; mais il peut avoir le droit de revendication comme subrogé au vendeur. Il y a à cet égard une distinction à faire. Dans le cas très rare où le commissionnaire a acheté au nom du commettant, le commissionnaire, n'étant pas obligé au paiement du prix, doit, quand il l'acquitte, être traité comme un tiers qui paie la dette d'autrui ; en conséquence, il ne peut obtenir le droit de revendication comme subrogé au vendeur que lorsque la subrogation a eu lieu à son profit dans les termes de l'article 1250-1°,

(1) Cette solution est très contestable, selon nous. V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 861 et 862. Elle doit certainement être écartée quand la demande en résolution a été intentée avant le jugement déclaratif. Cpr. note de Ch. Lyon-Caen, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 433.

C. civ. Mais quand le commissionnaire a acheté en son nom pour le compte du commettant, il est subrogé légalement au vendeur comme ayant acquitté une dette dont il était tenu pour un autre, en vertu de l'article 1251-3°; C. civ. V. n° 496.

1219. C. *Cas où les marchandises n'ont pas encore été expédiées lors de la faillite de l'acheteur*. — Dans ce cas, les marchandises, se trouvant encore entre les mains du vendeur, n'ont pas pu contribuer à donner du crédit à l'acheteur. Aussi le vendeur conserve-t-il toutes les garanties que le droit commun lui accorde ; il peut exercer le droit de rétention (art. 577, C. com. et 1612, C. civ.) ; ce droit lui appartient même en cas de vente faite à crédit, puisque la faillite de l'acheteur rend le prix exigible (art. 444, C. com., et 1613, C. civ.) (1). Le vendeur a aussi le droit de demander la résolution pour défaut de paiement du prix (art. 1184 et 1654, C. civ.).

Quand il use de ce droit, une difficulté se présente. D'après les règles de l'article 1184, C. civ., le vendeur qui fait prononcer la résolution peut, en sus, obtenir des dommages-intérêts, car il éprouve un préjudice lorsque la valeur des marchandises a diminué depuis la vente. En cas de faillite de l'acheteur d'effets mobiliers, le vendeur qui fait résoudre la vente, peut-il aussi obtenir des dommages-intérêts pour lesquels il aura le droit de se présenter dans la faillite ? La jurisprudence refuse ce dernier droit au vendeur (2). On allègue en ce sens qu'il ne lui appartient que lorsqu'il n'est pas en présence des créanciers de l'acheteur, qu'autrement, l'égalité serait rompue, que, du reste, en cette matière, le Code de commerce se suffit à lui-même et qu'il ne fait pas même allusion au droit, pour le vendeur, d'obtenir des dommages-intérêts. — Cette opinion doit être, selon nous, repoussée, et le droit à des dommages-intérêts doit être reconnu au vendeur qui

(1) Le droit de rétention n'est pas exclu par le fait que la marchandise aurait été agréée par l'acheteur qui aurait même apposé sa marque : Bordeaux, 28 mai et 18 juin 1900, D. 1902. 2. 73.

(2) Cass., 16 février 1887, S. 1887. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1887. 1. 350 (note en sens contraire de M. Labbé) ; D. 1887. 1. 201 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 113 ; Cass., 8 avril 1895, D. 1895. 1. 481 ; S et *J. Pal.*, 1895. 1. 268 ; *Pand. fr.*, 1896. 1. 413 ; Cf. pour le cas où la demande est antérieure au jugement déclaratif, Cass., 26 janvier 1900, *Journal des faillites*, 1901, p. 97.

Cette solution de la jurisprudence a les plus graves inconvénients pratiques. Avec elle, le commerçant qui a fait des spéculations malheureuses comme acheteur par suite de la baisse des cours, échappe à toute perte grâce à la faillite. Aussi une proposition de loi, déposée à la Chambre des députés le 1er novembre 1905, reconnaissait-elle le droit du vendeur à des dommages-intérêts en cas de revendication contre la faillite de l'acheteur. Cette proposition, adoptée par la Chambre le 13 juin 1905, a été repoussée par le Sénat.

demande la résolution. Dans le silence du Code de commerce, les principes du Droit civil sont applicables. Rien n'indique que le droit du vendeur soit restreint au cas où il n'est pas en présence des créanciers de l'acheteur. L'égalité n'est pas rompue par le fait d'un créancier qui fait valoir sa créance dans la faillite du débiteur commun. Elle le serait au préjudice du vendeur, si l'opinion opposée était admise. V. n° 1216.

Les mêmes raisons doivent être invoquées pour rejeter l'opinion qui refuse tout droit à des dommages-intérêts à la partie qui fait résoudre un contrat, même autre que la vente, contre un débiteur déclaré en faillite (1).

1220. DE LA SITUATION DU BAILLEUR D'IMMEUBLE EN CAS DE FAILLITE DU LOCATAIRE, SPÉCIALEMENT DU PRIVILÈGE DU BAILLEUR. — Le bailleur d'immeuble est un créancier qui se rencontre dans presque toutes les faillites. La loi du 12 février 1872, dont les dispositions sont insérées dans les articles 450 et 550, C. com., a modifié assez notablement les droits résultant, au profit du bailleur d'immeuble, de l'article 2102-1°, C. civ., tel qu'il était interprété par la jurisprudence. On ne peut comprendre la portée de la loi de 1872 sans connaître les règles appliquées antérieurement.

1221. *Situation du bailleur avant la loi de 1872.* — La seule disposition du Code de commerce relative au bailleur en cas de faillite du locataire était l'article 450. Le bailleur, en sa qualité de créancier privilégié, conserve son droit de poursuite individuelle et, par suite, il peut faire saisir et vendre les meubles de son locataire failli. Ce droit, s'il était exercé aussitôt après le jugement déclaratif, pourrait avoir de graves inconvénients : il empêcherait la continuation de l'exploitation, parfois très avantageuse pour la masse (art. 470) ; les avantages du concordat simple seraient ainsi compromis ; il pourrait même être rendu par là inutile. Aussi l'ancien article 450 suspendait-il, pendant 30 jours à partir du jugement déclaratif, les voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce du failli ; le failli et ses créanciers avaient le temps de se procurer les fonds nécessaires pour payer au bailleur ses loyers.

En l'absence de toute disposition spéciale dans le Code de commerce, le bailleur pouvait invoquer l'article 2102-1°, C. civ., en cas de faillite du locataire. Cet article, pour éviter les fraudes, fait varier l'étendue de

(1) V. Thaller, note sous un arrêt de la Cour de Paris du 19 mai 1892, D. 1895. 2. 233. Cpr. *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 861 à 863. V. aussi Cass., 15 janvier 1900, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 433 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 217. V. note 1, p. 922.

la créance privilégiée des loyers selon que le bail a ou non acquis date certaine. Le privilège est admis pour tous les loyers échus et à échoir dans le premier cas, tandis que, dans le second, il est restreint aux loyers échus, à ceux de l'année courante et de l'année suivante.

Deux questions importantes se posaient au sujet des droits du bailleur : 1° Le jugement déclaratif de la faillite du locataire entraînait-il de plein droit la résiliation du bail ? 2° Conférait-il au bailleur le droit de se faire payer immédiatement par privilège tous les loyers échus et même à échoir, par cela seul que le bail avait date certaine ?

La jurisprudence avait avec raison repoussé la résiliation de plein droit ; le jugement déclaratif de faillite laisse subsister les contrats passés par le failli, quand ils ne sont pas annulés comme ayant été faits durant la période suspecte en vertu des articles 446 et 447. Mais le bailleur pouvait évidemment réclamer la résiliation en vertu des principes généraux, quand il n'était pas payé de ses loyers, quand il avait à se plaindre d'abus de jouissance de la part du locataire. quand le locataire ne lui donnait pas. par les meubles placés dans les lieux loués, des sûretés suffisantes pour assurer le paiement des loyers à venir.

Quant à l'étendue de la créance privilégiée, la difficulté était plus grave. Il était reconnu sans peine que, lorsque les meubles garnissant les lieux loués étaient vendus, le bailleur perdant son gage pouvait se faire payer par privilège de tous les loyers à échoir, si le bail avait date certaine. Mais souvent les meubles du failli ne sont pas vendus (comme en cas de concordat simple) ou ils sont remplacés par d'autres (sous-location ou cession de bail). Fallait-il admettre que le bailleur pouvait exercer son privilège pour tous les loyers à échoir même dans ces cas, bien qu'il conservât ses garanties ? Des auteurs et quelques arrêts avaient admis que le bailleur ne pouvait exercer son privilège pour les loyers à échoir qu'autant que les meubles du failli étaient vendus et non remplacés par une garantie équivalente pour le bailleur ; ils disaient que la créance des loyers n'est pas une créance à terme pouvant comme telle devenir exigible de plein droit par la faillite du locataire, mais une créance sous condition suspensive ou une créance successive naissant au fur et à mesure que la jouissance de l'immeuble loué est procurée au locataire. La jurisprudence avait décidé, au contraire, que la créance des loyers est une créance à terme, et elle en déduisait que, les loyers devenant exigibles par suite de la faillite, le privilège pouvait s'exercer pour tous les loyers à échoir, sans qu'on eût à examiner si le bailleur conservait ou non ses garanties (1). Cette

(1) Cass., 28 mars 1865, S. 1865. 1. 201 ; D. 1865. 1. 201.

jurisprudence, qui était contraire à l'opinion selon laquelle l'exigibilité résultant du jugement déclaratif ne s'applique pas aux créanciers à terme garantis par un privilège ou par une hypothèque (nº 1073), avait les plus graves inconvénients : quand la durée du bail était longue et que le loyer était élevé, l'actif était presque entièrement absorbé par le bailleur, et les créanciers refusaient le concordat ; le bailleur s'enrichissait au préjudice des créanciers de la masse et du failli. La loi du 12 février 1872 a eu pour but principal de remédier à cet état de choses, en restreignant les droits du bailleur en cas de faillite du locataire (1).

1222. *Loi du 12 février 1872. Suspension des voies d'exécution. Action en résiliation.* — Conformément à l'opinion qui avait prévalu, la loi nouvelle écarte la résiliation du bail comme résultant de plein droit du jugement déclaratif ; le bailleur peut seulement faire résilier le bail quand il a une cause spéciale à invoquer, ce qui est fréquent (loyers arriérés, abus de jouissance de la part du locataire, meubles insuffisants apportés dans les lieux loués, etc.). Cette résiliation est grave : elle peut empêcher la continuation de l'exploitation du fonds de commerce et compromettre la conclusion du concordat. La loi de 1872 donne aux syndics des facilités pour éviter la résiliation en tentant des arrangements avec le bailleur.

Elle ne suspend pas seulement, après le jugement déclaratif, les voies d'exécution, mais aussi l'action en résiliation ; cette double suspension a lieu pendant un délai différent de celui fixé par le Code avant 1872 (30 jours depuis la déclaration de faillite). Toutes voies d'exécution et toutes actions en résiliation du bail sont suspendues jusqu'à l'expiration des huit jours qui suivent le délai accordé par l'article 492, C. com., aux créanciers domiciliés en France, pour la vérification des créances. Quand les délais de vérification sont expirés, on connaît en général, à peu près complètement, le montant de l'actif et celui du passif. Le syndic peut apercevoir s'il y a des chances de conclusion d'un concordat : s'il estime que le bail doit continuer, il doit, dans un délai de 8 jours, notifier son intention au bailleur en offrant d'exécuter toutes les obligations du locataire. Cette notification est faite avec autorisation du juge-commissaire, le failli entendu (2). — Le bailleur a, après la notifica-

(1) Dans l'intérêt du crédit des agriculteurs, une loi du 19 février 1889 (art. 1) a également restreint le privilège du bailleur d'un fonds rural.

On reconnaît généralement que la loi du 19 février 1872 est trop compliquée et, de plus, on commence à réclamer de nouvelles restrictions du privilège du bailleur d'immeuble en cas de faillite du locataire. V. Thaller, dans les *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 209.

(2) Pour le cas de liquidation judiciaire, Cf. art. 18, loi de 1889. V nº 1323.

tion qu'il reçoit, un délai de quinzaine pour adhérer à l'offre de continuation du bail émanant du syndic ou pour demander la résiliation. Comme il ne faut pas qu'une demande en résiliation reste toujours suspendue sur la tête du failli et de la masse, le bailleur qui ne s'est pas prononcé dans la quinzaine, est déchu du droit de réclamer la résiliation pour des causes anciennes.

Du reste, la suspension des voies d'exécution et du droit d'agir en résiliation ne met pas obstacle aux mesures conservatoires que pourrait avoir à prendre le bailleur. Il peut donc, même pendant les délais fixés par l'article 450 modifié en 1872, empêcher de dégarnir les lieux loués des objets qui s'y trouvent ou même les revendiquer, s'ils avaient été déplacés sans son consentement (art. 2012-1°, C. civ.) ; la loi ne pouvait contraindre le bailleur à rester inactif en présence du locataire qui compromet ses intérêts. La suspension même des voies d'exécution et du droit de demander la résiliation n'est pas opposable au bailleur, qui a le droit acquis de prendre possession des lieux loués : c'est ce qui se présenterait si le bail avait pris fin.

Les règles relatives à la suspension des voies d'exécution ne concernent que les objets servant à l'exploitation du commerce (art. 450) : la vente de ces seuls objets peut rendre impossible ou difficile la conclusion du concordat. Quant aux dispositions (art. 450) concernant la suspension du droit de demander la résiliation du bail, elles s'appliquent aux immeubles affectés au commerce et à l'industrie du failli et aux locaux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation personnelle du failli. C'est pour les immeubles consacrés au commerce qu'il importe surtout que la résiliation ne soit admise qu'après mûre réflexion, puisqu'elle peut empêcher la continuation de l'exploitation et, par suite, le concordat simple. La loi y assimile les locaux attenants qui servent à l'habitation personnelle du failli ; souvent, il y a un seul loyer pour les deux sortes de locaux ou, tout au moins, la volonté des parties a été de lier ensemble le sort des deux baux.

1223. Réduction de l'étendue de la créance privilégiée du bailleur. — Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le bail est résilié ou non, selon les cas. Dans l'une et l'autre hypothèse, la loi restreint le privilège du bailleur et écarte, dans un but de simplification, toute différence entre le cas où le bail a acquis et celui où il n'a pas acquis date certaine avant la faillite.

1° *Cas de résiliation du bail.* — Les loyers sont privilégiés pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif et pour l'année courante. Il y a ici une dérogation au droit commun, en ce que, d'après l'article 2102-1°, tous les loyers échus sont privilégiés ; le législateur a donc restreint le privilège du bailleur dans le passé. Les

créanciers du locataire doivent penser qu'il paie régulièrement ses loyers et ne doivent pas souffrir d'un privilège trop étendu s'appliquant à une créance qu'ils ont dû croire éteinte.

Le bailleur peut, du reste, invoquer son privilège, non seulement pour les loyers, dans la mesure qui vient d'être indiquée, mais encore pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront être alloués par les tribunaux

2° *Cas où le bail n'est pas résilié.* — C'est alors que se présentait la grave question relative à l'exigibilité des loyers à échoir. Le législateur de 1872 a reconnu que la créance des loyers est à terme, mais qu'étant privilégiée, elle ne doit pas devenir exigible par suite de la faillite (n° 1073). Il ne s'est pas borné à cela, il n'a pas voulu que le bailleur fût privilégié pour tous les loyers à échoir, même lorsque les garanties du bailleur disparaissent par suite de la vente des meubles du failli.

Quand le bail n'est pas résilié, la loi distingue deux cas : ou les meubles garnissant les lieux loués ne sont pas vendus ou, au contraire, il y a vente de ces meubles. Quand il n'y a pas de vente de ces meubles (concordat, cession du bail, etc...), le bailleur conserve les sûretés sur lesquelles il comptait. Aussi ne peut-il, quand il est payé de tous les loyers échus, réclamer le paiement ni des loyers en cours ni des loyers à échoir ; il n'a son privilège que pour les deux années échues avant la faillite. Quand, au contraire, il y a vente des meubles du failli, le bailleur peut réclamer, par privilège, d'abord deux années échues et l'année courante, puis une année de loyers à partir de l'expiration de l'année courante, de telle sorte que le privilège n'est pas admis pour tous les loyers à échoir, même quand le bail a date certaine (1).

Le bailleur peut-il du moins se présenter comme créancier chirographaire dans la faillite pour les loyers échus ou à échoir que son privilège ne garantit point ? L'affirmative n'est pas douteuse, elle a été admise expressément dans les travaux préparatoires de la loi de 1872 ; elle résulte, d'ailleurs, de ce qu'on y a reconnu le caractère de créance à terme à la créance des loyers: Ce cas se présente rarement : le plus souvent le bailleur, au lieu de s'exposer à ne recevoir qu'une partie des loyers qui lui sont dus, préfère recouvrer la libre disposition de son immeuble en faisant résilier le bail.

1224. *Droit de relocation.* — L'article 2102-1°, C. civ., reconnaît aux créanciers du locataire, quand le bailleur exerce son privilège, le droit de relouer l'immeuble. Ce droit a donné lieu à plusieurs difficul-

(1) Depuis la loi du 23 août 1871, tous les baux doivent être enregistrés et, par suite, avoir date certaine.

tés ; le législateur de 1872 a voulu les résoudre, au moins pour le cas de faillite du locataire. L'article 550 distingue selon que le bail contient ou non l'interdiction de sous-louer.

Quand le bail ne contient pas d'interdiction, les syndics peuvent continuer ou céder le bail pour tout le temps restant à courir jusqu'à son expiration ; ils exercent alors les droits du failli par application de l'article 1166, C. civ. Il suffit que les syndics ou le sous-locataire maintiennent des meubles suffisants dans les lieux loués et que les obligations résultant du bail soient exécutées au fur et à mesure des échéances. — Quand, au contraire, le bail contient l'interdiction de sous-louer, rigoureusement les syndics ne devraient pas pouvoir le faire ; mais il serait exorbitant que le bailleur pût recevoir les loyers et rentrer cependant en jouissance de l'immeuble. Aussi les syndics peuvent, malgré la clause prohibitive, sous-louer, mais seulement pour le temps à raison duquel les loyers ont été touchés par anticipation. Ils peuvent, à plus forte raison, pour ce laps de temps, tirer profit du bail par une exploitation directe.

1225. Les règles restrictives du privilège du bailleur, comme celles qui concernent la suspension du droit de demander la résiliation du bail (n° 1222), s'appliquent aux immeubles affectés au commerce ou à l'industrie du failli et aux locaux consacrés à son habitation personnelle qui en dépendent.

En conséquence, le privilège du bailleur conserve toute l'étendue que lui donne l'article 2102-1°, C. civ. : 1° même en cas de faillite, à l'égard des locaux servant à l'habitation personnelle du failli et ne dépendant pas de l'immeuble affecté à son commerce et à son industrie ; 2° en cas de déconfiture d'un non-commerçant, à moins qu'il ne s'agisse d'un fonds rural (1).

1225 *bis*. EFFETS DE LA FAILLITE SUR LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES. — Le Code de commerce ne parle que des effets de la faillite sur trois contrats synallagmatiques, la vente d'effets mobiliers, le louage d'immeubles pour le cas où le failli est l'acheteu ou le locataire (art. 450, 550, 576 et suiv.), le contrat d'assurance maritime (art. 346, C. com.). Le Code civil détermine les effets de la faillite sur la société (art. 1865-4°) et sur le mandat (art. 2003). Mais on peut avoir à se prononcer sur les effets de la faillite quant à d'autres contrats synallagmatiques conclus par le failli. Il faut s'inspirer des solutions admises par le Code de commerce (2).

(1) Loi du 19 février 1889 (art. 1). V. note 1 de la page 891.

(2) Consulter sur cette question générale notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 883 et suiv. V. Cass., 15 janvier 1900, S. et *J. Pal.*, 1900, 1. 433 (note

Section III. — Des droits de la femme du failli (1).

1226. La femme du failli a souvent des droits à exercer contre lui. Ces droits sont d'autant plus nombreux que, très souvent, la déclaration de faillite du mari détermine sa femme à demander la séparation de biens, qui entraîne, soit la dissolution de la communauté, soit la restitution des biens propres ou dotaux. Les droits de la femme peuvent être de plusieurs sortes. Tantôt elle a la propriété de biens détenus par son mari en qualité d'administrateur ; elle peut alors les revendiquer. Tantôt elle a contre son mari des créances, comme dans les cas où un bien propre de la femme a été vendu, où elle a payé une dette contractée par elle avec son mari, où elle a apporté à la communauté ou à son mari la jouissance de choses fongibles.

L'exercice des droits de la femme dans la faillite du mari avait donné lieu avant 1807 à de grands scandales. Les femmes parvenaient souvent à soustraire aux créanciers des biens du mari ou exerçaient, au préjudice de la masse, leur hypothèque légale sur des immeubles acquis avec l'argent des créanciers. Le Code de 1807 avait cherché à empêcher ces abus à l'aide de mesures rigoureuses, qui ont été atténuées en 1838.

1227. De la femme considérée comme propriétaire. — Le mari détenant les biens que la femme revendique, c'est à elle à prouver qu'elle en a la propriété. Si elle ne fait pas cette preuve, les biens dont il s'agit sont traités comme faisant partie de l'actif du failli (art. 559). A cet égard, le Code de commerce ne déroge pas aux règles ordinaires (2), il y déroge, au contraire, en imposant à la femme certains genres de preuve. Le Code distingue suivant qu'il s'agit de la revendication des meubles ou de celle des immeubles.

1228. *Revendication des immeubles.* — La femme peut avoir à revendiquer, soit des immeubles dont elle avait déjà la propriété avant le mariage ou qu'elle a acquis à titre gratuit pendant sa durée, soit des immeubles qu'elle a acquis à titre onéreux. Pour les deux premières classes d'immeubles, le Code se borne à appliquer le droit commun (art. 557) : elle prouve qu'elle en a la propriété par son contrat de mariage, par l'acte de partage, l'acte de donation ou le testament. Mais

de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1901. 1. 25 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 217. V. aussi Bonnichon, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus* (1900).

(1) C. com., art. 557 à 564.

(2) V. art. 1402, C. civ.

il y a des règles spéciales pour la preuve quant aux immeubles acquis à titre onéreux ; c'est, en effet, pour ces immeubles que les fraudes, si fréquentes autrefois, sont à redouter.

L'article 558 suppose que la femme du failli a reçu ou recueilli par donation, legs ou succession, soit une somme d'argent qui doit lui rester propre, soit une créance propre dont le montant a été payé. Si les choses restaient dans cet état, la femme du failli serait créancière de cette somme ; si celle-ci a été employée à l'achat d'un immeuble, la femme peut revendiquer cet immeuble. Seulement, pour que la revendication réussisse, il faut : 1° qu'il ait été expressément stipulé dans l'acte d'acquisition fait au nom de la femme que l'immeuble était acquis pour servir d'emploi ; 2° que l'origine des deniers soit prouvée par inventaire ou par tout autre acte authentique, par exemple par un acte de partage, un testament, un acte de dónation. Il faut, bien entendu, voir si les clauses du contrat de mariage permettaient de transformer ainsi, au moyen d'un emploi, le droit de créance de la femme en un droit de propriété.

Le Code n'a pas prévu d'autres cas dans lesquels la femme est admise à revendiquer des immeubles acquis à titre onéreux. Il est certain que, dans toutes les hypothèses où elle a la propriété d'immeubles ainsi acquis, elle peut les revendiquer ; l'article 559 réserve en termes généraux la preuve contre la présomption en vertu de laquelle le mari est réputé propriétaire des immeubles acquis pendant le mariage. Par conséquent, la femme du failli peut revendiquer l'immeuble acquis par elle en échange d'un propre (art. 1407, C. civ.) ou en remploi (art. 1434 et 1435, C. civ.). A défaut de dispositions spéciales dans le Code de commerce, il ne semble pas qu'on puisse exiger, comme quelques auteurs proposent de le faire, que l'acquisition en échange soit faite par acte authentique ou qu'en cas de remploi, un acte de cette sorte prouve l'origine des deniers. A plus forte raison, ne doit-on pas exiger une preuve par acte authentique de l'origine des deniers, quand la femme du failli revendique un immeuble qu'elle prétend avoir acquis à l'aide d'économies réalisées sur les revenus de ses biens, si elle est séparée de biens, ou si, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux. On comprend seulement qu'en s'inspirant de l'esprit de la loi, le juge se montre difficile au point de vue de la preuve.

Il va de soi que la femme ne reprend ses immeubles qu'à la charge, soit des hypothèques dont ils ont été légalement grevés (art. 561), soit de tous autres droits réels valablement constitués.

1229. *Revendication des meubles.* — La femme du failli peut revendiquer les meubles détenus par son mari dont elle est propriétaire, quelle que soit leur origine ou leur nature. Ainsi, elle peut

revendiquer, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les meubles dont elle avait la propriété lors de la célébration du mariage ou qu'elle a acquis à titre gratuit pendant sa durée (art. 1498, C. civ.) ; sous le régime dotal, les biens mobiliers qui ont été constitués en dot sans estimation ou avec une estimation accompagnée de la clause que l'estimation ne valait pas vente (art. 1551 et 1552, C. civ.), etc., etc... Mais, pour revendiquer avec succès les meubles, il faut que la femme prouve leur origine ou leur identité par un inventaire ou par un autre acte authentique (art. 560, contrat de mariage, partage notarié, état estimatif annexé, en vertu de l'article 948, C. civ., à l'acte de donation, etc...). L'acte authentique ne pourrait pas être remplacé, même par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine avant le jugement déclaratif.

A défaut de preuve par acte authentique, tous les effets mobiliers sont considérés comme acquis au mari et font partie de l'actif de la faillite. Les syndics peuvent seulement, avec l'autorisation du juge-commissaire, remettre à la femme le linge et les hardes à son usage personnel ; il y a là une disposition édictée par des considérations d'humanité. D'ailleurs, quand, à défaut d'un acte authentique, la femme ne peut pas se présenter comme propriétaire, rien n'empêche qu'elle réclame comme créancière la valeur des meubles qu'elle n'est pas admise à revendiquer. Le législateur est moins rigoureux pour la preuve au point de vue des droits de créance que du droit de propriété (1) ; cela s'explique, parce que ce dernier droit cause à la masse un préjudice plus grand. V. n° 1232.

1230. Les articles 557 et 560 impliquent deux solutions importantes :

a) Il résulte de l'article 560 que, contrairement à une ancienne doctrine, la femme conserve, sous le régime de la communauté, la propriété des meubles comme celle des immeubles propres, c'est-à-dire que les meubles propres ne tombent pas dans la communauté, de telle sorte que la femme ne pourrait en réclamer que la valeur.

b) Pour que la revendication soit admise, il faut, d'après les termes formels des articles 557 et suiv., que les biens revendiqués existent encore en nature. Aussi a-t-il été toujours admis qu'en cas de faillite du mari, la femme dont le propre a été vendu, sans qu'il ait été fait un remploi du prix, ne peut exercer aucune revendication à l'encontre des créanciers de son mari. Avant 1858, en dehors du cas de faillite, la Cour de cassation avait admis, sur la célèbre *question des reprises*, que

(1) Cette doctrine est contestée. V. note 1 de la page 936.

la femme pouvait, dans ces circonstances, se présenter comme propriétaire et passer ainsi avant les créanciers de la communauté.

1231. Le Code n'a pas parlé des cas où des meubles *acquis à titre onéreux* peuvent être revendiqués. Il n'est pas douteux cependant qu'il y a des cas de ce genre ; on peut citer celui où des meubles (rentes, obligations, actions) ont été acquis en remploi de biens propres ou en emploi de deniers propres. La loi n'a prescrit pour ce cas aucune preuve spéciale et l'on ne peut étendre par analogie la disposition rigoureuse de l'article 558 ; c'est une lacune qui peut causer des abus.

1232. DE LA FEMME CRÉANCIÈRE. DE SON HYPOTHÈQUE LÉGALE. — La femme du failli peut prouver par tous les moyens les créances qu'elle a contre son mari (1) ; les articles 557 et 560 ne régissent que le cas où elle prétend revendiquer en qualité de propriétaire. Cela n'est absolument exact que lorsque la femme du failli se présente comme créancière *chirographaire*. Quand elle invoque son hypothèque légale, le Code (art. 563) la soumet, pour certaines créances, à une preuve spéciale ; en outre, il restreint cette hypothèque à la fois au point de vue des immeubles qui en sont grevés et des créances qu'elle garantit.

1233. *Restrictions relatives aux immeubles grevés*. — En droit commun, l'hypothèque légale de la femme s'étend à tous les immeubles présents et à venir du mari (art. 2122, C. civ.). En cas de faillite, les seuls immeubles grevés de cette hypothèque sont : 1° ceux qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage ; 2° les immeubles qui lui sont advenus ensuite par succession, par donation ou par legs. En conséquence, l'hypothèque légale ne frappe pas les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage (2) ; la loi présume que ces immeubles ont été acquis avec l'argent des créanciers. Cependant, si le mari avait, pendant le mariage, échangé un immeuble soumis à l'hypothèque légale, l'immeuble acquis en contre-échange en serait aussi grevé ; il n'est pas possible de dire alors que le mari a employé l'argent des créanciers à l'acquisition de l'immeuble (3). Cette

(1) De graves difficultés se présentent quand, sous le régime de communauté, la femme prétend être créancière chirographaire de son mari, à raison d'une succession ou donation mobilière, V. Cass., 22 novembre 1886, S. 1890. 1. 485 (note de M. Bufnoir). V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 901.

(2) Ces immeubles sont des conquêts sous le régime de la communauté légale (art. 1401-3°, C. civ.). Il est admis généralement qu'ils sont frappés, en dehors du cas de faillite, de l'hypothèque légale de la femme, sauf quelques difficultés en cas d'acceptation de la communauté par celle-ci. V. Aubry et Rau, III (5e édit.), n° 264 *ter*.

(3) V., en sens contraire, Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2037.

solution pourrait être maintenue même si l'échange avait été fait moyennant une soulte payée par le mari, pourvu que la soulte fût peu importante.

1234. A l'occasion de ces restrictions apportées à l'hypothèque légale de la femme du failli quant aux immeubles grevés, deux difficultés se présentent : l'une concerne les constructions élevées par le mari, l'autre les immeubles qui lui sont attribués par un partage ou une licitation.

A. Quand, sur un immeuble grevé de l'hypothèque légale de sa femme, le failli a élevé des constructions ou a fait des améliorations, l'hypothèque s'étend-elle à ces constructions ou améliorations ? On a parfois décidé l'affirmative, en invoquant l'article 2133, C. civ., d'après lequel l'hypothèque s'étend aux améliorations que peut recevoir l'immeuble grevé. Cette solution n'est pas conciliable avec les motifs et l'esprit de l'article 563 ; la valeur mobilière résultant des constructions ou améliorations faites pendant le mariage est présumée avoir été acquise avec l'argent des créanciers (1).

B. Une autre difficulté est relative au cas où le mari, étant copropriétaire d'un immeuble et ayant sa part indivise grevée de l'hypothèque légale de sa femme, a reçu ou acquis, en vertu d'un partage ou d'une adjudication sur licitation, la totalité de l'immeuble. L'hypothèque ne grève-t-elle toujours que la part indivise ayant appartenu primitivement au mari ou s'étend-elle à l'immeuble entier ? Trois opinions ont été soutenues. D'après l'une, la femme pourrait toujours exercer son hypothèque légale sur l'immeuble entier ; on se prévaut en ce sens du principe de l'article 883, C. civ., selon lequel le copartageant est présumé avoir été propriétaire exclusif des objets placés dans son lot à partir du jour où a commencé l'indivision. D'après une autre opinion, au contraire, la femme ne pourrait jamais exercer son hypothèque que sur la part indivise appartenant dès l'origine au mari ; on prétend, en effet, que l'article 883, C. civ., établit une fiction ayant une portée restreinte, parce qu'elle a pour but d'éviter les recours auxquels donneraient lieu sans elle les droits réels constitués sur des parts indivises, qu'elle est étrangère aux rapports de chaque copropriétaire avec ses ayants cause. Enfin, la troisième doctrine, qui a nos préférences, écarte comme la seconde l'article 883 et fait une distinction. La totalité de l'immeuble peut avoir été attribuée au mari par un partage ou lui avoir été adjugée par licitation. Dans le premier cas, les copropriétaires du mari ayant été remplis de leurs droits avec des valeurs indivises, on ne peut songer à appliquer la présomption selon laquelle les

(1) Grenoble, 8 mars 1892, D. 1892. 2. 205.

immeubles acquis à titre onéreux par le mari l'ont été avec l'argent des créanciers ; dès lors l'immeuble entier doit être atteint par l'hypothèque légale de sa femme. Dans le second cas. au contraire, cette présomption reprend toute sa force, et, dès lors, l'hypothèque doit être restreinte à la part indivise qui appartenait seule au mari avant l'adjudication.

1235. *Créances garanties par l'hypothèque légale de la femme. Preuve.* — En droit commun, toutes les créances de la femme contre son mari sont garanties par l'hypothèque (2121-2°, C. civ.), et la femme n'est soumise à aucune règle spéciale de preuve pour les créances à raison desquelles elle veut exercer cette hypothèque. En cas de faillite du mari, des exceptions aux règles du droit commun sont admises, soit quant aux créances garanties par l'hypothèque, soit quant à la preuve de ces créances.

1. La femme ne peut invoquer l'hypothèque légale pour les avantages que son mari lui a faits dans son contrat de mariage ou pour les donations qu'elle a reçues de lui pendant son mariage. Du reste, la femme ne peut pas même se présenter dans la faillite de son mari comme créancière chirographaire à raison de ces libéralités (art. 564). V. n° 1237.

2. Pour les deniers et effets apportés en dot par la femme ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, elle doit faire la preuve de la délivrance ou du paiement fait au mari par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine avant le jugement déclaratif (art. 563-2°). Le Code est ainsi moins rigoureux pour la femme qui revendique comme propriétaire. Cpr. article 563-2° et article 560. Il résulte de là qu'en cas de faillite du mari, la femme ne pourrait pas, pour prouver la réception de la dot par lui et pour exercer, en conséquence, son hypothèque légale, invoquer la présomption de l'article 1569, C. civ., en vertu de laquelle, sous le régime dotal, le mari est présumé avoir reçu les biens dotaux, quand dix ans se sont écoulés depuis la date fixée pour le paiement ou la délivrance de la dot.

L'exigence d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé ayant date certaine ne se réfère qu'au cas où la femme veut exercer son hypothèque légale. Elle pourrait donc, sans être astreinte à la preuve par un de ces moyens, prouver qu'elle est créancière *chirographaire* de son mari à raison de biens qui lui sont advenus par succession, legs ou donation ; elle pourrait, par suite, invoquer l'article 1569, C. civ. Cependant la jurisprudence se montre très rigoureuse et exige que la femme, même quand elle se présente comme simple créancière chirographaire, prouve la consistance de sa dot (montant des successions ou

des donations) et de ses reprises par un inventaire ou par un autre acte authentique (1).

3. Conformément au droit commun (art. 2135-2°, C. civ.), la femme peut invoquer son hypothèque légale à raison de dettes qu'elle a contractées avec son mari dont elle est réputée caution (art. 563-3°); mais, quand elle a payé, la loi (art 562) présume qu'elle l'a fait des deniers de son mari; elle doit donc prouver, pour être admise comme créancière, qu'elle a payé de son argent.

A tous autres égards, la femme du failli peut faire la preuve des créances pour lesquelles elle invoque son hypothèque légale, conformément aux règles de droit commun. Aussi, s'agit-il du prix d'un propre vendu; il suffit que la femme prouve que la vente a eu lieu, sans avoir besoin d'établir que le prix a été versé entre les mains de son mari. Si l'acte de vente doit avoir date certaine, c'est pour la fixation du rang hypothécaire de la femme, non pour la preuve de sa créance, en vertu de l'article 1328, C. civ.

1236. Les restrictions relatives à l'hypothèque légale de la femme (immeubles grevés, créances garanties, preuve de créances) ne sont pas toujours applicables en cas de faillite du mari. Le législateur veut que la femme ait pu, en se mariant, prévoir au moins la possibilité d'une faillite de son mari. Par suite, pour que ces restrictions s'appliquent, il faut, d'après l'article 563, que le mari ait été commerçant lors de la célébration du mariage ou que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année. — Par une singulière contradiction, le Code admet que les règles spéciales de preuve imposées à la femme qui revendique des biens dont elle prétend être propriétaire, s'appliquent même au cas où le mari avait une profession non commerciale lors de la célébration du mariage et est devenu commerçant ensuite à une époque quelconque.

1237. Annulation des avantages matrimoniaux. — La femme ne peut réclamer l'exécution des libéralités que son mari lui a faites dans son contrat de mariage quand le mari était commerçant lors de la célébration du mariage ou que, n'ayant pas alors de profession, il est devenu commerçant dans l'année (art. 564). Le législateur ne veut pas que la femme puisse réaliser un bénéfice, alors que les créanciers de son mari éprouvent un préjudice par suite de la faillite. Il a redouté, du reste, qu'au moyen de libéralités le mari ne parvînt à transmettre à sa femme des biens qui forment le gage de ses créanciers. La femme

(1) Cass., 22 novembre 1886, S. 1889. 1. 485; *J. Pal.*, 1889. 1. 1164 (note de M. Bufnoir en sens opposé). V., sur la question, notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 900 et 901; Thaller, *op. cit.* (3e édit.), nos 1973, 2042 à 2044.

ne peut même pas se présenter comme créancière *chirographaire* à raison de ces libéralités ; l'article 564 dit qu'elle n'a *aucune* action. — Il faut appliquer par *a fortiori* l'article 564 aux donations faites par le mari à sa femme durant le mariage : ces donations sont révocables au gré du donateur (art. 1096, C. civ.) et ne font pas, par suite, acquérir au donataire un droit définitif comme celles qui sont faites avant le mariage. — Cette nullité atteint les libéralités dont il s'agit, sans qu'il y ait à considérer si elles ont été faites avant ou pendant la période suspecte. Elle les frappe à raison de leur nature et non de leur date.

Dans les cas où la femme ne peut pas réclamer l'exécution des donations de son mari, par une juste réciprocité, les créanciers de celui-ci ne peuvent pas non plus se prévaloir des libéralités de la femme du failli (art. 564).

1238. *Par qui peuvent être invoqués les articles 557 à 564. C. com.* — La masse des créanciers, représentée par les syndics, peut certainement se prévaloir contre la femme du failli des dispositions restrictives des articles 557 à 564. Mais peuvent-elles aussi être invoquées individuellement par des intéressés ? Cette question se pose notamment pour les créanciers hypothécaires du mari et pour les tiers acquéreurs d'immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage par le mari en faillite. Ainsi, un immeuble a été acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage, et cet immeuble a une valeur de 100.000 fr. ; la femme a contre son mari une créance d'une somme égale et un créancier hypothécaire postérieur est inscrit aussi sur cet immeuble pour 100.000 fr. La masse des créanciers n'a pas d'intérêt à faire décider que, d'après l'article 563, l'hypothèque légale de la femme ne peut pas être exercée sur cet immeuble, car le créancier hypothécaire postérieur en prendrait alors le prix intégral. Le créancier hypothécaire aurait, au contraire, le plus grand intérêt à se prévaloir contre la femme de l'article 563. De même, on peut supposer que le failli, ayant acquis à titre onéreux un immeuble pendant le mariage, l'a aliéné ; il y a lieu de se demander si le tiers acquéreur, pour se soustraire au droit de suite de la femme, a le droit de faire déclarer qu'en vertu de l'article 563, l'hypothèque légale n'a pas frappé l'immeuble.

On a soutenu que toute personne intéressée peut invoquer les articles 557 et suiv., en se prévalant de ce que les articles 557 et suiv. ne limitent pas à la masse des créanciers le bénéfice des dispositions restrictives qu'ils renferment (1). Selon nous, on doit, au contraire, réser-

(1) Nancy, 27 mai 1865. S. 1866. 2. 345 : *J. Pal.*, 1866. 1265 (note de M. Labbé en sens contraire) ; Cass., 8 novembre 1898, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 273.

ver à la masse seule, représentée par les syndics, le droit d'invoquer ces dispositions contre la femme du failli ; elles sont faites pour le cas de faillite, c'est-à-dire pour le cas où il y a une masse et pour cette masse seule, comme les dispositions des articles 446 à 449, C. com. (1).

1239. Les dispositions des articles 557 à 564 s'appliquent certainement en cas d'union et de concordat par abandon. Sont-elles aussi applicables en cas de concordat simple ? On peut en douter à raison de ce qu'en vertu de ce concordat même, la masse des créanciers cesse d'exister. V. question analogue à propos des articles 446 et s., n° 1163. Sans doute, le failli concordataire ne peut pas se prévaloir de ces dispositions, spécialement de l'article 563 ; ces règles restrictives n'ont pas été posées dans son intérêt. Mais chaque créancier peut les invoquer, comme semble le prouver l'article 517 ; en cas de concordat, chaque créancier succède individuellement aux droits de la masse.

A quel moment donc, en cas de concordat, la femme recouvre-t-elle la plénitude de ses droits, spécialement celui d'exercer son hypothèque légale sans aucune restriction ? Il a été parfois admis qu'elle ne les recouvre qu'après que le failli a été réhabilité ; on s'appuie sur ce que les effets de la faillite ne cessent complètement que par la réhabilitation. Il ne suffirait donc pas, selon cette opinion, que le failli eût exécuté le concordat pour que l'article 563 cessât de s'appliquer. Nous ne pouvons adhérer à cette opinion. Selon nous, l'exécution complète du concordat doit faire écarter l'application des articles 557 et suiv. et spécialement de l'article 563 (2) ; les créanciers de la faillite n'ont plus dès lors rien à réclamer, leur intérêt est hors de cause et l'on ne peut déclarer l'article 563 applicable, en permettant au failli de s'en prévaloir.

1239 *bis*. La loi qui restreint l'hypothèque légale de la femme, ne touche pas à l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit. Aussi les enfants mineurs du failli peuvent exercer leur hypothèque légale sur tous les immeubles de leur père, même pour les créances que leur mère avait contre lui (3).

(1) Agen, 22 juillet 1859, S. 1860. 2. 86. V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 915, et Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2046.

(2) Toulouse, 7 avril 1865, S. 1865. 2. 212 ; *J. Pal.*, 1865. 918 ; D. 1865. 2. 77.

(3) V. Thaller, *op. cit.*, n° 2046.

Section IV. — Des créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement (1).

1240. Un failli peut être codébiteur solidaire, ce qui se présente spécialement quand il a, à un titre quelconque, apposé sa signature sur un effet de commerce (n° 641) ou quand il est associé en nom collectif (n° 154) ou commandité (n° 157). Il faut alors résoudre les questions suivantes : 1° pour quelle somme le créancier peut-il se présenter dans la faillite, quand il a déjà reçu un acompte d'un ou de plusieurs des codébiteurs du failli ? 2° quels sont les droits, soit du codébiteur du failli qui a payé une partie de la dette contre la masse, soit de la masse qui a ainsi acquitté une portion de la dette, contre les codébiteurs du failli ? Des questions semblables se posent quand une dette est garantie par un cautionnement. Si le débiteur principal est en faillite, pour quelle somme le créancier, qui a reçu un acompte de la caution, peut-il figurer dans la masse ? La caution qui a payé, a-t-elle un recours contre la masse du débiteur principal ? Les solutions données à ces questions sont les mêmes pour le cas de solidarité et pour celui de cautionnement ; selon les circonstances, elles sont conformes au droit commun (art. 544) ou elles y dérogent (art. 542 et 543). L'une des difficultés de la matière est de fixer dans quels cas s'applique la règle de droit commun contenue dans l'article 544 et quels cas sont régis par les dispositions dérogatoires des articles 542 et 543. Il sera parlé d'abord des cas certains d'application des unes ou des autres de ces dispositions et on examinera ensuite deux cas dans lesquels le doute existe.

1241. *Cas certains d'application des articles 542 et 543.* — Quand tous les codébiteurs solidaires ou le débiteur principal et la caution sont en faillite avant qu'aucun paiement n'ait été fait, le créancier peut évidemment produire pour le tout dans telle faillite qu'il lui convient. Le Code ne se borne pas à admettre cette conséquence naturelle de l'obligation de chacun au tout ; supposant que les faillites se liquident successivement, l'article 542 admet que, malgré le dividende reçu dans une faillite, le créancier continue à pouvoir figurer dans les autres pour le montant intégral de sa créance. Ainsi, s'il s'agit d'une dette de 100.000 fr. et si le créancier a obtenu dans la faillite d'un des débiteurs solidaires 75.000 fr. (75 0/0), il peut néanmoins jusqu'à parfait paiement se présenter comme créancier de 100.000 fr. dans la faillite de chacun des codébiteurs. Si le dividende d'une seconde faillite est de

(1) Art. 542 à 544. — V. sur l'article 545, nos 1158 et 1159.

25 0/0, il touchera 25 000 fr. et n'aura plus rien à réclamer dans les autres ; si le dividende de la seconde faillite dépasse 25 0,0, le créancier ne prendra que 25.000 fr. Ce système qui avait prévalu à la fin du XVII[e] siècle devant le Parlement de Paris, donne au créancier la chance d'être payé intégralement malgré la faillite des coobligés (1). Il y a là dérogation au droit commun, car un paiement partiel, éteignant la dette pour partie, ne la laisse subsister que pour l'excédent ; elle a été admise surtout pour des motifs utilitaires (n° 1243) (2). Elle favorise la circulation des effets de commerce et peut ainsi contribuer au développement du crédit commercial.

Le créancier figure dans chaque faillite pour le montant nominal de sa créance, qu'il ait reçu des acomptes à titre de dividendes comme créancier chirographaire ou même comme créancier soit hypothécaire, soit privilégié. L'article 542 ne fait pas de distinction à cet égard.

1242. D'après les principes généraux du droit, la caution qui a payé la dette en tout ou en partie, a un recours contre le débiteur principal (art. 2028, C. civ.), et le codébiteur solidaire qui acquitte une portion supérieure à celle qu'il doit supporter définitivement dans la dette, a un recours contre ses codébiteurs (art. 1213 et 1214, C. civ.). Quand le créancier a touché un dividende dans la faillite de la caution ou d'un débiteur solidaire, la masse des créanciers a-t-elle un recours contre la faillite, soit du débiteur principal soit des autres débiteurs ? L'article 543 résout cette question en posant une règle générale et en y indiquant une exception.

La règle est que les faillites des coobligés n'ont pas les unes contre les autres de recours à raison des dividendes payés. Il y a là une conséquence nécessaire de l'article 542 ; par cela même que le créancier figure dans chaque faillite pour le montant intégral de la créance, aucun recours n'est possible entre les faillites ; sans cela, la même créance figurerait dans chaque faillite pour son entier montant augmenté du montant du recours. Ainsi, un créancier de 100.000 fr. a

(1) Deux autres systèmes avaient été soutenus sous l'empire de l'Ordonnance de 1673 qui ne tranchait pas la question. — D'après l'un de ces systèmes défendu par Savary, le créancier, s'étant présenté dans la faillite de l'un des codébiteurs, ne pouvait plus rien réclamer dans celle d'un autre codébiteur, n'eût-il reçu dans la première faillite qu'un simple dividende. D'après un second système admis par Dupuys de la Serra, Pothier, Emérigon et Jousse, le créancier pouvait se présenter successivement dans les faillites des différents obligés, mais sous la déduction des sommes déjà touchées par lui dans les faillites où il s'était présenté. V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 920.

(2) V. Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3[e] édit.), n[os] 1925 et 1930.

touché 75 0/0 soit 75.000 fr., dans la faillite du débiteur principal et 25 0/0, soit 25.000 fr., dans celle de la caution ; la caution ne peut pas se présenter pour ces 25.000 fr. dans la faillite du débiteur principal ; sans cela, la créance qui n'est que de 100.000 fr., figurerait pour 125.000 fr. dans la faillite de celui-ci (1).

Mais à cette règle l'article 543 apporte une exception. Le créancier, comme il a été dit plus haut, ne peut se présenter dans chaque faillite pour le montant intégral de sa créance que jusqu'à parfait paiement. Quand donc les dividendes réunis que donnent les faillites, excèdent le montant total de la créance en principal et accessoires, le créancier ne touche pas l'excédent. Dans la mesure de cet excédent, les recours entre les masses des faillites sont admis ; ces recours ne conduisent pas, en effet, à faire figurer la créance dans les faillites pour un chiffre dépassant son montant.

Comment détermine-t-on quelles masses ont un recours et quelles y sont soumises ? L'article 543 répond à cette question en disposant : *l'excédent est dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des obligés qui auraient les autres pour garants.* Cette disposition s'applique bien littéralement dans le cas fréquent où il s'agit de débiteurs tenus en vertu d'un effet de commerce ; la date des signatures y fixe qui est garant ou garanti, chaque endosseur étant garant de l'endosseur qui suit. Mais, en dehors de ce cas, l'ordre *chronologique* des engagements ne doit pas être pris en considération, les faillites des garantis ont un recours contre celles des garants indépendamment des dates des engagements des uns et des autres : l'excédent est dévolu à la masse garantie par préférence à la masse garante. Quelques exemples rendront compte de la portée de l'article 543 :

a) Une dette de 100.000 fr. est garantie par une caution et le créancier a obtenu 75.000 fr. dans la faillite de la caution ; il figure dans la faillite du débiteur principal qui donne un dividende de 50 0/0. Le créancier ne peut prendre dans cette dernière faillite que 25 0/0, soit 25.000 fr. ; l'autre partie du dividende, soit 25.000 fr., est attribuée à la faillite de la caution.

b) Un billet à ordre de 10.000 fr. a été souscrit par Pierre au profit de Primus qui l'a endossé à Secundus, et, par suite d'endossements successifs, il a passé entre les mains de Tertius et enfin de Quartus, qui en est le porteur. Le souscripteur et les trois endosseurs sont débi-

(1) L'article 2032, C. civ., selon lequel *la caution, même avant d'avoir payé,* peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée... ; 2° *lorsque le débiteur a fait faillite,* ne s'applique donc que lorsque le créancier s'abstient de produire à la faillite du débiteur principal.

teurs solidaires du montant du billet (art. 140 et 187). Le porteur et chaque endosseur sont garantis par les endosseurs précédents et par le souscripteur ; ici, c'est bien l'ordre chronologique des engagements qui détermine quels sont les garants et quels sont les garantis.

Si l'on suppose que les faillites liquidées successivement donnent, celle de Tertius 1 000 fr., celle de Secundus 2.000 fr , celle de Primus 5.000 fr., celle de Pierre 6.000 fr., les trois premières faillites donnant un dividende total de 8.000 fr., le porteur ne pourra prendre dans la faillite de Pierre que 2.000 fr. sur 6.000 fr., de telle sorte que 4.000 fr. resteront disponibles. D'après l'article 543, cette dernière somme, constituant l'excédent des dividendes sur le montant de la dette, sera dévolue, selon l'ordre des engagements, à ceux des obligés qui ont les autres pour garants. Par suite, la masse de Tertius reprendra avant toute autre les 1.000 fr. qu'elle a payés ; puis, 2 000 fr. seront attribués à la masse de Secundus, et la masse de Primus qui a payé 5.000 fr. ne recouvrera que les 1.000 francs restants.

Le résultat définitif serait le même, mais les recours seraient réglés d'une façon plus simple, si les faillites des différents signataires du billet à ordre étaient liquidées dans un ordre absolument inverse de celui qui vient d'être supposé. Dans ce cas, le porteur toucherait 6.000 fr. dans la masse du souscripteur Pierre et 4.000 sur 5.000 fr. dans celle du premier endosseur .Primus. Les 1.000 fr. restants seraient distribués aux créanciers de la masse de la faillite de Primus et, de même, les dividendes afférents au billet dans les faillites de Secundus et de Tertius y resteraient.

c) Quand il s'agit, en dehors du cas d'un effet de commerce, de codébiteurs solidaires qui sont tous en faillite et que les dividendes réunis des diverses faillites afférents à la créance excèdent son montant, l'excédent doit être dévolu aux différentes masses, de façon à ce que, si tous les codébiteurs ont un intérêt égal à la dette, chacun en supporte une part égale en y ajoutant les parts des insolvables (1).

Ainsi, la dette solidaire est de 30.000 fr. et il y a trois codébiteurs dont la part est pour chacun de 1/3, soit 10.000 fr. La faillite du codébiteur Primus donne un dividende de 16.000 fr., celle de Secundus en donne un de 3.000 fr., enfin celle de Tertius en fournit un de 25.000 fr. Dans la faillite de Tertius, le créancier ne pourra pas prendre ces 25.000 fr., puisque sa créance est de 30.000 fr. et qu'il a déjà reçu

(1) Comment le syndic d'une faillite connaît-il les dividendes déjà touchés par le créancier dans les faillites antérieures ? A l'aide de la présentation du titre de créance. Sur ce titre ont dû être mentionnées l'admission de la créance à ces faillites (art. 497, C. com.) et les sommes payées aux créanciers dans les répartitions (art. 569, C. com.).

19.000 fr. dans les deux autres faillites ; il ne prendra que 11.000 fr. sur 25.000 fr., ce qui laissera un excédent de 14.000 fr. Comme la faillite de Secundus ne donne que 3.000 fr. au lieu de 10.000 fr. que Secundus devait supporter définitivement s'il était solvable, Primus et Tertius doivent supporter, outre leur part de 10.000 fr. dans la dette, la moitié de ce que Secundus ne peut payer, c'est à-dire 3.500 fr. ; ainsi, Primus et Tertius doivent supporter chacun 10.000 + 3.500 fr. ; ce qui fait en tout 13.500 fr. La masse de Primus recourra pour 2.500 fr. contre celle de Tertius. Enfin, chacun paiera en définitive 13.500 fr. En effet, la masse de Primus, qui a payé un dividende de 16.000 fr., recevra 2.500 fr. de la masse de Tertius qui a déjà payé 11.000 fr.

1243. *Cas certain d'application de l'article 544.* — L'article 544 prévoit un tout autre cas que celui visé par les articles 542 et 543 : il suppose que, tous les débiteurs étant encore solvables, l'un d'eux a payé une portion de la dette, puis un codébiteur vient à être déclaré en faillite. Dans ce cas, le droit commun est appliqué ; la créance étant éteinte pour la partie payée, le créancier ne peut se présenter à la faillite que sous la déduction de ce qu'il a déjà reçu. Si donc un débiteur a payé 75.000 fr. sur une dette de 100.000 fr., le créancier ne peut figurer à la faillite subséquente d'un autre codébiteur que comme créancier de 25.000 fr.

Comment expliquer la différence entre cette solution et celle de l'article 543 ? Quand, au moment du paiement partiel, la solvabilité de tous les débiteurs permet aux créanciers d'espérer un paiement intégral, il n'y a aucune raison pour ne pas laisser produire au paiement partiel son effet extinctif naturel. Au contraire, quand les débiteurs sont en faillite au moment où le paiement partiel a lieu, on conçoit que la loi, interprétant la volonté des parties, ne considère pas la dette comme partiellement éteinte à l'égard des autres faillites ; c'est une interprétation de volonté raisonnable et conforme à l'intérêt du crédit.

1244. Dans le cas de l'article 544, le créancier ne figurant dans la faillite que sous déduction du paiement partiel reçu par lui antérieurement, le codébiteur qui a payé l'acompte peut aussi se présenter dans cette faillite pour ce qu'il a déboursé. L'article 544, 2e al., dispose : *le coobligé ou la caution sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli.*

Si donc, une dette de 100.000 fr. ayant été garantie par une caution, un paiement de 75.000 fr. a été fait par la caution avant toute faillite, le créancier ne peut figurer à la faillite du débiteur principal que pour les 25.000 fr. qui lui restent dus et, par suite, la caution peut s'y présenter en exerçant son recours pour les 75.000 fr. qu'elle a acquittés.

La créance ne figure au total que pour 100.000 fr., son montant exact, dans la faillite du débiteur principal.

La disposition de l'article 544, qui consacre cette solution, s'applique certainement dans les rapports de la caution avec la faillite du débiteur principal. Mais s'applique-t-elle aussi dans les rapports de la caution avec le créancier, de telle sorte que la caution puisse conserver pour elle seule, à l'exclusion du créancier, le dividende touché dans cette faillite ? Les avis sont partagés.

Des auteurs prétendent que la caution ne touche pas intégralement, dans la faillite du débiteur principal, le dividende afférent à l'acompte qu'elle a payé, mais que, sur ce dividende, le créancier prend, à l'exclusion des autres créanciers de la caution, une part afférente à ce dont son propre dividende est diminué par le concours de la caution (1). Ainsi, une créance de 120.000 fr. est garantie par une caution et, avant la faillite du débiteur principal, la caution a payé un acompte de 100.000 fr. Le passif de la faillite, y compris la dette de 120.000 fr., est de 600.000 fr. et l'actif de 300.000 fr. ; la faillite donne donc un dividende de 50 0/0, de telle sorte que le créancier a droit à un dividende de 10.000 fr. et que le dividende afférent à la caution est de 50.000 fr. Dans l'opinion dont il s'agit, le créancier doit être traité à l'égard de la caution comme si celle-ci ne figurait pas dans la faillite. Dans ses rapports avec la caution, le créancier aura droit ainsi à 60 et non à 50 0/0 des 20.000 fr. qui lui restent dus, soit 12.000 fr. ; il toucherait 2.000 fr. sur le dividende afférent à la caution, qui conserverait seulement 48.000 fr.

On fait valoir en faveur de cette doctrine que la caution qui est garante du paiement, ne peut par son concours empêcher le créancier de toucher ce qui lui est dû : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* On invoque aussi l'article 1252, C. civ., d'après lequel la subrogation ne peut nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie : celui-ci peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

Nous pensons, au contraire, que la caution conserve le dividende afférent à l'acompte payé par elle au créancier. La règle de l'article 1252, C. civ., n'est pas violée par là ; cet article suppose que la caution recourt contre le débiteur principal comme subrogée légalement au créancier; mais il ne vise point le cas où la caution agit de son chef, en vertu de l'action de mandat ou de gestion d'affaires qu'elle a contre le débiteur principal. Or, c'est bien de son chef qu'agit la caution quand elle recourt comme créancière chirographaire contre la faillite du débi-

(1) Demangeat sur Bravard, V. p. 611, note 1.

teur principal. On ne peut nier sans doute qu'en concourant avec le créancier, la caution nuit dans une certaine mesure au créancier dont le dividende est diminué par son concours ; mais il y a là un préjudice minime et le législateur a admis que la caution peut le causer au créancier ; l'article 544 dispose sans restriction qu'elle sera comprise dans la masse pour ce qu'elle a payé (1).

1245. *Difficultés sur les cas d'application des articles 542 et 543 ou 544.* — Les articles 542 et 543 sont certainement applicables quand un créancier a touché un dividende dans la faillite d'un des coobligés à un moment où tous étaient en faillite. V. n° 1241. D'un autre côté, l'article 544 s'applique sans aucun doute quand l'acompte a été touché par le créancier d'un coobligé solvable, à un moment où aucun des coobligés n'était en faillite. V. n° 1243. Mais, dans plusieurs cas, on discute sur le point de savoir s'il faut appliquer les articles 542 et 543 ou l'article 544. Deux cas principaux donnent lieu à difficulté :

1° *Le créancier a reçu un dividende dans la faillite d'un des coobligés, alors que tous les autres étaient* IN BONIS, *mais ceux-ci ou plusieurs d'entre eux ont été ensuite déclarés en faillite.* — On a soutenu qu'ici, l'article 544 est applicable, en disant que la loi n'a pas de protection spéciale à accorder au créancier qui peut se faire payer intégralement par un des codébiteurs du failli. Il nous paraît, avec la jurisprudence (2), plus conforme au texte et à l'esprit de la loi d'appliquer, au contraire, les articles 542 et 543. L'article 542 ne suppose pas expressément les faillites de *tous* les coobligés, mais celles de plusieurs, qu'elles soient simultanées ou successives comme dans notre hypothèse. Du reste, dès qu'il y a faillite d'un coobligé lors du paiement partiel, le créancier peut redouter de n'être pas payé entièrement et il est naturel de supposer qu'il n'a pas entendu attribuer à ce paiement partiel un effet extinctif pour une portion correspondante de la créance (3).

2° *Le créancier a reçu un paiement partiel d'un coobligé solvable, mais alors que d'autres obligés étaient en faillite.* — De nombreux auteurs soutiennent que l'article 544 s'applique dans ce cas et que, par suite, le créancier ne peut figurer dans la masse des faillites que sous déduction de ce qu'il a reçu.

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 966, note 1. — Mais, comme la caution reste débitrice du créancier pour la somme non touchée par celui-ci, ce créancier peut former une saisie-arrêt sur le dividende afférent à la caution. Seulement, sur la somme saisie-arrêtée, le créancier dont il s'agit concourt avec les autres créanciers de la caution.

(2) Req., 24 juin 1851, S. 1851. 1. 551 ; D. 1854. 5. 368 ; *J. Pal.*, 1852. 2.° 500.

(3) Thaller, *op. cit.*, n° 1931.

On dit en faveur de cette doctrine que le paiement partiel, dès qu'il est volontaire, en ce sens que le créancier aurait pu le refuser, doit éteindre sa créance pour partie. Il paraît plus exact, avec la jurisprudence (1), d'appliquer l'article 542 et de permettre, par suite, au créancier de se présenter dans chaque faillite pour le montant intégral de sa créance sans aucune déduction Cette solution est conforme au texte de l'article 544 ; il suppose un acompte reçu sur la créance *avant* la faillite, sans indiquer s'il s'agit de la faillite du débiteur qui a fait le paiement ou de celle d'un autre débiteur ; l'article 544 n'est donc pas applicable dès qu'il y a faillite de l'un quelconque des débiteurs au moment où est fait le paiement partiel. En outre, on est d'accord avec les motifs de l'article 542 en l'appliquant dès que la faillite d'un débiteur peut faire craindre au créancier, lors du paiement partiel, de n'être pas payé intégralement, que ce paiement partiel soit volontaire ou résulte d'un dividende touché dans une faillite (2).

1246. Dans les différents cas visés ci-dessus, il a toujours été supposé que la caution a garanti toute la dette principale. Il se peut qu'elle n'en garantisse qu'une partie, par exemple qu'une dette de 100.000 fr. ne soit cautionnée que pour 60.000 fr. Il va de soi que, si la caution a payé, soit les 60.000 fr., soit une partie de cette somme au créancier avant toute faillite, le créancier ne peut produire à la faillite postérieure du débiteur principal que pour ce qui lui reste dû et que la caution peut se présenter aussi comme créancière de l'acompte qu'elle a payé. A cet égard, la caution partielle n'est pas traitée autrement que la caution qui a garanti la dette entière.

Mais que doit-on décider quand la caution a payé toute la partie de la dette cautionnée par elle après la faillite du débiteur principal ? Faut-il, appliquant ici les articles 542 et 543, admettre que, le créancier pouvant figurer à la faillite du débiteur principal pour la créance entière, la caution ne peut s'y présenter ? Ne doit-on pas, au contraire, admettre que le créancier ne peut figurer à la faillite que pour ce qui lui reste dû et que, par suite, la caution a le droit d'y figurer comme créancière du montant de son compte ? Ainsi, une dette de 100.000 fr. a été cautionnée pour 60.000 fr. et la caution a payé cette dernière somme, alors que le débiteur principal était déjà en faillite ; doit-on décider que le créancier figurera dans la faillite du débiteur principal pour 100.000 fr. et que la caution n'aura de recours contre la masse qu'autant que le

(1) Rouen, 27 avril 1861, S. 1862. 1. 121 ; D. 1861. 2. 157 ; *J. Pal.*, 1862. 929 ; Cass., 29 février 1879, S. 1879, 1. 153 ; D. 1879. 1. 149 ; *J. Pal.*, 1879. 384. — La jurisprudence belge est fixée en sens contraire.

(2) Thaller, *op. cit.*, n° 1933.

dividende du créancier, joint aux 60.000 fr. déjà reçus, excédera 100.000 fr. Ne faut-il pas, au contraire, n'accorder au créancier le droit de se présenter dans la faillite du débiteur principal que pour 40.000 fr. et reconnaître à la caution le droit d'y figurer pour 60.000 fr. ?

La jurisprudence (1) admet que le créancier peut, à l'exclusion de la caution, se présenter en pareil cas pour le montant entier de la créance dans la faillite du débiteur principal. On dit en ce sens que les articles 542 et 543 posent une règle générale, sans distinguer selon que la caution, qui a payé un acompte, a garanti la dette entière ou une partie de la dette. Cette solution rigoureuse se heurte à une objection grave et il y a lieu d'admettre que le créancier ne doit figurer dans la faillite du débiteur principal que pour ce qui lui reste dû et que, par suite, la caution peut s'y présenter pour la somme qu'elle a payée. Sans doute, les articles 542 et 543 ne font aucune distinction entre la caution totale et la caution partielle ; mais les principes généraux conduisent à écarter ces dispositions, quand il s'agit d'une caution partielle ayant payé la portion de la dette dont elle est tenue. Pour la caution partielle, la dette est entièrement éteinte, dès qu'elle a payé la partie de la dette garantie par elle ; il faut donc la traiter comme l'on traite la caution qui a payé la dette entière. Or, dans ce dernier cas, assurément la caution a un recours contre la faillite du débiteur principal.

1247. Quand un même créancier a contre un failli plusieurs créances qui ne sont pas toutes garanties par une caution, il faut avoir soin de distinguer entre elles. Ainsi supposons que Pierre est créancier de Paul d une somme de 10.000 fr. qui se décompose en deux créances, l'une de 6.000 fr. non garantie par une caution, l'autre de 4.000 fr. cautionnée par Jacques. Le débiteur principal et la caution Jacques sont tous deux tombés en faillite avant que le créancier ait reçu un acompte ; le créancier a le droit de figurer pour le montant nominal de sa créance dans chacune des deux faillites. La faillite du débiteur principal donne 5 0/0, celle de la caution 75 0/0 ; en conséquence, le créancier aura 5.000 fr. dans la faillite du débiteur principal et 3.000 fr. dans celle de la caution, soit en tout 8 000 fr. Mais le créancier ne pourra pas garder ces 8.000 fr. En effet, sur les 5.000 fr. touchés par lui dans la faillite du débiteur principal, 3.000 fr. sont afférents à la dette de 6.000 fr. non cautionnée et 2.000 fr. seulement afférents à celle de 4.000 fr. cautionnée. Il n'est pas possible que le créancier garde ce dividende de 2.000 fr. plus 3.000 fr. reçus dans la faillite de la caution ; car il aurait 5.000 fr. pour la dette cautionnée qui n'est que de 4.000 fr. La caution peut reprendre, en vertu de l'article 543, dans la faillite du débiteur

(1) Amiens, 12 décembre 1876, D. 1877. 2. 51 ; *J. Pal.*, 1877. 238.

principal, ce dont les deux dividendes réunis excèdent 4.000 fr., soit 1.000 francs.

1247 *bis*. Par cela même que la disposition de l'article 542, C. com., a un caractère exceptionnel, elle ne saurait être étendue hors du cas de faillite (1). En conséquence, dans le cas de déconfiture de débiteurs solidaires ou du débiteur principal et de sa caution, le créancier ne peut réclamer à un débiteur que le montant de la dette sous la déduction de ce qu'il a déjà touché des autres. Cela revient à dire qu'en cas de déconfiture, l'article 544, C. com., est applicable, à l'exclusion de l'article 542 (2).

(1) Il va de soi qu'il faut assimiler la liquidation judiciaire à la faillite, V. art. 24, L. 4 mars 1889 et ci-après nos 1271 et 1323.

(2) Dijon, 28 juillet 1897, D. 1899. 2. 274 ; *Pand. fr.*, 1898. 2. 155 ; Cass., 19 mars 1900, *Pand. fr.*, 1902. 1. 257 ; *Journal des faillites,* 1901, p. 112.

CHAPITRE VI.

DES BANQUEROUTES. DES CRIMES ET DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES. DES INCAPACITÉS DONT EST FRAPPÉ LE FAILLI. DE LA RÉHABILITATION.

SECTION PREMIÈRE. — Des banqueroutes, des crimes et des délits commis dans les faillites.

1248. La faillite ne constitue pas par elle-même un délit (1), elle n'entraîne pas une peine, mais certaines incapacités et déchéances (nº 1264) (2). Il en est ainsi quand la faillite provient de causes fortuites ou de fautes légères. Quand elle est accompagnée de fautes lourdes ou de fautes déterminées par la loi, il y a, soit un délit correctionnel, la *banqueroute simple*, soit un crime, la *banqueroute frauduleuse* (3). Le Code de commerce a déterminé les faits constitutifs de ce délit et de ce crime ; en même temps, il a prévu des délits ou des crimes qui sont parfois commis par des personnes autres que le failli et qui se rattachent à la faillite.

A. — *De la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse* (4).

1249. A propos des deux sortes de banqueroutes, les questions suivantes sont à examiner : 1º Dans quels cas y a-t-il banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse ? 2º Quelles sont les peines infligées par la loi à ce délit ou à ce crime ? 3º Qui peut poursuivre le banqueroutier et quelle est la procédure à suivre dans cette matière ? 5º Par qui doivent

(1) Aussi est-il singulier qu'on ait parfois déposé dans les Chambres des propositions tendant à l'amnistie des faillis.

(2) Il faut rappeler que, par exception, il en est autrement de la faillite des agents de change et des courtiers privilégiés : elle est punie comme constituant le délit de banqueroute simple. V. nº 829.

(3) V. sur l'origine du mot *banqueroute*, nº 1026.

(4) C. com., art. 584 à 592 et art. 601 à 603.

être supportés les frais de poursuites ? 5° Quelles règles régissent l'administration des biens du failli en cas de banqueroute ?

1250. *Conditions générales de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.*— Bien que des faits différents constituent l'une ou l'autre banqueroute, il y a des conditions générales communes aux deux infractions. Elles supposent l'une et l'autre :

a) Que l'auteur des faits dont il s'agit est un commerçant, car il n'y a pas de banqueroute sans faillite et la faillite est spéciale aux commerçants. En conséquence, une femme mariée, un mineur, non autorisés à faire le commerce conformément aux articles 2 et 4, C. com., ne peuvent être condamnés comme banqueroutiers.

b) Que l'individu poursuivi a été préalablement déclaré en faillite par le tribunal de commerce. Cette seconde condition que nous admettons n'est pas, au contraire, admise par la jurisprudence ; comme nous l'avons dit plus haut (n° 1058), celle-ci reconnaît qu'un tribunal correctionnel ou une cour d'assises peut constater que l'état de faillite existe par suite de la cessation de paiements et prononcer les peines de la banqueroute, bien que la faillite n'ait pas été déclarée par le tribunal de commerce.

1251. *Faits constitutifs de la banqueroute simple.* — Ces faits sont plus nombreux dans le Code revisé en 1838 qu'ils ne l'étaient dans le Code de 1807. Le législateur de 1838 a transformé en faits constitutifs de la banqueroute simple des faits que le Code de 1807 punissait comme constituant la banqueroute frauduleuse. On hésitait à appliquer à quelques-uns de ces faits les peines prononcées par la loi à raison de leur rigueur ; le législateur de 1838 a voulu assurer la répression en modérant la peine.

Les cas de banqueroute sont rangés par le Code en deux catégories : il y a des cas dans lesquels le failli *doit* être condamné comme banqueroutier simple (art. 585), il en est d'autres dans lesquels le juge *peut*, selon son appréciation, prononcer ou non les peines de la banqueroute simple (art. 586).

Les cas de banqueroute simple *obligatoire* sont au nombre de quatre. D'après l'article 585, *sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ; 2° s'il a consommé de fortes sommes, soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises* (1) ;

(1) Il s'agit ici d'opérations qui, bien que se présentant sous l'apparence de marchés à terme sur valeurs mobilières ou sur marchandises, ne doivent pas, d'après l'intention des parties, aboutir à une livraison de titres ou de mar-

3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous des cours ; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulations ou autres moyens ruineux pour se procurer des fonds ; 4° si, après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice des autres.

Les cas de banqueroute simple *facultative* sont au nombre de six. D'après l'article 586, *pourra être déclaré banqueroutier simple* tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants :

1° S'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés ; 2° s'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat ; 3° si, étant marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux articles 69 et 70 (1) ; *4° si, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439 ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires ; 5° si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés ; si, après avoir obtenu un sauf-conduit, il ne s'est pas présenté à la justice ; 6° s'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire, si ses livres ou inventaires sont irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans, néanmoins, qu'il y ait fraude* (2).

1252. *Cas de banqueroute frauduleuse.* — Le Code ne distingue pas une banqueroute frauduleuse facultative et une banqueroute frauduleuse obligatoire. Dès que les éléments constitutifs de ce crime existent, le juge doit prononcer les peines édictées par le Code pénal. D'après l'article 591, C. com., *doit être déclaré banqueroutier frauduleux : tout commerçant failli qui a soustrait ses livres, détourné ou*

---

chandises, mais bien se résoudre en un simple paiement de différences selon les variations des cours. Depuis la loi du 28 mars 1885, l'exception de jeu n'est plus admissible à propos de ces sortes d'opérations (nos 424 et 845) ; mais les juges peuvent encore, comme cela résulte de l'article 585-2°, C com., reconnaître le caractère fictif de ces opérations pour appliquer les peines de la banqueroute simple. Cela n'a en rien les inconvénients de l'exception de jeu.

(1) Sanction de l'obligation, pour les époux qui deviennent commerçants pendant le mariage, de rendre public le régime sous lequel ils sont mariés. V. n° 98. Le Code de 1807 (art. 69) admettait qu'il y avait alors banqueroute frauduleuse.

(2) Le Code de 1807 (art. 587) considérait comme banqueroutier frauduleux le commerçant failli qui n'avait pas tenu de livres ou dont les livres ne présentaient pas sa véritable situation.

dissimulé une partie de son actif ; ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.

1253. *Tentative et complicité.* — Conformément aux règles générales des articles 2 et 3, C. pén., la tentative de banqueroute frauduleuse est punie comme le crime consommé, tandis que la tentative de banqueroute simple n'est pas assimilée au délit et n'entraîne aucune peine.

Les principes généraux de la complicité s'appliquent en matière de banqueroute frauduleuse ; l'article 593-2°, C. com., renvoie à l'article 60, C. pén. V. aussi article 403, C. pén. On admet généralement, au contraire, que les principes de la complicité ne s'appliquent pas en matière de banqueroute simple (1).

1254. *Peines de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.* — La banqueroute simple est punie d'un emprisonnement d'un mois au moins et de deux ans au plus (C. com., art. 584 ; C. pén., art. 402) ; la banqueroute frauduleuse l'est des travaux forcés à temps (C. com., art. 691 ; C. pén., art. 402) et cette dernière peine est applicable aux complices de ce crime (art. 403, C. pén.) (2). Toutefois, par exception, les agents de change et les courtiers privilégiés poursuivis comme banqueroutiers simples, par cela seul qu'ils sont en faillite, encourent les travaux forcés à temps et, s'ils sont convaincus de banqueroute frauduleuse, la peine est celle des travaux forcés à perpétuité (C. com., art 89, et C pén., art. 404).

1255. *Des personnes pouvant exercer des poursuites et de la procédure.* — En matière de banqueroute simple, les syndics, un ou plusieurs créanciers peuvent, soit agir par voie de citation directe, soit se porter partie civile (art. 584). Les syndics n'ont ce droit qu'en vertu d'une autorisation donnée par la majorité des créanciers (art. 589). Cette autorisation est exigée à raison de ce que les créanciers sont tenus personnellement de payer les frais en cas d'acquittement du failli (n° 1256). En matière de banqueroute frauduleuse, les mêmes personnes peuvent se porter parties civiles (art. 592, *in fine*) ; mais les syndics n'ont pas besoin, pour le faire, de l'autorisation de la majorité des créanciers. Alors, en effet, même en cas d'acquittement, la masse ne doit pas au Trésor public le remboursement des frais, de

(1) Cass. crim., 10 octobre 1844, S. 1844. 1. 750 ; D. 1845. 1. 25.

(2) La banqueroute simple ou frauduleuse amène la conversion de la liquidation judiciaire en faillite, art. 19, loi de 1889 (n° 1322-4°). — La banqueroute frauduleuse entraîne l'annulation du contrat. V. n° 1165.

telle sorte que l'action du syndic ne peut nuire aux créanciers (n° 1256).

1256. *Des frais de poursuite.*— Le Code distingue entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse (art. 587, 589 et 590).

Banqueroute simple. — Quand les poursuites ont été exercées par le ministère public, le Trésor public supporte les frais en cas d'acquittement sans avoir aucun recours. Quand il y a condamnation, le banqueroutier doit rembourser les frais au Trésor ; mais le Trésor ne peut les réclamer au préjudice des créanciers. Ainsi, le Trésor n'a de recours qu'après la dissolution de l'union ou, en cas de concordat, après l'acquittement des dividendes promis (art. 587). — Quand les syndics ont agi par voie de citation directe, ou se sont portés parties civiles au nom des créanciers, le Trésor public supporte les frais en cas de condamnation, sauf son recours contre le failli, après la dissolution de l'union ou l'exécution des obligations résultant du concordat. S'il y a acquittement, la masse des créanciers est débitrice des frais. — Quand enfin un ou plusieurs créanciers ont agi par voie de citation directe ou se sont portés parties civiles, ils supportent les frais en cas d'acquittement ; les frais sont supportés par le Trésor public, en cas de condamnation, sauf recours contre le failli (art. 500, C. com.).

Banqueroute frauduleuse. — Les mêmes solutions qu'en cas de banqueroute simple sont admises quand les poursuites ont été exercées par le ministère public ou par les créanciers. Mais, lorsque le syndic a agi au nom de la masse, les frais ne retombent pas sur celle-ci, même en cas d'acquittement ; l'action du syndic ne peut nuire à la masse. La répression de la banqueroute frauduleuse intéresse l'ordre public à un plus haut degré que celle de la banqueroute simple, aussi le législateur a voulu éviter que la crainte de mettre des frais à la charge de la masse empêchât le syndic d'agir.

1257. *Administration des biens du failli en cas de banqueroute* (art. 601 à 603). — Malgré les poursuites et la condamnation, le tribunal de commerce reste compétent pour connaître de tout ce qui concerne la faillite, et la procédure réglée par le Code de commerce suit son cours comme s'il n'y avait pas banqueroute (art. 601). Deux restrictions seulement sont apportées à cette règle :

1° L'inventaire une fois terminé, les livres et papiers du failli sont remis d'ordinaire aux syndics qui s'en chargent au bas de cet inventaire (art. 483), dont les officiers du ministère public peuvent requérir communication (art. 483). Quand il y a poursuite en banqueroute, la remise des pièces au ministère public est prescrite aux syndics (art. 602 et 603).

2° Le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises statue, lors même

qu'il y a acquittement, à l'exclusion du tribunal de commerce : *a*) d'office, sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; *b*) sur les dommages-intérêts qui seraient demandés, même en cas d'acquittement (art. 595).

1258. Quand il y a condamnation pour banqueroute frauduleuse à une peine criminelle, le condamné, étant interdit légalement, reçoit un tuteur (art 19, C. pén.) ; les syndics de la faillite n'en demeurent pas moins en fonctions ; le tuteur représente seulement le failli dans les actes où, d'après le Code de commerce, celui-ci doit figurer en personne.

B. — *Des crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que par le failli* (1).

1259. Le Code de commerce distingue trois classes de personnes qui peuvent commettre des crimes ou des délits se rattachant à une faillite : 1° les tiers (c'est-à-dire des personnes qui ne sont ni syndics ni créanciers) (art. 593 à 595) ; 2° les syndics (art. 596) ; 3° les créanciers (art. 597 à 599).

1260. *Des crimes ou délits commis par les personnes autres que les syndics et les créanciers du failli.* — Le Code ne se borne pas à punir, d'après les principes généraux, ceux qui sont coupables de faits de complicité (art. 593-1°) ; il applique encore les peines de la banqueroute à des tiers qui ne sont pas des complices dans le sens rigoureux du mot. L'article 595 punit de ces peines : 1° *les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles ; 2° les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées ; 3° les individus qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se sont rendus coupables des faits prévus par l'article 591.*

1261. *Infractions commises par les syndics.* — Les syndics, étant des mandataires, commettent le délit d'abus de confiance (art. 408, C. pén.), quand ils détournent ou dissipent des effets dépendant de la faillite. La loi punit spécialement aussi certains actes d'infidélité commis par les syndics et ne rentrant pas rigoureusement dans la définition de l'abus de confiance. Les peines de l'abus de confiance (art. 406 et 408, C. pén.) sont applicables, d'après l'article 597, C. com., *à toute*

(1) C. Com., art. 593 à 600.

malversation des syndics dans leur gestion ; le mot *malversation* a un sens très large.

1262. *Infractions commises par les créanciers du failli.* — Les faits par lesquels la sincérité des votes ou l'égalité des créanciers est compromise, sont réprimés au point de vue pénal et civil.

L'article 597 édicte des peines correctionnelles contre deux sortes d'actes. — Le premier cas prévu par cet article est celui où *un créancier a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers, à raison de son vote dans les délibérations de la faillite.* La loi veut frapper le créancier qui vend son vote. — Le second cas visé par l'article 597 est celui où *un créancier a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli.*

La peine frappant les deux délits prévus par l'article 597 consiste dans une amende qui ne peut dépasser 2.000 fr. et dans un emprisonnement qui ne peut excéder une année. L'emprisonnement peut être porté à deux ans, si le créancier délinquant est syndic de la faillite (1).

A ces faits se rattache une sanction civile rigoureuse. D'après l'article 598, *les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du failli. Le créancier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aura reçues en vertu des conventions annulées.* — Le tribunal correctionnel doit d'office prononcer la nullité de ces conventions et ordonner les restitutions ; mais les intéressés peuvent aussi, en agissant par la voie civile, porter leurs actions devant le tribunal de commerce (art. 599).

Afin d'assurer l'annulation des actes frappés par l'article 597, le Code admet que leur nullité est absolue et, par suite, elle peut être demandée, non seulement par le syndic au nom de la masse, mais encore par le créancier ou par le failli lui-même (2). Il y a donc une différence profonde entre le caractère de la nullité prononcée par l'article 598 et le caractère des nullités dont sont atteints les actes faits par le failli, soit pendant la période suspecte (art. 446 et s.), soit depuis le jugement déclaratif (art. 443) ; ces dernières nullités n'existent qu'à l'*égard de la masse* (nos 1091 et 1111). Cette différence donne naissance à des

(1) Comme il s'agit de délits non prévus par le Code pénal, les circonstances atténuantes ne peuvent être admises (art. 463, Code pén.). Une proposition de loi, adoptée par la Chambre des députés et votée en première lecture par le Sénat, le 17 juin 1902, a pour but de décider que l'article 463 sera applicable dans les cas prévus par l'article 597, C. com. On ne peut qu'approuver cette proposition de loi ; il n'y a aucun motif rationnel pour exclure les circonstances atténuantes en ce qui concerne ces délits.

(2) Cass., 9 mars 1898, D. 1899. 4. 156 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 280.

difficultés pour déterminer dans quels cas il y a lieu d'admettre, soit les nullités relatives des articles 446 et suiv., soit la nullité absolue de l'article 598. Voici sur ce point quels principes paraissent devoir être posés :

Il va d'abord de soi que, si un créancier a reçu ou stipulé d'une autre personne que le failli, une rémunération pour son vote, l'article 598 est seul applicable ; les articles 446 et 447 supposent des actes émanés du failli lui-même. Au contraire, les actes faits par le failli depuis le commencement de la période suspecte ne sont pas atteints par l'article 598, quand ils ont été faits par une personne qui n'était pas un créancier ou, même quand ils ont été faits avec un créancier, s'ils n'avaient point pour but de l'avantager ou de déterminer son vote.

Mais ne faut-il pas considérer les paiements faits à un créancier, les constitutions de gage ou d'hypothèque qui lui sont consenties comme tombant nécessairement sous le coup de l'article 598? Si l'affirmative était admise, les articles 446 et 447 resteraient sans application en tant qu'ils visent ces actes et les déclarent nuls à l'égard de la masse seulement. Il n'en peut être ainsi. D'abord, les paiements faits et les garanties données à un créancier dans les dix jours antérieurs à la date de la cessation des paiements peuvent être atteints par l'article 446, malgré la bonne foi des créanciers ; ils ne le sont point par l'article 598. Quant à ceux de ces actes qui sont postérieurs à la cessation des paiements, ils sont régis par les articles 446 et 447, non par l'article 598, à moins qu'il n'y ait un avantage accordé à un créancier comme prix de son vote ou une fraude caractérisée (dissimulation de ces actes, actes faits contrairement aux clauses du concordat qui exige l'égalité entre les créanciers, etc...).

1263. *Publicité des jugements et arrêts.* — Toutes les décisions judiciaires rendues, soit contre les banqueroutiers, soit contre les tiers coupables de délits ou de crimes se rattachant aux faillites, doivent être affichées et publiées dans les formes prescrites par l'article 42, C. com. (art. 600).

Section II. — Des incapacités dont est frappé le failli et de la réhabilitation (1).

1264. Les condamnations pour banqueroute entraînent les incapacités attachées d'ordinaire aux condamnations à des peines correctionnelles ou criminelles. Mais le failli, alors même qu'il n'est pas condamné

(1) C. com., art. 604 à 614.

comme banqueroutier, encourt certaines incapacités ou déchéances qui, sans se rattacher au dessaisissement, dérivent du jugement déclaratif ; ces incapacités peuvent cesser par la *réhabilitation*. Il sera traité : A. *Des incapacités dont est frappé le failli, alors même qu'il n'a encouru aucune condamnation pénale ;* B. *De la réhabilitation.*

A. — *Des incapacités encourues par le failli.*

1265. En frappant le failli d'incapacités spéciales, la loi poursuit le but d'exciter les commerçants à faire de grands efforts pour éviter la faillite. Du reste, l'état de faillite entache toujours quelque peu l'honneur du commerçant et paraît le rendre indigne d'exercer certains droits. Les incapacités affectent les droits politiques (1) ou des droits se rattachant à la qualité de commerçant.

Le failli n'est ni électeur (2), ni éligible aux deux Chambres, aux conseils généraux, aux conseils d'arrondissement, aux conseils municipaux (D. 2 février 1852, art. 15 et 27) ; il ne peut être juré (L. 21 novembre 1872, art. 2 (3).

Le failli n'est ni électeur, ni éligible aux tribunaux de commerce (L. 8 décembre 1883, art. 2-8°), aux conseils de prud'hommes (L. 18 mars 1806, art. 3), aux chambres de commerce, aux chambres consultatives des arts et manufactures. Il ne peut être ni agent de change (art. 83, C. com.), ni courtier privilégié, ni porté sur la liste des courtiers de marchandises inscrits (L. 18 juillet 1866, art. 2, al. 3), ni notaire (L. 25 ventôse an XI, art. 35). Il ne peut se présenter à la Bourse (C. com. art. 613) et sa signature n'est pas admise à l'escompte à la Banque de France.

Enfin, le failli ne peut exercer les droits attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur ou de décoré de la médaille militaire ;

(1) Selon la Constitution de l'an VIII (art. 5), le failli n'était pas seul *suspendu de ses droits de citoyen*. Cette suspension s'appliquait même aux héritiers immédiats du failli. On voulait intéresser les héritiers du failli à payer entièrement ses dettes. Mais il y avait là une violation du principe de la personnalité des peines ; la loi électorale du 15 mars 1849 l'a fait avec raison disparaître.

(2) Le 20 janvier 1903, la Chambre des députés a déclaré l'urgence pour une proposition de loi d'après laquelle le failli, comme le débiteur en liquidation judiciaire (n° 1301), conserverait ses droits d'électeur.

(3) Avant la loi du 7 décembre 1897, le failli ne pouvait être témoin dans un acte notarié. Cette loi, en n'exigeant plus la qualité de citoyen chez les témoins des actes notariés, a fait disparaître cette incapacité (art. 9 et 11 de la loi du 25 ventôse an XI sur le *notariat* modifiés). V. note 3 de la page 958.

il ne peut porter les insignes ni de ces ordres, ni d'un ordre étranger. V. D. 16 mars 1852, art. 38 et 39 (1).

Toutes ces incapacités avaient une durée illimitée ; la réhabilitation seule pouvait les effacer. La loi du 23 mars 1908 *relative à la réhabilitation des faillis* (art. 1er) a décidé *que les faillis, non condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse, ne peuvent être inscrits sur la liste électorale pendant trois ans seulement* (2), mais qu'*ils ne sont éligibles qu'après réhabilitation* Cette loi, en même temps, comme cela sera expliqué plus loin (n° 1267), qu'elle a rendu la réhabilitation du failli plus facile, a limité la durée de la privation du droit électoral qu'il encourt, afin de mettre la législation sur la faillite quelque peu d'accord avec l'esprit d'indulgence de lois pénales nouvelles qui, au bout d'un certain temps écoulé depuis la condamnation, admettent que la réhabilitation des condamnés a lieu de plein droit, ce qui met fin aux incapacités qu'ils ont encourues. V. L. 5 août 1899, art. 10 modifié par la loi du 11 juillet 1900.

Les incapacités ne peuvent être étendues par voie d'analogie. Par suite, le failli n'est pas exclu des fonctions de tuteur, il peut être choisi comme arbitre ou désigné comme expert (3).

Les jugements déclaratifs de faillite sont mentionnés au casier judiciaire (L. 6 août 1899, art. 1-4°, et 4). Mais ils ne sont pas inscrits au bulletin n° 3, si le failli a été déclaré excusable par le tribunal ou a obtenu un concordat homologué (L. 5 août 1899, art. 7-7°).

B. — *De la réhabilitation.*

1266. La réhabilitation est le seul moyen de faire cesser les incapacités ou déchéances qui viennent d'être énumérées (4). Le concordat, même suivi de son exécution complète, n'a pas de plein droit cet effet, et la déclaration d'excusabilité après union n'a que des effets très restreints (n° 1188).

Aussi faut-il distinguer avec soin les incapacités politiques et autres mentionnées ci-dessus (n° 1265) des effets purement civils du juge-

(1) Le failli ne peut être gérant d'un journal ou autre écrit périodique : Cass., ch. réunies, 22 juin 1887, S. et *J. Pal.*, 1887. 1. 811 ; D, 1887. 1. 281.

(2) Le délai était de *dix ans* d'après la loi du 30 décembre 1903 (art. 1er).

(3) L'article 37 C. civ., n'exigeant pas la qualité de citoyen chez les témoins aux actes de l'état civil, le failli a toujours pu être témoin à ces actes. Cpr. note 3 de la page 957.

(4) Par conséquent, la privation du droit électoral avant l'expiration du délai de trois ans depuis le jugement déclaratif de faillite. V. n° 1265.

ment déclaratif tels que le dessaisissement. Ces derniers effets cessent par le concordat simple ou par la dissolution de l'union ou par la fin de la liquidation en cas de concordat par abandon d'actif, tandis que, même après ces événements, le failli continue à être atteint des incapacités politiques et autres.

La réhabilitation qui met fin aux incapacités du failli, est appelée *réhabilitation commerciale* par opposition à la *réhabilitation pénale* ou *criminelle*, qui s'applique aux condamnés à des peines à raison d'infractions. V. n° 1270.

Il y a lieu d'examiner les questions suivantes : 1° Quelles sont les différentes espèces de réhabilitation commerciale et à quelles conditions la réhabilitation est-elle admise ? 2° Quelle est la procédure à suivre pour l'obtenir ? 3° Quels effets la réhabilitation produit-elle ? 4° Sous quels rapports la réhabilitation du failli diffère-t-elle de la réhabilitation admise, soit par le Code d'instruction criminelle, soit par la loi du 5 août 1899 (art. 10), pour faire cesser les incapacités résultant des condamnations à des peines criminelles ou correctionnelles ?

Les dispositions du Code de commerce sur la réhabilitation (art. 604 à 614) ont été assez profondément modifiées par les lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908, ces lois ont rendu la réhabilitation commerciale beaucoup plus facile et plus fréquente, en reconnaissant une réhabilitation facultative et une réhabilitation de droit à côté de la réhabilitation obligatoire, la seule qu'admettait le Code, puis ont admis la réhabilitation au profit de faillis pour lesquels elle était exclue à raison des condamnations encourues par eux, enfin ont changé la juridiction compétente ainsi que la procédure de la réhabilitation.

1267. 1° RÉHABILITATION OBLIGATOIRE (1). RÉHABILITATION FACULTATIVE. RÉHABILITATION DE DROIT. — Le Code de commerce n'admettait qu'une réhabilitation, la *réhabilitation obligatoire*. Elle devait être prononcée par la Cour d'appel, quand elle était demandée par le failli, pourvu qu'il fût constaté qu'il avait payé toutes ses dettes en principal, intérêts et frais. Aucune restriction n'était admise quant aux intérêts qui, quoique cessant de courir à l'égard de la masse à partir du jugement déclaratif de faillite, courent à la charge du failli (n° 1077). Aussi fallait-il qu'il eût payé tous les intérêts même dus depuis plus de cinq ans, malgré la prescription quinquennale admise par l'article 2277, C. civ. Ainsi, le failli concordataire qui avait exécuté intégralement son con-

(1) C'est une sorte de réhabilitation *de droit* (art. 604, C. com.). Nous l'appelons réhabilitation *obligatoire*, pour la distinguer de la réhabilitation *de droit* introduite par la loi du 23 mars 1908 et résultant de la seule expiration d'un délai de dix ans depuis le jugement déclaratif.

cordat en payant les dividendes promis ou celui qui avait obtenu de ses créanciers la remise entière de ses dettes, ne pouvait obtenir sa réhabilitation.

La loi du 30 décembre 1903, dont les dispositions modifiées elles-mêmes par la loi du 23 mars 1908, ont été, pour la plupart, insérées dans le Code de commerce (art. 604 à 614), a atténué les conditions rigoureuses de la réhabilitation de droit et introduit à côté d'elle la réhabilitation facultative.

D'après la loi nouvelle, les intérêts ne peuvent être réclamés au delà de cinq ans pour que la réhabilitation obligatoire ait lieu (art. 604, 1er alin , C. com.).

Il est possible que le failli ne puisse pas payer un créancier à raison de la disparition, de l'absence ou du refus de celui-ci. La somme due doit alors être déposée à la Caisse des dépôts et consignations et la justification du dépôt vaut quittance (art. 605, dern. alin., C com.), conformément aux principes généraux du droit (art. 1257 et suiv., C. civ.).

La réhabilitation *peut* être accordée en cas de probité reconnue, dans plusieurs cas qui sont les suivants :

a) Quand le failli, ayant obtenu un concordat, a, au moment de la demande, intégralement payé les dividendes promis (art. 605, 2e alin.) ;

b) Quand le failli justifie de la remise entière de ses dettes par ses créanciers ;

c) Quand le failli justifie du consentement unanime de ses créanciers à sa réhabilitation.

Dans ces cas, la réhabilitation est facultative, parce que, même lorsqu'il est constaté qu'on se trouve dans l'un des trois cas prévus, les juges ont une faculté d'appréciation, puisqu'ils ont à examiner si le failli qui demande sa réhabilitation est d'une probité reconnue.

Du reste, il n'est pas besoin qu'un délai quelconque se soit écoulé depuis le jugement déclaratif (1). Qu'il s'agisse de la réhabilitation obligatoire ou de la réhabilitation facultative, il y a lieu d'assimiler au paiement les autres modes d'extinction des obligations qui impliquent une satisfaction donnée aux créanciers, c'est-à-dire la dation en paiement, la compensation. Mais il n'en est pas ainsi pour les modes d'extinction qui, comme la prescription et la remise de dette, sauf, quand celle-ci a lieu, la possibilité de la réhabilitation facultative (art. 605, C. com.), n'impliquent aucun sacrifice fait par le failli. En cas de novation, il est évident qu'il n'y a lieu de considérer la dette

(1) La loi du 23 mars 1908 a supprimé le délai de cinq ans qui devait s'être écoulé depuis le jugement déclaratif, d'après la loi du 30 décembre 1903, pour que la réhabilitation fût possible.

comme éteinte au point de vue de la réhabilitation que quand la dette nouvelle a été acquittée.

1267 *bis*. A côté de la réhabilitation *obligatoire* et de la réhabilitation *facultative*, il a été établi une réhabilitation *de droit*, c'est-à-dire résultant de la seule expiration d'un certain laps de temps depuis le jugement déclaratif, sans qu'il y ait à remplir aucune des formalités prescrites pour la réhabilitation soit *obligatoire* soit *facultative*. Le délai après lequel a lieu la réhabilitation de droit, est de dix ans (art. 605, deux. alin., C. com., modifié par la loi du 23 mars 1908). Le législateur a pensé qu'il était d'une rigueur excessive de refuser la réhabilitation de droit aux faillis non banqueroutiers, alors qu'elle est admise pour les condamnés à raison des infractions les plus graves à la loi pénale en vertu de la loi du 5 août 1899. Il résulte de là quelques conséquences fâcheuses. D'abord, après l'expiration du délai de dix ans depuis le jugement déclaratif, la réhabilitation ayant lieu de droit n'apparaît plus comme un stimulant grâce auquel le failli fait des efforts pour acquitter des dettes. Puis, le bénéfice de la réhabilitation appartient même à ceux dont la probité n'est pas reconnue. On peut craindre que l'indulgence croissante du législateur ne porte un coup fâcheux à la moralité du commerce.

1267 *ter*. La rigueur du Code de commerce en matière de réhabilitation se manifestait par l'exclusion de certaines personnes de ce bénéfice. Aux termes de l'ancien article 612, C. com., ne pouvaient être réhabilités, alors même qu'ils avaient intégralement payé leurs dettes, les banqueroutiers frauduleux, les individus condamnés pour vol, escroquerie ou abus de confiance, les stellionataires, les tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'avaient pas rendu et soldé leurs comptes. Tous ces individus auxquels la réhabilitation commerciale était refusée, pouvaient obtenir leur réhabilitation pénale (art. 619 à 634, C. instr. crim.), seulement les banqueroutiers frauduleux n'obtenaient cette réhabilitation qu'en justifiant du paiement de toutes leurs dettes ou de la remise qui leur en avait été faite (art. 623, 3e al., C. instr. crim.). Mais, même après avoir obtenu sa réhabilitation pénale, le banqueroutier frauduleux et les autres faillis énumérés dans l'ancien article 612, C. com., restaient incapables d'obtenir leur réhabilitation commerciale (ancien art. 634, 2e alin., C. instr. crim.). Il y avait là une disposition d'une excessive rigueur et fâcheuse par ses résultats ; avec elle, le banqueroutier frauduleux n'avait pas d'intérêt à obtenir sa réhabilitation pénale au point de vue des incapacités civiques et politiques, puisque, malgré cette réhabilitation, ces incapacités subsistaient comme résultant du jugement déclaratif de faillite. Aussi les lois du 30 décembre 1903

et du 23 mars 1908, abrogeant l'ancien article 612, C. com. et l'ancien article 634, 2e alin., C. instr. crim., admettent-elles à la réhabilitation commerciale les banqueroutiers frauduleux, les individus condamnés pour vols, escroqueries ou abus de confiance, pourvu qu'ils aient été réhabilités conformément aux articles 619 et suiv., C. instr. crim. et 10 de la loi du 5 août 1899 (1).

Ce n'est pas tout. Si le banqueroutier simple pouvait, avant la loi de 1903, obtenir sa réhabilitation, ce n'était qu'après avoir subi la peine à laquelle il avait été condamné (art. 612 ancien, 2e al., C. com.). Aujourd'hui, par suite de la suppression de la disposition consacrant cette règle spéciale, dans le nouvel article 612, C. com., le banqueroutier simple peut se faire réhabiliter même avant d'avoir subi sa peine, soit en cours de condamnation, soit après avoir obtenu sa grâce, soit après avoir prescrit contre l'exécution de la peine (2).

1267 *quater*. D'ailleurs, l'existence actuelle du failli n'est pas exigée pour sa réhabilitation ; celle-ci peut être accordée après sa mort (art. 614, C. com.). Les héritiers du failli ont ainsi un intérêt d'honneur et d'affection, soit à acquitter toutes les dettes du défunt, soit à exécuter complètement les conditions du concordat obtenu par lui (3).

1268. 2° PROCÉDURE DE LA RÉHABILITATION OBLIGATOIRE ET FACULTATIVE. — La réhabilitation obligatoire et la réhabilitation facultative ne peuvent résulter que d'un jugement. Seulement, le juge est tenu de prononcer la réhabilitation obligatoire, dès qu'il est justifié du paiement intégral sans avoir aucun pouvoir d'appréciation (n° 1267).

Avant la loi du 30 décembre 1903, c'était la Cour d'appel qui statuait sur les demandes en réhabilitation. Aujourd'hui, la compétence appartient au tribunal de commerce qui a déclaré la faillite (art. 606 et suiv., C. com.). Cette dernière juridiction est plus apte à examiner la demande, surtout quand il s'agit d'une réhabilitation facultative, qui implique l'examen du point de savoir si le failli est un homme d'une probité reconnue (art. 605, 1er alin.).

La procédure de la réhabilitation était compliquée (anc. art. 606 à 611, C. com.). En outre, les mesures de publicité à remplir (affiches apposées à la Bourse, à la maison commune et dans les salles d'au-

(1) Cette dernière disposition est relative à la réhabilitation pénale de droit.

(2) Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 2183, p. 1077.

(3) Avant la loi électorale du 15 mars 1849, les héritiers immédiats du failli, étant suspendus de leurs droits de citoyens en vertu de la Constitution de l'an VIII (art. 5), avaient un intérêt personnel à payer les dettes de leur auteur : ils faisaient cesser ainsi leurs propres incapacités. V. note 1 de la page 957.

dience ainsi que des insertions dans les journaux) était de nature à révéler, sans utilité réelle; au public une faillite remontant parfois très loin dans le passé.

Les lois du 30 décembre 1903, du 30 mars 1906 et du 23 mars 1908 ont simplifié la procédure et réduit la publicité dans les limites qu'exige l'intérêt des créanciers et du failli.

Toute demande en réhabilitation est adressée au Procureur de la République de l'arrondissement dans lequel la faillite a été prononcée, avec les quittances et les pièces justificatives (art. 606, 1er alin.). Ce magistrat communique les pièces au président du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite et au Procureur de la République du domicile actuel du demandeur, en les chargeant de recueillir tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la vérité des faits exposés (art. 606, 2e alin., C. com.). Avis de la demande est donné par les soins du greffier du tribunal de commerce, par lettres recommandées, à chacun des créanciers admis à la faillite ou reconnus par décision judiciaire postérieure, qui n'ont pas été intégralement payés dans les conditions de l'article 604, C. com. (art. 607, C. com.). Pendant le délai d'un mois à partir de cet avis, tout créancier non payé intégralement peut former opposition à la réhabilitation par simple acte au greffe appuyé de pièces justificatives. Le créancier opposant peut, par requête présentée au tribunal et notifiée au débiteur, intervenir dans la procédure de réhabilitation (art. 608, C. com.) (1). Après l'expiration du délai, le résultat des enquêtes et les oppositions formées par les créanciers sont communiqués au Procureur de la République saisi de la demande et transmis par lui, avec son avis motivé, au président du tribunal de commerce (art. 609, C. com.). Ce tribunal appelle, s'il le juge convenable, le demandeur qui peut se faire assister d'un conseil et les opposants et les entend contradictoirement en la chambre du conseil. Dans le cas de réhabilitation obligatoire, le tribunal se borne à constater la sincérité des justifications produites et, si elles sont conformes à la loi, il prononce la réhabilitation. En cas de réhabilitation facultative, le tribunal apprécie les circonstances de la cause (art. 610, 1er, 2e, 3e alin., C. com.). Le jugement est rendu en audience publique (art. 610, 4e alin., C. com.). Avis du jugement doit être donné aux créanciers par lettres recommandées. Le demandeur, le Procureur de la République, les créanciers opposants ont le droit d'appel dans le mois qui suit l'avis ainsi donné. La Cour d'appel statue après examen et dans les mêmes formes que le tribunal

(1) L'ancien article 608, C. com., refusait au créancier opposant le droit d'intervention.

de commerce (art. 610, dern. alin). Devant la Cour d'appel, les créanciers opposants peuvent exercer leur droit d'opposition, mais il ne peut être formé d'opposition nouvelle (art. 610, av.-dern. alin.) ; elle priverait le débiteur d'un degré de juridiction. — En cas de rejet, la demande en réhabilitation peut être formée à nouveau. Mais, pour qu'une demande nouvelle soit recevable, il faut qu'il se soit écoulé au moins un an depuis la demande précédente (art. 611, 1er alin., C. com.). La loi a pour but d'éviter ainsi les demandes en réhabilitation trop fréquentes. En cas d'admission de la demande, le jugement ou l'arrêt est transcrit sur le registre du tribunal de commerce du lieu de la faillite et de celui du domicile du demandeur (art. 611, 2e alin., C. com.). En outre, le jugement ou l'arrêt est adressé au Procureur de la République qui a reçu la demande et, par les soins de celui-ci, au Procureur de la République du lieu de naissance du demandeur, qui doit en faire mention en regard de la déclaration de faillite sur le casier judiciaire (art. 611, 3e alin., C. com.) (1).

1269. 3° Effets de la réhabilitation. — La réhabilitation, qu'elle soit obligatoire, facultative ou de droit, a les mêmes effets. Elle fait cesser les incapacités diverses du failli qui ne se rattachent pas au dessaisissement (n° 1170) (2).

La réhabilitation n'a pas d'effets légaux quand elle est obtenue après la mort du failli ; elle fait cesser seulement la flétrissure résultant de la faillite pour sa mémoire.

On a soutenu que la réhabilitation a encore un autre effet, qu'elle seule met fin aux restrictions apportées par l'article 563, C. com., à l'hypothèque légale de la femme du failli. Nous avons repoussé cette solution, en décidant que l'exécution complète du concordat a cet effet. V. n° 1239.

La réhabilitation de droit est assurément irrévocable et il en est de même de la réhabilitation facultative quand elle est obtenue à raison de la remise faite par tous les créanciers ou de leur consentement unanime. Mais, lorsque la réhabilitation facultative a été obtenue après un

(1) Le jugement déclaratif ne doit pas être mentionné sur le bulletin n° 3, c'est-à-dire sur le bulletin réclamé par la personne qu'il concerne, quand il y a eu réhabilitation (L. 5 août 1899, art. 7-2°). Du reste, en vertu de la loi du 23 mars 1908 (art. 3 modifiant l'article 8 de la loi du 5 août 1899), les déclarations de faillite cessent d'être inscrites au Bulletin n° 3 deux ans après le jugement déclaratif.

(2) La jurisprudence admet que les incapacités cessent aussi quand, avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée, le failli paie toutes ses dettes, parce que, dans ce cas, le tribunal ou la Cour saisi de l'opposition ou de l'appel, doit rapporter le jugement déclaratif. Nous avons combattu cette solution. V. n° 1052.

concordat, il va de soi qu'elle cesse de produire ses effets, lorsque le concordat est annulé ou résolu, par cela même que la faillite est ouverte de nouveau.

1270. 4° COMPARAISON DE LA RÉHABILITATION COMMERCIALE ET DE LA RÉHABILITATION PÉNALE. — La réhabilitation commerciale et la réhabilitation pénale diffèrent profondément à plusieurs points de vue :

1° Il y a trois sortes de réhabilitation commerciale, l'une *obligatoire* (art. 604, C. com.), l'autre *facultative* (art. 605, C. com.) et la troisième *de droit* (art. 605, *deux. alin.*, C. com.).

La réhabilitation pénale est de deux sortes seulement, la réhabilitation *facultative* (art. 614 et suiv., C. instr. crim.) et la réhabilitation *de droit* (L. 5 août 1899).

2° La réhabilitation commerciale peut être obtenue après la mort du failli (art. 614, C. com.). Il est généralement admis que la réhabilitation pénale est subordonnée à l'existence actuelle du condamné.

3° La juridiction compétente pour la réhabilitation commerciale et pour la réhabilitation pénale n'est pas la même. Pour la réhabilitation commerciale, la compétence, qui était donnée par le Code de commerce à la Cour d'appel, appartient au tribunal de commerce depuis la loi du 30 décembre 1903 (nouv. art. 606 et suiv., C. com.).

Avant la loi du 16 août 1885, le Président de la République statuait sur la réhabilitation pénale, et la Cour d'appel n'avait qu'un avis à émettre ; d'après l'article 623, C. inst. crim., modifié en 1885, la Cour d'appel statue sur la réhabilitation pénale facultative.

CHAPITRE VII.

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

1271 Nous avons déjà donné une idée générale de l'institution que la loi du 4 mars 1889 a introduite dans notre législation commerciale sous le nom de *liquidation judiciaire* (nos 1027 et 1030) ; il s'agit maintenant d'entrer dans les détails. La liquidation judiciaire et la faillite procèdent du même fait, la cessation des paiements d'un commerçant ; elles tendent principalement au même but, la sauvegarde des intérêts des créanciers. Il est donc naturel que les deux institutions présentent une grande analogie, aient même beaucoup de règles communes. Le législateur de 1889, qui ne pouvait régler dans sa complexité la situation du commerçant ayant cessé ses paiements, qui maintenait le système de la faillite tel qu'il est réglé par le Code, devait se borner, pour le système nouveau de la liquidation judiciaire, à en indiquer les principes généraux, avec les modifications principales apportées au régime des faillites. C'est bien ce qu'il a voulu faire ; on ne peut dire que ce soit ce qu'il a fait. D'après l'article 24, *toutes les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi, continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite.* Cet article pose une règle qui est d'une importance capitale et qui servira de base à notre exposé. La liquidation judiciaire est une faillite atténuée, qui reste soumise au régime actuel des faillites, en tant qu'il n'y est pas dérogé expressément ou tacitement par la nouvelle loi. Si les auteurs de celle-ci s'étaient rendu suffisamment compte de la portée de cet article 24, il y aurait un certain nombre de dispositions qu'ils auraient retranchées de la loi comme inutiles, parce qu'elles reproduisent des articles du Code de commerce relatifs à la faillite. V. L. 4 mars 1889, art. 8.

Nous suivrons le même ordre que pour la matière de la faillite (n° 1062), nous adopterons donc les divisions suivantes : A. DÉCLARATION DE LIQUIDATION JUDICIAIRE, *conditions, formes, effets*. — B. AUTORITÉS ET PERSONNES FIGURANT DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE.

— C. Procédure préparatoire de la solution de la liquidation. — D. Solutions de la liquidation judiciaire. Clôture pour insuffisance d'actif. Conversion de la liquidation judiciaire en faillite. — E. Droits qui peuvent être invoqués dans une liquidation judiciaire. — F. Des banqueroutes. Crimes et délits commis dans les liquidations. Réhabilitation. — A propos de chaque division, nous indiquerons les règles propres à la liquidation judiciaire et les règles qui lui sont communes avec la faillite ; déjà, dans notre exposé du Code de commerce, nous avons signalé en note les principales analogies et différences qui existent entre les deux institutions.

A. — Déclaration de liquidation judiciaire, conditions, formes, effets.

1272. I. A quelles conditions est possible une mise en liquidation judiciaire. — *Tout commerçant qui cesse ses paiements, peut obtenir, en se conformant aux dispositions suivantes, le bénéfice de la liquidation judiciaire telle qu'elle est réglée par la présente loi* (art. 1). Pour qu'il puisse y avoir liquidation judiciaire, il faut donc que le débiteur : 1° soit commerçant ; 2° ait cessé ses paiements. Ce sont exactement les conditions exigées pour la faillite et, pour leur explication, il suffit de renvoyer aux nos 1035 et 1036.

La faillite peut être déclarée après le décès du commerçant (art. 437, al. 2 et 3, et n° 963). De même, la loi de 1889 dit : *Peuvent être admis au bénéfice de la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur, les héritiers qui en font la demande dans le mois du décès de ce dernier décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements, s'ils justifient de leur acceptation pure et simple ou bénéficiaire* (art. 2, al. 3). Cette disposition diffère de l'article 437, C. com. ; cela tient à des différences qui seront indiquées plus loin. La liquidation judiciaire ne peut être prononcée que sur la demande du débiteur (V. n° 1275) ; cela explique pourquoi il n'est parlé ici que des héritiers, tandis que l'article 437 devait prévoir en termes généraux la déclaration de faillite après le décès du débiteur. V., pour la condition que le *de cujus* soit décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements, n° 1278. — Enfin, la décision doit être sollicitée dans le *mois* du décès (1), tandis que la faillite peut être déclarée dans *l'année* qui suit le décès, parce qu'un des avantages de la liquidation judiciaire doit être la célérité. —

(1) Les héritiers se trouvent privés des délais ordinaires pour faire inventaire et délibérer (art. 795, C. civ.).

Il est à peine besoin d'indiquer que, si un commerçant est mort en état de cessation de paiements et si le bénéfice de la liquidation judiciaire n'est pas demandé dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il peut toujours être déclaré en faillite conformément à l'article 437, C. com.

1273. II. DU JUGEMENT QUI ORDONNE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE. — A propos de ce jugement, il y a à examiner les points suivants : 1° quel tribunal est compétent pour le rendre ; 2° à quelles conditions ce tribunal ordonne la liquidation judiciaire ; 3° quel est le caractère de ce jugement et quelles dispositions il contient.

1274. 1° *Quel est le tribunal compétent ?* Aux termes de l'article 1er, al. 1er, de la loi de 1889, *la liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur au tribunal de commerce de son domicile.* — Il est à remarquer que, sur la compétence, la loi nouvelle est plus explicite que le Code de commerce (art. 440) ; malgré le silence de celui-ci, on n'a jamais hésité à donner la même solution pour la faillite. Cf. n° 1040. Il faut décider qu'il ne peut y avoir, pour le même individu, qu'une procédure de liquidation judiciaire ou qu'une procédure de faillite ; que ce soit l'une, que ce soit l'autre, la situation du débiteur est envisagée et réglée dans son ensemble (n° 1040, al. 2).

1275. 2° *Dans quelles conditions le tribunal ordonne la liquidation judiciaire.* Ici se trouve une différence considérable entre la liquidation judiciaire et la faillite. Celle-ci peut être déclarée dans trois cas bien distincts : sur l'aveu du débiteur (dépôt de bilan), à la requête d'un ou de plusieurs de ses créanciers, même d'office (art. 440, nos 1042-1044). Au contraire, *la liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur* (art. 2, al. 1er). Le jugement qui déclare la faillite, ne fait que constater un fait, la cessation de paiements d'un commerçant ; on conçoit qu'il puisse être rendu dans les différentes circonstances prévues par le Code. Le jugement, qui ordonne la liquidation judiciaire, constate bien le même fait, mais, de plus, il reconnaît que le débiteur mérite, par sa conduite, d'échapper à la faillite ; pour qu'il en soit ainsi, ce débiteur doit faire connaître lui-même sa situation à bref délai : tel est le motif qui a guidé le législateur. On comprend bien que les circonstances dans lesquelles un tribunal peut être appelé à déclarer une faillite d'office, soient presque toujours exclusives de l'idée d'une faveur faite au débiteur. Cf. n° 1044. Mais, on concevrait à la rigueur qu'un créancier, voulant ménager son débiteur, requît sa mise en liquidation judiciaire et non sa mise en faillite. On ne voit pas ce qui rationnellement s'y oppose, à moins qu'on ne soutienne que la liquidation judiciaire a été créée uni-

quement dans l'intérêt du débiteur, sans nul souci de celui des créanciers. La prétention du législateur a toujours été, au contraire, de tenir compte des deux intérêts, d'organiser une procédure qui, tout en ménageant le débiteur, fût de nature à satisfaire ses créanciers. Pourquoi, dès lors, interdire à ceux-ci de provoquer l'organisation de cette procédure, du moment que les diverses conditions exigées sont remplies ? Sans doute, il y en a une qui pourra souvent faire défaut, c'est celle qui est relative au délai dans lequel la liquidation doit être demandée après la cessation des paiements (n° 1278), mais c'est là une circonstance de pur fait (1).

1276. Un créancier, qui ne veut pas se borner à exercer des poursuites individuelles, ne peut donc que demander la mise en faillite de son débiteur. Cette demande ne prive pas celui-ci du droit de demander le bénéfice de la liquidation judiciaire, si, bien entendu, il est dans les conditions exigées ; c'est ce que dit expressément la loi de 1889, dans l'article 2, al. 1er, *in fine*. D'après l'article 4, al. 4 *in fine*, *si le tribunal est saisi en même temps d'une requête en admission au bénéfice de la liquidation judiciaire et d'une assignation en déclaration de faillite, il statue sur le tout par un seul et même jugement.*

1277. Le commerçant, qui est en état de cessation de paiements et avoue cette situation, a théoriquement le droit de demander à être déclaré en faillite ou à être mis en liquidation judiciaire. Il est facile de comprendre qu'il cherche souvent à échapper à la situation la plus rigoureuse ; il fait tous ses efforts pour bénéficier de la nouvelle institution, même au prix de dissimulations. Si le débiteur demande sa mise en faillite, le tribunal doit la prononcer (n° 1042) ; cela tient à ce qu'il s'agit seulement de constater un fait. La liquidation judiciaire étant une faveur, il faut, pour l'obtenir, en être digne et la demander.

1278. Pour obtenir la liquidation judiciaire, le débiteur doit présenter une requête *dans les quinze jours de la cessation de ses paiements* (art. 2, al. 1er, L. de 1889). Le législateur attache une grande importance à ce que le débiteur, dont la situation est embarrassée, en fasse l'aveu le plus tôt possible (n° 967 *ter*) ; pour le faire, la loi lui accorde un délai de quinze jours (n° 1042).

La requête est accompagnée du bilan et d'une liste indiquant le nom

(1) Les explications données à la Chambre des députés par le rapporteur, dans la séance du 18 octobre 1898, peuvent se résumer ainsi : la liquidation judiciaire a pour but de distinguer entre le débiteur réputé honnête homme et celui qui ne peut être réputé tel. La demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire formée par le commerçant est une présomption de bonne foi non douteuse, le débiteur doit donner tout d'abord cette présomption.

et le domicile de tous les créanciers (art. 2, al. 2). En ce qui touche le bilan, la loi de 1889 reproduit la règle du Code de commerce (art. 439 et n° 1042). Pour la liste des créanciers, il y a une exigence spéciale à la liquidation judiciaire ; elle s'explique par le désir d'accélérer la procédure. Cf. art. 9 et n° 1311.

1279. Deux difficultés en sens inverse se présentent au sujet des conditions auxquelles la loi subordonne le bénéfice de la liquidation judiciaire.

a) Le débiteur peut-il obtenir la liquidation, même dans le cas où il n'aurait pas observé le délai dans lequel la cessation des paiements doit être avouée ? Cette circonstance est-elle un obstacle absolu à une mise en liquidation judiciaire ou le tribunal peut-il, en tenant compte des circonstances, la prononcer néanmoins ? Au premier abord, l'hésitation ne se comprend pas ; il semble que le texte et l'esprit de la loi s'accordent pour dicter une solution absolue. L'article 2 dit que *la liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur dans les quinze jours*... ; l'observation du délai semble bien être une condition *sine quâ non*. Cet argument est corroboré par cette considération que le but visé par la loi ne sera atteint que si le débiteur voit clairement que le seul moyen d'éviter la faillite est de faire connaître sa situation à bref délai ; s'il peut compter sur l'indulgence du tribunal au cas où il tarderait, sa négligence sera encouragée (1). Et, cependant, si l'on admet cette solution, on rend la loi à peu près inintelligible. Supposons, en effet, que le tribunal, croyant que le débiteur s'est scrupuleusement conformé à la loi, a prononcé la liquidation judiciaire ; plus tard, il s'aperçoit que le délai de 15 jours était largement dépassé lorsque le débiteur a fait sa déclaration. Est-il obligé, en constatant son erreur, de rétracter sa décision et de convertir la liquidation en faillite ? Non, il a un pouvoir discrétionnaire, il peut se décider suivant les circonstances (art. 19-1° et n° 1321). Malgré tous les raisonnements qu'on a essayé de faire, il nous est impossible de comprendre comment le tribunal peut avoir un droit d'appréciation, s'il constate après coup que le délai a été dépassé, et ne pas l'avoir, s'il le constate dès le début de la procédure (2). Cela ne change en rien la

(1) Paris, 14 mai 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 2. 141 ; D. 1893. 2. 390 ; Pau, 29 novembre 1894, D. 1895. 2. 295 ; Cass., Ch. req., 10 juillet 1900, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 397 ; D. 1900. 1. 470 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 524. V. en ce sens une note de M. Boistel, D. 1889. 2. 193.

(2) Toulouse, 25 juin 1893, S. et *J. Pal.*, 1893. 2. 176 ; D. 1894. 2. 212 ; Boistel, *Commentaire de la loi du 4 mars 1889*, p. 10 à 12 (il abandonne l'opinion soutenue précédemment par lui) ; Thaller, *op. citat.* (3e édit.), n° 1735.

situation du débiteur ; elle n'est ni plus ni moins favorable. Autrement, on encourage le mensonge ; le plus souvent le tribunal saisi de la demande ne saura de la date de la cessation des paiements que ce que lui dira le débiteur ; si celui-ci est habile, il indiquera toujours une date conforme à la loi ; s il est loyal, il dira la date vraie et, si elle est antérieure à la quinzaine, il expliquera son retard. Supposons que le tribunal trouve l'explication plausible, serait-il forcé de dire au débiteur : tans pis pour vous, vous avez été trop franc ! Il fallait réserver vos explications pour un autre moment et nous indiquer une date qui nous permît de vous mettre en liquidation judiciaire. Est-ce que le tribunal ne sera pas tenté de corriger, en pareil cas, l'aveu trop naïf du débiteur ? Nous ne croyons pas que la loi puisse aboutir à une conséquence pareille ; il ne suffit pas, pour soutenir l'opinion contraire, de démontrer que l'article 19 prévoit une autre hypothèse que l'article 2, ce qui est bien évident, et d'ajouter qu'avec notre interprétation, la loi risque de manquer son but. Il aurait peut-être mieux valu établir d'une façon absolue l'obligation de faire la déclaration de la cessation des paiements dans la quinzaine et n'admettre aucun tempérament ; mais, du moment où cela n'est pas, on ne peut donner une solution différente dans deux cas qui, en droit, sont absolument identiques.

1280. *b*) Le débiteur qui réunit les conditions légales, *doit-il* obtenir la liquidation judiciaire ?

L'article 19, al. 2, indique une série de cas dans lesquels le tribunal *doit* convertir la liquidation judiciaire en faillite ; il est bien certain que si, au moment où le débiteur demande la liquidation, l'un des faits prévus est établi, il ne pourra qu'être déclaré en faillite. Mais il se peut qu'il n'en soit pas ainsi : que le tribunal ne constate à la charge du requérant aucune des circonstances relevées dans l'article 19 ; que le débiteur soit dans les 15 jours de la cessation des paiements, et présente son bilan et la liste de ses créanciers. A-t-il droit à la liquidation judiciaire ? Le tribunal a-t-il, au contraire, un pouvoir d'appréciation lui permettant de refuser le bénéfice de la liquidation judiciaire à celui qui ne lui en paraît pas digne ? L'ensemble de la loi nous paraît contraire à cette faculté qui amènerait l'arbitraire dans les décisions de la justice (1). D'une part, l'article 1er dit que tout commerçant qui cesse ses paiements, *peut obtenir, en se conformant aux dispositions suivantes, le bénéfice de la liquidation judiciaire*. Cela ne borne-t-il pas la mission du tribunal à la constatation de l'existence des conditions

(1) Thaller, *Annales de Droit commercial*, 1889, 2. 209 ; *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), nº 1735.

légales ? D'autre part, il est impossible d'admettre que le retrait du bénéfice de la liquidation judiciaire, ayant un caractère pénal, puisse être ordonné en dehors des cas prévus par l'article 19, et nous pensons, comme dans l'hypothèse précédente (n° 1279), que le pouvoir du tribunal ne peut être différent au début ou au cours de la liquidation. Ajoutons qu'il est conforme à l'esprit de la loi que le débiteur ait la certitude d'éviter la faillite dès qu'il a satisfait aux conditions posées par elle. L'opinion contraire est, cependant, généralement admise (1); on reconnaît au tribunal qui trouverait suspecte la conduite du commerçant, sans, pourtant, pouvoir articuler un fait précis de fraude, le droit de refuser la liquidation qui constitue une faveur. Le seul argument invoqué en sens contraire est fourni par les travaux préparatoires : le rapporteur a dit à la Chambre des députés que « le tribunal est absolument libre de sa décision » (2).

1281. 3° *Du caractère du jugement qui prononce la liquidation judiciaire et des dispositions qu'il contient.* D'après l'article 4, *le jugement qui statue sur une demande d'admission à la liquidation judiciaire, est délibéré en chambre du conseil et rendu en audience publique. Le débiteur doit être entendu en personne, à moins d'excuses reconnues valables par le tribunal.* Cette dernière prescription n'existe pas en matière de faillite ; elle s'explique parce qu'il ne s'agit pas ici de constater seulement le fait de la cessation des paiements. Cf n° 1275.

1282. *Si la requête est admise, le jugement nomme un des membres du tribunal juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs provisoires* (art. 4, al. 1er). Cf. art. 462, C. com., et n° 1045.

Le jugement déclaratif de faillite fixe la date de la cessation des paiements (art. 441 et n° 1046). Il n'est rien dit de semblable pour le jugement de liquidation judiciaire. On a prétendu que ce silence s'explique tout naturellement, parce que, dans notre matière, il n'y a pas de *période suspecte* (3) ; cette opinion est inadmissible, comme nous le verrons (n° 1302). Le législateur aura pensé que, la liquidation judiciaire devant être ordonnée presque aussitôt après la cessation des paiements, il y a moins d'intérêt à fixer la date de celle-ci que dans le cas de faillite, où il peut s'écouler très longtemps entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif. Si l'intérêt est forcément moindre,

(1) Lyon, 5 juin 1889, S. 1890. 2. 57 ; *J. Pal.*, 1890. 2. 238 ; *Pand. fr.*, 1891. 2. 83 ; Nancy, 2 juillet 1889, *Pand. fr.*, 1890. 2. 159 ; *La Loi*, n° du 4 octobre ; Paris, 24 novembre 1889, D. 1890. 2. 249 ; Bordeaux, 17 juillet 1899. S. et *J. Pal.*, 1900. 2. 234 ; D. 1899, 2. 439. Boistel, *op. cit.*, p. 8 et 9.

(2) V. Lecomte, *op. cit.*, p. 142 et suiv.

(3) Cf. Bailly, *op. cit.*, p. 13.

il existe néanmoins : la liquidation étant ordonnée le 15 mars, il n'est pas indifférent de savoir si la cessation des paiements est du 1er, du 8 ou du 12 ; des actes seront nuls ou valables, suivant la solution adoptée. Rien ne s'oppose à ce que le tribunal fixe la date dans le jugement même qui ordonne la liquidation, sauf à rectifier cette date d'après les renseignements fournis par la procédure ultérieure. Cette rectification de date pourra avoir pour conséquence la conversion de la liquidation en faillite, s'il en résulte que le débiteur n'a pas fait sa demande dans la quinzaine, mais il n'y a pas là un résultat nécessaire. Cf. art. 19, al. 1er et nos 1279 et 1321.

1283. Le jugement déclaratif de faillite, ayant pour but d'organiser une procédure collective, produit effet à l'égard de tout le monde, *facit jus*. Cf. n° 1045. Il faut dire la même chose, et pour le même motif, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

1284. Précisément à cause de cet effet général du jugement déclaratif de faillite, le Code édicte des mesures destinées à le porter à la connaissance des intéressés (art. 442 et n° 1047). Il est assez singulier qu'on n'ait pas compris tout de suite qu'il n'y avait pas de différence à établir, à ce point de vue, entre la faillite et la liquidation. La commission de la Chambre des députés proposait d'écarter la publicité, sous prétexte qu'il fallait ménager le débiteur, mais cette opinion n'a pas résisté à la discussion. L'article 4, al. 3, dispose : *le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, est publié conformément à l'article 442, C. com.*

1285. En matière de faillite, l'accomplissement des formalités de publicité a une importance spéciale en ce qu'il fixe le point de départ du délai dans lequel le jugement déclaratif peut être attaqué ; précisément parce que ce jugement a un effet général, le Code permet de l'attaquer à tous les intéressés qui prétendraient qu'il a été rendu à tort (art. 580 et n° 1050). La loi de 1889 pose une règle toute différente pour le jugement qui ordonne la liquidation judiciaire : *il n'est susceptible d'aucun recours et ne peut être attaqué par voie de tierce-opposition* (art. 4, al. 3). Cette disposition est absolue ; elle n'en est peut-être pas plus rationnelle. Que le débiteur ne puisse attaquer la décision rendue à sa requête, cela se conçoit. Mais il y a d'autres personnes dont les droits peuvent être compromis par la liquidation judiciaire. Les créanciers qui prétendront que le débiteur n'était pas digne du bénéfice de cette procédure, pourront toujours demander la conversion en faillite (art. 19 et n° 1319). Il y a des créanciers qui peuvent avoir un intérêt à soutenir que le tribunal ne pouvait pas prononcer la mise en liquidation judiciaire de leur débiteur, par exemple, parce que celui-ci n'est pas commerçant. Il n'est pas inouï qu'un débiteur peu scrupuleux

cherche à se faire passer pour commerçant, de manière à avoir les avantages d'un concordat qui, voté par les majorités requises, s'imposera à tous ses créanciers ; puis, le tribunal peut à tort considérer comme commerçant une personne qui ne l'est pas. Si ce débiteur a obtenu la mise en liquidation judiciaire, pourquoi la décision ne peut-elle pas être attaquée ? Il est impossible de l'expliquer (1).

1286. La loi a prévu un cas particulier dans lequel un recours est possible. *Cependant, si le tribunal est saisi en même temps d'une requête en admission au bénéfice de la liquidation judiciaire et d'une assignation en déclaration de faillite, il statue sur le tout par un seul et même jugement, rendu dans la forme ordinaire, exécutoire par provision et susceptible d'appel dans tous les cas* (art. 4, *in fine*). Plusieurs hypothèses sont possibles : si le tribunal a déclaré la faillite, on est alors pleinement sous l'empire du Code de commerce (art. 580 et suiv., nos 1050 et suiv.) (2). S'il a prononcé la liquidation judiciaire, le jugement est susceptible d'appel en vertu de la disposition qui vient d'être transcrite et par dérogation à la règle absolue posée précédemment (n° 1284). A qui le droit d'appel est-il ainsi ouvert ? Il semble que ce soit à tout le monde, tant les termes de la loi sont absolus : il n'y a pas de question pour le créancier qui a succombé ; à l'inverse, on ne conçoit pas que le débiteur appelle d'une décision qui lui a accordé ce qu'il demandait (3). Que décider quant aux autres intéressés ? Ils peuvent se prévaloir de la généralité de la disposition. Mais, alors, la règle qui leur défend d'attaquer la décision rendue en la présence seule du débiteur et que nous avons déjà critiquée (n° 1285), devient encore plus inexplicable. De plus, il y a lieu de remarquer que le droit d'interjeter appel n'appartient, en règle, qu'à ceux qui ont été parties au procès (Cf. n° 1051).

La loi ne dit rien quant au délai d'appel. Il est naturel d'appliquer la règle suivie en matière de faillite, d'après l'article 582, C. com. Arg. art. 24, L. 4 mars 1889, n° 1061.

(1) Pour éviter la conséquence que nous signalons comme fâcheuse, on a prétendu que le jugement qui admet la liquidation judiciaire est un acte de juridiction gracieuse, par suite n'a pas autorité de chose jugée et peut toujours être contesté par tous ceux qui y ont intérêt. Cela parait tout à fait inadmissible comme contraire à la fois au texte et à l'esprit de la loi.

(2) Au cas où un jugement vient à convertir la liquidation en faillite (L. 4 mars 1899, art. 19), les dispositions du Code de commerce s'appliquent évidemment quant aux voies de recours admises contre le jugement prononçant la faillite.

(3) La faculté d'appel pour le débiteur ne se comprend que si l'on admet avec la jurisprudence que le jugement de liquidation judiciaire doit être rétracté quand le débiteur a payé ses dettes dans le délai du recours : Caen, 24 avril 1895, D. 1897. 2. 465. V. n° 1052.

1287. La loi n'a pas prévu le cas où le tribunal, saisi seulement d'une requête à fin de liquidation judiciaire, la rejetterait. Le plus souvent le tribunal ne se contentera pas de cette solution négative, mais prononcera la faillite, puisque la requête contient l'aveu exprès de l'état de cessation de paiements. Le débiteur pourra appeler du jugement, conformément à l'article 583, C. com. Par exception, le tribunal pourrait, tout en rejetant la liquidation, ne pas prononcer la faillite, s'il pensait que le débiteur n'est pas commerçant. Dans le silence de la loi, le débiteur doit avoir le droit d'appel, d'après les règles du droit commun.

1288. III. Effets du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. — Ce jugement, comme le jugement déclaratif de la faillite, est le point de départ d'une procédure collective ayant pour but de constater exactement l'actif et le passif, puis de préparer la solution à adopter quant au sort du patrimoine du débiteur. De plus, il produit de plein droit divers effets importants, soit dans l'avenir, soit dans le passé. Pour certains effets, le législateur de 1889 a maintenu les règles de la faillite ; pour d'autres, il s'en est écarté. Il ne s'est pas toujours exprimé avec une précision suffisante et des difficultés se sont présentées.

1289. Les effets communs à la liquidation judiciaire et à la faillite produits dans l'avenir sont les suivants :

a) Déchéance du terme. L'article 8, al. 1er (loi de 1889) ne fait que reproduire l'article 444, al. 1er, C. com (pour l'explication, V. nos 1070-1073). — La loi nouvelle n'a pas reproduit l'alinéa 2 de ce même article 444 (1), qui donne au porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre le droit de demander caution aux divers obligés, lorsque le débiteur principal de l'effet vient à tomber en faillite avant l'échéance. Cf. nos 631 et 1074. Malgré cette omission, la disposition de l'article 444, al. 2, doit être considérée comme applicable en cas de liquidation judiciaire, et cela en vertu de la règle générale de l'article 24 (V. no 1271) ; il y a, du reste, même raison, et cela a été formellement expliqué dans les débats parlementaires. Le procédé du législateur n'en est pas moins très critiquable : le renvoi fait par l'article 24 aux dispositions du Code de commerce sur la faillite suffisait aussi bien pour le 1er que pour le 2e alinéa de l'article 444 ; il ne fallait reproduire ni l'un ni l'autre de ces alinéas ou les reproduire tous les deux.

b) Cessation du cours des intérêts. — L'article 8, al. 1er, *in fine*, et al. 2 (loi de 1889), reproduit l'article 445, C. com. V. nos 1076-1078. Ici encore, la règle générale de l'article 24 de la loi du 4 mars 1889 aurait suffi.

(1) V. aussi l'article 163, 2e alin., C. com.

c) *Hypothèque de la masse.* — D'après l'article 4, al. 1er, *in fine*, les liquidateurs provisoires sont tenus, dans les 24 heures de leur nomination, de *requérir les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490, C. com.* Les liquidateurs sont simplement substitués aux syndics et le délai dans lequel l'inscription doit être prise, est fixé par la loi. Cf. nos 1079-1081.

d) *Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises après le jugement* — D'après l'article 5, al. 2, il ne peut être pris sur les biens du débiteur d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 4 ; il s'agit des inscriptions prises au profit de la masse, dont il vient d'être parlé à l'alinéa *c*. Cf. article 448, al. 1er. C'est la même théorie qu'en matière de faillite (nos 1082-1088). Le renvoi de l'article 24 était encore suffisant ; il doit avoir pour conséquence l'application à la liquidation judiciaire de l'alinéa 2 de l'article 448, bien qu'il n'ait pas été reproduit par la loi de 1889, qui, du reste, est muette sur les effets du jugement de liquidation judiciaire *dans le passé*. V. no 1302.

1290. L'effet le plus important du jugement déclaratif de faillite est le *dessaisissement du débiteur* (art. 443 et nos 1059-1067). On a dit, avec raison, que c'était la chose la plus redoutée des commerçants, celle qui les poussait à retarder par tous les moyens la déclaration de faillite (no 1030) et on a pensé que l'on obtiendrait du commerçant le prompt aveu de sa situation embarrassée, si on lui épargnait les tristes conséquences du dessaisissement. Le débiteur en liquidation judiciaire n'est donc pas dessaisi ; par suite, les scellés ne sont pas apposés (1). Les liquidateurs provisoires arrêtent et signent les livres du débiteur dans les 24 heures de leur nomination, et procèdent avec celui-ci à l'inventaire (art. 4, al. 1er). Cf., pour la faillite, no 1132.

Le débiteur continue à administrer son patrimoine, il n'est pas, comme le failli, remplacé par le syndic. Seulement, à côté du débiteur, pour le surveiller et l'assister, la loi de 1889 a cru devoir mettre une personne qualifiée de *liquidateur judiciaire*. Cette dénomination est assez impropre ; en effet, cet agent n'est pas, du moins ordinairement (2), chargé d'administrer, de *liquider*, comme semblerait l'indiquer son titre ; il *assiste* le débiteur comme le ferait un *curateur*, et il a été dit avec raison, à plusieurs reprises, dans la discussion parlementaire, que cette dernière expression aurait mieux caractérisé son rôle.

1291. En général, là où le syndic agirait seul en cas de faillite, il faut, en cas de liquidation judiciaire, la réunion du débiteur et du liqui-

(1) Le débiteur reçoit sa correspondance ; l'article 471, C. com., n'est pas applicable.

(2) V. les exceptions indiquées aux nos 1315 et 1317.

dateur pour que l'acte soit opposable à la masse des créanciers. La loi de 1889 fournit plusieurs applications de cette idée générale.

A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues comme en matière de faillite. Celles qui subsistent doivent être intentées et suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur (art. 5, al. 1er, modifié par la loi du 4 avril 1890). Cf. art. 443, al. 2 et 3, nº 1066. En ce qui concerne les actions dans lesquelles le failli peut figurer seul malgré le dessaisissement (nº 1067), on doit admettre que l'assistance des liquidateurs n'est pas nécessaire.

Le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement des effets et créances exigibles (1), *faire tous les actes conservatoires, vendre les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation immédiate ou dispendieux à conserver, et intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière* (art. 6, al. 1er. Cf. art. 470 et 471, C. com.).

Le syndic procède à la vente sur l'autorisation du juge-commissaire, (art. 488, C. com.), tandis qu'il a le pouvoir de procéder seul aux recouvrements.

1292. Il y a des actes que la loi défend absolument au débiteur; pour d'autres, elle ne se contente pas de l'assistance du liquidateur, elle exige de plus l'autorisation du juge-commissaire, quelquefois même celle du tribunal, parfois l'avis des contrôleurs nommés par les créanciers et dont le rôle a été caractérisé précédemment. V. nº 1127.

1293. *Le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui sont énumérés ci-après* (art. 5, al. 2. *in fine*). Le principe ainsi posé se comprend très bien ; le jugement de liquidation, comme le jugement déclaratif de faillite, doit fixer la situation, en ce sens que les droits de ceux qui étaient créanciers à ce moment-là, ne peuvent être modifiés par des actes postérieurs, ce qui arriverait si le débiteur pouvait diminuer son actif ou augmenter son passif. Les actes qui auraient ce résultat ne sont donc pas opposables à la masse, telle est la véritable formule ; il ne faut donc pas considérer le débiteur comme étant devenu incapable. Cf. anal. ce qui a été dit pour le failli, nº 1062.

En posant la règle, la loi indique elle-même qu'elle comporte des restrictions. L'article 6, al. 1, permet au débiteur, assisté du liquidateur, de vendre *les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation*

(1) Les quittances sont signées par le débiteur et par les liquidateurs.

imminente ou dispendieux à conserver ; cela ne concerne que les meubles ; aucune exception n'est faite pour les immeubles.

En outre, il va de soi que les immeubles du débiteur peuvent être vendus par lui avec l'assistance du liquidateur judiciaire et l'autorisation du tribunal de commerce. V. analog. n° 1133 *f.*

La défense de contracter de nouvelles dettes subit une importante dérogation dans le cas de continuation du commerce ou de l'industrie.

1294. *Le débiteur peut aussi, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge commissaire, continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie* (art. 6, al. 2). Cf., pour le syndic, art. 470, C. com., et n° 1133.

L'assistance du liquidateur ne peut évidemment être exigée pour chaque acte ; le liquidateur *assiste* le débiteur qui demande à être autorisé à continuer l'exploitation, puis le *surveille* dans cette exploitation (1).

La continuation de l'exploitation a lieu toutes les fois que l'on peut espérer que le débiteur conclura un concordat simple avec ses créanciers et sera ainsi définitivement maintenu à la tête de ses affaires ; il est indispensable alors qu'il y ait le moins possible d'interruption dans les opérations. Souvent le débiteur continuant son commerce doit acheter et vendre, par conséquent s'obliger et aliéner, ce qui constitue des dérogations à la règle générale de l'article 5, al. 2 *in fine* (n° 1293). Ceux qui deviennent créanciers à raison des opérations ainsi continuées, sont-ils traités comme ceux qui étaient créanciers lors du jugement de liquidation ? S'il en était ainsi, il est clair que le débiteur n'aurait aucun crédit et que, par suite, l'exercice du commerce lui serait de fait impossible. Comment traiter avec quelqu'un dont la situation embarrassée est notifiée à tous, qui très vraisemblablement ne pourra offrir à ses créanciers qu'une partie de ce qu'il leur doit ? Il y a donc lieu d'admettre que ceux qui traitent sur la foi de l'autorisation de continuer le commerce, sont créanciers *de* la masse et non *dans* la masse, c'est-à-dire qu'ils doivent être désintéressés avant que l'on songe à attribuer des dividendes à ceux qui étaient créanciers antérieurement à la mise en liquidation. Cf. pour le cas de faillite, n° 1175.

Cette conséquence est grave et doit appeler l'attention du liquidateur et du juge-commissaire, quand il s'agit de décider la question (2). La

(1) Cf. Cass., 28 octobre 1902, S. et *J. Pal*, 1902. 1. 481 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1902. 1. 515 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 105.

(2) Nous ne voyons pas pourquoi on n'a pas exigé l'avis des contrôleurs ; ils sont à même de savoir si l'on peut avoir confiance dans le débiteur. On a probablement voulu qu'il n'y eût presque pas d'interruption.

continuation une fois décidée, le liquidateur doit exercer une surveillance attentive sur les actes du débiteur, se faire rendre compte par lui de ses diverses opérations, ne pas laisser entre ses mains des capitaux qui ne lui seraient pas absolument nécessaires pour ses opérations. Cf. art. 6, dern. alin. Du reste, cette situation ne saurait se prolonger longtemps, car la loi nouvelle s'est efforcée d'abréger la durée de la période préparatoire.

Néanmoins, la continuation de l'exploitation du fonds de commerce peut être dangereuse ; aussi les intéressés, c'est-à-dire les créanciers, peuvent-ils attaquer la décision qui l'autorise : *L'ordonnance du juge-commissaire qui autorise la continuation de l'exploitation est exécutoire par provision et peut être déférée par toute partie intéressée au tribunal de commerce* (art. 6, al. 3).

1295. Il y a des actes pour lesquels il ne suffit pas au débiteur d'avoir l'assistance du liquidateur et l'autorisation du juge-commissaire.

Le débiteur peut, après l'avis des contrôleurs, qui auraient été désignés conformément à l'article 9, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous actes de désistement, de renonciation et d'acquiescement (art. 7, al. 1er). Le Code de commerce n'a pas prévu le désistement et l'acquiescement par le syndic ; des difficultés s'élèvent sur le point de savoir sous quelles conditions il peut faire ces actes (1).

Il (le débiteur) *peut, sous les mêmes conditions, transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas 1.500 fr. Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant 1.500 fr., la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487, C. com. Tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction* (art. 7, al. 2 et 3, *in fine*). Cf. art. 407 et n° 1133.

1296. La loi n'a pu passer en revue tous les actes juridiques possibles. Quelle est la règle pour ceux qui ne sont pas prévus par elle ? Elle a été donnée par le rapporteur de la loi au Sénat, en réponse à une question qui lui était faite sur la situation générale du débiteur mis en liquidation judiciaire. Après avoir indiqué les divers actes pour lesquels le débiteur a besoin de l'assistance du liquidateur, de l'autorisation du juge-commissaire, etc., le rapporteur ajoutait : « Pour tous les « autres actes qui ne peuvent pas rentrer dans ces catégories, il est « évident qu'il se trouve dans les conditions ordinaires, et qu'en vertu « du principe général, il (le débiteur) peut faire tout ce que la loi ne « lui défend pas ».

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VII, n° 514.

Il y a lieu pourtant de décider qu'il ne pourrait pas conclure un *compromis;* on ne peut compromettre que sur des droits dont on a la libre disposition (art. 1003, C. proc. civ.) ; or, la liquidation ne laisse pas au débiteur la *libre disposition* de ses biens.

1297. On voit donc que, si le débiteur n'est pas dessaisi par suite de la liquidation judiciaire, sa liberté d'action est singulièrement restreinte à l'égard de ses créanciers (1), comme cela, du reste, était nécessaire. Pour presque tous les actes, il lui faut, du moins, l'assistance du liquidateur (2). Ce dualisme semble, en général, fonctionner sans grande difficulté. L'assistance du liquidateur est une garantie pour les créanciers, sans constituer une gêne trop grande pour le débiteur. Des doutes avaient été émis dans la discussion de la loi du 4 mars 1889 sur la portée de cette innovation et, à deux reprises, un amendement a été présenté portant que le *liquidateur gérerait assisté du débiteur ;* c'était la situation renversée.

1298. Il peut y avoir divergence de vues entre le débiteur et le liquidateur dans deux cas bien différents.

a) Le débiteur veut faire une opération, intenter un procès et le liquidateur refuse son assistance. La loi n'a rien dit à ce sujet; la solution n'est cependant pas douteuse : l'acte ne peut être fait, puisqu'une condition indispensable fait défaut. Le débiteur ne pourrait donc triompher du mauvais vouloir du liquidateur qu'en provoquant son remplacement par le tribunal. On aurait dû songer à charger le juge-commissaire de statuer en pareil cas, mais on ne peut le faire intervenir dans le silence de la loi (3).

b) C'est la situation inverse : le liquidateur est d'avis d'agir et le débiteur veut s'abstenir. L'hypothèse est partiellement prévue par la loi. Après avoir dit que le débiteur assisté peut recouvrer les créances, faire tous actes conservatoires, vendre les objets sujets à dépérissement ou dispendieux à conserver, intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière, l'article 6, al. 1er, ajoute : *au refus du débiteur, il pourra être procédé par les liquidateurs seuls, avec l'autorisation du juge-commissaire. Toutefois, s'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée* (4) ; *mais les liquidateurs devront*

(1) C'est pour cela qu'il est impossible de comprendre comment on a eu d'abord l'idée de ne pas prescrire la publication du jugement qui ordonne la liquidation judiciaire. V. nº 1284.

(2) C'est en faisant allusion à cela qu'on parle parfois de *dessaisissement partiel.*

(3) V., en ce sens, Bailly, *op. cit.*, p. 15, note 2.

(4) « Un juge, a-t-on dit, ne peut être appelé à *autoriser* l'introduction d'un procès » (2e rapport au Sénat). Ce motif ne paraît pas juste. Dans les cas où

mettre le débiteur en cause. C'est pour les actions à intenter que la disposition recevra le plus fréquemment son application, spécialement pour les actions tendant à l'annulation d'actes accomplis pendant la période suspecte. Cf. ci-après, nº 1299.

En dehors des cas prévus, il est certain que les liquidateurs ne peuvent substituer leur initiative à celle du débiteur. La Chambre avait d'abord admis que le liquidateur, autorisé par le juge-commissaire, ferait seul tous les actes prévus par la loi, si le débiteur refusait son concours, mais le Sénat a repoussé cette idée et proposé la rédaction actuelle. On comprend l intervention du liquidateur pour des actes qui engagent presque nécessairement une question d'urgence et dont l'appréciation est facile à faire. Mais on ne conçoit pas que le liquidateur, même autorisé du juge-commissaire, puisse continuer, contre la volonté, sans la participation et cependant pour le compte du commerçant, l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie dont celui-ci juge utile d'arrêter les opérations, ou encore imposer au débiteur une transaction ou désistement jugés par lui désastreux (1).

1299. Le syndic représente à la fois le failli et la masse ; très souvent il n'y a pas opposition d'intérêts, la masse étant l'ayant cause du failli ; il peut en être autrement; la masse a des droits qui lui sont conférés directement par la loi et qui sont exercés en son nom par le syndic. Cf. nº 1128. Quelle est la situation au cas de liquidation judiciaire ? Il y a bien aussi une masse, une hypothèque légale lui est même conférée (nº 1289, *c*). Qui la représente ? Le débiteur, assisté du liquidateur, puisque la loi n'a pas constitué à la masse des créanciers de représentant spécial et que c'est le débiteur qui continue à agir. Cela est bien singulier quand il s'agit de l'exercice des droits propres à la masse. Le débiteur va-t-il donc, par exemple, demander la nullité d'un acte fait par lui comme tombant sous le coup des articles 446 et 447, C. com ? Sans doute, il n'est pas inouï qu'on attaque en une certaine qualité un acte qu'on a fait soi-même et à raison duquel on pourra devoir des dommages-intérêts, s'il est annulé (V., par exemple, art. 1560, al. 2, C. civ.), mais ici il y a quelque chose de spécial ; le succès d'une action en nullité intentée par le débiteur a pour résultat de le priver du bénéfice de la liquidation judiciaire et d'en faire un failli. Cf. art. 19, § 2-1º. Est-il à supposer que le débiteur intentera une pareille action, ou la soutiendra sérieusement, s'il l'intente ? Il y a bien ici l'intervention des

le mari ne veut pas ou ne peut pas légalement autoriser sa femme à ester en justice, le tribunal civil est appelé à donner son autorisation. Art. 218, 221 et 222, C. civ. ; art. 861 et suiv., C. proc. civ.

(1) V. 2º rapport au Sénat.

liquidateurs qui pourront user du droit que leur donne l'article 6, al. 1er (n° 1298). Il aurait été plus simple, croyons-nous, d'investir directement les liquidateurs de l'exercice de telles actions ; en fait, on ne leur conteste pas le droit de les intenter.

1300. *Suspension des poursuites individuelles.* — Nous avons expliqué (n° 1068) comment il est conforme à la nature des choses que le jugement déclaratif de la faillite suspende les poursuites individuelles ; le Code n'a pas posé la règle générale, mais plusieurs de ses dispositions en supposent l'existence. Il y a certains créanciers auxquels elle ne s'applique pas (Cf. n° 1069). Les mêmes solutions devraient-elles être données au cas de liquidation judiciaire ? C'est la question, non pas la plus difficile, mais la plus discutée, qui s'était élevée, avant la loi du 4 avril 1890, sur la loi nouvelle. Diverses décisions judiciaires avaient admis que la mise en liquidation n'empêche pas les poursuites individuelles. Voici les principaux arguments qui étaient invoqués : la loi de 1889 n'édicte aucune restriction générale ; elle contient, au contraire, des dispositions d'où l'on peut déduire le droit des créanciers. D'une part, elle dit expressément que *les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des* IMMEUBLES *sur lesquels ils n'ont pas d'hypothèque* (art. 5, al. 2), ce qui laisse intact le droit de faire saisir et vendre les meubles. D'autre part, le droit de poursuites est supposé par le même article (al. 1er), d'après lequel *toute action* et TOUTE VOIE D'EXÉCUTION, *tant sur les meubles que sur les immeubles, doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur* ; le jugement de liquidation modifie donc le droit des créanciers seulement en ce sens qu'ils doivent mettre le liquidateur en cause. Du reste, il n'y a pas à s'étonner, disait-on, de cette différence entre la faillite et la liquidation, elle résulte naturellement d'une autre différence : la suspension des poursuites au cas de faillite est une conséquence du dessaisissement du failli ; le dessaisissement ayant été écarté en cas de liquidation, il en a été de même de la suspension des pourvuites (1).

(1) Paris (7e ch.), 14 mai 1888, D. 1889. 2. 169 (L'arrêt a été rendu contrairement aux conclusions du ministère public) ; Rennes, 11 juin 1889, D. 1890. 2. 193 (L'arrêt constate que la liquidation, laissant le droit de poursuites individuelles, peut entraîner des résultats désastreux, soit pour le débiteur, soit pour l'ensemble de ses créanciers et que, par suite, le régime de la faillite est bien préférable). Est-ce là ce qu'a voulu le législateur de 1889 ? On a argumenté aussi des passages de rapports faits en 1884 et en 1886 ; nous pensons qu'il n'y a aucun argument à en tirer. Si c'est déjà une présomption parfois démentie par les faits que d'admettre que ceux qui votent une loi sont éclairés par le rapport fait au sujet de cette loi même, comment supposer qu'ils connaissent le rapport fait à l'occasion d'un autre projet, mêlé dans une autre législature ?

Le législateur ne s'était pas expliqué avec toute la clarté désirable ; mais l'opinion précédente était absolument inacceptable. La suspension des poursuites est admise en matière de faillite, sans qu'il y ait un texte général ; elle ne se déduit pas seulement du dessaisissement, et les motifs donnés s'appliquent au cas de liquidation comme au cas de faillite. En écartant le dessaisissement, le législateur de 1889 a voulu favoriser le débiteur, lui laisser une certaine liberté d'action, lui permettre de continuer lui-même l'exploitation de son commerce et de son industrie, et on conclurait de cette différence qu'il va pouvoir être poursuivi par tous ses créanciers, que ceux-ci pourront faire saisir et vendre ses meubles, ses marchandises ! C'était aller directement contre l'intention du législateur. Celui-ci a déclaré d'une manière générale que les règles de la faillite s'appliquent à la liquidation judiciaire, en tant qu'elles ne sont pas modifiées par la loi nouvelle (art. 24). On citait bien deux dispositions de l'article 5 qui semblaient supposer la continuation des poursuites individuelles, mais l'argument qu'on en tirait n'a aucune valeur ; pour le réfuter, il suffit de dire que ces dispositions sont reproduites du Code de commerce, ce qui montre qu'elles se concilient avec la suspension des poursuites individuelles. Cf. article 443, al. 3, et article 571. En matière de faillite, il y a des créanciers qui conservent le droit de poursuite (n° 1069); ceux-là le conservent également en cas de liquidation judiciaire ; c'est à eux que s'applique la disposition qui exige la mise en cause du liquidateur. La saisie et la vente des meubles produiraient plus de perturbation que la saisie et la vente des immeubles, elles empêcheraient absolument la continuation du commerce à laquelle la loi est favorable (1).

Cette discussion n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif. En présence des divergences de la jurisprudence et sans attendre que la Cour de cassation se fût prononcée, le législateur est intervenu. La loi du 4 avril 1890 a modifié l'article 5, al. 1er, de la loi de 1889 qui maintenant est ainsi conçu : *A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues comme en matière de faillite.* A la Chambre des députés

(1) Boistel, note *Dalloz*, 1892. 2. 109 ; Bailly, *op. cit.*, p. 9, note 2 ; note dans les *Annales de Droit commercial*. 1889, p 124 ; ordon. du prés. Trib civ. Marseille, 10 avril 1889, D. 1889. 2. 272 ; *Pand. fr.*, 1890. 2. 80 ; Trib. civ. de Château-Thierry, 6 juin 1889. *Pand. fr.*, 1890. 2. 88 ; *Journal des faillites*, 1888, p. 394 ; Trib. civ. de la Seine, 14 mai 1889, D. 1889. 2. 172 (jugement bien motivé) ; *Pand. fr.*, 1889. 2. 169 ; Trib. civ. de Lyon, 7 juin 1889, *Pand. fr.*, 1889. 2. 169 ; *Annales de Droit commercial*, 1889, p. 124 ; C. de Paris (1re ch.), 28 juillet 1889, *Journal des faillites*, 1889, p. 325.

et au Sénat, il y a eu unanimité pour dire que cette solution résultait évidemment de l'esprit de la loi de 1889 (1).

1301. *Incapacités.* — La faillite entraîne un certain nombre d'incapacités affectant les droits politiques ou des droits se rattachant à la qualité de commerçant. Cf. nº 1265. La loi de 1889 a établi à cet égard une différence entre la faillite et la liquidation judiciaire (2) : *à partir du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, le débiteur ne peut être nommé à aucune fonction élective ; s'il exerce une fonction de cette nature, il est réputé démissionnaire* (art. 21).

Le débiteur en liquidation judiciaire reste donc *électeur*, c'est le but principal que voulaient atteindre les partisans les plus décidés de la nouvelle loi, seulement, il n'est plus *éligible* (3). Son inéligibilité n'existe pas seulement pour les fonctions politiques ; il ne peut être juge au tribunal de commerce, membre d'une chambre de commerce, d'une chambre consultative des arts et manufactures, d'un conseil de prud'hommes. L'incapacité de l'article 613, C. com., doit être considérée comme maintenue à sa charge par le renvoi général de l'article 24 ; il ne subit pas, au contraire, les incapacités établies par les lois spéciales (4).

Les déclarations de liquidation judiciaire sont inscrites au casier judiciaire sur les bulletins nºs 1 et 2, non sur le bulletin nº 3 délivré à la personne qu'il concerne. L. 5 août 1899, articles 6 et 7-7º.

1302. *Effets du jugement de liquidation judiciaire dans le passé.* — Le jugement déclaratif de faillite produit des effets dans le passé ; il est le terme d'une période, qui commence à la cessation des paiements et comprend même, suivant les cas, les dix jours précédents ; les actes intervenus pendant cette *période suspecte* sont soumis à un régime spécial de nullités (art. 446-449, nºs 1089 et suiv.). Il ne faut pas hésiter à appliquer cette théorie à la liquidation judiciaire (5) ; le renvoi général de l'article 24 suffit pour cela ; loin que la nouvelle loi déroge

(1) V. les travaux préparatoires de cette loi dans l'ouvrage cité de M. M. Lecomte, p. 833 et suiv.

(2) Cette différence est atténuée depuis la loi du 30 décembre 1903 relative à la réhabilitation commerciale. V. la note suivante.

(3) D'après la loi du 30 décembre 1903 (art. 1), le failli recouvre ses droits d'électeur dix ans après le jugement déclaratif Le failli est donc ainsi, après l'expiration de ce délai, dans la même situation à ce point de vue que le commerçant en liquidation judiciaire.

(4) Bailly, *op. cit.*, p. 10, note 2.

(5) V. en sens contraire, Bailly, *op. cit.*, p. 13-14. Il invoque surtout les travaux préparatoires, qui se réfèrent à des projets antérieurs à celui de 1888. Il demande qui engagera l'action en nullité ; ce sera le liquidateur. Cf. nos observations, nº 1299.

sur ce point au Code de commerce, elle suppose formellement que les articles 446-449 ont été appliqués au cours de la liquidation judiciaire (art. 19, § 2-1°). Il y a seulement deux observations à faire : dans notre matière, la période suspecte sera forcément très courte, puisque le bénéfice de la liquidation judiciaire doit être demandé dans les 15 jours de la cessation des paiements. Cf. n° 1278. De plus, l'application des articles 446 et suiv. aura *ordinairement* pour conséquence la conversion de la liquidation judiciaire en faillite (art. 19, § 2-1°). Il n'en est pas nécessairement ainsi, malgré les termes absolus de l'article 19, § 2-1° ; on peut, en effet, très bien concevoir une application des articles 446 à 449 n'impliquant aucune fraude du débiteur et c'est la fraude qui motive la déchéance du bénéfice de la liquidation. V. n° 1322.

B. — Autorités et personnes figurant dans la liquidation judiciaire.

1303. A la suite de la mise en liquidation judiciaire comme de la déclaration de faillite, s'ouvre une procédure collective comprenant divers actes ou opérations qui ont pour buts principaux de déterminer le montant de l'actif et du passif, de décider comment se terminera la liquidation. Les personnes et les autorités qui interviennent dans ces cas et dans ces opérations, sont principalement les *liquidateurs*, le *juge-commissaire*, les *contrôleurs*, les *créanciers*, le *débiteur* lui-même (1), le *tribunal de commerce*. Cf. n° 1123. Il n'y a rien de particulier à dire pour le juge-commissaire et le tribunal de commerce ; ils jouent le même rôle qu'en cas de faillite. Cf. n°s 1125 et 1126.

1304. *Liquidateurs*. — Ils correspondent aux syndics de la faillite, mais les fonctions des uns et des autres sont loin d'être identiques. Le tribunal, en ordonnant la liquidation judiciaire, nomme un ou plusieurs *liquidateurs provisoires* (art. 4, al. 1er) ; dans leur première réunion, les créanciers donnent leur avis sur la nomination des *liquidateurs définitifs* (art. 9, al. 3). Cf. anal. art. 462, C. com., et n° 1124. Le tribunal peut révoquer ou remplacer les liquidateurs, comme les syndics.

Le syndic administre, il représente le failli et la masse ; le liquidateur a un tout autre rôle et nous avons déjà fait remarquer (n° 1290) que son titre pourrait induire en erreur. En principe, il *ne liquide pas* à proprement parler, il *ne représente personne*, il assiste et surveille le

(1) Il n'y a pas d'expression correspondant à celle de *failli*. Nous goûtons peu celle de *liquidé*, qui est commode et employée dans l'usage.

débiteur ; c'est seulement dans des cas spéciaux qu'il peut substituer son initiative à celle du débiteur. Cf. nº 1299. Nous verrons, toutefois, que le rôle du liquidateur se transforme quand la liquidation n'aboutit pas à un concordat simple. V. nos 1315 et 1317.

En cas de faillite, le Code (art. 462) dit que le tribunal nomme *un ou plusieurs syndics ;* en fait, presque toujours il n'y a qu'un syndic. On conçoit qu'il peut s'agir d'un commerce ou d'une industrie d'une importance telle que, s'il n'y avait qu'un syndic pour procéder aux diverses opérations, la procédure subirait de grands retards. La situation est tout autre pour le liquidateur qui est chargé, non d'administrer, mais de contrôler ; aussi le projet ne parlait-il que d'*un liquidateur*. Il a été modifié à la suite d'une discussion au Sénat où il a été démontré que, si l'unité de contrôle se comprenait en fait, il n'y avait pas là une nécessité de droit. Il peut se présenter des circonstances dans lesquelles, à raison de l'importance et de la complexité des intérêts engagés, il soit utile de nommer plusieurs liquidateurs ; on n'a pas voulu ôter au tribunal une faculté dont il n'usera, du reste, que rarement.

Les liquidateurs sont, comme les syndics, des mandataires judiciaires salariés (art. 10, al. 4, loi de 1889 ; art. 462, *in fine*, C. com.) et responsables (art. 1992, C. civ.). Pour la détermination de leur salaire et la durée de leur responsabilité à raison des titres, des livres et papiers qui ont pu leur être remis, des règles communes aux syndics et aux liquidateurs ont été fixées par la loi de 1889 (nº 1124). Pour le cas où il y a plusieurs liquidateurs, l'article 465, C. com., est applicable conformément à la disposition générale de l'article 24 de la loi de 1889 (nº 1124, *in fine*).

Le législateur a pensé que la substitution de liquidateurs aux syndics aurait divers avantages. Leurs fonctions moins difficiles, moins absorbantes, peuvent être acceptées par un créancier ; le débiteur est intéressé à faire marcher les opérations le plus vite possible pour arriver à une solution. L'expérience semble prouver qu'il y a là une illusion.

1305. *Contrôleurs*. — L'institution des contrôleurs a été organisée par la loi du 4 mars 1889 pour la liquidation judiciaire et étendue par cette loi à la faillite (art. 9 et 10). V. nº 1127.

1306. *Créanciers*. — En général, leur situation est analogue à celle qu'ils ont en cas de faillite (Cf. nº 1128). — Ils forment une masse dont le rôle se révèle surtout dans les réunions auxquelles ils sont convoqués par le juge-commissaire (Cf. art. 9, 12, 14, 15). Ils peuvent charger un ou deux d'entre eux de *contrôler* les opérations du débiteur et des liquidateurs. V. nº 1305.

Par qui les créanciers sont-ils représentés ? Par le débiteur assisté du liquidateur, ce qui est singulier quand la masse exerce des droits propres (n° 1299). On peut admettre, comme correctif, que les créanciers ont le droit d'intervenir pour surveiller leurs intérêts dans les instances intentées ou suivies par le débiteur assisté du liquidateur. L'article 7, al. 3, *in fine*, d'après lequel tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction, fournit un sérieux argument en ce sens (1). Ce droit d'intervention est généralement refusé aux créanciers en cas de faillite (n° 1066). — Les créanciers ont aussi le droit de demander la conversion de la liquidation en faillite (art. 19).

1307. *Débiteur* (ou *liquidé*). — Il y a une grande différence entre sa situation et celle du failli, dont le rôle est presque tout passif, sauf quand il s'agit de traiter avec les créanciers. Cf. n° 1129. Le débiteur en liquidation continue à gérer son patrimoine avec l'assistance du liquidateur (n°s 1290 et suiv.). Le failli peut être arrêté ; seulement cette mesure n'est guère appliquée (art. 455, n° 1129) ; le débiteur ne peut être privé de sa liberté en cas de liquidation, de même qu'il ne subit pas l'apposition des scellés. — L'article 474 règle les secours qui peuvent être accordés au failli ; la disposition s'applique au cas de liquidation judiciaire, en vertu de l'article 24 (n° 1271) ; cela, du reste, a été dit formellement dans la discussion.

C. — Procédure préparatoire de la solution de la liquidation.

1308. Le but de cette procédure est le même qu'en cas de faillite. Cf. n° 1131. Le législateur de 1889 a tâché seulement d'en abréger la durée.

1309. *Constatation de l'actif.* — En cas de faillite, le jugement déclaratif ordonne l'apposition des scellés ; l'inventaire est fait par le syndic en présence du juge de paix. Cf. n° 1132. L'article 4, al. 1er, de la loi de 1889, après avoir dit que le jugement, admettant le débiteur à la liquidation judiciaire, nomme un ou plusieurs liquidateurs provisoires, ajoute : *Ces derniers, qui sont immédiatement prévenus par le greffier, arrêtent et signent les livres du débiteur dans les vingt-quatre heures de leur nomination, et procèdent, avec celui-ci, à l'inventaire.* Ainsi, il n'est pas question de scellés, et le juge de paix n'a pas à intervenir.

1310. *Administration du patrimoine.* — En cas de faillite, le syn-

(1) Paris, 22 juillet 1889, *Journal des faillites*, 1889, p. 68.

dic administre seul ; en cas de liquidation, le débiteur administre assisté du liquidateur. Les actes qui peuvent être nécessaires, sont à peu près les mêmes dans les deux cas. Cf. n° 1133. Nous avons indiqué par qui et avec quelles autorisations, suivant les cas, il peut être procédé à ces actes : ventes de meubles, continuation du commerce, exercice d'actions, etc. Cf. nos 1290 et suiv., et articles 5-7 de la loi du 4 mars 1899.

1311. *Constatation du passif*. — Elle se fait au moyen d'une *procédure de vérification et d'affirmation des créances*, qui, dans ses traits généraux, ressemble beaucoup à celle qui est réglée par le Code de commerce pour le cas de faillite ; il y a eu seulement, de la part du législateur de 1889, la préoccupation d'abréger les délais.

A partir du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, les créanciers pourront remettre leurs titres, soit au greffe, soit entre les mains des liquidateurs En faisant cette remise, chaque créancier sera tenu d'y joindre un bordereau énonçant ses nom, prénoms, profession et domicile, le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés (1). — *Cette remise n'est astreinte à aucune forme spéciale. — Le greffier tient état des titres et bordereaux qui lui sont remis et en donne récépissé. Il n'est responsable des titres que pendant cinq années à partir du jour de l'ouverture du procès-verbal de vérification. — Les liquidateurs sont responsables des titres, livres et papiers qui leur ont été remis, pendant dix ans à partir du jour de la reddition de leurs comptes* (art. 11, L. de 1889). Cf. article 491, C. com.

Si les créanciers peuvent ainsi déposer leurs titres aussitôt qu'ils le veulent, il ne doivent pas attendre trop longtemps, s'ils tiennent à conserver leurs droits. Après une première réunion qui a lieu à bref délai après le jugement qui ouvre la liquidation (art. 9), les créanciers sont convoqués par lettre et par insertions dans les journaux pour la première assemblée de vérification qui se tient au jour fixé par le juge-commissaire ; ils sont invités auparavant à déposer leurs titres et bordereaux (art. 12). Le lendemain des opérations de cette première assemblée,

(1) Cette mention des privilèges, hypothèques et gages, etc., qui n'est pas exigée par l'article 491, C. com., n'écarte pas une controverse qui s'est présentée au sujet de ce dernier article sur le point de savoir si les créances hypothécaires et privilégiées sont soumises à la procédure de vérification et d'affirmation. Car celle ci est certainement nécessaire lorsque les créanciers ayant hypothèque ou privilège veulent se présenter dans la masse chirographaire à raison de l'insuffisance de leur garantie (Cf. n° 1143). — Cette disposition de l'article 11 de la loi du 4 mars 1889 est rendue applicable à la faillite par l'article 20.

les créanciers sont convoqués pour une nouvelle réunion qui doit avoir lieu 15 jours après, et ils sont prévenus que cette assemblée sera la dernière (art. 13).

On voit que les délais sont très simplifiés ; ils sont les mêmes pour tous les créanciers résidant en France ; le juge-commissaire a le droit d'augmenter ces délais pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France (art. 12, loi de 1889). Cf. articles 492 et 497, C. com.

Une nouvelle assemblée de vérification peut, par exception, être convoquée (1) quand il y a en circulation des lettres de change ou des billets à ordre souscrits ou endossés par le débiteur et non échus lors de la secondr assemble (art. 13, al. 3).

La vérification et l'affirmation des créances ont lieu dans la même réunion et dans les formes prescrites par le Code de commerce en tout ce qui n'est pas contraire à la présente loi (art. 12, dern. phrase). Il n'y à donc qu'à renvoyer à ce qui a été dit pour la faillite (n° 1136), seulement, en matière de liquidation judiciaire, la vérification et l'affirmation se font dans la même séance, tandis que, pour la faillite, l'article 497 donne huit jours pour l'affirmation (2) ; aussi, dans quelques tribunaux, il y a une réunion de créanciers spécialement convoqués pour l'affirmation, ce qui entraîne des frais inutiles.

Pour les conséquences de l'admission ou de la non-admission, il faut se référer aux règles de la faillite (nos 1137 et suiv.). Il en est de même pour les conséquences de la non-production dans les délais légaux (n° 1142) (3).

1312. *Délibérations des créanciers.* — Dans les trois jours du jugement, les créanciers sont convoqués par le greffier à un jour fixé par le juge-commissaire. Dans cette réunion, le débiteur, assisté des liquidateurs provisoires, présente un état de situation. Les créanciers donnent leur avis sur la nomination des liquidateurs définitifs et ils sont consultés sur l'utilité d'élire un ou deux contrôleurs. Le juge-commissaire qui préside dresse procès-verbal des dires et observations des créanciers ; il fixe la date de la première assemblée de vérification (art. 9).

Aussitôt après la clôture de la vérification, les créanciers vérifiés ou

(1) Il faut que la convocation de cette nouvelle assemblée ait été demandée avec la clôture des opérations de vérification : Trib. com. Seine, 27 avril 1889, *Pand. fr.*, 1891. 2. 82 ; *Journal des faillites*, 1889, p. 247.

(2) A l'inverse, le projet, voté d'abord par la Chambre des députés, mettait l'affirmation avant la vérification, en exigeant qu'elle fût consignée sur le bordereau produit par le créancier.

(3) Cf. Paris, 27 juin 1902, *Le Droit*, n° du 29 août 1902.

admis par provision sont invités à se réunir pour entendre les propositions de concordat du débiteur et en délibérer (art. 14, al. 1er), Cf. art. 504, C. com. La réunion doit avoir lieu 15 jours après la dernière assemblée de vérification (art. 14, al. 2). Pour le droit du tribunal d'augmenter le délai, V. art. 14, al. 3. Cf. nº 1140.

Pour délibérer en connaissance de cause, l'assemblée doit être éclairée sur l'état de la liquidation. En matière de faillite, le syndic fait un rapport (art. 506) ; malgré le silence de la loi de 1889, il ne faut pas hésiter, en présence de la règle de l'article 24 de la loi du 4 mars 1889, à dire que le liquidateur doit aussi en faire un. — Le rapport lu, le débiteur fait ses propositions et discute avec ses créanciers.

D. — Diverses solutions de la liquidation judiciaire. Conversion de la liquidation judiciaire en faillite. Clôture pour insuffisance d'actif.

1313. Trois solutions sont possibles comme au cas de faillite (nº 1145) : le *concordat simple*, l'*union*, le *concordat par abandon d'actif*. Il peut intervenir aussi une *clôture pour insuffisance d'actif*, qui n'est pas plus une solution pour la liquidation judiciaire que pour la faillite. En outre, dans diverses circonstances, le débiteur peut être privé du bénéfice de la liquidation judiciaire et être déclaré en faillite.

1314. *Concordat simple.* — Les règles sur la formation, les effets, l'annulation et la résolution du concordat sont, en principe, les mêmes en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 24, loi de 1889. Cf. nos 1146 et suiv.).

Si le concordat est homologué, le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée (art. 15, al. 2). — Dans le cas où le concordat vient à être annulé ou résolu, la faillite est déclarée (art. 19, al. 2-3).

Quand il n'y a pas concordat, le tribunal examine si la liquidation doit être maintenue ou convertie en faillite (art. 19, al. 1er-2). Il avait d'abord été admis, lors de la discussion de la loi du 4 mars 1889, qu'en pareil cas, le bénéfice de la liquidation disparaîtrait forcément ; on a fait remarquer que le refus du concordat pouvait n'impliquer aucune défaveur pour le débiteur, mais provenir du mauvais vouloir ou de l'entêtement de certains créanciers ; il n'y a pas de raison pour soumettre, en pareil cas, le débiteur aux rigueurs de la faillite. Il vaut donc mieux que le tribunal puisse apprécier les circonstances et maintenir ou retirer le bénéfice de la liquidation judiciaire. S'il déclare la faillite,

les créanciers sont de plein droit en état d'union et il ne peut y avoir une nouvelle tentative de concordat.

1315. *Concordat par abandon d'actif.* — Il se forme comme le concordat simple. En cas de faillite, l'actif abandonné se liquide conformément aux règles de l'union (art. 541, C. com., et n° 1192). Le législateur de 1889 a prévu le cas, mais ne l'a pas réglé avec une clarté suffisante : *Lorsque le concordat contient abandon d'un actif à réaliser, les créanciers sont consultés sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs. Le tribunal statue sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs. Les opérations de réalisation et de répartition de l'actif abandonné se suivent conformément aux dispositions de l'article 541, C. com.* (art. 15, al. 2). Si l'on s'attache à ce renvoi, l'actif abandonné doit être réalisé par le liquidateur qui prend alors un rôle actif et ne se contente plus d'assister le débiteur (1) : on n'est plus dans la donnée de la liquidation judiciaire, puisque le débiteur est écarté. Il nous semble naturel qu'il en soit ainsi à l'égard de cet actif abandonné par lui ; le débiteur n'est pas en position de tenir la balance égale entre les divers créanciers. Il est probable que, dans la pratique, la question se présente rarement ; on a le plus souvent soin de dire dans le concordat par qui et comment sera réalisé et réparti l'actif abandonné.

Le concordat par abandon offre sur l'union cet avantage particulier qu'il ne permet pas, comme celle-ci, la conversion de la liquidation judiciaire en faillite V. n° 1019.

1316. La loi déclare *nuls et sans effets*, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, *tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites* (art. 16). Que la majorité ne puisse lier la minorité en dehors des conditions prévues, cela se comprend ; mais la loi va plus loin, elle annule même l'arrangement intervenu entre le débiteur et l'unanimité de ses créanciers, si cet arrangement n'a pas été homologué par le tribunal. Cpr. n° 1170 *bis*.

1317. *Union.* — Elle existe, comme en cas de faillite, par cela seul qu'il n'y a pas de concordat ni simple ni par abandon. Le tribunal examine alors s'il convient de déclarer la faillite ou de maintenir la liquidation judiciaire (n° 1321-2°). Il y a une différence entre les deux cas au point de vue de la situation personnelle du débiteur et des incapacités qu'il encourt : si la liquidation judiciaire est maintenue, le débiteur ne perd pas ses droits d'électeur ; si la faillite est déclarée, il

(1) Cass., 6 février 1899, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 113 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 217. V. Thaller, *op. cit.*, n° 2126.

les perd pendant dix ans à partir du jugement déclaratif (n° 1265). Y a-t-il également une différence au point de vue de la réalisation de l'actif ? Le législateur a cru en établir une, mais il s'est exprimé dans des termes singuliers, en posant une règle distincte pour chacun des cas.

a) *Si la faillite n'est pas déclarée, la liquidation judiciaire continue jusqu'à la réalisation et la répartition de l'actif, qui se feront conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 15 de la présente loi* (art. 19, § 1-2). Les dispositions de l'article 15, auxquelles il est ainsi renvoyé, ont été rapportées plus haut (n° 1315) : il en résulte que la liquidation se fait *conformément aux articles 529 et suivants, C. com.* Le liquidateur joue encore ici un rôle actif en vendant les biens et en répartissant le prix entre les créanciers (1).

b) *Si la faillite est déclarée, il est procédé conformément aux articles 529 et suivants du Code de commerce* (art. 19, § 1-2°) ; on renvoie donc aux mêmes articles que dans le cas précédent, en ayant l'air de poser une règle différente. C'est un singulier résultat provenant d'une véritable inadvertance du législateur. On ne comprendrait de différence entre les deux cas qu'autant qu'on admettrait que la liquidation de l'actif abandonné en cas de concordat par abandon est faite par le débiteur lui-même assisté du liquidateur (n° 1135). Si l'on admet, comme nous croyons qu'on doit le faire, que le liquidateur réalise et répartit l'actif abandonné, la différence que paraît indiquer l'article 19 n'existe pas en réalité.

1318. *Clôture pour insuffisance d'actif.* — Elle est plus rare en cas de liquidation judiciaire qu'en cas de faillite, parce que la mise en liquidation doit suivre de près la cessation des paiements et qu'ainsi, l'actif n'a pas entièrement disparu, comme cela se présente si souvent lorsque le débiteur au-dessous de ses affaires essaie de se soutenir le plus longtemps possible par tous les moyens. Cependant, rien n'empêche en droit que les opérations de la liquidation soient closes de cette manière. La loi de 1889 ne l'a pas dit expressément, mais le renvoi de l'article 24 aux dispositions du Code de commerce relatives à la faillite suffit. Cf. n^os^ 1193 et suivants. En pareil cas, il y a souvent déclaration de faillite ; le débiteur est en faute d'avoir attendu aussi longtemps ; il n'a pas observé le délai de quinzaine. Dans tous les cas, il n'y a pas concordat, ce qui suffit pour donner au tribunal le droit de déclarer la faillite. V. art. 19, § 1-2°, et n° 1315.

La clôture pour insuffisance d'actif laissant subsister la liquidation

(1) Cass., 6 février 1899, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 113 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 217.

judiciaire avec tous ses effets, sauf pour le droit de poursuite individuelle, le débiteur ne peut pas plus qu'avant cette clôture faire d'actes opposables à la masse sans l'assistance du liquidateur judiciaire, parfois sans l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal de commerce. Cf. analog. nº 1197.

1319. *Conversion de la liquidation judiciaire en faillite.* — Si la déclaration en faillite n'est que la constatation d'un fait, l'admission à la liquidation judiciaire est une sorte de faveur réservée aux négociants jugés dignes de cette situation moins rigoureuse. Le tribunal, au moment où il est saisi de la requête du débiteur, ne statue pas en pleine connaissance de cause : les éléments d'information lui font défaut ; il accorde assez facilement le bénéfice de la liquidation judiciaire dès qu'il ne lui apparaît pas que le débiteur en est indigne. La situation peut être connue seulement au cours de la liquidation par l'examen des livres et par les observations des créanciers. Si l'on établit des faits tels que, si on les avait connus, la liquidation n'aurait pas été ordonnée, il serait déraisonnable qu'elle fût maintenue ; la liquidation judiciaire sera convertie en faillite.

Les effets de cette conversion sont indiqués par l'article 19, dernier al. : *les opérations de la faillite sont suivies sur les derniers errements de la procédure de liquidation.* Cette disposition a pour but d'éviter les frais et les pertes de temps ; le législateur ne veut pas qu'on recommence les opérations communes à la faillite et à la liquidation judiciaire ; on se borne à les continuer d'après l'état des choses existant au moment où est rendu le jugement de conversion. Il n'y a donc pas notamment à recommencer l'inventaire ni la procédure de vérification et d'affirmation ; pourtant, un supplément d'inventaire ou de vérification est nécessaire, s'il y a des dettes nouvelles.

Le liquidateur rend ses comptes au syndic. Mais rien n'empêche de choisir le liquidateur judiciaire comme syndic (1).

1320. La conversion de la liquidation judiciaire en faillite a lieu dans deux séries de cas distincts : elle est *facultative* (nº 1321) ou *obligatoire* (nº 1322) pour le tribunal, suivant la nature des faits constatés. Elle est prononcée, soit sur la poursuite des créanciers, soit d'office ; si aucun créancier ne réclame, le tribunal peut être éclairé par un rapport du juge-commissaire. Le jugement doit être publié, comme tout jugement déclaratif de faillite (art. 442).

(1) Voir, sur les effets de la conversion de la liquidation judiciaire en faillite et sur les difficultés auxquelles donne lieu le principe selon lequel *les opérations de la faillite sont suivies sur les derniers errements de la procédure de liquidation,* notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nºs 1117 *bis* à 1122.

1321. La liquidation judiciaire *peut* être convertie en faillite ;

1° *S'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements* (art. 19, § 1er). Cf. n° 1279.

2° *Si le débiteur n'obtient pas de concordat* (art. 19, § 1er-2°). Les motifs pour lesquels on n'a pas maintenu la disposition primitive qui subordonnait le maintien du bénéfice de la liquidation judiciaire à la conclusion d'un concordat ont été indiqués plus haut (n° 1315).

1322. La liquidation judiciaire *doit* être convertie en faillite :

1° *Si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448, et 449 du Code de commerce, mais dans les cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties* (art. 19, § 2-1°). — Cette disposition a été citée plus haut (n° 1302) pour montrer qu'en cas de liquidation judiciaire, il y a une période suspecte, comme en cas de faillite, encore que la loi de 1889 ne parle point de cette période. Deux observations importantes doivent être faites : *a*) Une nullité peut avoir été prononcée, sans que cette nullité implique une fraude du débiteur, c'est ce qui arrive dans le cas de l'article 448, 2e alin., qui n'aurait pas dû être visé; il n'y a aucune raison pour priver le débiteur du bénéfice de la liquidation, parce qu'un créancier a attendu plus de quinze jours pour inscrire une hypothèque. Il n'y a pas, du reste, là d'acte consenti par le débiteur. *b*) A l'inverse, la fraude du débiteur pourrait être constatée, sans que la nullité eût été prononcée, à raison de la bonne foi du tiers. Cf. nos 1111 et 1112. Cela pourrait se présenter notamment au cas d'une constitution de dot traitée comme un acte à titre onéreux par la jurisprudence (n° 1112). La faillite serait prononcée alors, sinon par application du texte même de la présente disposition, au moins en vertu de la disposition suivante, qui parle d'une *fraude quelconque*.

2° *Si le débiteur a dissimulé ou exagéré l'actif ou le passif, omis sciemment le nom d'un ou de plusieurs créanciers, ou commis une fraude quelconque, le tout sans préjudice des poursuites du ministère public* (art. 19, § 2-2°). La mention d'une *fraude quelconque* est bien compréhensive et rend inutile tout ce qui précède. On peut se demander seulement si le législateur a en vue la fraude se rattachant à la cessation des paiements et préjudiciant à la masse ou même la fraude qui y serait étrangère, par exemple, si le débiteur a été condamné pour avoir vendu à faux poids, fraudé l'octroi ou la douane, commis sciemment un délit de contrefaçon. On ne trouve pas d'éclaircissement dans les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889. Il est très vraisem-

blable qu'on n'a entendu viser que les fraudes ayant quelque lien avec la cessation des paiements.

3° *Dans le cas d'annulation ou de résolution du concordat.* — Le débiteur est alors plus sévèrement traité qu'en cas de refus du concordat, puisque, dans ce dernier cas, la déclaration de faillite n'est que facultative (n° 1322).

4° *Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse* (art. 19, § 2-4°). — Il faut remarquer qu'une condamnation pour banqueroute simple ne suppose pas toujours une *fraude* (Cf. art. 585-1° et 2°). C'est là même ce qui rend la disposition utile.

E. — Des divers droits qui peuvent être invoqués dans une liquidation judiciaire.

1323. Les règles admises pour la faillite (n^os^ 1198 et suiv.) s'appliquent en cas de liquidation judiciaire. La loi de 1889 a simplement indiqué (art. 18) comment serait faite la notification à adresser au bailleur dans les termes de l'article 550, C. com. Cf. n° 1222. Elle a aussi modifié l'article 549 qui s'applique, du reste, de la même façon en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (n° 1207).

F. — Des banqueroutes. Des crimes et délits commis dans les liquidations. De la réhabilitation.

1324. La condamnation du débiteur pour banqueroute simple ou frauduleuse entraîne forcément la conversion de la liquidation judiciaire en faillite (art. 19, § 2-4, V. n° 1319). On peut se demander comment une condamnation pour banqueroute peut précéder une déclaration de faillite en présence des termes des articles 585, 586, 591, qui supposent le délit ou le crime commis par un *commerçant failli*. Il a été dit (n° 1058-2°) que, malgré ces termes, la jurisprudence admet qu'en l'absence de toute déclaration de faillite, une juridiction de répression peut constater chez un prévenu ou un accusé la qualité de commerçant failli, et le condamner comme banqueroutier. La disposition de la loi de 1889 doit-elle être regardée comme une confirmation de cette jurisprudence? Rien dans les travaux préparatoires n'indique qu'on ait songé à la question, et l'état de la controverse n'est pas changé. Tout en maintenant que le seul fait de la cessation des paiements n'est pas suf-

fisant pour qu'il puisse y avoir banqueroute simple ou frauduleuse (n° 1038), on doit reconnaître que la mise en liquidation judiciaire permet l'application des articles 585, 586, 591, C. com. Car la liquidation judiciaire implique une constatation de la cessation des paiements faite par le tribunal de commerce comme la faillite elle-même. Cette constatation ayant été faite, des poursuites pour banqueroute seraient possibles même après le concordat ou la clôture de l'union, c'est-à-dire à une époque à laquelle il ne peut plus y avoir conversion de la liquidation judiciaire en faillite, parce que la liquidation judiciaire est terminée.

1325. Il faut appliquer, en cas de liquidation judiciaire, les dispositions du Code de commerce qui prévoient les crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que par le failli (art. 24, L. 4 mars 1889). Cf. nos 1259 et suiv.

Le débiteur mis en liquidation judiciaire, quoique atteint d'incapacités moins étendues que le failli (n° 1031), peut vouloir s'en faire décharger au moyen de la *réhabilitation*, pour laquelle il n'y a qu'à renvoyer au Code de commerce ; les conditions de la réhabilitation sont les mêmes qu'en cas de faillite et les règles nouvelles sur la réhabilitation résultant des lois du 30 décembre 1903 et du 23 mars 1908 (nos 1263 et suiv) sont applicables aux commerçants qui ont obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire (1).

(1) Cela résulte de ce que les dispositions du Code de commerce relatives à la faillite sont, en principe, applicables à la liquidation judiciaire. (L. 4 mars 1889, art. 24). Les dispositions des lois de 1903 et de 1908 sur la réhabilitation sont insérées dans le Code de Commerce. V., du reste, l'article 605, dern. alin., modifié par la loi du 23 mars 1908.

APPENDICE Ier.

FAILLITE ET LIQUIDATION JUDICIAIRE DES SOCIÉTÉS (1).

1326. La faillite et la liquidation judiciaire s'appliquent aux sociétés comme aux individus, si ce sont des *sociétés commerciales* (2), mais non aux *sociétés civiles*, quand même elles auraient revêtu une forme commerciale ; il en est, toutefois, autrement des sociétés ayant un objet civil, postérieures à la loi du 1er août 1893 et revêtant la forme de la commandite par actions ou de la société anonyme, puisque ces sortes de sociétés sont déclarées sociétés commerciales par cette loi (art. 68), quelle que soit la nature de leurs opérations (n° 337) (3).

La faillite et la liquidation judiciaire ne se conçoivent non plus que pour les sociétés ayant une existence distincte de celle des associés ; elles ne peuvent donc avoir lieu pour les associations en participation (n° 329). Toutes les autres sociétés commerciales y sont exposées ; on avait essayé de nier la possibilité de la faillite pour les sociétés anonymes, en disant qu'aucun associé n'y étant tenu personnellement, on ne peut appliquer les dispositions du Code sur les incapacités qu'entraîne la faillite, sur l'emprisonnement du failli, etc. Cette objection est sans valeur : les dispositions auxquelles on fait allusion, n'ont qu'un caractère accessoire : ce qui le prouve, c'est que l'impossibilité de les appliquer n'empêche pas de déclarer en faillite un commerçant après

(1) Il n'y a que quelques dispositions éparses concernant la faillite ou la liquidation judiciaire des sociétés : C. com., art. 438, al. 2, 458, al. 2, 531 et 604, al. 2 ; L. de 1889, art. 3 et art. 4, al. 2. Consulter Pic, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales* ; Duvivier, *De la faillite des sociétés commerciales.*

(2) Cela comprend, par suite, les *Sociétés de crédit agricole* constituées conformément à la loi du 5 novembre 1894 (nos 1048[1] et suiv.), puisque cette loi leur reconnait le caractère commercial (art 4).

(3) Cette solution est vraie aussi pour les sociétés en commandite simple, si l'on admet, contrairement à notre opinion, que ces sociétés sont commerciales, par application de l'article 68 de la loi du 1er août 1892, quel que soit leur objet. V. n° 338.

sa mort (n° 1037). Du reste, la loi de 1889 prévoit expressément la mise en liquidation judiciaire d'une société anonyme (art. 3, al. 2), et la liquidation judiciaire implique la possibilité de la faillite.

1327. Conformément au principe général posé précédemment (n° 1050), le tribunal compétent pour déclarer la faillite d'une société est celui dans le ressort duquel se trouve le *siège de son principal établissement*. L'article 438, al. 2, le dit expressément pour la société en nom collectif, et il n'y a pas de raison pour admettre une règle différente en ce qui concerne les autres sociétés (1).

Pour la liquidation judiciaire, le projet voté par la Chambre des députés posait la même règle ; il a été modifié au Sénat dans les termes suivants, qui sont ceux de l'article 3, al. 3 : *dans tous les cas, elle* (la requête à fin de liquidation) *est déposée au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social* Voici de quelle manière brève le changement a été motivé : « Le lieu du siège social nous paraît plus naturellement indiqué pour l'accomplissement de cette formalité. » Sans entrer dans la discussion du point de savoir quel tribunal est le plus naturellement compétent, il est permis de faire remarquer qu'il n'y a pas de raisons pour donner deux décisions différentes en cas de faillite et en cas de liquidation judiciaire. Si l'on préférait le tribunal du siège social, il fallait donc modifier l'article 438, al. 2, C. com. Comme on ne l'a pas fait, des difficultés assez graves peuvent se présenter. — *a*. Une société demande la liquidation judiciaire au tribunal de son siège social, elle l'obtient ; le tribunal reconnaît plus tard qu'elle n'en est pas digne. Est-ce lui qui va prononcer la faillite ? c'est probable ; cependant, il n'aurait pas été compétent si l'on s'était adressé directement à lui pour demander la déclaration de faillite. — *b*. Un créancier assigne la société en déclaration de faillite devant le tribunal de son principal établissement ; la société qui est dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, veut demander la liquidation judiciaire, elle doit s'adresser au tribunal de son siège social. Cependant, la loi de 1889 suppose que c'est le même tribunal qui doit statuer sur les deux demandes à la fois (art. 4, *in fine*). Comment sortira-t-on d'embarras ? (2)

(1) Il y a une tendance de la jurisprudence à admettre la compétence du tribunal du lieu où est le siège social, encore que le centre d'exploitation soit ailleurs. Cass., 15 avril 1885, S. 1886. 1. 304. Cf. Cass., 13 mars 1865, D. 1865. 1. 228.

(2) Des auteurs soutiennent que les dispositions du Code de commerce et de la loi de 1889 ne sont nullement en contradiction ; que, sous le nom de *siège du principal établissement*, l'article 438, C. com., désigne le siège social dont parle l'article 3, al. 3, de la loi du 4 mars 1889. V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 1738.

1328. La faillite personnelle d'un associé n'entraîne pas celle de la société, même s'il s'agit d'un associé tenu personnellement ; on comprend, en effet, qu'une société puisse se trouver dans un état prospère, malgré la ruine d'un ou de plusieurs de ses membres.

Mais la faillite de la société n'entraîne-t-elle pas celle de tous les associés ? La négative est certaine pour les associés qui ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises (commanditaires ou actionnaires), ceux-ci peuvent seulement être déclarés individuellement en faillite, s'ils font un commerce indépendant de la société. Cf. n° 191. La question ne peut se poser que pour les associés tenus personnellement : la faillite d'une société en nom collectif n'entraîne-t-elle pas de plein droit celle de tous les associés, ou la faillite d'une commandite celle de tous les commandités ? L'affirmative est généralement admise (1) ; par cela même que ces associés sont tenus indéfiniment de tous les engagements de la société, on peut dire que les dettes sociales sont en même temps des dettes de chacun d'eux. Plusieurs textes impliquent, d'ailleurs, cette solution : l'article 438, al. 3, C. com., en exigeant que la déclaration de cessation de paiements contienne le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires, et l'article 458 en disant qu'en cas de faillite d'une société en nom collectif, les scellés seront apposés, non seulement dans le siège principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires (ajout. art. 531). Il y a donc lieu d'admettre qu'un seul jugement déclaratif suffit pour constituer en état de faillite la société et tous les associés tenus indéfiniment des dettes sociales, que ces associés soient ou non domiciliés dans le ressort du tribunal. De ce qu'il y a un seul jugement déclaratif, une seule procédure de faillite, il ne résulte pas qu'il y ait une seule masse de créanciers. Chaque associé est bien en faillite à l'égard de ses créanciers personnels comme des créanciers sociaux, mais les uns et les autres n'ont pas une situation identique. Les créanciers sociaux sont en même temps créanciers de la société et créanciers des associés ; ils peuvent donc participer aux opérations et de la faillite de la société et des faillites des divers associés tenus personnellement. Il en est autrement des créanciers personnels qui ne peuvent intervenir que dans les opérations de la faillite de leur débiteur, non dans celles de la faillite de la société ou des autres associés (Cf. n° 125). V., pour les applications de ces principes, n° 1332.

1329. Les idées générales qui viennent d'être exposées, s'appliquent

(1) Ch. req., 13 mai 1879, D. 1880. 1. 29 ; 9 juin 1882, *Journal des faillites*, 1882, p. 265 ; Cass., 21 juin 1899, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 88 ; D. 1899. 1. 503 ; *Pand. fr.*, 1908. 1. 388.

à la liquidation judiciaire, puisqu'elles dérivent de la nature même des sociétés ; seulement, il y a lieu de tenir compte du caractère particulier de la nouvelle institution. La faillite n'est que la constatation judiciaire de la cessation des paiements ; par suite, on comprend que cette constatation faite pour une société en nom collectif produise effet pour tous les associés, quelque différence qu'il puisse y avoir, au point de vue moral, entre les uns et les autres. La liquidation judiciaire suppose bien le même fait matériel que la faillite, la cessation de paiements, mais constitue en même temps une faveur qui peut être méritée par les uns et non par les autres. Si donc une société en nom collectif ou en commandite a été mise en liquidation judiciaire, on comprendrait qu'un associé fût, comme ne méritant pas personnellement cette faveur, déclaré en faillite. Le cas inverse pourrait se présenter : la société ayant été déclarée en faillite, un associé pourrait demander et obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire, s'il remplissait les conditions légales.

Mais il est toujours vrai de dire que, par cela seul que la cessation de paiements d'une société en nom collectif ou en commandite est constatée, il y a cessation de paiements pour les associés tenus personnellement des dettes sociales. Seulement, depuis la loi de 1889, la cessation de paiements n'a plus nécessairement les mêmes conséquences légales pour la société et pour tous les associés.

On conçoit également que, la liquidation judiciaire ayant été obtenue par la société et par les associés, la conversion en faillite n'ait lieu qu'à l'égard de l'un de ceux-ci (1).

1330. Un individu commerçant peut être déclaré en faillite sur son aveu, à la requête d'un créancier ou d'office (art. 440 et nos 1023 et suiv.). La déclaration d'office se conçoit pour une société dans les mêmes conditions que pour un individu. L'aveu de la faillite peut et doit être fait par les associés en nom collectif ou par les commandités qui sont gérants ; les associés non gérants, même tenus personnellement de toutes les dettes sociales, ne représentent pas la société et ne peuvent, par suite, faire en son nom le dépôt du bilan. A plus forte raison, cela doit-il être dit des commanditaires ou des actionnaires ; il est même à remarquer qu'aucune disposition légale n'oblige les administrateurs des sociétés anonymes à déposer le bilan de la société qui a

(1) Paris, 29 mai 1890, S. 1890, 2. 145 ; *J. Pal.*, 1890. 1. 856 ; D. 1891. 2. 361 (l'associé d'une société en nom collectif déclarée en faillite peut invoquer personnellement le bénéfice de la liquidation judiciaire). V. Trib. com. Seine, 26 juin 1890, *La Loi*, n° du 18 juillet 1890 (le fait de banqueroute imputable à l'un des associés ne suffit pas pour motiver la conversion en faillite de la liquidation judiciaire accordée à la société). V. l'article de Ch. Lyon Caen dans *Le Droit*, n° du 19 juillet 1890.

cessé ses paiements ; c'est, d'ailleurs, une lacune regrettable. On s'est demandé si les commanditaires et les actionnaires peuvent, quand ils n'ont aucune créance étrangère à leur qualité d'associés, requérir la déclaration de faillite de la société. Sans doute l'action ou l'intérêt dans une société est, selon l'opinion admise (nº 183), un droit de créance, mais on ne saurait voir un créancier ordinaire dans l'actionnaire ou dans le commanditaire qui a exposé ses capitaux aux risques de l'entreprise, qui ne peut rien réclamer sur le fonds social tant que les créanciers sociaux ne sont pas entièrement désintéressés (Cf. nº 161). Si un actionnaire ou un commanditaire pense qu'il convient de mettre fin aux opérations de la société, il n'a que le droit d'en provoquer la dissolution et la liquidation (1).

Dans la société anonyme, le directeur général a le droit de provoquer la déclaration de faillite par le dépôt du bilan.

La loi de 1889 détermine les personnes qui ont qualité pour demander la mise en liquidation judiciaire d'une société ; ses dispositions concordent avec les règles qui viennent d'être posées pour la faillite.

En cas de cessation de paiements d'une société en nom collectif ou en commandite, la requête contient le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires et elle est signée par celui ou ceux des associés ayant la signature sociale (art. 3, al. 1er). Cf. art. 438, al. 2, C. com., qui ne parle que de la société en nom collectif.

En cas de cessation de paiements d'une société anonyme, la requête est signée par le directeur ou l'administrateur qui en remplit les fonctions (art. 3, al. 2).

1331. La faillite des sociétés produit, soit dans le passé, soit dans l'avenir, les mêmes effets que celle des individus. Il a, toutefois, été déjà remarqué (nº 1325) que, dans les sociétés anonymes, certains effets ne sauraient se produire, par cela même qu'aucun individu n'y est personnellement atteint par la faillite ou la liquidation judiciaire.

La faillite de chaque associé tenu personnellement étant une conséquence de la faillite de la société (nº 1328), il s'ensuit que l'époque de la cessation des paiements est la même pour la société et pour chacun des associés, ce qui entraîne d'importantes conséquences pour la durée de la période suspecte et, par suite, pour l'application des articles 446 à 449, C. com.

Les dettes à terme de la société deviennent exigibles, conformément à l'article 444, C. com. Faut-il dire, par application de cet article, que les actionnaires et les commanditaires qui ne doivent opérer leurs ver-

(1) Cass., 9 février 1903, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 115 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 480.

sements qu'à des époques fixées d'avance, sont obligés de les effectuer immédiatement sur la demande des syndics, les termes stipulés étant effacés par la déclaration de faillite ? La jurisprudence admet la solution affirmative (1), en disant que la liquidation des faillites des sociétés serait compliquée et retardée, si on laissait subsister les termes stipulés à l'origine pour le versement des mises sociales. Cette considération pratique ne paraît pas suffisante : la faillite rend exigibles *les dettes du failli ;* ici, le failli, c'est la société et non chaque actionnaire ou commanditaire. — La même solution doit être admise en cas de liquidation judiciaire d'une société anonyme ou en commandite par actions.

Les syndics représentent, suivant les cas, la société ou les créanciers. Cette représentation est exclusive, en ce sens que les actionnaires ou les créanciers ne peuvent agir à la place des syndics, mais seulement se plaindre au juge-commissaire : (n° 1134). C'est en vertu de ces principes qu'en cas de faillite d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, le syndic peut seul exercer les actions sociales ou les actions des créanciers en responsabilité contre les administrateurs, les gérants, les commissaires de surveillance et les membres du conseil de surveillance.

1332. Relativement aux assemblées de créanciers, il y a une observation importante à faire pour les sociétés dans lesquelles tous les associés, ou, du moins, certains d'entre eux sont tenus personnellement. Dans la faillite ou la liquidation judiciaire de la société, l'assemblée se compose exclusivement des créanciers sociaux, tandis que, pour la faillite ou la liquidation judiciaire de chaque associé, l'assemblée se compose à la fois de créanciers sociaux et de créanciers personnels de cet associé. Par application de cette idée, il faut décider que, si un créancier de la société se présente pour être vérifié, tous les créanciers sociaux et les créanciers personnels des divers associés peuvent assister à la vérification et fournir des contredits, tandis que, s'il s'agit d'un créancier personnel de cet associé, ce droit n'appartient qu'aux créanciers personnels de cet associé et aux créanciers sociaux. Cf. art. 494, C. com.

1333. Les faillites et les liquidations judiciaires des sociétés sont susceptibles des mêmes solutions que les faillites des individus. Toutefois, la possibilité d'un concordat, admise expressément pour la société en nom collectif (art. 531), a été contestée pour la société anonyme, par ce motif que la société, étant dissoute par la faillite, ne pou-

(1) Paris, 8 février 1884, *J. Pal.*, 1884, p. 619 ; Cass., 25 octobre 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 177 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 60 ; 31 mai 1902, D. 1902. 1. 351.

vait traiter avec ses créanciers. Il a déjà été dit (nº 354) que la faillite de la société n'en entraîne pas la dissolution ; un concordat est donc possible. Toutefois, selon nous, les administrateurs de la société ne continuent pas à la représenter, leur mandat prend fin par suite de la faillite de leur mandant, qui est la société (Cf. art. 2003, C. civ.) ; les actionnaires doivent donc être appelés à désigner de nouveaux représentants de la société ; ceux-ci sont comme tels chargés notamment de conclure un concordat avec les créanciers de la société (1).

1334. Dans la société en nom collectif et dans la commandite, le concordat se conçoit pour la société ou pour les associés tenus personnellement. Il n'y a pas d'indivisibilité de situation. Ainsi, l'on comprend que, les créanciers sociaux s'étant mis en état d'union à l'égard de la société, un concordat soit accordé à tel ou tel associé (art. 531, al. 1er), si celui-ci obtient la double majorité exigée par l'article 507 sur la masse formée des créanciers sociaux et de ses créanciers personnels. L'associé concordataire doit naturellement payer le dividende promis sur son actif propre et non sur l'actif social qui ne lui appartient pas et qui est soumis au régime de l'union (art. 531, al. 2) ; quand il a payé ce dividende, il est libéré à l'égard des créanciers sociaux, quoique ceux-ci ne soient pas entièrement désintéressés au moyen des dividendes produits par les faillites de la société et des autres associés ; c'est ce qu'exprime l'article 531, al. 3. C. com., en disposant que *l'associé qui aura obtenu un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité*. Cette décharge ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers, mais non à l'égard de ceux des autres associés qui se trouveraient avoir payé plus que leur part dans les dettes sociales ; le recours de ces associés ne peut être supprimé par l'effet d'un concordat auquel ils sont restés étrangers ; seulement, ce recours ne peut être exercé au préjudice des créanciers sociaux à l'égard desquels les associés sont encore obligés.

A l'inverse, on concevrait que la société obtînt un concordat et que les associés ou certains d'entre eux n'en obtinssent pas. Cela s'explique facilement, puisque les assemblées qui délibèrent pour la société et pour les associés, ne sont pas composées de la même manière. La masse des créanciers sociaux peut être favorable au concordat pour la société, tandis que, les créanciers personnels d'un associé ne voulant pas d'un concordat pour leur débiteur, les deux majorités de l'article 507, C. com., ne se trouvent pas réunies au profit de cet associé. Il est possible aussi que, tous obtenant un concordat, le dividende promis par chacun soit différent (2).

(1) V. en sens contraire, Paris, 12 juillet 1869, S. 1871. 2 ; *J. Pal.*, 1871. 791.
(2) V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1210-1215.

1335. Les associés en nom collectif et les commandités peuvent être coupables de banqueroute simple ou frauduleuse ; il n'en saurait être de même des commanditaires ou actionnaires qui ne peuvent pas être en faillite ou en liquidation judiciaire, par cela même qu'ils ne sont pas commerçants (n° 471).

Cette distinction doit être également faite en ce qui touche les incapacités dérivant de la faillite ou de la liquidation judiciaire et la réhabilitation. — Il faut appliquer la règle générale d'après laquelle, pour obtenir sa réhabilitation obligatoire, un failli doit payer intégralement ses dettes en capital, intérêts et frais, eût-il même obtenu un concordat (n° 1266) ; la solidarité qui lie les associés rend rigoureuse l'application de cette règle. Il en résulte, en effet, qu'un associé ne peut obtenir obligatoirement sa réhabilitation qu'en justifiant que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, lors même qu'il aurait obtenu un concordat particulier et aurait payé le dividende promis par lui (art. 604, al. 2). Mais la réhabilitation facultative est admise pour l'associé qui, ayant obtenu un concordat particulier, a intégralement payé les dividendes promis (art. 605 nouv., al. 1, C. com.). L'associé peut obtenir sa réhabilitation lorsqu'il justifie de la remise entière de ses dettes par ses créanciers ou de leur consentement unanime à sa réhabilitation. Il faut, bien entendu, qu'il soit d'une probité reconnue (1).

1336. Peut-on déclarer en faillite non seulement une société existante, mais une société dissoute ou annulée ?

Il faut admettre sans difficulté qu'une société dissoute peut être déclarée en faillite, puisqu'une société dissoute est considérée comme subsistant pour les besoins de sa liquidation (n° 365). La situation est, en général, différente pour une société annulée, puisque celle-ci est réputée n'avoir jamais eu d'existence légale. La question se pose pour la nullité résultant du défaut de publicité ou de l'inobservation des conditions spéciales prescrites par la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés par actions. Après des divergences, la jurisprudence semble se fixer en ce sens que les sociétés annulées pour l'une de ces causes peuvent être déclarées en faillite (2). Elles ne sont pas, en effet, considérées comme absolument inexistantes, mais plutôt comme dissoutes à partir de leur annulation. Du reste, les créanciers sociaux doivent con-

(1) Il va de soi qu'un associé en nom collectif est, comme tout autre failli, réhabilité de droit après l'expiration du délai fixé par la loi du 23 mars 1908.

(2) Cass., 15 mars 1875, D. 1876. 1. 312 ; Lyon, 18 mars 1884, *Journal des faillites*, 1884, p. 195 ; Ch. req., 5 juillet 1902, D. 1903. 1. 89. V. *en sens contraire*, Cass., 24 août 1863, D. 1864. 1. 353 ; Paris, 3 mars 1870, D. 1870. 2. 103 ; *Pand. fr. chr.*

server tous leurs moyens d'action à l'égard de la société, notamment le droit de la faire déclarer en faillite, par cela même que les nullités dont il s'agit ne peuvent leur être opposées par la société ou par les associés. Cf. nos 137 et 238.

Les mêmes raisons doivent faire admettre la possibilité de la faillite pour les sociétés frappées d'autres causes de nullité à raison desquelles il est décidé que les sociétés sont à considérer comme cessant seulement d'exister pour l'avenir. V. notamment nº 114.

A l'inverse, une société en faillite ou en liquidation judiciaire peut être dissoute ou annulée.

Pour une société dissoute ou annulée mise en faillite, on conçoit l'union ou le concordat par abandon d'actif, mais non le concordat simple. Comment une société qui a cessé d'exister serait-elle remise à la tête de ses affaires ?

Si une société dissoute ou annulée peut être déclarée en faillite, elle peut, pour les mêmes raisons, être mise en liquidation judiciaire. On pourrait se contenter de cette constatation, s'il n'y avait pas eu à ce sujet dans les Chambres de longues discussions produites par la méconnaissance d'idées élémentaires. Une société a été dissoute et un liquidateur a été nommé par les associés ou par justice. Ce liquidateur, en présence de la cessation de paiements, sollicite et obtient la mise en liquidation judiciaire. Le tribunal nomme un liquidateur provisoire. La coexistence de deux liquidateurs se conçoit parfaitement, puisqu'ils n'ont en rien le même rôle: Le liquidateur social représente la société, c'est lui qui va agir avec l'assistance et sous la surveillance du liquidateur judiciaire, comme le débiteur agit avec l'assistance du liquidateur judiciaire. Chose singulière ! la commission de la Chambre des députés, ne se rendant pas bien compte de la situation, n'a pas pensé que cette coexistence fût possible ; elle a cru, trompée par les expressions mêmes qu'elle adoptait, que le liquidateur judiciaire *liquidait*, et alors elle a pensé que c'était trop de deux liquidateurs : aussi proposait-elle de dire : « Dans le cas où une société est déclarée en état de liquidation, s'il a été nommé antérieurement un liquidateur, *les fonctions de celui-ci cessent immédiatement* ». L'erreur a été relevée au Sénat ; la commission de la Chambre ne s'est pas rendue (1) ; il a fallu

(1) V. les longues explications données par le rapporteur dans la séance de la Chambre des députés du 7 février 1889. Il y est dit, à plusieurs reprises, que, d'après l'article 1865-4°, C. civ., la société prend fin par la faillite ; l'article 1865 ne dit rien de semblable ; il ne vise que la faillite d'un associé, et il est admis que la faillite d'une société n'en entraîne pas la dissolution. Cf. nº 354. Il est dit également que le rôle de débiteur sera joué par le gérant ou par les anciens administrateurs ; c'est également inadmissible : les pou-

transiger, et l'on a adopté la disposition suivante : *Dans le cas où une société est déclarée en état de liquidation judiciaire, s'il a été nommé antérieurement un liquidateur, celui-ci représentera la société dans les opérations de la liquidation judiciaire. Il rendra compte de sa gestion à la première réunion des créanciers. Toutefois, il pourra être nommé liquidateur provisoire* (art. 4, al. 2). Ainsi, en règle, le liquidateur social continue ses fonctions et il est nommé un liquidateur judiciaire dans les conditions ordinaires. Pour donner une satisfaction apparente à la Chambre, on a admis que le liquidateur social pourrait être nommé liquidateur provisoire. Mais, quand il en est ainsi, il faut procéder à la nomination d'un nouveau liquidateur social (1), parce qu'autrement, la liquidation judiciaire ne pourrait pas fonctionner. Les députés qui soutenaient si énergiquement que le liquidateur judiciaire devait être seul, croyaient probablement que ce liquidateur judiciaire n'était autre chose qu'un syndic ; c'est là une erreur profonde ; en principe, le liquidateur judiciaire assiste et contrôle, mais ne se substitue pas à l'initiative du débiteur. Cf. n° 1198. Ajoutons que, même en cas de faillite d'une société dissoute, l'existence du syndic est très compatible avec celle du liquidateur social ; celui-ci représente la société en faillite.

voirs du gérant et des administrateurs ont, selon nous, cessé par la dissolution même ; c'est le liquidateur désormais qui représente la société. Pour qu'il en fût autrement et pour que la société fût de nouveau représentée par ses anciens mandataires, il faudrait un texte exprès qui fait défaut. La situation avait cependant été nettement expliquée dans un discours précédent de M. Thévenet.

(1) C'est ainsi que les choses se passent au tribunal de commerce de la Seine.

APPENDICE II.

SITUATION DES ÉTRANGERS ET CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE FAILLITE ET DE LIQUIDATION JUDICIAIRE (1).

1337. Par suite du développement des relations commerciales entre les peuples, il arrive fréquemment qu'un commerçant fait des opérations ou a même le siège principal de ses affaires ou des succursales en dehors de son pays. S'il cesse ses paiements, il se présente à régler une situation compliquée, résultant non seulement de ce que des lois différentes peuvent paraître également applicables, mais aussi et surtout de ce que les autorités de plusieurs pays peuvent être appelées à intervenir et à rendre des décisions qui ne seront pas toujours conciliables entre elles et dont l'exécution dans tous les cas soulèvera des difficultés en dehors du pays auquel appartiennent les autorités qui les ont rendues. C'est une matière dont l'importance pratique augmente tous les jours ; notre législation ne l'a pas réglée (2); la jurisprudence et la doctrine sont encore fort incertaines sur des points très graves. Nous nous en tiendrons ici à quelques notions sommaires.

(1) V., pour le développement du sujet, notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1223-1238. Consulter : Thaller, *Des faillites en Droit comparé*, II, p. 335 et suiv. ; *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), nos 1716 et 1717 ; Travers, *L'unité de la faillite en Droit international* ; Surville et Arthuys, *Cours de Droit international privé* (4e édit.), nos 513 à 540 ; Jitta, *La codification du Droit international de la faillite* ; Weiss, dans les *Annales de Droit commercial*, 1888, p. 109 et suiv ; Weiss, *Traité de Droit international privé*, V, p. 735 à 827 ; Albéric Rolin, *Etude sur la faillite en Droit international privé* (*Revue de droit international et de législation comparée*, 1903 et 1904).

(2) Une législation peut tracer à ce sujet des règles pour ses tribunaux, mais on comprend qu'on ne pourrait arriver à un résultat tout à fait satisfaisant que par suite de conventions internationales. Il n'y en a encore que quelques-unes : V. notamment le traité franco-suisse du 15 juin 1869 (art. 6-9) et le traité franco-belge du 8 juillet 1899 (art. 8). Consulter, sur les clauses de ces traités concernant la faillite et la liquidation judiciaire, notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1314-1324.

1338. Les étrangers font le commerce en France dans les mêmes conditions que les Français, ils peuvent donc y être déclarés en faillite ou mis en liquidation judiciaire comme les Français. La jurisprudence applique cette règle d'abord aux étrangers qui ont un établissement commercial en France, quand même ce ne serait pas leur établissement principal ; les dispositions qui attribuent une compétence exclusive au tribunal du domicile du débiteur (n° 1040), paraissent faites pour les commerçants qui n'ont des biens et des créanciers qu'en France, elles sont étrangères aux rapports internationaux (1). Il y a plus : la jurisprudence va jusqu'à décider qu'en vertu de l'article 14, C. civ., un créancier français a le droit de faire déclarer en faillite en France un étranger, son débiteur, alors même qu'il n'y a ni domicile, ni résidence (2). Elle se fonde sur ce que les motifs mêmes de l'article 14, C. civ., la protection à accorder aux Français et la crainte de la partialité des juges étrangers, doivent faire reconnaître une portée très générale à cet article et, par conséquent, faire admettre qu'il déroge à toutes les dispositions attributives de compétence.

1339. Les créanciers étrangers sont, en principe, traités en France comme les créanciers français ; ils peuvent recourir aux mêmes voies d'exécution et, par suite, provoquer la faillite de leur débiteur commerçant, français ou étranger. Comme ils ne peuvent invoquer le bénéfice de l'article 14, C. civ., à moins d'être dans le cas de l'article 11 ou de l'article 13 du même Code, ils ne sont admis à demander au tribunal français de prononcer la faillite de leur débiteur que si ce débiteur a un établissement commercial dans le ressort du tribunal. Une faillite étant prononcée, les créanciers étrangers y ont les mêmes droits que les Français (3).

1340. Il arrive qu'un individu qui a été déclaré en faillite par un tribunal étranger ait des intérêts en France, qu'il y soit créancier ou débiteur et qu'il y ait des biens, peut-être un établissement ; quels effets

(1) La loi du 4 mars 1889 prévoit le cas d'une société n'ayant pas de siège social en France et décide qu'alors la requête en admission au bénéfice de la liquidation judiciaire doit être déposée au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement (art. 3, *in fine*). Il semble résulter de là que, si une société n'avait en France ni son siège social, ni son principal établissement, elle ne pourrait y obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire ; mais elle pourrait y être déclarée en faillite, suivant la jurisprudence indiquée au texte.

(2) Ch. req., 12 novembre 1872, S. 1873. 1. 17 ; *J. Pal.*, 1873. 24 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 5 juillet 1897, D. 1897. 1. 524 ; S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 16 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 476.

(3) V. une application intéressante de ce principe : Montpellier, 3 avril et 12 juin 1884, *Journal des faillites*, 1884, p. 526 et 410.

y produira le jugement déclaratif ? Ce jugement, même s'il émane du tribunal dans le ressort duquel le failli avait son principal établissement, ne mettrait pas, en principe, obstacle à une nouvelle déclaration de faillite en France : la règle de l'unité de la faillite n'est appliquée que dans les rapports entre tribunaux français (n° 1040). Le cas où le même commerçant (individu ou société) est ainsi déclaré en faillite dans plusieurs pays, soulève des complications et des difficultés que nous ne pouvons exposer ici en détail (1). Prenons le cas plus simple et plus fréquent où aucune déclaration de faillite n'intervient en France et où il s'agit de déterminer les effets produits en France par le jugement déclaratif rendu à l'étranger. La question qui se pose alors se rattache à la question générale qui s'élève au sujet de l'autorité en France des jugements étrangers, question qui n'est pas résolue d'une manière assez précise par les articles 2123, C. civ., et 546, C. pr. : il est certain que ces jugements ne sont exécutoires en France qu'après avoir été déclarés tels par un tribunal français ; mais on discute sur le point de savoir s'ils n'ont pas, au moins, autorité de chose jugée et si, à ce titre, ils ne sont pas susceptibles de produire en France les effets qui ne se rattachent pas à la force exécutoire, sans qu'un *exequatur* d'un tribunal français soit nécessaire. La jurisprudence est fixée en ce sens que les jugements étrangers n'ont pas eux-mêmes en France autorité de chose jugée à l'égard de personne et ne peuvent y produire aucun effet, tant qu'ils n'ont pas été revêtus de l'*exequatur* d'un tribunal français (2). Voici quelles seraient les conséquences de cette doctrine générale appliquée au jugement déclaratif de faillite :

a) Le dessaisissement ne s'applique pas aux biens que le failli peut avoir en France ; rien ne l'empêche de les administrer, d'en disposer, de recouvrer ses créances.

b) Les créanciers conservent le droit d'exercer en France des poursuites individuelles contre le failli.

c) Le Français, déclaré en faillite à l'étranger, n'est frappé en France d'aucune incapacité politique.

d) Les syndics nommés par le tribunal étranger n'ont aucun pouvoir en France, ils ne peuvent y procéder à des actes d'administration ou de poursuite (3).

(1) V. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1295 à 1309.

(2) V. notamment : Nancy, 6 juillet 1877, S. 1878. 2. 129 ; Cass., 28 mai 1881, *Journ. du Droit intern. privé*, 1882, p. 170 ; Cass., 20 juin 1905, S. et *J. Pal.*, 1905, 1. 433 (note de Ch. Lyon-Caen) : *Pand fr.*, 1906. 5. 17 ; Cpr. Cass., 21 juillet 1903, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 449 ; *Pand. fr.*, 1903. 5. 41. V. n° 1344.

(3) Voir ce qui est dit plus bas (même numéro) de la jurisprudence et la note 2 de la page 1010.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le jugement déclaratif eût été rendu exécutoire en France, et rien ne limiterait le pouvoir d'appréciation du tribunal français auquel on s'adresserait pour obtenir l'*exequatur*. Un texte législatif applique formellement cette règle à une des conséquences indiquées par nous : c'est le décret-loi du 2 février 1852, article 15-17°, duquel il résulte que les individus déclarés en faillite par un tribunal étranger ne sont privés de l'électorat et de l'éligibilité aux Chambres qu'autant que le jugement déclaratif a été déclaré exécutoire en France (1). Les autres conséquences indiquées par nous sont logiquement déduites de l'idée générale ; elles n'entraînent pas moins des inconvénients pratiques faciles à comprendre. Ces inconvénients ont amené la jurisprudence à écarter souvent la dernière conséquence et à admettre que le jugement déclaratif étranger fait, tout au moins, foi par lui-même du mandat judiciaire donné aux syndics, de sorte que ceux-ci, même avant toute sentence d'*exequatur*. peuvent faire en France des actes conservatoires, y recouvrer des créances et y plaider devant les tribunaux (2). On peut nier l'exactitude juridique de cette solution dont les avantages pratiques ne sont pas niables ; il est arbitraire de scinder ainsi les effets du jugement déclaratif.

1341. Les formalités de la faillite sont naturellement régies par la loi du pays où elle a été déclarée, ce qui s'applique notamment à la vérification des créances. On doit se conformer aux règles générales du Droit international privé pour déterminer si telle créance est valable en la forme ou au fond, si le failli était capable de s'obliger.

1342. Une difficulté particulière se présente en ce qui touche l'effet produit par le jugement déclaratif relativement aux actes passés antérieurement par le failli. Les diverses législations admettent que ces actes sont dans une condition particulière, mais elles ne s'accordent ni sur l'étendue de la période suspecte, ni sur les conditions des nullités. Quelle loi faut-il appliquer aux actes faits dans un pays autre que celui où la faillite a été déclarée ? C'est la loi de ce dernier pays qui est compétente pour déterminer si l'acte doit ou non être maintenu. Il ne s'agit pas d'une nullité ordinaire se rattachant aux conditions intrinsèques exigées pour la validité des actes, mais d'une nullité dérivant directe-

(1) La loi n'a pas prévu le cas où le Français, déclaré en faillite à l'étranger, y aurait été réhabilité. Si le jugement déclaratif a été rendu exécutoire en France, le jugement de réhabilitation doit être aussi rendu exécutoire pour y produire ses effets.

(2) Paris, 22 février 1872 et 14 décembre 1875, S. 1872. 2. 90 et 1876. 2. 70 ; Nancy, 12 juillet 1887, D. 1888. 2. 289 ; S. 1890. 2. 187 ; *Pand. fr.*, 1887. 2. 332 ; Cf. Trib Seine, 10 mars 1900 ; *Pand. fr.*, 1902. 5. 44. ; *Le Droit*, n° du 10 juin 1900.

ment du jugement déclaratif ; il est naturel qu'elle soit régie par la loi sous l'empire de laquelle ce jugement a été rendu.

1343. Les formes de la vente des biens du failli, le règlement des droits réels, privilèges ou hypothèques, invoqués sur ces biens, sont, en principe, régis par la loi du lieu de leur situation, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles ; ce sont des questions rentrant directement dans le *statut réel*.

1344. Une question d'une grande importance pratique concerne le concordat. Un concordat obtenu en pays étranger est-il opposable en France aux créanciers du failli ? Selon l'opinion admise par quelques décisions judiciaires, il faudrait faire une distinction entre les créanciers de la majorité, d'un côté, et les créanciers de la minorité ou n'ayant pas voté, de l'autre. Les créanciers de la majorité ayant adhéré au concordat seraient liés par leur adhésion même, tandis que, pour les créanciers qui ont repoussé le concordat ou qui n'y ont pas participé, le concordat puisant sa force à l'égard de ces créanciers dans le jugement qui l'homologue, il faudrait appliquer la règle ordinaire (n° 1340) et dire que ce jugement n'aura autorité en France que quand il y aura été déclaré exécutoire par un tribunal français (1).

Il y a lieu, au contraire, d'admettre que le concordat étranger n'a d'effet en France même à l'égard des créanciers de la majorité qu'autant que le jugement d'homologation a été revêtu de l'*exequatur* d'un tribunal français (2).

La distinction proposée se heurte à l'unité du concordat. Il y a là non pas deux conventions ayant chacune une nature juridique différente pour les créanciers de la majorité et pour les créanciers de la minorité ou non votants, mais une convention unique ayant pour ces deux catégories de créanciers le même caractère et les mêmes effets. Ce qui le prouve, c'est que, pour tous les créanciers, le concordat ne devient obligatoire que par l'homologation de justice, qu'en outre, tous les créanciers peuvent s'opposer à cette homologation (art. 512, C com.); que, pour les uns et les autres, le concordat dûment homologué ne peut être annulé que dans le cas de dol tel qu'il est défini par le Code de commerce (art. 518). Du reste, la distinction proposée est contraire au principe d'égalité applicable à la faillite et spécialement au concordat. Avec cette distinction les créanciers de la majorité ne sont pas protégés, à la différence des autres créanciers, par l'intervention de la jus-

(1) Telle était l'opinion que nous avions adoptée autrefois. V. notamment la 6e édition de cet ouvrage (n° 1344) et notre *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1262.

(2) Cass., 21 juillet 1903, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 449 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1903. 5. 41.

tice française et il est possible que, l'*exequatur* étant refusé par celle-ci, le concordat produise ses effets en France à l'égard des créanciers de la majorité, alors qu'il n'en produit pas à l'égard des autres créanciers.

1345. Telles sont les dispositions généralement admises dans la pratique sur les points les plus importants. Ces solutions ne donnent pas satisfaction aux besoins du commerce international et elles ont souvent soulevé des réclamations. Certains auteurs ont essayé de faire prévaloir la *théorie de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite*; elle se ramène à quelques idées essentielles qui sont les suivantes : le seul juge compétent pour déclarer la faillite est celui du domicile du failli ; la déclaration émanée de ce juge doit être reconnue partout, et ses effets doivent s'étendre à tous les biens, meubles ou immeubles, en quelque lieu qu'ils soient situés : un jugement d'*exequatur* n'est nécessaire que pour procéder à des actes proprement dits d'exécution. Cette théorie se recommande à la fois au point de vue scientifique et pratique : elle tient compte de cette idée rationnelle que le patrimoine est un et qu'il y a une situation d'ensemble à régler ; elle évite les inconvénients nombreux qui se produisent dans la pratique. Mais, selon nous, cette théorie ne concorde pas avec notre législation actuelle, elle pourrait seulement être avantageuse ; il serait à désirer qu'elle fût consacrée par des conventions internationales (1).

(1) V. les discussions et les résolutions de l'*Institut de Droit international*, dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, XIII, p. 266 à 281 ; XIX, p. 201 à 300. La Conférence officielle de droit international privé qui se tient à la Haye, s'est occupée de la faillite dans ses réunions de 1894, de 1900 et de 1904 ; mais ses délibérations n'ont abouti jusqu'ici qu'à un *avant-projet*. Nous pensons que, s'il vaut mieux procéder en cette matière par la voie conventionnelle que par la voie législative, il ne peut s'agir que de conventions entre deux Etats déterminés et non d'une *Union internationale* comprenant un grand nombre d'Etats. Le *Protocole final* de la Conférence de la Haye de 1904 contient un *projet relatif à la faillite* avec cette mention : « Ce texte ne doit pas être considéré comme projet d'une convention générale, il pourra seulement servir de base à des conventions à conclure éventuellement d'Etat à Etat ». V. aussi l'article 8 de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899, qui a établi l'unité de la faillite dans les rapports franco-belges, et le Commentaire de cet article par Maurice Bernard, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers* (1900), p. 175 et suiv. Consult. notre *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1324 *bis* et suiv., p. 560 à 562.

CINQUIÈME PARTIE

Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes.

1346. Le commerce n'a pas seulement ses lois particulières, il a encore ses tribunaux spéciaux, qui sont les *tribunaux de commerce* et les *conseils de prud'hommes*, dont il sera traité dans deux chapitres distincts. Le commerce a aussi une sorte de représentation officielle dans les *chambres de commerce* et dans les *chambres consultatives des arts et manufactures*, dont les attributions sont purement administratives et consultatives, et qui, par suite, ne rentrent pas rigoureusement dans l'objet direct de cet ouvrage (1).

(1) V., sur les *Chambres de commerce et les Chambres consultatives des arts et manufactures*, *Traité de Droit commercial*, I, (4e édit.), nos 573 et suiv. L'organisation des Chambres de commerce est régie par la loi du 9 avril 1898, l'élection des membres des Chambres de commerce et des Chambres consultatives des arts et manufactures l'est par la loi du 19 février 1908 qui y applique la loi du 8 décembre 1883 sur l'élection des juges aux tribunaux de commerce, ce qui implique l'admission du principe du suffrage universel.

CHAPITRE PREMIER

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (1).

1347. Les règles qui concernent les tribunaux de commerce sont relatives à leur *organisation*, à leur *compétence*, à la *procédure* à suivre devant eux ; ces trois points vont être traités dans trois *sections*.

Section première. — Organisation des tribunaux de commerce.

1348. C'est pour les contestations nées à l'occasion des opérations qui se faisaient dans les foires, spécialement dans celles de Champagne et de Brie et dans celles de Lyon, qu'on semble avoir organisé d'abord des juridictions spéciales au commerce. L'Edit de novembre 1563, rendu par Charles IX sur la proposition du chancelier de l'Hospital, créa une juridiction commerciale permanente à Paris ; il donna aux juges le nom de *consuls des marchands* (2), le président portait celui de *juge*. De là sont venus les expressions, très usitées encore aujourd'hui, de *juges-consuls*, de *juridiction consulaire* ou de *tribunaux consulaires* pour désigner les juges et les tribunaux de commerce (3). Des juges-consuls furent établis dans un grand nombre d'autres villes du royaume (77 au XVIII^e^ siècle) et ils furent régis par l'Edit de 1563 ainsi que par les divers édits ou déclarations l'ayant complété (Ord. de 1673, tit. XII, art. 1^er^). La Révolution laissa subsister cette juridiction spéciale (Loi des 16-24 août 1790, titre XII), dont les caractères essentiels n'ont pas changé depuis l'origine ; ils peuvent se résumer ainsi :

1° Les tribunaux de commerce se composent uniquement de com-

(1) C. com., art. 615-648 ; Loi du 8 décembre 1883, relative à l'élection des juges-consulaires ; C. pr. civ., art. 414-453.

(2) V. plus haut, p. 6, ce qui est dit au sujet du *Consulat de la mer*.

(3) V., sur l'historique des tribunaux de commerce, Glasson, *Les juges et consuls des marchands*.

merçants ou d'anciens commerçants (1), à l'exclusion de tout magistrat de profession ;

2° Les juges de commerce sont électifs, ils sont élus par leurs pairs (2).

2° Leurs fonctions sont temporaires et gratuites (art. 628, C. com.).

L'idée qui a fait introduire des tribunaux de commerce est qu'il faut des commerçants de profession pour connaître des usages commerciaux auxquels les parties se sont référées dans leurs opérations. Cette idée était surtout exacte alors que le Droit commercial était coutumier, elle l'est moins depuis que ce droit a été codifié et qu'ainsi la tâche du juge commercial se rapproche beaucoup de celle du juge saisi d'une contestation de Droit civil. Il ne faut pas méconnaître que les usages jouent encore un grand rôle en matière commerciale (n° 13), que, de plus, l'intention des parties contractantes est très importante à connaître et que cette intention est plus facile à découvrir pour des juges sachant, par leur propre expérience, comment se font les opérations commerciales. Quelques-uns ont attaqué l'institution même des tribunaux de commerce ; d'autres, en l'admettant, réclament la modification de leur organisation, spécialement l'adjonction d'un magistrat de profession, chargé de présider les juges-commerçants (3).

1349. Le Code de commerce (art. 615) laisse au gouvernement le soin de déterminer par un règlement d'administration publique le nombre des tribunaux de commerce et les villes qui sont susceptibles d'en recevoir d'après l'importance de leur commerce et de leur industrie.

En principe, un tribunal de commerce a le même ressort que le tribunal civil dans l'arrondissement duquel il est placé ; il peut y avoir plusieurs tribunaux de commerce dans le même arrondissement et, alors, leur ressort respectif est fixé par le décret qui les établit (art. 616). Dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, le tribunal civil juge les affaires commerciales (art. 640) (4). — Les tri-

(1) Il y a quelques personnes assimilées sous ce rapport aux commerçants, les directeurs de sociétés anonymes françaises et les capitaines de navires. V. n° 1351.

(2) C'est pour la composition du corps électoral que la législation a beaucoup varié. V. n° 1351.

(3) V., à ce sujet, *Annales de l'Ecole des sciences politiques*, article de Ch. Lyon-Caen. 1886, p. 566 et suiv., et *Traité de Droit commercial*, I. n°s 330 et suiv. — Consult., pour la critique de l'institution des tribunaux de commerce, Jean Pirard, *Les tribunaux de commerce, ce qu'en pensent les justiciables* (Bruxelles, 1899).

(4) En 1905, il y avait, en France, 236 tribunaux de commerce et 167 tribunaux civils jugeant commercialement.

bunaux de commerce sont dans les attributions et sous la surveillance du ministre de la Justice (C. com., art. 630).

1350. Chaque tribunal de commerce est composé d'un *président*, de *juges* et de *suppléants*, dont le nombre est fixé par le gouvernement d'après les besoins probables du ressort : il y a dans chaque tribunal de commerce au moins deux juges et un président ; il n'y a pas de chiffre maximum fixé (art. 617) (1). Il y a aussi des *juges complémentaires* créés par la loi du 8 décembre 1883, art. 18. V. n° 1355. Le tribunal se complète par un *greffier*, nommé par le gouvernement comme les greffiers des autres tribunaux. Il n'y a pas de ministère public.

1351. Il a été dit plus haut (n° 1348) que la magistrature consulaire a toujours été élective et que les électeurs ont toujours été, en principe, des commerçants ; mais la composition du corps électoral a beaucoup varié sous l'influence des régimes politiques Le Code de commerce de 1807 faisait élire les juges consulaires par une assemblée composée de commerçants notables dont la liste était dressée par le préfet et approuvée par le ministre de l'Intérieur (anc. art. 619). Ce système, remplacé en 1848 par le suffrage universel, fut rétabli en 1852, puis supprimé par une loi du 21 décembre 1871 qui attribuait le choix des juges à des notables, mais faisait dresser la liste de ces notables par une commission composée d'éléments électifs ; les dispositions de la loi de 1871 avaient été incorporées dans le texte même du Code de commerce (art. 619). La loi de 1871 a été, à son tour, abrogée par la loi du 8 décembre 1883 actuellement en vigueur, qui est restée distincte du Code de commerce (2).

La loi nouvelle applique aux élections consulaires le principe du suffrage universel. Le droit de vote appartient à tous les *citoyens français* réunissant dans le ressort du tribunal les conditions requises par la loi et non frappés d'incapacité (Loi de 1883, art. 1 et 2).

De ce principe, il résulte que les étrangers faisant le commerce en France n'ont pas le droit de vote. Il en résultait aussi que les femmes même françaises n'étaient pas comprises parmi les électeurs ; mais la loi du 23 janvier 1898 leur a conféré ce droit en déclarant qu'elles sont inscrites sur les listes électorales.

(1) L. 18 juillet 1889. Cette loi a fait disparaître le maximum des juges titulaires fixé par l'ancien article 617, C. com. Le but de cette loi a été de permettre d'élever le nombre des juges du tribunal de commerce de la Seine à 22 et à un plus haut chiffre, s'il est nécessaire dans l'avenir.

(2) La loi du 21 décembre 1871 était demeurée applicable à l'élection des membres des Chambres de commerce et à ceux des Chambres consultatives des arts et manufactures. La loi du 19 février 1908 a déclaré applicable à ces Chambres la loi du 8 décembre 1883.

Les électeurs comprennent trois classes de personnes :

1° Les commerçants patentés ou associés en nom collectif depuis cinq ans au moins. Tout individu auquel la qualité de commerçant doit être reconnue d'après le Code de commerce (n° 46), est donc électeur, et on peut, par suite, s'étonner que ce droit ait été contesté aux agents d'affaires. Pour éviter les difficultés soulevées à propos des agents de change et des courtiers privilégiés (n° 48), la loi de 1883 les mentionne expressément parmi les électeurs ;

2° Les capitaines au long cours et les maîtres au cabotage ayant commandé des bâtiments pendant cinq ans ; les directeurs des compagnies *françaises* anonymes de finance, de commerce, d'industrie. Il est à remarquer que ces directeurs et les capitaines ne sont pas commerçants (n°s 298 et 905) ni patentés ; la loi a bien fait, néanmoins, de les admettre parmi les électeurs, parce qu'ils ont grand intérêt à la bonne composition des tribunaux de commerce devant lesquels seront portées les contestations relatives à leur société ou à leur navire ;

3° Les membres anciens ou en exercice des tribunaux et des chambres de commerce, des chambres consultatives des arts et manufactures, les présidents anciens ou en exercice des conseils de prud'hommes. Pour ces personnes, la loi n'exige ni la qualité actuelle de commerçant ni l'inscription à la patente.

Toutes ces personnes doivent être domiciliées depuis cinq ans au moins dans le ressort du tribunal. — La loi de 1883 a établi un assez grand nombre d'incapacités. V. art. 2.

1352. La liste des électeurs pour chaque ressort est annuelle, elle comprend tous les électeurs remplissant au 1er septembre les conditions exigées par la loi ; le maire la dresse assisté de deux conseillers municipaux (Loi de 1883, art. 3). La loi contient des règles sur la publication de la liste (art. 4), sur les réclamations tendant à inscription ou à radiation (art. 5-7).

1353. Sont éligibles : 1° les électeurs inscrits sur la liste électorale (1) et âgés de 30 ans ; 2° les anciens commerçants français ayant exercé leur profession dans l'arrondissement et y résidant (Loi de 1883, art. 8) Mais l'éligibilité n'est pas admise pour les femmes, alors même qu'elles rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories (L. 23 janvier 1898) (2).

(1) Le commerçant en exercice ne peut être membre d'un tribunal de commerce s'il n'est pas inscrit sur la liste électorale, quand même il réunirait les conditions requises pour l'inscription : Cass., 22 mars 1899, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 326 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 260.

(2) L'électorat et l'*éligibilité* ont été conférés aux femmes pour les Conseils de prud'hommes. V. n° 1397.

Pour être élu président, il faut avoir été juge deux ans, et pour être juge, il faut avoir été suppléant un an (art. 8, L. 8 décembre 1883) ; on impose ainsi aux présidents et aux juges titulaires une sorte de stage qui leur permet d'acquérir les connaissances et l'expérience nécessaires. — Les articles 9-13 de la loi de 1883 règlent les formes, les causes de nullité de l'élection, ainsi que la juridiction compétente pour statuer.

Les membres des tribunaux de commerce ne sont nommés que pour deux ans et, afin que les traditions ne soient pas brusquement rompues, ces tribunaux se renouvellent par moitié chaque année. Ainsi, lors de la première élection qui suit la création d'un tribunal de commerce, le président et la moitié des juges et des suppléants sont nommés pour deux ans ; la seconde moitié des juges et des suppléants n'est nommée que pour un an. Aux élections postérieures, toutes les nominations sont faites pour deux années (art. 622). Le président et les juges sortant d'exercice après deux années peuvent être réélus immédiatement pour deux autres périodes de deux années, soit pour trois périodes successives de deux années. Ces trois périodes expirées, ils ne sont rééligibles qu'après un an d'intervalle (art. 623, modifié par la loi du 17 juillet 1908) (1). La loi n'a pas voulu que les fonctions judiciaires fussent toujours exercées par les mêmes personnes. La loi de 1883 (art. 13, modifié par la loi du 17 juillet 1908) a posé une règle particulière pour le président : quel que soit, au moment de son élection, le nombre de ses années de judicature, comme juge titulaire, il peut toujours être élu pour deux années à l'expiration desquelles il peut être réélu pour deux périodes de deux années chacune (Disposition insérée dans l'art. 623, C. com.) (2).

1354. Sous les régimes monarchiques, les juges consulaires élus devaient recevoir l'*institution* du chef de l'État ; aujourd'hui, ils doivent être *reçus publiquement* par la Cour d'appel de leur ressort ou par le tribunal de leur arrondissement délégué par la Cour sur leur demande, s'ils ne siègent pas dans l'arrondissement où est la Cour (art. 14, loi de 1883). Ils prêtent le serment professionnel devant la juridiction qui les reçoit et sont ensuite installés en audience publique par leurs prédécesseurs.

1355. Les jugements des tribunaux de commerce, comme ceux des

(1) Avant la loi du 17 juillet 1908, les juges ne pouvaient être élus successivement que pour *deux* périodes de deux ans ; leur réélection n'était alors possible qu'après un an d'intervalle. La loi de 1908 a eu pour but, en permettant une prolongation de fonction de magistrat consulaire, de conserver aux tribunaux de commerce des juges plus expérimentés.

(2) Avant la loi du 17 juillet 1908, le président ne pouvait être réélu que pendant deux périodes successives de deux ans. Après ces deux périodes, il n'était rééligible qu'après un an d'intervalle.

tribunaux civils, doivent être rendus par trois juges au moins dont un titulaire (1) ; un jugement ne serait pas valablement rendu par trois suppléants (C. com., art. 626 ; loi de 1883, art. 15, al. 2). Il est possible que, par suite de causes diverses, on ne puisse réunir un nombre suffisant de juges ou de suppléants. Le président tire alors au sort, en séance publique, les noms de *juges complémentaires* pris dans une liste dressée chaque année par le tribunal. Cette liste de 60 noms pour Paris, de 25 pour les tribunaux de 9 membres, et de 15 pour les autres tribunaux, ne peut comprendre que des éligibles ou, en cas d'insuffisance, des électeurs ayant, les uns et les autres, leur résidence dans la ville où siège le tribunal (Loi de 1883, art. 16). Les juges complémentaires sont dans les conditions des juges suppléants, en ce qu'ils ne peuvent composer le tribunal à eux seuls ; mais deux d'entre eux peuvent siéger avec un juge titulaire.

1356. Chaque tribunal de commerce choisit un certain nombre d'*huissiers* parmi ceux qui résident dans le lieu où siège le tribunal ; ils font le service d'ordre aux audiences et sont chargés de l'appel des causes.

Auprès des tribunaux de commerce, il n'y a pas d'avoués comme auprès des tribunaux civils (C. pr., art. 414 ; C. com., art. 627). Pour éviter les lenteurs et les frais, la loi laisse aux parties la faculté de comparaître et de plaider elles-mêmes ou par un tiers qui doit être muni d'un pouvoir spécial, si la partie présente à l'audience ne l'autorise. Le tiers assistant ou représentant la partie ne peut être un huissier (C. com., art. 627). Sauf cette interdiction, les parties sont libres dans leur choix, ainsi, elles peuvent prendre comme mandataire un avoué qui, alors, n'agit pas comme officier ministériel, mais comme un mandataire ordinaire.

Les tribunaux de commerce des villes importantes ont l'habitude de dresser une liste des mandataires qu'ils recommandent au choix des justiciables et qui sont appelés *agréés*, parce qu'ils ont l'agrément du tribunal. Il en est ainsi spécialement à Paris. Les agréés ne sont pas des officiers ministériels et, en droit, leur condition ne devrait pas différer de celle des mandataires ordinaires. En fait, leur organisation

(1) Les juges doivent-ils, dans les tribunaux de commerce, comme dans les tribunaux civils, être en nombre impair, de telle sorte que, s'ils se trouvent en nombre pair, le dernier juge dans l'ordre du tableau doit s'abstenir à peine de nullité ? La Cour de cassation admet la négative, en déclarant non applicable aux tribunaux de commerce l'article 4 de la loi du 30 août 1883 qui pose cette règle : Cass., ch. civ., 24 février 1904, D. 1904. 1. 473 ; *Pand. fr.*, 1904. 1. 297. V., en sens contraire, notre *Traité de Droit commercial*, I (4e édit.), n° 345.

ressemble beaucoup à celle des officiers ministériels : le tribunal les désigne sur la présentation de leur prédécesseur qui cède son cabinet ; le tribunal exerce sur les agréés une sorte de pouvoir disciplinaire en les excluant de la liste ; il n'use guère, en fait, de la faculté d'en augmenter le nombre. Dans ces limites, il n'y a rien d'illégal dans l'institution des agréés ; mais, à propos de la procédure, nous aurons à rechercher si quelquefois la jurisprudence n'a pas excédé ces limites et n'a pas admis des différences de droit entre les mandataires ordinaires et les agréés (n° 1377).

Les tribunaux de commerce des grandes villes, spécialement le tribunal de commerce de la Seine, ont aussi l'habitude de désigner un certain nombre de personnes, qu'ils chargent ordinairement des fonctions, les unes de *liquidateurs des sociétés*, faute par les intéressés de s'entendre sur leur choix, d'autres des fonctions de *syndics des faillites* (n° 1124), et de *liquidateurs judiciaires* (n° 1304), et d'autres, enfin, des fonctions d'*arbitres rapporteurs* dans les cas prévus par l'article 420, C. pr. (n° 1384).

Section II. — Compétence des tribunaux de commerce.

1357. Il faut rechercher : A. Quelles sont les affaires dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de commerce (compétence *ratione materiæ*) ; B. Quel est pour ces affaires le tribunal de commerce compétent (compétence *ratione personæ*).

A. — *Compétence ratione materiæ.*

1358 La juridiction consulaire est une juridiction d'exception et, par suite, elle n'est compétente que pour les affaires dont la connaissance lui est attribuée par la loi (1). Ces affaires peuvent être rangées sous cinq chefs différents : 1° contestations relatives aux *actes de commerce* (art. 631, 3° et 1°) ; 2° contestations relatives aux *billets à ordre* et aux *chèques*, par cela seul qu'un des signataires de ces effets de com-

(1) Cette règle s'applique non seulement aux demandes principales portées devant les tribunaux de commerce, mais encore aux demandes reconventionnelles ou en garantie. Le principe d'après lequel la personne assignée incidemment en garantie doit procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante, encore qu'elle dénie être garante (C. pr. civ., art. 59-8° et 181), suppose que le tribunal originaire n'est pas compétent *ratione materiae* pour connaître de la demande en garantie.

merce est obligé commercialement (art. 636 et 637) ; 3° *contestations entre associés*, pour raison d'une société de commerce (art. 631-2°) ; 4° tout ce qui concerne les *faillites* (art. 635), et les *liquidations judiciaires ;* 5° *billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics* (art. 634-2°) (1).

1359. 1° *Actes de commerce.* — Les procès concernant ces actes forment la catégorie la plus nombreuse des affaires réservées aux tribunaux de commerce, et c'est précisément à propos de la compétence que le Code a énuméré les actes de commerce (Cf. n° 16). Du moment qu'un acte est commercial, le tribunal de commerce est compétent pour les contestations auxquelles il donne lieu, quelle que soit la qualité des auteurs de cet acte, qu'ils soient ou non commerçants. Toutefois, il est facile de comprendre que les justiciables des tribunaux de commerce sont ordinairement des commerçants, d'abord parce que ce sont surtout des commerçants de profession qui font des opérations de commerce ; ensuite, parce que les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont considérés comme des actes de commerce, bien que n'étant pas commerciaux par eux-mêmes. Cf. n° 38. Enfin, la loi répute commerciaux jusqu'à preuve contraire les actes faits par un commerçant (Cf. n° 43) ; un tribunal de commerce, saisi d'une affaire contre un commerçant, peut donc connaître du procès, si cette présomption légale n'est pas détruite par la preuve contraire. Cette preuve peut être faite, ce qui montre que l'article 631-1° est inexact en faisant rentrer d'une façon générale dans la juridiction commerciale *les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers*. Cf. n° 37.

1360. Il y a des actes qui sont civils pour une partie et commerciaux pour l'autre (n° 25), et ce caractère mixte soulève une difficulté pour la compétence, comme pour la preuve (n° 403). Il n'y a pas de raison pour faire prévaloir exclusivement la juridiction civile ou la juridiction commerciale. Ce qui semble le plus naturel, c'est de décider que le tribunal compétent est le tribunal civil ou le tribunal de commerce, suivant que l'acte litigieux est civil ou commercial pour le défendeur, *actor sequitur forum rei*. La jurisprudence est fixée en ce sens que la partie pour laquelle l'acte est civil, ne peut être citée que devant le tribunal civil, mais qu'elle a, au contraire, le choix de citer son adversaire devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil (2) ; en

(1) Tous les contrats maritimes étant des actes de commerce (art. 633) rentrent dans la juridiction commerciale : avant la Révolution, les amirautés connaissaient des affaires maritimes. V. n° 862.

(2) Cass., 11 janvier 1869, S. 1869. 1. 13 ; Aix, 15 janvier 1884, D. 1885. 2. 49.

ce sens on invoque les précédents (Ord. de 1673, tit. XII, art. 10) et aussi ce motif que la partie pour qui l'acte est civil ne peut être contrainte de plaider devant des juges qui ne sont pas ses juges naturels et qui se réfèreraient peut-être à des usages commerciaux qu'elle n'est pas forcée de connaître.

1361. 2° *Contestations relatives aux billets à ordre, aux lettres de change ne valant que comme simples promesses, aux chèques.* — Nous avons vu que le billet à ordre, à la différence de la lettre de change, n'est pas, par lui-même, un acte de commerce (n° 712) ; la nature de l'engagement de chacun des signataires dépend donc de la nature de l'opération à raison de laquelle il est intervenu : les uns peuvent être tenus civilement et les autres commercialement. Le Code a modifié ici les règles ordinaires de compétence en deux points : *a*) Si tous ceux qui ont signé sont tenus civilement, ils doivent être poursuivis devant le tribunal civil et le tribunal de commerce serait incompétent ; seulement, bien qu'il s'agisse d'une incompétence *ratione materiæ*, le tribunal de commerce saisi n'est tenu de renvoyer au tribunal civil que s'il en est requis par le défendeur (art. 636). *b*) Par cela seul qu'il y a sur le billet des signatures de commerçants, le tribunal de commerce est compétent même à l'égard des non-commerçants (art. 637), qu'ils soient actionnés ensemble ou séparément, la loi ne distinguant pas. Cela ne veut pas dire que l'engagement des signataires non-commerçants devienne ainsi commercial ; l'article 637 le montrait bien, en disposant que la contrainte par corps ne devait pas être prononcée à leur égard. — Nous avons reproduit à peu près la formule du Code en parlant de *signataires commerçants* et de *signataires non-commerçants* ; elle est vraie le plus souvent, mais non toujours. La distinction exacte doit être tirée de la nature commerciale ou civile de l'engagement, la qualité de commerçant ou de non-commerçant ne produisant qu'une présomption légale de commercialité (art. 638, 2e alin., C. com.). Si un signataire est non-commerçant, mais tenu commercialement, cela suffit pour faire appliquer l'article 637 ; à l'inverse, la signature d'un commerçant qui serait tenu civilement, ne produirait pas ce résultat. — D'après les dispositions formelles des articles 636 et 637, les lettres de change réputées simples promesses en vertu de l'article 112 (n° 706) sont traitées comme les billets à ordre au point de vue de la compétence. Cf. aussi n° 708. — Comme le billet à ordre, le chèque n'est pas par sa nature un acte de commerce et, au point de vue de la compétence, il doit être assimilé au billet à ordre (n° 732) ; les règles qui viennent d'être posées lui sont donc applicables.

1362. 3° *Contestations entre associés pour raison d'une société de commerce.* — Le Code de 1807 a été modifié sur ce point par la loi du

17 juillet 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé (n° 376) ; la compétence des tribunaux de commerce, par suite de cette suppression, est admise ici comme pour les actes de commerce en général.

1363. 4° *Contestations en matière de faillite ou de liquidation judiciaire.* — Des explications ont éte données précédemment sur ce chef de la compétence des tribunaux de commerce (n° 1126).

1364. 5° *Billets de comptables des deniers publics.* — D'après l'article 634-2°, les tribunaux de commerce connaissent des *billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs, ou autres comptables des deniers publics.* Cela ne comprend pas seulement les billets à ordre, mais tous les engagements écrits, authentiques ou sous seing privé, pris par les comptables à raison de leur gestion. L'article 634-2° admet ici une présomption analogue à celle qui est établie pour les commerçants (n° 43) : les billets des comptables sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée. Il s'agit d'une présomption simple qui peut toujours être combattue par la preuve contraire. Le but du législateur a été de donner du crédit aux billets des comptables qui se négocieront plus facilement, s'ils ont les mêmes garanties que les billets des commerçants ; c'est ainsi que, déjà dans l'ancien Droit, les billets des comptables entraînaient la juridiction commerciale et la contrainte par corps. Cf. loi du 17 avril 1833, articles 8 et 9. Cela se comprenait alors que le Trésor public, pour se procurer de l'argent avant la rentrée des impôts, se faisait souscrire par ses comptables des billets qu'il faisait escompter par des banquiers ; on ne procède plus aujourd'hui de cette façon, et le maintien de la juridiction commerciale en cette matière n'a plus de raison d'être (la contrainte par corps a été abolie en 1867).

1365. Le Code de commerce admettait encore que d'autres contestations étaient de la compétence des tribunaux de commerce. Aux termes de l'article 634-1°, C. com., les tribunaux de commerce connaissaient *des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs pour le fait seulement du trafic des marchands auxquels ils sont attachés.* Cela comprenait d'abord les procès que les marchands intentaient contre leurs commis ou serviteurs à raison de faits se rattachant à leur commerce. Le contrat qui intervient entre le patron et le préposé, est bien civil pour celui-ci (n° 500), mais le législateur de 1807 avait pensé que le tribunal de commerce était particulièrement apte à juger des questions de ce genre, qui, d'ailleurs, sont presque toujours urgentes et qui sont résolues plus promptement que devant la juridiction civile. Le contrat dont il s'agit étant commercial pour le patron (n° 500), le tribunal de commerce pouvait être saisi par les commis ou préposés conformément aux principes généraux. Il fallait seulement, en

vertu de la jurisprudence indiquée plus haut (n° 1360) pour les actes mixtes, dire que le préposé avait le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale. — La formule de l'article 634-1° était assez générale pour comprendre les actions que des tiers pouvaient avoir à intenter contre les préposés d'un commerçant. Le cas est peu fréquent, parce que les préposés traitent presque toujours au nom de leur patron et, par suite, ne sont pas obligés ; pour qu'il en fût ainsi, il fallait supposer un fait particulier engageant leur responsabilité personnelle.

La disposition de l'article 634-1° C. com., avait donné lieu à de vives critiques. On faisait remarquer qu'elle chargeait de statuer sur les différends entre les patrons et leurs employés ou leurs serviteurs, les tribunaux de commerce qui sont composés exclusivement de patrons. Aussi avait-on proposé, soit de rendre les tribunaux civils compétents en cette matière, soit d'étendre à ces contestations la compétence des conseils de prud'hommes.

La loi du 27 mars 1907 *concernant les conseils de prud'hommes* décide que les conseils de prud'hommes sont compétents pour statuer sur les contestations soit entre les patrons ou leurs représentants et les ouvriers ou apprentis, soit entre les patrons ou leurs représentants et les employés, quand l'objet de la demande n'excède pas mille francs (art. 1 et 32).

La compétence des tribunaux de commerce admise par l'article 634-1° se trouve donc exclue pour les contestations entre les patrons et les ouvriers et apprentis. Elle semble aussi l'être même pour les contestations entre les patrons et les employés dont l'objet dépasse mille francs. Car, par *tribunaux ordinaires*, on entend habituellement les tribunaux civils (1). Du reste, dans les Chambres, on s'accordait généralement pour écarter la compétence commerciale pour les différends de cette sorte (2). Mais résulte-t-il de là que l'article 634-1°, C. com., qui n'est

(1) Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 25 juin 1907, D. 1907. 5. 42 a, pourtant, décidé que les tribunaux de commerce sont compétents. D'après lui, il faudrait entendre par tribunaux *ordinaires* les tribunaux qui étaient compétents d'après la législation antérieure à la loi du 27 mars 1907.

(2) La loi du 27 mars 1907 a fait naître une question transitoire : en attendant l'organisation des sections commerciales des conseils de prud'hommes, les tribunaux de commerce continuent-ils à avoir compétence en vertu de l'article 634-1°, C. com. demeurant provisoirement en vigueur ? V., pour la compétence des tribunaux de commerce, Cass., 18 décembre 1907, *Pand. fr.*, 1908. 1. 28 ; *Le Droit*, n° du 18 janvier 1908 ; Trib. comm. Seine, 7 mai 1907, S. et *J. Pal.*, 1907. 2. 177. V. en sens contraire Trib. com. Nîmes, 15 mai 1907, S. et *J. Pal.*, 1907. 2. 180 ; Trib. comm. Besançon, 7 décembre 1907, *Le Droit*, n° du 11 décembre 1907. — Un décret du 22 mars 1908 a réorganisé le Conseil de prud'hommes de Paris, en le divisant en cinq sections dont la cinquième est celle du commerce ; elle est subdivisée en sept catégories.

pas l'objet d'une abrogation expresse prononcée par la loi du 27 mars 1907, soit tacitement abrogé d'une façon complète ? L'article 634-1°, C. com., subsiste encore, selon nous, pour les actions exercées par des tiers contre les employés des commerçants. Car la loi du 27 mars 1907 n'a aucunement statué sur ces actions, du reste, très rares, pour modifier, en ce qui les concerne, l'ancienne règle consacrée par l'article 634-1°, C. com. (1).

1366. La compétence des tribunaux de commerce dépend de la nature des contestations, mais non du montant de l'intérêt en cause. Une affaire commerciale, si minime soit-elle, est portée devant eux. Les juges de paix ne sont compétents que pour les affaires civiles : on a pensé qu'il n'y avait pas de raison d'étendre leur juridiction aux affaires commerciales, alors que la procédure suivie devant la juridiction consulaire est rapide et économique (2).

Cependant, la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence des juges de paix, comme le faisait, du reste, déjà la loi du 15 mars 1838, déclare, à titre exceptionnel, les juges de paix compétents pour des affaires ayant un caractère commercial au moins pour un des plaideurs ; d'après l'article 2, 2° et 3° al., de cette loi, *les juges de paix prononcent sans appel, jusqu'à la valeur de 300 fr., et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétenee en dernier ressort des tribunaux de première instance; — sur les contestations entre les hôteliers, aubergistes, ou logeurs et les voyageurs ou locataires en garni, leurs répondants ou caution, pour dépenses d'hôtellerie et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel ; — entre les voyageurs et les entrepreneurs de transports par terre ou par eau, les voituriers ou bateliers pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs*. Les contrats qui donnent lieu aux contestations dont il s'agit ici, ont un caractère mixte, ils sont commerciaux pour l'aubergiste ou le voiturier et généralement civils pour le voyageur. Cf. n° 25. Si le voiturier ou l'aubergiste agit contre le voyageur, il ne peut le poursuivre que devant le juge de paix. Faut-il également dire que le

(1) Pour faire cesser les doutes qui se sont élevées sur le maintien de l'article 634, 1° C. com., en ce qui concerne les contestations entre patrons et employés dont l'objet dépasse 1.000 francs ou qui seraient à porter devant un conseil de prud'hommes sans section commerciale, une proposition de loi de M. Chambon abroge l'article 634, 1°, C. com. V. rapport de M. Groussier à la Chambre déposé le 14 janvier 1909. Adoption de cette proposition par la Chambre le 26 janvier 1909.

(2) V. une proposition de loi de M. Jules Coutant tendant à étendre la compétence des juges de paix aux petits litiges commerciaux, déposée à la Chambre des députés le 11 mai 1909.

voyageur demandeur ne peut saisir que le juge de paix ? La loi du 12 juillet 1905, comme la loi de 1838, ne fait pas de distinction suivant la qualité du demandeur ; toutefois, la jurisprudence (1) applique ici la doctrine indiquée plus haut (n° 1360) pour les actes mixtes ; elle permet au voyageur de choisir entre la juridiction commerciale et la juridiction civile ; suivant elle, il n'y a pas de raison pour écarter ici ce qu'elle considère comme le droit commun ; la loi sur la compétence des juges de paix a seulement ce sens que, si la juridiction civile est choisie, c'est, jusqu'à concurrence de 1.500 fr., le juge de paix qui est compétent et non le tribunal civil (2).

1367. COMPÉTENCE EN PREMIER ET EN DERNIER RESSORT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE. — Pour les affaires commerciales, les tribunaux de commerce tiennent la place des juges de paix et des tribunaux de première instance pour les affaires civiles. Ils connaissent, en principe, à l'exclusion des juges de paix (L., 12 juillet 1905, art. 1), des affaires commerciales de l'intérêt le plus minime (n° 1366), et leurs jugements sont, quant au taux du premier et du dernier ressort, soumis aux mêmes règles que ceux des tribunaux civils Voici ce que dispose l'article 639, C. com. (modifié par la loi du 3 mars 1840) : *les tribunaux de commerce jugent en dernier ressort :* 1° *toutes les demandes dans lesquelles les parties justiciables de ces tribunaux et usant de leurs droits auront déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel ;* 2° *toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la valeur de 1.500 fr. ;* 3° *les demandes reconventionnelles ou en compensation, lors même que, réunies à la demande principale, elles excéderaient 1.500 fr. — Si l'une des demandes principale ou reconventionnelle s'élève au-dessus des limites ci-dessus indiquées, le tribunal ne prononcera sur toutes qu'en premier ressort. Néanmoins, il sera statué en dernier ressort sur les demandes en dommages-intérêts, lorsqu'elles seront fondées exclusivement sur la demande principale elle-même.* La loi du 11 avril 1838 pose les mêmes règles pour les tribunaux civils, sauf qu'elle n'indique pas que les parties peuvent renoncer à la faculté d'interjeter appel et qu'elle parle des matières immobilières, que passe sous silence l'article 639, parce que les opérations qui ont les immeubles pour objet, n'ont pas un caractère commercial. Cf. n° 21. Nous verrons plus loin (n° 1390) comment est jugé l'appel des jugements des tribunaux de commerce.

1368. Une conséquence importante de l'idée que la juridiction commerciale est une juridiction d'exception, consiste en ce que les tribu-

(1) Cass., 4 novembre 1863, S. 1863. 1. 138.
(2) Cass., 9 décembre 1901, D. 1903. 1. 113 ; *Pand. fr.*, 1902. 1. 401.

naux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. pr.). Les difficultés qui peuvent s'élever à propos de l'exécution d'un jugement, même d'un tribunal de commerce, n'ont rien de commercial ; elles sont jugées par le tribunal civil dans le ressort duquel l'exécution a lieu (art. 553, C. proc. civ.). Un avis du Conseil d'État du 17 mai 1809 a fait une application de cette règle en déclarant les tribunaux civils compétents en matière de vente de navires sur saisie (n° 1025). — Si une sentence arbitrale a été rendue en matière commerciale, c'est le président du tribunal civil qui la déclare exécutoire. Cf. art. 1020, C. pr. De même, la jurisprudence admet que la demande formée pour faire accorder l'*exequatur* à un jugement étranger (art. 2123, C. civ., et 546, C. proc.) doit toujours être portée devant un tribunal civil, quand même la contestation aurait un caractère commercial (1). Cela peut se concilier même avec la solution d'après laquelle il peut toujours y avoir revision au fond de la sentence étrangère : cette décision, quoique revisable, n'est pas inexistante ; l'affaire ne se présente pas entière devant un tribunal français, comme si rien n'avait été jugé ; la demande ayant pour objet direct l'*exequatur* n'a pas un caractère commercial.

Les tribunaux de commerce sont appelés à connaître de tout ce qui concerne les ventes des fonds de commerce sur saisie ou sur la demande soit du vendeur soit du créancier gagiste (L. 17 mars 1909, art. 15 et suiv.). La nature de la chose vendue et celle des contestations auxquelles la vente peut donner lieu ont fait écarter l'idée de ne pas reconnaître en cette matière la compétence des tribunaux de commerce par application de l'article 442, C proc. civ. (2).

1369. *Nature de l'incompétence des tribunaux de commerce en matière civile et des tribunaux civils en matière commerciale.* — Il est certain que l'incompétence des tribunaux de commerce pour connaître des affaires civiles est une incompétence absolue, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

a) Le tribunal de commerce doit d'office se déclarer incompétent (art. 170, C. proc.) sauf, pourtant, une dérogation contenue dans l'article 636, C. com., pour les billets à ordre. V. n° 1361.

b) L'exception d'incompétence peut être opposée en tout état de cause et non pas seulement *in limine litis* (art. 170, C. proc.).

c) Elle peut être opposée même en appel pour la première fois. La

(1) Chambéry, 12 février 1869, D. 1871. 2. 118.

(2) C'est le Sénat qui a substitué la compétence du tribunal de commerce, à celle du tribunal civil qu'admettait primitivement le projet devenu la loi du 17 mars 1909.

jurisprudence admet qu'elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de Cassation (1) ; elle se fonde sur ce que l'incompétence, si elle existait, a été couverte par l'arrêt de la Cour d'appel ; celle-ci a la plénitude de juridiction, comme étant juridiction d'appel à la fois pour le tribunal civil et pour le tribunal de commerce. L'exactitude de cette solution peut être contestée notamment parce qu'elle supprime, en réalité, un degré de juridiction si le tribunal de commerce est incompétent.

L'incompétence des tribunaux civils, pour connaître des affaires commerciales, n'a jamais été regardée comme absolue par la jurisprudence (2) ; ainsi, le tribunal civil n'est pas tenu de se déclarer incompétent d'office, l'incompétence doit être opposée *in limine litis* et ne peut pas être opposée pour la première fois en appel. On invoque la plénitude de juridiction des tribunaux civils ; pour les affaires commerciales, la loi leur préfère les tribunaux de commerce, mais n'exclut pas absolument les tribunaux civils ; ainsi, les tribunaux civils connaissent des affaires commerciales là où il n'y a pas de tribunal de commerce ; cela ne se concevrait pas s'il s'agissait d'une incompétence absolue touchant à l'ordre public.

B. — *Compétence ratione personæ*

1370. Un procès étant du ressort de la juridiction consulaire, il s'agit de savoir devant quel tribunal de commerce il doit être porté. La règle générale, en matière civile, est que, pour les actions personnelles ou réelles mobilières, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. *actor sequitur forum rei* (art. 59, C. pr.). En matière commerciale, une plus grande latitude a été laissée au demandeur ; selon l'article 420, C. pr., *le demandeur pourra assigner à son choix devant le tribunal du domicile du défendeur, — devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, — devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué*. Il peut donc arriver que trois tribunaux soient également compétents.

1° Le tribunal du domicile du défendeur est compétent par application du droit commun ; c'est le tribunal le plus souvent saisi, parce que les circonstances de fait nécessaires pour qu'un autre tribunal soit compétent, peuvent ne pas se rencontrer. La disposition s'applique aux

(1) Cass., 10 février 1885, *J. Pal.*, 1885, p. 745.
(2) Cass., 10 février 1884, D. 1884. 1. 416.

sociétés qui ont une personnalité et, par suite, un domicile (Cf. n° 125) où elles peuvent être poursuivies ; pour les associations en participation, il ne peut être question du domicile de l'association, qui n'a pas d'existence ostensible, mais seulement du domicile des associés (Cf. n° 329). Une société, comme un individu, est domiciliée là où elle a son principal établissement ; certaines sociétés, outre ce principal établissement, ont des succursales importantes en différents lieux, c'est ce qui se présente notamment pour les compagnies de chemins de fer qui, outre leur gare centrale, ont des gares principales sur les diverses parties de leur réseau. Pour des raisons d'utilité pratique plutôt que pour des motifs bien juridiques, la jurisprudence admet que ces sociétés peuvent être actionnées devant les tribunaux dans le ressort desquels se trouvent ces gares principales, pourvu que la contestation se rattache à une opération traitée à la succursale ou dans son voisinage (1).

2° Un autre tribunal est compétent, si, dans son ressort, la promesse a été faite (c'est-à-dire le contrat a été conclu) et la marchandise livrée ; les deux circonstances doivent se trouver réunies. Cela donne un intérêt spécial à la question de savoir en quel lieu un contrat a été conclu. Cf. n° 410.

3° Le lieu du paiement qui est attributif de juridiction peut être désigné dans le contrat ou être déterminé conformément au droit commun (art. 1247, C. civ.) ; souvent le vendeur indique un lieu de paiement sur la facture, mais cette indication ne vaut qu'autant que la facture a été acceptée expressément ou tacitement par l'acheteur (2).

L'article 420, C. pr. civ., a eu surtout en vue les contestations ayant une vente pour objet, ce qui se comprend puisque la vente est la plus fréquente des opérations commerciales ; mais l'article 420, C. pr. civ., n'est pas limitatif et il s'applique à toutes les contestations dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de commerce.

1371. La règle de l'article 420, C. pr., forme le droit commun en matière commerciale ; elle est soumise aux mêmes restrictions ou dérogations que la règle *actor sequitur forum rei*. De là résultent les conséquences suivantes :

a) S'il y a plusieurs demandeurs, le demandeur peut les poursuivre tous, soit devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, soit devant l'un des tribunaux désignés par l'article 420.

(1) Cass., 16 janvier 1861 et 7 mai 1862, D. 1861. 1. 126 et 1862. 1. 230 ; jusqu'en 1859, la jurisprudence était en sens contraire : Cass., 5 avril 1859, S. 1859. 1. 673.

(2) L'abrogation des règles spéciales de compétence de l'article 420, C pr. civ., a été parfois proposée. V. proposition de loi déposée à la Chambre des députés le 19 novembre 1900.

b) L'élection de domicile est attributive de compétence. Cf. art. 111, C. civ. Il reste à déterminer, d'après les circonstances, si le tribunal du domicile élu est exclusivement compétent ou s'il n'exclut que le tribunal du domicile réel.

c) Le garant actionné par le garanti doit plaider devant le tribunal saisi de la demande principale, quand même ce tribunal ne serait pas à son égard compétent en vue de l'article 420, C. pr. Cf. art. 59 et 184, C. pr. Si le garant agit par voie principale, l'article 420 s'applique tout naturellement.

d) En matière de société, tant qu'elle existe, d'après l'article 59, C. pr., le défendeur est assigné devant le juge du lieu où elle est établie.

e) Pour les affaires nées de la déclaration de faillite, le tribunal compétent est celui qui l'a prononcée (art. 59, al 7, C. pr.): cela s'applique, par exemple, aux demandes en nullité fondées sur les articles 446-449, C. com. Pour les demandes formées par les syndics qui ne dérivent pas de la déclaration de faillite, par exemple, qui ont pour objet le recouvrement des sommes dues au failli, la règle de l'article 420 C. pr. reprend son empire. — La même distinction doit être faite en ce qui concerne la liquidation judiciaire.

f) D'après l'article 60. C. pr., *les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits*. Cette règle s'applique aux demandes formées par les huissiers exerçant leurs fonctions auprès des tribunaux de commerce, mais non aux demandes en paiement de frais ou d'honoraires intentées par les agréés, liquidateurs, arbitres-rapporteurs, syndics, puisque ces différentes personnes ne sont pas des officiers ministériels. Conformément au droit commun, le tribunal du domicile du défendeur est compétent; si le défendeur est commerçant et si le procès pour lequel les frais sont dus se rattache à son commerce, nous pensons que, par application de la *théorie de l'accessoire* (n° 38), le tribunal de commerce est compétent, mais ce point est très controversé (1). Nous pensons aussi que les agréés sont des agents d'affaires et, par suite, des commerçants, puisque la loi range l'entreprise d'agence d'affaires parmi les actes de commerce (n° 29); ils peuvent donc, selon nous, être poursuivis devant le tribunal de commerce pour les faits se rapportant à leur profession, mais la jurisprudence est contraire (2).

(1) V. notamment, dans le sens du texte, Riom, 27 février 1878, D. 1878. 2. 154; Rouen, 12 août 1896, D. 1897. 2. 47 ; *Pand. fr.*, 1897. 2. 47 ; Bordeaux, 24 novembre 1902, D. 1903. 2. 320 ; en sens contraire, Paris, 10 février 1883, *J. Pal.*, 1883, p. 991; Rouen, 27 mars 1896, D. 1897. 2. 323.

(2) Douai, 4 janvier 1882, et Paris, 10 février 1883, S. 1883. 2. 197 ; *J. Pal.*, 1883, p. 991 ; D. 1883. 2. 136.

g) En matière d'abordage maritime, il y a des règles spéciales de compétence posées par la loi du 14 décembre 1897, dont les dispositions sur ce point sont insérées dans l'art. 407, C. com. V. n° 965 *bis*.

1372. *Contestations entre Français et étrangers, contestations entre étrangers*. — Un Français peut, en vertu de l'article 14, C. civ., actionner un étranger devant un tribunal français, encore que cet étranger n'ait en France ni domicile, ni résidence, et que le contrat ait été passé en pays étranger. — Un étranger peut poursuivre un Français devant un tribunal de France (Cbn. art. 15, C. civ., et 420, C. pr.). L'étranger demandeur contre un Français était, jusqu'à la loi du 5 mars 1895, dispensé, en matière commerciale, de fournir la caution *judicatum solvi* qui, en général, est exigée des étrangers demandeurs contre des Français (ancien art. 16, C. civ., et 423, C. pr.) : on voulait ainsi favoriser le commerce et engager les étrangers à contracter avec des Français, en rendant plus faciles les poursuites qu'ils auraient à exercer contre eux. On s'est aperçu que beaucoup d'étrangers de mauvaise foi étaient rendus plus téméraires par la non-existence de la caution *judicatum solvi* et que, dans leur pays, les Français n'avaient pas toujours le bénéfice de la réciprocité. Aussi la loi du 5 mars 1895 a abrogé l'article 423, C. pr. civ., et modifié l'article 16, C. civ., pour que cette caution fût exigée de l'étranger demandeur contre un Français même en matière commerciale (2). Il y a toujours à tenir compte de ce que la matière est commerciale pour apprécier la solvabilité de la caution (Cf. art. 2019 et 2040, C. civ.). — S'il s'agit d'une contestation commerciale entre étrangers, la jurisprudence applique les mêmes règles de compétence qu'entre Français (3). Cela est important à noter, parce que la jurisprudence admet que le droit de recourir à la justice est un droit civil *stricto sensu* (Cf. art. 11, C. civ.) qui doit, par suite, être refusé, en principe, aux étrangers. Cette doctrine est fort contestable. Mais ce n'est pas le lieu de la discuter, d'autant plus qu'en fait, la discussion n'a pas d'intérêt pour les matières commerciales.

(1) Il faut remarquer que les cas dans lesquels la caution *judicatum solvi* n'est point due en matière civile ou commerciale sont devenus plus nombreux par suite de la Convention conclue à la Haye le 17 juillet 1905 (art. 17) remplaçant la Convention du 14 novembre 1896 (art. 11 et 12). V., sur la Convention de 1896, notre *Traité de Droit commercial*, I, n° 409 *bis*, p. 453 et 454. La dispense de la caution *judicatum solvi* admise par la Convention de 1905 a pour corollaire de grandes facilités données pour l'exécution dans les autres Etats contractants des jugements rendus dans un Etat contractant, en ce qui concerne les frais et dépens. V. articles 18 et 19 de la Convention du 17 juillet 1905.

(2) Cass., 22 novembre 1875, S. 1876. 1. 213.

Section III. — Procédure commerciale.

1373. Pour répondre au but dans lequel les tribunaux de commerce ont été institués, la procédure à suivre devant eux devait être simple, rapide et peu coûteuse ; aussi, sous beaucoup de rapports, diffère-t-elle de la procédure suivie devant les tribunaux civils. Elle est réglée à la fois par le Code de procédure (art. 414-442) et par le Code de commerce (art. 641-648) qui, sauf sur quelques points, ne fait que confirmer les dispositions du Code de procédure. Toutes les questions ne sont pas prévues ; les lacunes de la législation doivent être comblées en partant de cette idée que les règles générales de la procédure devant les tribunaux civils s'appliquent à la procédure commerciale quand il n'y a pas été dérogé expressément et que les règles de la procédure ordinaire ne sont pas incompatibles avec l'organisation des tribunaux de commerce et le caractère de la procédure commerciale. Il ne sera fait mention ici que des règles particulières de la procédure commerciale.

1374. *Introduction de l'instance.* — Les affaires commerciales sont, pour raison de célérité, dispensées du préliminaire de conciliation (art. 49-4°, C. pr.) ; elles sont donc portées directement devant le tribunal de commerce à la suite d'un exploit d'ajournement (art. 415, C. pr.). Le délai donné au défendeur pour comparaître est d'un jour franc (art. 416 et 1033, C. pr.) ; devant les tribunaux civils, le délai est de huitaine (art. 72, C. pr.). Il y a lieu à augmentation d'un jour par cinq myriamètres à raison de la distance entre le domicile du défendeur et le lieu où siège le tribunal. — Dans les cas requérant célérité, le président du tribunal de commerce peut permettre d'assigner même de jour à jour ou d'heure à heure (art. 417, C. pr.). Dans certains cas indiqués par la loi (affaires maritimes urgentes), l'assignation peut être donnée de cette façon, même sans ordonnance préalable (art. 418, C. pr.).

1375. La loi donne au président du tribunal de commerce le droit de permettre au demandeur de saisir conservatoirement les effets mobiliers de la partie assignée (art. 417, C. pr.) ; cela peut être indispensable pour prévenir un détournement, mais cela peut préjudicier au défendeur ; aussi le président peut-il astreindre le demandeur à fournir caution ou à justifier d'une solvabilité suffisante, de manière que le défendeur puisse obtenir réparation du dommage qui lui aurait été injustement causé (Cpr. art. 172, C. com.).

1376. *Référés.* — Le président du tribunal civil peut, sans préjuger le fond, statuer sur les affaires urgentes par voie de référé (art. 806 et

suiv., C. pr.). Aucun texte ne donne le même pouvoir au président du tribunal de commerce et on ne peut lui appliquer, par voie d'analogie, les dispositions sur les référés qui concernent le président du tribunal civil ; le caractère exceptionnel de la juridiction commerciale s'y oppose.

On s'est demandé si, du moins, le président du tribunal civil n'était pas compétent pour juger en référé même sur les matières commerciales. La négative est généralement admise pour deux motifs : dans les affaires commerciales, il est pourvu aux cas d'urgence par les dispositions que nous venons de mentionner (nos 1374 et 1375), et la procédure commerciale est assez rapide pour que les référés n'y soient point nécessaires ; de plus, le juge compétent pour statuer au fond doit avoir aussi seul compétence pour statuer provisoirement.

1377. Comparution. — Devant les tribunaux civils, la comparution du défendeur consiste dans la constitution d'un avoué ; rien de semblable en matière commerciale, puisque le ministère des avoués y est interdit (art. 414, C. pr. ; 626, C. com.). Le défendeur, comme le demandeur, doit comparaître en personne ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale (art. 421, C. pr.). Il a déjà été dit (n° 1356) que les parties sont, en principe, libres dans le choix de leur mandataire, qu'enfin, elles sont le plus souvent représentées ou assistées par des *agréés*, au moins devant les tribunaux de quelque importance. — Devant un tribunal civil, l'avoué justifie suffisamment de son pouvoir de représenter la partie en produisant l'original ou la copie de l'acte d'ajournement ; devant le tribunal de commerce, le mandataire doit être autorisé par la partie présente ou muni d'un pouvoir spécial. Ce pouvoir, qui peut être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, est exhibé au greffier avant l'appel de la cause et par lui visé sans frais (art. 627, C. com.). Les tribunaux de commerce exigent ordinairement que la signature du mandant soit légalisée ; on ne peut considérer cette exigence comme illégale, parce que les tribunaux doivent avoir le droit, dans l'intérêt des justiciables et dans un intérêt supérieur d'ordre public, de contrôler les actes produits par ceux qui prétendent représenter les parties (1). Mais là où les tribunaux de commerce, selon nous, commettent une véritable illégalité, c'est quand ils distinguent à ce point de vue entre les agréés et les autres mandataires, pour dispenser de la légalisation les procurations produites par les premiers ; ils portent atteinte à la liberté que la loi a voulu laisser aux parties pour le choix de leurs mandataires, puisque les diverses personnes sur lesquelles peut se porter leur choix ne sont plus sur le pied d'égalité.

(1) Civ. rej., 1er mai 1883. 1. 265 ; *Pand. fr. chr.*

1378. En matière civile, le plaideur qui allègue que son avoué ou son huissier a, sans mandat, fait, donné ou accepté des offres, des aveux, des consentements, ne peut se borner à alléguer que le mandant n'est tenu que dans les limites du pouvoir par lui donné et que ce pouvoir ne s'étendait pas à l'acte dont il s'agit (art. 1998, C. civ.) ; il doit recourir à la procédure spéciale du *désaveu* (art. 352-362, C. pr.). Le droit commun, exprimé par l'article 1998, C. civ., doit reprendre son empire pour les mandataires qui figurent devant les tribunaux de commerce, puisqu'ils n'ont aucun caractère officiel. Néanmoins, la jurisprudence admet la procédure du désaveu à l'égard des agréés, qu'elle traite ainsi comme des officiers ministériels, ce qui paraît tout à fait illégal.

1379. PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE. — Si les parties comparaissent et qu'à la première audience, il n'intervienne pas de jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siège le tribunal, doivent y faire élection d'un domicile qui est mentionné sur le plumitif de l'audience ; à défaut, toute signification, même celle du jugement définitif, est valablement faite au greffe du tribunal (art. 422, C. pr.). Cette disposition a pour but d'éviter la nécessité des significations au domicile de chaque partie qui entraîneraient des lenteurs et des frais. Il y a, du reste, moins de significations à faire qu'en matière civile ; ainsi, notamment, les conclusions sont prises à la barre et ne sont pas signifiées (V., au contraire, art. 77 et 78, C. pr.) ; c'est de cette façon que sont formées les demandes reconventionnelles.

1380. *Exceptions.* — Depuis la loi du 5 mars 1895, il y a lieu à l'exception de la caution *judicatum solvi* en matière commerciale comme en matière civile (art. 423, C. pr., V. n° 1372). — Pour l'exception d'incompétence, l'article 424, C. pr., dispose : *Si le tribunal est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé. — Le déclinatoire pour toute autre cause ne pourra être proposé que préalablement à toute autre défense.* La distinction ainsi faite entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative est conforme au droit commun (Cf. art. 168-170, C. pr.) ; mais les termes généraux de l'article 424, C. pr., tranchent une question qui est, au contraire, controversée en matière civile. Il résulte du deuxième alinéa de l'article que le déclinatoire pour toute autre cause qu'une incompétence *ratione materiae*, par exemple, pour litispendance ou connexité, doit être proposé *in limine litis* ; quelques-uns prétendent, au contraire, que, devant les tribunaux civils, les exceptions de litispendance ou de connexité peuvent être opposées en tout état de cause. — En matière civile, le tribunal doit statuer par un jugement spécial sur la question de compétence avant de juger le fond

(art. 172, C. pr.). Cette règle, fondée sur le motif rationnel qu'il est inutile de discuter une affaire devant un tribunal peut-être incompétent, a été, pour des raisons de célérité, écartée en matière commerciale ; le tribunal peut ordonner de plaider à la fois sur l'incompétence et sur le fond. *Le même jugement*, dit l'article 425, C. pr , *pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond ; les dispositions sur la compétence pourront toujours être attaquées par la voie de l'appel*. Cf. article 454, C. pr.

1381. Les héritiers et les veuves communes en biens des justiciables du tribunal de commerce peuvent être assignés devant ce tribunal, soit par action nouvelle, soit en reprise d'instance, si leur auteur avait été actionné de son vivant (art. 426, C. pr.). Le défendeur peut nier sa qualité, soit d'héritier, soit de veuve commune en biens, ou prétendre être dans les délais pour prendre qualité et ne pas l'avoir encore fait ; ces questions n'ont rien de commercial et doivent être renvoyées au tribunal civil. Quand celui-ci aura statué, on reviendra au tribunal de commerce pour avoir une décision sur le fond (art. 426, C. pr., *in fine*).

1382. L'exception de garantie est soumise aux mêmes règles qu'en matière civile (Cf. art. 180 et suiv., C. pr.) ; mais le tribunal de commerce, saisi de la demande originaire, n'est compétent pour la demande incidente en garantie que si celle-ci se fonde sur une obligation commerciale (note 1 de la page 9).

1383. *Incidents*. — Il y a quelques particularités à signaler pour l'administration des preuves en matière commerciale (pour les modes de preuve admissibles. V. plus haut, nos 384 et suiv.). — *Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux et que la partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges qui doivent en connaître et il sera sursis au jugement de la demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs* (art. 427, C. pr.) ; les questions de vérification d'écritures, d'inscription de faux n'ont rien de commercial.— La preuve testimoniale étant, en principe, admise sans réserve dans les affaires commerciales (n° 401), les *enquêtes* sont fréquentes devant les tribunaux de commerce ; il y est procédé dans les formes prescrites pour les enquêtes sommaires (art. 432, n° 401). En conséquence, les témoins sont entendus en audience publique par le tribunal tout entier et il n'est dressé de procès-verbal détaillé de leurs dépositions par le greffier que si le jugement est susceptible d'appel (art. 432, *in fine*) ; il faut que la Cour, qui serait saisie de l'affaire, puisse statuer en connaissance de cause. — Le tribunal peut, dans tous les cas, ordonner, même d'office, que les parties

seront entendues en personne, à l'audience ou en chambre du conseil, et, s'il y a empêchement légitime, commettre pour les entendre, un des juges, ou même un juge de paix lequel dressera procès-verbal de leurs déclarations (art. 428; cbn. art. 119, C. pr.). — La loi n'a rien dit de l'*interrogatoire sur faits et articles* (Cf. art. 324-336, C. pr.); il n'y a pas de raison pour ne pas l'admettre en matière commerciale.

1384. Le tribunal de commerce peut recourir à une *expertise* (art. 429, al. 2. C. pr.); on procède comme en matière civile. Cf. articles 302-323, C. pr. Un mode d'instruction spécial aux tribunaux de commerce est prévu par l'article 429, al. 1er, C. pr. : *s'il y a lieu à renvoyer les parties devant des arbitres pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties et les concilier, si faire se peut; sinon, donner leur avis*. Ces arbitres ne ressemblent pas aux personnes ordinairement désignées de ce nom et qui sont chargées par les parties de terminer leur différend par une sentence (Cf. art. 1003 et s., C. pr.); les arbitres dont il s'agit ici doivent chercher à concilier les parties et, s'ils n'y réussissent pas, éclairer le tribunal de leur avis consigné dans un rapport; c'est pour cela qu'on les appelle ordinairement *arbitres-rapporteurs*. Ce procédé se conçoit pour les affaires compliquées qu'il est difficile d'instruire à l'audience, comme celles prévues par l'article 429 qui nécessitent l'examen des comptes, pièces et registres. Sans prétendre que l'indication soit limitative, on peut penser que certains tribunaux de commerce abusent de la faculté qui leur est ainsi accordée, en renvoyant devant un arbitre, dès que l'affaire leur paraît soulever une difficulté de fait ou de droit. Cela entraîne des lenteurs et des frais, sans compter que le tribunal est trop aisément conduit à suivre l'avis de l'arbitre.

1385. Du jugement. — L'article 433, C. pr., renvoie, pour la rédaction et l'expédition du jugement, aux articles 142 et 146, C. pr. Mais il faut remarquer qu'en matière civile, les *qualités du jugement* (noms, professions et demeures des parties, conclusions, points de fait et de droit) sont rédigées par l'avoué de la partie gagnante qui les signifie à l'autre partie (art. 142, C. pr.), tandis qu'en matière commerciale, par suite de l'absence d'avoué, c'est le greffier qui est chargé de les rédiger. — Les règles relatives aux dépens (art. 130 et 131) s'appliquent en matière commerciale. C'est le jugement même qui liquide les dépens, puisque les affaires commerciales sont considérées comme matières sommaires. Le perdant ne doit payer que les frais qu'a dû nécessairement faire son adversaire; cela ne comprend donc pas les honoraires de l'agréé, puisque le ministère de celui-ci, à la différence du ministère des avoués, est purement facultatif.

1386. *Jugements par défaut.* — Il faut distinguer le défaut du demandeur et le défaut du défendeur. *Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande* (art. 434, al. 1er, C. pr.) ; il y a alors ce qu'on appelle *défaut-congé.* La loi ne fait allusion à aucun examen que devrait faire le tribunal, ce qui peut porter à croire qu'alors, il n'y a pas chose jugée contre le demandeur qui perd seulement le bénéfice de l'action intentée par lui, sauf à l'intenter de nouveau.

1387. *Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et les conclusions du demandeur lui seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées* (art. 434, l. 2, Cf. art. 150, C. pr.). Le jugement ainsi rendu doit être signifié par huissier commis par le tribunal (art. 435, al. 1er) ; il est exécutoire un jour après la signification et jusqu'à l'opposition (art. 435, al. 2) ; celle-ci suspend donc l'exécution. Elle se fait dans les mêmes formes qu'en matière civile (art. 437 et 438, cbn. 162, C. pr.). Pour faciliter l'opposition, la loi exige, à peine de nullité, que la signification du jugement contienne élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est pas domicilié ; c'est à ce domicile élu que sera signifiée l'opposition (art. 435 et 437, C. pr.).

Pendant combien de temps l'opposition est-elle recevable ? Voici la règle de l'article 436, C. pr. : *l'opposition ne sera pas recevable après la huitaine du jour de la signification :* il est à remarquer que cette disposition concorde avec celle qui est édictée pour les jugements des tribunaux civils rendus par défaut faute de conclure. Cf. art. 157, C. pr. On pourrait s'étonner que la même règle eût été donnée pour deux cas très différents : devant le tribunal civil, le défendeur défaillant a été touché par l'ajournement, puisqu'il a constitué un avoué ; on comprend qu'on lui donne un court délai pour former opposition. Il n'en est pas de même en matière commerciale où le défendeur non comparant a pu ne pas recevoir l'assignation. Le Code de commerce a voulu écarter les inconvénients qui pouvaient résulter de cette assimilation admise par le Code de procédure ; malheureusement il n'a pas précisé suffisamment la portée de la modification qu'il introduisait. Après avoir dit, dans l'article 642, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera régie par les dispositions du Code de procédure, il ajoute dans l'article 643 : *Néanmoins, les articles 155, 158, 159, du même Code, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce.* Les articles visés concernent les jugements par défaut faute de comparaître ; ils décident que ces jugements sont périmés par cela seul qu'ils n'ont pas été exécutés dans les six

mois de leur date (art. 156), qu'ils peuvent être frappés d'opposition tant qu'ils n'ont pas été exécutés (art. 158) ou réputés exécutés dans les termes de l'article 159, C. proc. civ. L'article 643, C. com., remplace-t-il purement et simplement l'article 436, C. pr., de telle sorte qu'il n'y ait plus à tenir compte de celui-ci ? Alors, tous les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, dans quelque circonstance que ce soit, sont régis par les articles 156, 158 et 159, C. pr.; c'est ce qu'on a soutenu. Mais la jurisprudence (1) est fixée en ce sens que l'article 643, C. com., a complété l'article 436, C. pr. sans le supprimer ; l'un et l'autre sont également en vigueur et s'appliquent à des hypothèses distinctes.

a) Le défendeur ne comparaît, ni personnellement, ni par mandataire : la situation est la même que quand, en matière civile, il y a défaut faute de comparaître. Elle est prévue par l'article 643, C. com. : l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution et le jugement est périmé faute d'être exécuté dans les six mois.

b) Le défendeur a comparu ou s'est fait représenter ; pour une cause quelconque, il n'a pas conclu au fond : il se borne, par exemple, à opposer une exception d'incompétence. Il a connu l'instance et il est dans une situation analogue à celle du défendeur qui, devant un tribunal civil, a constitué un avoué sans conclure. Le cas est resté soumis à l'article 436, C. pr., qu'il n'y avait pas de raison de modifier ici, puisqu'il n'y a pas de surprise à craindre. L'opposition doit donc être formée dans la huitaine de la signification et il n'y a pas de péremption pour défaut d'exécution dans les six mois.

1388 *Du défaut profit-joint.* — D'après l'article 153, C. pr , si, de plusieurs défendeurs, les uns ne comparaissent pas et les autres comparaissent, le profit du défaut est joint, c'est-à-dire que le tribunal ordonne que la cause des défaillants et celle des comparants seront jointes, que le jugement de jonction sera signifié aux défaillants qui seront réassignés ; il est statué alors par un seul jugement qui n'est pas susceptible d'opposition, même de la part des défaillants sur la réassignation. Le but du législateur a été d'éviter la contrariété de jugements dans une même affaire. Faut-il appliquer l'article 153 en matière commerciale ? D'après la jurisprudence (2), les tribunaux auraient à ce sujet un pouvoir discrétionnaire ; ils écarteraient ou appliqueraient l'article, suivant que le besoin de célérité leur paraîtrait primer ou non les inconvénients de la contrariété possible de jugements. Ce système nous semble purement arbitraire ; l'article 153

(1) Cass., 14 janvier 1880, S. 1880. 1. 160 ; *J. Pal.*, 1880. 362.
(2) Paris, 13 janvier 1883, D. 1883. 2. 98.

doit être, selon nous, appliqué dans tous les cas, parce que sa disposition se concilie avec l'organisation des tribunaux de commerce. Cf. nº 1373. Il ne suffit pas d'objecter, comme le font quelques-uns qui écartent absolument l'article 153, que cet article n'est pas visé par l'article 643, C. com.

1389. DU TRIBUNAL CIVIL FAISANT FONCTION DE TRIBUNAL DE COMMERCE. — Dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal civil qui juge les affaires commerciales (art. 640, C. com., et plus haut, nº 1349). *L'instruction aura lieu, dans ce cas, dans la même forme que devant les tribunaux de commerce et les jugements produiront les mêmes effets* (art. 641). Il faut donc appliquer les règles précédentes (nos 1373-1378). Si, dans une affaire commerciale jugée par le tribunal civil, il se présente, par exemple, une question de vérification d'écriture, le tribunal devra renvoyer à l'une des audiences où il juge les affaires civiles; il pourra bien se faire que la composition du tribunal soit identique, mais on ne procédera pas de même, puisqu'il y aura alors le ministère des avoués.

On s'est demandé si le ministère public intervient quand le tribunal civil juge commercialement ; la jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative (1). En chargeant le tribunal civil de juger les affaires commerciales là où il n'y a pas de tribunal de commerce, la loi suppose par son silence que le tribunal civil a son organisation ordinaire et comprend, par conséquent, le ministère public ; celui-ci doit donc y remplir ses fonctions habituelles, c'est-à-dire que, suivant les cas, il *doit* ou *peut* donner ses conclusions. Cf. art. 83, C pr.

1390. DE L'APPEL DES JUGEMENTS RENDUS EN MATIÈRE COMMERCIALE. — Les cas dans lesquels les jugements des tribunaux de commerce sont susceptibles d'appel ont été indiqués plus haut (nº 1367) ; la règle est la même que pour les jugements des tribunaux civils. L'appel est interjeté dans les mêmes formes (art. 456, C. pr.) et c'est la même juridiction qui statue sur l'appel des uns et des autres, la Cour d'appel dans le ressort de laquelle ils sont situés (art. 644, C. com.). *Les appels sont instruits et jugés comme appels de jugements rendus en matière sommaire. La procédure, jusques et y compris l'arrêt définitif, sera conforme à celle qui est prescrite pour les causes d'appel en matière civile, au livre III de la 1re partie du Code de procédure civile* (art. 648, C. com.).

1391. Le délai pour interjeter appel est de deux mois comme en matière civile ; il court de la signification du jugement, si celui-ci est

(1) Cass., 5 avril 1848, D. 1848. 5. 361.

contradictoire, et de l'expiration du délai de l'opposition, si le jugement est par défaut (art. 645, C. com.). Cbn. art. 443 et 422, C. pr. L'article 645, *in fine*, C. com., dit que l'appel peut être interjeté du jour même du jugement ; cela tient à ce que les jugements en matière commerciale sont exécutoires par provision nonobstant appel (n° 1392) : la partie condamnée a donc intérêt à obtenir le plus tôt possible la réformation du jugement. En matière civile, l'appel n'est pas recevable dans la huitaine du jugement, mais aussi le jugement n'est-il pas exécutoire dans cette huitaine ; il y a un lien entre les deux idées, comme le montrent les articles 459 et 560, C. pr. — Il est à remarquer que la disposition de l'article 645, C. com., d'après laquelle l'appel peut être interjeté du jour du jugement, est absolue et qu'ainsi elle s'applique aux jugements par défaut comme aux jugements contradictoires ; la partie condamnée peut donc interjeter appel, quoique la voie de l'opposition lui soit ouverte. V., au contraire, art. 455, C. pr.

Pour les *jugements rendus en matière de faillite* (1), l'article 582, C. com., réduit le délai d'appel à quinze jours à partir de la signification : ce délai est augmenté à raison des distances.

1392. *Exécution provisoire.* — En matière civile, le jugement ne peut plus être exécuté une fois l'appel interjeté, sauf certains cas énumérés par la loi dans lesquels les tribunaux doivent ou peuvent ordonner l'exécution provisoire (art 457, al. 1er, et 135, C. proc.). En matière commerciale, l'exécution provisoire est, au contraire, de droit et elle peut avoir lieu sans que le jugement mentionne rien à ce sujet. Mais, en règle générale, elle n'est possible qu'après que l'intimé a donné caution ou justifié de solvabilité suffisante, afin que l'appelant puisse être indemnisé du préjudice causé par l'exécution, si le jugement vient à être réformé. Par exception, le tribunal peut ordonner que l'intimé n'aura pas à fournir caution s'il veut exécuter, *lorsqu'il y aura titre non attaqué, ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel.* Ces diverses solutions sont admises sans difficulté, bien que l'article 439, C. pr., d'où on les fait résulter, n'ait pas toute la clarté désirable. — Les articles 440 et 441, C pr., règlent les formes suivant lesquelles la caution est fournie. Cf. art. 518-520, C. pr. ; si une contestation s'élève, elle est jugée par le tribunal de commerce qui connaît ainsi de l'exécution de son jugement, par dérogation au principe général de l'article 442, C. pr. V. n° 1368.

1393. En matière civile, si un jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort ou si l'exécution provisoire a été ordonnée hors les cas prévus par la loi, l'appelant peut obtenir des défenses à l'audience

(1) V. sur le sens de cette expression n° 1126 *b*.

sur assignation à bref délai (art. 457, al. 2, et 459, C. pr.). Rien de semblable en matière commerciale par cela même que les jugements sont toujours exécutoires par provision : *les Cours d'appel ne pourront en aucun cas, à peine de nullité, et même de dommages-intérêts des parties, s'il y a lieu, accorder des défenses ou surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce, quand même ils seraient attaqués d'incompétence ; mais elles pourront, suivant l'exigence des cas, accorder la permission de citer extraordinairement à jour et à heure fixes, pour plaider sur l'appel* (art. 647, C. com). Seulement, si celui qui a gagné le procès en première instance avait été à tort dispensé de fournir caution pour exécuter le jugement, la Cour pourrait, avant de statuer sur l'appel, décider que l'intimé devra donner caution s'il veut exécuter.

1394. DES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES. — Aucune règle particulière n'est posée par la loi. Par suite, les voies de recours extraordinaires sont les mêmes qu'en matière civile (pourvoi en cassation, requête civile, tierce-opposition) et sont régies par des règles semblables.

CHAPITRE II.

DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES (1).

1395. Les conseils de prud'hommes sont des tribunaux spéciaux composés exclusivement de patrons et d'ouvriers ou employés et ayant pour principale attribution de terminer par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage dans l'industrie et le commerce entre les patrons ou leurs représentants et les ouvriers, apprentis et employés de l'un et de l'autre sexe qu'ils emploient et de juger les différends à l'égard desquels la conciliation a été sans effet (L. 27 mars 1907, art. 1, 1er et 2e alin.).

Les conseils de prud'hommes se rattachaient, avant la loi du 15 juillet 1905, dans la hiérarchie judiciaire aux tribunaux de commerce ; ceux-ci jouaient à leur égard le rôle de juridiction d'appel. Depuis cette loi, abrogée par la loi du 27 mars 1907, mais en même temps confirmée par celle-ci sur ce point (art. 34), ils se rattachent aux tribunaux civils, c'est devant ces tribunaux qu'est porté l'appel des jugements des conseils de prud'hommes. A ce point de vue, les conseils de prud'hommes semblent avoir moins de liens avec le Droit commercial ; ils en ont, pourtant, de plus étroits que précédemment ; la compétence des conseils de prud'hommes qui n'existait que dans l'industrie pour les contestations entre patrons et ouvriers, a été étendue, dans une large mesure, par la loi du 27 mars 1907 au commerce pour les contestations entre patrons et employés. V. nº 1402.

Les conseils de prud'hommes réssortissent, au point de vue disciplinaire, du ministère de la Justice (L. 27 mars 1907, art. 48 et 54), tout en relevant aussi du ministère du Travail et de la Prévoyance sociale, au point de vue de leur création, de leur suppression (L. 27 mars

(1) L. 27 mars 1907 *concernant les conseils de prud'hommes* (74 articles) ; L. 18 mars 1806, art. 14 à 19.

La loi du 27 mars 1907 a codifié les nombreux textes législatifs concernant les conseils de prud'hommes qui s'échelonnaient de la loi du 18 mars 1806 à la loi du 15 juillet 1905.

1907, art. 2 et 54, dern. alin.) ainsi que pour leurs attributions administratives. Ces dernières consistent principalement à recevoir à leurs secrétariats le dépôt des dessins et modèles de fabrique (L. 14 juillet 1909 sur *les dessins et modèles*, art. 5) (1) et à donner leur avis sur les questions concernant le commerce et l'industrie qui leur sont posées (L. 27 mars 1907, art. 1, avant-dern. et dern. alin.).

Il sera traité successivement : a) *de la création et de l'organisation des conseils de prud'hommes* ; b) *de leur compétence* ; c) *de la procédure à suivre devant eux.*

A. — *Création et organisation des conseils de prud'hommes.*

1396. Les conseils de prud'hommes ont leur origine directe dans la loi du 18 mars 1806 qui établit un conseil de prud'hommes à Lyon. Des règlements d'administration publique en ont établi dans un grand nombre de localités, en vertu de l'article 34 de la loi de 1806.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 27 mars 1907. *les conseils de prud'hommes sont établis par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique, sur la proposition du ministre de la Justice et du ministre du Travail et de la Prévoyance sociale, après avis des chambres de commerce et des chambres consultatives des arts et manufactures et des conseils municipaux des communes intéressées, dans les villes où l'importance du commerce ou de l'industrie en démontre la nécessité. La création d'un conseil de prud'hommes est de droit lorsqu'elle est demandée par le Conseil municipal de la commune où il doit être établi, avec avis favorable des chambres de commerce et des chambres consultatives des arts et manufactures, du Conseil général du département, du ou des conseils d'arrondissement du ressort indiqué et de la majorité des conseils municipaux des communes devant composer la circonscription projetée.*

Le ressort du conseil est déterminé par le décret d'institution. Ce décret fixe aussi le nombre des catégories dans lesquelles sont répartis les commerces et les industries soumis à sa juridiction et le nombre des prud'hommes affectés à chaque catégorie. Le nombre total des membres du conseil ne peut être ni impair ni inférieur à douze. Les ouvriers et employés sont rangés dans des catégories distinctes. Le

(1) La loi du 18 mars 1806 (art. 18 et 19) sur les Conseils de prud'hommes contenait des dispositions sur les dessins de fabrique (art. 15 à 19) qui admettaient déjà le dépôt au Conseil des prud'hommes.

La loi du 14 juillet 1909 qui abroge les articles 15 à 19 de la loi du 18 mars 1806, sera en vigueur six mois après sa promulgation, c'est-à-dire le 14 janvier 1910.

décret détermine, s'il y a lieu, les sections des conseils et leur composition. Des modifications peuvent être apportées, dans les mêmes formes, au décret d'institution (art. 3).

1397. Les membres des conseils de prud'hommes, comme ceux des tribunaux de commerce, sont élus par leurs pairs et non nommés par le Gouvernement.

L'électorat appartient aux *femmes* comme aux *hommes*.

Les *hommes*, pour être électeurs, doivent être : 1° inscrits sur les listes électorales politiques ; 2° être âgés de 25 ans accomplis; 3° exercer depuis trois ans, apprentissage compris, une profession dénommée dans le décret d'institution du conseil et résider dans le ressort de ce conseil depuis un an (art. 5, 1er alin.).

Les *femmes* ont le droit de vote quand elles sont françaises et réunissent les conditions d'âge, d'exercice de la profession et de résidence ci-dessus indiquées et n'ont encouru aucune des condamnations prévues aux articles 15 et 16 du décret organique du 2 février 1852 (L. 27 mars 1907, art. 5, dern. alin.).

Il y a trois catégories d'électeurs, les *électeurs ouvriers*, les *électeurs employés* et les *électeurs patrons* (L. 27 mars 1907, art. 5).

Sont *électeurs ouvriers* : les ouvriers, les chefs d'équipe ou contremaîtres prenant part à l'exécution matérielle des travaux industriels et les chefs d'atelier de famille travaillant eux-êmes.

Sont *électeurs employés* : les employés de commerce et d'industrie et les contremaîtres ne remplissant que des fonctions de surveillance ou de direction.

Sont *électeurs patrons* : les patrons occupant pour leur compte un ou plusieurs ouvriers ou employés, les associés en nom collectif, ceux qui gèrent ou dirigent pour le compte d'autrui une fabrique, une manufacture, un atelier, un magasin, une mine et généralement une entreprise industrielle ou commerciale quelconque, les présidents et membres des conseils d'administration, les ingénieurs et chefs de service tant dans les exploitations minières que dans les diverses industries (L. 27 mars 1907, art. 5).

Sont *éligibles*, à condition de résider depuis trois ans dans le ressort du conseil : 1° les électeurs (1) âgés de 30 ans, sachant lire et écrire, inscrits sur les listes électorales spéciales ou justifiant des conditions requises pour y être inscrits ; 2° les anciens électeurs n'ayant pas quitté la profession depuis plus de cinq ans et l'ayant exercée cinq ans dans le ressort (L. 27 mars 1907, art. 6 modifié par la loi du 15 novembre 1908) (2).

(1-2) Avant la loi du 15 novembre 1908, l'éligibilité aux conseils de prud'hom-

1398. Les membres des conseils de prud'hommes sont élus pour six ans et renouvelés par moitié tous les trois ans (art. 4). Le sort détermine, après la création d'un conseil, ceux des membres qui sortiront au bout de trois ans (L. 1907, art. 11). Les membres des conseils de prud'hommes sont indéfiniment rééligibles, à la différence des juges des tribunaux de commerce (Cpr. n° 1353, L. 1907, art. 11, dern. alin.).

Les conseils de prud'hommes sont composés d'un nombre égal, pour chaque catégorie, d'ouvriers ou d'employés et de patrons. Il doit y avoir au moins deux prud'hommes patrons et deux prud'hommes ouvriers ou employés dans chaque catégorie (L. 27 mars 1907, art. 7).

Le corps électoral est lui-même divisé en deux. Les prud'hommes ouvriers ou employés sont élus par les électeurs ouvriers ou employés, les prud'hommes patrons par les électeurs patrons, réunis dans des assemblées distinctes présidées chacune par le juge de paix ou un de ses suppléants (1) (L. 1907, art. 8). Les élections ont lieu au scrutin de liste et par catégorie (2)

Les prud'hommes réunis en assemblée générale de section sous la présidence du doyen d'âge, élisent parmi eux, au scrutin secret, à la majorité absolue des membres présents, un président et un vice-président (3). Quand le président est choisi parmi les prud'hommes ouvriers ou employés, le vice-président ne peut l'être que parmi les prud'hommes patrons et réciproquement. Le président doit être alternativement un ouvrier ou employé ou un patron. Le sort décide si c'est un patron ou si c'est un ouvrier ou employé qui préside le premier (4). Le président et le vice-président sont élus pour une année ; ils sont rééligibles sous la condition d'alternance qui vient d'être indiquée (L. 27 mars 1907, art. 17, 18 et 19).

1399. Il ne peut exister dans chaque ville qu'un conseil de prud'hommes. Le conseil peut être divisé en sections subdivisées en catégories. Les catégories d'ouvriers et les catégories d'employés sont

mes n'était pas admise pour les femmes : l'article 6 primitif de la loi du 27 mars 1907 parlait des électeurs *hommes*, etc..:

(1) Quand il y a plusieurs bureaux, le préfet peut désigner un maire ou un adjoint pour présider un ou plusieurs bureaux (art. 8, dern. alin.).

(2) V., pour la formation des listes électorales, les réclamations ou protestations contre ces listes et les élections, la loi du 27 mars 1907 (art. 10 à 16).

(3) V., sur le cas où il n'y a pas de résultat aux deux premiers tours de scrutin et où il y a partage au troisième, l'article 17, 2e alin., de la loi du 27 mars 1907.

(4) V. un cas exceptionnel où le président et le vice-président sont pris tous deux soit parmi les prud'hommes ouvriers ou employés, soit parmi les prud'hommes patrons dans l'article 17, 2e alin., de la loi du 27 mars 1907.

classées dans des sections distinctes. Chaque section est autonome (1).

Les présidents et vice-présidents des sections se réunissent chaque année pour élire parmi les premiers le président du conseil de prud'hommes qui est chargé des rapports avec l'Administration, et, entre les sections, de l'administration intérieure et de la discipline générale (L. 27 mars 1907, art. 25).

1400. Il est attaché à chaque conseil un ou plusieurs secrétaires et, s'il y a lieu, un ou plusieurs secrétaires adjoints nommés par décret rendu sur la proposition du ministre de la Justice et sur une liste de trois candidats arrêtée en assemblée générale à la majorité absolue. Le secrétaire joue le rôle de greffier (L. 1907, art. 24).

1401. Chaque section des conseils de prud'hommes est divisée en deux bureaux : 1° *un bureau de conciliation* (2) ; 2° *un bureau de jugement* (art. 20).

Le *bureau de conciliation* est composé d'un prud'homme ouvrier ou employé et d'un prud'homme patron ; la présidence appartient alternativement à chacun d'eux suivant un roulement établi par le règlement particulier de chaque section (art. 21). Les séances du bureau de conciliation qui ont lieu au moins une fois par semaine, ne sont pas publiques (art. 22).

Le *bureau de jugement* se compose d'un nombre toujours égal de prud'hommes patrons et de prud'hommes ouvriers ou employés y compris le président ou le vice-président siégeant alternativement. Ce nombre est au moins de deux patrons et de deux ouvriers ou employés (art. 23).

Les délibérations du bureau de jugement sont prises à la majorité des membres présents. Par cela même que les deux éléments dont se compose ce bureau sont en nombre égal et que, trop souvent, les prud'hommes patrons sont disposés à donner gain de cause au patron et les prud'hommes ouvriers ou employés à l'ouvrier ou employé, le partage est fréquent. En cas de partage, l'affaire est renvoyée dans le plus bref délai devant le même bureau du jugement présidé par le juge de paix de la circonscription ou l'un de ses suppléants (art. 23) (3).

(1) Le Conseil des prud'hommes de Paris qui comprend tout le département de la Seine, est divisé en cinq sections dites du bâtiment, des métaux et industries diverses, des produits chimiques, des tissus, du commerce. Chaque section comprend plusieurs catégories. V. décret du 23 mars 1908.

(2) On emploie parfois aussi l'expression *bureau particulier* pour désigner le bureau de conciliation et *bureau général* pour désigner le bureau de jugement.

(3) Il y a là une innovation que la loi du 27 mars 1907 a empruntée à la loi du 15 juillet 1905. Avant la loi de 1905, il n'y avait jamais aucun magistrat de

B. — *Compétence des conseils de prud'hommes.*

1402. Les conseils de prud'hommes qui avaient une compétence à la fois *civile* et *pénale*, n'ont plus de compétence qu'en matière civile.

Ils connaissent des différends s'élevant à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage, dans le commerce et dans l'industrie, entre les patrons ou leurs représentants et les employés, ouvriers et apprentis, de l'un et l'autre sexe qu'ils emploient. La loi de 1907 a considérablement étendu la compétence des prud'hommes en l'admettant pour les industries extractives et pour le commerce.

Ils statuent aussi sur les différends entre ouvriers à l'occasion du travail (art. 1, 3e alinéa).

Mais ils ne peuvent connaître des actions en dommages-intérêts motivés par des accidents dont les ouvriers ou employés ou apprentis auraient été victimes (art. 1, 4e alinéa).

En ce qui concerne les différends entre les ouvriers et leurs patrons, les conseils de prud'hommes sont compétents, quel que soit le chiffre de la demande. Pour les différends entre des employés et leurs patrons, la compétence n'appartient aux conseils de prud'hommes que si ce chiffre n'excède pas 1.000 francs. Dans le cas contraire, la compétence appartient aux *tribunaux ordinaires* (L. 1907, art. 32). Cette expression n'est pas claire et donne naissance à une difficulté signalée plus haut. V. n° 1365.

Les jugements des conseils de prud'hommes sont en dernier ressort, sauf du chef de la compétence, lorsque le chiffre de la demande n'excède pas 300 francs en capital (L. 1907, art. 32, 1er).

Les conseils de prud'hommes connaissent de toutes les demandes reconventionnelles ou en compensation qui, par leur nature, rentrent dans leur compétence (art. 33, 1er alin.) (1).

1403. Il s'en faut qu'il y ait des conseils de prud'hommes partout. Dans les lieux où il n'en existe pas, les juges de paix connaissent des contestations entre patrons et ouvriers ou entre patrons et employés. Ils statuent sans appel jusqu'à la valeur de 300 francs et à charge d'ap-

profession siégeant dans les conseils de prud'hommes. Le partage n'était pas à craindre, parce que le bureau de jugement était composé de cinq personnes, savoir, deux patrons, deux ouvriers et le président ou le vice-président.

V., pour les détails sur le juge de paix appelé à départager les prud'hommes, L. 27 mars 1907, art 23.

(1) V. les dispositions développées de l'article 33 de la loi du 27 mars 1907 relatives à l'appel quand il y a des demandes reconventionnelles.

pel à quelque valeur que la demande puisse monter (L. 12 juillet 1905, art. 5-1°). V., sur la procédure à suivre alors devant le juge de paix, n° 1404, à la fin.

La compétence *ratione personæ* des conseils de prud'hommes est fixée, pour le travail dans un établissement, par la situation de cet établissement et, pour le travail en dehors de tout établissement, par le lieu où l'engagement a été contracté. Quand le conseil est divisé en sections, la section compétente est déterminée par le genre de travail, quelle que soit la nature de l'établissement (art. 41). Ainsi, c'est la profession du travailleur qui sert à fixer la section compétente. Avant la loi du 27 mars 1907, on s'attachait, au contraire, à la profession du patron.

C. — *Procédure devant les conseils de prud'hommes.*

1404. Dans toute affaire, il y a nécessairement une tentative de conciliation.

Les parties peuvent toujours (art. 28) se présenter volontairement devant le bureau de conciliation. Sinon, le défendeur est appelé devant ce bureau par une simple lettre du secrétaire qui jouit de la franchise postale. Cette lettre, au lieu d'être envoyée par la poste, peut être portée par le demandeur (art. 27).

Si, au jour fixé par la lettre, le demandeur ne comparaît pas, la cause est rayée du rôle et ne peut être reprise qu'après un délai de huit jours. S'il y a non-comparution du défendeur, ou si la conciliation n'a pu avoir lieu, l'affaire est renvoyée à la prochaine audience du bureau de jugement, à moins que les parties ne consentent à être immédiatement jugées par ce bureau (art. 20 et 30).

Sauf dans ce dernier cas, le secrétaire convoque les parties, soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par ministère d'huissier. Le délai de comparution est d'un jour franc (art. 30). Devant le bureau de conciliation et devant le bureau de jugement, les parties peuvent se faire assister et, en cas d'absence ou de maladie, se faire représenter par un ouvrier ou employé ou par un patron exerçant la même profession. Les chefs d'entreprises industrielles ou commerciales peuvent toujours se faire représenter par le directeur-gérant ou par un employé de leur établissement. Le mandataire doit être pourvu d'un pouvoir sur papier libre.

Si, au jour fixé, l'une des parties ne comparaît pas, la cause est jugée par défaut (art. 31).

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par un avocat

inscrit au barreau ou par un avoué exerçant près le tribunal civil de l'arrondissement. L'avocat et l'avoué sont dispensés de présenter une procuration.

Les parties peuvent déposer des conclusions écrites, mais elles ne peuvent faire signifier aucune défense.

Si la demande est supérieure à 300 francs, il peut être fait appel du jugement devant le tribunal civil (art. 34, 1er alin.).

Les délais d'appel sont très courts. L'appel n'est recevable ni avant les trois jours qui suivent celui de la prononciation du jugement, à moins qu'il y ait lieu à exécution provisoire, ni après les dix jours qui suivront la signification (art. 34, 2e alin.).

Les jugements susceptibles d'appel peuvent être déclarés exécutoires par provision, avec dispense de caution jusqu'à concurrence du quart de la somme, sans que ce quart puisse dépasser 100 francs. Pour le surplus, l'exécution provisoire peut être ordonnée à la charge par le demandeur de fournir caution (art. 32, dern. alinéa).

L'appel est instruit et jugé comme en matière commerciale, sans assistance obligatoire d'un avoué. Si les parties ne comparaissent pas en personne, elles ne peuvent être représentées que dans les mêmes conditions que devant le conseil des prud'hommes. Le tribunal civil doit statuer dans les trois mois à partir de l'acte d'appel (art. 34).

Les jugements rendus en dernier ressort par les conseils de prud'hommes peuvent être attaqués par la voie du recours en cassation pour excès de pouvoir ou violation de la loi (art. 35, 1er alin.). Comme il y a toujours lieu à appel pour incompétence, le pourvoi en cassation n'est pas recevable. Quant aux jugements des tribunaux civils ayant statué sur l'appel, ils peuvent être attaqués par la voie du recours en cassation pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Les pourvois sont portés directement devant la Chambre civile ; celle-ci doit statuer dans le mois qui suit la réception des pièces (art. 35).

Les demandes qui sont de la compétence des conseils de prud'hommes et dont les juges de paix sont saisis dans les lieux où ces conseils ne sont pas établis, sont formées, instruites et jugées, tant devant la juridiction de première instance que devant les juges d'appel ou la Cour de cassation, conformément aux règles établies par les dispositions de la loi du 27 mars 1907, titre II, art. 26 à 43 (Disposition ajoutée à l'article 40 de la loi du 27 mars 1907 par la loi du 13 novembre 1908).

BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT IMPRIMÉS

TABLE ANALYTIQUE.

BIBLIOTECA NACIONAL
R.F.

Les chiffres renvoient aux paragraphes, sauf quand ils sont précédés de la lettre p. ; alors ils désignent la page. La lettre n. précède l'indication des notes.

A

ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. Faculté accordée au propriétaire du navire, 879-881 ; — effet, 882.

ABORDAGE MARITIME. Définition, 960 ; — règle générale, 961 ; — abordage fortuit ou fautif, 962 ; — abordage mixte, 963 ; — faute commune, 964 ; mesures préventives et répressives, 964 *bis* ; prescription, 965 ; compétence relative, 965 *bis*.

ABSENTS (Contrat entre). Vente par correspondance, 410 ; — vente par intermédiaire, 411.

ACCEPTATION. Lettre de change, idée générale, 619 ; — comment elle est requise, 620 ; — formes, 621-622 ; — effets, 623-625 ; — refus et conséquences, 626-632 ; — acceptation par intervention, 633-636.

ACCESSOIRE (Théorie de l'), 38.

ACHAT. Caractère commercial, 22.

ACTES DE COMMERCE. Intérêts de la distinction, 18 ; — actes commerciaux par eux-mêmes, 20 et suiv. ; — actes commerciaux à raison de la qualité des parties, 37 et suiv.

ACTES MIXTES, 25 ; — règle pour la preuve, 403 ; — compétence, 1360.

ACTES SOUS SEING PRIVÉ. Règles suivies en matière commerciale, 388-389.

ACTEUR. Nature de son engagement, 37.

ACTION. Différence avec l'intérêt, 178 ; — nature propre, 192 ; — comparaison avec l'obligation, 194 et 197 ; — indivisibilité, 198 ; — titres nominatifs et titres au porteur, 199 et suiv. ; — paiement des dividendes continué après sortie au tirage, 220 ; — impôts, 221 et suiv. ; — montant minimum des actions, 232 ; — libération intégrale ou versement du quart, 234-237 ; — augmentation du capital, 249 ; — quand les actions sont négociables, 250 ; — règles spéciales aux actions représentant des apports en nature, 251-252, 357 *bis* ; — quand les actions peuvent être au porteur, 253-260 ; — règles particulières pour la société à capital variable, 319-320. — V. *Sociétés par actions, titres au porteur titres nominatifs, perte.*

ACTIONNAIRE. Droits, 181-186 ; obligations, 187-190 ; — responsabilité en cas de cession, 253-260 ; — prescription, 261 ; — procès contre le gérant ou les membres du conseil de surveillance, 281 ; — contre les administrateurs, 310 ; — application de la prescription quinquennale, 268.

ACTIONS D'APPORT, 237, 251, 357 *bis*.

ACTIONS DE PRIORITÉ (ou *de préférence*, ou *privilégiées*), 276, 278, 307 *ter*.

ACTIONS SOCIALES, ACTIONS INDIVIDUELLES, 281.

ADMINISTRATEURS. Société anonyme, responsabilité en cas de nullité, 289-291 ; — nomination, 295 ; — pouvoirs, 296 ; — responsabilité, 296.

ADMISSION PROVISOIRE ou PROVISIONNELLE. En matière de faillite et de liquidation judiciaire, 1140.

AFFIRMATION. Obligation des créanciers dans la faillite, 1137. V. *Vérification des créances.*

AFFRÈTEMENT. Définition, 917 ; — différentes espèces, 918 ; — qui peut fréter un navire, 919 ; — charte-partie, 920-921 ; — obligations du fréteur, 922-928 ; — obligations de

l'affréteur, 929-936 ; — résiliation de l'affrètement, 937 ; — privilèges du fréteur et de l'affréteur, 938 ; — prescription et fin de non recevoir, 939.

AGENCE D'AFFAIRES. Caractère commercial, 29.

AGENT DE CHANGE. Responsabilité à raison de la vente de titres perdus ou volés, 215 ; — nomination, 807 ; — parquet, 808 ; — sociétés pour l'exploitation des charges, 809 ; — chambres syndicales, règlements, 810 ; — attributions, 811 ; — négociation de valeurs mobilières, 812 ; — admission à la cote officielle, 813 ; — étendue du monopole, 814-817 ; — immixtion dans les fonctions d'agent de change, 818-822 ; — opérations directes, p. 607, *en note* ; — obligations spéciales des agents, 823-824 : — obligation au secret, 825 ; — bordereaux, récépissés, 826 ; — prohibitions, 828 ; — banqueroute, 829 ; — opérations faites par les agents, 830 et suiv. ; — mode d'exécution, liquidation, 840 ; — couverture, exécution, caisse commune, solidarité, 841 ; — question du monopole, 1034, en note.

AGRÉÉS. Tribunal de commerce, 1356 ; — preuve du mandat, 1377 ; — désaveu, 1378.

AMORTISSEMENT. Actions, 181 ; — obligations, 194, *e. f.*

ANATOCISME. Compte-courant, 797.

APPEL. Jugements des tribunaux de commerce, 1390-1391 ; — jugement déclaratif de la faillite, 1051-1052 ; — jugement de liquidation judiciaire, 1286-1287 ; — jugement des prud'hommes, 1404.

APPORT. Élément de la société, 110 ; — apport d'un commanditaire, 164.

APPORTS. Actions qui les représentent, règles spéciales, 237, 251-252 ; — évaluation des apports en nature, 239-243.

ARBITRAGE FORCÉ. Suppression, 376.

ARBITRES-RAPPORTEURS. Tribunaux de commerce, 1384.

ARMATEUR. Définition, 876 ; — responsabilité, 879-884 ; — obligations envers les gens de mer, 892-899.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. *Commandites par actions* : diverses espèces d'assemblées, 275 ; — conditions de validité, 276 ; — assemblées ordinaires, 277 ; — assemblées extraordinaires ; 278, 278 *bis* ; — *Société anonyme* : règles générales, 301-302 ; — assemblées ordinaires, 303 ; — assemblées constitutives, 304 ; — assemblées extraordinaires, 305-307 *ter* ; — actions de priorité, 307 *ter*.

ASSISTANCE EN MER, 964 *ter*.

ASSOCIATION EN PARTICIPATION. Caractère distinctif, 325-326 ; — opérations qu'elle peut avoir pour objet, 327 ; — preuve, 328 ; — défaut de personnalité, 329 ; — fonctionnement, 330-334.

ASSURANCE MARITIME. Généralités, 966-970 ; — éléments du contrat, 972 ; — risques, 973 ; — chose assurée, 974 ; — assurance des navires, 975 — des marchandises, 976 ; — prêteurs et emprunteurs à la grosse, 977-978 ; — gens de mer, 979 ; — assurés, 980 ; — assureurs, réassurances, 981 ; — prime, 982 ; — police, 983 ; — obligations de l'assureur, 985-989 ; — délaissement et action d'avaries, 990-1001 ; — franchises, 1002 ; — assurances partielles, 1003 ; — comparaison du délaissement et du règlement par avaries, 1004 ; — prescription et fin de non-recevoir, 1005 ; — obligations de l'assuré, 1006-1007 ; — conflit entre le prêt à la grosse et l'assurance, 1013 ; — comparaison avec le prêt, 1016 ; — droits des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance, 1020.

ASSURANCES. Idée générale, 36 ; — quand elles sont des actes de commerce ou des actes civils, 36 *bis*.

ASSURANCES CONTRE LES ACCIDENTS DU TRAVAIL. Surveillance et contrôle, 312.

ASSURANCES SUR LA VIE. Surveillance et contrôle, 312.

ASSURANCES TERRESTRES. Caractère commercial, 36 *bis*.

AUBERGISTE. Compétence, 1006.

AVAL, 637-639.

AVANCES SUR TITRES. Règles spéciales à la Banque de France et au Crédit Foncier, 445-447 ; — règles applicables aux banques non privilégiées, 448.

AVANTAGES PARTICULIERS. Appréciation dans les commandites par actions, 229-243 : — dans les sociétés anonymes, 283-5°.

AVARIES. Idée générale, 940 ; — caractère, 941 ; — classification, 942 ; — *avaries communes*, 944-945 ; — énumération, 947-951 ; — règlement et contribution, 955-957 ; — *avaries*

particulières, 958-959 ; — abordage, 960-965 : — *assurance*, délaissement et action d'avaries, 990-999 ; — avaries particulières, 1000 ; — — avaries communes, 1001 ; — prescription de l'action d'avaries, 1005.

B

BAILLEUR. Situation en cas de faillite : historique, 1220-1221 ; — suspension des voies d'exécution, action en résiliation, 1222 ; — droit de relocation, 1224 ; — application des dispositions spéciales, 1225.

BANQUE (Opérations de). Caractère commercial, 34 ; — idée générale, 751 ; — dépôts, 752-753 ; recouvrement d'effets de commerce, 754 ; — escompte, 755 ; - souscription de titres, 757 ; — émission de billets, 758 ; — prêts, avances, taux de l'intérêt, 760-761 ; – nature de l'escompte, 762 ; — droit de change, effets bancables, 762 ; — ouverture de crédit, 764-765. — V. *Banque de France. Compte-courant.*

BANQUE DE FRANCE. Avances sur titres, 446 : — origine et durée de son privilège, 767 ; – opérations diverses qu'elle fait, 768 ; — limite de l'émission, 770 ; — nature du billet de banque, 771 ; — perte ou vol, 772.

BANQUEROUTE. Peut-elle exister sans jugement déclaratif, 1058 ; — conditions générales, 1250 ; — banqueroute simple, 1251 ; — banqueroute frauduleuse, 1252 ; — tentative et complicité, 1253 ; — peines, 1254 ; — procédure, 1255 ; — frais de poursuite, 1256 ; — administration des biens, 1257-1258

BANQUES. Différentes espèces, 759. — V. *Banque* (Opérations de), *Banque de France.*

BANQUES PUBLIQUES, 34 et 750. — *Banque de France.*

BÉNÉFICES. Élément de la société, 111 ; — répartition, 115-119. — V. *Dividendes.*

BIENS RÉSERVÉS. Femme mariée commerçante, 65 *bis* et suiv.

BILAN. Faillite, 1042 ; — liquidation judiciaire, 1278.

BILLET A DOMICILE, 714.

BILLET A ORDRE. Idée générale, 575 ; — forme, 710 ; — ressemblances avec la lettre de change, 711 ; — différences, 712 ; — omission ou supposition, 713 ; — billet à domicile, 714 ; — timbre, 716 ; — enregistrement, 717-718 ; — conflits de lois, 719-724 ; — compétence, 1361.

BILLET AU PORTEUR. Nature juridique, 773.

BILLET DE BANQUE. Privilège de la Banque de France, 767 ; — limite de l'émission, 770 ; — nature du billet, cours légal ou forcé, 771 ; — perte ou vol, 772.

BORDEREAU. Arrêté d'un agent de change ou d'un courtier, mode de preuve, 390 ; — obligation des agents de change, 826.

BORNAGE. Navigation, 870.

BOURSE (Opérations de). Idée générale, 830 ; — variations des cours, 831 ; — marchés au comptant, 833 ; — marchés à terme, 834-836 ; — marchés fermes, 837 ; — marchés à prime, 838 ; — reports, 839 ; — mode d'exécution, liquidation 840-841 ; — légalité des marchés à terme, 842-845 ; — nature du report, 846 ; — opérations des bourses de marchandises, 848.

BOURSES DE COMMERCE. Idée générale, 802-803 ; — deux catégories d'opérations, 805 ; — bourses d'effets publics, 806 et suiv. ; — bourses de marchandises, 848 et suiv. — V. *Agent de change, Bourse* (opérations de), *Marchés à terme*

C

CABOTAGE. Navigation, 870.

CAISSE DE PRÉVOYANCE ENTRE LES MARINS FRANÇAIS, 887.

CAISSE DES INVALIDES DE LA MARINE. 887.

CAPITAINE. Importance de son rôle, 902 ; — nomination, 903 ; — congédiement, 904 ; — responsabilité, 905-907 ; — droits et devoirs avant le départ, 909-912 ; — obligations en cours de voyage, 913-915 ; — obligations à l'arrivée, 916 ; — affrètement, 919 ; — chapeau du capitaine, 936.

CAUTION. Situation en cas de concordat, 1158-1159 ; — droits à l'égard de la masse et du débiteur, 1240-1247.

CAUTION JUDICATUM SOLVI, 1372.

CAUTIONNEMENT. Caractère commercial, 41.

CESSATION DES PAIEMENTS. Condition pour la faillite, 1036 ; — fixation de la date, 1046 ; — voies de recours, 1053-1055 ; — effets de

la cessation de paiements sans déclaration de faillite, 1058.

CHANGE. Idée générale, 35 et 567 ; — cours du change, 572 ; — droit de change, 763. — V. *Rechange*.

CHANGEUR. Opérations, 847.

CHARGEUR. Commerce maritime, 877.

CHARTE-PARTIE. Définition, 920 ; — mentions, 921. — V. *Affrètement*.

CHEMINS DE FER. Motifs des règles spéciales, 552 ; — homologation et égalité des tarifs, 553-554 ; — fixité, 555 ; — mesures de publicité, 556 ; — différentes espèces, 557-563 ; — délais du transport, 564. — V. *Tarifs*.

CHÈQUE. Idée générale, 576 ; — historique, 725-730 ; — définition et nature, 731-732 ; — mentions, 733 ; — date, 734 ; — époque de paiement, 735 ; — bénéficiaire du chèque, 736 — ; provision, 737-739 ; — droits et devoirs du porteur, 740-743 ; — provision insuffisante, 739 *bis* ; — chèques tirés de l'étranger ou sur l'étranger, 744 ; — prescription, 745 ; — comparaison avec la lettre de change, 746-747 ; — chèque-récépissé, 758.

CLAUSE COMPROMISSOIRE, 377 et 983.

CODE DE COMMERCE Sa confection, 10 ; — divisions, 11 ; — lois postérieures, 12.

CLAUSE DE RETOUR SANS FRAIS. V. *Retour sans frais*.

CODES ÉTRANGERS, 14.

COFFRES FORTS. Location par les banquiers, 752.

COMMANDITAIRE. Droits et obligations, 161-163 ; — nature commerciale de l'obligation, 165 ; — action directe des créanciers, 166 ; — dividendes fictifs, 167 et 279 ; — actes interdits, 168-169 ; — sanction de la défense, 170.

COMMANDITE. Origine, 157 ; — 1° *Commandite en général*, caractères communs, 159 ; - preuve et publicité, 160 ; — droits et obligations des commanditaires et des commandités, 161-167 ; — administration de la commandite, 168-170 ; — 2° *Commandite par intérêts*, 172 ; — intérêt à les distinguer des commandites par actions. 172 et p. 131, n. 1 ; — publicité, 173 , — constitution et administration, 174.

COMMANDITE PAR ACTIONS. Conditions de sa constitution, 231 ; — montant minimum des actions. 232 ; — souscription intégrale du capital, 233 ; — libération intégrale ou versement du quart, 235-237 ; — déclaration du gérant, 238 ; — évaluation des apports en nature, 239-243 ; — nomination d'un conseil de surveillance, 244 ; — preuve de la société. 246 ; — publicité, 247 ; — augmentation du capital, 248 ; — société constituée sans appel au public, 249 ; — négociation des actions, 250-252 ; — quand les actions peuvent être au porteur et quelle est la responsabilité des souscripteurs, cessionnaires et titulaires, 253-261 ; — nullité de la société, 262 ; — caractère de cette nullité, 263-264 ; — responsabilités pécuniaires, 265-267 ; — sanctions pénales, 268 ; — questions transitoires, 268 *bis* ; — fonctionnement de la société : gérant, 270 ; — conseil de surveillance. 271-274 ; — assemblée générale, 275-278 ; — distribution de dividendes fictifs, 279-280 ; - procès entre les actionnaires et le gérant ou le conseil de surveillance, 281.

COMMANDITÉ. Droits et obligations, 161-163.

COMMERÇANT. Présomption applicable à ses actes, 43 ; — intérêts de la distinction avec le non-commerçant, 45 ; — qui est commerçant, 46-50 ; — interdictions, 52 ; — incapacités, 53 ; — mineur, 54-59 ; — femme mariée, 60-67 ; — interdit, prodigue, 77 ; — obligations spéciales des commerçants, 78 et suiv. ; — mise en faillite ou en liquidation judiciaire, 1035.

COMMERCE. Définition, 2 et 3 ; — principe de la liberté, 51 ; — restrictions, 52 ; — capacité requise, 53 et suiv. ; — continuation en cas de faillite, 1175 ; — en cas de liquidation judiciaire. 1294. — V. *Actes de commerce, commerçant*.

COMMERCE MARITIME Caractère commercial de ses opérations, 36.

COMMETTANT. Obligations, 483-484 ; — garantie de ses droits, 498.

COMMIS. Contrat avec le patron, caractère, 500-501 ; — obligations, 502 ; — prescription et privilège, 503 et 1207 ; — fin du contrat, 504-505 ; — compétence, 1365 et 1402.

COMMIS-VOYAGEUR. Vente. formation du contrat, 411. — V. *Commis*.

COMMISSAIRE. COMMISSAIRE

DE SURVEILLANCE. COMMISSAIRE DES COMPTES. Société anonyme, 299-300.

COMMISSION. Caractère commercial, 32 ; — différences avec le mandat, 471 ; — caractère distinctif, 472 ; — opérations qu'elle a pour objet, 473 ; — importance pratique, 474 ; — obligations du commissionnaire, 476-481 ; — commissionnaire ducroire, 482 ; — obligations du commettant, 483-484 ; — effets à l'égard des tiers des actes du commissionnaire, 485-488 ; — garanties des droits du commissionnaire et du commettant, 490-497, 1200, 1201 et 1218 ; — lettre de change tirée pour compte, 594.

COMMISSIONNAIRE. Obligations générales, 476 ; — exécution des ordres du commettant, 477-480 ; — obligation de rendre compte, 481 ; — commissionnaire ducroire, 482 ; — droit de commission, 484 ; — effets à l'égard des tiers des actes du commissionnaire, 485-488 ; — garantie des droits du commissionnaire, 490-497, 1200, 1201, 1218.

COMMISSIONNAIRE DE TRANSPORTS. Utilité, caractères, 508 ; — responsabilité, 518.

COMPENSATION D'ARMEMENT, 865 et p. 651, n. 1.

COMPÉTENCE. Action en responsabilité contre les membres du conseil de surveillance des commandites par actions, 274 ; — en restitution de dividendes fictifs, 279 *bis* : — actions entre préposant et préposé, 500, 1364, 1402 ; — déclaration de faillite, 1040 ; — mise en liquidation judiciaire, 1274 ; — compétence *ratione materiae* des tribunaux de commerce, 1358-1366 ; — *ratione personae*, 1370-1372 ; — conseil des prud'hommes, 1401-1402.

COMPTABLES. Deniers publics, billets, 1364.

COMPTE-COURANT. Généralités, 774-779 ; — définition et nature, 780-782 ; — effets du compte pendant sa durée, 784 ; — transmission de propriété, 785-786 ; — condition *sauf encaissement*, 787-790 ; — effet novatoire, 791 ; — unité et indivisibilité du compte, 792-793 ; — cours des intérêts, anatocisme, 794-797 ; — droit de commission, 798 ; — clôture du compte, 799-800 ; — solde du compte, 801.

CONCORDAT. Idée générale, 1146 ; — conditions, 1147 ; — majorités exigées, 1148-1151 ; — homologation, 1152-1153 ; — absence de banqueroute frauduleuse, 1154 ; — effets : cessation du dessaisissement, 1156 ; — remise partielle, 1157-1158 ; — situation de la caution, 1159 ; — absence de novation, 1160 ; — questions de réduction et de rapport, 1161 ; — à qui le concordat est opposable, 1162 ; — obligations délictuelles ou quasi-délictuelles, jugement postérieur à l'homologation du concordat, p. 883, n. 1 ; — annulation, 1165 ; — résolution, 1166 ; — règles communes, 1167 ; — différences, 1168 ; — déclaration d'une seconde faillite, 1169 ; — concordat amiable, 1170 ; — liquidation judiciaire, 1314 ; — concordat en cas de société, 1333-1334 ; — concordat obtenu à l'étranger, *exequatur* du jugement d'homologation, 1344.

CONCORDAT AMIABLE. Avant faillite, 1170 ; — après faillite, 1170 *bis*.

CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF. Idée générale, 1190 ; — formation, 1191 ; — effets, annulation, 1192 ; — liquidation judiciaire, 1315.

CONNAISSEMENT. Définition, 920 ; — forme, utilité, force probante, 925.

CONSEIL D'ADMINISTRATION. Société anonyme, 265.

CONSEIL DE SURVEILLANCE. Nomination dans la commandite par actions, 244 ; — rôle du premier conseil, 245 ; — responsabilité à raison de la nullité de la société, 266-267 ; — attributions, 272 ; — responsabilité, 273-274.

CONSEIL JUDICIAIRE. Ceux qui en sont pourvus ne peuvent faire le commerce, 77.

CONSEILS DE PRUD'HOMMES. V. *Prud'hommes*.

CONSIGNATAIRE. Commerce maritime, 877.

CONSTITUTION DE DOT. Faillite, période suspecte, nullité, 1112, 1112 *bis*.

CONTRAINTE PAR CORPS. Suppression, conséquences, 18 *bis in fine*, p. 24.

CONTRAT A LA GROSSE. V. *Prêt à la grosse*.

CONTRATS SYNALLAGMATIQUES. Effets sur eux de la faillite d'un contractant, 1225 *bis*.

CONTRE-PARTIE. Commission, 480 ; — coulisse, 480 *bis*.

CONTRIBUTION. Avaries communes, 952 et suiv.

CONTROLEURS. Faillite, 1127 ; — liquidation judiciaire, 1305.

CONVENTION INTERNATIONALE du 14 octobre 1890, pour le transport international des marchandises par chemins de fer, 564.

CONVERSION. Titres nominatifs ou au porteur, 202 ; — droit de mutation, 223, *in fine*.

CORRESPONDANCE. — Mode de preuve, 302 ; — vente par correspondance, 410.

COTE. Bourse, 813.

COULISSE, COULISSIERS. Bourse, 820.

COURTAGE. Caractère commercial, 33 ; — cas où il est libre, 849. — V. *Courtier*.

COURTIER. Caractère, 848 ; — courtiers libres, 849 ; — règles communes aux courtiers privilégiés, 850-851 ; — courtiers d'assurances maritimes, 852 ; — courtiers maritimes, 853 ; — courtiers de marchandises, 855-857 ; — courtiers assermentés, 858 ; — ventes opérées par les courtiers, 859.

CRÉANCIERS. Droits sur les navires, 1809 et suiv. ; — voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite, 1050-1052, et contre la fixation de la date de la cessation des paiements, 1053 1055 ; — suspension des poursuites individuelles, 1068-1069 ; — rôle dans la faillite, 1128 ; — vérification des créances, 1134 1143 ; — créanciers de la masse et créanciers dans la masse, 1144 et 1175 ; — vote du concordat, 1149 ; — répartitions entre les créanciers, 1180-1181 ; — droits respectifs des créanciers hypothécaires, privilégiés, chirographaires, 1182-1186 ; — droits après la clôture de l'union, 1188 1189. et la clôture pour insuffisance d'actif, 1196-1197 ; — privilèges généraux, 1207 ; — créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement, 1240-1247 ; — infractions commises par les créanciers du failli, 1262 ; — ne peuvent demander la mise en liquidation judiciaire, 1275-1276 ; — représentation de la masse, 1299 ; — suspension des poursuites individuelles, 1300 ; — situation générale, 1306 ; — délibérations, arrangements, 1312-1316 ; — créanciers étrangers, 1339. — V. *Bailleur, Vendeur, Hypothèque, Privilège, Gage*.

CRÉDIT AGRICOLE. Sociétés, 340 et suiv.

CRÉDIT FONCIER DE FRANCE. Avances sur titres, 447.

D

DATE CERTAINE. Règle en matière commerciale, 388.

DATION EN PAIEMENT. Nullité en cas de faillite, 1096-1100 ;

DÉBALLAGE. V. *Ventes au déballage*.

DECHEANCES. Lettres de change, porteur négligent, 686-694 ; — chèque, 712-713.

DÉCLARATION DE FAILLITE. Conditions, 1034 ; — qualité de commerçant, 1035 ; — cessation des paiements, 1036 ; — faillite après décès, 1037, ou cessation de commerce, 1038 ; — tribunal compétent, 1040 ; — faillite déclarée sur l'aveu du failli, 1042, à la requête des créanciers, 1043, ou d'office, 1044 ; — caractère du jugement déclaratif, 1045 ; — fixation de la date de la cessation des paiements, 1046 ; — publication et exécution du jugement 1047 ; — voies de recours, 1048-1052 ; — effets du jugement déclaratif, 1057 et suiv.

DÉCONFITURE. Idée générale, 1031.

DÉFAUT. V. *Jugement*.

DÉLAISSEMENT. Assurance maritime, 990 ; — cas où il peut être fait, 992 ; — ce qu'il doit comprendre, 993-994 ; — effets, 995 — délais, 996 ; — formes, 997 ; — preuve à faire par l'assuré, 998 ; — comparaison avec le règlement par avaries, 1004.

DÉLITS Commis dans les commandites par actions, 268.

DÉLIVRANCE. Obligation du vendeur, 412-414.

DÉPOTS. Chez les banquiers, 752-753.

DESSAISISSEMENT. Effet de la faillite, 1059 ; — quand et comment il se produit, 1060-1061 ; — ses conséquences, 1062 ; — biens auxquels il s'applique, 1063-1065 ; — exercice des actions en justice, 1066-1067 ; — cessation par le concordat, 1156 ; — règle en cas de liquidation judiciaire, 1290.

DESTINATAIRE. Obligations, 540-542. — V. *Transport* (contrat de).

DIRECTEUR. Société anonyme, 298.

DISSOLUTION. Causes pour les sociétés commerciales, 345 358 ; — publication 559 ; — mise en faillite ou en liquidation judiciaire d'une société dissoute, 1336

DIVIDENDES. Paiement continué après que l'action est remboursable. 220 ; — dividendes *fictifs*, conséquences de la distribution, 279 ; — quand y a-t-il des dividendes réels. 280, aj. 309 ; — actions en restitution de dividendes fictifs, compétence, 279 *bis*.

DOMICILIATAIRE, 592.

DOMMAGES-INTERÊTS. Estimation en matière commerciale, 380.

DONATIONS. Nullité en cas de faillite, 1094-1095 ; — donations en faveur de mariage, 1112 ; — avantages du failli à sa femme. 1237.

DROIT CIVIL. Complément du Droit commercial, 13 ; — application aux contrats commerciaux, 379 et suiv.

DROIT COMMERCIAL. Son utilité à côté du Droit civil, 4 ; — histoire, 6 et suiv. ; — sources actuelles : en France. 13 ; — dans les principaux Etats étrangers, 14.

DROIT COMMERCIAL ETRANGER, 14.

DROIT INDUSTRIEL. Définition, 5.

DROIT MARITIME. Divisions, 860 ; — sources anciennes et actuelles, 861-862.

DUCROIRE. Commissionnaire, 482 et 518.

DUPLICATA. Délivrance pour les titres nominatifs perdus, 204, *in fine* ; — pour les titres au porteur, 209 et 213 ; — pour la lettre de change, 656.

E

ECHÉANCES, 586 (1).

EFFETS BANCABLES, 763.

EFFETS DE COMMERCE. Idée générale, 565 et suiv. ; — revendication en cas de faillite, 202. — V. *Billet à ordre, chèque, lettre de change*.

EFFETS DE COMPLAISANCE, 574 *bis*, 575.

EFFETS DÉPLACÉS, 763.

EFFETS PUBLICS. Bourse, 812.

ENDOSSEMENT. Récépissé et warrant, 452 et 453 ; — lettre de change, but dans lequel il peut être fait. 596 ; — endossement translatif, 597 ; — formes, 598. ; — effets, 599-602 ; — endossement postérieur à l'échéance, 603 ; — endossement à titre de procuration. 604 et 607 ; — distinction des deux espèces d'endossement, 605 ; — endossement en blanc, 606 ; — endossement à titre de gage, 609 ; — application des règles sur l'endossement, 610 ; — situation des endosseurs au point de vue des déchéances, 691 et 693 ; — endossement du chèque, 736, *in fine*.

ENREGISTREMENT. Ventes commerciales, p. 22 *g* ; — ventes de fonds de commerce, 433 ; — lettre de change et billet à ordre, 717-718-722 ; — chèque, p. 545, n. 1.

ENTREPOTS. Ventes de marchandises, 427-428.

ENTREPRISE DE CONSTRUCTION. Caractère commercial, 27 *bis*.

ENTREPRISE DE FOURNITURES. Caractère commercial, 24.

ENTREPRISE DE MANUFACTURE, 27.

ENTREPRISE DE TRANSPORT. Caractère commercial, 28. — V. *Transport* (contrat de).

ESCOMPTE. Nature de l'opération, 574, 775 et 762 ; — escompte par la Banque de France, 768-770 ; — escompte dans les marchés à terme, 837.

ÉTRANGERS. Application de la faillite et de la liquidation judiciaire, 1338 ; — créanciers étrangers, 1339 ; — compétence à l'égard des étrangers, caution *judicatum solvi*, 1372.

EXCEPTIONS. Tribunal de commerce, 1380-1382.

EXCUSABILITÉ. Failli, 1188.

EXPÉDITEUR. Obligations, 540-543 ; — V. *Transport* (contrat de).

F

FACTURE. Mode de preuve, 391.

FAILLI. Son rôle, 1129 ; — secours en cas d'union, 1174 ; — excusabi-

(1) Une loi du 29 Octobre 1909 décide que, *lorsque la fête légale du 1er Novembre tombera un lundi, aucun paiement d'aucune sorte... ne peut être exigé... le lendemain 2 Novembre.*

lité, 1188 ; — incapacités, 1265 ; — réhabilitation, 1266-1270.

FAILLITES. Historique, 1026-1027 ; — idée générale de la matière, 1028-1031 ; — conditions d'une déclaration de faillite, 1034 ; — qualité de commerçant. 1035 ; — cessation des paiements, 1036 ; — faillite après décès, 1037, ou cessation de commerce, 1038 ; — tribunal compétent, 1040 ; faillite déclarée sur l'aveu du failli, 1042, à la requête des créanciers, 1043, ou d'office, 1044 ; — caractère et dispositions du jugement déclaratif, 1045-1046 ; — publication et exécution, 1047 ; — voies de recours, 1048-1056 ; — effets du jugement déclaratif, 1057-1058 ; — dessaisissement, 1059-1064 ; — suspension des poursuites individuelles, 1068-1069 ; — déchéance du terme, 1070-1074 ; — cessation du cours des intérêts, 1075-1078 ; — hypothèque de la masse, 1079-1081 ; — nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif, 1082-1088 ; — effets de la faillite sur les *actes antérieurs*, 1089-1090 ; — actes nuls de droit, 1091-1109 ; — nullités facultatives, 1110-1113 ; — paiement des lettres de change, 1114-1118 ; — jugements intervenus, 1119 ; — inscriptions prises en temps suspect, 1120-1121 ; — syndics, 1124 ; — juge-commissaire, 1125 ; — tribunal de commerce, 1126 ; — contrôleurs, 1127 ; — créanciers, 1128 ; — failli, 1129 ; — ministère public, 1130 ; — constatation de l'actif du failli, 1132 ; — administration, 1133 ; — vérification des créances, 1134-1144 ; — diverses solutions de la faillite, 1145 ; — concordat simple, 1146-1170 ; — union, 1171-1189 ; concordat par abandon d'actif, 1190-1192 ; — clôture pour insuffisance d'actif, 1193-1197 ; — droits qui peuvent être invoqués contre une faillite, 1198 ; — revendication, 1199-1205 ; — privilèges généraux, 1207 ; — situation du bailleur, 1220-1225 ; — droits de la femme du failli, 1226-1239 ; — créanciers garantis par la solidarité ou un cautionnement, 1240-1247 ; — banqueroute, 1248-1258 ; — crimes et délits commis par d'autres que par le failli, 1259-1263 ; — conversion de la liquidation en faillite, 1319-1322 ; *faillite des sociétés*, 1326 ; — tribunal compétent, 1327 ; — conséquence de la faillite pour les associés, 1328-1335 ; — qui peut requérir la mise en faillite, 1330 ; — effets de la faillite, 1331 ; — assemblées de créanciers, 1332 ; — solutions possibles, 1333-1334 ; — faillite d'une société dissoute ou nulle, 1336 ; — mise en faillite des étrangers, 1338 ; — créanciers étrangers, 1339 ; — effets d'une faillite déclarée à l'étranger, 1340-1344 ; — théorie de l'unité de la faillite, 1345.

FAUX. Défense d'antidater les endossements à peine de faux, 598 ; — l'antidate d'une lettre de change ne constitue pas un faux, 598.

FEMME. Capacité générale, 60 ; — incapacité en matière de lettre de change, 708 ; — capacité électorale pour les tribunaux de commerce, 1351 ; — incapacité de faire partie de ces tribunaux, 1353 ; — électorat et éligibilité aux conseils de prud'hommes, 1397.

FEMME MARIÉE. Règle générale, 60 ; — conditions pour qu'elle soit marchande publique, 61-63 ; — capacité de la femme commerçante, 65-68 ; — effet de ses obligations à l'égard du mari, 69-74 ; — femme d'un commerçant, 75 ; — droits en cas de faillite du mari, 1226 ; — droit de propriété, 1227 ; — revendication des immeubles, 1228 ; — revendication des meubles, 1229-1231 ; — restrictions à l'hypothèque légale, 1232-1246 ; — annulation des avantages matrimoniaux, 1237 ; — application de ces restrictions, 1233-1239.

FILIÈRE. Ventes, 425.

FONDATEURS. Société anonyme, responsabilité, 280-291 ; — parts de fondateurs, 252 *bis*.

FONDS D'AMORTISSEMENT. Société anonyme, 309.

FONDS DE COMMERCE. Achat ou vente, caractère commercial, 38 ; — règles applicables, 432 ; droit d'enregistrement, 433 ; — gage, privilège, formalités, 439.

FONDS DE RÉSERVE. Société anonyme, 309.

FRANCHISES. Assurance maritime, 1002.

FRANCISATION (acte de). Navires, 866-867.

FRET. Obligation de l'affréteur, 930 ; — hypothèses diverses, 931-933 ; — du retard, 934 ; — chargement et déchargement, surestaries, 955 ; — chapeau du capitaine, 936.

FUSION. Différentes espèces, 357 *bis* ; — exception à la défense de négocier, pendant deux ans, les actions d'apport, 357 *bis*.

G

GAGE COMMERCIAL. Idée générale, 434-435 ; — caractère distinctif, 436 ; — formalités de la constitution, 437 ; — meubles corporels, 438 ; — fonds de commerce, créances, titres divers 439 ; — mise en possession du créancier, 440 ; — droits du créancier, vente du gage, 441-444 ; — gage établi au profit de la Banque de France et du Crédit foncier, 444-447 ; — traites documentaires, 610 ; — gage consenti en temps suspect, 1106 ; — situation du créancier en cas de faillite, 1186. V. *Fonds de commerce*.

GARANTIE. Obligation du vendeur, 415-416 ; — recours contre les signataires d'une lettre de change, 668-673 ; — actions récursoires, 677 ; — contrat de transport, 528 et 550.

GENS DE MER. Définition 884 ; — inscription maritime, 886-887 ; — engagement, différentes sortes, 888-889 ; — formation du contrat, preuve, 890 ; — obligations de l'armateur à leur égard, 892 et suiv, ; — loyers, 894 ; - privilège 897 ; — incessibilité, 896 ; — prescription, 898 ; — rapatriement, 898 ; — conséquences des événements de mer pour les loyers 899 ; — obligations des gens de mer, 900 ; — assurances, 979. V. *Capitaine*.

GÉRANTS. *Société en nom collectif*. nomination et révocation, 142-144 ; — pouvoirs, 145-153 ; — *commandite*, 168 et 171 ; — *commandite par actions*, déclaration lors de la constitution, 238 ; — responsabilité à raison de la nullité de la société, 266-267 ; — pouvoirs, 270.

H

HYPOTHÈQUE. Droit de la masse de la faillite, 1079-1081 ; — nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif, 1082-1085 ; — hypothèque consentie en temps suspect, 1102-1109 ; — inscription prise en temps suspect, 1120 1121 ; — droits des créanciers hypothécaires en cas de faillite, 1182-1184 ; — restrictions à l'hypothèque légale de la femme du failli, 1232-1236 ; — hypothèque de la masse en cas de liquidation judiciaire, 1289. *c* ; — nullité des inscriptions, 1289 *d*.

HYPOTHÈQUE MARITIME. Utilité, 1017 ; — règles, 1018 ; — vente d'un navire hypothéqué, 1019 ; — droit à l'indemnité d'assurance, 1020.

I

IMPOTS. Actions et obligations, 221 ; — impôt du timbre, 222 ; — droit de transmission de taxe annuelle, 223-224 ; — impôt sur le revenu, 225, 324 *ter* : — cas où les sociétés coopératives de consommation sont dispensées de l'impôt de la patente, 324 *ter* : impôt sur les opérations de bourse, 606, n. 1.

INCAPACITÉS. Commerce, 53 et suiv. ; — lettres de change, 707 ; — femmes, 708 ; — faillite, 1265 ; — liquidation judiciaire, 1301 — V. *Femme mariée*. *Mineur*.

INDIVISION. Différences avec la société, 120 ; — copropriété des navires, 878 : — hypothèque d'une part indivise d'un navire, 1018, 5.

INSCRIPTION. Privilèges et hypothèques, effet du jugement déclaratif de faillite, 1082-1087 ; — inscriptions prises en temps suspect, 1120-1121.

INSCRIPTION MARITIME, 886-887.

INSUFFISANCE D'ACTIF. Clôture de la faillite, 1192-1194 ; — effets, 1195-1197.

INTERDITS. Ne peuvent faire le commerce, 77.

INTÉRÊTS. Différence avec l'action, 478.

INTÉRÊT. Liberté du taux en matière commerciale, 760-761 ; — règles dans le compte-courant, 794-797.

INTÉRÊTS. Paiement continué après qu'une obligation est sortie au tirage, 220, — cessation du cours des intérêts en cas de faillite, 1075-1078.

INTÉRÊTS MORATOIRES. Montant en matière commerciale, 380 ; — quand sont-ils dûs en cas de vente, 418.

INTERVENTION. Acceptation d'une lettre de change, 633-636 ; — paiement, 679-685.

INVALIDES DE LA MARINE. (Caisse des), 887.

J

JOURS DE PLANCHE. V *Staries*.

JUGE-COMMISSAIRE. Faillite, attributions, 1125.

JUGEMENT. *Tribunal de commerce*, 1385 ; — jugement par défaut, 1386-1387 ; — défaut profit-joint. 1388 ; — appel, 1390 1391 ; — exécution provisoire, 1392-1393 ; — voies de recours extraordinaires, 1394 ; — *conseil des prud'hommes*, 1403 1408.

JUGES DE PAIX. Compétence en l'absence de conseils de prud'hommes, 1403 ; — procédure suivie devant les juges de paix compétents en l'absence de conseils des prud'hommes, 1406, *in fine*.

L

LETTRE DE CHANGE. Idée générale, 567-568 ; — utilité pratique, 569-574 ; — formes, 578-579, 688 ; — mentions légales ou facultatives, 580; — noms des parties, 581 ; — clause à ordre, 582; — date, 583 ; — somme, 584 ; — lieu du paiement, 585 ; — échéance, 586 ; — valeur fournie, 587 : — pluralité d'exemplaires, 590 ; — lettre à l'ordre du tireur, 591 ; — domiciliataire, 592 ; — recommandataire, 593 ; — lettre tirée pour compte, 594 ; — énonciations facultatives, 595 ; — négociation de la lettre, 596 ; — endossement translatif, 597-603 ; — endossement à titre de procuration, 604 et 607 ; — critérium de la distinction, 605 ; — endossement en blanc, 606 ; — recouvrement des lettres par les banquiers, la poste, 608 ; — endossement à titre de gage, 609 ; — provision, 611-612 ; — acceptation, 619-636 ; — aval, 637-639 ; — traites documentaires, 640 ; — solidarité, 641 ; — du paiement et de ses effets, 642-656 ; — refus de paiement. 657-658 ; — protêt, 659 667 ; — action en garantie contre les divers obligés, 668 ; — retour sans frais, 671-672 ; — dispense de protêt, 673 ; — retraite et rechange, 674-675 ; — saisie conservatoire, 676 ; — actions récursoires, 677 ; — paiement par intervention, 679-685 ; — déchéance en cas de négligence, 686-694 ; — prescription quinquennale, 695-702 ; — lettres irrégulières, 704 ; — omission, 705 ; — supposition, 706 ; — incapacités, 707-708 ; — timbre, 716 ; — enregistrement, 717-718 ; — conflits de lois, 717-724 ; — comparaison avec le chèque, 746-747.

LETTRE DE VOITURE. Forme et mentions, 513 ; — utilité, 514.

LIQUIDATEUR. Nomination en cas de dissolution d'une société, 361 ; — rôle, 362 ; — attributions et pouvoirs, 363-364 ; — situation au point de vue de la prescription quinquennale, 371.

LIQUIDATEURS JUDICIAIRES. Nomination, 1282 et 1304 : — attributions, 1290-1297 ; — désaccord avec le débiteur, 1298 ; — représentation de la masse, 1299.

LIQUIDATION. Règles pour les sociétés de commerce, 360-361 ; — rôle et attributions des liquidateurs, 362-364 ; — personnalité de la société en liquidation, 365.

LIQUIDATIONS. Opérations de bourse, 840.

LIQUIDATION JUDICIAIRE. Historique, 1027, *in fine*, et 1030 ; — idée générale, 1271 ; — conditions de la mise en liquidation, 1272 ; — tribunal compétent, 1274 ; — requête du débiteur, 1275-1278 ; — caractère du délai de quinzaine, 1279 ; — pouvoir du tribunal, 1280 ; — caractère du jugement, 1281-1283. 1285-1286 ; — publicité, 1284 ; — effets du jugement, 1288-1289 ; — absence de dessaisissement, 1290 ; — acte du débiteur, 1291-1297 ; — désaccord entre le débiteur et le liquidateur, 1298 ; — représentation de la masse, 1299 ; — suspension des poursuites individuelles, 1300 ; — incapacités du débiteur, 1301 ; — effets du jugement dans le passé, 1302 ; — liquidateurs, 1304 ; — contrôleurs, 1305 ; — créanciers, 1306 ; débiteurs, 1307 ; — constatation de l'actif, 1309 ; — administration, 1310 ; — vérification des créances, 1311 ; — délibération des créanciers, 1312 ; — concordat, 1314 ; — concordat par abandon, 1315 : — union, 1317 ; — insuffisance d'actif, 1318 ; — conversion en faillite, 1319-1322, 1324 ; — *liquidation judiciaire des sociétés*, 1326 ; — tribunal compétent, 1327 ; — situation des associés en cas de liquidation judiciaire de la société, 1329 et 1335 ; — qui peut demander la mise en liquidation, 1330 ; — effets, 1331 ; — assemblées de créanciers, 1332 ; — solutions, 1333-1334 ; — mise en liquidation judiciaire d'une société, dissoute ou annulée, 1336 ; — des étrangers, 1338.

LIVRES DE COMMERCE. Utilité, 79 ; — obligation, 81-82 ; — livre-journal, 83 ; — copie de lettres, 84 ; — livre d'inventaire, 86 ; — livres auxiliaires, 86 ; — formalités exigées, 87-91 ; conservation, 92 ; — sanction des prescriptions légales, 93 ; — preuve résultant des livres

de commerce, 393-398 : — communication et représentation des livres, 399-400.

LONG COURS Navigation, 870.

LOT. Dans les obligations, 195.

M

MAGASINS GÉNÉRAUX. Idée générale, 449-450 ; — opérations qu'ils facilitent, récépissé et warrant, 451 ; — endossement des titres réunis, 452 ; — endossement du warrant séparé, 453 ; — droits et devoirs du porteur du warrant, 454-463 ; — droits du porteur du récépissé, 464 ; — formalités pour la création de magasins généraux, 466 ; — droits des propriétaires, 466-467 ; — obligations, 468-469.

MAINMORTE. Taxe des biens de mainmorte, sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, p. 131, n. 1, *c*.

MARCHÉ FINANCIER. Réorganisation, 820.

MARCHÉS A LIVRER. Légalité, exception de jeu, 1859.

MARCHÉS A TERME. Idée générale, 424 ; — opérations de bourse, 834 et suiv. ; marchés fermes, 837 ; — marchés à prime, 838 ; — reports, 839 ; — exécution des marchés et liquidations, 840 ; — couverture, exécution, caisse commune, 841 ; — légalité des marchés à terme, exclusion de l'exception de jeu, 842-845 ; — nature du report, 846.

MARINE MARCHANDE Lois, primes, compensations d'armement, 865.

MINEUR. Conditions exigées pour être commerçant, 54-55 ; — capacité, 56-57 ; — actes isolés, 58 ; — actes faits sans autorisation, 59.

MINISTÈRE PUBLIC. Rôle dans la faillite, 1130.

MODIFICATION DES STATUTS. Questions s'élevant pour la société en commandite par actions, 277 et 277 *bis* ; — pour la société anonyme, 306-307.

MUTATION EN DOUANE, 872.

N

NATIONALITÉ. Détermination pour les sociétés, 345 ; — pour les navires, 865.

NAVIRES. Nationalité française, conditions et avantages, 875 ; — acte de francisation, 866-867 ; — nature mobilière des navires, 868 ; — bâtiments de mer, 869 ; — espèces de navigation maritime, 870 ; — modes d'acquisition des navires, 871 ; — mutation en douane, 872 ; — construction à forfait ou par économie, 873 ; — armateur et propriétaire, 876 ; — copropriété des navires, 878 ; — responsabilité du propriétaire, faculté d'abandon, 879-883 ; — assurance des navires, 975 ; — droits des créanciers sur les navires, 1009-1012 ; — navires susceptibles d'hypothèque, 1018 ; vente d'un navire hypothéqué, 1019 ; — privilèges sur les navires, 1022 ; — saisie et vente, 1023-1025.

NÉGOCIATION. Quand est-elle possible pour les actions, 250 252.

NOLISEMENT. V. *Affrètement*.

NOVATION. Elle ne se présume pas en matière commerciale, 382 ; — en cas de création d'une lettre de change par un débiteur au profit de son créancier, note 1 de la page 446 : — réception d'un chèque en paiement 743 ; — effet du compte-courant, 791.

NULLITÉS. Commandite par actions, cas de nullité, 262 ; — caractères de la nullité, 253-254 ; — conséquences, 265 ; — responsabilités pécuniaires, 266-267 : — société anonyme, 288 : — responsabilités pécuniaires, 289-292 ; — actes faits en temps suspect, 1089 et suiv., aj. 1163.

O

OBLIGATAIRE. Notion générale, 193 ; — comparaison avec l'actionnaire, 194.

OBLIGATION. Idée générale, 193 ; — différences avec l'action, 193 ; — primes et lots, 195 ; — ressemblances avec l'action, 197 ; — indivisibilité, 198 ; — paiement des intérêts continué après la sortie de l'obligation au tirage, 220 ; — impôts, 221 et suiv. : — conséquences de l'exigibilité anticipée en cas de faillite, 1076. — V. *Titres au porteur, titres nominatifs, perte.*

OMISSION. Mentions de la lettre de change, 705 : — billet à ordre, 713.

OPÉRATIONS DE BOURSE. V. *Bourses*.

OPPOSITION. Jugement déclaratif

de faillite, 1050-1052 ; — jugement par défaut du tribunal de commerce, 1387 ; — jugements des prud'hommes, 1404.

OUVERTURE DE CRÉDIT, 764-765 ; combinaison avec un compte-courant. 776.

OUVRIERS. Privilège. 1207 ; — contestations avec leur patron, 1402.

P

PAIEMENT. Lettres de change, 642-644 ; — époque, 645 ; — validité, 646 ; — consignation, 647 ; — opposition, 648 ; — paiement partiel, 649 : — monnaie, 650 ; — effets du paiement, 651 ; — perte de la lettre, 653-656 ; — refus de paiement, 657-658 ; — protêt, 659-667 ; — paiement par intervention, 679-685 ; — nullité des paiements en cas de faillite, 1106 1111, 1110 ; — paiement des lettres de change et des billets à ordre, 1114-1116.

PARQUET. Bourse d'effets publics et autres, 808.

PARTAGE. Société commerciale, 366.

PARTICIPATION V. *Association en participation.*

PARTS DE FONDATEUR. Nature, 253 *bis*.

PATENTE. N'est pas imposée aux seuls commerçants, 45 ; — sociétés coopératives de consommation, 324 *ter*.

PATRON. Contrat avec le commis, 500-501 ; — obligation, 503 : — faculté de mettre fin au contrat, 504 ; — compétence, 1364 et 1402.

PÉRIODE SUSPECTE, 1090.

PERSONNALITÉ. Règles pour les sociétés de commerce, 155 ; — sociétés civiles, 126 ; — sociétés en liquidation, 365.

PERTE. Titres nominatifs ou au porteur, 203-205 ; — règles spéciales de la loi de 1872, 206 et suiv. ; — titres auxquels elle s'applique, 218 ; — titres français négociés à l'étranger et titres étrangers négociés en France, 219 ; — lettre de change, 653-656 ; — chèque, 745 ; — billets de banque, 772.

PERTES. Comment elles sont supportées dans la société, 115-117.

POLICE. Assurance maritime, 983-984.

PORTEUR. Lettre de change, droits et devoirs, 657 et suiv ; — déchéances en cas de négligence, 686-694 ; — chèque, droits et devoirs, 740-743.

POSTE. Recouvrement des lettres de change, 608.

PRÉPOSÉ. Sens général, 489 ; — caractère du contrat entre le préposé et le préposant, 500-501 ; — obligations du commis, 502, et du patron, 503 : — fin du contrat, 504-505 ; — compétence, 1364 et 1402.

PRESCRIPTION. Responsabilité en cas de cession d'actions, 261 ; — action en nullité de la commandite par actions, 264 ; — action en responsabilité à raison de cette nullité, 267 ; — prescription quinquennale au profit des associés non liquidateurs, 367 ; — sociétés auxquelles elle s'applique, 368-370 ; — associés qui peuvent l'invoquer situation des liquidateurs, 371 ; — actions auxquelles s'applique la prescription, 372-373 : — point de départ, 374 ; — interruption et suspension, 375 ; — règle générale pour la prescription en matière commerciale, 382, *in fine* ; — action du commis contre le patron, 503 ; — actions nées du contrat de transport, 545 551 ; — actions relatives aux lettres de change, 695-702 ; — actions relatives au chèque, 645, *in fine* : — actions relatives à l'affrètement, 939 ; — à l'abordage, 965 ; — action d'avarie, 1005.

PRÊT Liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, 760-761.

PRÊT A LA GROSSE. Assurance. 977-978 ; — caractère du prêt. 1013-1014, — concours de plusieurs prêts et d'une assurance, 1015 ; — comparaison avec l'assurance, 1016.

PREUVE. Société en nom collectif, 132 ; — commandite, 160 et 246 ; — société anonyme, 328 ; — moyens de preuve admis en matière commerciale, règle générale, 385-387 ; — procédure devant le tribunal de commerce 1383 ; — actes publics ou sous seings privés, 388-389 ; — bordereau d'un agent de change ou d'un courtier, 390 ; — facture acceptée, 391 ; — correspondance, 392 ; — livres des parties, 393-400 ; — preuve testimoniale, 401 ; — présomption, 402 ; — preuve des actes mixtes, 403 ; — contrat de transport, 512, 521 et 529 ; — vente d'un navire, 871 ; — engagement des gens de mer, 890 ; — affrètement, 920 ; — assurance maritime, 983 ; — consti-

lution d'hypothèque maritime, 1018, 3.

PREUVE TESTIMONIALE. Règles en matière commerciale, 401-402 ; — enquêtes, 1383

PRIME. Dans les obligations, 195 ; — opérations de Bourse, 838 et 848 ; — assurance maritime, 982 et 1007.

PRIMES A LA NAVIGATION, 865.

PRIVILÈGES. Au profit du commissionnaire, 491-494; — au profit du commis, 503 ; — au profit du voiturier, 541-; — du fréteur et de l'affréteur, 938 ; — prime d'assurance, 1087 ; — privilège sur les navires, 1022 ; — effet de la déclaration de faillite sur l'inscription des privilèges, 1086-1087 ; — droits des créanciers privilégiés en cas de faillite, 1185-1186 ; — privilégiés généraux, 1207 ; — vendeur de meubles, 1211 ; — bailleur, 1220-1225. V. *fonds de commerce*, pour le *privilège du vendeur de fonds de commerce*, et pour *le privilège du créancier gagiste sur le fonds de commerce*.

PROCÉDURE. *Tribunaux de commerce*, 1373 ; — introduction de l'instance, 1373 ; — saisie conservatoire, 1375 ; — référés, 1375 ; — comparution, rôle des agréés. 1377-1378 ; — procédure devant le tribunal, 1379 ; — exceptions, 1380 1382 ; — incidents. 1383-1384 ; — jugement, 1385-1388 ; — tribunal civil jugeant commercialement, 1389

PROPRIÉTÉ. Translation dans la vente, 405-408 ; — dans le compte-courant, 785-786.

PROTÊT. Quand il doit être fait. 659 ; — nécessité, 660 ; — par qui il est dressé, 661 ; — formes, 662-666.

PROVISION. Lettre de change, idée générale, 612, 613 ; — qui doit la faire, 614 ; — en quoi elle consiste, 615 ; — droits du porteur, 616-617 ; — provision en matière de chèque, 737-739.

PRUD'HOMMES. Organisation, 1396-1399 ; — compétence, 1401-1402 ; — procédure, 1403-1408.

PUBLICITÉ. Régime matrimonial des commerçants, 94-103 ; — formalités pour la société en nom collectif, 133-135 ; sanction, 136-141 ; — commandite, 160 et 173 ; — commandite par actions, 247 ; — société anonyme, 285 ; — dissolution des sociétés de commerce, 359 ; — formalités antérieures à la souscription des actions et des obligations, 233 *bis* ; — jugement déclaratif de faillite, 1047 ; — jugement de liquidation judiciaire, 1284.

PURGE. Vente des immeubles du failli, 1179.

Q

QUASI-CONTRATS COMMERCIAUX, 10.

QUASI-DÉLITS COMMERCIAUX, 40.

QUESTIONS TRANSITOIRES. Commandites par actions, 268 *bis* ; — sociétés anonymes. 311 ; — actions de priorité, 307 *ter* ; — sociétés civiles à formes commerciales, 339.

QUIRATS. Copropriété des navires, 878.

R

RAISON SOCIALE. Société en nom collectif. 130 ; — commandite, 159 ; — société anonyme, 282.

RAPATRIEMENT. Gens de mer, 898.

RÉASSURANCE, 981.

RECÉPISSÉ. Titre de marchandises déposées dans un magasin général, 451 ; — endossement, 452 ; — droit du porteur, 464 ; — contrat de transport, 515 ; — chèque, 748.

RECHANGE. 674-675, 678.

RECOMMANDATAIRE, 593 et 663.

REFÉRÉS. Affaires commerciales, 1376.

RÈGLEMENTS D'AVARIES, 952.

REGLEMENT PAR AVARIES, 999 et suiv.

RÉGIME MATRIMONIAL. Influence sur les obligations de la femme marchande publique, 69-74 ; — publicité exigée pour le contrat de mariage, 94-99 ; — pour les séparations de biens, de corps et les divorces, 100-103. — V. *Femme mariée*.

RÉHABILITATION COMMERCIALE. Distinction entre la réhabilitation obligatoire, la réhabilitation facultative et la réhabilitation de droit, 1266 ; — conditions, 1267 ; — procédure, 1268 ; — effets, 1269 ; — comparaison avec la réhabilitation pénale, 1270 ; — réhabilitation après liquidation judiciaire, 1325.

RÉMISE. Effets du concordat, 1157-1158 ; — situation de la caution, 1150 ; — absence de novation,

1160 ; — questions de réduction et de rapport, 1170, *in fine*.

REMISE de place en place. Lettre de change, suppression, 570 et 585.

REMORQUAGE. Réservé au pavillon national, 865.

RENTES SUR L'ÉTAT. Insaisissabilité, faillite, dessaisissement, 1064.

REPORT. Opération de bourse, 839 ; — controverse sur sa nature, 846.

REPRÉSENTATION EN JUSTICE. Règles particulières pour la commandite par actions, 281 ; — la société anonyme, 310 : — la société à capital variable, 317.

RESPONSABILITE. Gérants d'une commandite par actions, membres du conseil de surveillance, 266.273 ; — fondateurs d'une société anonyme, 289-291 ; — action sociale, action individuelle, 281 ; — contrat de transport, 517-529 ; — causes de l'extinction de l'action, 530 ; — fin de non-recevoir, 531-539 ; — propriétaire de navire, faculté d'abandon, 879-883

RÉTENTION. Droit du commissionnaire, 495 ; — vendeur de meubles, 1219.

RÉTICENCE. Assurance maritime, 1007.

RETOUR SANS FRAIS. Lettre de change, 595, *in fine*, 671 et 672

RETRAITE, 674-675, 678.

REVENDICATION. Droit du commissionnaire, 496 ; — en cas de faillite, idée générale, 1199 ; — marchandises déposées ou consignées, 1200 1201 ; — effets de commerce, 1202 ; — cas non prévus. 1205 ; — vendeur de meubles, 1209. 1212, 1219 ; — femme du failli, 1227-1231.

RISQUES. Dans la vente, 405-408 ; — dans le contrat de transport, 522.

S

SAISIE-CONSERVATOIRE, 676 et 1375.

SINISTRES-MAJEURS. Assurance maritime, 992.

SOCIÉTÉ. Idée générale, 104-105 ; — législation, 106-107 : — éléments essentiels du contrat, 109 et suiv. ; — différences avec l'indivision, 120 ; — différentes espèces de sociétés, 121-122 ; — sociétés par intérêts et sociétés par actions, 176 et suiv.

SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE. Idée générale. 313 314 ; — dispositions communes à toutes ces sociétés, 315-318 ; — dispositions spéciales aux sociétés par actions, 319-322 ; — objets divers des sociétés, 324.

SOCIÉTÉS ANONYMES. Caractères généraux, 282 : — conditions de constitution, 283 ; — preuve, 284 ; publicité. 285 ; — sanctions des règles sur la constitution, 287 ; — nullité, 288 ; — fonctionnement de la société, 294 : — administrateurs, 295-298 ; — commissaires de surveillance, 299-300 : — assemblées générales, 301-308 ; — dividendes, fonds de réserve et fonds d'amortissement, 309 ; — questions transitoires, 311 ; — différentes espèces de sociétés anonymes, 312.

SOCIÉTÉS CIVILES. Intérêt à les distinguer des sociétés commerciales, 122 ; — criterium de la distinction, 123 et 337 : — personnalité, 126 : — adoption d'une forme commerciale, 335 ; — conséquences, 336 ; — loi nouvelle, 337-338.

SOCIÉTÉS A FORMES COMMERCIALES AYANT UN OBJET CIVIL. Possibilité de l'adoption de ces formes, 335 ; — conséquences, 336 ; — loi nouvelle. 337-338.

SOCIÉTÉS COMMERCIALES. Législation, 106-107 ; — intérêts à les distinguer des sociétés civiles, 122 ; — criterium de la distinction, 123 et 337 ; — espèces de sociétés de commerce, 124 ; — personnalité. 125 : — causes de dissolution, 356-358 ; publication, 359 ; — liquidation, 360-365 ; — partage, 366 : — prescription, 367-375 ; — contestations entre associés, 376-377 ; faillite et liquidation judiciaire, 1326-1336 ; — conséquences pour les associés de la faillite de la société 1328 et 1336 : — sociétés pour l'exploitation des charges d'agent de change, 809. — V, *Sociétés en nom collectif, Commandites par actions, Sociétés anonymes, Sociétés à capital variable, Association en participation.*

SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES. Idée générale, 313. — V. *Sociétés à capital variable.*

SOCIÉTÉS D'ASSURANCES. Assurances en général, 312 ; — assurances sur la vie, 312 ; — assurances contre les accidents, 312.

SOCIÉTÉS DE CAPITALISATION, 312, 5°.

SOCIÉTÉS DE CRÉDIT AGRICOLE. 340, *a* et suiv.

SOCIETÉS DE CRÉDIT MARITIME, 340, *j*.

SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF. Caractères distinctifs, 128-130 ; — preuve, 132 ; — publicité, 131-141 ; — fonctionnement, 142-144 ; — pouvoirs des gérants, 145-153 ; — effets des engagements sociaux, 154-156 ; — conséquences de la faillite de la société pour les associés, 1328 ; — liquidation judiciaire, 1329 ; — concordat, 1333.

SOCIÉTÉS EN PARTICIPATION. V. *Associations en participation.*

SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES. Historique de la législation, 341 ; — système actuel, 342-343 ; — conditions des sociétés autorisées, 344 ; — nationalité des sociétés, 345 ; — sociétés étrangères d'assurances sur la vie, contre les accidents du travail, de capitalisation, 345 *bis* ; — conditions des sociétés non autorisées, 346.

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. Idée générale, 176-177 ; — distinction de l'intérêt et de l'action, 178 ; — historique de la législation, 228-230 ; — commercialité des sociétés par actions, 337-338. — V. *Commandite par actions, Société anonyme, Sociétés à capital variable.*

SOLIDARITÉ. Dans la société en nom collectif, 155 et 156 ; — entre titulaires, cessionnaires, intermédiaires et souscripteurs d'actions, 259 ; — entre le gérant et le conseil de surveillance à raison de la nullité de la société en commandite, 266 ; — présomptions entre coobligés en matière commerciale, 322 et 381 ; — entre commettants, 497 ; — entre signataires d'une lettre de change, 641 et 701 ; — conséquences de la faillite d'un ou plusieurs débiteurs, 1240-1247.

SOUSCRIPTIONS. Actions, 233 et 233 *bis* ; — obligations, 1946.

SPECTACLES PUBLICS. Caractère commercial, 31.

STARIES, 935.

SUPPOSITION. Lettre de change 706 ; — billet à ordre, 713.

SURESTARIES, SURSURESTARIES, 935.

SURSIS. Assemblée du concordat, 1150.

SYNDICS. Nomination, remplacement, 1124 ; — constatation de l'actif du failli, 1132 ; administration, 1133 ; — union, 1172 ; — concordat par abandon, 1192.

T

TARIES. Homologation pour les chemins de fer, 554 ; — fixité, 555 ; — mesures de publicité, 556 ; — égalité des tarifs, 557 ; — différentes espèces, 558-559 ; — tarif général, 560 ; — tarifs spéciaux, 561 ; — tarifs proportionnels et différentiels, 562 ; — tarifs communs et tarifs internationaux, 563.

TEMPS SUSPECT. En cas de faillite, 1090 ; — de la liquidation judiciaire, 1282 et 1302.

TERME. Déchéance en cas de faillite, 1070 1074 ; — liquidation judiciaire, 1289.

TERME DE GRACE. Lettre de change, 645.

TIMBRE. Impôt sur les actions et obligations, 222 ; — billet à ordre et lettre de change, 716 et 722 ; — chèque, 729.

TIRÉ, 581 ; — droits du porteur contre lui, 689. V. *Acceptation.*

TIREUR. Lettre de change, 581 ; — lettre à son ordre, 591 ; — lettre tirée pour le compte d'autrui, 594 ; — quand il peut se prévaloir de la négligence du porteur, 690.

TITRES A ORDRE. Mise en gage, 439. — *V. Endossement.*

TITRES AU PORTEUR. Idée générale, 199 ; — mode de transmission, 200 ; — paiement des intérêts ou dividendes, 201 ; — conversion, 202 ; — perte ou vol, idée générale, 203 ; — règles de la loi de 1872, 206 et suiv. ; — taxe annuelle, 223 ; — avantages et inconvénients des titres au porteur, 227 : — quand les actions peuvent être au porteur, 253-260 ; — mise en gage des titres au porteur, 439 ; — billets au porteur, 773.

TITRES ÉTRANGERS. Perte ou vol, 219.

TITRES MIXTES, 201, *in fine.*

TITRES NOMINATIFS. Idée générale, 199 ; — mode de transmission, 200 ; — paiement des intérêts ou dividendes, 201 ; — conversion, 202 ; — perte ou vol, 203-204 ; — droit de transmission, 223 ; — avantages et inconvénients des titres nominatifs, 227 ; — mise en gage, 439.

TRAITE. V. *Lettre de change.*

TRAITE DOCUMENTAIRE, 640.

TRANSACTION. Cas où elle intéresse une faillite, 1176.

TRANSPORT. (contrat de). Idée générale, définition, 506-509 ; — caractère civil ou commercial, 510 ; — preuve, 512 ; — lettre de voiture, 513-514 ; — récépissé, 515 ; — obligations du voiturier, 516 ; — causes de responsabilité, 517-519 ; — force majeure, vice propre, 520 ; — preuve, 521 ; — dommages-intérêts, 523 ; — clauses exclusives ou restrictives de la responsabilité 524-525 ; — exercice de l'action en responsabilité, 526-529 ; — causes d'extinction, 530 ; — fin de non-recevoir. 531-539 ; — obligations de l'expéditeur et du destinataire, 540-543 ; — prescription des actions nées du transport, 544-545 ; — règle de compétence, 1366 ; - règles spéciales aux chemins de fer, 552-564. — V. *Chemins de fer.*

TRIBUNAL CIVIL. Incompétence pour les affaires commerciales, 1369 — tribunal jugeant commercialement, 1389.

TRIBUNAL DE COMMERCE. Compétence pour déclarer la faillite. 1040 ; — attributions en cas de faillite, 1126 ; — homologation du concordat, 1152 1153 ; — compétence pour la liquidation judiciaire, 1274 ; — pouvoirs, 1279-1280 ; — compétence pour la faillite et la liquidation judiciaire des sociétés, 1327 ; — organisation. 1347-1350 ; — électeurs, 1351-1352 ; — élections, 1353 1354 ; — juges complémentaires, 1355 ; — huissiers, agréés, 1356 ; — compétence *ratione materiae.* 1358-1366 ; — compétence en premier et en dernier ressort, 1367 ; — incompétence pour l'exécution des jugements, 1368 ; — en matière civile, 1369 ; — compétence *ratione personae,* 1370-1372 ; — procédure, 1373 ; — introduction de l'instance, 1374 ; — saisie conservatoire, 1375 ; — référés, 1376 ; — comparution, rôle des agréés, 1377-1378 ; — procédure devant le tribunal, 1379 ; — exceptions, 1380-1382 ; — incidents, 1383-1384 ; — jugement, 1385 ; — jugement par défaut, 1386-1388 ; — appel, 1390-1391 ; — exécution provisoire, 1392-1393.

U

UNANIMITÉ. Cas où l'unanimité des actionnaires est exigée pour modifier les statuts des sociétés par actions, 306 et suiv. ; — inutilité de la réunion d'une assemblée, 307 *d.*

UNION. Faillite, 1171 ; — organisation, 1172 ; — opérations diverses, 1173-1179 ; — répartitions, 1180-1181 ; — droits respectifs des créanciers, 1182-1186 ; — clôture de l'union, excusabilité, 1188-1189 ; — liquidation judiciaire, 1317.

USAGES. Valeur légale, 13.

V

VENTE. Caractère commercial, 23 ; — effets, 405 ; — translation de propriété, risques, 405-408 ; — formation du contrat, 409 ; — vente par correspondance, 410 ; — vente par intermédiaires, 411 ; — obligations du vendeur, 412-416 ; — obligations de l'acheteur, 417-428 ; — différentes espèces de ventes, 421 ; — ventes au compte, au poids ou à la mesure, 422 ; — vente en disponible, 423 ; — ventes à livrer, 424 ; — ventes par filière 425 ; — vente par navire désigné, 426 ; — vente de marchandises dans les entrepôts, 427-428 ; — ventes publiques, 429-431 ; — vente du gage, 441-443 ; — de marchandises warrantées, 458 et suiv. ; — ventes d'immeubles, privilège et action résolutoire en cas de faillite, 1177-1179 ; — situation du vendeur de meubles en cas de faillite, 1210 et 1211 ; — revendication des marchandises en cours de voyage ; — 1212-1218 ; — marchandises non expédiées, 1219 ; — ventes de meubles après faillite. 1133 *e,* 1177 ; — ventes d'immeubles après faillite, 1133 *f.* 1178 V. *Ventes de fonds de commerce.*

VENTES A LIVRER, 424.

VENTES A TEMPÉRAMENT DE VALEURS DE BOURSE, 847 *bis.*

VENTES AU DÉBALLAGE, 430 *bis.*

VENTES DE FONDS DE COMMERCE Nature commerciale, 38 *bis* : — objets qui y sont compris, 432 ; — privilège du vendeur, mode de conservation, objet, 432^3 et 432^6.

VENTES EN DISPONIBLE, 423.

VENTES PAR NAVIRE DÉSIGNÉ OU A DÉSIGNER, 426.

VENTES PUBLIQUES. Ventes en détail, 430 ; — ventes en gros, 431.

VERIFICATION DES CRÉANCES. Faillite, idée générale, 1134 ; —

procédure, 1135-1136 ; — admission, 1137-1138 ; — contestation, 1139 ; — sursis, admission provisionnelle, 1140 ; — rejet, 1141 : — défaut de production, 1142 ; — créances soumises à la vérification, 1143-1144 ; — liquidation judiciaire, 1311. V. *Affirmation.*

VIREMENT. Opération de banque, 753.

VOITURIER. Définition, 509 ; — responsabilité, 516-529. — V. *Transport (contrat de).*

VOL. Titres nominatifs ou au porteur, 203-205 ; — règles spéciales des lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902, 206 et suiv. ; — titres auxquels elle s'applique, 218 ; — titres français négociés à l'étranger et titres étrangers négociés en France, 219 ; — billet de banque, 772.

W

WARRANT. Bulletin de gage, 451 ; — endossement, 453 ; — droits et devoirs du porteur, 454-462 ; — escompte, 463.

WARRANTS AGRICOLES. Loi du 30 avril 1906, idée générale, 469[1] ; — conditions de la création, 469[2] et 469[3] ; — droits du porteur, 469[4].

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
IMPRIMÉS.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

	Pages
I. — Du commerce et du Droit commercial	1
II. — Histoire et sources actuelles du Droit commercial	5
Plan général de l'ouvrage	18

PREMIÈRE PARTIE.

Des actes de commerce et des commerçants	19

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTES DE COMMERCE	21
1° De l'utilité de la détermination des actes de commerce	21
2° Quels sont les actes de commerce ?	24
A. — Des actes commerciaux par eux-mêmes	24
B. — Des actes réputés commerciaux à raison de la qualité de ceux dont ils émanent	45

CHAPITRE II.

DES COMMERÇANTS ET DE LEURS OBLIGATIONS	52
1° De l'intérêt de la distinction entre les commerçants et les non-commerçants	52
2° Qui est commerçant	53
3° De la liberté de faire le commerce et des restrictions qu'elle subit	56
4° De la capacité requise pour faire le commerce	57
A. — Du mineur	58
B. — De la femme mariée	64
5° Des obligations spéciales aux commerçants	75
Sect. 1. — Des livres de commerce	75
Sect. 2. — De la publicité du régime matrimonial des commerçants, etc.	81
A. — Publicité du contrat de mariage	82
B. — Publicité des séparations de biens, des séparations de corps et des divorces	84

CHAPITRE III.

Pages

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES 86

Sect. 1. — Notions générales sur les sociétés et sur leurs différentes espèces 89

A. — Notions générales sur les sociétés 89
B. — Notions sur les différentes espèces de sociétés 97

Sect. 2. — De la constitution et du fonctionnement des diverses espèces de sociétés commerciales 104

I. — Des sociétés en nom collectif. 104

A. — Caractères distinctifs des sociétés en nom collectif . . . 104
B. — Conditions de leur formation. 107
C. — Fonctionnement des sociétés en nom collectif ; des engagements sociaux et de leurs effets. 115

II. — Des sociétés en commandite. 121

1° — De la commandite en général 123

A. — Caractères généraux 123
B. — Formation, preuve, publicité 124
C. — Droits et obligations des commanditaires et des commandités 124
D. — Administration 128

2° — Des commandites simples ou par intérêts 130

III. — Des sociétés par actions 132

Règles générales. Actions et obligations. Titres nominatifs et titres au porteur. Impôts 133
Historique de la législation française 171

A. — Des sociétés en commandite par actions. 177
1° Constitution et organisation. 177
2° Fonctionnement 210

B. — Des sociétés anonymes 223
1° Constitution et organisation 224
2° Fonctionnement 229

IV. — Des sociétés à capital variable 249
V. — Des sociétés en participation 257
VI. — Des sociétés à formes commerciales ayant un objet civil . 263
VII. — Des sociétés de Crédit agricole. 268
VIII. — Des sociétés de Crédit maritime 271
IX. — De la condition des sociétés étrangères en France . . . 272

Sect. 3. — Dissolution, liquidation et partage des sociétés ; prescription ; contestations entre associés. 278

A. — Dissolution 278
B. — Liquidation 285
C. — Partage 288
D. — Prescription des actions des tiers contre les associés . . 289
E. — Contestations entre associés. 293

DEUXIÈME PARTIE.

Pages

Des contrats commerciaux 295

CHAPITRE PREMIER.

RÈGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS COMMERCIAUX . . . 296

A. — Règles concernant le fond du droit 296
B. — Des preuves en matière commerciale 298

CHAPITRE II

DE LA VENTE COMMERCIALE 309

1° Règles générales 310
2° Différentes espèces de ventes 320

CHAPITRE III.

DU GAGE COMMERCIAL; DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS 340

1° Règles générales sur le gage commercial. Règles spéciales au gage des fonds de commerce 342
2° Des magasins généraux 357
A. — Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux (warrants, récépissés). 358
B. — De la création des magasins généraux 365
Appendice. — Des warrants agricoles 368

CHAPITRE IV.

DE LA COMMISSION 372

1° Nature et caractères de la commission 372
2° Obligations du commissionnaire envers le commettant et spécialement du commissionnaire ducroire. 377
3° Obligations du commettant envers le commissionnaire 381
4° Effets, à l'égard des tiers, des actes du commissionnaire 382
5° Garanties spéciales des droits du commissionnaire et du commettant. 384
Appendice. — Des préposés (commis-voyageurs, etc.) . . 388

CHAPITRE V.

DU CONTRAT DE TRANSPORT. 392

1° Nature et preuve du contrat 394
2° Obligations du voiturier et du commissionnaire de transport. Fin de non-recevoir 399
3° Obligations de l'expéditeur et du destinataire 412
4° Prescription des actions nées du contrat de transport 413
5° Règles spéciales au transport des marchandises par chemins de fer. 417

CHAPITRE VI.

Pages

DES LETTRES DE CHANGE, DES BILLETS A ORDRE ET DES CHÈQUES ; DES OPÉRATIONS DE BANQUE ET DU COMPTE COURANT . . . 427

Sect. 1. — *Des lettres de change, des billets à ordre et des chèques* . . 428

Généralités 428

A. — De la lettre de change 439

1. — Emission et formes de la lettre de change 439

2. — Négociation de la lettre de change. 452

3. — Garanties du paiement de la lettre de change 465

A. — Provision 466

B. — Acceptation 472

C. — Aval. 482

D. — Du gage garantissant une lettre de change et des traites documentaires 484

E — Solidarité 486

4. — Du paiement et de ses effets 487

5. — Du refus de paiement et de ses conséquences. Des droits et devoirs des porteurs et des endosseurs 496

6. — Des déchéances encourues par les porteurs et les endosseurs négligents 517

7. — De la prescription 521

8. — Des lettres de change imparfaites 526

B. — Des billets à ordre 532

1er *Appendice.* — Du timbre et de l'enregistrement en matière de lettres de change et de billets à ordre. 536

2e *Appendice.* — Des conflits de lois en matière de lettres de change 538

C. — Des chèques 541

Sect. 2. — *Des opérations de banque et des comptes courants* . . . 556

A. — Des opérations de banque 556

B. — Du compte courant 573

CHAPITRE VII.

DES BOURSES DE COMMERCE ET DES OPÉRATIONS DE BOURSE . . 589

A. — Des bourses d'effets publics et autres : des opérations qui s'y font, des agents de change 592

Des changeurs 627

Appendice. — Des ventes à « tempérament » de valeurs de bourse 628

B. — Des bourses de marchandises, des opérations qui s'y font, des courtiers 630

TROISIÈME PARTIE.

Du commerce maritime.

Introduction 641

CHAPITRE PREMIER.

Pages
DES NAVIRES ET DES MOYENS D'EN ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ . . 646

CHAPITRE II.

DES PERSONNES INTÉRESSÉES DANS LES EXPÉDITIONS MARITIMES. DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES ET DES ARMATEURS. DE LA COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES 654

CHAPITRE III.

DU PERSONNEL DES NAVIRES 660
1. — Des gens de mer en général 660
A. — De l'inscription maritime 661
B. — De l'engagement des gens de mer 663
2. — Du capitaine. 669

CHAPITRE IV.

DE L'AFFRÈTEMENT OU NOLISSEMENT 679

CHAPITRE V.

DES AVARIES ET DE LEUR RÈGLEMENT. DES ABORDAGES MARITIMES.
Sect. 1. — *Des avaries en général et de leur règlement*. 696
A. — Des avaries communes 698
B. — Des avaries particulières 708
Sect. 2. — *Des avaries provenant d'abordages*. 708

CHAPITRE VI.

DES ASSURANCES MARITIMES. 714
Sect. 1. — *Principes généraux. Nature du contrat. Des risques. Des choses assurées. De la prime. Des formes du contrat.* . 716
Sect. 2. — *Des obligations de l'assureur* 727
Sect. 3. — *Des obligations de l'assuré. Du privilège qui garantit la créance de la prime* 741

CHAPITRE VII.

DES DROITS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES SUR LE NAVIRE. DU PRÊT A LA GROSSE. DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME. DES PRIVILÈGES SUR LES NAVIRES. DE LA SAISIE ET DE LA VENTE DES NAVIRES.
Généralités 745
Section 1.— *Des droits des créanciers chirographaires sur les navires et spécialement du droit de suite.* 745
Sect. 2. — *Du prêt à la grosse.* 748
Sect. 3. — *De l'hypothèque maritime* 752
Sect. 4. — *Des privilèges sur les navires* 758
Sect. 5. — *De la saisie et de la vente des navires* 759

QUATRIÈME PARTIE

Pages

Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires.

Historique et généralités 761

CHAPITRE PREMIER.

DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORME, EFFETS . . . 771

Sect. 1. — *A quelles conditions est possible une déclaration de faillite.* 771
Sect. 2. — *Du jugement déclaratif de faillite* 774
Sect. 3. — *Des effets du jugement déclaratif de faillite* 791

§ 1. — Dessaisissement 795
§ 2. — Suspension des poursuites individuelles. 802
§ 3. — Déchéance du terme 804
§ 4. — Cessation du cours des intérêts 806
§ 5. — Hypothèque de la masse. 809
§ 6. — Nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif. 811
§ 7. — Effets de la déclaration de faillite sur les actes antérieurs . 818

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE 844

A. — Des syndics 844
B. — Du juge-commissaire. 847
C. — Du tribunal de commerce 848
D. — Des contrôleurs 850
E. — Des créanciers. 851
F. — Du failli 853
G. — Du ministère public 854

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DE LA FAILLITE. — PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION 856

A. — De la constatation de l'actif du failli 856
B. — De l'administration des biens du failli. 859
C. — De la vérification et de l'affirmation des créances. 862

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE 870
Sect. 1. — *Du concordat simple* 871

A. — De la formation du concordat 871
B. — Des effets du concordat simple 877

Pages

C. — Des causes de nullité et de résolution du concordat. 884
D. — Du concordat amiable 889
Sect. 2. — De l'union. 892
A. — De l'organisation de l'union 892
B. — Des actes et opérations qui sont la conséquence de l'union (ventes, répartitions, etc.). 893
C. — De la clôture de l'union et de ses effets. De la déclaration d'excusabilité. 903
Sect. 3. — Du concordat par abandon d'actif. 904
Sect. 4. — De la clôture pour insuffisance d'actif 906

CHAPITRE V.

DES DIVERS DROITS QUI PEUVENT ÊTRE INVOQUÉS CONTRE UNE FAILLITE. 909
Sect. 1. — De la revendication 909
Sect. 2. — Des privilèges et des hypothèques 913
Sect. 3. — Des droits de la femme du failli 930
Sect. 4. — Des créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement 939

CHAPITRE VI.

DES BANQUEROUTES. DES CRIMES ET DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES. DES INCAPACITÉS DU FAILLI. DE LA RÉHABILITATION. . 949
Sect. 1. — Des banqueroutes, des crimes et délits commis dans les faillites. 949
Sect. 2. — Des incapacités dont est frappé le failli. De la réhabilitation. 956

CHAPITRE VII.

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE 966
A. — Déclaration de liquidation judiciaire, conditions, formes, effets. 967
B. — Autorités et personnes figurant dans la liquidation judiciaire. 985
C. — Procédure préparatoire de la solution de la liquidation judiciaire 987
D. — Des diverses solutions de la liquidation judiciaire. Clôture pour insuffisance d'actif et conversion de la liquidation en faillite . 990
E. — Des divers droits qui peuvent être invoqués dans la liquidation judiciaire 995
F. — Des banqueroutes. Des crimes et délits commis dans les liquidations judiciaires. De la réhabilitation 995
1er *Appendice.* — De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés. 997
2e *Appendice.* — Situation des étrangers et conflits de lois en matière de faillite et de liquidation judiciaire. 1007

CINQUIÈME PARTIE.

Pages

Des tribunaux de commerce. Des conseils de prud'hommes . 1013

CHAPITRE PREMIER.

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE. 1014

Sect. 1. — *De l'organisation des tribunaux de commerce, de leur origine, de leur utilité* 1014

Sect. 2. — *De la compétence des tribunaux de commerce* 1020

A. — De la compétence *ratione materiae*. 1020

B. — De la compétence *ratione personae*. 1028

Sect. 3. — *De la procédure commerciale* 1032

CHAPITRE II.

DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES 1042

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES 1051

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R.F.

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.

A LA MÊME LIBRAIRIE

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

PAR MM.

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut
Doyen de la Faculté de Droit de Paris
Professeur à l'Ecole des Sciences politiques

L. RENAULT
Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques

Tome Ier : Des actes de commerce. — Des commerçants. — Des tribunaux de commerce. — Des conseils de prud'hommes. — Des chambres de commerce. — Des consuls. 4e édit., 1906, 1 vol. in-8.
Tome II : Des sociétés. 4e édit., 1908-1909, 2 vol. in-8.
Tome III : Règles générales sur les contrats commerciaux. — Des preuves. — De la vente. — Du gage. - Des magasins généraux, des récépissés et des warrants. — De la commission. — Du contrat de transport. 4e édit., 1906, 1 vol. in-8.
Tome IV : Des lettres de change. — Des billets à ordre. — Des chèques. — Des opérations de banque. — Du compte-courant. — Des bourses et opérations de bourse. 4e edit., 1906, 1 vol. in-8.
Tome V : Des navires. — Des propriétaires de navires et de leur responsabilité. — Des gens de mer. — Du capitaine. — De l'affrètement. 3e édit., 1901, 1 vol. in-8.
Tome VI : Des avaries et de leur règlement. — Des abordages. — Des assurances maritimes. — Du prêt à la grosse. — De l'hypothèque maritime. — Des privileges sur les navires. 3e edit., 1902, 1 vol. in-8.
Tomes VII et VIII : Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. 3e édit., 1903, 2 vol. in-8.
Les **9** premiers volumes parus contenant le Code de commerce en entier, **90** fr.

NOTA. — La 1re édition, publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial* a été honorée par l'Institut du prix Wolowski.

PRÉCIS
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE PROCÉDURE CIVILE

Par **E. GLASSON**
MEMBRE DE L'INSTITUT, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Avec le concours, au point de vue pratique, de
P. COLMET-DAAGE
ANCIEN AVOUÉ PRÈS LE TRIBUNAL DE LA SEINE
DEUXIÈME ÉDITION
mise au courant de la législation et de la jurisprudence
Par Albert TISSIER
Professeur de procédure civile à la Faculté de droit de l'Université de Paris
1908, 2 vol. gr. in-8. . . . . **25** fr. »

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL
CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT
Par Marcel PLANIOL
PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Tome I, *cinquième édition*, 1908, 1 vol. gr. in-8..... 12 fr. 50
Tome II, *cinquième édition*, 1909, 1 vol. gr. in-8..... 12 fr. 50
Tome III, *cinquième édition*, 1910, 1 vol. gr. in-8..... 12 fr. 50
N.-B. — L'ouvrage est complet en trois volumes correspondant chacun à un examen.

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.

INTRODUCTION.
I. - Du commerce et du Droit commercial
II. - Histoire et sources actuelles du Droit commercial
Plan général de l'ouvrage
PREMIERE PARTIE.
Des actes de commerce et des commerçants
CHAPITRE PREMIER.
DES ACTES DE COMMERCE
1° De l'utilité de la détermination des actes de commerce
2° Quels sont les actes de commerce?
A. - Des actes commerciaux par eux-mêmes
B. - Des actes réputés commerciaux à raison de la qualité de ceux dont ils émanent
CHAPITRE II.
DES COMMERCANTS ET DE LEURS OBLIGATIONS
1° De l'intérêt de la distinction entre les commerçants et les non-commerçants
2° Qui est commerçant
3° De la liberté de faire le commerce et des restrictions qu'elle subit
4° De la capacité requise pour faire le commerce
A. - Du mineur
B. - De la femme mariée
5° Des obligations spéciales aux commerçants
Sect. 1. - *Des livres de commerce*
Sect. 2. - *De la publicité du régime matrimonial des commerçants, etc*
A. - Publicité du contrat de mariage
B. - Publicité des séparations de biens, des séparations de corps et des divorces
CHAPITRE III.
DES SOCIETES COMMERCIALES
Sect. 1. - *Notions générales sur les sociétés et sur leurs différentes espèces*
A. - Notions générales sur les sociétés
B. - Notions sur les différentes espèces de sociétés
Sect. 2. - *De la constitution et du fonctionnement des diverses espèces de sociétés commerciales*
1. - Des sociétés en nom collectif
A. - Caractères distinctifs des sociétés en nom collectif
B. - Conditions de leur formation
C. - Fonctionnement des sociétés en nom collectif; des engagements sociaux et de leurs effets
II. - Des sociétés en commandite
1° - De la commandite en général
A. - Caractères généraux
B. - Formation, preuve, publicité
C. - Droits et obligations des commanditaires et des commandités
D. - Administration
2° - Des commandites simples ou par intérêts
III. - Des sociétés par actions
Règles générales. Actions et obligations. Titres nominatifs et titres au porteur. Impôts
Historique de la législation française
A. - Des sociétés en commandite par actions
1° Constitution et organisation
2° Fonctionnement
B. - Des sociétés anonymes
1° Constitution et organisation
2° Fonctionnement
IV. - Des sociétés à capital variable
V. - Des sociétés en participation
VI. - Des sociétés à formes commerciales ayant un objet civil
VII. - Des sociétés de Crédit agricole
VIII. - Des sociétés de Crédit maritime
IX. - De la condition des sociétés étrangères en France
Sect. 3. - *Dissolution, liquidation et partage des sociétés; prescription; contestations entre associés*
A. - Dissolution
B. - Liquidation
C. - Partage
D. - Prescription des actions des tiers contre les associés
E. - Contestations entre associés
DEUXIEME PARTIE.
Des contrats commerciaux
CHAPITRE PREMIER.
REGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS COMMERCIAUX
A. - Règles concernant le fond du droit
B. - Des preuves en matière commerciale
CHAPITRE II
DE LA VENTE COMMERCIALE
1° Règles générales
2° Différentes espèces de ventes
CHAPITRE III.
DU GAGE COMMERCIAL, DES MAGASINS GENERAUX ET DES WARRANTS
1° Règles générales sur le gage commercial. Règles spéciales au gage des fonds de commerce
2° Des magasins généraux
A. - Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux (warrants, récépissés)
B. - De la création des magasins généraux
Appendice. - Des warrants agricoles
CHAPITRE IV.
DE LA COMMISSION
1° Nature et caractères de la commission
2° Obligations du commissionnaire envers le commettant et spécialement du commissionnaire ducroire
3° Obligations du commettant envers le commissionnaire
4° Effets, à l'égard des tiers, des actes du commissionnaire
5° Garanties spéciales des droits du commissionnaire et du commettant
Appendice. - Des préposés (commis-voyageurs, etc.)
CHAPITRE V.
DU CONTRAT DE TRANSPORT
1° Nature et preuve du contrat
2° Obligations du voiturier et du commissionnaire de transport. Fin de non-recevoir
3° Obligations de l'expéditeur et du destinataire
4° Prescription des actions nées du contrat de transport
5° Règles spéciales au transport des marchandises par chemins de fer
CHAPITRE VI.
DES LETTRES DE CHANGE. DES BILLETS A ORDRE ET DES CHEQUES; DES OPERATIONS DE BANQUE ET DU COMPTE COURANT
Sect. 1. - *Des lettres de change, des billets à ordre et des chèques*
Généralités
A. - De la lettre de change
1. - Emission et formes de la lettre de change
2. - Négociation de la lettre de change
3. - Garanties du paiement de la lettre de change
A. - Provision
B. - Acceptation
C. - Aval
D. - Du gage garantissant une lettre de change et des traites documentaires
E - Solidarité
4. - Du paiement et de ses effets
5. - Du refus de paiement et de ses conséquences. Des droits et devoirs des porteurs et des endosseurs

6. - Des déchéances encourues par les porteurs et les endosseurs négligents
7. - De la prescription
8. - Des lettres de change imparfaites
B. - Des billets à ordre
1er *Appendice.* - Du timbre et de l'enregistrement en matière de lettres de change et de billets à ordre
2e *Appendice.* - Des conflits de lois en matière de lettres de change
C. - Des chèques
Sect. 2. - *Des opérations de banque et des comptes courants*
A. - Des opérations de banque
B. - Du compte courant
CHAPITRE VII.
DES BOURSES DE COMMERCE ET DES OPERATIONS DE BOURSE
A. - Des bourses d'effets publics et autres: des opérations qui s'y font, des agents de change
Des changeurs
Appendice. - Des ventes à "tempérament" de valeurs de bourse
B. - Des bourses de marchandises, des opérations qui s'y font, des courtiers
TROISIEME PARTIE.
Du commerce maritime.
Introduction
CHAPITRE PREMIER.
DES NAVIRES ET DES MOYENS D'EN ACQUERIR LA PROPRIETE
CHAPITRE II.
DES PERSONNES INTERESSEES DANS LES EXPEDITIONS MARITIMES. DES PROPRIETAIRES DE NAVIRES ET DES ARMATEURS. DE LA COPROPRIETE DES NAVIRES
CHAPITRE III.
DU PERSONNEL DES NAVIRES
1. - Des gens de mer en général
A. - De l'inscription maritime
B. - De l'engagement des gens de mer
2. - Du capitaine
CHAPITRE IV.
DE L'AFFRETEMENT OU NOLISSEMENT
CHAPITRE V.
DES AVARIES ET DE LEUR REGLEMENT. DES ABORDAGES MARITIMES.
Sect. 1. - *Des avaries en général et de leur règlement*
A. - Des avaries communes
B. - Des avaries particulières
Sect. 2. - *Des avaries provenant d'abordages*
CHAPITRE VI.
DES ASSURANCES MARITIMES
Sect. 1. - *Principes généraux. Nature du contrat. Des risques. Des choses assurées. De la prime. Des formes du contrat*
Sect. 2. - *Des obligations de l'assureur*
Sect. 3. - *Des obligations de l'assuré. Du privilège qui garantit la créance de la prime*
CHAPITRE VII.
DES DROITS DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES SUR LE NAVIRE. DU PRET A LA GROSSE. DE L'HYPOTHEQUE MARITIME. DES PRIVILEGES SUR LES NAVIRES. DE LA SAISIE ET DE LA VENTE DES NAVIRES. Généralités
Section 1. - *Des droits des créanciers chirographaires sur les navires et spécialement du droit de suite*
Sect. 2. - *Du prêt à la grosse*
Sect. 3. - *De l'hypothèque maritime*
Sect. 4. - *Des privilèges sur les navires*
Sect. 5. - *De la saisie et de la vente des navires*
QUATRIEME PARTIE
Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires. Historique et généralités
CHAPITRE PREMIER.
DECLARATION DE FAILLITE: CONDITIONS, FORME, EFFETS
Sect. 1. - *A quelles conditions est possible une déclaration de faillite*
Sect. 2. - *Du jugement déclaratif de faillite*
Sect. 3. - *Des effets du jugement déclaratif de faillite*
§ 1. - Dessaisissement
§ 2. - Suspension des poursuites individuelles
§ 3. - Déchéance du terme
§ 4. - Cessation du cours des intérêts
§ 5. - Hypothèque de la masse
§ 6. - Nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif
§ 7. - Effets de la déclaration de faillite sur les actes antérieurs
CHAPITRE II.
DES AUTORITES ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE
A. - Des syndics
B. - Du juge-commissaire
C. - Du tribunal de commerce
D. - Des contrôleurs
E. - Des créanciers
F. - Du failli
G. - Du ministère public
CHAPITRE III.
ADMINISTRATION DE LA FAILLITE. - PROCEDURE DESTINEE A EN PREPARER LA SOLUTION
A. - De la constatation de l'actif du failli
B. - De l'administration des biens du failli
C. - De la vérification et de l'affirmation des créances
CHAPITRE IV.
DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE
Sect. 1. - *Du concordat simple*
A. - De la formation du concordat
B. - Des effets du concordat simple
C. - Des causes de nullité et de résolution du concordat
D. - Du concordat amiable
Sect. 2. - *De l'union*
A. - De l'organisation de l'union
B. - Des actes et opérations qui sont la conséquence de l'union (ventes, répartitions, etc.)
C. - De la clôture de l'union et de ses effets. De la déclaration d'excusabilité
Sect. 3. - *Du concordat par abandon d'actif*
Sect. 4. - *De la clôture pour insuffisance d'actif*
CHAPITRE V.
DES DIVERS DROITS QUI PEUVENT ETRE INVOQUES CONTRE UNE FAILLITE
Sect. 1. - *De la revendication*
Sect. 2. - *Des privilèges et des hypothèques*
Sect. 3. - *Des droits de la femme du failli*
Sect. 4. - *Des créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement*
CHAPITRE VI.
DES BANQUEROUTES. DES CRIMES ET DELITS COMMIS DANS LES FAILLITES. DES INCAPACITES DU FAILLI. DE LA REHABILITATION
Sect. 1. - *Des banqueroutes, des crimes et délits commis dans les faillites*
Sect. 2. - *Des incapacités dont est frappé le failli. De la réhabilitation*
CHAPITRE VII.
DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE
A. - Déclaration de liquidation judiciaire, conditions, formes, effets
B. - Autorités et personnes figurant dans la liquidation judiciaire
C. - Procédure préparatoire de la solution de la liquidation judiciaire
D. - Des diverses solutions de la liquidation judiciaire. Clôture pour insuffisance d'actif et conversion de la liquidation en faillite
E. - Des divers droits qui peuvent être invoqués dans la liquidation judiciaire
F. - Des banqueroutes. Des crimes et délits commis dans les liquidations judiciaires. De la réhabilitation

1er *Appendice.* - De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés
2e *Appendice.* - Situation des étrangers et conflits de lois en matière de faillite et de liquidation judiciaire
CINQUIEME PARTIE.
Des tribunaux de commerce. Des conseils de prud'hommes
CHAPITRE PREMIER.
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE
Sect. 1. - *De l'organisation des tribunaux de commerce, de leur origine, de leur utilité*
Sect. 2. - *De la compétence des tribunaux de commerce*
A. - De la compétence ratione materiae
B. - De la compétence ratione personae
Sect. 3. - *De la procédure commerciale*
CHAPITRE II.
DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES
TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES