Traité de droit commercial

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Lyon-Caen, Charles (1843-1935). Traité de droit commercial. 1908.

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

ROBERT 1964

Cousens la Couverture

DEPOT LEGAL
Hérault
14
948

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

PAR

1769

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.

BIBLIOTHÈQUE DES HAUTES ÉTUDES

4e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME SECOND

PREMIÈRE PARTIE

DES SOCIÉTÉS

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)
1908

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
IMPRIMÉS.
Lf 1

8° F 16617

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



TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

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.

BIBLIOTHÈQUE DES IMPRIMÉS

4e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski)

TOME SECOND

PREMIÈRE PARTIE

DES SOCIÉTÉS

Falle 1 892 150

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)

1908

TROISIÈME PARTIE

Des sociétés commerciales (1).

INTRODUCTION

1 *a*. Le commerce n'est pas fait seulement par des individus isolés. Il l'est aussi par des sociétés.

La matière des sociétés de commerce a la plus haute importance. Outre que ces sociétés sont très nombreuses, c'est grâce à elles qu'on a pu et qu'on peut réunir les capitaux considérables qui ont été et sont nécessaires pour les grandes entreprises des temps modernes (2).

1 *b*. Des personnes peuvent s'associer, c'est-à-dire réunir leurs efforts ou leurs capitaux, pour un temps plus ou moins prolongé,

(1) Code de commerce, livre I, titre III, art. 18 à 64 ; Code civil, livre III, titre IX, art. 1832 à 1873 ; loi du 24 juillet 1867 modifiée et complétée par les lois du 1er août 1893 et du 16 novembre 1903 ; loi du 30 mai 1857 ; loi du 5 novembre 1894 relative à la création de sociétés de crédit agricole ; loi du 23 avril 1906 créant des sociétés de crédit maritime.

(2) On connaît par le Compte-rendu annuel de l'administration de la justice civile et commerciale le nombre des sociétés de commerce autres que les sociétés en participation constituées en France chaque année (note 1 de la page 7). Il en a été constitué 5206 en 1897, 5602 en 1898, 5912 en 1899, 5605 en 1900, 5487 en 1901, 5565 en 1902, 5689 en 1903, 5798 en 1904.

Il y a, chaque année, un certain nombre de dissolutions de sociétés qui contribuent évidemment à diminuer le nombre total des sociétés de commerce existantes. Ce dernier nombre ne peut pas être exactement connu, parce que la loi ne soumet pas à des formalités de publicité toutes les dissolutions de société, quelle qu'en soit la cause. V. nos 353 et s.

dans des buts très variés. Ainsi, les associés peuvent avoir un but pécuniaire, consistant soit à réaliser, à l'aide d'opérations commerciales ou civiles, des bénéfices en argent à répartir entre eux, soit à supprimer ou à réduire des pertes que certains risques pourront leur faire éprouver. Des personnes peuvent aussi s'associer dans un but désintéressé, comme cela a lieu dans les associations littéraires, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, religieuses.

On peut, en général, s'associer en vue de tous les faits qui peuvent être accomplis par un individu isolé.

1 *c*. En un sens large, on peut dire, quel que soit le but poursuivi par les associés, qu'il y a *société* ou *association*. Dans le sens vulgaire, ces deux mots sont synonymes ; leur étymologie est la même, ils viennent des mots latins *socius* et *societas*. Mais, dans un langage rigoureux et dans les textes de nos lois, en général, les mots *société* et *association* sont pris dans des sens différents et même opposés l'un à l'autre (art. 1832, C. civ. et L., 1er juillet 1901, art. 1er).

D'après le Code civil et le Code de commerce, le mot *société* désigne exclusivement le contrat conclu entre personnes qui réunissent leurs apports pour arriver à réaliser des bénéfices en argent et les répartir entr'elles. A la *société* entendue dans ce sens étroit on oppose l'*association*, en désignant sous ce dernier nom le contrat conclu entre personnes qui s'unissent dans tout autre but que la réalisation et la répartition entr'elles de bénéfices en argent.

L'article 1832, C. civ., définit la *société*, l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 l'*association* (1).

Article 1832, *C. civil*. — *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.*

Article 1er, *Loi du 1er juillet 1901*. — *L'association est la con-*

(1) La distinction entre la société et l'association consacrée par la loi du 1er juillet 1901 était déjà admise antérieurement et consacrée par la jurisprudence. Cf. 2 janvier 1894, *S. J. Pal.*, 1894. 1. 129, *Pand. fr.*, 1894. 1. 175 ; Cf. 20 novembre 1897, *Pand. fr.*, 1898. 1. 383 ; Besançon, 23 janvier 1901, *S.* et *J. Pal.*, 1906. 2. 196.

vention 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.

Chacun des deux mots *société* et *association* se prend, selon les cas, en deux sens différents. Tantôt on désigne sous l'un ou l'autre de ces noms, le contrat intervenu entre les associés, comme cela résulte des définitions légales qui viennent d'être reproduites. Tantôt on appelle société ou association soit la personne civile distincte des associés que la société ou l'association constitue (nos 105 et suiv.), soit les associés considérés au point de vue de leurs intérêts communs par opposition aux associés considérés quant à leurs intérêts personnels, dans le cas où il s'agit d'une association ou d'une société sans personnalité civile.

Les lois elles-mêmes n'emploient pas toujours les mots société et association dans leur sens étroit. Ainsi, la loi du 1er avril 1898 traite des SOCIÉTÉS *de secours mutuels*, le Code de commerce (articles 47 et suiv.), parle des ASSOCIATIONS *en participation*, bien que les premières soient des *associations* et les secondes des *sociétés*, dans les acceptions restreintes qui viennent d'être indiquées.

2 *a*. Du reste, il n'y a pas, dans la distinction entre les *sociétés* et les *associations* une simple différence de mot. Ces deux classes de groupements sont, en France, régis par des règles légales différentes. Seulement, les différences entre le régime légal des unes et celui des autres n'ont pas toujours été les mêmes ; elles ont été bien plus grandes sous l'empire du Code pénal de 1810 jusqu'à la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association qu'elles ne le sont sous l'empire de cette dernière loi.

Dans l'une et l'autre de ces périodes, du reste, pour des raisons indiquées plus bas (no 2 *b*), les sociétés ont été ou sont plus favorisées que les associations.

2 *b*. Jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, la législation française ne s'était. pendant longtemps, guère occupée des associations que pour les prohiber. Les articles 291 et 292 du Code pénal défendaient de former des associations de plus de vingt personnes sans une autorisation administrative et édictaient des peines contre la violation de cette prohibition.

Ce n'est pas tout, même dûment autorisées, les associations ne jouissaient pas de plein droit du bénéfice de la personnalité civile. Cette personnalité pouvait seulement leur être accordée par des décrets rendus sur l'avis du Conseil d'Etat, les reconnaissant comme établissements d'utilité publique.

Quelques exceptions qui tendaient à se multiplier, avaient été apportées à ces principes rigoureux en faveur de certaines sociétés particulièrement dignes de faveur à raison de leur objet. C'est ainsi que les associations syndicales (L. 21 juin 1865, 12 décembre 1888 et 13 décembre 1902), les syndicats professionnels (L. 21 mars 1884), les sociétés de secours mutuels (L. 1er avril 1898), pouvaient se constituer sans autorisation et jouissaient, au moins pour partie, des avantages de la personnalité civile.

Les efforts faits pour rendre notre législation générale plus libérale en matière d'associations, ont pendant longtemps échoué ; 33 projets ou propositions de lois sur ce sujet ont été présentés sans résultat de 1871 à 1901. Enfin, le but a été atteint par la loi du 1er juillet 1901 (1).

D'après cette loi, une association peut se constituer sans aucune autorisation, quel que soit le nombre des associés, et, ainsi, les articles 291 et 292 du Code pénal sont abrogés (L. 1er juillet 1901, art. 21). Il n'est même pas besoin d'une déclaration pour former une association (L. 1er juillet 1901, art. 2). Mais une déclaration est nécessaire pour que l'association jouisse de la capacité civile (2). Cette capacité résultant de la déclaration est restreinte ; elle comprend le droit d'ester en justice, d'acquérir à titre onéreux, de posséder et d'administrer les cotisations de ses membres, le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres et les immeubles strictement nécessaires à l'accomplisse-

(1) Cette loi a été votée sous le ministère (1899-1002) présidé par Waldeck-Rousseau. Elle comprend trois titres. Les deux premiers (art. 1 à 12) sont consacrés aux associations. Le titre III (art. 13 à 16) concerne les congrégations.

(2) La déclaration est faite à la Préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où la société a son siège social. V., pour les détails, l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901.

ment du but qu'elle se propose (art. 6). Les associations peuvent obtenir une capacité civile plus complète, en se faisant reconnaître d'utilité publique par décrets rendus en Conseil d'Etat (L. 1er juillet 1901, art. 10 et 11). Elles peuvent alors faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts, sans, toutefois, qu'elles puissent posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent. Elles peuvent recevoir des dons et des legs, mais les immeubles donnés ou légués qui ne seraient pas nécessaires au but de l'association, doivent être vendus et le prix en est versé dans la caisse de l'association.

3 *a*. Les causes qui ont rendu la législation française, en général peu favorable aux associations, tandis qu'une grande liberté est admise pour les sociétés, sont faciles à saisir.

Le législateur français est resté longtemps sous l'impression des graves abus auxquels les associations ont donné lieu dans le passé : on se souvenait des atteintes portées à la liberté du travail par les corporations de métiers de l'ancien Régime et des désordres ou même des crimes dont les associations politiques avaient été trop souvent les instigatrices à l'époque de la Révolution.

Enfin, l'on a constaté depuis longtemps que les associations sont perpétuelles ou ont, tout au moins, une très longue durée et qu'elles n'aliènent pas leurs biens, ce qui soustrait ceux-ci à la circulation et peut nuire au développement de la richesse. Les biens des associations constituent, selon l'expression consacrée, des biens de *mainmorte*.

Bourjon (*Droit commun de la France*, livre II, titre IV, chapitre VI, n° 4) dit, en parlant des *gens de mainmorte* (ou associations) : « Ces gens ont cent mains ouvertes pour recevoir et une « seule entr'ouverte pour la sortie des biens qu'ils possèdent ». Pothier (*Traité de la prescription*, n° 275) indique que les biens appartenant aux corporations sont « des biens morts pour le commerce ».

Au contraire, les sociétés rendent au commerce les plus grands services ; souvent, elles favorisent la circulation des biens et, comme d'ordinaire leur durée est limitée, les biens qu'elles acquièrent, outre qu'ils reçoivent une affectation avantageuse à la prospérité

générale, ne restent pas toujours accumulés entre leurs mains (1).

Les *sociétés* n'ont jamais été soumises à une autorisation administrative à raison du nombre de leurs membres. Seulement, pendant longtemps, les sociétés *anonymes* n'ont pu se constituer qu'avec l'autorisation du gouvernement (ancien article 37, C. com.). Depuis la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes elles-mêmes n'ont plus besoin d'être autorisées (L. 1867, art. 21) et la loi du 17 mars 1905 a même supprimé l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes d'assurances sur la vie qui étaient, à titre exceptionnel, demeurées soumises à l'autorisation du gouvernement. (L. 24 juillet 1867, ancien article 66).

Ce n'est pas tout. Selon la doctrine la plus générale, les sociétés jouissent de la personnalité civile (nos 105 et suiv.), et cette personnalité a des effets très étendus ; grâce à elle, une société peut ester en justice, posséder sans aucune limite des meubles et des immeubles, même, sous le bénéfice d'une controverse (nos 118 à 122), acquérir à titre gratuit par legs ou donation, et cela sans aucune autorisation administrative.

4. L'association, appliquée aux entreprises dont le but est de réaliser des bénéfices en argent à répartir entre les associés, a joué, surtout de notre temps, un rôle considérable, soit en France, soit dans les pays étrangers. Elle a permis notamment de réunir les énormes capitaux nécessaires pour l'exécution des travaux qui, spécialement de nos jours, ont supprimé les distances, même transformé la surface du globe (construction de chemins de fer, de lignes télégraphiques, percement d'isthmes, de montagnes, etc.).

Mais on n'a pas attendu l'époque contemporaine pour reconnaître l'utilité de l'association au point de vue commercial ; elle était très bien démontrée par Toubeau, au XVIIe siècle. Dans son *Traité du Droit consulaire*, il dit : « Les sociétés sont avantageuses pour le « particulier, mais elles le sont davantage encore pour le public, « qui ne peut subsister sans le commerce qui est immense et infini ; « un particulier dont les forces sont nécessairement bornées, soit

(1) Consult. Eugène Baudoux et Henri Lambert, *Le droit commun d'association,* dans la *Revue des deux Mondes*, 1907, pages 842 à 860.

« pour l'argent, soit pour les soins, les veilles et les peines, ne « peut pas vaquer à un grandissime trafic, et ne saurait efficace- « ment travailler seul, ni servir si utilement et si avantageusement « l'État dans un commerce d'importance qu'en joignant son bien et « son industrie avec d'autres ».

5. L'idée d'association est aussi ancienne que le monde. Les sociétés tendant à la réalisation de bènéfices en argent ont pris de nos jours une très grande extension ; leur nombre est considérable (1).

Les textes du Droit romain révèlent l'existence de sociétés de ce genre ayant des objets très variés ; il y est particulièrement question des sociétés formées entre banquiers (*argentarii*). Les sociétés romaines les plus importantes étaient celles de publicains (*societates vectigalium*) qui affermaient les impôts ; leurs bénéfices consistaient dans la différence entre le prix du fermage et le montant des impôts qu'elles parvenaient à percevoir. Le rôle considérable de ces dernières sociétés avait fait admettre en leur faveur plusieurs dérogations notables aux règles du droit commun (2).

Au Moyen-Age, les associations se multiplièrent (3). Il y en eut de toutes sortes : sociétés de serfs, sociétés de marchands, sociétés d'agriculteurs. C'est durant cette période de l'histoire que prit naissance et se développa dans de notables proportions le contrat de *commande*, origine de la société en commandite du droit moderne (n^os^ 448 et suiv.).

Dans les temps modernes, une forme nouvelle de société est apparue : les *sociétés par actions* (société anonyme et société en comman-

(1) Grâce aux formalités de publicité qui suivent la constitution des sociétés de commerce, on connait le nombre des sociétés de commerce autres que les sociétés en participation constituées en France chaque année. V. note 1 de la page 1. Si l'on ne connait pas le nombre des sociétés en participation créés chaque année, c'est qu'elles ne sont soumises à aucune formalité de publicité (art. 50, C. com).

(2) V. Accarias, *Précis de Droit romain*, II, 4^e^ édition, p. 340, note 1 ; p. 353, note 1, p. 792, note 1 ; Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 4^e^ édition, p. 234, p. 574, note 5, p. 575, note 5.

(3) Weber, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaftem im Mittelalter* (1895).

dite par actions). Ce sont surtout les sociétés par actions qui ont reçu de nos jours un développement considérable (1). Les sociétés par actions seules ont permis de réunir les capitaux nécessaires aux grands travaux publics et aux grands établissements de crédit, et elles ont ainsi rendu des services signalés. Malheureusement, les sociétés par actions ont de graves inconvénients ; par les conditions de fait dans lesquelles elles se constituent et fonctionnent, elles se prêtent plus aisément que les autres sociétés aux combinaisons frauduleuses les plus variées, pratiquées, au préjudice des associés et des créanciers sociaux, par les fondateurs ou les administrateurs de ces sociétés. Les législateurs de tous les pays s'efforcent de prévenir ou de réprimer ces fraudes ; mais les hommes d'affaires, plus habiles que ceux qui font les lois, parviennent souvent à échapper aux mesures législatives en apparence le mieux combinées dans ce but. A mesure que des lois nouvelles sont faites pour déjouer les fraudes connues, des combinaisons nouvelles aussi sont trouvées pour les tourner. Cette sorte de lutte explique que, depuis une quarantaine d'années, il n'est pas de matière sur laquelle on ait autant légiféré dans les grands pays de l'Europe, que sur celle des sociétés par actions (2).

(1) Nous nous bornons à ces notions sommaires sur l'histoire des sociétés en général. A propos de chaque espèce de société, nous indiquerons ce que son développement historique peut présenter d'intéressant. — V. Troplong, *Du contrat de société civile et commerciale* (*Préface* en tête du tome Ier). V. aussi

(2) Ainsi, en France, il y a eu la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions, la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, toutes deux abrogées par la loi du 24 juillet 1867, qui s'occupe principalement des sociétés anonymes et des commandites par actions, la loi du 1er août 1893 qui modifie et complète la loi précédente sans compter quelques lois spéciales, comme celle du 16 novembre 1903 modifiant les articles 3 de la loi du 24 juillet 1867 et 34 du Code de commerce. Il est toujours question d'une réforme de la législation sur les sociétés par actions. Un projet de loi étendu modifiant la loi du 24 juillet 1867 a été présenté à la Chambre des députés le 3 avril 1903 ; il a été l'objet d'un rapport de M. Chastenet déposé le 29 février 1904, puis, ce projet de loi n'ayant pas été discuté avant la fin de la législature, a été déposé de nouveau à la Chambre des Députés le 18 juin 1906, au début de la législature nouvelle. — En Allemagne, depuis le Code de commerce de 1861, on a fait, pour ces

6. *De la législation française sur les sociétés.* — La matière des sociétés est loin d'être régie en France par une seule loi ; on en trouve les règles à la fois dans le Code civil, dans le Code de commerce et dans plusieurs lois spéciales qui ont modifié ou complété le Code de commerce.

Le titre du Code civil consacré aux sociétés (art. 1832 à 1873) est important en ce qu'il régit non seulement, en principe, les sociétés ayant un objet civil, mais même les sociétés de commerce, à défaut de dérogations consacrées par les lois ou par les usages du commerce (art. 1873, C. civ. ; 18, C. com.). A l'inverse, les dispositions du Code de commerce et les lois complémentaires ou modificatives sont faites surtout pour les sociétés ayant un objet commercial, mais elles régissent aussi les sociétés par actions même ayant un objet civil (nos 1074 et suiv.).

Les lois qui ont modifié ou complété le Code de commerce en cette matière, sont :

1° La loi du 17 juillet 1856, abrogeant les articles 51-63 sur l'arbitrage forcé entre associés dans les sociétés de commerce et modifiant, par suite, l'article 631, C. com. ;

2° La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, abrogée par la loi du 24 juillet 1867 (art. 20) ;

3° La loi du 30 mai 1857 sur la condition des sociétés étrangères en France ;

4° La loi du 6 mai 1863 modifiant les articles 27 et 28, C. com. ;

5° La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, abrogée par la loi du 22 juillet 1867 (art. 47) ;

6° La loi du 24 juillet 1867, modifiant les dispositions du Code de commerce sur les sociétés anonymes, remplaçant la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions ainsi que les articles 42 à 46, C. com., relatifs à la publicité des sociétés, et réglementant la sociétés à capital variable (art. 48 à 54) ;

deux espèces de sociétés, la loi du 11 juin 1870 et la loi du 12 juillet 1884 ; puis, le nouveau Code de commerce de 1897 a encore apporté des modifications aux lois précédentes. V. Robert Esser, *Die Neugestaltung der Aktiengesellschaft* (1898).

7° La loi du 1er août 1893, qui modifie quelques dispositions de la loi du 24 juillet 1867 et complète cette loi ;

8° La loi du 5 novembre 1894 sur les *sociétés de crédit agricole* (1) qui sont une variété de sociétés de commerce ;

9° La loi du 16 novembre 1903 (2), tendant à compléter l'article 34, C. com. et l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 en ce qui concerne les actions de priorité et les actions d'apport.

10° La loi du 23 avril 1906 relative à la création de *sociétés de crédit maritime* analogues aux sociétés de crédit agricole régies par la loi du 5 novembre 1894.

On peut encore citer : *a*. le décret du 22 janvier 1868 relatif aux sociétés d'assurances ; *b*. la loi du 9 avril 1898 *concernant la responsabilité dans les accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail* (art. 27) avec le décret du 28 février 1899, rendu pour l'exécution de l'article 27 de cette loi ; C. la loi du 17 mars 1905 *relative à la surveillance et au contrôle des sociétés d'assurances sur la vie et de toutes les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine*, avec les décrets rendus pour l'exécution de cette loi.

Cette dispersion des dispositions légales sur les sociétés est une cause d'embarras dans l'exposé de la matière. Ce qui est plus grave, elle a empêché que cette partie de notre législation fût dominée par des idées d'ensemble. En 1867, la commission du Corps législatif, chargée d'examiner le projet devenu la loi du 24 juillet 1867, proposa de refondre toutes les règles sur les sociétés commerciales, mais cette proposition échoua devant l'opposition du gouvernement (3).

(1) La loi du 5 novembre 1894 a été modifié sur certains points par la loi du 20 juillet 1901.

(2) Cette loi modifie elle-même une loi du 9 juillet 1902.

(3) Voici ce qu'on lit sur ce point dans le premier rapport fait par M. Mathieu au Corps législatif : « Il est désirable au point de vue pratique de rencontrer dans une loi ou dans une série unique de dispositions, les principes régulateurs d'un certain ordre d'intérêts ou de conventions. Là où ces dispositions sont éparses dans des lois d'origines et de dates différentes, elles offrent aux recherches une difficulté relative et une perte de temps fâcheuse toujours... » V. Tripier, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, t. Ier, p. 100 et 101.

Malgré le grand nombre des dispositions de nos lois sur la matière des sociétés, on peut y regretter quelques lacunes graves ; c'est ainsi qu'elles ne s'occupent pas de la *liquidation des sociétés*. V. n° 364.

7. *Etat général des législations étrangères sur les sociétés.* — Dans un grand nombre de pays, une loi ou un Code unique renferme presque toutes les dispositions légales sur les sociétés de commerce et la réglementation y est plus complète qu'en France. Ainsi, en *Belgique*, la loi du 18 mai 1873, modifiée par la loi du 22 mai 1886 (1), est consacrée aux sociétés de commerce. Le Code fédéral *suisse* des Obligations (art. 524 à 719) traite même de toutes les sociétés, commerciales ou non. En *Hollande*, la matière des sociétés de commerce est réglée par le Code de commerce de 1838 (art. 14 à 58), en *Allemagne*, par le Code de 1897 dont le second livre (art. 105 à 342), y est entièrement consacré lui-même ; par les articles 76 à 250 du Code *italien*, par les articles 115 à 243 du Code *espagnol*, par les articles 77 à 269 du Code *roumain*, par les articles 104 à 229 du Code *portugais* de 1888, par les articles 67 à 104 du Code de commerce *russe*, par les articles 42 à 262 du Code de commerce *japonais*, par les articles 68 à 278 du Code de commerce *bulgare* de 1897. En *Grande-Bretagne*, on peut distinguer deux classes de lois sur les sociétés. Les unes concernent les sociétés constituant des personnes civiles et appelées *companies* (2) ; les principales lois sur ces sociétés sont celles de 1862 (25 et 26 Victoria, chap. 89), de 1867 (30 et 31 Victoria, chap. 131) et de 1900 (63 et 64 Victoria, chap. 48) ; puis, il y a une loi anglaise de 1890 sur les sociétés ne

(1) Ces lois sont destinées à faire partie du Code de commerce *belge* revisé. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 57.

Pour la *Belgique* et pour les pays cités autres que la *Suisse* et la *Grande Bretagne*, il y a des dispositions sur les sociétés civiles dans le Code civil, dispositions qui, en général, s'appliquent sur les questions non résolues par la loi commerciale. V. n° 8.

(2) On range parfois toutes les lois *anglaises* relatives aux sociétés jouissant de la personnalité civile sous le nom de *the Companies Acts*. Chacune de ces lois est désignée sous le titre abrégé de *Companies Act* suivi de la date de la loi, par exemple, *Companies Act*, 1862 ; *Companies Act*, 1867, *Companies Act*, 1900 ; *Companies Act*, 1907.

jouissant pas de la personnalité civile et appelées *partnerships* (53 et 54 Victoria, chap. 39) et une loi de 1907 sur celles de ces sociétés qui correspondent aux sociétés en commandite simple du continent (7e édit., chap. 24) (1). Aux *Etats-Unis d'Amérique*, il n'y a pas de loi fédérale sur la matière ; il faut donc consulter les lois de chacun des Etats de l'Union (2).

8. *Rôle du Droit civil et des usages.* — Quelques nombreuses que soient les dispositions du Code de commerce et des lois complémentaires sur les sociétés, elles sont loin d'être complètes. Des questions importantes, des sujets entiers ne sont même pas touchés par eux. Il en est ainsi notamment de la gestion des sociétés en nom collectif, de la dissolution, de la liquidation et du partage des sociétés. Pour combler ces lacunes, il faut se référer aux usages du commerce et aux règles du Droit civil, conformément aux principes généraux (3). Il existe, du reste, à ce sujet deux dispositions spéciales aux sociétés, l'une dans le Code de commerce, l'autre dans le Code civil.

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.* Il n'est pas fait mention ici des usages, mais sur ce point, l'article 18, C. com., est complété par l'article 1873, C. civ.

Les conventions ne peuvent évidemment avoir d'effet qu'autant qu'elles ne portent pas atteinte à des dispositions prohibitives ou impératives. Il y a beaucoup de dispositions de cette nature pour les sociétés par actions (4) ; il y en a, au contraire, fort peu pour les

(1) On appelle ces sociétés *limited partnerships*.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 72.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 74 et suiv.

(4) Ce sont ces règles prohibitives ou impératives qui constituent ce qu'on peut appeler la réglementation légale des sociétés par actions. C'est ce système adopté par notre législation et par la plupart des lois des divers pays qui a remplacé l'ancien système de l'autorisation préalable qui, selon les pays, était autrefois exigée pour la constitution soit des sociétés anonymes seules soit de ces sociétés et des sociétés en commandite par actions. V. n° 672.

autres sortes de sociétés dites sociétés par intérêts (voir, pour les sociétés en commandite par intérêts, les art. 27 et 28, C. com.).

Quand il s'agit de points sur lesquels il n'existe que des dispositions interprétatives, les conventions des parties doivent, avant tout, être consultées, bien que l'article 18, C com., ne les mentionne qu'en dernier lieu.

L'article 1873. C. civ., dispose, sans faire mention des conventions *les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce.*

9. Quand on s'occupe, pour étudier les règles légales qui leur sont applicables sociétés de commerce autres que les sociétés en participation (1), on peut, en général, dire qu'il y a lieu de distinguer les rapports des associés entre eux et les rapports des associés avec les tiers, rapports qui résultent nécessairement des opérations faites par les sociétés. Le Code de commerce et les lois spéciales qui s'y rattachent, s'occupent spécialement de ce second ordre de rapports pour lequel les besoins du commerce exigeaient des dérogations au Droit civil. Les rapports des associés entre eux sont, au contraire, régis presque exclusivement par le Code civil, sauf en ce qui touche les sociétés par actions.

10. La matière des sociétés est complexe.

Il y a des règles générales qui régissent toutes les sociétés. Mais, pour donner satisfaction aux besoins qui sont très variés, la loi donne le choix aux intéressés entre plusieurs espèces de sociétés régies chacune sous certains rapports par des règles différentes (2).

C'est bien entendu pour les sociétés françaises que sont faites les lois françaises. Mais, par suite du développement des rapports internationaux des sociétés étrangères veulent faire des opérations en France, y établir des succursales ou même simplement y ester en

(1) Les sociétés en participation n'existent pas à l'égard des tiers ; elles n'ont d'effets qu'entre les associés. V. n° 1053, n^os^ 1062 et suiv.

(2) Il y a là quelque chose d'analogue à ce qui se présente pour les régimes matrimoniaux que la loi organise, en laissant le choix entr'eux aux futurs époux.

justice devant les tribunaux de France. Aussi a-t-on à se préoccuper de la condition légale des sociétés étrangères en France.

L'étude de la matière des sociétés sera ainsi divisée :

CHAPITRE PREMIER. — *Notions générales sur les sociétés* (conditions requises pour l'existence d'une société, classifications des sociétés, personnalité des sociétés).

CHAPITRE SECOND. — *Des différentes espèces de sociétés* (sociétés en nom collectif, en commandite simple, anonymes, en commandite par actions, sociétés à capital variable, sociétés de crédit agricole et de crédit maritime, sociétés en participation, sociétés à formes commerciales ayant pour objet des opérations civiles).

A propos de chacune des sortes de sociétés, il y aura lieu de traiter des règles relatives à sa constitution, à son fonctionnement, à sa dissolution, ainsi qu'à la liquidation et au partage qui suivent celles-ci.

CHAPITRE TROISIÈME. — *De la condition légale des sociétés étrangères en France.*

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SOCIÉTÉS

---

11. *Sens divers du mot société. Définition.* — Le mot société a, dans la langue du droit, comme il a été dit plus haut (n° 1 *b*), deux sens différents : 1° il s'applique au contrat qui intervient entre plusieurs personnes et qui en fait des associés ; 2° il désigne, soit les associés considérés comme ayant des intérêts communs, par opposition aux associés considérés au point de vue de leurs intérêts individuels, soit l'être moral société, considéré comme ayant une existence distincte de celle des associés, selon que la société ne constitue pas ou constitue une personne morale (n^os^ 105 et suiv.).

L'article 1832, C. civ., définit la société, en prenant ce mot dans le premier sens : *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*. Cette définition est conforme à celle que donnaient les anciens auteurs français. Pothier (*Traité du contrat de société*) dit : « Le contrat de « société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes « mettent, ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour « faire en commun un profit honnête, dont elles s'obligent récipro- « quement de se rendre compte ». Domat (*Lois civiles*, livre 2, titre 8, § 1^er^) dit que « la société est une convention entre deux ou « plusieurs personnes, par laquelle elles mettent en commun entre « elles ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce, « quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, pour partager tout ce

« qu'elles pourront avoir de gain ou souffrir de perte de ce qu'elles « auront mis en société » (1).

Cette définition convient aux sociétés commerciales, que le Code de commerce ne définit pas (ce qui implique qu'il s'en réfère à cet égard au Code civil), comme aux sociétés civiles. Elle implique que nos Codes comprennent exclusivement sous le nom de sociétés les associations ayant en vue des bénéfices pécuniaires à réaliser et à partager entre les associés (nos 2 et 3).

12. La société, étant un contrat, doit nécessairement réunir toutes les conditions requises pour l'existence ou pour la validité des contrats en général (art. 1108, C. civ.). Il faut, de plus, que certains éléments spéciaux se rencontrent, pour que le contrat constitue une société. A défaut de l'un de ces éléments essentiels spéciaux, il peut sans doute y avoir un contrat valable ; seulement, ce contrat ne constitue pas une société, régie par les règles propres à ce contrat (nos 58 et suiv.). Parfois, des difficultés se présentent pour déterminer s'il y a une société ou un autre contrat.

13. Conditions essentielles a l'existence d'une société. — Il résulte de la définition de l'article 1832, C. civ., ci-dessus reproduite (n° 11), que, pour qu'il y ait société, deux conditions essentielles sont nécessaires. Il faut : 1° que chaque contractant, c'est-à-

(1) Ces définitions sont précisément celles que les auteurs anglais donnent du mot *partnership* qui, dans une acception très large, désigne toute société constituée pour réaliser des bénéfices. V. Lindley, *On Partnerships and Companies*, t. Ier, p. 1 à 4. Cet auteur fait remarquer que l'emploi du mot anglais *partnership* pour désigner une association n'ayant pas pour but de réaliser des bénéfices conduirait à des confusions.

La loi des *Indes anglaises* sur les contrats, appelée *Indian Contract Act*, donne, dans l'article 229, une définition de la société ainsi conçue : *Partnership is the relation which subsists between persons who have agreed to combine their property, labour or skill in some business, and to share the profits thereof between them* (La société est le rapport qui existe entre des personnes qui sont convenues de mettre en commun leurs biens, leur travail ou leur habileté pour certaines affaires et de partager les bénéfices à en provenir).

V., sur la loi des *Indes anglaises* relative aux sociétés, *Traité de Droit commercial*, I, n° 71.

dire chaque associé, fasse un apport ; 2° qu'en réunissant leurs divers apports, les associés aient pour but de réaliser des bénéfices à répartir entre eux, bénéfices provenant d'opérations qui, d'après les principes généraux du droit, doivent être licites (art. 1108, al. 2 ; art. 1128, C. civ.). Mais la définition de l'article 1832, C. civ. n'est pas absolument complète. En la combinant avec d'autres dispositions du Code civil, on s'aperçoit aisément qu'il faut, en outre, pour qu'il y ait société, deux autres conditions ; 3° chaque associé doit être exposé, au cas d'insuccès des affaires sociales, à perdre au moins sa mise (1) (2) ; 4° chaque contractant doit avoir l'intention de former une société. C'est cette dernière condition qu'on désigne d'ordinaire sous le nom d'*affectio societatis*.

Chacune des quatre conditions essentielles à l'existence d'une société doit être examinée à part.

14. 1° APPORTS DES ASSOCIÉS. — Il doit y avoir un apport fait par chaque associé. Pothier (*Du contrat de société*, n° 8) dit qu' « il est « de l'essence de la société que chacune des parties apporte ou « s'oblige d'apporter quelque chose à la société ». L'article 1833, al. 2, C. civ., reproduit la même idée, en disposant que *chaque associé doit apporter à la société ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie*. A défaut d'un apport fait par chaque contractant, il n'y aurait pas société, mais donation au profit de celui qui n'apporterait rien ; celui-ci aurait, en effet, droit à une part dans les bénéfices, sans avoir rien fourni en retour aux autres contractants. La convention ne serait valable sur ce point qu'autant qu'on aurait observé les formes prescrites pour les donations (art. 931, C. com.) (3) ; le prétendu associé devrait être regardé comme étran-

(1) Bordeaux, 20 janvier 1902, *Journal des sociétés*, 1902, p. 330.

(2) La définition donnée par Domat (V. n° 11) était plus complète que celle du Code civil. Sur les critiques adressées sur ce point à l'article 1832, V. Pont, *Des sociétés civiles et commerciales*, I, n° 4.

(3) On a soulevé une autre question. Ne faut-il pas regarder la libéralité ainsi faite comme une *donation de bien à venir*, nulle, par suite, si elle n'est pas faite par contrat de mariage ou entre époux (art. 943 et 947, C. civ.) ? Pothier admettait l'affirmative (*Contrat de société*, n°s 8 et 26). Cette opinion est généralement rejetée par les auteurs : Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVI, n° 141 ; Pont, *op. cit.*, I, n° 59.

ger à la société qui ne produirait ses effets qu'à l'égard des autres contractants (1).

Si chacun doit faire un apport, il n'est pas du moins nécessaire que l'apport de chaque associé ait le même objet et la même importance. La possibilité de faire des apports variés et inégaux contribue même à augmenter l'utilité du contrat de société. De cette façon, il peut y avoir union du capital et du travail ; celui qui n'a que son travail (comme un inventeur) peut s'associer avec une personne qui lui fournit des capitaux. La société en commandite se prête particulièrement à cette combinaison (n° 414).

L'apport d'un associé n'a pas toujours un objet unique, mais a parfois plusieurs objets différents ; ainsi, un associé peut apporter à la fois une somme d'argent et un autre bien ou son industrie (2).

15. On peut dire qu'un apport est tout avantage en argent ou susceptible d'être évalué en argent, fait à la société par un associé en retour de la part à lui attribuée dans les bénéfices.

Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (art. 1845, alin. 1, C. civ.).

Tout ce qui peut être l'objet d'une obligation peut servir d'apport (art. 1126 à 1130, C. civ.). Ainsi, un associé peut apporter une somme d'argent, un bien corporel (par exemple, un immeuble) ou incorporel (par exemple, un brevet d'invention, une créance, un fonds de commerce) (3) ou son industrie.

L'objet de l'apport doit être licite. Un associé ne peut donc pas apporter le droit de se servir à titre de marque du nom d'une localité d'où ne sont pas réellement originaires les produits fabriqués par la société (4).

(1) Il est évident qu'il ne peut être question d'admettre la validité de la convention dont il s'agit par application de la jurisprudence sur la validité des donations déguisées. Dans l'espèce, il n'y a point de déguisement ; on n'a pas caché qu'un contractant ne doit pas faire d'apport et a, pourtant, droit à une part dans les bénéfices de la société.

(2) Cela se présente, dans les sociétés par actions, pour ceux des associés auxquels sont attribuées des actions mixtes. V. n° 703.

(3) Paris, 8 mars 1902, *Revue des sociétés*, 1901, p. 410,

(4) Bordeaux, 26 novembre 1906, *Le Droit*, n° du 20 mars 1907. Dans l'espèce, il s'agissait d'une société à laquelle un associé avait fait apport

Le caractère illicite de l'apport rend la société nulle ; car il doit être assimilé à l'absence d'apport.

L'apport doit aussi avoir un objet déterminé et ne pas porter sur un objet dont l'étendue est laissée à l'appréciation des parties. Ainsi, il ne peut être stipulé qu'un ou plusieurs associés apporteront les sommes nécessaires à la bonne marche de la société. Il y a là une application de l'article 1129, C. civ.

15 *bis*. Les apports en argent sont les plus fréquents. Tous les autres apports sont parfois rangés, spécialement dans les sociétés par actions, sous la dénomination collective *d'apports en nature* et sont ainsi opposés aux apports en numéraire. La distinction a une grande importance, surtout dans les sociétés par actions. En principe, c'est aux parties à évaluer comme bon leur semble les apports en nature. Mais, dans les sociétés par actions, l'évaluation en est soumise à des formes spéciales à raison des abus auxquels elle y donne facilement lieu (L. 24 juillet 1867, art. 4 (1) et 24). En outre, dans ces mêmes sociétés, les parts sociales ou actions qui correspondent aux apports en nature (*actions d'apport*), sont régies par des règles spéciales au point de vue du moment à partir duquel elles sont négociables (L 24 juillet 1867, art. 3 modifié par les lois du 1er août 1893 et du 16 novembre 1903).

Quand il s'agit de l'apport d'une chose autre que l'industrie d'un associé, l'objet de l'apport peut être la *pleine propriété*, l'*usufruit* ou la *jouissance* de cette chose.

16. *Apport en propriété*. — La propriété du bien apporté est transmise de l'associé qui en fait l'apport, à la société, quand celle-ci constitue une personne civile (n° 107) ou devient commune à l'apporteur et à ses coassociés, quand la société ne jouit pas de la personnalité. Dans le premier cas, il y a transmission de la propriété en entier ; dans le second, la transmission ne s'opère au profit des autres associés que pour ce qui excède la part indivise attribuée à l'associé qui fait l'apport.

du nom *de vin de Champagne de Cognac*, qui constitue une dénomination illicite.

(1) L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 suppose un associé *faisant un apport qui ne consiste pas en numéraire*.

L'associé par lequel l'apport est effectué, est, avec la société ou avec ses coassociés (selon la distinction qui vient d'être faite), dans des rapports analogues à ceux d'un vendeur avec son acheteur (1). Il n'y a, cependant, pas vente, en l'absence d'un prix en argent.

De là résultent plusieurs conséquences :

a. L'asssocié qui fait un apport en nature n'a pas droit au privilège du vendeur de meuble ou d'immeuble (art. 2102-4° et 2103-1°, C. civ.). Si cet associé reçoit, outre le droit de participer aux bénéfices, un prix en argent, il y a lieu au privilège du vendeur, mais pour ce prix seulement (2).

b. La rescision pour cause de lésion de plus du quart ne peut avoir lieu en cas d'apport d'un immeuble en société (art. 1118 et 1674, C. civ.).

c. Le droit de mutation dû en cas de vente (3) n'est pas perçu sur l'apport en société. Mais les apports sont soumis à un droit proportionnel très réduit (20 centimes par 100 francs, L. 28 avril 1893, art. 19). V. n° 23.

17. En retour de son apport, l'associé acquiert les différents avantages qui appartiennent à un associé, spécialement le droit à une part dans les bénéfices. La société étant un contrat commutatif, (n° 82) l'associé est garant envers la société à raison de l'éviction *de la même manière qu'un vendeur l'est à l'égard de l'acheteur* (art. 1845, al. 2, C. civ.). Il suffit donc de renvoyer aux règles posées par le Code civil à propos de la vente, dans les articles 1625 et suiv., en indiquant seulement ce qu'il peut y avoir de spécial à notre matière (4).

(1) En fait, l'apport en société peut, à certains égards, être assimilé à une vente, par cela même qu'il implique une aliénation. Ainsi, quand il a été stipulé dans une vente de fonds de commerce, que le prix deviendrait exigible en cas de vente de ce fonds par l'acheteur, il y a lieu d'admettre que le prix devient exigible en cas d'apport du fonds de commerce en société fait par l'acheteur. Trib. civ. Seine, 28 novembre 1898, *le Droit*, n° du 17 mars 1899.

(2) Orléans, 11 mai 1882, *le Droit*, n° du 13 juillet 1882.

(3) Le droit de mutation est, pour les ventes d'immeubles, de 7 0/0 (L. 22 avril 1905, art. 2) et pour les ventes de meubles, de 2 0/0 (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n° 1).

(4) Par application du principe posé au texte, l'apporteur d'un fonds de

S'il y a éviction du bien apporté, l'apport disparaît ou diminue suivant qu'il y a éviction totale ou partielle ou bien que la chose enlevée aux associés constituait toute la mise ou une partie de la mise de l'associé qui s'était engagé à la fournir. Doit-on conclure de là qu'il y a résiliation de la société ou seulement droit à des dommages-intérêts ? Il semble raisonnable de ne pas donner de solution absolue. Il peut se faire que les parties aient envisagé moins la chose elle-même que la valeur qu'elle avait, de sorte que, dans leur pensée, cette chose pouvait être facilement remplacée par une autre : dans ce cas, une condamnation à des dommages-intérêts répare le préjudice causé par l'éviction. Il peut arriver, au contraire, que la chose ait été prise spécialement en considération, de sorte que la société ne peut plus, sans cette chose, fonctionner comme les parties devaient l'espérer : en pareil cas, la résiliation de la société serait la

commerce ne peut créer un établissement semblable et les clauses d'interdiction de s'établir à nouveau sont admises dans la mesure où elles le sont en cas de vente d'un fonds de commerce. Paris, 3 novembre 1898, *Journal des sociétés*, 1899, p. 24 ; Cass., 14 mars 1904, *Revue des sociétés*, 1904. p. 412. V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 247.

L'assimilation, faite par l'article 1845, al. 2, pour le cas d'éviction, doit-elle être également admise au point de vue des règles à appliquer au cas où la chose mise en société n'a pas la contenance promise ? L'article 1616, C. civ., après avoir dit que le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, renvoie à certains tempéraments indiqués dans les articles suivants. Par exemple, le vendeur ne subit aucune diminution de prix, si la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est de moins d'un 20e (art. 1619). L'associé qui a fait l'apport peut-il invoquer cette disposition et n'a-t-on pas le droit de lui opposer l'article 1845, al. 1, d'après lequel il est débiteur, envers la société, de *tout* ce qu'il a promis d'y apporter ? Communément on applique par analogie les articles 1616 et suiv. : Pont, *op. cit.*, I, n° 265. Il est permis d'hésiter et de trouver que l'analogie n'est pas suffisante ; l'égalité est plus strictement requise dans la société que dans la vente ; les règles des articles 1616 et suiv. sont en partie arbitraires et ne doivent pas être facilement appliquées en dehors de l'hypothèse pour laquelle elles ont été faites : Duvergier, *De la société*, n° 156 ; Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 246. La question a été agitée dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 14 janvier 1862, D. 1862. 1. 91 ; S. 1862. 1. 533 ; mais la Cour suprême a rejeté le pourvoi, en se fondant sur ce que, dans l'espèce, la Cour d'appel avait constaté que, sous la forme d'un apport en société, il y avait eu, en réalité, une vente à laquelle l'article 1619 avait été naturellement appliqué.

conséquence naturelle de l'éviction. Outre que cette distinction semble fort raisonnable, on peut argumenter, par analogie, en sa faveur de l'article 1636, C. civ., d'après lequel, *si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente.* Les associés subissent une éviction partielle quand l'apport de l'un d'entre eux leur est ainsi enlevé (1).

18. La distinction étant admise pour le cas d'éviction (n° 17), il faut en tirer les conséquences. S'il y a lieu à dommages-intérêts, soit que les associés ne demandent pas autre chose, soit que les juges estiment que la résiliation ne se justifie pas, l'indemnité doit être calculée d'après les principes admis pour la vente, puisque l'article 1845, al. 2, y renvoie formellement. Il n'y a pas à proprement parler ici de *prix*, mais il faut tenir compte de la valeur qu'avait la chose lors de la formation de la société, que cette valeur ait été appréciée par les parties elles-mêmes ou qu'il faille, à défaut de cette évaluation, se livrer à une appréciation rétrospective. L'associé devrait rapporter le montant de cette estimation, quand même la chose aurait diminué de valeur depuis l'entrée en société. Cf. art. 1631, C. civ. A l'inverse, si la chose avait augmenté de valeur, il devrait tenir compte de l'augmentation. Cf. art. 1633, C. civ.

(1) M. Pont admet qu'au cas d'éviction totale, les associés peuvent opter entre la résiliation et l'action en dommages-intérêts ; ce n'est qu'au cas d'éviction partielle qu'il applique par analogie l'article 1636, C. civ. et décide qu'il y a lieu d'examiner si la portion enlevée par l'effet de l'éviction est assez considérable pour qu'à son défaut, les associés n'eûssent pas accepté comme mise sociale la chose ainsi réduite (*op. cit.*, I, n^os^ 269 et 270). Nous ne trouvons pas qu'il y ait lieu de faire cette distinction. Que la chose apportée par un associé ait été enlevée en tout ou en partie, la société subit une éviction partielle ; elle n'est pas privée de l'ensemble des apports, on conçoit qu'elle puisse fonctionner avec les autres apports auxquels s'ajoute l'indemnité allouée à raison de l'éviction. Comme tempérament au droit d'option qu'il accorde aux associés qui souffrent de l'éviction, M. Pont reconnaît que l'associé dont l'apport a disparu en tout ou en partie, peut se soustraire à l'action en garantie en offrant une chose exactement semblable à celle dont la société a été privée (n° 271). C'est là un tempérament équitable.

Si la résiliation est prononcée, les parties doivent être, en principe, replacées dans la position où elles seraient si elles n'avaient pas contracté ; des dommages-intérêts peuvent de plus être mis à la charge de celui par la faute duquel ce résultat se produit. Cela peut entraîner des conséquences rigoureuses, mais il paraît impossible d'écarter l'effet logique d'une résiliation et de régler les choses comme on le fait quand, après qu'une société a eu une certaine durée, il y a dissolution (1).

19. L'associé devrait également garantie au cas où l'existence d'une servitude serait constatée sur le fonds apporté. Cf. art. 1638, C. civ.

Enfin, il y a lieu à la garantie au cas de vices cachés du bien faisant l'objet de l'apport (2). Cf. art. 1641 et s., C. civ.

20. Il se peut qu'un associé apporte une créance. D'après l'article 1692, C. civ., le vendeur d'une créance en garantit seulement l'existence ; il n'est garant de la solvabilité du débiteur cédé qu'en vertu d'une convention et encore ne répond-il que de la solvabilité du débiteur au moment de la vente (3), à moins qu'il ne soit dit qu'il garantit même sa solvabilité future (art. 1694). Ces règles s'appliquent aussi dans les rapports entre l'associé qui apporte une créance et la société. Cela résulte de ce qu'aucune disposition légale ne déroge en matière de société aux règles restrictives de la garantie admises en matière de vente.

Des Codes étrangers déclarent, au contraire, l'associé qui apporte une créance, garant de la solvabilité présente et même future du débiteur. V. Codes de commerce *italien* (art. 80 (4) et *roumain*, (art. 81 (5).

Cette dernière solution devrait être admise aussi en France dans

(1) Pont, I, n° 572 ; Cf. Duvergier, *op. cit.*, nos 160 et 161.

(2) Pont, I, nos 273 et 274.

(3) V., pourtant, en faveur de la garantie de la solvabilité, Limoges, 8 juillet 1897, S. 1898. 1. 513 ; Cass., 2 novembre 1899, S. et *J. Pal.*, 1901. 1. 513 ; D. 1900. 1. 364 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321 ; *Revue des sociétés*, 1900, p. 262.

(4-5). L'article 1443 du Code civil *italien* et l'article 1397 du Code civil *roumain*, contiennent une règle analogue à celle de l'article 1694 du Code civil français.

le cas où, à raison de la forme du titre de la créance apportée à la société et, par suite, de son mode de transmission, la cession emporte garantie de la solvabilité pour le cédant. C'est ce qui a lieu quand il s'agit d'un titre à ordre (1) transmis à la société, à titre d'apport par un associé.

21. Le moment où la transmission de la propriété est opérée à la société se détermine d'après les principes généraux du droit, dans les rapports des parties entr'elles ou des parties avec les tiers (2).

Ainsi, la propriété est transmise entre les parties du jour même où le contrat de société a été conclu, s'il s'agit d'un corps certain (art. 1138, C. civ.); elle l'est seulement au moment où la chose apportée a été individualisée, quand il s'agit de choses *in genere*.

Au point de vue de la translation de la propriété à l'égard des tiers, il y a lieu à la transcription si l'apport a pour objet un immeuble (L. 23 mars 1855) (3), à l'une des formalités de l'article 1690, C. civ., s'il s'agit d'une créance (4), à l'endossement pour

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 132 et suiv.

(2) Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, I, nº 75.

(3) Aubry et Rau (5e édition), II, 209 et note 20, p. 43). Cf. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*. 4e éd., I, nº 329. — La transcription est nécessaire, que l'apport ait pour résultat de dépouiller totalement le propriétaire au profit de la société personne morale ou de le rendre simplement copropriétaire (nº 16). Car la transcription est exigée aussi bien dans les cas d'aliénation partielle que dans celui d'aliénation totale.

(4) Cela est généralement admis : Cass., 28 avril 1869, S. 1869. 1. 313 ; D. 1869. 1. 445 (Les créanciers de l'associé qui avait apporté des créances à la société, ont pu pratiquer des saisies-arrêts tant que la société n'a pas fait signifier aux débiteurs le transport qui lui était fait). V. aussi Paris, 18 déc. 1884, D. 1886. 2. 15. — Pont, *op. cit.*, I, nos 174 et 256. V. cpt. Bordeaux, 5 août 1868, D. 1869. 2. 111 ; Laurent, XXVI, nº 245.

Cependant, des auteurs se fondant surtout sur ce que l'article 1690, C. civ., se trouve au titre de la vente et n'est pas susceptible d'extension, soutiennent qu'en cas d'apport d'une créance à personne dénommée fait à une société, la transmission de la créance même à l'égard des tiers est indépendante des formalités de l'article 1690, C. civ. V. Guillouard, *Traité du contrat de société*, nº 795 ; Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, I, nos 110 et 111. Il y a là une doctrine inexacte. Les formalités de l'article 1690, C. civ., sont, par identité de motifs, exigées pour toutes cessions soit à titre onéreux soit à titre gratuit.

un titre à ordre (art. 136, C. com.), au transfert pour les titres nominatifs (art. 36, C. com.), à la mutation en douane, s'il s'agit d'un bâtiment de mer (L. 27 vendémiaire an II, art. 27), à l'enregistrement à la préfecture du département, s'il s'agit d'un brevet d'invention (L. 5 juillet 1844, art. 20) (1).

Toutefois, on a soutenu que cette dernière formalité n'est pas nécessaire au cas d'apport d'un brevet et quelques arrêts ont même consacré cette solution (2). Ils se fondent sur ce que l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 prescrit l'enregistrement à la préfecture pour les *cessions de brevets*, c'est-à-dire pour les actes qui dessaisissent d'une manière absolue le cédant, ce que ne fait pas l'apport en société, puisque, disent les arrêts, les biens composant l'actif d'une société appartiennent indivisément aux associés. Il y a là, selon nous, une véritable erreur. D'abord, quand la société constitue une personne morale, l'associé qui fait l'apport en propriété est dessaisi entièrement au profit de la société. Quand ce n'est pas une personne morale, il y a un dessaisissement partiel (3), c'est-à-dire que l'associé apporteur transfère la propriété de son apport à chacun de ses coassociés pour leurs parts sociales et ne conserve que l'excédent. Il y a alors, sinon une cession totale du brevet apporté, au moins une cession partielle, et l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 parle expressément de cette cession. Notre solution est, du reste, admise par l'administration (4).

(1) Trib. civ. Seine (3e ch.), 15 juill. 1895, *le Droit*, n° du 3 octobre 1895. — Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, n° 306 ; Allart, *Brevets d'invention*, n° 8 ; Ch. Lyon-Caen, dissertation dans le recueil de Sirey, 1883. 1. 17 et dans le *Journal du Palais*, 1883. 1. 14 ; Gustave Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, II, n° 288, pages 236 et 237.

(2) Cass., 24 mars 1864, S. 1864. 1. 374 ; *J. Pal.*, 1864. 1103 ; Cass., 16 juin 1882, S. 1883. 1. 17 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 24 ; *Pand. fr. chr.*; *Journal des sociétés*, 1891, p. 214 ; Cass., 22 mars 1898, *S.* et *J. Pal.*, 1903. 1. 86 ; D. 1903. 1. 397. *Journal des sociétés*, 1899, p. 12.

(3) Il en peut être autrement quand il s'agit d'une société en participation. Car, dans cette société, chaque associé conserve, en principe, la propriété de son apport. V. n° 1059. Consult. Gustave Huard, *op. cit.*, n° 286.

(4) Dans une circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'agriculture et du commerce, le 30 décembre 1865, sur les mutations dans la propriété des brevets, on lit : « Quand la propriété d'un brevet est cédée

22. A partir du moment où il y a transmission de la propriété l'associé a réalisé son apport et, par suite, les risques sont pour la société. La perte qui survient n'entraîne pas la dissolution de celle-ci et l'associé dont l'apport a péri conserve tout les droits que le contrat de société lui confère et qu'il exerçait avant la perte (art. 1867, 3e alin., C. civ. V. nº 309).

23 Par cela même que l'apport en société entraîne une aliénation partielle ou une aliénation totale (nº 16), un droit *proportionnel* de mutation est perçu. Mais ce droit, par faveur pour les formations de sociétés, est moins élevé que le droit de mutation ordinaire en matière d'aliénation à titre onéreux de meuble ou d'immeuble ; la quotité en est de 20 centimes p. 100 (loi du 28 avril 1893 portant fixation de budget de 1893, art. 19). Il n'en a pas toujours été ainsi ; les apports ont été successivement soumis à un droit *fixe* (1), puis à un droit *fixe gradué* (2).

par un particulier à une société ou *apportée par un particulier dans une société dont il fait partie,* la cession doit, comme lorsqu'il s'agit d'une transmission faite par un particulier à un autre particulier, être constatée par acte notarié après le paiement de la totalité de la taxe *et enregistrée au secrétariat de la préfecture pour être valable à l'égard des tiers* ».

Une proposition de loi déposée à la Chambre des députés, le 8 juin 1899, par M. Chastenet, modifie l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, en soumettant l'apport en société d'un brevet à l'enregistrement à la Préfecture

(1-2) La loi de frimaire an VII (art. 68, § 3, nº 4) soumettait au droit fixe de 3 fr. les actes de société « *qui ne portent ni obligation ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes* ». Ce droit avait été porté à 5 fr. par la loi du 28 avril 1816 (art. 45, nº 2). A ce droit fixe la loi du 28 février 1872 avait substitué un droit gradué, droit moins élevé et moins rigoureusement proportionnel que les droits dits proportionnels, mais le principe n'était pas modifié. Il ne l'a pas été non plus par la loi du 28 avril 1893 (art. 19). L'application littérale de la disposition conduirait à exiger le droit ordinaire de mutation par cela seul qu'une transmission résulte de l'acte de société, c'est-à-dire à peu près dans tous les cas. Aussi faut-il entendre la loi en ce sens que ce droit de mutation n'est dû que pour les obligations, libérations ou transmissions qui ne sont pas des dispositions essentielles au contrat de société et la jurisprudence entend assez largement la dispense du droit ordinaire de mutation. V. les explications très complètes données par M. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, 4e éd , I, nos 327, 328 et 330 ; Albert Wahl, *Traité de Droit fiscal*, I, nos 545 à 550.

Le droit de mutation ordinaire auquel donnent lieu les aliénations, est

24. La transcription est utile, d'après les principes généraux, par cela même que l'apport, quand un immeuble est apporté en société, doit transmettre la propriété entière à la société ou rendre les divers associés copropriétaires (n° 16). La société personne morale ou les associés qui acquièrent des droits de copropriété, peuvent se trouver en conflit avec des tiers ayant des droits sur l'immeuble et ce conflit est réglé conformément à l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 (1). Il semble donc qu'il y ait lieu d'appliquer ici l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 qui fait percevoir le droit de transcription lors de l'enregistrement « dans tous les cas où les actes seront *de nature à être transcrits au bureau des hypothèques*. « La jurisprudence n'admet, cependant, pas dans cette hypothèse la perception anticipée du droit de transcription (2). On peut ainsi constater que, par une anomalie dont il ne faut pas se plaindre, la jurisprudence admet, pour les sociétés, au point de vue fiscal, des tempéraments à l'application du Droit civil, tandis qu'ordinairement, à l'inverse, le droit de mutation (3) ou le droit de transcription (4) est quelquefois perçu là où il n'y a pas de mutation au sens juridique.

25. *Apport d'un bien appartenant par indivis aux associés*. — Des personnes mettent parfois en société un bien qui leur appartient par indivis. Il y a évidemment là un acte translatif de propriété s'il y a des associés autres que les copropriétaires. Il peut se faire que la société se compose exclusivement des copropriétaires (5). Même

dû quand l'associé apporteur reçoit autre chose en retour de son apport que sa part sociale, par exemple un capital en argent. Trib. civ. Seine, 3 novembre 1900, *Pand. fr.*, 1903. 6. 20 ; *J. des sociétés*, 1901, p. 419 ; Cass,, 6 mai 1903, *Pand. fr.*, 1904. 6. 1 ; *J. des sociétés*, 1904, p. 18.

(1) Pont, *op. cit.*, I, n° 258. Cpr., sur une question spéciale, Cass., 3 juillet 1899, *Pand. fr.*, 1900. S. 1 ; *Journ. des sociétés*, 1899, p. 400.

(2) Cass , 5 fév. 1850, D. 1850, 141. G. Demante, *op. cit.*, 329.

(3) V. G. Demante, *op. cit.*, t. II, n° 709.

(4) V. Valette, *L'héritier bénéficiaire, adjudicataire d'un bien de la succession, doit-il un droit de transcription sur le prix ? (Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, publié par Herold et Ch. Lyon-Caen, t. I, p. 191 et suiv.).

(5) Le cas est prévu par la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés en commandite par actions et pour les sociétés anonymes (art. 4 dern. al. et 24).

alors, il s'opère une transmission, si la société forme une personne morale ; le patrimoine social, dont l'immeuble apporté va faire partie, se distingue nettement du patrimoine propre de chaque associé (n° 107). La situation serait autre si la société ne formait pas une personne morale et si les associés devaient avoir dans la société des droits correspondant exactement à leurs droits de copropriété : aucune translation de propriété ne s'opérerait, chacun des associés restant propriétaire pour la même quotité qui lui appartenait avant la constitution de la société ; à leur qualité de copropriétaires s'ajouterait seulement celle de coassociés (1)

26. *Apport en usufruit.* — Il a été supposé précédemment qu'un associé apporte la propriété ou la copropriété d'un bien et les règles alors applicables ont été indiquées. Les mêmes règles s'appliquent au cas où l'apport a pour objet un droit d'usufruit, qu'il s'agisse d'un usufruit déjà créé au profit de l'associé (2) ou d'un usufruit constitué par lui au profit de la société sur un bien dont il est propriétaire. Cette assimilation entraîne des conséquences, soit quant aux formalités à remplir pour la transmission à l'égard des tiers, soit quant aux risques, soit quant à la garantie (3).

27. *Apport en jouissance.* — Au lieu d'apporter la propriété ou l'usufruit d'un bien, un associé peut s'obliger à en procurer la jouissance à la société. Cet associé, qui conserve la pleine propriété de ce bien, se trouve alors, avec la société, dans des rapports analogues à ceux d'un bailleur avec un locataire dans le louage de choses. Il résulte de là d'importantes conséquences :

a. Comme il n'y a, en pareil cas, aucune transmission de droit réel, il n'y a pas lieu à l'accomplissement des formalités de publicité

(1) Cela entraîne quelques modifications dans les règles à appliquer par suite des différences existant entre la société et l'indivision ou copropriété. V. nos 83 et 84. Le cas visé au texte est très rare si l'on admet, avec la jurisprudence, que des sociétés civiles régies par le Code civil, comme les sociétés de commerce autres que les participations, sont des personnes morales.

(2) Dans notre législation, la cession du droit réel d'usufruit est admise, à la différence de ce qui avait lieu dans le Droit civil romain. V. Girard, *op. cit.*, (4e édit.), p. 364, note 1.

(3) Cf. Pont, *op. cit.*, I, n° 277.

ordinairement prescrites. Spécialement, lorsque la jouissance d'un brevet d'invention est apportée, il y a ce qu'on appelle une concession de licence et un acte de ce genre n'est certainement pas soumis à l'enregistrement à la préfecture (n° 21) (1). Seulement, si la jouissance d'un immeuble était apportée à une société pour plus de 18 ans, il y aurait lieu à transcription, par application de l'article 2-4° de la loi du 23 mars 1855.

b. L'apport en jouissance est *successif* ; il n'est complètement réalisé que si la société a eu la jouissance promise pendant le temps fixé. Les risques sont pour l'associé comme, en cas de bail, ils sont pour le bailleur (art. 1722, C. civ.). La perte fortuite du bien apporté en jouissance seulement par un associé entraîne donc la dissolution de la société (art. 1867, al. 2, C. civ.), puisqu'ainsi, un associé se trouve ne pas avoir effectué son apport en entier. V. analog. n° 17.

L'apport peut consister dans la jouissance d'une somme d'argent qu'un associé s'oblige à procurer à la société. Celle-ci est alors un quasi-usufruitier et l'apporteur est créancier de cette somme qu'il peut exiger lors de la dissolution de la société (2).

28. Par cela même que les règles à appliquer diffèrent selon que l'apport a pour objet, soit la propriété, soit l'usufruit, soit seulement la jouissance à procurer à la société, il importe de savoir de quelle espèce d'apport il s'agit. En général, les parties expriment assez clairement leur volonté à cet égard. Mais faut-il décider lorsque les parties n'ont pas exprimé leur volonté sur ce point ? Des auteurs ont voulu établir des règles fixes. Les uns pensent que, dans le doute, c'est la jouissance qui doit être réputée acquise à la société (3). D'autres se prononcent, au contraire, pour l'acquisition de la propriété (4). On méconnaît dans ces deux opi-

(1) V., sur les concessions de licence en matière de brevets d'invention, Gustave Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, n° 293 et suiv.

(2) Cass., 2 avril 1889 ; Cass., 10 décembre 1893, *Journal des sociétés*, 1895, p. 55 ; Cass., 7 juillet 1898, *Journal des sociétés*, 1898, p. 493. V. Thaller dans les *Annales du Droit commercial*, 1902, p. 297.

(3) Duranton, XVII, n° 408.

(4) Duvergier, n° 204 ; Delangle, n°s 94 et suiv.

nions le principe selon lequel on ne doit pas admettre des présomptions légales en dehors de celles que les lois consacrent expressément. Dans le doute, c'est aux juges à examiner les circonstances de fait et à se décider d'après elles. Ainsi, ils peuvent prendre en considération les valeurs respectives des apports, les parts attribuées à chaque associé dans les bénéfices, la nature des mises, etc. (1). Cette question présente surtout de l'intérêt après la dissolution de la société : l'associé qui n'a apporté que la jouissance d'un bien, le reprend alors avant tout partage, tandis que les biens apportés en pleine propriété font partie de l'actif social à partager entre tous les associés.

Des Codes étrangers ont au contraire résolu la question en établissant une présomption. Ainsi, d'après les Codes de commerce *italien* (art. 82) et *roumain* (art. 83), en l'absence d'une stipulation contraire, les biens apportés deviennent la propriété de la société.

Quelquefois, il est certain que l'associé a voulu se réserver la propriété du bien apporté, mais on ne sait pas, à défaut d'indication précise, si l'apport a pour objet un véritable droit d'usufruit ou un simple droit de jouissance (n^os^ 26 et 27). Il y a grand intérêt à résoudre cette question, puisque la situation du nu-propriétaire à l'égard de l'usufruitier n'est pas identique à la situation du bailleur à l'égard du locataire et que, dans les deux cas, des règles différentes s'appliquent quant aux formalités à remplir et quant aux risques. On ne peut pas davantage poser sur ce point de règle générale d'interprétation ; il faut rechercher l'intention des parties, en examinant les termes employés, la combinaison des diverses clauses, les circonstances de l'affaire (2).

29. *Apport d'une somme d'argent.* — Au cas très fréquent où un associé s'oblige à apporter une somme d'argent, on appelle *versement* la réalisation de l'apport. Suivant les conventions, le versement a lieu en une ou plusieurs fois, à des époques fixées par avance ou déterminées après coup suivant les circonstances (*appels de*

(1) P. Pont, *op. cit.*, I, n° 63 ; Pardessus, III, n° 990.
(2) Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 248.

fonds). On comprend qu'un versement intégral et immédiat ne soit pas prescrit ; une société n'a pas toujours besoin de capitaux importants dès le début et l'intérêt qui doit souvent être servi aux associés à raison des sommes versées par eux, constitue une lourde charge, alors que les opérations ne se sont pas encore développées et que les bénéfices sont restreints ou même nuls.

En principe, la convention des parties fixe librement la quotité et l'époque des versements. Cette liberté n'est, toutefois, pas entière dans les sociétés par actions : la loi elle-même (L. 24 juillet 1867, art. 1 et 24 modifiés par la loi du 1er août 1893) fixe au quart ou à la totalité de la mise le versement à faire par chaque associé sur le montant de sa mise avant la constitution de la société.

30. Lorsque l'apport a pour objet une somme d'argent, les principes du droit commun reçoivent une double dérogation au cas où cette somme n'est pas versée à l'époque fixée par le contrat de société A partir du jour où la somme devait être payée, les intérêts moratoires courent de plein droit, il n'est pas besoin qu'une sommation soit faite à l'associé débiteur (1). En outre, des dommages-intérêts peuvent être alloués à la société en sus des intérêts moratoires (art. 1846, al. 1er, C. civ.).

La première de ces dérogations s'explique à la fois par le désir d'éviter des frais à la société naissante et par celui de frapper rapidement les associés en retard, afin de les rendre exacts. Quant à la seconde, elle se justifie par cette considération que les bénéfices réalisés par les sociétés excédant souvent l'intérêt au taux légal des capitaux engagés (2), le préjudice éprouvé par la société à raison du retard d'un associé est fréquemment supérieur aux intérêts légaux. De plus, ce préjudice peut être assez facilement constaté,

(1) Cass., 14 novembre 1899, *Pand. fr.*, 1900 1. 60 ; *Journal des sociétés*, 1900, p. 126 ; Cass., 28 juin 1904, *Revue des sociétés*, 1905, p. 8.

Mais l'article 1846, C. civ., d'après ces termes mêmes, est sans application lorsque la somme formant l'apport devient exigible avant le terme fixé. Les intérêts moratoires ne courent pas alors de plein droit du jour de l'exigibilité. Cass., 25 octobre 1897, D. 1898. 1. 297.

(2) Des personnes ne forment pas d'ordinaire une société de commerce uniquement dans le but de tirer de leurs capitaux mis dans la société l'intérêt au taux légal.

parce que l'on peut se rendre compte de l'emploi que la société aurait fait des capitaux promis.

Pour que les intérêts moratoires soient dûs en vertu de l'article 1846, C. civ., il n'est assurément pas besoin qu'il soit prouvé que le retard a causé à la société un préjudice. A la différence de ce qui a lieu pour les autres dettes, les dommages-intérêts consistant dans les intérêts au taux légal sont dûs pour les dettes de sommes d'argent à raison du retard seul, sans que le créancier ait à prouver un dommage éprouvé (art. 1147, 1149 et 1153, C. civ.) (1). Il résulte de là que l'associé en retard ne pourrait pas, pour se dispenser de payer des intérêts moratoires, se prévaloir de la clause des statuts qui attribue un intérêt fixe aux associés sur les sommes versées et dire que, grâce au défaut de versement, la société n'a pas eu à supporter cette charge, ce qui a fait profiter celle-ci du retard (2).

Les intérêts de la mise en argent qui courent de plein droit du jour où la somme devait être payée, continue à courir, non jusqu'au jour de la dissolution, mais jusqu'à celui de la fin de la liquidation de la société dissoute. L'associé en retard a profité jusque-là de la somme dont il s'agit au préjudice de la société. Cette somme aurait pu servir à payer des dettes sociales qui peut-être ont porté intérêt à la charge de la société jusqu'à ce moment (3).

(1) Aix, 1er mars 1869, D. 1870. 2. 219. -- On s'est demandé si la disposition de l'article 1846, c. civ., devait être appliquée au cas où un associé, ayant promis d'apporter une chose frugifère, ne la livrerait pas au temps fixé. La société a droit aux fruits perçus du moment où la propriété lui a été transmise (art. 547, C. civ.); il n'y a pas de difficulté à ce sujet.— Mais la société peut-elle demander compte à l'associé des fruits qu'il n'a pas perçus et qu'il aurait pu percevoir ? Cela est certain, si elle l'a mis en demeure. On discute sur le point de savoir si une mise en demeure est nécessaire. Pour l'affirmative, Pothier, *De la société*, n° 115 ; Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 250. Pour la négative, Pont, *op. cit.*, I, n° 263. Cette seconde opinion parait plus conforme à l'esprit de la loi, tel qu'il se révèle par l'article 1846, C. civ.

(2) Aix, 1er mars et 12 juill. 1869, *Journal de Marseille*, 1869. 1. 293 et 295. Ces arrêts infirment deux jugements du tribunal de commerce de Marseille des 23 octobre 1868 et 11 mai 1869 (même journal), 1869. 1. 131 et 170).

(3) Cass. 28 juin 1904, *Revue des sociétés*, 1905, p. 8 ; *Journal des sociétés*, 1906, p. 56. Paul Pont, *Traité des sociétés*, I, n° 326.

31. *Apport en industrie.* — Il est très fréquent que les associés ou un certain nombre d'entre eux promettent de donner leurs soins à l'exploitation de la société, en travaillant, en faisant des opérations et en s'employant pour elle. Cette promesse peut constituer tout l'apport d'un associé, comme elle peut se combiner avec la promesse de mettre en société une somme d'argent, un immeuble, etc.

D'après l'article 1847, C. civ., les *associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.*

Cette restitution des profits réalisés par l'associé pourrait ne pas suffire pour réparer le préjudice souffert par la société ; il lui devrait alors des dommages-intérêts en sus (1).

Il résulte des termes mêmes de l'article 1847, C. civ., que, si l'associé a une autre industrie ne faisant pas l'objet de la société, il ne doit pas compte à ses coassociés des bénéfices qu'il en retirerait (2). C'est ce que disait Pothier (3), auquel les rédacteurs du Code civil ont emprunté l'article 1847. Mais il convient d'ajouter que l'associé pourrait, suivant les cas, être considéré comme ne réalisant pas tout l'apport promis, s'il consacrait son temps même à une autre industrie que celle dont il a promis l'apport à la société.

L'associé, qui apporte son industrie, contracte une obligation de faire. Cette obligation est successive comme celle de faire l'apport d'un bien en jouissance (nos 27 et 28) ; elle n'est entièrement accomplie que quand l'associé a fourni son industrie pendant le temps prévu. De là résultent des conséquences importantes qui seront signalées. V. n° 51.

32. *Apport du crédit.* — Faut-il ranger le crédit d'une personne parmi les objets qui peuvent être apportés par elle à une société, de telle façon qu'un associé puisse n'apporter que son crédit ou le faire, tout au moins, entrer en ligne de compte, quand il apporte

(1) Aubry et Rau (4e édit.), IV, p. 354 et 355 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 195 ; Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, n° 113.

(2) Lyon, 18 juin 1856, D. 1857. 2. 71.

(3) *Traité du contrat de société*, n° 120.

d'autres choses ? Il y a lieu de distinguer entre le crédit *politique* et le crédit *commercial* (1).

Le crédit politique consiste dans l'influence qu'une personne peut exercer grâce à certaines fonctions ou à certaines relations. Ce crédit ne saurait faire l'objet d'un apport en société. Sans doute, le crédit politique peut malheureusement être la source de profits pécuniaires. Mais, ainsi que le dit Pothier (*Contrat de société*, nº 10), cet apport serait « contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes « mœurs, qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accor- « der leur crédit pour de l'argent » (2). Du reste, il n'est guère à supposer qu'on indique expressément dans un acte de société qu'un associé apporte son crédit politique ; mais il pourrait y avoir un apport fictif destiné à masquer l'apport réel consistant dans le crédit politique.

Au contraire, rien ne paraît plus légitime que l'apport du crédit commercial, c'est-à-dire de la confiance qu'une personne inspire, grâce à son bon renom, à son habileté, à son honnêteté (3). Ce crédit personnel d'un associé peut augmenter beaucoup celui dont la société a besoin ; il y a donc là véritablement une chose appréciable en argent. Cependant, des auteurs (4) ont soutenu qu'à défaut de biens corporels, le crédit ne suffit pas sans une coopération active. En se fondant sur un passage des travaux préparatoires du Code civil, on a dit que le nom, isolé de tout acte de la personne, est une chose arbitraire, tandis que l'industrie est une chose positive susceptible d'appréciation (5). On ajoute que les tiers sont

(1) P. Pont, *op. cit.*, nos 64 et 65.

(2) Le tribun Gillet, dans son discours au Corps législatif prononcé à l'occasion de la discussion du texte du Code civil sur les sociétés, disait : « Les Romains y reconnaissaient une troisième sorte de mise, le crédit et la « faveur, *gratiam*. Le législateur ne saurait écrire ces mots sans honte « que dans les Etats corrompus où l'on trafic de tout, même de la puis- « sance publique. »

(3) Guillouard, *op. cit.*, nº 64 ; Paul Pont, *op. cit.*, nº 65 ; Guillery, *Traité des sociétés*, I, nos 94 et suiv.; Nyssens et Corbiau, I, nº 70.

(4) Troplong, *Traité des sociétés*, I, nos 114 et 115 ; Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 377 ; Laurent, *Principes de Droit civil français*, XXVI, nº 143.

(5) Au Conseil d'Etat, à propos de l'article 1833, C. civ., Berlier a dit : « Au surplus, et en thèse générale, *un nom isolé de tout acte de la per-*

trompés, si celui qui apporte à la société la confiance dont il jouit, ne donne ni son travail ni son expérience. Ces deux considérations n'ont rien de décisif. D'une part, la valeur apportée à la société par le nom d'une personne estimée est tout aussi susceptible d'appréciation que le profit que la société peut tirer de l'industrie de cette personne. D'autre part, quand les tiers voient figurer le nom d'une personne daus une société, ils ont le droit de compter sur la responsabilité de cette personne, mais non d'exiger que cette personne prenne une part effective à la gestion. L'indication des noms des associés n'implique aucune promesse de ce genre ; c'est affaire aux associés de régler la gestion comme ils l'entendent.

33. Capital social. — Le montant total des apports en argent et des apports en nature, tels qu'ils sont indiqués dans l'acte de société, forme le *capital social*. Ce capital est, en principe, immuable. V. n° 33 *bis*.

Il ne faut pas confondre le *capital social* avec l'*actif social*. Celui-ci peut être égal, supérieur ou inférieur à l'actif social. Les éléments dont se compose l'actif, diminuent ou augmentent souvent de valeur, de telle façon que l'actif est inférieur ou supérieur au capital social. Il est possible aussi que certains biens formant le capital social aient péri. Enfin, au contraire, des bénéfices non distribués augmentent parfois l'actif de la société, sans que le capital social tel qu'il a été fixé par le contrat de société soit, pour cela, augmenté.

33 *bis*. Le capital social peut, du reste, être augmenté ou réduit. L'augmentation du capital qui peut résulter de l'accession de nouveaux associés faisant de nouveaux apports, ne peut avoir lieu que du consentement de tous les associés ou, tout au moins, de la majorité, d'après la nature de la société et les clauses des statuts. V., pour les sociétés par actions, nos 868 à 874 et 1018.

- L'augmentation du capital social ne peut résulter de l'extension de l'apport des associés sans leur consentement. Car les obligations

« *sonne est une chose fort arbitraire*, au lieu que l'industrie est une chose « positive à laquelle il convient de s'arrêter » (Fenet, t. XIV, p. 367 ; Locré, t. XIV, p. 491). C'est sur cette observation, dont l'inexactitude est démontrée au texte, que se fonde notamment Laurent, *op. cit.*. XXVI, n° 143.

d'un associé ne peuvent être accrues sans qu'il y consente, par cela même que cela constitue une modification du contrat de société qui, d'après les principes généraux, fait la loi des parties (art. 1134, C. civ.).

Les apports ne peuvent être augmentés par cela seul qu'une partie de l'actif a été perdue ou qu'on désire donner un nouveau développement aux affaires sociales, ou que la société aurait besoin de ressources plus importantes pour atteindre son but. Il faut, en principe, que l'augmentation ait été prévue par les statuts ou que tous les associés soient d'accord pour y consentir (1). Dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite par actions, à raison de la difficulté d'obtenir l'unanimité des associés souvent très nombreux, une clause des statuts dispose fréquemment que l'augmentation sera possible, sans qu'il soit besoin d'obtenir le consentement unanime des associés. En l'absence même de toute clause, on peut soutenir que, dans les sociétés par actions, le capital social peut être augmenté par les assemblées générales d'actionnaires, en vertu d'une décision prise à la majorité. V. nos 868-874 et 1018.

Des auteurs ont, pourtant, soutenu que si, faute d'un supplément de contingent, on ne peut atteindre le but commun, la majorité peut, même dans le silence de l'acte de société, décider qu'il y a lieu de dissoudre la société ou de continuer en exigeant de chaque associé un supplément d'apport (2). Les associés récalcitrants pourraient être exclus de la société. Cette doctrine méconnaît le principe de l'article 1134, C. civ., *la convention fait la loi des parties*.

Le Code civil *allemand* dispose, dans l'article 707 : « Un « associé n'est pas tenu de faire un apport plus fort que l'apport « promis ou de compléter sa mise par suite d'une perte ». Au contraire, l'article 1189 du Code civil *autrichien* de 1811 admet bien, en principe, que les associés ne peuvent pas être tenus de faire un apport plus important que l'apport promis, mais cet article

(1) P. Pont, *op. cit.*, I, nos 312 et 314.
(2) Pardessus, *op. cit.*, III, n° 995.

ajoute, à titre d'exception, que, dans le cas où, à raison de changement dans les circonstances, le but social ne peut être atteint sans des apports supplémentaires, l'associé qui se refuse à augmenter son apport, peut se retirer ou être contraint de le faire.

33 *ter*. La réduction du capital social suppose aussi, sauf dans les sociétés par actions (n° 33 *bis*), le consentement de tous les associés.

34. 2° Réalisation de bénéfices. — La seconde condition essentielle pour qu'il y ait société dans le sens du Code civil ou du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent, c'est que les parties aient pour but de réaliser des bénéfices en argent à partager entre elles à l'aide des opérations à faire en commun (nos 2 et 11).

De là résultent des conséquences multiples :

1° Les associations charitables, littéraires, artistiques, scientifiques, etc., ne sont pas en ce sens des sociétés (nos 2 et 3).

2° Il en est de même des associations d'assurances mutuelles (1). Les mutualistes n'ont pas pour but de réaliser des bénéfices, mais d'éviter ou de restreindre une perte, qui, par suite de la réalisation des risques prévue, pourra atteindre certains d'entre eux, en la supportant en commun. Il n'y en a pas moins entre les mutualistes un contrat ayant la plus grande analogie avec la société. Aussi emploie-t-on souvent dans l'usage l'expression de *sociétés* d'assurances mutuelles ; des arrêts (2), même des textes légaux contiennent cette expression (Décrets du 22 janvier 1868 et du 12 mai 1906).

(1) Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 377, p. 543 et note 5 ; Pont, *op. cit.*, I, n° 71 ; Laurent, XXVI, nos 147 et suiv.; René Clément, *Des assurances mutuelles*, p. 29 à 39.

(2) Cass., 13 mai 1857, D. 1857. 1. 201 ; S. 1858. 1. 129 (L'arrêt décide que la constitution d'une société anonyme requiert l'autorisation du gouvernement (art. 37, C. com.), qu'il s'agisse d'une société ayant pour objet le partage des bénéfices ou d'une société n'ayant pour objet que la réparation de pertes ou leur atténuation ; il s'agissait dans l'espèce d'une société d'assurances mutuelles contre les faillites). Cf. Paris, 25 mars 1873, D. 1875. 2. 17 (Cet arrêt décide, au contraire, qu'une société d'assurances mutuelles n'est ni une société commerciale, ni une société anonyme, mais une association purement civile à laquelle on n'applique pas l'article 37, C. com.).

On trouve, du reste, dans les lois sur les sociétés quelques dispositions qui régissent ces associations (L. 24 juillet 1867, art. 66). Mais cela n'implique nullement que le législateur les ait considérées comme de véritables sociétés. Voici, sur ce point même, ce qu'on lit dans l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1867, à propos de l'article 66 de cette loi : « Il faut dire, pour les associations d'assu-
« rances mutuelles, comme pour les tontines, qu'elles ne sont pas
« de véritables sociétés. — Puisque les tontines et les compagnies
« d'assurances mutuelles ne sont pas, ainsi que nous avons eu le
« soin de le faire remarquer, de véritables sociétés, on pourrait
« s'étonner que des dispositions destinées à leur servir de règles,
« fassent partie du projet de loi actuel. Malgré les différences qui
« existent entre elles, les tontines, les compagnies d'assurances et
« les sociétés anonymes ont été tellement rapprochées et quelque-
« fois même confondues par l'opinion que l'attente générale serait
« trompée si une loi qui modifie profondément l'état des sociétés
« anonymes, restait muette sur les tontines et sur les compagnies
« d'assurances, et si elle n'expliquait pas jusqu'à quel point les
« changements qu'elle fait pour les unes, s'étendent aux autres » (1).

3° La convention par laquelle plusieurs propriétaires s'obligent à faire et à entretenir des travaux pour protéger leurs immeubles contre un danger commun, n'est pas non plus une société (2).

4° Il en est de même d'une association constituée pour l'amélioration de la race chevaline (3).

5° L'association constitué pour l'entretien des écoles libres, n'est pas non plus une société (4).

(1) De ce que les associations d'assurances mutuelles ne sont pas de véritables sociétés, la jurisprudence a conclu qu'elles ne se dissolvent point par la mort des mutualistes. Cf. article 1865-3°, C. civ.; Cass., 12 janv. 1842, RÉP. D. v° *Assurance terrestre,* n° 60.

(2) Cass., 27 juill. 1880, S. 1881. 1. 245 ; *J. Pal.*, 1881. 1. 600. Dans l'espèce, il s'agissait de propriétaires qui s'étaient engagés à construire et à entretenir une digue à frais communs ; on se demandait s'il fallait appliquer les articles 1865 et 1869, C. civ.

(3) Cass., 2 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 129 ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 175.

(4) Cass., 29 novembre 1897, S. et *J. Pal.*, 1902. 1. 15, D. 1898. 1. 108 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 383.

6° Il en est également ainsi de l'association formée entre obligataires pour la défense de leurs intérêts communs (1).

Il ne semble pas même qu'on puisse aller jusqu'à donner le titre de sociétés dans le sens étroit et technique du mot aux associations constituées dans le but de réaliser des économies. Ainsi, les sociétés coopératives de consommation dont le but est, en achetant en gros des marchandises, d'échapper aux intermédiaires et de les revendre aux associés pour un prix inférieur à celui du détail, ne sont pas de véritables sociétés. Mais on peut soutenir que nos lois les assimilent à des sociétés. V. n° 1033³.

34 *bis*. Les solutions qui viennent d'être données, impliquent que, d'après l'article 1832, C. civ., il n'y a *société* qu'autant que les parties ont pour but de réaliser des bénéfices en argent afin de les partager entre elles. Cette manière un peu étroite d'entendre la loi a été combattue par quelques auteurs. Ils ont prétendu qu'il y a bénéfice dans le sens de l'article 1832 dès l'instant où les parties ont en vue un avantage de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciable en argent. Ils ont déduit de là notamment que l'association d'assurances mutuelles est une véritable société au sens de l'article 1832, C. civ. (2). Il n'est pas niable que le Droit romain donnait ce sens large au mot société (3), mais les expressions de l'article 1832, C. civ., et la tradition qui s'est établie depuis 1804, sont tout à fait contraires à cette doctrine. Cette tradition a été confirmée par la définition que l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 donne du contrat d'association (4).

C'est là l'unique motif qui nous fait adopter l'opinion générale ; elle conduit, il faut le reconnaître, à des conséquences quelque peu subtiles ; il serait plus rationnel de traiter de la même manière

(1) Cass., 26 mars 1378 ; S. 1879. 1. 17 ; *J. Pal.*, 1879. 24 ; Cass., 3 déc. 1889, S. 1891. 1. 525 ; *J. Pal.*, 1891. 1. 1289.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II (3e édit.), p. 615, note 1 ; Ad. Pichon, *Caractères distinctifs des associations* (1905) ; Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, nos 140 et suiv. ; Arntz, *Cours de Droit civil*, n° 1257.

(3) L. 52, §§ 12 et 13, Dig. *Pro socio* (XVII, 2).

(4) Consult. Henri Hayem, *Domaines respectifs de l'association et de la société* (1907).

toutes les sociétés ayant un but pécuniaire, que ce but pécuniaire consiste ou non dans la réalisation de bénéfices en argent à répartir entre les associés.

35. Il ne suffit pas qu'il y ait des bénéfiées en argent à partager, pour qu'il y ait société. Il faut que ces bénéfices résultent des opérations à faire en commun (1).

Ainsi, les *tontines* ne sont point des sociétés. On appelle *tontine* une association de créanciers de rentes perpétuelles formée sous la condition que les rentes des prédécédés accroîtront aux survivants, soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence, de telle façon que le dernier survivant réunit à sa propre rente toutes les rentes des prédécédés. Les bénéfices à réaliser dépendent d'éventualités étrangères à toute opération commune. Cependant, à raison de l'analogie existant entre les tontines et les sociétés, spécialement celles d'assurances sur la vie, les lois qui se sont occupées des sociétés, ont parfois aussi posé quelques règles relatives aux tontines (2).

36. Il n'y a pas non plus société, quand les bénéfices à réaliser ne doivent pas être recueillis en commun par les parties. Ainsi, l'usage privatif d'un bien attribué à tour de rôle à plusieurs personnes est exclusif de l'idée de société. Il n'y a donc point contrat de sociélé : *a*) lorsque deux copropriétaires d'une usine conviennent que chacun d'eux l'exploitera à son tour pour son propre compte, à la charge de payer à l'autre une indemnité (3) ; *b*) lorsque plusieurs

(1) Aubry et Rau, IV (4e édit.), p. 143 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 74.

(2) V. sur ce point, n° 34, une citation de l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1867. On peut y joindre le passage suivant du même document : « Dans le langage du monde et des affaires, on appelle les *tontines* « des sociétés. Les jurisconsultes eux-mêmes leur donnent ce nom, quoi- « qu'ils sachent bien qu'il ne leur convient pas ».

L'article 66, al. 1 de la loi du 24 juillet 1867 qui visait les tontines, pour maintenir en ce qui les concernait l'autorisation et la surveillance du gouvernement, est abrogé par la loi du 17 mars 1905. V. spécialement l'article 22 de la loi du 17 mars 1905 et les décrets du 12 mai et du 22 juin 1906 relatifs aux conditions dans lesquelles doivent être constituées et gérées les sociétés ou entreprises à forme tontinière.

(3) Cass., 4 janv. 1842, S. 1842. 1. 231 ; RÉP. D. v° *Industrie*, n° 418. (De ce qu'il n'y avait pas société, la Cour a tiré la conséquence que l'un

négociants mettent en commun un capital pour en jouir alternativement en l'appliquant chacun à un commerce particulier (1).

37. 3° PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES ET AUX PERTES. PART D'ASSOCIÉ. INTÉRÊT. ACTION. — Chaque associé doit avoir droit à une certaine part dans les bénéfices communs et supporter corrélativement une part dans les pertes.

Le droit de participer aux bénéfices, accompagné de l'obligation de contribuer aux pertes, constitue une part d'associé ou part sociale. Cette part est désignée parfois sous le nom générique d'*intérêt* ou *part d'intérêt* ; mais on distingue aussi souvent deux sortes de parts d'associé, l'*interêt* et l'*action*. V. article 529, C. civ. A cette distinction correspond la division des sociétés en deux grandes classes : les *sociétés par intérêts* ou *sociétés de personnes* et les *sociétés par actions* ou *sociétés de capitaux*.

Cette distinction est fondamentale. Dans certaines sociétés, les associés se choisissent à raison de la confiance qu'ils ont les uns dans les autres au point de vue de leur honorabilité, de leur habileté, de leur solvabilité. Aussi, dans ces sociétés, un associé ne peut-il, en cédant sa part à une autre personne, se substituer cette personne dans la société, si tous les coassociés n'y consentent pas ; ce serait imposer à ceux-ci un associé qu'ils n'ont pas choisi, ce qui impliquerait contradiction avec le caractère du contrat, qui, selon l'expression consacrée, repose sur l'*intuitus personæ*. Mais il est des sociétés dans lesquelles au contraire, la considération des personnes ne joue aucun rôle ; on n'y considère que la mise de chacun, aussi toute personne qui consent à faire l'apport d'une certaine somme devient-elle un associé. On comprend que, dans ces sociétés, par cela même que les associés ne se sont pas choisis, chacun d'eux peut, en cédant sa part sociale, se substituer d'autres personnes

des copropriétaires pouvait, pendant la période de jouissance de l'autre, exploiter une usine concurrente). Cf. Pont, *op. cit.*, I, n° 301.

(1) Cass , 4 juill. 1826, RÉP. D. v° *Société*, n° 104 (Il s'agissait de savoir si la contestation qui s'était élevée entre les parties pour le règlement de leurs comptes, était de la compétence des arbitres conformément à l'ancien article 51, C. com.).

dans la société, sans consulter ses coassociés. La faculté pour un associé de vendre ainsi ses parts est très avantageuse ; elle lui permet de recouvrer, en tout ou en partie, sous forme de prix, la somme mise par lui dans la société. Il réalise même un bénéfice si ce prix est supérieur à sa mise. Dans ces sociétés, pour faciliter la cession des parts, chaque associé reçoit un titre distinct de l'acte de société et constatant son droit ; il suffit à un associé de transmettre ce titre pour céder ses droits dans la société.

Les parts d'associés sont des *intérêts (stricto sensu)* dans la première catégorie de sociétés et des *actions* dans la seconde. V., du reste, pour de plus amples détails, n° 100, n^os^ 515 et suiv.

Doit-on voir dans l'action et dans l'intérêt un droit de créance ou un droit de propriété ? la question ne semble pas pouvoir être résolue d'une manière uniforme ; il y a lieu, suivant nous, de distinguer suivant que la société qu'on a en vue constitue ou non une personne civile. V. n° 141.

38. *Répartition des bénéfices et des pertes.* — Quelle est la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes ? Les intéressés peuvent-ils la fixer comme ils l'entendent ? La loi n'intervient-elle pas dans cette fixation ?

Le principe général est que les associés peuvent, suivant leurs convenances, fixer la répartition des bénéfices et des pertes entre eux ; la loi n'en fait un règlement que pour le cas d'absence de convention (art. 1853, C. civ.). Le tribun Boutteville disait très justement (1) : « Il est évident que ceux qui forment une société sont les seuls qui puissent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en industrie, en zèle, en talents, en activité, en courage ». Deux restrictions seulement sont apportées à cette liberté.

39. 1° *Il ne peut pas être convenu que la totalité des bénéfices appartiendra à un associé* (art. 1855, al. 1, C. civ.). Il y aurait là ce que, par allusion au lion de la fable, on appelle une société *léonine* V. Dig. L. 29, § 2, *Pro socio* (XVII, 2). Cette convention est

(1) Locré, *Législation de la France*, XIV, p. 537.

contraire à l'essence de la société qui implique au moins l'espérance de gains à réaliser pour chaque associé.

Malgré la liberté laissée aux associés de régler, comme bon leur semble, la répartition des bénéfices, l'attribution d'une part dérisoire serait à assimiler à l'absence de toute part dans les bénéfices (1).

V. n° 47.

40. 2° *Un associé ne peut pas être affranchi de toute contribution aux pertes ; il doit les subir au moins jusqu'à concurrence du montant de ses apports* (2). Cette seconde restriction, à la différence de la précédente, est de droit nouveau. D'après le Droit romain, un associé pouvait convenir qu'il ne supporterait point les pertes (3) ; l'ancien Droit français reconnaissait aussi la validité de cette clause (4). Pourquoi la règle a-t-elle été modifiée ? On a dit quelquefois que le Code civil prohibe cette clause, parce qu'elle peut cacher une convention usuraire. Il serait bien singulier que tel eût été le point de vue du législateur de 1804 ; non seulement il permettait le prêt à intérêt, mais il ne limitait même pas le taux de l'intérêt (art. 1907, C. civ.), alors que la clause était valable sous l'empire de l'ancien Droit qui défendait le prêt à intérêt. Le législateur de 1804 a sans doute regardé avec raison comme plus conforme à l'essence de la société que chaque associé fût exposé à perdre. Cela est, en outre, plus favorable à une sage administration quand l'associé, qu'on souhaite soustraire à toute perte, est gérant de la société ; il serait dangereux qu'un associé pût risquer les mises de ses coassociés sans risquer la sienne.

Du reste, la prohibition ne s'applique qu'à la convention relative aux pertes éventuelles futures. Il est donc permis de convenir, après

(1) Aubry et Rau, IV (4e éd.), p. 545 ; P. Pont, I, nos 401 et 439 ; Guillouard, *op cit.*, nos 234 et 235 ; Nyssens et Corbiau, I, n° 143.

(2) Cass., 14 juin 1882, S. 1882. 1. 423 ; *J. Pal.*, 1882. 1043 (Un souscripteur d'actions dans une commandite avait stipulé que les gérants, à sa volonté, lui rembourseraient intégralement le capital par lui versé).Trib. comm. Seine, 22 juin 1887, *la Loi*, n° du 2 juillet 1887.

(3) Ulpien, fr. 29, § 1, Dig. *Pro socio* (XVII, 2) ; Instit. *De societate*, § 2 (III, 25).

(4) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. I, n° 9 ; Pothier, *Traité du contrat de société*, nos 20 et 75.

la dissolution de la société, qu'un associé ne supporte pas les pertes antérieurement éprouvées (1).

40 *bis*. Un associé qui n'apporte que son industrie, peut-il convenir qu'il ne contribuera pas aux pertes ? L'affirmative doit être admise en ce sens que cet associé n'aura pas à payer *de suo ;* mais il supportera bien, en définitive, les pertes dans une certaine mesure, puisque l'absence de bénéfices réalisés par la société fera qu'il ne sera pas rémunéré de son activité. Son apport a été ainsi perdu et l'article 1855, al. 2, C. civ., qui, d'ailleurs, défend d'affranchir de toute contribution aux pertes *les sommes ou effets mis dans le fonds de la société*, n'est pas violé. Cette solution a été énoncée comme certaine dans les travaux préparatoires du Code civil (2).

41. L'article 1855, al. 2, implique qu'il peut être convenu qu'un associé ne sera tenu des pertes que jusqu'à concurrence de son apport. A cette faculté se rattache une distinction fort importante entre les associés : les uns sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, ils sont donc exposés à perdre au delà de leurs mises, si celles-ci ne suffisent pas à couvrir les pertes ; les autres ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur apport. Pour employer des expressions qui se trouvent dans les lois anglaises, la responsabilité des associés est tantôt illimitée (*unlimited*), tantôt limitée (*limited*). Dans certaines sociétés, la responsabilité de tous les membres est soit illimitée (sociétés en nom collectif), soit limitée (sociétés anonymes). Dans d'autres (sociétés en commandite), il y a certains associés tenus indéfiniment (commandités), et certains tenus seulement jusqu'à concurrence de leur mise (commanditaires).

42. La clause limitant la responsabilité des associés à leurs mises est assurément valable dans leurs apports entre eux et c'est à ce

(1) Cass., 23 mai 1900, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 488, D. 1901. 1 101 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 79.

(2) Le tribun Gillet s'exprimait ainsi devant le Corps législatif : « S'il se « trouvait quelque associé dont la mise fût uniquement en industrie, il « pourrait être convenu de l'exempter des pertes ; cette exemption serait, « à son égard, considérée comme une partie du prix qu'on aurait mis à ses « travaux ». Fenet, t. XIV, p. 422 : *Locré*, t. XIV, p. 553. V. Aubry et Rau, IV (4e édit.), p. 516 ; P. Pont, I, n° 452 ; Nyssens et Corbiau, I, n° 155.

point de vue que s'est placé le législateur dans l'article 1855, al. 2. Mais il est possible qu'on veuille l'invoquer contre les tiers. A quelles conditions cette clause est-elle opposable aux créanciers sociaux ? Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu une stipulation expresse à cet égard ; il suffit que la société dont il s'agit ait pris la qualification de société anonyme ou de société en commandite. Cela n'est pas plus douteux pour les sociétés ayant un objet civil que pour les sociétés ayant un objet commercial, en tant qu'il s'agit de sociétés constituées depuis la loi du 1er août 1883 (art. 68). V. nos 1075 et suiv.

Mais, avant cette loi, une grave difficulté s'élevait sur le point de savoir si la limitation de la responsabilité des associés était possible dans les sociétés ayant un objet civil et, comme la loi du 1er août 1893 n'a disposé que pour les sociétés à créer dans l'avenir, la question peut toujours être discutée pour les sociétés ayant un objet civil constituées avant cette loi. V. nos 1075 et suiv.

43. Sauf les deux restrictions contenues dans l'article 1855, C. civ., les associés sont libres de régler à leur gré la répartition des bénéfices et des pertes. Leur liberté est d'autant plus grande que l'article 1855, à titre de disposition exceptionnelle, ne peut recevoir une interprétation extensive (1).

Pour savoir d'une façon complète comment se répartissent les bénéfices et les pertes entre les associés, trois cas sont à distinguer : 1° l'acte de société règle le mode de répartition ; 2° l'acte de société se borne à déclarer que la répartition sera faite par un des associés ou par des arbitres ; 3° l'acte de société est muet sur la question, de telle sorte que la répartition doit être opérée d'après les règles posées par la loi elle-même.

44. Premier cas : *Règlement par l'acte de société*. — Comme il a été expliqué, les parties règlent librement la répartition des béné-

(1) La jurisprudence tend à donner une interprétation de plus en plus étroite à l'article 1855, C. civ., en tant qu'il n'admet point qu'un associé soit déchargé des pertes. Consult. Thaller dans les *Annales de droit commercial*, 1892, pag. 297 à 299.

fices et des pertes, sous la condition de respecter les deux dispositions prohibitives de l'article 1855, C. civ. (n° 43).

Ces prohibitions n'atteignent que les clauses qui excluent un associé à tout événement de la participation aux bénéfices ou aux pertes. On devrait donc admettre la clause qui subordonnerait à une condition cette participation aux bénéfices ou aux pertes (1). Spécialement, on peut stipuler que l'associé *survivant* prendra tous les bénéfices (2). Cette clause n'est pas, en réalité, contraire à l'article 1855, al. 1 ; avec elle, chaque associé a un droit au moins éventuel aux bénéfices ; ce droit lui appartient, s'il survit à son coassocié. En outre, la société peut prendre fin par une autre cause que la mort d'un associé (art. 1865 et suiv. C. civ.) et, alors, la liquidation et le partage se font comme si la clause relative au cas de survie d'un associé n'existait pas (3).

45. Il n'y aurait non plus rien d'illicite dans la clause en vertu de laquelle un associé aurait droit à une somme fixe à prélever sur les bénéfices (4) ou à un intérêt de sa mise à un certain taux avant toute répartition des bénéfices entre les autres associés (n° 558). Bien plus, il peut être alloué à un associé une somme fixe, que la société réalise des bénéfices ou subisse des pertes. Cette clause n'empêche pas l'apport de l'associé d'être soumis aux pertes : elle renferme seulement une sorte de vente qu'il fait de ses chances de gain. Cette convention est aléatoire : selon l'importance des béné-

(1) P. Pont, *Sociétés*, I, n° 441 ; Pothier, *De la société*, n° 12. V. le cas bien connu de la loi 44, *Pro socio* (Dig. XVII, 2).

(2) Cass., 17 mars 1860, S. 1869. 1. 22 ; *J. Pal.*, 1869. 83. V. aussi Trib. comm. Troyes, 19 mars 1901, S. et *J. Pal.*, 1901. 2. 254 ; D. 1901. 2. 47 ; *Pand. fr.*, 1901. 2. 103.

(3) P. Pont, *Sociétés*, I, n° 442 ; Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, I, nos 140 à 158. — Laurent (XXVI, n° 288) pense, au contraire, que la loi exige que chaque associé ait une part dans les bénéfices, et une part est, dit-il, quelque chose de positif, de réel. Il est particulièrement préoccupé des facilités que la validité d'une pareil clause peut fournir aux associations qui se font pour reconstituer les couvents et la mainmorte. Comme nous avons en vue les sociétés commerciales, il n'y a lieu que d'indiquer la question en passant ; dans ces sociétés, les associés se contenteront rarement d'un droit éventuel aux bénéfices.

(4) Cass., 9 juill. 1885, S. 1888. 1. 477 ; *J. Pal.*, 1888. 1169 ; D. 1886. 1. 301.

fices qui seront réalisés, elle est avantageuse ou désavantageuse pour l'associé dont le droit est limité à cette somme (1).

Toutefois, la clause dont il s'agit ne doit être reconnue valable qu'autant que la somme fixe attribuée à un associé n'est pas excessive. Si elle devait nécessairement dépasser ou atteindre les bénéfices possibles, il y aurait, en réalité, là un pacte léonin prohibé par l'article 1855, al. 1, C. civ.

46. Il arrive parfois qu'un associé se fait assurer par tous ses coassociés, par l'un d'eux ou par un tiers, la somme qu'il apporte à la société. Cette convention est-elle valable? une distinction doit être faite.

La clause par laquelle, dans l'acte même de société, la société ou des associés garantissent à leur coassocié le remboursement de sa mise malgré les pertes éprouvées, est évidemment contraire à l'article 1855, al. 2; elle a pour but d'affranchir l'apport de cet associé de toute contribution aux pertes (2).

La même solution devrait-elle être admise dans le cas d'une convention de ce genre intervenant plus ou moins longtemps après la formation de la société? On a soutenu la négative (3), en se prévalant de l'opinion de Pothier ; celui-ci (4) dit que la clause d'assu-

(1) Dans une hypothèse soumise à la Cour de cassation, un associé qui fournissait son industrie, devait avoir à son choix une somme fixe ou le quart des bénéfices. On avait prétendu que la clause était nulle comme contraire à l'article 1855, C. civ , puisqu'il pouvait arriver que la somme stipulée absorbât tous les bénéfices. La Cour suprême a admis qu'il y avait là une clause valable, un droit d'option entre un bénéfice fixe et un bénéfice variable : Cass . 7 déc. 1836, RÉP. D. v° *Société*, n° 421.

(2) Cass., 11 juill. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 452, *Pand. fr.*, 1895. 1. 439 ; Trib. civ. Seine, 28 fév. 1902, *Revue des sociétés*, 1905, p. 66. V les arrêts cités à la note 1 de la page 48. Si une convention de ce genre est nulle comme société, ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse pas valoir à un autre titre. Il pourrait y avoir, par exemple, une convention de prêt mal dénommée. Cf. Laurent, XXVI, n° 293.

(3) Troplong, *Sociétés*, n° 653 ; RÉP. D. v° *Société*, n° 429.

(4) *Du contrat de société*, n°s 25 et 27. L'opinion de Pothier était, d'ailleurs, combattue par des auteurs qui ne distinguaient pas suivant l'époque à laquelle la clause était intervenue. Ce qu'il faut remarquer, c'est que la question ne se présentait pas alors dans les mêmes termes qu'aujourd'hui. Il ne s'agissait pas de savoir si la clause était ou non contraire à

rance contenue dans l'acte de société peut être considérée comme impliquant l'usure, mais que cette présomption n'a pas de raison d'être quand l'assurance est postérieure de quelques années au contrat de société et que l'associé garanti cède à l'autre une part dans les bénéfices. Cette distinction ne paraît pas admissible aujourd'hui (1). Le Code civil, à la différence de l'ancien Droit, considère comme contraire à l'essence de la société la clause qui décharge un associé de toute contribution aux pertes (n° 40). L'assurance de la part d'un associé équivaut bien à cette clause, qu'elle résulte de l'acte même de société ou d'un acte postérieur : dans le premier cas, il n'y a pas eu de société à proprement parler ; dans le second, la société ne perd son caractère qu'à partir de la conclusion du pacte d'assurance.

Il faut, au contraire, admettre la validité de la convention par laquelle un associé se fait garantir par un *tiers* (compagnie d'assurance ou autre) le montant de son apport (2). Cet associé demeure

l'essence de la société, mais si elle ne violait pas la prohibition du prêt à intérêt.

(1) P. Pont, *Sociétés*, nos 457-459 ; Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVI, n° 293. - Cass. req., 14 juin 1882, S 1882. 1. 423 ; *J. Pal.*, 1882. 1043 ; D. 1884. 1. 222 (Un souscripteur d'actions dans une commandite s'était fait garantir par les gérants le remboursement du capital par lui versé. La Cour de cassation dit qu'une convention de ce genre, dont le but évident est d'affranchir la mise de toute contribution aux pertes, est nulle par application de l'article 1855, sans distinguer si elle est contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, si elle oblige la société entière ou seulement quelques-uns de ses membres). — Voir aussi Cass., 16 janv. 1867, D. 1884. 1. 222 *en note* ; Paris, 14 avril 1883, D. 1884. 2. 122.

(2) Pont, *Sociétés*, I, n° 458 ; Pardessus, III, n° 998 ; Aix, 4 nov. 1886, S. 1888. 2. 73 ; *J. Pal.*, 1888. 1. 434 et la note de Ch. Lyon-Caen (L'espèce de cet arrêt présentait une particularité qu'il convient de signaler. Un commandité s'engageait à souscrire une police d'assurance sur la vie au profit du commanditaire. Le capital a touché éventuellement par celui-ci devait bien lui être payé par la compagnie d'assurance ; mais ce capital n'était-il pas la représentation des primes que le commandité s'obligeait envers son associé à fournir à la compagnie ? V. aussi Cass. 9 juin 1890 ; S. 1890. 1. 305 ; D. 1890. 1. 309. Tout en admettant la règle posée au texte, on comprend qu'on hésite à approuver la solution de l'arrêt). Douai, 29 avril 1888, *Revue des sociétés*, 1888, p. 425 ; *la Loi*, n° des 29-30 octobre 1888 ;

exposé aux pertes dans ses relations avec ses coassociés ou avec les créanciers sociaux. Seulement, il peut se faire indemniser du préjudice grâce à son recours contre son assureur, recours qui peut, du reste, être inefficace par suite de l'insolvabilité de ce dernier.

47. *Rapport entre les bénéfices et les pertes.* — Si le Code civil s'est occupé distinctement, pour prohiber certaines clauses, de la répartition des bénéfices et de celle des pertes, il a gardé le silence sur la proportion que les associés peuvent établir, soit entre la valeur des apports de chacun et sa part dans les gains ou les pertes, soit entre les gains et les pertes. Il faut conclure de là que, sur ces points, la liberté des conventions est admise sans restriction. Cependant, il ne faudrait pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. La convention pourrait allouer à un associé une part si minime par rapport à sa mise que la société pourrait être assimilée à une société léonine (1). V. n° 39.

Ordinairement chaque associé a la même part proportionnelle à son apport dans les bénéfices et dans les pertes. C'est la répartition la plus naturelle et, en principe, la plus équitable, celle que la loi admet à défaut de convention. Si les parties ont, ce qui arrive quelquefois, fixé la part de chacune dans les bénéfices, sans parler des pertes, il faut pour celles-ci admettre la même proportion (2). Mais rien n'empêche de convenir que les associés auront des parts inégales, malgré l'inégalité de leurs apports ou, au contraire, des parts égales, malgré l'inégalité de leurs mises (3).

Trib. civ. Seine (2e ch.), 25 mai 1894, *le Droit*, n° du 19 août 1894 (dans l'espèce, c'est le cédant d'une part sociale qui s'était porté garant du cessionnaire contre la perte de l'apport).

(1) Aubry et Rau. IV (4e édit.), § 377 ; Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 287.

(2) C'est ce qu'admettait Domat (*Lois civiles*, livre I, tit. VIII, sect. I, n° 5). Cf. Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVI, n° 282. Amiens, 27 mai 1840, RÉP. D. v° *Société*, n° 402. Mais la règle posée n'a rien de nécessaire et les juges peuvent déduire des circonstances que les parts dans les pertes ne seront pas les mêmes que dans les bénéfices. Rouen, 17 mai 1905, *Journal des sociétés*, 1906, p. 63.

(3) Cass., 27 mars 1861, S. 1861. 1. 315 ; *J. Pal.*, 1861. 144 ; D. 1861. 1. 161. V. aussi Rennes, 8 janvier 1902, *Journal des sociétés*, 1902, p. 326. Quand il a été stipulé que les parts dans les bénéfices et dans les pertes seraient égales pour tous les associés, une difficulté se présente relative-

Ainsi, il peut être stipulé qu'un associé supportera les deux tiers dans les pertes et prendra un tiers dans les bénéfices, tandis qu'un autre associé subira un tiers des pertes et prendra deux tiers des bénéfices. Après discussion, la validité de ce mode de répartition avait été admise dans le Droit romain (1) et elle n'était pas contestée dans l'ancien Droit français (2). Aujourd'hui, elle doit être admise par cela même que la loi ne prononce à cet égard aucune prohibition (3). Du reste, la convention peut être souvent conforme à l'équité : il en est ainsi dans le cas où un associé donne un concours particulièrement précieux à la société ou lui a fait quelque avantage exceptionnel ; pour le rémunérer, il est équitable que sa part dans les pertes soit réduite (4). La crainte des libéralités déguisées ou indirectes entre époux a fait interdire, au contraire, en matière de communauté conjugale, toute convention obligeant un époux ou ses héritiers à supporter dans les pertes une part plus forte que celle qu'il prend dans les bénéfices ou le dispensant de supporter dans les dettes une part égale à celle qu'il prend dans l'actif (art. 1521, C. civ.). V. une disposition analogue, pour le cheptel simple, dans l'article 1811, C. civ.

48. *Sanction des prohibitions de l'article 1855 du Code civil.* — Quand la répartition des bénéfices et des pertes est réglée par ment au partage de l'actif : ce partage se fait-il également ou chacun a-t-il le droit de reprendre son apport ? V. sur cette question qui se rattache au partage, outre l'arrêt de Rennes précité, *Journal des sociétés*, 1897, p. 705 et s.; 1898, p. 43.

(1) Gaïus, C. III. § 149 ; Institutes, III, t. XXVI, § 2.

(2) Pothier, *Société*, n° 20. Telle était aussi l'opinion de Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. I, n^os^ 6 et 8).

(3) Le tribunal d'appel de Lyon avait demandé dans ses observations qu'on insérât dans l'article 1855, C. civ., une disposition prohibant la convention dont il s'agit (Fenet, IV, p. 312). Ce tribunal disait que le principe de justice qui doit régler, en général, le contrat de société, exige une égalité absolue dans la part des profits et la part des pertes ; il n'a pas été tenu compte de cette demande. — Pont, *Sociétés*, n° 464 ; Laurent, XXVI, n° 294.

(4) Tout en montrant comment, en fait, la clause peut s'expliquer, il ne faut pas en faire dépendre la validité de l'existence des circonstances signalées. Le droit des associés est absolu, puisqu'on ne trouve aucune prohibition dans la loi.

l'acte de société, l'une des deux dispositions prohibitives de l'article 1855, C. civ., peut être violée en fait. Quelle est la sanction ? Elle consiste certainement dans la nullité. Maïs cette nullité atteint-elle la clause prohibée seule ou la société elle-même ? On a invoqué, en faveur de la première solution, les expressions de l'article 1855, C. civ. ; cet article ne parle formellement que de la nullité de *la convention* ou de *la stipulation* prohibée. Les partisans de cette doctrine considèrent a'ors l'acte de société comme muet sur la répartition des bénéfices et des pertes ; ils appliquent, par suite, l'article 1853, al. 1, C. civ. : la répartition des bénéfices et des pertes se fait, selon eux, en proportion de la valeur des apports (1). L'opinion contraire doit être adoptée (2). C'est le contrat de société tout entier qui est nul (3) : il y a un lien intime entre toutes les clauses qu'un acte de société contient, les unes dépendent des autres. On violerait l'intention des parties si l'on annulait une clause séparée en laissant subsister toutes les autres.

Mais, au cas où une société constituée contrairement à l'article 1855 aurait fonctionné, quel serait l'effet de la nullité ? La société devrait être liquidée sur les bases admises par la loi pour le cas d'absence d'accord des parties (art. 1853, C. civ.), par cela même que la clause convenue par elles n'a pas de valeur légale (4).

49. Deuxième cas : *Règlement par des arbitres ou par un associé.* — Il est possible que les associés ne fixent pas eux-mêmes dans le contrat de société le mode de répartition des bénéfices et des pertes, mais s'en remettent pour cela à des arbitres ou à l'un d'eux. Cette convention peut intervenir, soit dans l'acte de société même, soit à une époque postérieure, quand il s'agit de faire la répartition. Elle est très rare : d'un côté, il est naturel que des per-

(1) Paris, 17 juin 1901, S. 1901. 2. 304 ; Pardessus, n° 998.

(2) Pont. I, n° 467 ; Laurent XXVI, n° 295 ; Nyssens et Corbiau, I, n° 166 ; Thaller, dans les *Annales de droit commercial*, 1892, p. 299. Telle était la règle romaine : L. 29 § 2, Dig. *Pro socio* (XVII, 2).

(3) Nous avons déjà fait remarquer qu'il y a, en pareil cas, nullité du contrat de société, mais qu'il serait possible que de l'ensemble des clauses on fît résulter une convention susceptible d'effet.

(4) Liège, 5 déc. 1888, *Revue pratique des sociétés*, 1889, p. 119.

sonnes qui concluent un contrat ayant pour but de réaliser des bénéfices à répartir entre elles, fixent la quotité de leurs droits dans ces bénéfices ; d'un autre côté, le mode de répartition admis par la loi, à défaut de toute convention, est très équitable (n° 50), et l'on ne voit pas, si les parties veulent l'écarter, pour quel motif elles s'en remettraient à l'appréciation d'une seule personne (1).

Cependant, ce cas si rare est prévu par l'article 1854, C. civ. La loi n'indique pas d'après quels principes le tiers ou l'associé désigné doit alors répartir les bénéfices et les pertes ; l'article 1854 dit simplement que le règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité (2). C'est au juge à apprécier en fait si le règlement mérite cette qualification. L'arbitre fait bien, en principe, de se conformer au règlement établi par la loi qui est très équitable (n° 50). On comprendrait, cependant, qu'il y dérogeât, par exemple, en ce qui touche l'estimation arbitraire de l'apport en industrie (n° 51). Même dans le cas où le règlement serait manifestement injuste, l'action en nullité est repoussée quand le règlement 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). En édictant ce bref délai, la loi a dérogé à l'article 1304, C. civ., qui fixe, en principe, à dix ans la durée des actions en nullité.

50. Troisième cas : *Règlement fait par la loi.* — La loi a réglé la répartition des bénéfices et des pertes pour le cas où les parties ne se seraient pas du tout expliquées à ce sujet. Cela ne se présente guère quand les parties ont fait un acte exprès de société,

(1) En Droit romain, il est question du cas où les associés s'en remettent *boni viri arbitrio* : Dig L. 6, L. 76, *Pro socio* (XVII, 2). Cette convention avait à Rome une utilité plus grande qu'en France ; car le Droit romain admettait, à défaut de convention, une répartition des bénéfices et des pertes par parts viriles, faite, par conséquent, sans considération de la valeur respective des apports. V. n° 50.

(2) C'est la reproduction de la règle du Droit romain qui exigeait, pour qu'une réclamation fût admise, qu'il y eût *manifesta iniquitas*. — Le législateur a copié ce que disait Pothier (*Traité du contrat de société*, n° 74).

ce qui a d'ordinaire lieu par cela même que le Code civil (art. 1854) et le Code de commerce (art. 39) exigent que le contrat de société soit constaté par écrit ; cela se comprendrait mieux si la société s'était établie tacitement ou, tout au moins, sans un acte en règle. D'après l'article 1853, alin. 1er, la part de chacun est, dans ce cas, proportionnelle à sa mise. C'est une interprétation naturelle de la volonté des associés. Elle n'a, pourtant, pas été toujours admise. Dans le Droit romain, à défaut de convention, la répartition des bénéfices et des pertes se faisait entre les associés par parts viriles (1). Dans l'ancien Droit, les auteurs étaient en désaccord. Domat (2) admettait l'égalité absolue, comme le Droit romain. Pothier distinguait : si les apports étaient en argent ou estimés, il admettait une répartition proportionnelle ; si les apports étaient faits sans estimation, il admettait la répartition par parts viriles (3).

La règle de la proportionnalité entre la valeur des apports de chaque associé et la part dans les bénéfices et dans les pertes est applicable, soit que les apports consistent en sommes d'argent ou en objets estimés dans l'acte même de société, soit que cet acte ne contienne point d'estimation (4). Sans doute, dans le second cas, on aurait compris une répartition par portions égales, dans le but d'éviter les difficultés d'une estimation rétrospective. On pourrait dire, du reste, qu'en ne faisant pas elles-mêmes d'estimation, les parties doivent être présumées avoir voulu admettre une répartition par parts viriles. Mais l'article 1853 ne fait pas de distinction et l'on ne peut introduire une présomption qu'aucun texte de loi ne con-

(1) Dig., *Pro socio* (XVII, 2), L. 29, Ulpien ; Gaïus, C. 3, D. 150 ; Institutes, liv. III, titre XXVI, § 1er. Ces textes parlent d'*æquæ partes*. Selon l'opinion la plus générale, il s'agit de parts absolument égales : Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, p. 501 ; Girard, *op. cit.*, (4e éd), p. 577 et note 7. Cependant, des commentateurs ont soutenu qu'il s'agissait d'une égalité proportionnelle.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre VIII, sect. I, n° 4.

(3) Pothier, *Société*, n° 73.

(4) Duvergier, nos 224 et 225 ; Pont, *Sociétés*, I, n° 483. — Des auteurs pensent qu'à défaut d'estimation, les apports doivent être réputés égaux, à moins qu'il n'apparaisse que les parties les ont considérés comme inégaux : Molinier, *Traité de Droit commercial*, I, n° 277 ; Pardessus, n° 385. Cette opinion est réfutée au texte.

sacre (art. 1350, C. civ.). C'est aux juges, puisque la répartition proportionnelle est admise même dans le dernier cas, à apprécier la valeur des apports en se reportant à la date de l'acte de société. Ils peuvent pour cela admettre tous les moyens de preuve. Les règles restrictives de la preuve par témoins et des présomptions de l'homme en matière de société (art. 39 et 41, C. com., 1834, C. civ.) sont inapplicables. Il s'agit de la preuve, non d'une convention, mais d'un simple fait, la valeur des apports. Les règles dont il s'agit dans les articles cités, ne sont faites que pour la preuve des actes juridiques.

51. *Apport en industrie.* — Au reste, dans un cas particulier, la loi elle-même a écarté la difficulté en posant une règle spéciale pour l'apport en industrie. Aux termes de l'article 1853, al. 2, C. civ., *à l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté* (1). La règle est assez difficile à justifier : il n'y a pas de raison sérieuse pour présumer que l'apport en industrie est égal à l'apport le plus faible plutôt qu'à l'apport le plus élevé. D'après les explications données dans les travaux préparatoires, il semble qu'on ait voulu pousser l'associé qui n'apporte que son industrie, à faire fixer sa part dans les bénéfices ou, tout au moins, à faire estimer son apport pour arriver à la détermination de cette part. S'il ne le fait pas, il n'a pas à se plaindre du caractère quelque peu arbitraire de la présomption de la loi ; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même (2).

L'article 1853, al. 2, suppose nécessairement que l'apport en industrie a été intégralement réalisé. Il importe de remarquer que, par sa nature même, cet apport est nécessairement successif, de telle sorte qu'il est complet seulement quand la société est par-

(1) Cette disposition a été insérée dans le Code civil sur les observations du Tribunat. V. Fenet, XIV, pp. 361, 364 et 381 ; Locré, XIV, pp. 488, 589 et 508.

(2) « La mise en industrie est comptée comme la moindre, parce qu'étant la plus susceptible d'estimation arbitraire, l'associé doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait d'avance stipuler le prix ». Discours du tribun Gillet (Locré, VII, p. 255). V. aussi le rapport de Boutteville, n° 14 (*eod. loc.*, p. 250).

venue au terme fixé par les statuts. Aussi, en cas de dissolution anticipée de la société, il y a lieu à une réduction proportionnelle de la part de l'associé dans les bénéfices et dans les pertes (1). Il faut, pour opérer cette déduction, comparer le temps pour lequel la société a été constituée à celui pendant lequel elle a duré effectivement.

52. La règle posée par l'article 1853, alin. 2, sur l'évaluation de l'apport en industrie, a un caractère arbitraire (n° 51) qui doit la faire restreindre au cas formellement prévu par la loi. De là résultent notamment les conséquences suivantes :

a) Si un associé apporte, outre son industrie, une somme d'argent ou d'autres choses, sa part dans les bénéfices n'est pas nécessairement la même que celle de l'associé qui a le moins apporté. Les juges ont à faire librement l'évaluation de l'apport total. L'article 1853, al. 2, est fait, d'après ses termes mêmes, seulement pour l'associé qui n'a apporté *que* son industrie.

b) Si les mises de tous les associés consistent en industrie, et si aucune d'elles n'a été évaluée dans l'acte de société, l'article 1853, al. 2, doit aussi être écarté. Il faut appliquer la règle de la répartition proportionnelle posée par l'article 1853, al. 1. L'opinion de certains auteurs selon laquelle la répartition des bénéfices et des pertes devrait alors avoir lieu par parts égales (2), est arbitraire.

(1) Cass., 14 juin 1865, D. 1866. 1. 132 ; S. 1866 1. 207 ; *J. Pal.*, 1866. 534. L'arrêt de la Cour de Colmar contre lequel le pourvoi était dirigé, pose très nettement le principe indiqué au texte. Dans l'espèce, il y avait une difficulté spéciale résultant de ce qu'un associé avait, outre son industrie apporté des procédés de fabrication, un achalandage, etc., le tout évalué en bloc. La réduction proportionnelle devait-elle porter sur l'estimation totale ou fallait il rechercher ce qui, dans cette estimation, représentait l'industrie et ne réduire que cette somme ? C'est la seconde alternative qui a été, avec raison, admise par la Cour.

(2) RÉP. D. v° *Société*, n° 401. — On a invoqué dans le même sens un arrêt de la Cour de Nancy du 14 mars 1868, D. 1869. 2. 92 ; S. 1869. 2. 214 ; *J. Pal.*, 1869. 961. Cet arrêt ne saurait avoir une réelle autorité dans la question ; dans l'espèce, il était constaté que chacun des associés avait déployé une activité égale.

53. Les règles qui viennent d'être posées sont facilement applicables dans les sociétés par actions. D'abord, les apports, quand ils sont en nature, c'est-à-dire quand ils ne consistent pas en numéraire, y doivent toujours être évalués à peine de nullité de la société et la loi elle-même indique, sous la même sanction, les formes dans lesquelles cette évaluation doit être approuvée par l'assemblée des actionnaires (L. 24 juillet 1867, art. 4 et 24). Puis, chaque associé reçoit un nombre d'actions proportionné au montant de son apport en argent ou à la valeur de ses apports en nature, et, comme les actions représentent d'ordinaire chacune une part égale du capital social (art. 34, C. com.), rien n'est plus simple que la répartition proportionnelle des bénéfices et des pertes entre les actionnaires (1).

54. Des lois étrangères ont adopté quant à la répartition des bénéfices et des pertes entre les associés le règlement du Code civil. Il en est ainsi du Code civil *italien* (art. 1717 à 1719) et du Code civil *hollandais* (art. 1670 à 1672). Mais ce dernier Code considère comme non écrite la clause par laquelle on confie à un associé ou à un tiers la répartition des bénéfices et des pertes. En outre, il permet de stipuler qu'un associé ne sera pas tenu des pertes même jusqu'à concurrence de son apport. Le Code civil *allemand* (art. 722) admet, à moins de convention contraire, la répartition par tête. Il en est de même du Code fédéral *suisse* des obligations (art. 550, al. 2).

55. *Définition des mots bénéfices et pertes*. — A propos de la participation nécessaire de chacun des associés aux bénéfices et aux pertes, il importe de poser quelques règles sur ce qu'on entend par bénéfices ou par pertes. C'est là une question générale qui s'élève dans toutes les sociétés.

L'état d'une société se modifie incessamment par suite des résultats variés des opérations sociales : une société peut être en perte un jour et être en gain le lendemain. Aussi, n'y a-t-il, dans la rigueur des principes, des bénéfices ou des pertes qu'après la dissolution de la société. Il y a des bénéfices quand, en comparant l'actif

(1) L'égalité même des actions est, en fait, admise pour faciliter la répartition des bénéfices entre les associés. V. n° 519.

au jour de la formation de la société avec l'ensemble des valeurs sociales lors de la dissolution, on trouve un excédent. La société est, au contraire, en perte, quand les valeurs sociales sont, lors de la dissolution, au-dessous de ce qu'était l'actif lors de la constitution de la société.

56. La règle selon laquelle il n'y a de pertes ou de gains qu'après la dissolution de la société, n'est pas d'ordre public. Il peut y être dérogé. Les dérogations y sont d'autant plus naturelles qu'il serait fort gênant pour les associés de ne toucher aucun revenu correspondant à leurs mises pendant la durée souvent très longue de la société. Aussi les actes de société fixent-ils presque toujours des périodes après lesquelles on détermine s'il y a des bénéfices ou des pertes. A l'expiration de ces périodes, on distribue les bénéfices ainsi constatés qu'on appelle *dividendes*, spécialement dans les sociétés par actions Ces périodes sont souvent désignées sous le nom d'*exercices sociaux* et la durée en est ordinairement d'une année. Il existe à cet égard un usage tellement répandu qu'à défaut même de convention formelle, on suppose, surtout dans les sociétés par actions, que l'intention des associés a été d'admettre des exercices annuels. V., pour les sociétés par actions, art. 10, 27 et 36, L. 24 juillet 1867 (1).

En fait, c'est seulement dans les sociétés ayant pour objet une ou plusieurs opérations déterminées, non une branche de commerce, que la répartition se fait seulement après la dissolution de la société, c'est-à-dire après la fin de ces opérations. Les sociétés dont il s'agit sont, en fait, presque toutes, des sociétés en participation. V. nos 1053 et 1054 *bis*.

57. 4° INTENTION DE FORMER UNE SOCIÉTÉ. — Le consentement étant un élément essentiel de tout contrat, les parties doivent avoir ce qu'on appelle quelquefois l'*affectio societatis* (2). Comme la société entraîne des conséquences particulières pour les associés,

(1) V. article 721, C. civil *allemand*.

(2) V. Paul Pic, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société* (*Annales de Droit commercial*, 1906, p. 153 à 167) ; Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés commerciales*, I, nos 103 et suiv.

il faut que les parties aient bien eu l'intention de s'associer et non de former un autre contrat. L'intention de s'associer est révélée par le fait que les contractants ont entendu se placer dans la situation d'égalité que la qualité d'associé implique et ont voulu jouer un rôle actif soit que tous soient appelés à faire les opérations, soit que ceux qui ne les font pas aient, au moins, un droit de surveillance sur la gestion. Il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait société entre deux personnes, que l'une d'elles soit appelée à participer aux bénéfices des opérations faites par une autre. De là résulte que, dans les cas nombreux où plusieurs personnes prennent une part dans les bénéfices résultant de certaines opérations, il n'y a, pourtant, pas contrat de société, mais louage de services, prêt, vente ou tout autre contrat.

58. *Du commis intéressé.* — Parfois, un commerçant attribue à un de ses employés une part dans les bénéfices de sa maison. Il paraît y avoir là les éléments d'une société : le patron apporte son établissement, ses capitaux, l'employé apporte son travail. Il y a partage des bénéfices dans la proportion convenue. Il y a aussi contribution aux pertes ; si le patron les supporte directement, l'employé les supporte aussi en ce sens, tout au moins, que le défaut de bénéfices l'expose à ne recevoir aucune rétribution pour son temps et sa peine (n° 40 *bis*). On conçoit sans doute une société dans laquelle figureraient ces éléments matériels ; mais, pour qu'il y ait société, il faut, en outre, que l'intention des parties ait bien été d'en former une ; il n'y aurait plus alors un patron et un employé engageant ses services ; il y aurait deux associés (nos 59 et 60).

Quand l'intention de former une société n'apparaît pas, le contrat ne constitue qu'un louage de services (ou contrat de travail, selon l'expression souvent employée aujourd'hui) avec un salaire aléatoire (1), que ce salaire existe seul ou qu'il se combine (ce qui est beaucoup plus fréquent) avec un salaire fixe (2). On trouve une

(1) Trib. comm. Seine, 19 mars 1902, *Revue des sociétés*, 1902, p. 283.

(2) Le tribunal d'appel de Lyon, dans ses observations sur le projet de Code civil, avait demandé l'insertion d'une disposition prévoyant le cas dont il s'agit et le résolvant, comme nous le faisons au texte avec tous les auteurs. A propos de l'article 1855 (art. 32 du projet), ce tribunal s'expri-

application de cette idée dans l'engagement des gens de mer *à la part* ou *au fret* ; les gens de mer participent alors aux produits de la pêche ou au fret, et, cependant, le contrat n'est pas une société (1).

59. Ce qui donne un grand intérêt pratique à cette solution, c'est que la situation des parties est loin d'être la même suivant qu'il y a entre elles un louage de services ou une société.

a) Deux associés sont sur le pied d'égalité ; il n'en est pas de même d'un patron et d'un commis. Ainsi, le patron conserve toute son indépendance pour la gestion de ses affaires et le commis ne peut exercer sur les opérations de son patron le droit de contrôle qui appartient à un associé sur les actes de son coassocié qui administre les affaires sociales.

Est-ce à dire que le commis intéressé n'a pas le droit de réclamer la communication des livres du patron ? Assurément, il ne peut invoquer le droit de communication conféré par l'article 14, C. com., aux *associés*. Mais ce droit doit être considéré comme lui ayant été conféré implicitement par la convention qui admet la participation aux bénéfices (2). C'est donc au patron, s'il veut se soustraire au droit de communication qui peut être gênant pour lui, à le stipuler expressément (3).

mait ainsi : « Le commis, artiste ou employé de la société, sous quelque « dénomination que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque dans « les bénéfices, à titre d'encouragement ou pour lui tenir lieu de son « salaire en tout ou en partie, ou le droit d'opter pour son salaire, entre « une somme fixe et une portion des bénéfices, n'est point *associé* : il n'est « pas tenu des pertes ». Cette disposition n'a pas été insérée dans le Code, sans qu'on sache pour quel motif.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, V. n° 354.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 297 *bis*. Nîmes, 20 juill. 1867, D. 1868. 2. 57. On a cité comme contraire un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 décembre 1866, D. 1867. 1. 303. En réalité, cet arrêt ne contredit point la doctrine énoncée au texte : il s'agissait d'un commis intéressé, non dans toutes les affaires de son patron, mais seulement dans les opérations faites par son entremise. V., cependant, Aix, 6 déc. 1888 (*la Loi*, n° des 20-21 mai 1889).

(3) Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 16 juillet 1888 sur *les sociétés coopératives et le contrat de participation aux bénéfices*, contenait sur la question une disposition (art. 32) ainsi conçue : « En

b) Le patron a le droit de congédier son commis intéressé dans les termes où il pourrait le faire pour un commis qui ne toucherait que des appointements fixes (1). V. art. 1780, C. civ.

c) Les sociétés de commerce, autres que les associations en participation, sont soumises à des formalités de publicité ayant pour but de porter les statuts à la connaissance des tiers (Loi du 24 juillet 1867, art. 55 et suiv.). Il n'y a rien de semblable pour la convention qui admet un employé à participer aux bénéfices (2).

d) Une personne peut attribuer à un de ses employés une part dans les bénéfices à provenir d'opérations pour lesquelles une société ne pourrait pas être constituée. V. n° 72 *in fine*.

e) Le commis intéressé a, pour sa part dans les bénéfices, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de son patron, un privilège dont l'étendue est fixée par l'article 549, dernier alinéa, C. com., modifié par la loi du 6 février 1895 (3). Aucun privilège ne garantit la créance de dividendes d'un associé.

f) L'ouvrier ou employé, alors même qu'il touche une part dans les bénéfices, a droit au repos hebdomadaire en vertu de la loi

« acceptant la participation, les intéressés peuvent renoncer expressément « à tout contrôle et à toute vérification. — Dans le cas où il n'y a pas « renonciation, ce contrôle et cette vérification peuvent être réglés par « les dispositions particulières de la convention. — Dans le cas où il n'y « a ni renonciation ni réglementation de contrôle, la vérification annuelle « des comptes est faite par un expert amiablement choisi, ou, en cas de « désaccord, désigné par le président du tribunal de commerce ».

Le projet de loi sur le *contrat de travail* déposé à la Chambre des députés le 2 juillet 1906 adopte des règles très différentes. Il dispose dans l'article 35 : « Lorsque l'employé a droit à une part dans les bénéfices « déterminés par le contrat, l'employeur est tenu, malgré toute conven- « tion contraire, de fournir à l'employé ou à un tiers agréé par les parties « les données nécessaires pour contrôler le calcul de cette part ».

(1) Cass. req., 17 avril 1872, D. 1873. 1. 311 (Dans l'espèce, il s'agissait de savoir s'il y avait louage de services ou association en participation ; c'est presque toujours dans ces termes que se présente la question. Rarement les circonstances permettent de supposer l'existence d'une société en nom collectif ou d'une commandite). V. la note suivante.

(2) Au reste, c'est avec la société en participation que le contrat de participation aux bénéfices a le plus d'analogie par cela même qu'il n'est pas révélé aux tiers et n'a, à leur égard, aucun effet. V. la note précédente.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 320.

du 13 juillet 1906. Cette loi est, au contraire, inapplicable aux associés (1).

g) L'insaisissabilité et l'incessibilité des salaires et des appointements sont admises dans la mesure que détermine la loi du 12 janvier 1895. Rien d'analogue n'existe pour la créance des dividendes qu'ont les associés (2).

On fait remarquer aussi que l'employé intéressé n'est pas tenu des dettes (3), et, par suite, ne peut pas être mis en faillite ou en liquidation judiciaire, si le patron est commerçant (4). Cela est exact, mais il convient de noter que cela se présente également pour un véritable associé, s'il ne doit pas contribuer aux pertes au delà de son apport (commanditaire ou actionnaire).

Avant la suppression de l'arbitrage forcé pour les procès entre associés dans les sociétés de commerce, par la loi du 17 juillet 1856, on avait justement déduit de ce qu'il n'y avait pas de société, que les contestations entre le patron et le commis intéressé devaient être portées, non devant des arbitres, mais devant le tribunal de commerce. La compétence de ce tribunal était admise en vertu de l'article 634-1°, C. com. et de la théorie de l'accessoire (5), non à raison de la nature du contrat qui, tout au moins pour le commis, est purement civil (6). Depuis la loi du 27 mars 1907 sur les conseils

(1) Cass. crim., 2 février 1907, *Pand. fr.*, 1907. 1. 128 ; *le Droit*, n° des 1er-3 avril 1907.

(2) V., à ce propos, sur la question qui s'est posée pour les cochers des voitures à taximètre, Trib. civ., 2 août 1907, *le Droit*, n° du 11 août 1907.

(3) Il va de soi qu'il faut déduire les pertes des profits pour avoir le solde sur lequel s'exerce le droit de l'employé dans les bénéfices.

(4) Dans le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 16 juillet 1888, se trouvait la disposition suivante qui forme l'article 31 : « Tout « commerçant, industriel ou agriculteur, toute société commerciale, indus- « trielle ou agricole, peut admettre que ses ouvriers ou employés à parti- « ciper aux bénéfices de l'entreprise, *sans que cet engagement entraîne « pour les participants aucune responsabilité en cas de perte* ».

(5) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 368 et 369 ; Lyon, 21 fév. 1844.

(6) C'est à tort que le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 4 août 1888 (*le Droit*, n° du 12 août 1888), a fondé son incompétence sur la nature commerciale du contrat. Le louage de services ne constitue pour l'employé un acte de commerce que dans les cas exceptionnels déterminés par la loi. V., pour les gens de mer, notre *Traité de Droit commercial*, V. n° 163, n° 358.

de prud'hommes (art. 32, 2e alin.), la compétence appartient aux conseils de prud'hommes quand l'objet de la demande n'excède pas mille francs et, dans le cas contraire, aux tribunaux qui étaient antérieurement compétents (1).

Les contestations entre ouvriers jouissant de la participation aux bénéfices et leurs patrons ont toujours été de la compétence des conseils de prud'hommes ou du juge de paix, comme les contestations entre les ouvriers à salaires fixes et leurs patrons (2).

Ce qui vient d'être dit s'applique évidemment, que le patron soit un individu ou une société (3). C'est particulièrement dans le dernier cas qu'on pourrait être tenté de considérer l'employé auquel est accordée une participation aux bénéfices comme un nouvel associé.

60. Au reste, on ne saurait affirmer d'une façon absolue qu'un employé ne se transforme jamais en associé de son patron lorsque celui-ci lui confère le droit de prendre une part dans les bénéfices. Cette transformation est possible. Tout ce qu'on doit dire, c'est qu'elle n'est pas nécessairement impliquée par l'attribution d'une part dans les bénéfices à réaliser. Mais des circonstances accessoires peuvent parfois la faire admettre. Ainsi, quand l'employé doit recevoir un salaire fixe et, en outre, une certaine part dans les bénéfices ou bien quand une somme annuelle lui est garantie (4), et c'est là le cas de beaucoup le plus fréquent, on ne peut admettre qu'une société ait remplacé le louage de services. Au contraire, on peut déduire l'existence d'une société du droit de contrôle conféré à l'employé, si, par son étendue, ce droit est inconciliable avec l'état de subordination d'un commis ou d'un ouvrier.

61. Comme il a été dit plus haut (n° 58), l'employé ou l'ouvrier intéressé risque toujours de perdre inutilement sa peine et son temps ; mais il ne supporte pas, au moins d'ordinaire, une partie des dettes.

(1) Trib. de commerce Seine, 25 juin 1907, *la Loi*, n° des 21-22 juillet 1907.

(2) Cass., 12 mars 1907, *Le Droit*, n° du 11 mars 1907. — V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 569.

(3) V. page 58, note 2.

(4) Trib. comm. Angers, 8 août 1865, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1865, 1, 341. Consult. Lyon, 1er février 1901, *Revue des sociétés*, 1901, p. 17.

Est-ce à dire que, par cela même qu'il y a participation aux pertes comme aux bénéfices, on doit décider qu'on est en présence d'une société ? On ne saurait, à cet égard, bien que parfois le contraire ait été décidé (1), poser une règle absolue. On comprend que la participation aux dettes soit une circonstance de nature à faire admettre, en principe, l'existence d'une société. Mais la valeur de cette circonstance peut être détruite par d'autres (2). Ainsi, dans le cas où il est stipulé, soit que le patron pourra congédier à son gré le commis admis à participer à la fois aux bénéfices et aux pertes, soit que celui-ci n'aura sur la gestion aucun contrôle, on ne saurait dire qu'une société a remplacé le louage de services. Il faut toujours considérer l'ensemble de la convention (3).

62. La distinction entre la société et le louage de services avec participation aux bénéfices, qui résulte en France et dans d'autres pays, spécialement en *Allemagne* (4), des principes généraux du droit, est consacrée expressément par quelques lois étrangères. L'article 86 du Code de commerce *italien* et l'article 97 du Code de commerce *roumain* disposent que « la participation aux bénéfices « concédée aux employés ou à d'autres personnes qui dépendent « d'une société, pour la rémunération totale ou partielle de leurs « services, ne leur attribue pas par elle seule (*per sè sola*) la qualité « d'associés. » En *Angleterre*, des difficultés se sont souvent élevées sur le point de savoir si, dans quelques cas et spécialement dans le cas dont il vient d'être question, il y a société (5). Une loi de 1866 (28 et 29 Victoria, chap. 86), intitulée loi modifiant la législation sur les sociétés (*An Act to amend the law of Partnership*), a résolu ces difficutés. Cette loi contient notamment la disposition qui suit. « Un contrat en vertu duquel un employé reçoit d'une personne « engagée dans un commerce ou une entreprise une part dans les « bénéfices pour la rémunération de ses services, n'oblige pas par

(1) Trib. comm. Marseille, 9 nov. 1864 et 26 mai 1865, *Journal de Marseille*, 1864. 1. 302 ; 1865. 1. 163..

(2-3) Trib. comm. de la Seine, 1er sept. 1852.

(4) Endemann, *Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts*, t. Ier, p. 325.

(5) Lindley, *A treatise on the law of Partnership*, I, p. 33.

« lui seul (*of itself*), cet employé comme associé et ne lui donne « pas les droits d'un associé. » Cette disposition reproduite par l'article 2 *b*, *Partnership Act* de 1890 (53 et 54 Victoria, chap. 39), a surtout pour but d'empêcher que l'employé dont il s'agit ne soit tenu envers les tiers à raison des actes de son patron.

63. On peut aussi appliquer, à propos du *prêt*, l'idée selon laquelle le seul fait de la participation aux bénéfices n'implique pas nécessairement l'existence d'une société, si les parties n'ont pas l'*affectio societatis* (1).

Il y a entre le prêteur et l'associé, surtout quand celui ci fait un apport en argent et ne doit être tenu des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, comme cela a lieu spécialement par le commanditaire, une certaine analogie. L'un et l'autre ont à verser une somme d'argent, pour laquelle ils doivent toucher une rémunération, l'un et l'autre sont exposés à être privés de la jouissance de cette somme et même à la perdre (2). Mais il y a entre le prêteur et l'associé de notables différences. Le prêteur a, en principe, droit à l'intérêt de son argent et n'a droit qu'à cet intérêt, quel que soit le résultat des opérations de l'emprunteur ; l'associé a droit à une part dans les bénéfices qui peuvent varier à l'infini selon les résultats des opérations sociales. L'associé supporte en partie les pertes ; le prêteur n'y participe pas. En outre, le prêteur concourt avec tous les créanciers de l'emprunteur, tandis qu'un associé ne peut rien réclamer tant que les créanciers n'ont pas été entièrement désintéressés. Au point de vue fiscal, il y a aussi grand intérêt à savoir s'il y a prêt ou société : le prêt donne lieu a un droit proportionnel d'obligation qui est de un pour cent ; sur les apports il est perçu un droit proportionnel beaucoup moins élevé (de 20 centimes par 100 francs), en vertu de l'article 19 de la loi de finances du 28 avril 1893 (3). Cf. n° 23.

Il est, par suite, très utile de savoir si une personne qui fournit

(1) Georges Ripert, *Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation* (dans les *Annales de Droit commercial*, 1905, p. 53 et suiv.

(2) Cpr. Cass., 20 déc. 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 484.

(3) Cpr. Cass., 19 mars 1879, S. 1879. 1. 229 ; *J. Pal.*, 1879. 542.

des fonds à une société est un prêteur ou un associé. La distinction est, en général, facile. Cependant, des difficultés peuvent se présenter. On ne doit pas, suivant la règle générale d'interprétation, s'attacher aux termes employés ; il faut considérer le fond des choses (1). Cela est d'autant plus nécessaire que l'expression de *bailleur de fonds*, par exemple, n'a pas dans la pratique des affaires un sens déterminé ; on la voit appliquée à des prêteurs comme à des commanditaires (art. 23, C. com.). Il est évident que celui qui met une somme d'argent dans une société, à la charge par celle-ci de lui payer un intérêt fixe, est un prêteur et non un associé. Mais ce n'est pas à dire que le droit de participer aux bénéfices implique nécessairement la qualité d'associé pour celui auquel ce droit est attribué. Il peut se faire qu'à titre de rémunération, un prêteur obtienne, outre un intérêt fixe, la participation aux bénéfices, ou même n'ait que le droit de prendre une part dans les bénéfices, de telle sorte que, dans les années mauvaises, il ne touche aucun revenu pour son capital. Il y a toujours à se demander si les personnes entre lesquelles a été conclu le contrat litigieux, ont eu l'intention de former une société (*affectio societatis*). Cette intention se révèle parfois par les clauses accessoires du contrat, particulièrement par celles qui sont relatives au contrôle des opérations et au droit de délibérer sur celles-ci (2). A défaut de l'intention de former une société il y a prêt, et le prêteur peut, comme tel, concourir avec les autres créanciers et ne participe pas aux pertes (3).

(1) Aussi doit-on considérer comme erronée une décision de la Cour de Caen du 27 décembre 1864 (D. 1866. 2. 46) qui a reconnu la qualité d'associé à une personne qui fournissait des fonds dont elle pouvait toucher les intérêts légaux, sans avoir aucune part dans les bénéfices et les pertes de l'entreprise, en se fondant principalement sur ce que cette personne s'était qualifiée de commanditaire et s'était réservé le droit de se faire communiquer les livres de commerce.

(2) Grenoble, 18 mars 1887, D. 1888. 2. 305 (Dans l'espèce, celui qu'on voulait faire considérer comme un simple prêteur, avait voix délibérative avec les associés et la faculté de compulser les livres lui était conférée. L'arrêt décide que c'était un associé).

(3) Grenoble, 29 janv. 1870, D. 1871. 2. 76 ; Cass., 8 janv. 1872, D. 1872. 1. 194 (L'arrêt dit très bien que, si la participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise est de l'essence de la société, en ce sens que,

Quand il est reconnu qu'il y a prêt, malgré l'existence d'un droit de participation aux bénéfices, on peut se demander s'il y a prêt usuraire (1). Cette question ne peut plus se poser quand le prêt est commercial, depuis que la loi du 12 janvier 1886 a admis la liberté du taux de l'intérêt en matière de commerce. Elle peut toujours se présenter quand le prêt est civil, par cela même qu'en matière civile, la limitation de l'intérêt conventionnel, établie par la loi du 5 septembre 1807, a été maintenue. Le caractère usuraire du prêt n'est pas douteux quand on a alloué au prêteur, outre un intérêt fixe de 5 0/0, maximum de l'intérêt en matière civile, une part dans les bénéfices. Mais on ne saurait admettre qu'il y a usure par cela seul que le prêteur qui participe aux bénéfices a, en fait, pendant une ou plusieurs années, touché des sommes dépassant 5 0/0. Il faut tenir compte de ce qu'il peut n'y avoir pas de bénéfices ; par suite, une telle convention a un caractère aléatoire qui exige qu'on laisse aux tribunaux un large pouvoir pour l'appréciation des faits (2).

64. La question qui vient d'être examinée, a préoccupé le législateur *anglais*. La loi de 1866, citée précédemment (n° 62), dont l'article 2 *d* du *Partnership Act* de 1890 reproduit la disposition, a

sans cette participation, il n'y a pas de société possible, il ne résulte nullement de là que toute convention par laquelle un des contractants s'engage à fournir un capital pour l'exploitation d'un commerce constitue nécessairement, *qu'elle qu'ait été l'intention réelle des parties*, une société en commandite, dès qu'elle contient au profit du bailleur de fonds la stipulation d'une part dans les bénéfices à réaliser).

(1) Cass., 16 juin 1863, D. 1863. 1. 295.

(2) La question de savoir s'il y a société ou prêt se présente d'autant plus que, parfois, une personne ayant intérêt à se faire considérer comme prêteur plutôt que comme associé, une société est dissimulée sous l'apparence d'un prêt. Cass., 3 mars 1903, *S.* et *J. Pal.*, 1903. 1. 289 (il s'agissait d'un notaire qui, ne pouvant pas entrer dans une société en nom collectif, par cela même que le commerce est interdit aux notaires, se faisait passer comme prêteur et demandait la déclaration de faillite de ses coassociés). On conçoit aussi que cette dissimulation ait lieu à raison de ce que les créanciers sont les seuls tiers qui puissent provoquer la faillite de leur débiteur. V. aussi Trib. comm. Seine, 6 juillet 1901, *le Droit*, n° du 4 août 1901. Dans ce jugement le tribunal refuse à une personne qui voulait se faire considérer comme prêteur le droit de concours avec les créanciers, en lui reconnaissant la qualité d'associé commanditaire.

eu pour but de faire cesser les difficultés qui s'étaient élevées (1). Elle décide que l'avance d'une somme d'argent faite à une personne engagée dans une entreprise avec stipulation que celui qui fait l'avance prendra une part dans les bénéfices de cette entreprise, ne fait pas, par elle seule, de cette personne un associé. Mais le prêteur n'est point en pareil cas traité par la loi *anglaise* comme un créancier ordinaire. Il ne peut se faire rembourser une partie quelconque de la somme avancée par lui ni toucher une part dans les bénéfices, tant que les autres créanciers ne sont pas payés.

65. La même loi *anglaise* a aussi prévu d'autres hypothèses très pratiques, afin d'indiquer que la participation aux bénéfices n'implique pas nécessairement la qualité d'associé.

Parfois, la veuve ou les enfants d'un associé décédé reçoivent une part dans les bénéfices réalisés par l'associé survivant, ou un commerçant, en vendant son fonds de commerce, stipule de son acheteur une part dans les bénéfices que réalisera celui-ci. La loi *anglaise* décide qu'à raison de ces seules circonstances, il n'y a pas société : mais elle ne permet au vendeur, comme au prêteur, de se faire payer une somme quelconque, à titre de part dans les bénéfices, qu'après le paiement des autres créanciers. V. n° 64.

Ces solutions, sauf la dernière qui confère un droit de préférence aux autres créanciers, doivent être admises en France. Pour éviter toute difficulté, les parties doivent s'exprimer clairement. Ainsi, il importe de dire que les fonds formant la mise de l'associé prédécédé, resteront entre les mains de l'associé ou des associés survivants comme somme prêtée et que la veuve ou les héritiers auront, à raison de cette somme, droit à une part dans les bénéfices.

66. Aux hypothèses déjà citées, on peut ajouter les cas : 1° d'un bail consenti à un négociant à la condition qu'outre une somme fixe, le locataire donnera au bailleur, à titre de complément de loyer, une portion de ses bénéfices (2) ; 2° de cession d'un droit de propriété

(1) Lindley, *A treatise on the law of Partnership*, t. I, p. 33.

(2) Cass., 9 nov. 1869, D. 1870. 1. 213. — On pourrait citer encore le contrat très usuel d'après lequel un auteur cède à un éditeur le droit de publier un ouvrage moyennant partage des bénéfices, tous frais prélevés. Il y a là plutôt une vente moyennant un prix éventuel qu'une associa-

littéraire ou artistique ou du droit d'exploiter une invention brevetée ou un produit pharmaceutique moyennant une part du cédant dans les bénéfices (1). Ces conventions ne constituent pas des sociétés.

Enfin, les personnes assurées sur la vie ont souvent, d'après les stipulations des polices, droit à une part dans les bénéfices de la compagnie d'assurances et ce ne sont pourtant pas des associés, mais des créanciers éventuels de la société (2).

66 *bis*. La nature du *métayage* ou *colonage partiaire* a donné lieu à de nombreuses discussions. On a parfois soutenu, spécialement sous l'empire du Code civil, qu'il y a là une société (3).

Ce contrat a été pendant longtemps régi seulement par quelques dispositions du Code civil (art. 1763, 1764 et 1771, C, civ.): il l'est aujourd'hui par une loi du 18 juillet 1889, qui formera un titre du futur Code rural. L'opinion, d'après laquelle il y aurait là une société, se heurtait aux textes du Code civil (art. 1763, 1764, 1771), qui semblent bien considérer ce contrat comme une espèce particulière de louage de choses (4). C'est dans le titre *du louage* (art. 1763, 1764 et 1771) qu'il en est traité, le colon partiaire est qualifié de preneur et l'article 1763 parle de la sous-location faite par lui. Il fallait conclure de ce que le colonage partiaire est un louage de choses, non une société, notamment : 1° que ce contrat ne finit pas par la mort de l'une ou de l'autre partie (art. 1742 et 1865-3°, C. civ.); 2° que l'article 1733 s'appliquait en cas d'incendie ; 3° que le contrat donne naissance au privilège du bailleur admis par l'article 2102-1°, C. civ.

tion. Cf. Paris, 10 mars 1843, RÉP. D. v° *Société*, n° 131 ; Laurent, XXVI, n° 153.

(1) Cass., 13 juin 1892, *Pand. fr.*, 1893. 7. 141 ; *le Droit*, n° du 21 septembre 1892.

(2) V., sur le droit de communication des livres appartenant à l'assuré sur la vie, *Traité de Droit commercial*, I, n° 291 *bis*.

(3) Agen, 17 fév. 1850, S. 1850. 2. 208 ; Grenoble, 20 mars 1863, S. 1863. 2. 108 ; Méplain, *Traité du bail à portion de fruits*, p. 31 ; Troplong, *Traité du louage*, III, p. 367.

(4) Aix, 15 août 1850, S. 1850. 2. 477 ; Alger, 25 juin 1877, S. 1878. 2. 327 ; *J. Pal.*, 1888. 1282. Aubry et Rau, t. IV (4e édit.), p. 509, § 371 et note 16 ; Colmet de Santerre, VII, n° 213 *bis*, II ; Laurent, XXV, n° 477 ; Guillouard, *Traité du contrat de louage*, II, n°s 610 et suiv.

La loi du 18 juillet 1889 n'a pas tranché expressément la question relative à la nature du métayage. Mais ses dispositions et les expressions qu'elle emploie semblent bien impliquer que le métayage est un louage et non une société (1). Cependant, dans les travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1889, il a été dit que le colonage partiaire doit être considéré comme étant, par certains côtés, un louage et comme participant, à d'autres points de vue, de la société (2). Du reste, ce qui diminue, sans le faire disparaître complètement (3), l'intérêt de la question de savoir si le métayage est un louage ou une société, c'est que la loi du 18 juillet 1889 (art. 4, 7, 10, 13) indique les dispositions du titre du louage qui lui sont applicables. Des auteurs y voient un contrat *sui generis*, mais refusent par cela même d'y reconnaître une société, comme ceux qui considèrent le colonage partiaire comme un louage (4).

67. Il a été dit plus haut (n° 12) que le contrat de société doit réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence et à la validité des contrats en général. Des conséquences importantes doivent être déduites de là au point de vue de *l'objet* de la société et de la *capacité* requise chez les associés.

68. Objet licite. — L'objet de la société doit être *licite*. L'article 1833, al. 1, C. civ., en posant cette règle fait une application toute simple des principes du droit commun (art. 1128 et 1131, C. civ.). Ce qu'on entend ici par *objet de la société*, c'est le but dans lequel les parties s'associent, l'entreprise qu'elles tentent. Ainsi, en ce sens, la construction et l'exploitation d'une ou plusieurs lignes ferrées forment l'objet d'une société de chemins de fer,

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, II, nos 1088 et suiv.: Th. Huc, *Commentaire du Code civil*, X, n° 355.

(2-3) V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 1785.

(4) Des décisions judiciaires ont déduit de ce que le colonage partiaire participe du contrat de société que les contestations relatives au partage des produits sont de la compétence du tribunal du lieu où se trouve la métairie qui est le lieu du siège social, par application des articles 50 n° 2 et 59 n° 5 du Code de procédure civile. Limoges, 30 avril 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 2. 45 ; Trib. civ. Agen, 24 mars 1904, *le Droit*, n° du 9 avril 1904.

la conclusion de contrats d'assurances, l'objet d'une société d'assurances. L'expression *objet de la société* a parfois une signification toute différente : elle désigne la réunion des apports des associés qui forme le capital social. V. article 1834, C. civ.

69. Le caractère illicite apparaît avec évidence quand l'objet de la société est contraire à une prohibition légale ou à une disposition pénale. Ainsi, il est certain qu'une société constituée pour faire la traite des nègres, a un objet illicite (Loi du 4 mai 1831). Il en est de même d'une société formée pour faire des négociations de valeurs mobilières dont le monopole est réservé, en vertu de l'article 76, C. com., aux agents de change (1), d'une société ayant pour objet une loterie tombant sous le coup de la prohibition de la loi du 21 mai 1836 (2), d'une société ayant pour objet d'empêcher une adjudication publique de s'élever au delà d'un certain prix (3), d'une société formée entre marchands de liquides pour se livrer à la fraude et frustrer le Trésor et la caisse municipale (4).

D'ailleurs, même en l'absence d'un texte spécial de loi, une société doit être considérée comme ayant un objet illicite lorsque cet objet est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 6, C. civ.). Des difficultés se présentent parfois sur l'appréciation du caractère de l'objet de la société à ce point de vue. Il s'en est élevé spécialement à l'occasion de sociétés établies pour faire la contrebande, pour exploiter des maisons de jeu, pour exploiter des offices ministériels.

70. Les sociétés constituées pour introduire en France des marchandises prohibées ou pour les importer sans acquitter les droits de douane, ont incontestablement un objet illicite ; elles ont pour but la violation des lois françaises. En est-il de même des sociétés formées entre Français afin de pratiquer la contrebande au détriment d'un gouvernement étranger ? Pour résoudre cette question, il a été

(1) Trib. comm. Seine, 8 déc. 1887, *le Droit*, n° du 24 déc, 1887.

(2) Cass., 18 déc. 1899, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 133 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 481.

(3) Cass., 23 avril 1834. RÉP. D. v° *Obligations*, n° 581-2.

(4) Limoges, 18 août 1879, S. 1879. 2. 248 ; *J. Pal.*, 1879. 1006 ; Cass., 8 nov. 1880, S. 1881. 1. 248 ; *J. Pal.*, 1881. 1. 606.

psoposé une distinction fort singulière : on a distingué suivant que la contrebande doit être pratiquée en trompant la surveillance des employés des douanes, ou en achetant leur connivence. L'objet de la société ne serait illicite que dans le second cas, parce qu'on blesse les principes de la morale, tandis que, dans le premier, on viole des lois prohibitives qui n'obligent que les sujets (1). On a été aussi jusqu'à décider qu'en tous cas, la contrebande pratiquée au préjudice d'un pays étranger, n'est pas un acte illicite aux yeux de la loi des autres pays (2). Il est plus juste de décider que la société ayant pour but de faire la contrebande, même en pays étranger, a un objet illicite. Une pareille société viole les lois de police qui doivent s'appliquer aux étrangers comme aux nationaux (art. 3, al. 1, C. civ.). Du reste, on ne saurait refuser à la contrebande la qualification d'acte immoral. En outre, si nos tribunaux ne tiennent pas la main à l'observation de cette règle, les tribunaux étrangers la laisseront violer à notre détriment par une sorte de mesure de rétorsion (3).

71. Une société a certainement un objet illicite quand elle a pour but d'exploiter une maison de jeu, soit en France (art. 410, C. pén., L. 21 mai 1836, art. 1), soit dans un pays où les maisons de jeu sont prohibées comme chez nous. Mais il y a des pays dans lesquels les maisons de jeu sont tolérées. Les tribunaux français, devant lesquels on invoque l'existence d'une société de ce genre établie

(1) Pau, 11 juillet 1834. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté : Cass., 25 août 1835, RÉP. D v° *Sociétés*, n° 151 ; S. 1835. 1. 673.

(2) Massé, *Droit commercial*, n° 568 ; Pardessus, n° 1492.

(3) Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, n° 58 ; Demangeat sur Fœlix, I, p. 236, note *a* ; Brocher, *Cours de Droit international privé*, II, p. 92, n° 160 ; de Bar, *Das internationale Privatrecht*, pp. 246, 247 ; Kent, *On american law*, t. III, pp. 364, 366 ; Laurent, *Droit civil international*, VIII, n° 114 ; Heffter, *Le Droit internationale de l'Europe*, 4e édit. française, p. 78, note 5 (il rapporte en ce sens les termes d'un arrêt rendu par la Cour suprême de justice de Berlin). — La Cour d'appel de Bruxelles a, le 17 février 1886, refusé de donner effet à une convention ayant pour objet d'importer des cigares en violation des lois douanières françaises. La Cour dit, avec raison, que la convention a un caractère illicite en France et un caractère immoral en Belgique. V. *Journal de Droit international privé*, 1887, p. 214.

dans un de ces pays, doivent-ils en reconnaître la validité ? On s'est prononcé pour la validité (1) en s'appuyant sur ce que, dans l'espèce, il n'y a violation ni de la loi française, ni de la loi étrangère. On a ajouté que l'ordre public n'est nullement intéressé en France à ce que des maisons de jeu ne soient pas établies en pays étranger. On a, au contraire, parfois déclaré une telle société nulle et on lui a refusé le droit d'agir devant les tribunaux français (2). C'est à cette seconde décision qu'il faut se rallier. Il y a là une société ayant un objet immoral : la passion du jeu est partout considérée comme un vice, la spéculation sur le vice d'autrui est plus immorale que le vice lui-même (3).

72. Les offices ministériels ne sont point dans le commerce, sauf en ce qui concerne l'exercice du droit de présentation qu'a consacré la loi du 28 avril 1816 (art. 91). Par suite, une société formée pour l'exploitation d'une charge d'officier ministériel a un objet illicite (4). Le titulaire agréé par le gouvernement peut seul agir et doit être seul responsable de ses actes au point de vue pénal ou civil. Toutefois, la loi du 2 juillet 1862, dont la disposition à cet égard est insérée dans l'article 75, C. com., a permis, à titre exceptionnel, de constituer sous certaines conditions des sociétés pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agent de change auprès des Bourses pourvues d'un parquet (5). Mais les sociétés constituées pour l'exploitation des charges de tous autres officiers ministériels, sont illicites. Ces sociétés même relatives aux charges d'agent de change le sont aussi, quand elles ne sont pas constituées dans les conditions déterminées par la loi du 2 juillet 1862 ou quand il s'agit d'une charge d'agent de change près d'une Bourse non pourvue d'un parquet (6).

(1) Paris (2e ch.), 22 fév. 1849, D. 1849. 2. 105.

(2) Paris (4e ch.), 31 mars 1849, D. 1849. 2. 214.

(3) L'opinion contraire avait été soutenue à tort par l'un des auteurs de ce livre dans son étude sur la *condition légale des sociétés étrangères en France*, n° 43.

(4) Cass , 9 fév. 1852, D. 1852. 1. 170 ; Paris, 4 fév. 1854, S. 1854. 2. 148. V. Caen, 18 janv. 1888 (*la Loi*, n° du 31 janvier 1888).

(5) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 876 et suiv.

(6) La nullité des sociétés constituées avant la loi du 2 juillet 1862 pour l'exploitation d'une charge d'agent de change, a-t-elle subsisté depuis la

Mais rien n'empêche un officier ministériel quelconque d'accorder à ses employés des parts dans ses bénéfices, par cela même qu'il n'y a pas là une société, mais un louage de services avec une rémunération aléatoire (nos 58 et 59) : cette convention laisse au titulaire de l'office toute son indépendance et toute sa responsabilité (1).

73. Quand une société a été constituée avec un objet illicite, elle est assurément nulle. Cette nullité est d'ordre public. Aucune confirmation, aucun laps de temps ne peut effacer le vice qui entache la société. Quelles sont les conséquences de cette nullité? Les unes sont certaines ; sur les autres, au contraire, il existe des controverses.

Si les choses sont *entières* lors de l'annulation de la société, c'est-à-dire si aucun apport n'a encore été fait (2), ni aucun bénéfice réalisé, ni aucune perte subie, la société est complètement anéantie et les parties se trouvent, par suite, remises dans le même état que si aucun contrat n'était intervenu entre elles. Mais que faut-il décider dans le cas où des apports ont déjà été effectués au moment où le caractère illicite de l'objet est invoqué et dans celui où la société avait déjà réalisé des bénéfices ou subi des pertes? Les apports peuvent-ils être répétés par ceux des associés qui les ont faits? On l'a nié et on a prétendu que les apports doivent rester entre les mains de celui des associés qui se trouve en être le détenteur (3). On s'est appuyé, pour soutenir cette doctrine, sur ce que

loi nouvelle ? V., sur cette question transitoire, pour la négative, Paris, 12 juill. 1880 (*Journal des sociétés*, 1880, p. 589) et *Revue critique de législation et de jurisprudence* (article de M. Ch. Lyon-Caen), 1881, p. 275.

(1) Riom, 22 juill. 1842, RÉP. D. v° *Société*, n° 168-1°. — Laurent pense, au contraire, qu'une pareille convention est illicite (*op. cit.*, XXVI, n° 160). — Au sujet d'autres arrangements conclus par des officiers ministériels pour constituer des associations, V. Laurent, *op. cit.*, nos 158 et 159.

(2) Ce cas est fort rare par cela même que la propriété de biens formant l'objet d'apports est souvent transférée à la société dès le moment de la conclusion du contrat.

(3) Delamarre et Lepoitvin, I, n° 65 ; Troplong, *Sociétés*, I, n° 105 ; Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 378, note 9.

la remise de l'apport fait par un associé à une société ayant un objet illicite, a une cause contraire à la loi et pour celui qui a fait la remise et pour celui qui l'a reçue. On en déduit qu'il y a lieu d'appliquer la règle : *in pari causâ melior est causa possidentis.* Cette doctrine n'est pas admissible. La société étant nulle, celui qui a reçu les apports les détient sans cause. Les associés qui les réclament ont payé ce qu'ils ne devaient pas : ils ne font en répétant qu'invoquer la nullité de la société (1). Du reste, l'admission dans le Droit français de la règle invoquée est au moins très douteuse (2).

Si la société a déjà réalisé des bénéfices ou subi des pertes et si la répartition en a eu lieu entre les associés, rien ne doit y être changé. Mais si la répartition n'en a point été faite, les associés n'ont point d'action les uns contre les autres pour la faire opérer. Une action de ce genre impliquerait l'existence de la société qui, quand la nullité en est prononcée, à raison de son objet illicite, est à considérer comme n'ayant point existé même dans le passé.

Cependant, il a été soutenu que les bénéfices et les pertes résultant des opérations faites doivent se répartir entre les associés non d'après les clauses du contrat de société puisqu'il est nul (3), mais d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire en proportion des apports de chacun (2). On fait valoir, en faveur de cette solution, qu'elle est équitable ; elle empêche que le gérant ne s'enrichisse de tous les bénéfices ou supporte toutes les pertes. On la déclare même logique en ce que les bénéfices ou les pertes proviennent de marchés non annulés en eux-mêmes qui ont produit des résultats et qui ont

(1) Cass., 15 janv. 1855, D. 1855. 1. 5 ; Cass., 14 mai 1888 (*Pand. fr.*, 1889. 1. 42 ; *la Loi,* n° du 9 février 1889) ; Pont, *Sociétés,* n° 53 ; Laurent, t. XXVI, n^os^ 165 et 166 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial,* (3^e^ édit,), n° 365.

(2) V. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil,* II, n^os^ 845 et 846.

(3) V., pourtant, Lyon, 15 juillet 1898, *S.* et *J. Pal.*, 1901. 2. 257.

(2) Pothier, *Contrat de société,* n° 36 ; Molinier, n° 233 ; Delangle, n° 101 ; Pont, *op. cit.*, n° 54 ; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil,* II, n° 1949 ; Ch. civ. rej., 10 janv. 1865, D. 1865. 1. 290 ; Limoges, 18 août 1879, S. 1879. 1. 248 ; *J. Pal.*, 1879. 1006 ; Cass., 8 nov^e^ 1880, S. 1881. 1. 248 ; *J. Pal.*, 1881. 1. 606 ; D. 1881. 1. 115.

une cause suffisante pour faire naître une action en règlement entre ceux au compte de qui ils ont été conclus.

Mais il y a là une solution qui est en contradiction avec les principes du droit. Rien ne doit rester d'une société annulée, sauf dans des cas exceptionnels où elle est réputée avoir existé dans le passé. L'application de ce principe rigoureux s'explique surtout quand il s'agit d'une société dont l'objet est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (1).

Du reste, la jurisprudence se prononçait, pourtant, en faveur de la répartition des bénéfices réalisés conformément même aux conventions, quand il s'agissait, avant la loi du 2 juillet 1862, de sociétés constituées pour l'exploitation des charges d'agents de change (2). Il y avait là une violation des principes généraux du droit. Elle s'expliquait, sans se justifier, par des considérations de fait particulières ; le prix d'une charge d'agent de change dans les grandes villes était devenu si élevé qu'une seule personne avait rarement la fortune nécessaire pour l'acquérir et l'exploiter. Il paraissait, par suite, bien rigoureux d'appliquer aux sociétés formées pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agent de change, toutes les conséquences de la nullité. Aussi des arrêts ont-ils parfois repoussé cette solution exceptionnelle pour des sociétés relatives à d'autres offices ministériels que les charges d'agents de change (3).

(1) Laurent, XXVI, nos 165 et 166 ; Thaller, *op. cit.* (3e édit.), no 365. La Cour de Lyon a admis la liquidation de la société annulée conformément aux statuts. Lyon, 19 juillet 1898, S. 1901. 2. 257.

(2) Paris, 29 mai 1862, S. 1862. 2. 281 ; Cass., 13 mai 1862, S. 1862. 1. 828 ; D. 1862. 1. 338 ; Cass., 8 fév. 1865, D. 1865. 1. 289.

(3) Paris, 4 fév. 1854, S. 1854. 2. 148 ; *J. Pal.*, 1854. 1. 200 ; D. 1854. 2. 149. Il s'agissait d'une société formée pour l'exploitation d'un office d'huissier ; la Cour déclare que la convention est illicite et elle pose en règle que « la loi n'autorise pas plus la répétition des sommes payées en vertu de « conventions contraires à l'ordre public et à la morale qu'elle ne protège « les actions qui auraient pour fondement et pour cause l'accomplisse- « ment de contrats de ce genre ». V. pourtant Paris, 17 mars 1862, D. 1862. 2. 105. La Cour déclare nulle comme illicite la société formée entre un pharmacien et deux médecins pour l'exploitation en commun d'un établissement pharmaceutique. Elle admet, néanmoins, que cette société, tout irrégulière qu'elle soit, a créé entre les parties une communauté d'intérêts qui doit être réglée dans les termes de la convention qui l'a

74. La nullité de la société ayant un objet illicite peut certainement être invoquée par un associé contre ses coassociés. Peut-elle aussi l'être, soit par les tiers contre les associés, soit par ceux-ci contre les tiers? La loi n'a pas prévu la question. Aussi faut-il, sous peine de tomber dans un véritable arbitraire, admettre l'affirmative, par cela même qu'une société inexistante ne peut produire aucun effet (1). Cette solution n'a pas été contestée en ce qui concerne le droit des tiers. On a, au contraire, soutenu différentes opinions quant au droit des associés de se prévaloir contre les tiers de la nullité de la société. Les uns ont prétendu que ce droit doit être absolument refusé aux associés (2) ; ils se sont appuyés sur l'article 56, dern. alin., de la loi du 24 juillet 1867 (reproduisant l'article 42, dern. alin., C. com.), qui refuse aux associés le droit d'opposer la nullité de la société aux tiers. Mais cette disposition vise exclusivement le cas où la nullité tient à l'inaccomplissement des formalités prescrites pour la publicité des sociétés de commerce. On conçoit que cette nullité d'une nature un peu arbitraire ait des effets plus restreints que l'inexistence d'une société tenant à son objet même.

Un auteur, sans enlever d'une façon absolue aux associés le droit d'invoquer contre les tiers l'inexistence de la société ayant un objet illicite, a soutenu que ce droit n'existait qu'autant que ceux-ci ont connu le caractère illicite (3). C'est là assurément une distinction équitable, mais elle ne saurait trouver un fondement dans aucun principe de droit (4).

constituée. — Sur le caractère illicite d'une société de ce genre, V. Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 162.

(1) Laurent, *op. cit.*, XXVI, n° 169 ; Thaller, *op. cit.*, n° 275.

(2) Talon, *Etude sur le contrat de société*, p. 89 et suiv.

(3) Pont, *op. cit.*, n° 50.

(4) Laurent, XXVI, n° 199. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes. Une société avait été formée pour l'exploitation d'une charge d'agent de change à Lyon. Le titulaire étant tombé en faillite, un procès s'engagea sur le point de savoir si la société, quoique nulle, devait produire ses effets entre les associés. La Cour de Lyon admit l'affirmative par un arrêt du 9 déc. 1850, D. 1851. 2. 9 ; Cf. arrêt de rejet de la Cour de cassation du 15 déc. 1851, D. 1852. 1. 17. Des créanciers de la faillite, se fondant sur la société, réclamèrent alors contre les associés une condamnation solidaire. La Cour de Lyon rejeta leur prétention par

75. DE LA CAPACITÉ REQUISE CHEZ LES ASSOCIÉS (1). — A défaut de règles spéciales, il y a lieu d'appliquer, en matière de société, les principes généraux sur la capacité d'aliéner ou de s'obliger (2). Aussi la capacité exigée varie-t-elle, soit avec la nature de la société, soit avec les circonstances dans lesquelles la personne dont il s'agit veut devenir associé.

76. Quand la société est commerciale et quand les associés y sont tenus sur tous leurs biens des dettes sociales (associés en nom collectif, commandités), tout associé doit avoir la capacité de devenir commerçant, car chaque associé a cette qualité du jour où il devient membre de la société. Mais, pour les sociétés dans lesquelles les associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises, une solution invariable ne saurait être admise. La capacité de devenir commerçant n'est sans doute jamais nécessaire à ces associés ; par cela même qu'étant tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises, ils ne sont pas commerçants. Ne faut-il pas exiger tout au moins chez eux la capacité de faire des actes de commerce ? Cela dépend de la manière dont la personne dont il s'agit, devient associé. La capacité de faire des actes de commerce n'est assurément pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une personne qui verse immédiatement sa mise ou qui achète des actions sans intention de les revendre. Il y a alors un simple placement de fonds, la capacité de faire des actes d'administration est suffisante. Mais ne doit-on pas exiger qu'il ait la capacité de faire des actes de commerce, si, au lieu de faire immédiatement son apport, l'associé s'oblige seulement à l'effectuer ? La solution de cette question dépend du parti qu'on adopte sur le point de savoir si l'engagement pris par un associé de faire

le motif qu'on ne pouvait emprunter à un contrat réprouvé par la loi les éléments d'une action utile ; elle réfuta aussi l'argument tiré de l'article 42, dern. alin., C. com.; Arr. du 27 fév. 1853, D. 1853. 2. 208.

(1) Pic, *Des nullités des sociétés pour cause d'incapacité légale*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1907, p. 481 et s.

(2) Par application de ces principes, on a justement annulé une société formée entre un individu contre lequel une demande en nomination de conseil judiciaire avait été formée et un tiers qui connaissait cette demande : Rouen, 1er déc. 1897, *la Loi*, nos des 15 et 16 mai 1898. V. aussi pour le cas d'un apport de biens dotaux inaliénables fait à une société, Trib. civ. Perpignan, 6 août 1896, *la Loi*, nos des 29-30 novembre 1896.

une mise dans une société de commerce est commercial, alors même qu'il ne doit pas être tenu au delà de cette mise. Cette question sera examinée à propos des sociétés en commandite et des sociétés anonymes (1).

77. Il n'est pas douteux que le mineur émancipé âgé de 18 ans et la femme mariée qui peuvent être autorisés à faire le commerce individuellement, peuvent aussi l'être à entrer dans une société de commerce, en remplissant les formalités et conditions prescrites par les articles 2 et 3, C. com. (2).

Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si l'autorisation générale de faire le commerce habilite de plein droit un de ces incapables à entrer dans une société ou si une autorisation spéciale est nécessaire à cet effet (3).

78 *a*. Une question très discutée est celle de savoir si deux époux peuvent former un contrat de société, spécialement une société commerciale. Cette question se rattache à la théorie générale des contrats entre époux, cette théorie est du domaine du Droit civil. Aussi, la question ne doit-elle être qu'indiquée ici. La jurisprudence admet d'une façon générale que des époux ne peuvent former valablement nne société entre eux, par ce motif que l'égalité de droit qui existe entre des associés, ne se concilie pas avec la subordination de la femme au mari (4). Cette considération vague ne peut

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 236 et plus bas, n°s 81 *bis* 470 et 686 *bis*. V. Houpin, *De l'apport en société de biens appartenant à des mineurs ou à des interdits* (*Journal des sociétés*, 1905, p. 481).

(2) La société est nulle si parmi les associés est un mineur pour lequel n'ont pas été remplies les formalités et conditions prescrites par les articles 2 et 3, C. com. Trib. civ. Nantes, 16 mai 1905, *Revue des Sociétés*, 1906, p. 438.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 232 et 254.

(4) Cass., 9 août 1851, D. 1852. 1. 160 ; S. 1852. 1. 281 (La Cour juge qu'une femme mariée sous le régime de la communauté ne peut contracter avec son mari une société en nom collectif qui confère à chacun des associés des droits incompatibles avec ceux du mari, soit comme chef de l'association conjugale, soit comme maître des biens de la communauté). Paris, 24 mars 1870, D. 1872. 2. 43 ; S. 1871. 2. 71 (Il s'agissait d'une femme séparée de biens) ; Paris, 24 janv. 1885, D. 1888. 1. 402 (femme commune en biens) ; Civ. rej., 7 mars 1888, D. 1888. 1. 349 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 113 (femme séparée de biens) ; Cass., 8 décembre 1891, D. 1892. 1. 187 ; *Pand. fr.*, 1892. 1. 431 ; Paris (4e ch.), 10 déc. 1896, D. 1897,

suffire, selon nous, pour admettre, en l'absence de textes, la nullité de toute société contractée entre époux. La capacité est la règle et l'incapacité l'exception ; la société doit donc être regardée comme possible entre époux, à moins qu'il ne résulte des circonstances que les parties ont voulu atteindre un but illégal (1), spécialement déroger à leurs conventions matrimoniales, contrairement au principe de l'irrévocabilité de ces conventions consacré par l'article 1395, C. civ. Dans des cas de ce genre, la société peut être annulée sur la demande de tout intéressé.

78 *b*. Quand une société entre époux a fonctionné avant le jugement qui en prononce la nullité, que deviennent les bénéfices et les pertes qui sont résultés des opérations sociales ? Sur ce point il y a une grande diversité d'opinions. D'après les uns, la répartition des bénéfices et des pertes doit se faire conformément aux clauses des statuts (2). D'autres, en s'attachant à ce que la société est nulle, admettent que cette répartition doit se faire, en faisant abstraction des statuts, proportionnellement à la valeur des apports, comme elle a lieu dans le silence de l'acte de société (art. 1853, C. civ.) (3).

Aucune de ces deux opinions ne semble exacte. Elles ne sont inspirées que par un sentiment d'équité qui fait mettre de côté les principes du droit : la nullité ayant un effet rétroactif, on ne saurait se prévaloir de ce qu'il y a eu une société dans le passé. Du reste, ces atténuations équitables apportées aux effets de la nullité, ne se conçoivent pas si l'on admet que les sociétés entre époux ne sont pas interdites et, partant, nulles dans tous les cas à raison de la seule qualité des associés, mais qu'elles le sont à raison de leur but illégal, quand elles dérogent aux conventions matrimoniales.

2. 125 ; Cass. 11 avril 1906, *Journal des sociétés*, 1906, p. 504. V., dans *la Loi*, du 6 mars 1881. un article de M. Camberlin intitulé : *De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme ; leur danger pour le commerce*. V. aussi Planiol, *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1888, p. 275 et suiv.

(1) Pont, *op. cit.*, I, nos 35-38 ; Laurent, XXVI, nº 140.

(2) Paris, 2 août 1899, *Journal des Tribunaux de commerce*, 1900, p. 401.

(3) Cass., 5 mai 1902, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 41 (note de M. Hémard) ; D. 1903. 1. 207 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 155 ; *Revue des sociétés*, 1902, p. 375.

Le fait que la femme, au lieu de former une société avec son mari seul, s'est associée avec lui et avec un tiers, n'empêcherait évidemment pas la nullité de la société (1).

Du reste, la prohibition des sociétés entre époux ne peut recevoir son application quand il s'agit d'époux qui sont entrés l'un et l'autre dans une société anonyme ou dans une société en commandite en qualité de commanditaires. Aucun des motifs allégués pour justifier la nullité des sociétés entre époux ne s'applique dans ce cas (2).

78 *c*. Les règles générales sur la capacité en matière de société reçoivent une dérogation dans les sociétés *universelles*. Ces sociétés, qui sont très rares, comprennent presque tous les biens des associés (n° 87). Le législateur a redouté qu'elles ne cachâssent facilement des donations. Aussi a-t-il décidé (art. 1840, C. civ.) que ces sociétés ne peuvent avoir lieu qu'entre personnes capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre (3). La loi voyant une donation dans la société universelle, il y aurait lieu d'appliquer l'article 911, C. civ., relatif aux présomptions d'interposition de personnes. On devrait aussi, en cas de survenance d'enfant à l'un des associés, admettre, en vertu des articles 1840 et 960, C. civ., la dissolution de la société.

79. Le Code civil (art. 1840) ne s'est même pas borné à exiger la capacité de donner ou de recevoir dans les sociétés universelles. Il veut encore que ces sociétés ne soient pas formées entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes, c'est-à-dire entre personnes qui ont des héritiers à réserve (4). Seulement, tandis qu'il y a nullité de la société en cas d'incapacité de donner ou de recevoir d'un associé, il y a seulement lieu à réduction lorsque l'un des associés a des héritiers réservataires.

80. Il est toujours possible qu'une société, ne rentrant pas dans la classe des sociétés universelles, cache des donations. Mais, à la différence de ce qui a lieu dans les sociétés universelles, c'est

(1) Paris, 24 janv. 1885, D. 1888. 1. 402.

(2) Cpr. Trib. civ. Seine (2e Ch.), 14 juin 1906, *Revue des sociétés*, 1906, p. 391.

(3) V. Cass., 23 fév. 1849, D. 1849. 1. 144.

(4) Cela paraît bien clair. V. cepl Pont, *op. cit.*, I, nos 222-224.

à la personne qui y a intérêt, à prouver la dissimulation, afin de rendre applicables les règles spéciales aux donations.

Cependant, une dérogation est apportée à ce principe ; au point de vue de l'obligation du rapport, une société particulière est parfois traitée comme renfermant une donation. D'après l'article 854, C. civ., il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. Il résulte de là que lorsque le défunt a formé une société, même particulière, avec un de ses successibles, celui-ci doit le rapport des bénéfices qu'il en a tirés dans les cas suivants :

1° Quand l'acte de société n'est pas authentique (1). On a voulu sans doute par là assurer la complète liberté de volonté du père de famille et prévenir le danger de la perte ou de la disparition d'un acte de société sous seing privé, ce qui rendrait très difficile la connaissance des clauses de cet acte (2).

2° Quand la société n'a pas été faite sans fraude, l'acte de société fût-il authentique. Il n'est pas facile d'apercevoir quel cas précis le Code a voulu viser en parlant ici de fraude. Il fait sans doute allusion au cas où l'acte de société contiendrait des avantages indirects.

81. Si, en fait, une société a éte contractée par un incapable, il peut, en principe, seul en demander la nullité, conformément à l'article 1125, C. civ. (3). Il y a lieu, toutefois, de tenir compte de ce

(1) A défaut d'acte authentique, le successible est tenu de rapporter les bénéfices qu'il aurait recueillis de l'association, quand même aucune fraude ne serait alléguée et quand même l'acte de société aurait été enregistré et publié : Cass., 29 déc. 1858, S. 1859. 1. 600 ; D. 1859. 213 ; Dijon, 24 janv. 1866, S. 1866. 2. 196. — Le successible a, du reste, droit à une indemnité pour le concours donné aux affaires sociales : Cass., 19 nov. 1861, S. 1862. 1. 145 ; D. 1862. 1. 139 ; 17 août 1864, S. 1865. 1. 121 ; D. 1865. 1. 305.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, n° 2254. Le danger signalé n'est pas à craindre sérieusement quand il s'agit d'une société de commerce autre qu'une participation. Car l'acte de société sous seings privés doit être déposé au greffe dans le mois de la constitution de la société (L. 24 juillet 1867, art. 55).

(3) Ainsi, quand une femme mariée sous le régime dotal fait à une société

que la société est un contrat successif ou continu. Sans doute, pour le passé, l'associé incapable peut, selon son intérêt, tenir la société pour valable, ou en demander l'annulation. Mais, pour l'avenir, il ne peut contraindre ses coassociés à rester avec lui en société sous la menace perpétuelle d'une demande en nullité. Ceux-ci peuvent le mettre en demeure d'opter entre le maintien de la société ou la nullité dont lui seul peut se prévaloir (1).

81 *bis. Du pouvoir nécessaire à un mandataire pour former une société.* — Il va de soi qu'une partie peut, dans le contrat de société, comme dans les autres contrats, être représentée par un mandataire. Mais il faut alors au mandataire un mandat exprès (2). La constitution d'une société implique d'ordinaire des aliénations de la part des associés. Or, aux termes de l'article 1988, C. civ., *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.*

Le tuteur d'un mineur, par cela même qu'il ne peut faire un acte de commerce pour le compte de celui-ci, n'a pas le pouvoir de former une société en agissant pour son pupille, si, à raison de la nature de cette société, les associés contractent des obligations commerciales. V. n° 76 (3).

82. Caractères généraux du contrat de société. — Le contrat de société est à titre onéreux et synallagmatique. Les interprètes discutent sur le point de savoir s'il est commutatif ou aléatoire. La question n'a aujourd'hui qu'un intérêt théorique ; on n'admet plus, comme dans l'ancien Droit français, la rescision

un rapport de biens dotaux inaliénables, elle seule et son mari peuvent demander la nullité de la société, à l'exclusion des autres associés : Trib. civ. de Perpignan, 6 août 1896, *la Loi*, nos des 29 et 30 novembre 1896.

(1) Cf. anal. Demolombe, IV, n° 345.

(2) P. Pont, I, n° 16. — Req. 20 mars 1860, S. 1861. 1. 61 ; *J. Pal.*, 1861. 605 ; D. 1860. 1. 398 (Cet arrêt refuse au liquidateur d'une société le pouvoir de constituer une société pour l'exploitation des immeubles sociaux). V. pourtant, Cass., 4 janv. 1843, S. 1843. 1. 144.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 222 et 236.

pour lésion d'outre moitié de tous les contrats commutatifs à titre onéreux portant sur des immeubles. La diversité des opinions n'en est pas moins grande. Tandis que les uns voient, avec Pothier (1), dans la société un contrat commutatif (2), les autres y voient un contrat à la fois commutatif et aléatoire (3), d'autres, enfin, un contrat qui n'est ni commutatif ni aléatoire dans le sens de l'article 1104, C. civ. (4).

Nous n'hésitons pas à dire que la société est un contrat commutatif. L'apport de chaque partie est ce qu'elles se fournissent réciproquement l'une à l'autre ; cet apport n'est subordonné à aucune chance de gain ou de perte. Sans doute, la société peut, soit réaliser des bénéfices plus ou moins grands, soit éprouver des pertes ; mais il ne faut pas plus s'attacher à cela pour caractériser le contrat qu'il ne faut qualifier une vente d'aléatoire à raison des bénéfices ou des pertes que peut faire l'acheteur par suite des augmentations ou des diminutions de valeur que la chose vendue peut subir après la vente. Un contrat ne peut pas, du reste, être à la fois commutatif et aléatoire, puisque ces deux caractères sont opposés l'un à l'autre, et l'on ne conçoit pas qu'un contrat à titre onéreux n'ait ni l'un ni l'autre de ces caractères.

83. DIFFÉRENCES ENTRE LA SOCIÉTÉ ET L'INDIVISION. — Il ne faut pas confondre la société avec la copropriété, communauté ou indivision. Il y a entre la société et la copropriété une incontestable ressemblance, mais il y a aussi des différences de nature et les règles applicables à l'une et à l'autre diffèrent profondément (5).

Les différences principales qui peuvent être signalées, sont les suivantes :

(1) « Enfin, ce contrat est du nombre des contrats commutatifs ; chacune « des parties contractantes entend recevoir autant qu'elle donne » (*Contrat de société*, n° 7).

(2) Molinier, *op. cit.*, n° 239.

(3) Bravard, I, p. 168.

(4) Pont, *Sociétés*, I, n° 12.

(5) Une comparaison intéressante et complète entre la société (*partnership*) et la copropriété (*coownership*) est faite dans Lindley, *A Treatise on the law of Partnership*, I, p. 58 et suiv. V. aussi Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, I, nos 196 et suiv.

1° La société est un contrat (n° 11) ou elle est établie par un contrat, si l'on entend par société, soit la personne civile, soit les associés considérés au point de vue de leur intérêt commun (n° 103). La communauté ou indivision peut sans doute aussi être établie par un contrat : cela se produit notamment au cas d'achat d'un bien fait en commun par plusieurs personnes. Mais l'état de communauté existe le plus souvent sans contrat préalable, par exemple, quand une succession est dévolue à plusieurs héritiers, quand un bien est laissé sans indication de parts divises à plusieurs légataires. Aussi, lorsqu'on considère les obligations naissant entre les communistes ou les copropriétaires au point de vue de leur source, on les qualifie souvent d'obligations quasi-contractuelles et la communauté ou indivision est rangée parmi les quasi-contrats (1).

2° Quand il y a société, les associés ont à déployer une certaine activité pour réaliser des bénéfices et augmenter, s'il se peut, le fonds social. Quand il y a copropriété, les copropriétaires jouent un rôle purement passif. Ils peuvent sans doute tirer des biens communs des profits et les partager entre eux. Mais ils n'ont pas en vue l'augmentation du fonds commun. Ils tirent de ces biens les revenus qu'ils produisent, comme le fait un propriétaire quelconque (2).

3° La société entraîne parfois la copropriété entre les associés, mais il n'en est généralement pas ainsi. Le plus souvent les biens sociaux ne sont pas indivis entre les associés, ils appartiennent à la société considérée comme personne civile. V. n° 107.

84. Il est important à divers points de vue de savoir s'il y a copropriété ou société entre plusieurs personnes.

1° Chaque associé doit préférer l'intérêt de la société à son intérêt personnel. Les articles 1848 et 1849, C. civ., tirent de là plusieurs conséquences. On en peut déduire aussi qu'en principe, un associé ne peut pas faire pour son compte personnel des opérations qui rentrent dans l'objet de la société. Rien, au contraire, n'empêche

(1) Institute de Justinien, livre III, XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, § 3.

(2) Cf. Laurent, XXVI, n° 433.

le copropriétaire d'un bien d'acquérir la propriété d'un bien de la même nature et de l'exploiter (1).

2° A raison des difficultés et des contestations dont l'indivision est ordinairement la source, le législateur ne la voit pas d'un œil favorable, aussi permet-il à tout copropriétaire de demander le partage et ne permet-il pas au copropriétaire de s'obliger à rester plus de cinq ans dans l'indivision (art. 815, C. civ.). Il n'y a rien de semblable en matière de société, lors même qu'à défaut de personnalité civile, il y a indivision entre les associés ; la loi ne limite pas la durée des sociétés (2). Mais, dans les sociétés à durée illimitée, chaque associé a, en principe, le droit d'amener la dissolution par sa seule volonté (art. 1865-5°, art. 1869 à 1871, C. civ.). V. n^os^ 315 et suiv., 905 *bis*.

3° Un simple communiste peut toujours céder sa part et se substituer quelqu'un dans ses rapports avec ses copropriétaires, même sans le consentement de ceux-ci. Un associé n'a pas toujours ce droit sans le consentement de ses coassociés. V. n° 100.

4° Quand il y a simplement indivision, la majorité des copropriétaires ne saurait faire la loi à la minorité, sauf quand il s'agit d'un navire indivis (art. 220, C. com.) : en cas de divergence sur un acte à faire, l'abstention est nécessaire : *in pari causa melior est causa prohibentis*. Aussi l'indivision n'est-elle pas un état à encourager au point de vue économique. En matière de société, en cas de désaccord, quand il s'agit d'actes à faire dans les limites de l'objet de la société, la majorité décide ce qui doit être fait.

85. Lorsque deux ou plusieurs personnes sont devenues propriétaires à la suite d'une convention, il n'est pas toujours facile de dire si elles ont entendu établir entre elles une simple copropriété ou former une société. C'est une question d'intention à résoudre en fait d'après les circonstances. Les parties se sont-elles proposé non seulement d'avoir une chose en commun, mais de l'exploiter et de

(1) Cass., 4 janv. 1842, S. 1843. 1. 233 ; RÉP. D., v° *Industrie*, n° 418. — Sur la non-application, en matière de communauté, des articles 1848 et 1849, C. civ., V. Laurent, XXVI, n^os^ 441-442.

(2) Cass., 5 juill. 1826, RÉP. D., v° *Société*, n° 1607-1°.

(3) Pour d'autres différences, V. Laurent, XXVI, n^os^ 437 et suiv.

partager les bénéfices à réaliser par suite de cette exploitation commune ? il y a société ; sinon, il y a copropriété (1). Ainsi, l'achat d'un bien en commun n'a pas toujours le même caractère : si les acheteurs se proposent de revendre ce bien avec bénéfice, ils ont formé une véritable société ; il n'en est pas de même s'ils veulent simplement partager entre eux le bien ainsi acquis (2).

La convention par laquelle des cohéritiers ou des colégataires s'entendent pour rester dans l'indivision pendant un certain temps (art. 815, al. 2, C. civ.), n'est pas une société ; les parties n'ont, en général, pas d'autre but que de maintenir durant le temps fixé la situation dans laquelle elles ont été placées par suite de l'ouverture de la succession (3).

86. DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS. — NOTIONS GÉNÉRALES. — Les sociétés peuvent être divisées de plusieurs manières, selon le

(1) Laurent, XXVI, n° 448.

(2) Il a été quelquefois jugé, peut-être en termes trop absolus, que la convention d'acheter en commun divers objets, formée par des commerçants, constituait une société en participation, que les participants dûssent revendre aussi en commun les objets achetés ou seulement se les partager : Cass., 4 déc. 1839, RÉP. D., v° *Société*, n° 122, 2° (Il s'agissait de savoir, dans l'espèce, si la contestation qui avait surgi entre les intéressés, était de la compétence du tribunal de commerce ou devait être soumise à des arbitres conformément à l'ancien article 51 C. com.). — La Cour d'Aix a décidé qu'il y avait communauté et non participation, au cas où deux commerçants avaient acheté des arbres en commun, pour les appliquer aux besoins de leur commerce individuel et de leur intérêt particulier : Aix, 30 nov. 1853, D. 1855, 2, 117 (La question était également soulevée au point de vue de la compétence). Comme l'intention des parties est ici décisive, il faut se placer au moment où la convention est intervenue, sans tenir compte des faits postérieurs. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'il y avait eu simple communauté par suite de l'achat en commun d'un immeuble dont les acheteurs avaient joui indivisément pendant plusieurs années et qu'ils avaient fini par revendre avec bénéfice : Cass., 22 nov. 1852, D. 1852, 1, 323. Il s'agissait de savoir si les copropriétaires étaient censés s'être donné mandat de toucher le prix de vente ; l'arrêt décide qu'il faut appliquer l'article 1239 et non l'article 1859, C. civ.

(3) Une convention de ce genre est utile notamment pour éviter une licitation faite à un moment où les biens indivis baissent de valeur ou pour remettre le partage à une époque à laquelle tous les copropriétaires seront capables, afin d'éviter les frais du partage judiciaire.

point de vue sous lequel on les envisage. Ainsi, l'on peut distinguer les sociétés *universelles* et les sociétés *particulières*, les sociétés *civiles* et les sociétés *commerciales* (ou *de commerce*), les sociétés *à responsabilité limitée* et les sociétés *à responsabilité illimitée*, les sociétés ayant pour objet une ou plusieurs opérations déterminées et les sociétés ayant pour objet une branche de commerce ou d'industrie, les sociétés manifestant leur existence à l'égard des tiers et les sociétés ne produisant d'effet qu'entre les associés qui sont les *sociétés en participation*.

87. *Sociétés universelles et sociétés particulières.* — Le Code civil fait cette distinction (art. 1835), en s'attachant à l'étendue des apports des associés. Il y a deux sortes de sociétés universelles : *la société de tous biens présents* et *la société universelle de gains* (art. 1836). Dans la première, les parties mettent en commun tous leurs biens, meubles et immeubles actuels, et les profits qu'elles pourront en tirer (art. 1837). Elles peuvent aussi mettre en commun toute autre espèce de gains ; mais la loi ne permet pas de faire entrer dans l'actif de cette société la pleine propriété des biens qui pourraient advenir aux associés par succession, donation ou legs (1). Le législateur a considéré qu'il y aurait autrement là un moyen de violer la prohibition soit de conclure des conventions sur successions futures (art. 1130, C. civ.) (2), soit de faire des donations entre-vifs comprenant des biens à venir, contrairement à l'article 943, C. civ. (3). La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit,

(1) Il en était autrement en Droit romain ; dans les sociétés *totorum bonorum* tous les biens présents et à venir des associés entraient dans l'actif social en pleine propriété ; L. 3, § 1, Dig., *Pro socio*, XVII, 2.

(2) Il a été jugé que la disposition de l'article 1836, C. civ., n'étant qu'une application de la règle qui prohibe tout pacte sur succession future, était d'ordre public et devait être appliquée même à une société formée à l'étranger entre étrangers : Trib. de la Seine, 14 juill. 1885, Paris, 26 janv. 1888, *le Droit*, nos du 7 novembre 1885 et du 15 septembre 1888.

(3) Comme l'indiquent les derniers mots de l'article 1837, C. civ., l'interdiction de mettre en commun des biens à acquérir par succession ou par donation ne s'applique pas entre époux, c'est-à-dire au régime de la communauté. Ces biens entrent dans l'actif de la communauté à titre universel (art. 1526, C. civ.).

pendant le cours de la société, les meubles de chaque associé au moment du contrat et les immeubles personnels pour la jouissance seulement (art. 1838, C. civ.).

Quant à la société particulière, c'est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (art. 1841). Mais, quelque importants que soient les apports, la loi qualifie de société particulière tout contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour quelque métier ou profession (art. 1842).

Les sociétés universelles sont très rares. Elles ne paraissent avoir été conservées dans le Code civil que par souvenir des anciens usages (1) ; les sociétés particulières sont, au contraire, très nombreuses. Toutes les sociétés commerciales ont ce dernier caractère par cela même qu'elles ont pour objet une entreprise désignée ou l'exercice de quelque métier ou profession (art. 1842, C. civ.).

88. *Sociétés civiles et sociétés commerciales.* — Au point de vue pratique, aucune division n'est plus importante que celle-ci. Quel en est l'intérêt juridique ? A quel criterium doit-on s'attacher, pour déterminer si une société est civile ou commerciale ? Tels sont les deux points à examiner.

(1) Dans le Droit romain, les sociétés de tous biens (*societates totorum bonorum*) paraissent avoir été nombreuses. Les textes en parlent souvent : L. I, § 1, L. 3, § 1. L. 52, § 16, L. 66, L. 73, § 1, L. 81, Dig., *Pro socio* (XVII, 2). Dès règles qui ont fini par régir toutes les sociétés, semblent avoir été appliquées originairement aux seules sociétés *totorum bonorum*, telle était notamment la règle selon laquelle les associés jouissaient dans leurs rapports entre eux du bénéfice de compétence. Les textes motivent l'existence de ce bénéfice au profit des associés, en disant qu'entre eux il y avait une sorte de fraternité, *jus quodammodo fraternitatis in se habet*, L. 63, *princip.*, Dig. *Pro socio* (XVII, 2). Ce dernier motif ne s'appliquait bien qu'aux sociétés *totorum bonorum*. Il y a eu dans l'ancienne France de nombreuses sociétés universelles, spécialement les sociétés de serfs et les *sociétés taisibles*. V. Troplong, préface du *Traité des sociétés*, p. XXXV et suiv. Ces sociétés avaient disparu, alors que les auteurs dans leurs ouvrages continuaient à en faire mention : Pothier, *Société*, nos 29 et 43. Le projet de Code civil ne parlait point des sociétés universelles de tous biens. Des dispositions relatives à ces sociétés ont été insérées sur les observations de plusieurs tribunaux d'appel, notamment de celui de Paris : Fenet, t. XIV, p. 368 et t. V, p. 230.

89. On peut, en général, dire qu'il y a le même intérêt à distinguer les sociétés civiles des sociétés commerciales qu'à distinguer les individus qui sont commerçants de ceux qui ne le sont pas (1). Ainsi, la faillite et la liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889) étant, dans notre droit, organisées seulement pour les commerçants (2), les sociétés de commerce qui constituent des personnes morales, c'est-à-dire toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation, peuvent être déclarées en faillite ou être mises en état de liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 3), mais non les sociétés civiles. De même, les sociétés de commerce seules sont obligées de tenir des livres dans les termes des articles 8 et suivants, C. com. et les livres tenus par elles ont seuls la force probante étendue attachée aux livres des commerçants. Au contraire, les livres des sociétés civiles, si, en fait, elles en tiennent, n'ont que la force probante restreinte des registres et papiers domestiques. V. art. 1329 à 1332, C. civ. ; art. 12 et 13, C. com.

90. Il y a, en outre, divers points de vue spéciaux auxquels il importe de distinguer les sociétés de commerce des sociétés civiles :

a) Les contestations entre associés sont de la compétence du tribunal civil ou du tribunal de commerce, suivant que la société est civile ou commerciale (art. 631-2°, C. com.). Avant la loi du 17 juillet 1856, les contestations entre les membres d'une société commerciale étaient obligatoirement soumises à des arbitres (3).

b) Il y a des formalités de publicité à remplir lors de la constitution des sociétés de commerce autres que les participations (articles 55 et s., L. 24 juill. 1867). Ces formalités ont pour but de porter à la connaissance des tiers les statuts de la société et les modifications qui peuvent y être faites. Aucune formalité de publicité n'est, au contraire, prescrite par la loi lors de la constitution des sociétés civiles.

c) Les actions des créanciers sociaux contre les associés sont, dans les sociétés civiles, soumises, en principe, à la prescription ordinaire

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 185 et suiv.
(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 189.
(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 395.

de trente ans. Dans les sociétés de commerce ou, tout au moins, dans quelques-unes, ces actions se prescrivent par cinq ans à partir de la dissolution, conformément à l'article 64, C. com. V. nos 428, 525, 911 et 1028.

d) Dans les sociétés civiles, chaque associé n'est tenu envers les créanciers sociaux que pour une part virile (art. 1862, C. civ.). Dans les sociétés de commerce, les associés sont obligés solidairement quand leurs obligations ne sont pas limitées à leurs apports art. 22, 23 et 24, C. com.).

e) Les sociétés de commerce, à l'exception des sociétés en participation, constituent des personnes morales. Une controverse existe sur le point de savoir s'il en est de même des sociétés civiles. Mais la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation reconnaît la personnalité de sociétés civiles comme celle des sociétés de commerce. V. nos 126 et suiv.

91. On peut encore donner les indications suivantes sur l'intérêt que présente la grande division des sociétés en sociétés de commerce et sociétés civiles :

1° Les directeurs de sociétés anonymes françaises de finances, de commerce et d'industrie sont électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce, bien qu'ils ne soient pas commerçants (1), L. 8 décembre 1883, art. 1er.

2° Les parts d'intérêt dans les sociétés en nom collectif ne sont pas soumises à l'impôt de 4 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières. Cette faveur est restreinte par la loi spéciale à celle de ces sociétés qui sont *commerciales*, L. 1er déc. 1875, art. 1er (2).

92. Malgré l'importance de ces différences, nos lois ne contenaient jusqu'à la loi du 1er août 1893 aucune disposition indiquant le criterium de la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce. Cette loi, dans un article ajouté à la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés (art. 68), a tranché la question, mais

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 204, 204 *bis* et 235-2°.

(2) La loi de finances du 28 avril 1893 (art, 36) déclare aussi les emprunts contractés par les sociétés en nom collectif exempts de l'impôt sur le revenu ; mais elle n'indique pas expressément que cette exemption est accordée seulement pour celles de ces sociétés qui sont commerciales.

seulement pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions (1) ; la solution ne s'applique qu'à celles de ces sociétés qui sont constituées depuis la loi du 1er août 1893 (2).

Aussi est-il indispensable, dans le but à la fois d'apprécier la portée exacte de la disposition nouvelle et de déterminer comment étaient et sont encore traitées les sociétés constituées avant la loi du 1er août 1893, de se placer, pour fixer le criterium de la distinction, successivement avant et après cette loi.

92 *bis*. Il a été et il est toujours vrai de dire que l'on ne doit pas, pour décider si la société est civile ou commerciale, s'attacher à la qualification donnée par les parties à la société qu'elles ont créée. On ne saurait attribuer à une société la qualité de société commerciale ou de société civile par un acte plus ou moins arbitraire de volonté, de même qu'une personne ne peut pas se donner ou s'enlever à son gré la qualité de commerçant en se donnant ou en ne se donnant pas cette qualification (3). Avec une solution opposée on méconnaîtrait le caractère des règles relatives à la faillite, à la liquidation judiciaire et à la compétence civile ou commerciale. Ce sont là des règles d'ordre public, les particuliers ne peuvent y déroger à leur gré (4).

De même, il a toujours été incontesté que la profession des associés n'est pas à prendre en considération pour la détermination du caractère civil d'une société. Des commerçants peuvent constituer une société civile ; à l'inverse, des non-commerçants peuvent établir une société de commerce. Il y a seulement des associés qui sont commerçants par cela seul qu'ils sont devenus membres d'une société de commerce, ce sont les associés qui sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (5).

93. Une opinion bien établie aujourd'hui reconnaît que c'est à

(1) V. ci après, n° 1086.

(2) V. ci-après, n° 1087.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 186.

(4) Cela n'est vrai pour la compétence qu'avec une restriction : on peut convenir que des contestations de nature commerciale seront portées devant le tribunal civil. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 382.

(5) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 204 *bis*.

l'objet, c'est-à-dire à la nature des opérations, des sociétés constituées avant la loi du 1er août 1893 qu'on doit d'une façon absolue s'attacher (1). Pour déterminer si un individu est ou non un commerçant, on doit examiner, d'après le Code de commerce (art. 1er), s'il fait des actes de commerce sa profession habituelle. N'est-il pas naturel de suivre la même règle pour résoudre la question identique qui s'élève à propos des sociétés antérieures à la loi du 1er août 1893, c'est-à-dire d'examiner si les opérations faites habituellement par la société que l'on considère sont civiles ou commerciales? Il résulte notamment de là qu'une société constituée avant la loi du 1er août 1893, pour acheter et revendre des marchandises, est une société de commerce, qu'au contraire, une société établie pour spéculer sur l'achat et la revente des immeubles ou pour exploiter des mines, est une société civile (2).

Un commerçant fait parfois des actes non commerciaux ; un non-commerçant fait quelquefois des actes de commerce. De même, il se peut qu'une société de commerce fasse des opérations civiles, qu'une société civile fasse des actes commerciaux. Aussi importe-t-il de prendre en considération les actes les plus fréquents et les plus importants (3). Quelques actes de commerce isolés ne peuvent conférer à une société qui fait principalement des opérations purement civiles, le caractère de société de commerce (4).

94. La forme que revêt une société constituée avant la loi du 1er août 1893, n'a donc pas d'influence sur le caractère civil ou com-

(1) Paris, 15 fév., 17 et 29 août 1868, S. 1868. 2. 229 ; *J. Pal.* 1868. 1. 223 (note de M. Labbé) ; Cass., 3 fév. 1869, S. 1869. 1. 217 ; *J. Pal.*, 1869. 521 ; Cass., 21 juill. 1873, D. 1874. 1. 127 ; Paris, 8 mars 1889, *Journal des sociétés,* 1889, p. 194. V. Cass., 15 janvier 1900, *S.* et *J. Pal.*, 1900. 1. 117 ; Cass., 3 février 1902, *S.* et *J. Pal.*, 1902. 1. 72.

(2) V. *Traité de Droit commercial,* I, nos 109 et suiv.

(3) Cass., 1er juill. 1878, S. 1878. 1 414 ; *J. Pal.*, 1878. 1076 ; D. 1879. 1. 218; *Pand. fr. chr.* ; Lyon, 13 fév. 1878, S. 1878. 2. 325; D. 1879. 2. 99; *Pand. fr. chr.* ; Paris, 8 janv. et 1er avril 1876, D. 1879. 2. 99 (Dans ces divers arrêts, il s'agissait d'une exploitation de mines à laquelle se joignait une autre industrie). V. aussi Cass., 17 mars 1866, D. 1866. 1. 428 ; 12 mai 1875, D. 1876. 1. 320 ; Paris, 4 fév. 1875, D. 1876. 2. 185 (Sociétés exploitant à la fois des concessions d'eaux minérales et des hôtels).

(4) V. *Traité de Droit commercial,* I, n° 124.

mercial de cette société. Le Code de commerce et la loi du 24 juillet 1867 qui s'y rattache, ont organisé et réglementé certaines formes de sociétés qui sont parfois appelées *formes commerciales*, spécialement les formes de la société anonyme et de la société en commandite par actions. Ce n'est pas à dire que ces formes soient exclusivement réservées aux sociétés de commerce (1). Il sera expliqué plus loin (nos 1074 et suiv.) que les sociétés civiles peuvent aussi les adopter. L'adoption d'une forme commerciale par une société ayant des actes civils pour objet ne lui retire pas le caractère de société civile (2). C'est le fond, c'est-à-dire la nature des actes, non la forme de la société, qu'il faut prendre en considération. Autrement, on méconnaîtrait la règle d'après laquelle, en cette matière, la volonté des parties n'a pas d'action (no 92), car la forme de la société dépend de cette volonté.

Il ne faut, toutefois, pas se méprendre sur les conséquences de ce système. Parmi les règles posées par les lois pour les sociétés de commerce, il en est sans doute qui tiennent à ce qu'elles sont traitées comme des commerçants ; mais il y en a d'autres qui se lient à leur forme, non à la nature de leurs opérations. Parmi les premières règles sont incontestablement celles selon lesquelles une société de commerce peut être déclarée en faillite ou mise en état de liquidation judiciaire et les tribunaux de commerce sont compétents pour

(1) Ces formes de sociétés sont qualifiées de commerciales, parce que c'est en vue des opérations de commerce qu'elles ont été originairement introduites dans la législation. C'est, pour la même raison qu'on qualifie de formes commerciales de transmission l'endossement, le transfert, la tradition pour les titres à ordres nominatifs et au porteur. Ces formes sont bien appliquées aux titres de créances civiles, mais c'est pour les créances commerciales, dans un but de simplification, de célérité et d'économie qu'elles ont commencé à être admises. V. *Traité de Droit commercial*, III, nos 96 à 98 et IV, nos 156 et 157.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, no 124, 9°. La Cour de Paris a rendu, le 8 mars 1889 (*Journal des sociétés*, 1889, p. 194), une décision conforme à la doctrine émise dans le passage auquel nous renvoyons. Elle a jugé que la société anonyme constituée pour le percement et l'exploitation du canal de Panama, est une société civile. V. aussi Caen, 28 mars 1887, S. 1888. 2. 231 ; Alger, 11 déc. 1897, *la Loi*, n° du 3 novembre 1898.

connaître des contestations entre associés. L'adoption d'une forme commerciale ne rend pas applicables les règles de cette première sorte à une société civile. Au contraire, elle entraîne l'application des règles de la seconde espèce. Mais il y a souvent incertitude sur le point de savoir si les règles posées pour les sociétés de commerce rentrent dans la première ou dans la seconde catégorie. C'est là notamment ce qui donne naissance à de nombreuses difficultés au sujet des règles applicables aux sociétés civiles à formes commerciales. Ainsi, l'on discute sur le point de savoir *a*) si la prescription de cinq ans de l'article 64, C. com., s'applique au profit des associés dans les sociétés à formes commerciales, *b*) si ces sociétés constituent des personnes morales comme les sociétés de commerce. Ces difficultés seront examinées plus loin dans la section consacrée aux sociétés *à formes commerciales* ayant un objet civil. V. nos 1074 et suiv.

95. Ces solutions diverses sont demeurées exactes même depuis la loi du 1er août 1893 : 1° en principe pour *toutes* les sociétés constituées avant la mise en vigueur de cette loi (1); 2° pour les sociétés *en nom collectif* et *en commandite simple* constituées même depuis la mise en vigueur de cette loi (2). Mais elles sont sans application aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions constituées depuis la loi de 1893. Les sociétés par actions sont des sociétés de commerce, quel que soit leur objet, c'est-à-dire alors même qu'il consisterait en des opérations ne constituant pas des actes de commerce d'après les articles 632 et suiv., C. com.. Pour ces sociétés, la forme est prise seule en considération à l'exclusion de la nature de leur objet, pour leur attribuer le caractère de sociétés de commerce. V., pour les motifs de cette innovation, nos 1074 et suiv..

(1) Il sera expliqué (n° 1088), que les sociétés par actions ayant un objet civil, constituées avant la loi de 1893, peuvent se transformer en sociétés soumises à la loi nouvelle et devenir ainsi de sociétés civiles sociétés de commerce : Paris, 10 juill. 1894 et *J. Pal.*, 1896. 2. 57 ; D. 1895. 2. 105.

(2) Nous démontrerons que, bien que cela ne ressorte pas du texte même de l'article 68 de la loi du 1er août 1893, cet article ne régit pas les sociétés en commandite simple. V. n° 1085.

Il résulte de là que sont sociétés de commerce :

1° Les sociétés constituées avant ou depuis la mise en vigueur de loi du 1er août 1893 et ayant des actes de commerce pour objet ;

2° Les sociétés anonymes et en commandite par actions constituées depuis la mise en vigueur de la loi du 1er août 1893, encore qu'elles aient pour objet des actes qui, d'après les articles 632 et suiv., C, com., ne sont pas des actes de commerce.

Au contraire, sont des sociétés civiles :

1° Les sociétés de toutes formes constituées avant la loi du 1er août 1893 et ayant pour objet des actes civils (1) ;

2° Les sociétés constituées depuis la loi du 1er août 1893 et qui ne sont ni des sociétés anonymes ou en commandite ni d'autres sociétés ayant pour objet des actes de commerce.

96. *Différentes sortes de sociétés de commerce.* — Les sociétés commerciales nous occuperont spécialement. Elles ne sont pas toutes régies par les mêmes règles. Il y a entre elles des différences notables, spécialement au point de vue de l'étendue des obligations des associés envers les créanciers sociaux et la de faculté, pour chaque associé, de céder sa part sociale et de se substituer ainsi d'autres personnes dans la société avec ou sans le consentement de ses associés. Dans l'intérêt du commerce et pour tenir compte des besoins divers et des convenances variées, le législateur met à la disposition des intéressés qui peuvent choisir entre eux différents types de sociétés de commerce, comme différents régimes matrimoniaux sont organisés par la loi civile et laissés au libre choix des futurs époux.

L'article 19, C. com., distingue trois espèces de sociétés : la *société en nom collectif*, la *société anonyme*, la *société en commandite*. Mais il faut remarquer : 1° qu'il y a deux espèces de sociétés en commandite, la *société en commandite simple* ou *par intérêts* et la *société en commandite par actions* ; 2° qu'aux sociétés indiquées dans l'article 19 C. com., il faut ajouter la *société en participation* (art. 47, C. com.). En outre, il y a des sociétés

(1) Cass., 31 juillet 1899, D. 1900. 1. 190.

ayant un objet tout spécial ne rentrant dans aucune des formes de sociétés dont s'occupe le Code de commerce et auxquelles la loi qui en traite attribue le caractère de sociétés de commerce (art. 4, 1er al., de la loi du 5 novembre 1894 et loi du 23 avril 1906).

Dans la *société en nom collectif*, tous les associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (art. 22, C. com.). Cette société étant formée *cum intuitu personæ*, c'est-à-dire reposant sur la considération des personnes qui se sont choisies comme associés, les associés ne peuvent pas se substituer des tiers dans la société sans le consentement de tous leurs coassociés.

Dans la *société anonyme*, au contraire, aucun des associés n'est engagé personnellement ; tous sont tenus seulement jusqu'à concurrence de leur mise (art. 33, C. com.). La considération des personnes ne joue aucun rôle. Aussi chaque associé peut-il céder à son gré sa part sociale à des personnes qui viennent complètement prendre sa place (art. 34 à 36, C. com.).

Les *sociétés en commandite* renferment 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 obligés, comme les associés dans la société anonyme, que jusqu'à concurrence de leurs apports. V. art. 23, 24 et 26, C. com.

Il y a deux espèces de commanditaires et, par suite, de sociétés en commandite. Tantôt, les commanditaires peuvent céder librement leurs parts à des personnes qui sont substituées à eux comme les associés des sociétés anonymes, tantôt, au contraire, les parts des commanditaires sont incessibles sans le consentement de tous les associés comme le sont celles des associés en nom collectif. Dans le premier cas, on dit qu'il y a une *société en commandite par actions* (art. 38, C. com.), et, dans le second cas que la société est *en commandite simple* ou *en commandite par intérêts*.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 48-54) parle encore des *sociétés à capital variable*, mais il n'y a pas là, à proprement parler, une espèce de société distincte de celles qu'indique l'article 19, C. Com. La variabilité du capital est plutôt une modalité qui peut affecter soit

les sociétés civiles régies par le Code civil, soit l'une des formes de sociétés réglementées par le Code de commerce ; toutes les sociétés peuvent être à capital variable (art. 48, loi de 1867) (1).

La *société en participation* se distingue profondément des autres. Les sociétés de commerce ont une existence et produisent des effets, non seulement entre les associés, mais encore à l'égard des tiers. Ces effets consistent en ce que l'acte fait par le représentant de la société oblige la société et ses coassociés, bien qu'ils n'y soient pas intervenus. Bien plus, les sociétés de commerce sont considérées comme ayant une individualité distincte de celle des associés. Ainsi que cela sera expliqué plus loin (n° 105), il n'en est pas ainsi de la société en participation. Cette société n'a pas d'existence à l'égard des tiers ; les associés font des opérations comme s'il n'y avait pas de lien social entre eux ; le plus souvent les opérations sont faites par un seul (le gérant de la participation) qui agit comme si les opérations qu'il fait ne concernaient que lui. Seulement, une fois les opérations faites, les associés répartissent entre eux les bénéfices ou les pertes qui peuvent en résulter.

Chacune de ces espèces de sociétés de commerce et les sociétés à capital variable seront étudiées en détail dans le chapitre II (nos 145 et suiv.).

97. Les sociétés de commerce peuvent avoir pour objet des opérations très variées. En général, toutes les sociétés de commerce d'une certaine espèce (anonymes ou en commandite, par exemple)

(1) En fait, ce sont les *sociétés coopératives* qui se constituent à capital variable C'est, du reste, pour favoriser le développement de la coopération que la loi du 24 juillet 1867 s'est occupé des sociétés à capital variable. Mais la variabilité du capital n'est pas réservée par la loi aux sociétés coopératives. V. nos 1033 et 1035 à 1037.

Il est question, depuis plus de dix ans, de faire une loi spéciale sur les *sociétés coopératives* qui constitueraient un genre particulier de sociétés existant à côté des sociétés à capital variable. Un projet de loi déposé à la Chambre des députés le 16 juillet 1888 a été, à plusieurs reprises, discuté et modifié par chacune des deux Chambres, sans qu'une entente complète entre elles ait conduit à son adoption. V., en dernier lieu, rapport de M. Lourties sur le projet de loi relatif aux *sociétés coopératives de production, de crédit et de consommation et au contrat de participation aux bénéfices*, présenté au Sénat le 2 décembre 1895.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

sont régies par les mêmes règles, quelle que soit la nature de leurs opérations. Cependant, cela n'est pas absolument vrai.

Les sociétés d'assurances contre les accidents du travail régis par les lois du 9 avril 1898, du 12 avril 1906 et du 18 juillet 1907 (1), les sociétés d'assurances sur la vie (2) sont soumises à des régimes particuliers à raison de la nature de leurs opérations. Outre que leur constitution est subordonnée à des conditions spéciales, il faut qu'après la constatation de ces conditions, l'administration (3) les porte sur la liste des sociétés pouvant fonctionner ou les enregistre, puis elles sont soumises au contrôle du gouvernement. Des corps spéciaux de contrôleurs sont organisés pour l'exercer.

Du reste, un décret du 22 janvier 1868 rendu en exécution de la loi du 24 juillet 1867 (art. 66, 2e alin.) contient de nombreuses dispositions spéciales à toutes les assurances à primes et mutuelles (nos 921 et suiv.). Les associations d'assurances mutuelles sur la vie sont spécialement régies par le décret du 12 mai 1906.

97 *bis.* Dans les pays étrangers, on trouve aussi des règles spéciales régissant des sociétés à raison de la nature de leurs opérations. Ainsi, en *Suisse*, il y a une loi fédérale du 25 juin 1885 relative à la surveillance de l'État ou les entreprises privées d'assurances (4). En *Allemagne*, il existe une loi du 22 mai 1901 sur les entreprises privées d'assurances (*über die privaten Versicherungs-Unternehmungen*)(5).

(1) V. aussi décret du 28 février 1899, rendu pour l'exécution de l'article 27 de la loi du 9 avril 1898. La disposition de la loi du 9 avril 1898 ici visée est conçue en termes tellement généraux qu'elle s'appliquerait aux sociétés d'assurances contre les accidents qui, par hasard, revêtiraient une forme autre que la forme anonyme.

(2) La loi du 24 juillet 1867 (art. 66, 1er alin.) avait maintenu l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement pour les sociétés anonymes d'assurances sur la vie (nos 914 et suiv.) Cette disposition est abrogée par la loi du 17 mars 1906 (art. 22) que complètent différents décrets rendus pour son exécution (D. D. 12 mars 1906, 9 juin 1906, 22, 25 juin 1906). La loi nouvelle s'applique à toutes entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine ; par conséquent même à des sociétés autres que les sociétés anonymes.

(3) Il s'agit du Ministère du travail et de la prévoyance sociale.

(4) Waldkirch, *die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungs-Unternehmungen in der Schweiz*.

(5) V. Alexander Katz, *Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen* ; Naundorff, *Private Versicherungsunternehmungen*.

En *Angleterre*, il y a des lois spéciales pour les sociétés d'assurances sur la vie (*Life assurance Companies Act* 1870, 33 et 34, Victoria, chap. 61) (1). Le Code de commerce *espagnol* contient, à côté des règles générales sur les sociétés, un grand nombre de dispositions spéciales aux sociétés de crédit (art. 175 et 176), aux sociétés d'émission et de banque (art. 177 à 183), aux sociétés de chemins de fer et de travaux publics (art. 184 à 192), aux sociétés de magasins généraux (art. 193 à 198), aux sociétés de crédit foncier (art. 199 à 211). L'existence de règles sur les sociétés anonymes variant avec leur objet est spécialement remarquable dans les lois des *États-Unis d'Amérique* qui, du reste, n'ont pas de loi fédérale sur la matière. Cette variété est une cause de complications très grandes.

93. Dans la plupart des pays, on distingue, comme en France, les sociétés de commerce des sociétés civiles. Plusieurs lois adoptent expressément, comme criterium de la distinction, le principe que nous avons considéré, dans le silence de nos codes, comme adopté d'une façon obsolue par la législation française avant la loi du 1er août 1893. Il en est ainsi de la loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 1, al. 1) (2), des Codes de commerce *italien* (art. 76, 1er alin.) et *roumain* (art. 77, 1er alin.).

En *Allemagne*, il n'y a pas de principe absolu. C'est à la législation allemande que la loi française du 1er août 1893 paraît avoir emprunté la règle qu'elle pose. La nature des opérations doit être examinée pour déterminer la nature civile ou commerciale des sociétés autres que les sociétés par actions (en commandite ou anonymes). Mais celles-ci sont considérées comme des sociétés de commerce, quel que soit leur objet (C. com. *allemand*, art. 210, al. 2, et 323, al. 3 (3). Le caractère de sociétés de commerce est

(1) V. Porter's *laws of insurance*, p. 360 à 386.

(2) V. Nyssens et Corbiau, I, nos 208 et suiv. Cette solution était, du reste, déjà admise par la jurisprudence *belge* avant la loi du 18 mai 1873, sous l'empire du Code de commerce de 1807 : Bruxelles, 6 avril 1859, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1859. 2. 137 ; Liège, 5 mars 1857, même recueil, 1857. 2. 57 : Trib. comm. Anvers, 16 avril 1864, même recueil, 1864. 1. 239 ; Bruxelles, 12 août 1867, même recueil, 1868. 2. 46.

(3) Le Code de commerce *allemand* de 1861 ne consacrait pas ce sys-

refusé aux sociétés qui ont pour but l'exercice des professions de colporteurs, fripiers, voituriers et aux autres sociétés formées entre personnes dont l'industrie se réduit à un simple travail manuel (art. 10, al. 3, C. com. *allemand*) (1).

En *Grande-Bretagne*, la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce est inconnue. Elle n'est pas faite non plus par le Code *suisse* des obligations.

99. Autres divisions des sociétés. — La doctrine fait quelquefois parmi les sociétés d'autres divisions que celles que nous avons indiquées plus haut (nos 86 et s.). Nous allons passer en revue les principales d'entre elles ; cela nous donnera l'occasion de signaler d'importantes particularités.

100. *Sociétés de personnes et sociétés de capitaux.* — Dans les sociétés de personnes, les associés se choisissent, prennent leurs qualités personnelles en considération ; on dit qu'elles se forment *cum intuitu personæ*. Aussi la mort d'un associé y entraîne-t-elle la dissolution de la société, et un associé n'a-t-il pas le droit, en cédant sa part, de mettre une autre personne à sa place, s'il n'obtient pas le consentement de tous ses coassociés (art. 1861, C. civ.). On peut ajouter que, dans ces sociétés, l'erreur sur la personne peut être une cause de nullité (art. 1110, al. 2, C. civ.). Dans les sociétés de capitaux, on ne tient compte que de l'apport de chaque associé, de telle sorte que toute personne peut y entrer en faisant l'apport nécessaire, que la mort d'un associé n'a aucune influence sur la durée de la société et que chaque associé peut se substituer une autre personne par voie de cession sans l'assentiment de ses coassociés ; enfin, on ne conçoit pas qu'il y ait nullité de ces sociétés pour erreur sur la personne. On fait souvent la même division en appelant *sociétés par intérêts* les sociétés de personnes et *sociétés par actions* les sociétés de capitaux. C'est là une division capitale à raison des règles différentes qui régissent ces deux classes de sociétés.

tème ; il a été introduit en *Allemagne* par la loi du 11 juin 1870, celle-là même qui a supprimé l'autorisation préalable admise, en principe, par le Code de commerce *allemand* de 1861.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 203.

La société en nom collectif et la société en commandite simple sont des sociétés de personnes ou par intérêts. La société anonyme est une société de capitaux ou par actions. La société en commandite par actions réunit en elle les deux caractères : c'est une société de personnes ou par intérêts pour les commandités et une société de capitaux ou par actions pour les commanditaires.

101. *Sociétés ayant pour objet une branche de commerce et sociétés ayant pour objet une ou plusieurs opérations déterminées* (1). — Généralement, les sociétés de commerce rentrent dans la première catégorie. En fait, ce ne sont guère que les sociétés en participation dont l'objet est restreint à une ou plusieurs opérations de commerce (2). Par exemple, on s'associe en participation pour acheter une cargaison et pour la revendre, pour se rendre adjudicataire d'une entreprise de travaux publics, etc. (nos 1053 et 1054 *bis*). Cette distinction est de pur fait ; elle n'a pas d'importance juridique ; les mêmes règles s'appliquent aux sociétés, que leur objet ait une étendue plus ou moins grande (3).

102. *Sociétés à responsabilité illimitée et sociétés à responsabilité limitée.* — Dans les premières, les associés sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, de telle sorte qu'ils sont exposés à perdre plus que leurs apports ; dans les secondes, la respon-

(1) Cette distinction est faite par des auteurs anglais qui qualifient les sociétés de *general* ou de *particular partnership*. V. Lindley, *op. citat.*, t. I, p. 55.

(2) Il y a des lois étrangères qui traitent de la même manière les sociétés en participation et les sociétés ayant pour objet une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. Telle est la loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 108 à 110), qui appelle ces dernières sociétés *associations momentanées*. Le Code de commerce *allemand* de 1861 (art. 266 à 270) mettait sur la même ligne les sociétés correspondant aux sociétés en participation (*stille Gesellschaften*) et les sociétés momentanées. Le Code de commerce *allemand* de 1897 ne s'occupe que des sociétés appelées *stille Gesellschaften*, qui correspondent à nos sociétés en participation ; pour les sociétés momentanées, les règles du Code civil *allemand* de 1896 suffisent.

(3) D'après une opinion ancienne fondée sur le texte de l'article 48, C. com., interprété littéralement, ce qui distinguerait les sociétés en participation c'est qu'elles ont pour objet une ou plusieurs opérations, tandis que les autres sociétés commerciales portent sur une branche de commerce. V. n° 1052.

sabilité de chaque associé est limitée au montant de son apport (n° 41). La société en nom collectif est à responsabilité illimitée pour tous les associés. Dans la société anonyme, la responsabilité est limitée pour tous. Dans la société en commandite, il y a un mélange : la responsabilité est illimitée pour les commandités, limltée au montant de leur mise pour les commanditaires.

Les expressions sociétés à responsabilité limitée, sociétés à responsabilité illimitée, ne sont pas elles-mêmes employées par les lois françaises. Une loi du 23 mai 1863 donnait seulement la dénomination de sociétés à responsabilité limitée aux sociétés anonymes dont le capital n'excédait pas 20 millions et qui étaient constituées sans l'autorisation du gouvernement, alors que la nécessité de l'autorisation préalable était maintenue pour les sociétés anonymes d'nn capital supérieur. V. n° 672 (1).

En *Grande-Bretagne*, au contraire, les lois, comme les jurisconsultes, distinguent expressément les sociétés *with limited liability* et les sociétés *with unlimited liability*; on dit aussi, par abrévation, les sociétés *limited* et *unlimited*. Cette distinction a eu, pendant longtemps, une importance très grande. La responsabilité illimitée était, d'après le droit coutumier anglais (*common law*), considérée comme ayant un caractère tellement essentiel qu'une loi ou des lettres patentes royales étaient nécessaires pour que la responsabilité des associés pût être limitée. Ce principe est demeuré intact jusqu'à la loi de 1855 (18 et 19 Victoria, chap. 133) ; cette loi a permis la limitation de la responsabilité des associés dans les sociétés, même non autorisées par une loi ou par une charte royale, dont les statuts avaient été enregistrés (*registered*), c'est-à-dire publiés dans les formes légales prescrites. La loi de 1855 ne s'ap-

(1) En *Allemagne* et en *Autriche* on appelle spécialement société à responsabilité limitée *(Gesellschaft mit beschraenkter Haftung)* une sorte spéciale de société, régie par la loi *allemande* du 20 avril 1892 (*Annuaire de législation étrangère*, de 1893, p. 150 et suiv.) et par la loi *autrichienne* du 15 mars 1906. V. Grünhut, *die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung nach œsterreichischem Recht* (1906). Dans cette société, la responsabilité des associés est bien limitée à leurs apports comme dans la société anonyme, mais elle est soumise à une réglementation légale moins compliquée et moins rigoureuse que celle-ci. V. n° 674 *bis*.

pliquait, toutefois, pas aux sociétés d'assurances, pour lesquelles les anciens principes restrictifs du *common law* sont restés en vigueur jusqu'à la grande loi de 1862 (25 et 26 Victoria, chap. 89) (1). V. n° 674 *ter*.

103. *Sociétés formant et sociétés ne formant pas des personnes morales.*— Une société, est parfois, considérée comme une personne distincte des personnes associées. Mais il n'en est pas ainsi de toutes les sociétés. La personnalité a des effets juridiques importants. V. n^os^ 105 et suiv.

103 *bis.* *Sociétés à durée limitée et sociétés à durée illimitée.* — Selon leurs convenances et leur but, les associés assignent à la société une durée limitée ou ne déterminent pas combien de temps elle durera La loi française laisse à cet égard la plus grande liberté aux associés dans toutes les sociétés (2).

L'intérêt de la distinction entre ces deux classes de sociétés provient de ce que, dans les sociétés à durée illimitée seules, la volonté d'un seul associé peut, en principe, mettre fin à la société (art. 1865-5°, et art. 1869 à 1871, C. civ.).

104. *Sociétés françaises et sociétés étrangères.* — Parmi les sociétés qui font des opérations en France, on peut distinguer les sociétés françaises et les sociétés étrangères, comme l'on distingue, parmi les individus qui font le commerce sur notre territoire, des nationaux et des étrangers. Le nombre des sociétés étrangères qui opèrent en France a naturellement augmenté avec le développement des relations internationales. Au sujet de cette division des sociétés et des sociétés étrangères, de nombreuses questions se posent ; ce sont principalement les suivantes : *a*) A quoi faut-il s'attacher pour déterminer si une société est française ou étrangère? *b*) A quelles conditions les sociétés étrangères ont-elles en France une

(1) Une loi anglaise de 1907 (*limited partnerships Act*, 1907, Edit. 7, chap. 24) admet des sociétés qui correspondent aux sociétés en commandite simple du continent.

(2) Il n'en est pas ainsi dans tous les pays. Ainsi, d'après la loi *belge* sur les sociétés du 18 mai 1873 (art. 71), la durée des sociétés anonymes ne peut excéder trente ans ; mais celles de ces sociétés qui sont formées pour l'exploitation d'une concession accordée par le gouvernement, peuvent être formées pour la durée de la concession.

existence reconnue et peuvent-elles y faire des opérations? *c*) Quels droits ont-elles en France quand leur existence légale y est admise? *d*) Sous quels rapports, quand elles agissent en France, sont-elles régies par la loi française ou par la loi de leur pays? — Le chapitre III sera consacré exclusivement à la condition légale des sociétés étrangères en France (nos 1892 et suiv.). Dans les différentes sections du chapitre II, il sera exclusivement question des sociétés françaises.

105. De la personnalité des sociétés. — Ainsi que cela a été dit précédemment (no 90), les sociétés commerciales, à l'exception des sociétés en participation, forment des personnes morales, c'est-à-dire qu'elles sont considérées comme ayant une individualité distincte de celle des associés. La personnalité des sociétés de commerce n'est pas consacrée en France par des textes formels, comme elle l'est dans quelques pays (no 125). Elle y est, pourtant, généralement admise (1) : elle n'est pas seulement conforme à une tradition remontant au moins au moyen-âge (no 127), elle paraît aussi présupposée par nos Codes, dont certains articles consacrent des solutions qui semblent être des applications de l'idée de personnalité.

Quels sont les principaux effets de la personnalité des sociétés de commerce? Quelle est l'origine de cette personnalité? Quelles sont les dispositions de nos lois qui impliquent la personnalité des sociétés de commerce? Les sociétés civiles forment-elles dans tous les cas, ou, tout au moins, dans certains cas, des personnes morales? Telles sont les questions principales à résoudre.

106. Les conséquences pratiques résultant de la personnalité des sociétés de commerce ne sont pas toutes certaines. Les lois ne contiennent que quelques dispositions qui paraissent en être déduites. En outre, il y a des règles consacrées pour les sociétés de commerce, mais dont le lien avec la personnalité de ces sociétés estdouteux. Il importe au plus haut point de décider si ces règles

(1) La personnalité des sociétés de commerce a été niée par M. Mongin dans un article de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1890, p. 691 et suiv.) intitulé : *Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité.*

dérivent ou non de la personnification admise pour ces sociétés ; suivant le fondement qu'on leur assigne, elles s'appliquent ou ne s'appliquent point aux sociétés qui n'ont pas ce caractère.

107. 1° De la personnalité des sociétés de commerce il résulte que le fonds social n'est pas, pendant la durée d'une de ces sociétés, indivis entre les associés. La propriété de l'actif appartient à la société, personne morale unique distincte de la personne des associés. Il n'y a copropriété entre les associés qu'après que la société est dissoute. Jusque-là, l'associé n'est que créancier de sa part dans les bénéfices (1). V. n° 142.

108. 2° Par suite, le droit des associés (*intérêt* (2) ou *action*) est un droit purement mobilier, alors même que la société serait propriétaire d'immeubles. L'article 529, C. civ., range les parts d'intérêt et les actions dans les sociétés de commerce parmi les *meubles par la détermination de la loi*, c'est-à-dire parmi les meubles incorporels, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises leur appartiennent. Mais cela n'est vrai que jusqu'à la dissolution ou, pour parler plus exactement, jusqu'à la fin de la liquidation qui suit la dissolution de la société (3) : à partir de ce moment, le droit de chaque associé est mobilier ou immobilier en tout ou en partie, selon que la société possède des meubles ou des immeubles.

De là résultent les conséquences suivantes qui se produisent alors même que la société possède des immeubles :

a) Les parts d'intérêt ou les actions d'une société de commerce qui appartiennent à un époux marié sous le régime de la communauté légale ou qui lui échoient durant le mariage à quelque titre que ce soit, tombent dans l'actif de la communauté (art. 1401-1°, C. civ.).

b) Quand une personne ayant des parts d'intérêt ou des actions dans une société de commerce, a fait un legs de ses meubles et un legs de ses immeubles, ces parts ou ces actions sont dévolues au légataire des meubles.

(1) Il sera expliqué que, lorsque la liquidation d'une société de commerce dissoute précède, ce qui est le cas le plus ordinaire, le partage, la personnalité de la société ne disparaît point avec la société, mais subsiste, dans une large mesure, pendant la durée de la liquidation. V. n° 366.

(2) On dit aussi *part d'intérêt*.

(3) V. note 1.

c) Quand un jugement de condamnation est rendu contre un des associés, l'hypothèque judiciaire qui y est attachée en vertu de l'article 2123, C. civ., ne porte pas sur les immeubles sociaux pour une portion proportionnelle à la part sociale de cet associé.

d) Quand un associé est marié ou tuteur, l'hypothèque légale de sa femme ou de son pupille qui ne grève que les immeubles du mari ou du tuteur (art. 2121 et 2122, C. civ.), ne porte pas sur les immeubles sociaux même pour une part proportionnelle au droit du mari ou du tuteur dans la société.

e) La cession d'une part d'associé n'est pas soumise à la formalité de la transcription, alors même que des immeubles appartiennent à la société (1).

f) La cession d'une part d'associé ne donne jamais lieu à la perception du droit de mutation immobilière. Elle est soumise aux droits établis par les lois du 22 frimaire an VII (art. 69, § 2, nº 6), du 23 juin 1857 (art. 6 et 7), du 16 septembre 1871 (art. 11) et du 30 mars 1872 (art. 1) (L. 22 frimaire an VII) (2).

g) Lors même que l'actif de la société est, en tout ou en partie, immobilier, pour qu'une personne aliène valablement une part d'associé il suffit qu'elle ait le pouvoir ou la capacité d'aliéner des meubles (3). Des règles spéciales sont posées, pour les valeurs mobilières des mineurs émancipés ou non émancipés ainsi que des interdits, par la loi du 27 février 1880 ; cette loi s'applique spécialement aux ventes de parts dans les sociétés (4).

109. 3º La société ayant pour patrimoine propre l'actif social, celui-ci sert de gage exclusif aux créanciers sociaux ; les créanciers personnels des associés ne peuvent pas concourir avec les créanciers

(1) Cette conséquence du caractère mobilier reconnu aux actions et aux parts d'intérêt a été indiquée, lors de la discussion du Code civil, dans la séance du 20 vendémiaire an XII (13 octobre 1803). Locré, t. VIII, p. 37.

(2) Des arrêts de la Cour de cassation appliquent aux cessions de parts d'intérêts dans toute société constituant une personne civile, le droit de 50 cent. p. 0/0 de la loi de frimaire. V. Demante, *Principes de l'enregistrement*, I, nº 511.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 229.

(4) Cass., 15 nov. 1887, S. 1887. 1. 410.

sociaux sur cet actif qui n'appartient pas à leurs débiteurs (1). Il y a ainsi une sorte de séparation des patrimoines au profit des créanciers de la société.

A raison de cette conséquence, on peut dire que la personnalité des sociétés de commerce contribue à augmenter leur crédit. L'insolvabilité des associés ne cause aucun préjudice aux créanciers de la société quant aux droits de ceux-ci sur les biens sociaux. Peut-être est-ce avant tout en vue de cette conséquence que le caractère de personne morale a été reconnu aux sociétés de commerce (2). Grâce à elle, les créanciers de la société n'ont pas à craindre que l'insolvabilité des associés ne compromette leur gage.

La personnalité survit certainement à la dissolution de la société, tant que les créanciers ne sont pas payés. Autrement, le crédit de la société n'en serait pas augmenté. A la différence de la dissolution, la nullité de la société, par suite de sa rétroactivité, fait disparaître la distinction entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels ; elle enlève aux premiers tout droit exclusif sur les biens sociaux à l'égard des seconds.

Mais le droit exclusif des créanciers de la société sur l'actif social est-il véritablement une conséquence de la personnalité des sociétés ? N'est-ce point plutôt une application des principes généraux qui doivent régir sans exception toutes les sociétés, même celles qui ne forment pas des personnes morales ? Des auteurs ont soutenu cette dernière opinion (3). Selon eux, le droit exclusif des créanciers de la société sur le fonds social se déduit des motifs suivants : les associés ne peuvent rien prendre dans l'actif avant le paiement du passif social ; les créanciers personnels des associés ne peuvent pas avoir plus de droits que leurs débiteurs, ils doivent donc laisser payer

(1) Frémery, *Etude de Droit commercial*, p. 31 et 32.

(2) Cette solution est consacrée par les dispositions expresses d'un grand nombre de lois étrangères. Mais, parmi ces lois, il en est qui admettent la solution, sans reconnaître pour cela la personnalité des sociétés auxquelles elle s'applique. Code de commerce *hongrois*, art. 77, 1er alin.; loi *anglaise* de 1883 sur la faillite (*Bankruptcy Act*. 46 et 47 Victoria, chap. LII), art. 40. alin. 3 ; Code fédéral *suisse* des obligation, art. 566).

(3) Troplong, *Sociétés*, II, n° 865 ; Pont, n° 666 ; art. de M. Thiry, *Revue critique de législation*, VII, p. 289 et s.

de préférence à eux sur le fonds social les créanciers de la société.

Cette doctrine est inadmissible. Dès l'instant où une société ne forme pas un être moral, les associés sont copropriétaires des biens sociaux. La part de chacun dans ces biens sert de gage à tous ses créanciers sans distinction, puisque la loi ne confère aucun privilège à ceux envers lesquels il se trouve obligé comme associé. Le principe invoqué dans l'opinion contraire, ne s'applique que dans les rapports des associés entre eux : il empêche qu'un associé ne puisse prendre une part dans l'actif avant de s'être libéré de ses dettes envers ses coassociés ; il est étranger au règlement du concours des créanciers personnels et des créanciers sociaux (1). Au reste, les auteurs qui admettent que les créanciers sociaux ont un droit exclusif sur l'actif social même en dehors des sociétés jouissant de la personnalité civile, ne sont pas d'accord entre eux sur le point de savoir si ce droit exclusif n'existe que pendant la durée de la société ou subsiste même après sa dissolution. Un droit exclusif conféré aux créanciers sociaux sur l'actif de la société et disparaissant à la dissolution de celle-ci, serait bien précaire ; il serait exposé à une disparition subite. Aussi ne saurait-il contribuer à augmenter le crédit des sociétés.

Il ne faut, toutefois, pas exagérer les conséquences pratiques de cette solution. Sans doute, dans une société qui ne forme pas une personne civile, les créanciers de la société ne sauraient prétendre à un droit exclusif à l'égard des créanciers personnels des associés : il serait inexact, pourtant, de dire qu'il n'y a pas de différence entre les uns et les autres. Les créanciers personnels d'un associé ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, ils ne peuvent donc agir au détriment des intérêts de ses coassociés, faire saisir sa part dans les biens sociaux, etc. Cf. art. 1860, C. civ. Aucune restriction de ce genre ne peut être opposée aux créanciers sociaux. Seulement, si ceux-ci font vendre un bien social, les créanciers personnels d'un associé pourront concourir sur la partie du prix qui correspond au droit de copropriété de leur débiteur (2).

(1) Frémery, *op. cit.*, p. 32 ; Aubry et Rau, IV (4e édit.), p 566 et note 7, § 383.

(2) Laurent, XXVI, n° 358.

110. Si, dans les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation, les créanciers sociaux ont le droit de se faire payer sur l'actif social à l'exclusion des créanciers personnels des associés, ce n'est pas à dire qu'ils ne puissent pas aussi se faire payer sur les biens des associés. Mais, sur ces biens, concourent-ils avec les créanciers personnels des associés ou ceux-ci n'ont-ils pas sur les biens personnels le droit de passer avant les créanciers sociaux ? Ce droit constituerait pour les créanciers personnels un privilège qu'on ne saurait admettre sans un texte formel de la loi. Il y a des pays dans lesquels le concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels sur les biens des associés est admis (1) ; il en est d'autres, au contraire, où un droit de préférence est donné aux créanciers personnels d'un associé sur les biens de celui-ci à l'encontre des créanciers sociaux (2).

111. 4° En vertu du principe *nul ne plaide en France par procureur*, les noms de tous les demandeurs et de tous les défendeurs, en quelque nombre qu'ils soient, doivent figurer dans l'exploit d'ajournement et dans tous les actes de procédure auxquels un procès donne lieu ; tous ces actes doivent être signifiés à chaque partie. Quand les demandeurs ou les défendeurs ont un mandataire qui les représente dans l'instance, il ne suffit donc pas d'insérer le nom de ce mandataire dans les actes de la procédure et de lui faire les significations (3). Cela s'applique au cas où une société ne jouissant pas de la personnalité civile a un procès : les noms de tous les asso-

(1) Code fédéral *suisse* des obligations, article 568. V. la note suivante.

(2) Loi *anglaise* sur la faillite de 1883 (*Bankruptcy Act*, 46 et 47 Victoria, ch. II), article 40, § 3 ; loi des *Indes anglaises* sur les contrats (*Indian contract act*), art. 262. Le Code de commerce *allemand* de 1861 (art. 122, 2e alin.) réservait aux législations des divers Etats particuliers le soin de déterminer si et dans quelle mesure un droit de séparation appartient aux créanciers personnels des associés en ce qui concerne les biens personnels des dits associés. Les lois introductives de Bade, de Saxe et de Wurtemberg avaient consacré ce droit de séparation en cas de faillite de la société. Mais les dispositions qui les consacraient se sont trouvées abrogées par la loi sur la faillite de 1877 (*Konkursordnung*) applicable comme loi d'empire (*Reichsgesetz*), dans toute l'Allemagne.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 420. (V. Percerou, *De la règl nul ne plaide par procureur* (1898).

ciés doivent, bien qu'ils aient un mandataire unique, être indiqués dans les actes de la procédure et ceux-ci doivent être signifiés à chacun d'eux. Quand une société de commerce a un procès, c'est la personne civile qui est demanderesse ou défenderesse ; les associés ne sont pas parties à la contestation, malgré les conséquences avantageuses ou dommageables qu'indirectement, le procès peut avoir pour eux. Aussi, dans les actes de la procédure, suffit-il d'indiquer le nom de la société comme mandant de celui qui la représente (gérant, administrateur, directeur) ; la mention des noms des associés est inutile et les significations se font seulement au siège social et au représentant de la société (art. 69-6°, C. proc. civ.) (1).

111 *bis*. 5° La demande formée devant un tribunal civil contre une société de commerce (2) comprenant un nombre quelconque d'associés n'est pas dispensée du préliminaire de conciliation, encore que l'article 49, 6°, C. proc. civ., en dispense les demandes formées contre plus de deux défendeurs ; il n'y a qu'un défendeur, la société.

112. 6° Une société de commerce peut être déclarée en faillite (art. 438, al. 2, et 458, al. 2, C. com), ou en liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 3) (3) ; on ne concevrait sans la personnalité civile que la faillite personnelle de chaque associé. Seulement, la faillite ou la liquidation judiciaire de la société, selon la doctrine commune, entraîne la faillite ou la liquidation judiciaire des associés tenus personnellement des dettes sociales (4).

113. 7° Quand la société est débitrice d'un tiers dont un des associés est personnellement créancier, elle ne peut point opposer la compensation à ce tiers, même jusqu'à concurrence de la

(1) V. *Traité de Droit commercial*, n° 421.

(2) La plupart des demandes formées contre une société de commerce sont de la compétence des tribunaux de commerce, par cela même qu'une telle société fait des opérations commerciales qui constituent son objet même. Mais une société de commerce fait parfois des opérations non commerciales qui entraînent la compétence des tribunaux civils (achat ou location d'immeubles par exemple).

(3) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n°s 1134 et 1135.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n°s 1144 et suiv.

part de l'associé dans la dette sociale. Une des conditions essentielles de la compensation légale est que la créance et la dette existent entre les deux mêmes personnes. Cette condition fait ici défaut. — Mais la compensation facultative serait, bien entendu, possible, pourvu que l'associé créancier y donnât son consentement (1).

114. 8° Une société peut entrer comme associée dans une autre société (2). Les gérants ou administrateurs de la société ont-ils le droit de rendre leur société membre d'une autre ? Cela dépend des pouvoirs qui leur sont donnés par les statuts.

115. 9° Une société peut se porter caution (3).

115 *bis.* 10° Une société de commerce peut être considérée comme ayant une nationalité et celle-ci est indépendante de la nationalité des associés (4). V. n° 1165.

115 *ter.* 11° Quand, après la dissolution d'une société de commerce, le partage de l'actif social a lieu, on applique sans doute la règle du partage déclaratif (art. 883 et 1872, C. civ.) ; mais l'espèce de rétroactivité qui résulte de cette règle ne peut se produire que jusqu'au jour où la société a pris fin (5), par cela même que l'indivision n'existait pas antérieurement entre les associés. V. n° 425 *bis*.

(1) Trib. civ. Perpignan, 13 mai 1884 (*la Loi*, n° du 20 juin 1885).

(2) Cass., 10 déc. 1878, D. 1879. 1. 5 (note de M. Ch. Beudant).

Il est assez fréquent qu'une société par actions a, en plus ou moins grand nombre, des actions d'une autre société.

(3) Paris, 3 août 1867, D. 1868. 2. 11 ; Paris, 10 mai 1875, D. 1875. 2. 240. La question ne pouvait être discutée que pour la caution judiciaire qui, d'après l'article 2040, C. civ., devait être susceptible de contrainte par corps ; cette condition doit être considérée comme abrogée par l'effet de la suppression de cette voie d'exécution en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867.

(4) Trib. civ. Nancy, 16 avril 1883, S. 1888. 2. 89 ; *J. Pal.*, 1888. 1. 476. (Ce jugement admet qu'une société peut être française, encore que les associés soient des étrangers et que, par suite, cette société n'a pas à fournir la caution *judicatum solvi*, lorsqu'elle forme une demande contre un Français).

(5) Il faut, bien entendu, tenir compte de ce que la personnalité d'une société de commerce se prolonge après sa dissolution, pendant la liquidation et pour les besoins de celle-ci. V. n° 426.

116. D'autres conséquences ont encore été quelquefois rattachées au principe de la personnalité des sociétés. Ce principe en rend sans aucun doute parfaitement compte. Mais, selon nous, elles peuvent être expliquées par d'autres raisons, de telle sorte qu'elles doivent être admises même pour les sociétés ne formant point des personnes morales. V. nos 116 *bis* et 117.

116 *bis*. L'associé non administrateur ne peut engager, ni aliéner, ne serait-ce que pour sa part sociale, les biens immobiliers ou même mobiliers, dépendant de la société, à moins d'obtenir le consentement de tous les associés (art. 1860, C. civ.). Dans les sociétés douées de la personnalité civile, cela s'explique facilement : un associé ne peut pas disposer de ce qui ne lui appartient pas, et les biens sociaux ont cessé de lui appartenir, même pour sa part sociale. Mais l'article 1860, C. civ., peut se justifier même abstraction faite de cette idée. Aussi est-il applicable dans les sociétés non douées de la personnalité civile (1).

En Droit romain et dans l'ancien Droit français (2), un associé pouvait aliéner sa part dans les biens sociaux quand il s'agissait d'une société ne formant pas une personne morale. L'associé qui avait fait l'aliénation, était seulement responsable envers ses coassociés du préjudice qu'elle avait pu leur causer. Cela était rigoureusement logique et se déduisait de ce que les associés avaient la copropriété des biens sociaux. Le Code civil a changé cela, afin que, par une aliénation de sa part, un associé ne pût pas entraver les opérations de la société. Il y a là une application de l'article 1859-2°, C. civ., d'après lequel *chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher les associés d'en user selon leur droit*. On peut, à raison de ce motif, rapprocher de l'arti-

(1) Le cas visé au texte est celui où la société ne constituant pas une personne civile, il y a indivision entre les associés quant aux biens sociaux. Dans les sociétés en participation, il est fréquent que, chaque associé conservant la propriété exclusive de sa mise, il n'y a même pas indivision (n° 1060). Dans ce cas les faits résistent à l'application de l'article 1860, . civ.

2) L. 68, Dig. *Pro socio*, XVII, 2. — Pothier, *Société*, n° 80.

cle 1860, C. civ., la disposition de l'article 3, dern. alin., de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime. Avant cette loi (c'est-à-dire sous l'empire de la première loi sur l'hypothèque maritime du 10 décembre 1874), chaque copropriétaire d'un navire avait le droit d'hypothéquer librement sa part indivise. Les hypothèques constituées par les divers copropriétaires pouvaient rendre très difficile ou même impossible le recours au crédit, dans l'intérêt commun, au moyen d'une hypothèque établie sur le navire entier. Voilà pourquoi la loi du 10 juillet 1885 ne permet à un copropriétaire d'hypothéquer sa part indivise dans un bâtiment de mer qu'avec le consentement de la majorité des copropriétaires déterminée conformément à l'article 220, C. com. (1).

En droit, on peut voir dans la disposition de l'article 1860, C. civ., une extension de l'idée qui a inspiré l'article 1743, C. civ.; d'après cette idée, les conventions, par lesquelles un propriétaire dispose pour un certain temps de la jouissance de son bien, sont opposables aux tiers acquéreurs à titre particulier. Cependant, selon l'opinion la plus commune, le droit du locataire est un droit de créance. Ainsi, celui qui a donné sa chose à bail ne peut, par des actes postérieurs, détruire le droit de son preneur ; pourquoi n'en serait-il pas de même de celui qui a mis sa chose en société quant aux droits de celle-ci (2)?

Il résulte de ces explications que l'article 1860, C. civ., ne saurait être inuoqué pour prouver que les sociétés civiles jouissent de la personnalité (nos 126 à 129).

117. Lorsqu'un associé est débiteur d'une personne dont la société est créancière, il ne peut pas opposer à cette personne la compensation, même jusqu'à concurrence de sa part sociale. Dans les sociétés constituant des personnes morales, cela peut s'expliquer, comme la solution donnée ci-dessus pour le cas inverse (n° 113), par le principe selon lequel la compensation légale n'est possible qu'autant qu'il existe deux créances en sens inverse entre les mêmes personnes. Indépendamment de toute personnalité de

(1) *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1630.

(2) V. Thiry, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1854, p. 438 et suiv.

la société, on peut voir là, à juste titre, une application spéciale de l'article 1860, C. civ. : un associé ne peut disposer d'une portion quelconque du fonds social au détriment de ses coassociés (n° 116) ; c'est ce qui arriverait si une créance de la société était employée par un associé à éteindre, jusqu'à concurrence de sa part, une dette qui lui est personnelle. Il pourrait seulement y avoir compensation du consentement de tous les associés.

118. *Les sociétés de commeree peuvent-elles recevoir des libéralités ?* — Une question relative aux conséquences à tirer de la personnalité des sociétés de commerce a été agitée, spécialement dans les dernières années. Une société de commerce est-elle capable de recevoir une donation entre-vifs ou un legs ? Trois opinions différentes ont été soutenues à cet égard. Les uns ont admis sans condition la capacité pour une société de commerce de recevoir à titre gratuit (1) ; les autres ont nié cette capacité d'une façon absolue (2) ; enfin, on a soutenu que les sociétés de commerce ne peuvent recevoir des libéralités qu'avec l'autorisation administrative (3). A propos de cette question (c'est ce qui augmente l'intérêt qu'elle présente), on a discuté la nature de la personnalité des sociétés commerciales.

119. Les sociétés constituant des personnes morales ont, selon nous, la capacité de recevoir à titre gratuit (4). Dès l'instant où la

(1) Trib. civ. Seine (1re ch.), 30 mars 1881, S. 1881. 2. 249 ; *J. Pal.*, 1881. 1233 ; Ch. Lyon-Caen, article dans le numéro du journal *la Loi* du 27 avril 1881 ; Aug. Vavasseur, article dans le journal *la Loi*, n° du 13 janvier 1882.

(2) Labbé, note dans le *Recueil de Sirey* (1881. 2. 249) et dans le *Journal du Palais* (1881. 1223) ; Cassagnade, *Etude sur les personnes morales et sur l'application de la théorie de la personnalité aux sociétés civiles et commerciales*, p. 130 et suiv.

(3) Camberlin, article dans le journal *la Loi*, n° du 8 mai 1881.

(4) Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, S. 1881. 2. 249 ; *J. Pal.*, 1881. 1233 ; D. 1883. 2. 31 ; Trib. civ. Bordeaux, 6 avril 1892, *Revue des sociétés*, 1892, p. 517. La Cour de cassation semble admettre cette doctrine. On peut le déduire de ce que, dans plusieurs arrêts, elle se fonde, pour refuser la capacité de recevoir, à titre gratuit, sur ce qu'il s'agissait d'une association et non d'une société au sens de l'article 1832, C. civ. Cpr. Cass., 2 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 129 ; D. 1896. 1. 31 ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 175 ; Cass., 29 oct. 1894, D. 1896. 1. 145 (note de M. Thaller).

loi reconnaît l'existence d'une personne civile, celle-ci a, en principe, la capacité d'une personne physique. Il y a seulement exception pour les droits qui, d'après leur nature ou leur fondement, ne peuvent appartenir qu'à une personne physique (droit de succession *ab intestat* fondé sur les biens de la parenté) ou pour les droits qu'un texte formel de loi leur refuse (1). Or, le caractère de personnes morales des sociétés de commerce est reconnu par nos lois. Il a été proclamé à plusieurs reprises dans des travaux préparatoires du Code civil (n° 123); d'importantes conséquences de cette personnalité ont été tirées dans plusieurs dispositions légales qui la présupposent. Il n'a jamais été dit, ni dans un texte de loi, ni dans des discussions législatives. que ces conséquences étaient les seules à en déduire.

120. Les auteurs qui prétendent que les sociétés sont incapables de recevoir à titre gratuit, ont invoqué des arguments divers. Les uns ont dit qu'une personne morale doit avoir seulement les droits nécessaires pour atteindre le but en vue duquel elle a été créée et que le droit de recevoir des libéralités n'est pas nécessaire à une société de commerce pour atteindre son but. C'est là le système dit « système de la spécialité ». Les autres ont construit de toutes pièces, pour la justification de leur opinion, un système sur la distinction à faire entre les personnes morales. Il y aurait lieu de

Paud. fr., 1895. 1. 192. V. aussi 29 novembre 1897, S. 1902. 1. 15 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 383 ; Ch. Lyon-Caen, article dans le journal *la Loi*, n° du 27 avril 1881 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), n° 302 ; Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales* (1895). V. aussi Poidebard, *Les sociétés sont elles capables de recevoir des libéralités ? Revue catholique des Institutions et du Droit*, 1899, p. 3 à 13).

On peut invoquer en faveur de la capacité, pour les sociétés de commerce, de recevoir des legs ou des donations, les quelques décisions judiciaires qui ont reconnu cette capacité aux sociétés civiles. V. note 4, page 123. Car il est certain que si les sociétés civiles et les sociétés de commerce jouissent également de la personnalité, les conséquences en sont les mêmes pour les deux catégories de sociétés.

(1) C'est ainsi que la loi du 21 mars 1884 (art. 6), relative aux syndicats professionnels, considère bien ces associations comme des personnes morales, mais ne leur reconnait en même temps comme telles qu'une capacité limitée. V. Sauzet, *De la personnalité civile des syndicats professionnels* ; Jay, *La personnalité civile des syndicats professionnels*.

distinguer d'un côté des personnes civiles assimilées, au point de vue de leur capacité, aux individus, tels seraient les établissements publics ou d'utilité publique, et, d'un autre côté, des sociétés formées par la seule initiative des particuliers. Pour celles-ci, la personnalité ne serait qu'une forte concentration des droits individuels, une fiction de personnalité ; elle n'impliquerait point la création d'un être moral absolument distinct des individus qui sont ses membres et ses agents. On insiste sur ce qu'une libéralité faite à une personne civile de la première sorte ne profite pas aux personnes qui peuvent former l'association, tandis qu'une libéralité faite à une société, en augmentant son actif, profiterait aux associés, par cela même que, lors de la dissolution, l'actif appartient à ceux-ci et est partagé entre eux. On fait observer qu'autrement, des personnes incapables de recevoir à titre gratuit parviendraient indirectement à se soustraire à leur incapacité en formant entre elles une société qui recevrait des libéralités dont, en définitive, les associés profiteraient. Enfin, on a dit qu'avec notre opinion, il serait à redouter qu'on n'arrivât à rétablir la mainmorte. Le danger est d'autant plus grand qu'il est généralement reconnu que les sociétés ayant un objet civil sont elles-mêmes des personnes morales, soit dans tous les cas selon la jurisprudence, soit, tout au moins, quand elles revêtent une des formes commerciales (n° 130). Des associations de tout genre pourraient essayer, spécialement en prenant une de ces formes, de se rendre capables de recevoir des libéralités sans limite.

121. Aucune de ces raisons ne paraît décisive. Il est fort arbitraire de distinguer, pour déterminer les actes qu'une société est ou non capable de faire, entre les actes qui sont nécessaires pour le but en vue duquel elle a été constituée et les autres. En admettant même que la distinction fût exacte en principe, elle ne conduirait pas d'une façon certaine à refuser aux sociétés la capacité de recevoir à titre gratuit. Il peut y avoir là pour elles un moyen légitime de se procurer les capitaux indispensables au but en vue duquel elles ont été constituées. Quant à la distinction entre les deux sortes de personnes morales, elle est ingénieuse et se justifie assez bien rationnellement ; mais nulle part, on ne lui trouve une base dans nos lois. Sans doute, la doctrine que nous défendons peut ouvrir la porte

à des fraudes. Celles auxquelles on fait allusion constitueraient de véritables interpositions de personnes ; une personne civile peut jouer le rôle de personne interposée comme un individu. C'est aux intéressés à prouver l'interposition, si elle existe, et elle entraîne la nullité des libéralités (art. 911, 1er alin., C. civ.)(1). Pour le danger de la reconstitution de la mainmorte, il n'est pas sérieux. La qualité de personne civile n'appartient de plein droit qu'aux sociétés proprement dites, c'est-à-dire anx sociétés ayant pour but de réaliser des bénéfices (2). Si une société n'ayant pas ce but, c'est-à-dire une association *stricto sensu*, prenait l'une de ces formes, cela ne lui donnerait pas la personnalité civile ; elle n'aurait donc pas la capacité de recevoir à titre gratuit. La fraude pourrait aussi à ce point de vue être prouvée (3).

122. Préoccupés des inconvénients que peuvent présenter les libéralités faites aux personnes morales, des auteurs ont proposé, tout en reconnaissant la capacité des sociétés, de subordonner l'acceptation des libéralités qui leur sont adressées à l'autorisation administrative (4).

Les partisans de cette doctrine reconnaissent sans doute qu'aucun texte légal n'exige expressément cette autorisation, mais ils croient pouvoir l'exiger en invoquant l'article 910, C. civ., qui la prescrit pour les libéralités faites aux hospices et aux établissements d'utilité publique. Selon eux, il serait singulier que des sociétés privées eussent une capacité plus grande.

(1) Cpr. Thaller, *op. cit.* (3e éd), n° 302 *in fine*.

(2) Une controverse existe seulement sur le point de savoir si les *sociétés civiles* jouissent de la personnalité.

Quant aux associations, elles ont une personnalité restreinte par cela seul qu'elles ont été déclarées dans les formes légales (L. 1er juillet 1901, art. 5 et 6); mais elles n'ont la personnalité civile complète les habilitant à recevoir des libéralités que lorsqu'elles ont été reconnues comme établissements d'utilité publique et sous les conditions déterminées par l'article 910 C. civ., et l'article 5 de la loi du 4 février 1901 (L. 1er juillet 1901, art. 10 et s.). La jurisprudence admet la personnalité des sociétés civiles en général. V. nos 126 à 129.

(3) Cpr. Bordeaux, 29 juill. 1893 et Cass., 29 oct. 1894, *Pand. fr.*, 1895. 1. 192 ; *Journal des sociétés*, 1895, p. 7.

(4) V. note 3 de la page 114.

Cette solution est incompatible avec les règles les plus élémentaires de l'interprétation. Elles ne permettent pas d'étendre à des sociétés purement privées une disposition qui vise seulement les établissements publics ou d'utilité publique. Au reste, il n'est pas surprenant que des sociétés privées se trouvent plus favorisées que des établissements publics ou d'utilité publique. Elles le sont certainement au point de vue des conditions de l'acquisition de la personnalité. Les pouvoirs publics interviennent pour donner à ces établissements leur caractère de personnes civiles. Les sociétés de commerce jouissent de la personnalité par cela seul qu'elles ont été constituées conformément aux lois. Ce n'est pas tout : les associations n'ayant pas pour objet la réalisation de bénéfices pécuniaires ont souvent un but d'ordre moral ou religieux, à raison duquel des particuliers pourraient être trop facilement entraînés à leur faire des libéralités au préjudice de leurs familles. L'intervention administrative protège celles-ci en empêchant les libéralités exagérées. Aucun entraînement de ce genre n'est, en général, à redouter sérieusement à l'égard des sociétés de commerce. Enfin, les inconvénients de la mainmorte sont moins à craindre pour les sociétés de commerce que pour les autres associations ; elles ont, sinon toujours, au moins le plus souvent, une durée plus courte que celles-ci.

123. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que, si aucune de nos lois ne formule en termes exprès le principe de la personnalité des sociétés de commerce, ce principe est, du moins, supposé par plusieurs dispositions législatives (art. 529, C. civ., art. 69-6°, C. pr. civ.) qui en sont des déductions. Au reste, l'idée de la personnalité des sociétés de commerce a été indiquée dans les travaux préparatoires du Code civil, pour expliquer le caractère mobilier reconnu aux parts d'intérêt et aux actions. Dans la séance du Conseil d'État du 20 vendémiaire an XII (13 octobre 1803), M. Bérenger, visant la Banque de France et l'entreprise des ponts de Paris, dit : « La propriété du pont ou des immeubles que la Banque acquerrait, « n'appartient qu'à l'entreprise, qui est là *un être moral* » (1). Dans la séance du 3 brumaire an XII (27 octobre 1803), M. Treil-

(1) Locré, VIII, p. 37.

hard indiqua qu'il y a là une *fiction* (1). Dans son rapport au Tribunat le 29 nivôse an XII (20 janvier 1804), M. Goupil-Préfeln s'exprima ainsi : « Chacune de ces compagnies est *une personne* « *morale* qui agit, administre et régit les affaires de l'associa- « tion » (2). L'idée de la personnalité des sociétés de commerce a été aussi indiquée dans les travaux préparatoires du Code de procédure civile à propos de l'article 69-6° et, à l'appui d'une modification de rédaction qui a été adoptée, le Tribunat disait : « La loi ne peut « avoir en vue que les assignations à donner à une société consi- « dérée comme être moral et collectif » (3).

124. Ces passages permettent d'écarter une théorie qui a été défendue dans les dernières années ; on prétend que les sociétés ne sont jamais des personnes, mais que la loi accorde à quelques sociétés, spécialement aux sociétés de commerce, certains privilèges destinés à la fois à leur donner plus de crédit (droit des créanciers sociaux sur l'actif social à l'exclusion des créanciers personnels des associés) et à faciliter l'administration (droit pour le représentant de la société d'agir en justice sans faire connaître les noms des associés et dispense de signifier à chacun de ceux-ci les actes de la procédure) (4).

Il n'est pas douteux que le législateur français aurait pu procéder ainsi. Il y a même des pays dans lesquels on refuse aux sociétés de commerce en nom collectif la qualité de personnes morales, tout en admettant le droit exclusif des créanciers sociaux sur l'actif social et le droit pour le gérant d'agir en justice au nom de la société (5). Mais les passages des travaux préparatoires de notre Code de commerce et de notre Code de procédure civile ne permettent pas d'admettre que le législateur a procédé ainsi en France. Ils autorisent, au contraire, à affirmer que les rédacteurs de nos Codes ont

(1) Locré, VIII, p. 44.

(2) Locré, VIII, p. 66.

(3) Locré, XXI, p. 405.

(4) Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*. Le chapitre premier de ce livre est consacré à la question indiquée au texte.

(5) V. les explications données ci-après (n° 125) en ce qui concerne l'*Angleterre* et l'*Allemagne*.

admis, en principe, la personnalité des sociétés de commerce et en ont déduit expressément les conséquences pratiques les plus importantes, en laissant la liberté aux jurisconsultes et aux tribunaux d'en déduire toutes autres, si l'occasion s'en présentait.

Au reste, la reconnaissance, en principe, de la personnalité des sociétés de commerce est conforme à une ancienne tradition dont l'existence n'est pas niable, bien que le point de départ ne puisse en être déterminé avec précision (n° 127). Si les rédacteurs de nos Codes avaient voulu sur ce point rompre avec la tradition, ils n'auraient sans doute pas manqué de l'indiquer.

125. *Législations étrangères.* — La personnalité des sociétés de commerce est admise expressément par les lois de plusieurs pays (Loi *belge* du 18 mai 1873, art. 2 ; Codes de commerce *italien*, art. 77, dern. alin. ; *espagnol*, art. 116, 2e alin. ; *roumain*, art. 78).

En *Angleterre*, on distingue les *partnerships* qui ne sont pas des personnes civiles et les sociétés formant des personnes civiles (*corporations*) qui reçoivent plus spécialement les noms de *companies* ou de *joint stock companies*. Pour jouir de la personnalité civile, il faut qu'une société ait été incorporée (*incorporated*). L'incorporation ne pouvait avoir lieu, d'après le droit coutumier anglais (*common law*), qu'en vertu d'une loi ; afin de la faciliter, une loi de 1837 décida qu'une charte royale serait suffisante (*incorporation by royal charter*). En vertu de la loi de 1862 sur les sociétés (*Companies act*), il n'est plus besoin ni d'une loi, ni d'une charte royale. Une société constitue une personne civile, dès qu'elle a fait enregistrer ses statuts dans les formes prescrites par cette loi (*incorporated by registration*) (1).

Mais deux observations importantes sont nécessaires :

a) Toute société ne peut pas, en se soumettant à la loi de 1862, jouir de la personnalité civile ; il n'en est ainsi que des sociétés comptant au moins sept personnes (2). Parmi les sociétés ayant ce

(1) V. Lindley, *On partnership and companies*, p. 1 et s.; Palmer's, *Company law*, p. 1 et s.

(2) C'ost à la législation *anglaise* que la loi *française* du 24 juillet 1867

nombre d'associés, les unes ont la faculté de se soumettre ou de ne pas se soumettre à la loi de 1862, les autres sont nécessairement régies par elle. Pour faire cette distinction, le législateur anglais a considéré à la fois le nombre des associés et la nature de l'objet de la société. Toute société de banque comprenant plus de 10 associés, si elle n'est pas autorisée par une loi spéciale ou par une charte royale, est nécessairement soumise à la loi de 1862, et il en est de même des sociétés ayant tout autre objet, quand elles comptent plus de 20 associés. Par suite, les sociétés de banque de 7 à 10 personnes et les autres sociétés de 7 à 20 personnes peuvent, au gré des associés qui les constituent, demeurer de simples *partnerships* sans personnalité (Loi de 1862, art. 4) ou former des *companies*.

b) L'importance pratique de la personnalité civile n'est pas aussi grande qu'en France. Car, aux deux points de vue principaux auxquels il importe surtout, dans notre législation, de rechercher si une société forme ou non une personne civile, on admet en Grande-Bretagne, pour *toutes* les sociétés, des solutions que nous rattachons à la personnalité. D'abord, une disposition formelle reconnaît aux simples *partnerships* le droit de plaider sous leur raison sociale (*firm*), sans que le nom des associés doive figurer dans l'instance (*Rules of the supreme Court*, *Order* XVI[e] 14) (1). Puis, il est admis par la loi sur la faillite de 1883 (*Bankruptcy act*, art. 40, § 4) (2), que, sur les biens sociaux, les créanciers même d'un simple *partnership* peuvent se faire payer à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Par contre, d'après la même

(art. 23, a emprunté la règle selon laquelle, dans une société anonyme, il doit y avoir au moins sept associés. Mais l'exigence de la loi anglaise sur ce point s'applique non pas spécialement aux sociétés qui correspondent aux sociétés anonymes du continent, mais à toute société voulant constituer une personne civile, que la responsabilité des associés soit limitée ou illimitée, que le capital soit divisé ou non en actions.

(1) Pollock, *A digest of the law of partnership*, n[os] 64 à 68, p. 106 à 110.

(2) V. dans la *Collection des principaux Codes étrangers*, la traduction de cette loi par Ch. Lyon-Caen, publiée sous le titre de *Loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883* (46 et 47 Victoria, chap. LII). L'article 40, § 3 se trouve à la page 44. V. Pollock, *op. citat.*, n[o] 76, p. 113 à 120.

disposition, en vertu d'une sorte de réciprocité ou de compensation, les créanciers personnels des associés passent sur les biens personnels de ceux-ci avant les créanciers sociaux (1).

En *Allemagne*, la personnalité civile des sociétés anonymes est admise (art. 210, 1er alin.) (2). Mais l'opinion qui a prévalu, est contraire à la personnalité des sociétés en commandite par actions et surtout des sociétés en commandite par intérêts et des sociétés en nom collectif (3).

Au reste, il y a lieu de faire ici, au point de vue pratique, une remarque analogue à celle qui a été présentée plus haut à propos des solutions admises en *Angleterre*. Il est unanimement reconnu, même pour les sociétés auxquelles la personnalité juridique est refusée : *a*) qu'elles peuvent intenter une action en justice ou y défendre sous leur raison sociale, sans que les noms des associés aient à figurer dans les actes de la procédure (4) ; *b*) que les créanciers sociaux ont le droit de se faire payer sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés (5) ; *c*) qu'un associé ne peut pas disposer, même pour sa part sociale, des biens composant l'actif de la société (6) ; *d*) qu'il ne s'opère pas de compensation entre les créances de la société contre un tiers et les créances de ce tiers contre l'un des associés (7).

La question de la personnalité des sociétés autres que les sociétés anonymes ne peut donc être posée en *Allemagne* qu'à d'autres points de vue. Ainsi, les jurisconsultes allemands, partisans de la personnalité, n'admettent pas généralement que les associés en nom collectif ou les commandités soient commerçants, tandis que

(1) La dernière solution n'est pas admise par les lois françaises. V. nº 110.

(2) L'article 210, 1er alin. : « La société anonyme a comme telle ses « droits et ses obligations indépendants ; elle peut acquérir la propriété « des immeubles et des droits réels, agir et être actionnée en justice ».

(3) Staub, *Commentar zum Handelsgesctzbuch*, sur l'article 105; Lehmann, *Lehrbuch des Hardelsrecht*, p. 59.

(4) C. com. *allemand*, art. 124.

(5) Loi sur la faillite de 1877 (*Konkursordnung*, art. 51.

(6) C. civil *allemand*, art. 719, 1er alin.

(7) C. civil *allemand*, art. 719, 2e alin.

les adversaires de la personnalité leur reconnaissent cette qualité (1). Les premiers décident qu'au cas où des copropriétaires mettent en société l'immeuble indivis entre eux, il y a lieu de remplir les formalités des mutations immobilières ; les seconds excluent ces formalités (V. n° 25) (2).

126. *De la personnalité des sociétés civiles*. — La personnalité, admise en France au profit des sociétés de commerce autres que les sociétés en participation (3), doit-elle être reconnue aussi aux sociétés civiles que le Code civil régit.

La personnalité des sociétés civiles est admise par la jurisprudence de la Cour de cassation et par d'assez nombreux auteurs (4).

(1) Laband (*Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXX, p. 520) *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*.

La conséquence de la personnalité civile indiquée au texte n'a rien de nécessaire. La personnalité de la société ne fait pas disparaître la personnalité et l'action des associés. Mais il est bien évident que le défaut de personnalité civile de la société en nom collectif implique, comme une conséquence nécessaire, que les associés ont la qualité de commerçants.

(2) Kosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, p. 407.

(3) Il est certain que la société en participation ne constitue point une personne civile. V. nos 1057 et 1058.

(4) Cass., 23 fév. 1891, S. et *J. Pal.*, 1892 1. 37 ; D. 1891. 1. 337 ; *Pand. fr.*, 1892. 1. 97. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait de savoir si un associé, dans une société civile, peut hypothéquer, pour sa part sociale, un immeuble de la société. L'arrêt ne l'admet pas, en se fondant sur la personnalité de la société. Mais on peut remarquer qu'on doit arriver à la même solution, tout en niant cette personnalité. Selon l'article 1860, un associé ne peut pas, dans une société civile, aliéner les biens sociaux même pour sa part ; il résulte de là qu'il ne peut pas les hypothéquer. Cass., 2 mars 1892, S. 1892. 1. 497 (Dans l'espèce de cet arrêt, un acte d'appel avait été signifié à l'associé d'une société civile par une copie unique. Il a été décidé qu'à raison de la personnalité de la société, cette signification unique suffit, quel que soit le nombre des associés). Cass., 22 fév. 1898, D. 1899. 1. 593 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 301 (Cet arrêt admet que l'hypothèque légale du pupille d'un des associés ne frappe point les immeubles sociaux). Avant ces arrêts, la jurisprudence n'était pas bien fixée. Toulouse, 7 mars 1904, D. 1904. 2. 333 ; Trib. civ. Seine, 29 juillet 1902, *Revue des sociétés*, 1904, p. 61 (ce jugement admet qu'une société civile est capable de recevoir un legs).

Contre la personnalité des sociétés civiles : Ch. req., 29 juin 1853, D.

En faveur de cette opinion on invoque divers arguments. Selon ses partisans, la personnalité des sociétés n'aurait aucun caractère exceptionnel : elle devrait être admise par cela même que les existences individuelles s'effacent pour laisser la place à un être juridique. Quelques-uns soutiennent que cette idée a été consacrée déjà par le Droit romain et n'a pas été répudiée par notre ancien Droit. Ils citent, notamment pour le Droit romain, plusieurs textes du Digeste, spécialement la loi 22, *De fidejussoribus* (XLVI, 1) et la loi 3, § 4, *De bonorum possessionibus* (XXXVII, 1). Le premier de ces textes dit que la société est une personne civile, *societas... personæ vice fungitur*. Le second décide que les sociétés peuvent réclamer une succession prétorienne (*bonorum possessio*). On prétend trouver une confirmation de cette doctrine dans quelques articles du Code civil qui parlent des rapports des associés avec *la société*, non avec les autres associés (art. 1845, 1848, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867 (1). On a parfois argumenté aussi en ce sens de l'article 1860, C. civ., qui, en défendant à un associé d'aliéner les biens sociaux même pour sa part, ferait supposer que les associés n'en sont pas

1854. 1. 288 ; Nancy, 18 mai 1872, D. 1873. 2. 303 ; Trib. comm. Seine, 3 août 1878 (*le Droit*, n° du 12 septembre 1878). V. aussi trib. civ. Seine, 21 décembre 1896, *le Droit*, n° du 7 mars 1897 ; Trib. civ. Remiremont, 12 août 1904, *la Loi*, n°s des 4 et 5 décembre 1904. — En faveur de la personnalité des sociétés civiles : Orléans, 26 août 1869, D. 1869. 2. 185. Un arrêt (Ch. req. 8 nov. 1836, RÉP. D. v° *Exploit*, n° 99) pose en principe que la société civile forme bien un être juridique comme la société de commerce, mais que, cependant, tous ses membres doivent figurer dans les procès qu'elle a à intenter ou à soutenir ; c'est une doctrine plus qu'étrange, attendu qu'il y a un lien intime entre la personnalité et l'action collective. — En *Belgique* où le Code civil français est en vigueur, la jurisprudence n'admet pas la personnalité des sociétés civiles, même avant la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés qui a tranché la question (n° 134 *bis*) : Cour de Bruxelles, 21 avril 1873, *Jurisprudence d'Anvers*, 1874. 2. 40 (Cet arrêt décide que, dans une société civile ayant pour but l'achat et la revente des immeubles, la vente d'une part d'associé est passible du droit de mutation immobilière).

Pardessus, III, n°s 975 et 976 ; Delangle, *Des sociétés*, I, p. 14 ; Troplong, *Des sociétés*, I, p. 58 ; Bravard (combattu par Demangeat, I, p. 17 et suiv.

(1) Cet argument est le seul qui figure dans les arrêts précités (note 4 de la page 123) de la Cour de cassation.

copropriétaires, mais que la propriété appartient à la société.

On a même été jusqu'à se prévaloir de l'article 529, C. civ. Cet article, en reconnaissant le caractère mobilier aux parts d'associé, même au cas où la société possède des immeubles, déduit une conséquence importante de la personnalité. Rien n'indique, dit-on, qu'il ne s'applique point aux sociétés civiles. Le doute qui pourrait exister à cet égard, est tranché par la loi du 21 avril 1810 *sur les mines* (art. 8, dern. alin.), qui applique expressément aux sociétés de mines par actions la disposition de l'article 529, C. civ.; ces sociétés étaient des sociétés civiles avant la loi du 1er août 1893 (nº 93).

127. La personnalité doit, au contraire, être refusée, selon nous, aux sociétés civiles (1). Les arguments donnés dans le sens opposé sont inexacts ou insuffisants. La personnalité, en vertu de laquelle une association est considérée comme une personne distincte des individus qui la composent, ne résulte pas du seul fait de l'existence de cette association. Il y a là une fiction. Elle ne peut être admise qu'en vertu de textes légaux proclamant le principe de la personnalité ou le présupposant par les conséquences pratiques qu'ils en tirent. Il existe à cet égard des règles traditionnelles qui remontent au Droit romain et qui avaient passé dans l'ancien Droit français.

Le Droit romain n'accordait pas aux particuliers la faculté de créer librement des personnes morales ; il exigeait une autorisation législative pour qu'une association pût constituer une personne morale (*corpus habere*) (2). La personnalité juridique n'était reconnue qu'à certaines associations privilégiées et encore n'est-il pas certain qu'elle le fût à des sociétés ayant pour but la réalisation de bénéfices en argent (3). Les textes du Digeste, invoqués en sens contraire,

(1) V. Cass., 22 février 1898, *Pand. fr.*, 1898. 1. 301 ; *le Droit*, nº du 27 février 1898. Cet arrêt admet que la conversion d'une société civile en société en nom collectif lui a fait acquérir la personnalité qu'elle n'avait point antérieurement.

(2) L. I, *princip.*, Dig. III, 4.

(3) Max Cohn, *Zum römischen Vereinsrechte*, p. 255 et suiv., *Abhandlung* VII *über die Societates und die Collegia der Staatspœchter* ; Alph. Ledru, *Des sociétés vectigaliennes* (1876).

prouvent non pas que toutes les sociétés jouissaient de la personnalité, mais que quelques-unes étaient des personnes civiles.

L'ancien Droit français n'avait rien changé au principe du Droit romain. Ferrière (*Dictionnaire de Droit et de pratique*, v° *Corps et communautés*) dit : « On a toujours tenu pour maxime indubitable « que personne ne peut établir aucune congrégation, corps, collège, « communauté, soit pour la religion, soit pour la police civile, sans « la permission du prince. On ne peut donc s'assembler pour faire « corps de communauté sans congé et lettre du roi ».

Pothier n'admet certes pas la personnalité des sociétés civiles. Dans son *Traité du contrat de société* (n^os^ 2 et 3), il dit que « les « associés rendent communes entre eux les choses qu'ils apportent « à la société », et il reconnaît qu'un associé peut aliéner les biens de la société *pour la part qu'il y a*. Seulement, en vertu d'anciens usages la personnalité des sociétés de commerce était reconnue. Il n'était même pas besoin que l'autorité publique intervînt pour la leur conférer. Ce principe n'avait toutefois d'importance que pour les *sociétés générales* qui correspondaient aux sociétés en nom collectif du Droit actuel. Il n'en avait point pour les *compagnies* auxquelles correspondent les *sociétés anonymes* ; chaque compagnie devait être autorisée par un édit royal ; celui-ci déterminait les droits de la compagnie autorisée (n° 666). Quant aux *sociétés en participation* appelées dans l'ancien Droit *sociétés anonymes*, elles ne pouvaient pas jouir de la personnalité, par cela même qu'elles n'avaient pas d'existence à l'égard des tiers. Il en était de même des sociétés en commandite.

C'est vers le XII^e^ siècle que l'idée de la personnalité des sociétés de commerce paraît avoir été admise dans les villes commerçantes de l'Italie. On lit dans la rote de Gênes, à propos de la société commerciale : *Societas est corpus mysticum a pluribus nominibus conflatum*. Elle était considérée comme un être de raison possédant des biens, pouvant avoir des droits et être tenu d'obligations.

De la personnalité des sociétés de commerce on déduisait notamment que les créanciers sociaux étaient, sur les biens de la société, préférés aux créanciers personnels des associés, même aux plus favorables, spécialement aux femmes des associés, malgré le privi-

lège qu'elles avaient pour la restitution de leur dot. Casaregis (*Statut de Gênes*, livre IV, chapitre XII) s'exprime ainsi : *Creditores societatum mercatorum... in rebus et bonis societatum... præferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum... etiam dotibus.* — Un arrêt du Parlement de Paris du 25 janvier 1677 avait consacré cette solution.

128. L'admission de la personnalité des sociétés civiles aurait donc constitué une grave innovation du Code civil. Elle aurait dû être clairement formulée. Or, il n'y a, à cet égard, aucune disposition expresse : les textes invoqués ne sont nullement probants et les dispositions légales qui s'expliquent par l'idée de la personnalité, paraissent bien faites pour les seules sociétés de commerce.

Sans doute, divers articles du Code civil emploient le mot société ; mais c'est seulement là une expression abrégée destinée à indiquer que les associés sont considérés dans ces articles au point de vue de leurs intérêts collectifs, non des intérêts individuels de chacun d'eux. Ce qui le prouve manifestement, c'est que ce mot société n'est employé qu'à propos des rapports d'un associé avec ses coassociés. Au contraire, lorsqu'il s'agit des rapports avec les tiers, le Code civil emploie le mot associés (art. 1862 et suiv., C. civ.). Quant à la disposition de l'article 1860, C. civ., qui défend à un associé d'aliéner, même pour sa part, les biens qui dépendent de la société, il a été dit plus haut (n° 117) qu'elle peut s'expliquer par des raisons tout à fait étrangères à la personnalité. Enfin, les articles 529, C. civ. et 69-6°, C. proc. civ., fournissent des arguments décisifs en faveur de la restriction de la personnalité aux sociétés commerciales. L'article 529, C. civ., ne déclare pas meubles les parts d'associés dans toutes les sociétés, mais seulement dans les sociétés *de finance, de commerce ou d'industrie*. L'expression de sociétés de commerce aurait suffi ; car les sociétés d'industrie et de finance ont le caractère commercial. Il est vrai que la loi du 21 avril 1810 (art. 8) déclare l'article 529 applicable aux sociétés de mines, et que ces sociétés étaient toutes civiles, quelle que fût leur forme, avant la loi du 1er août 1893. Mais la disposition de la loi de 1810 aurait précisément été inutile si l'article 529, C. civ., devait être étendu à toutes les sociétés civiles. Elle a constitué une disposition exception-

nelle et toute de faveur pour les sociétés de mines (1). L'article 69-6°, C. proc. civ., n'est pas moins probant pour notre doctrine que l'article 529, C. civ. D'après l'article 69-6°, *les sociétés de* COMMERCE *sont assignées, tant qu'elles existent, en leur maison sociale.* Ne résulte-t-il pas de là avec évidence que, lorsqu'il s'agit d'une société *civile*, les associés sont assignés individuellement, de telle sorte qu'une signification de l'exploit d'ajournement doit être faite à chacun d'eux?

Beaucoup d'auteurs refusent avec nous la personnalité aux sociétés civiles (2).

129. Si l'opinion qui repousse, en principe, la personnalité des sociétés civiles, nous paraît seule conforme à nos lois, nous ne pouvons en méconnaître les inconvénients pratiques. Elle est défavorable au crédit de ces sociétés en ce qu'elle conduit à admettre sur les biens de la société le concours des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux. Elle occasionne des complications et des frais, en ce qu'en cas de procès, elle exige la mise en cause de tous les associés et, par conséquent, des significations multiples d'actes. Il serait fort à désirer qu'en dérogeant à la règle, *nul ne plaide en France par procureur*, la loi admit que toutes les sociétés, même celles qui ne constituent pas des personnes morales, peuvent être représentées en justice par un administrateur ou par un gérant (3).

Mais les inconvénients de notre doctrine sont, en fait, très réduits, si l'on admet que les sociétés civiles, même constituées avant la loi du 1er août 1893, jouissent de la personnalité quand elles revêtent une des formes commerciales (n° 132). Car un grand nombre de sociétés civiles ont adopté l'une de ces formes. Du reste, depuis la

(1) Du reste, avant la loi du 1er août 1893, on pouvait soutenir que les sociétés ayant un objet civil, quoique constituant des sociétés civiles alors même qu'elles avaient une forme commerciale, jouissaient à raison de cette forme, de la personnalité civile. V. n° 132.

(2) Aubry et Rau, III (4e édit.), § 378, note 14 ; Boistel, n° 163 ; Demangeat sur Bravard, I, p. 174, note 1 ; Pont, *Sociétés*, t. I, n° 126 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, XI, nos 23 à 25 ; Guillouard, *Traité du contrat de société*, nos 24 à 26.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 422.

loi du 1er août 1893, toutes les sociétés par actions, eûssent-elles un objet civil, étant des sociétés de commerce, la personnalité des sociétés par actions, quelqu'en soit l'objet, n'est jamais douteuse (n° 132).

130. *Cas exceptionnels où les sociétés civiles sont des personnes morales.* — Est-ce à dire qu'aucune société civile ne jouit de la personnalité? On ne saurait aller jusque-là; il y a quelques exceptions à la règle générale.

a) La loi reconnaissait, même avant la réforme de 1893 (art. 68 nouv. de la loi du 24 juillet 1867), la personnalité des sociétés de mines. Cela résulte de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 qui déclare meubles, conformément à l'article 529, C. civ., les actions et intérêts dans les sociétés ou entreprises pour l'exploitation des mines.

131. *b*) Les sociétés à capital variable régies par la loi du 24 juillet 1867 (art. 48 à 54), qui sont habituellement des sociétés coopératives, sont parfois des sociétés civiles. Il en est notamment ainsi pour les *sociétés coopératives de consommation* (1) qui ont pour objet l'achat en gros de denrées ou de marchandises pour les revendre aux seuls associés. La loi semble admettre, par faveur pour les sociétés à capital variable, qu'elles forment des personnes morales, alors même que ce sont des sociétés civiles. L'article 53 de la loi du 24 juillet 1867 décide, en effet, en appliquant à ces sociétés la disposition de l'article 69-6°, C. proc. civ., que *la société, quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs* (2).

132. *c*) Une exception plus générale au principe paraît devoir

(1) On peut même aller jusqu'à soutenir que ce ne sont pas des sociétés dans le sens de l'article 1832, C. civ., mais des associations. V. n° 34 *in fine*, p. [illegible].

(2) Il est impossible de comprendre comment, en présence de cette disposition, le tribunal civil de Périgueux a pu dire dans un jugement du 5 août 1887 (*la Loi*, nos des 16 et 17 janvier 1888), qu'une société coopérative de consommation, étant une société civile, n'avait pas la qualité de personne morale et qu'en conséquence, ses directeurs ou administrateurs ne pouvaient pas la représenter en justice.

être admise pour les sociétés civiles, qui adoptent souvent une forme commerciale (n° 94). Elles doivent alors, pour porter leurs statuts à la connaissance du public, les publier dans les formes que la loi détermine (L. 24 juillet 1867, art. 55 et suiv.). L'adoption d'une forme commerciale n'a pas enlevé, comme nous l'avons dit (n° 94), aux sociétés constituées avant la loi du 1er août 1893, le caractère civil qu'elles tenaient de la nature de leur objet ; mais elle permet de considérer ces sociétés comme des personnes morales, de telle sorte que les sociétés même civiles revêtues d'une forme commerciale avant la loi du 1er août 1893 jouissent de la personnalité. Il n'y a pas incompatibilité entre la personnalité et le caractère civil des sociétés. Dès l'instant où celles-ci manifestent leur existence à l'aide des formalités de publicité prescrites pour les sociétés de commerce, on ne voit pas pourquoi on refuserait de les traiter comme des personnes morales. Cette solution doit d'autant plus être admise qu'en général les sociétés civiles à formes commerciales comprenant un grand nombre de membres, le refus de la personnalité aurait des inconvénients bien plus graves que dans les autres sociétés civiles.

Pour les sociétés par actions constituées depuis la loi du 1er août 1893, leur personnalité, quel que soit leur objet, résulte avec certitude de ce qu'elles sont toutes des sociétés de commerce en vertu du nouvel article 68 de la loi du 24 juillet 1867. Mais les motifs donnés à l'appui de la personnalité des sociétés ayant un objet civil conservent leur valeur pour les sociétés par actions antérieures à la loi de 1893 et pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple ayant un objet civil, constituées avant cette loi ou même depuis.

133. Cette opinion, sanctionnée par la jurisprudence (1) et admise par presque tous les auteurs (2), a rencontré des contradicteurs en deux sens différents. Les uns ont nié absolument que, grâce à sa forme commerciale, une société civile pût jouir de la personnalité. Les autres ont soutenu, au contraire, qu'on doit considérer comme

(1) Cass., 3 fév. 1868, D. 1868. 1. 225 : *J. Pal.*, 1868. 421.

(2) Pont, *Sociétés*, n° 124 ; Aubry et Rau, I (5e édit.), § 54, p. 189 et la note 28.

des personnes morales même certaines sociétés civiles ne revêtant aucune forme commerciale.

Pour refuser la personnalité aux sociétés civiles revêtues d'une forme commerciale, on a fait remarquer qu'aucune disposition de nos lois n'autorise à adopter cette solution. La tradition ancienne n'admettait la personnalité que pour les sociétés de commerce. Rien dans la loi ne permet d'étendre la tradition. Du reste, il est de principe que les particuliers ne peuvent pas de leur seule autorité constituer une personne morale. Cette règle serait violée si l'on pouvait en créer une en donnant à une société civile une forme commerciale (1).

On ne saurait nier que ces arguments soient fort précieux ; ils ne nous semblent pas décisifs. La personnalité des sociétés de commerce a pour but principal de simplifier leurs rapports avec les tiers, de leur donner plus de crédit. Il faut, pour qu'elles jouissent de cet avantage, que leur existence ait été portée à la connaissance des tiers par la publicité donnée aux statuts dans les formes légales. On ne voit pas pourquoi le même bénéfice n'appartiendrait pas aux sociétés civiles dont les statuts ont été rendus publics à raison de la forme commerciale dont elles sont revêtues.

Il semble, du reste, y avoir surtout là une véritable nécessité pratique. Les sociétés civiles qui s'organisent sous une forme commerciale, font appel au crédit comme les sociétés de commerce. Le public compte et doit légitimement compter avoir les mêmes garanties que si la société était commerciale. Une solution opposée serait d'autant plus fâcheuse qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si une société est civile ou commerciale, par cela même que la ligne de démarcation entre les actes civils et les actes de commerce est difficile à tracer et même souvent quelque peu arbitraire.

134. C'est dans un sens tout à fait opposé que se prononce, comme cela a été dit plus haut, la jurisprudence (n° 126). D'après elle, une société civile jouit de la personnalité par cela seul qu'elle a un siège fixe où est établi son domicile, sans qu'il y ait à recher-

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVI, nos 221 et 223 ; Maurice Vauthier, *Etude sur les personnes morales*, note I de la page 402.

cher si elle a adopté ou non une forme commerciale (1). On fait valoir, à l'appui de cette opinion, outre que les expressions du Code civil dans un grand nombre d'articles semblent impliquer la personnalité des sociétés, que le motif essentiel de la loi existe en pareil cas, qu'on est en présence d'une société dont l'existence se révèle matériellement aux tiers, que, du reste, la disposition de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 sur les sociétés de mines qui sont des sociétés civiles, confirme cette idée. Mais la loi, par la publicité dont elle entoure la création des sociétés de commerce, paraît exiger que, pour qu'une société constitue une personne civile, sa création se révèle aux tiers, non par un fait matériel quelconque, mais par l'accomplissement de formalités prescrites par la loi même. Quant à la disposition de la loi sur les mines, elle est toute spéciale ; l'utilité de cette disposition existait avant la loi du 1er août 1893 (art. 68 nouv. de la loi du 24 juillet 1867) surtout si l'on admettait que les sociétés civiles, eûssent-elles un siège fixe, ne jouissaient pas de la personnalité. V. nº 127.

134 *bis*. En *Belgique*, la question de la personnalité des sociétés civiles ne peut plus être discutée. Elle a été tranchée implicitement par l'article 2 de la loi du 18 mai 1873, qui admet que chaque *association* COMMERCIALE *constitue une individualité juridique* (2). Les sociétés civiles ne jouissent donc pas, au moins en principe, de la personnalité. Mais doit-il en être ainsi même lorsqu'une société civile revêt une forme commerciale ? La loi belge du 22 mai 1886 (art. 136) (3) n'accorde la faculté de revêtir une forme commerciale qu'aux sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières (4). Il a été bien entendu, lors de la discussion de la loi du 18 mai 1873 modifiée seulement sur quelques points par la loi du 22 mai 1886, que ces sociétés seraient considérées

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, nº 415 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, nº 35.

(2) Laurent, *op. cit.*, nº 181.

(3) La loi du 22 mai 1886 a modifié la loi du 18 mai 1873. V. la note suivante. — V. la première de ces lois dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1887, p. 470 et suiv.

(4) La loi de 1873 n'admettait cela que pour les sociétés ayant pour objet l'exploitation des mines.

comme des personnes civiles (1). — En *Portugal*, il résulte de l'article 106 du Code de commerce de 1888 rapproché de l'article 108, que les sociétés civiles ayant adopté une forme commerciale, sont des personnes morales.

135. ASSOCIATIONS AUTRES QUE LES SOCIÉTÉS PROPREMENT DITES. — Les associations ne sont pas, au point de vue de la personnalité, traitées comme les sociétés. Mais la condition des associations a été notablement modifiée par la loi du 1er juillet 1901. Il est utile de constater comment était résolue la question de la personnalité des associations avant cette loi et comment elle l'est depuis sa mise en vigueur.

Période antérieure à la loi du 1er juillet 1901. — Les associations ne jouissaient de la personnalité civile, en principe, qu'autant qu'elles avaient été reconnues comme établissements d'utilité publique. Cette reconnaissance était faite par un décret rendu sur l'avis du Conseil d'État pour chaque association. Il y avait, pourtant, des cas où une loi était nécessaire. Il en était notamment ainsi pour les associations formées en vue de l'enseignement supérieur (L. 18 mars 1880, art. 7) (2).

Cependant, quelques exceptions avaient été apportées à ces principes ; par faveur pour certaines associations, le bénéfice de la personnalité civile leur était conférée par la loi, sans qu'il fût besoin d'une décision spéciale pour chacune d'elles. Il en était ainsi pour les sociétés de secours mutuels (L. 1er avril 1898), pour les associations syndicales (L. 21 juin 1865 et L. 22 décembre 1888), par les syndicats professionnels (L. 21 mars 1884, art. 6). Mais les lois spéciales limitaient les avantages conférés à chacune de ces catégories d'associations comme conséquence de leur personnalité.

La jurisprudence et, avec elle, quelques auteurs admettaient d'autres exceptions au principe.

(1) Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, nos 326 et 327 ; Namur, *Le Code de commerce belge revisé*, I, nos 1395 à 1398.

(2) Cette disposition qui a été appliquée, par une loi du 22 mai 1889, à l'*Association pour l'snseignement des services anthropologiques* (*Journal officiel*, no du 23 mai 1889), est toujours en vigueur.

On avait soutenu une opinion très large, d'après laquelle toutes les associations constituées avec l'approbation de l'autorité publique dans un intérêt collectif qui touche à l'intérêt public, tiraient de l'adhésion de l'autorité à leur institution une individualité véritable. Cette doctrine avait été appliquée à différentes associations, spécialement à une association autorisée à établir un canal destiné à fertiliser la plaine de Grenoble (1), à une association constituée pour l'encouragement de la race chevaline (2), à la commission française d'organisation de l'exposition de Bruxelles de 1888 (3), aux comités d'installation de l'exposition universelle de 1900 (4), à une société de tir et de gymnastique, approuvée par arrêté préfectoral et formée dans un but patriotique (5), à un comice agricole (6).

Ces solutions ne pouvaient pas être approuvées au point de vue des principes rigoureux du droit. Aucune disposition de nos lois ne permettait de reconnaître la personnalité à des associations n'ayant pas le lucre pour objet, par cela seul qu'elles avaient un but d'intérêt général et que l'autorité publique était intervenue dans leur constitution. On arrivait à laisser aux tribunaux un pouvoir presque illimité pour la détermination des associations jouissant de la personnalité civile. Des désaccords pouvaient se produire sur le point de savoir si une association répondait suffisamment à un but d'intérêt général et si l'autorité publique avait joué, dans la création de cette association, un rôle assez important pour qu'il fût permis de dire que l'objet de l'association et l'adhésion de l'autorité lui donnaient une individualité véritable. Il ne faut pas oublier qu'à moins de dispositions spéciales contraires (art. 6, L. 21 mars 1884), la personnalité civile impliquait le droit pour une association d'acqué-

(1) Cass., 30 août 1859, D. 1859. 1. 365 ; S. 1860. 1. 359 ; *J. Pal.*, 1860. 40. — V. aussi Cass., 6 juill. 1864, S. 1864. 1. 327 ; *J. Pal.*, 1864. 1038.

(2) Cass., 25 mai 1887, *J. Pal.*, 1888. 1. 380 ; S. 1888. 1. 161 ; D. 1887. 1. 289 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 240.

(3) Trib. com. Seine, 2 août 1888 (*le Droit*, n° du 18 août 1888).

(4) Trib. civ. Seine, 24 décembre 1900, *le Droit*, n°s des 26-27 décembre 1900.

(5) Trib. civ. Langres, 5 déc. 1888 (*la Loi*, n° du 17 mai 1889).

(6) Besançon, 29 mars 1899, *la Loi*, n° du 27 mai 1899.

rir à titre onéreux ou gratuit des meubles ou même des immeubles. Comment admettre, avec les craintes de la reconstitution de la mainmorte produites par les abus de l'ancien régime, que le législateur s'en fût remis aux tribunaux du soin de décider si une association était ou n'était pas une personne civile ?

Il est vrai que les décisions judiciaires dont nous combattons la doctrine, n'ont proclamé la personnalité des associations dont il s'agissait que pour leur permettre de se faire représenter par un mandataire et d'échapper ainsi à la nécessité de la mise en cause de tous les associés et que des arrêts ont refusé à ces associations la capacité de recevoir à titre gratuit (1). Mais, dans notre Droit, jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, à moins de dérogations expresses dans la loi, la faculté de se faire représenter par un mandataire était, pour une association, une conséquence de la personnalité civile et l'on ne pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, prétendre qu'une association devait bien être considérée comme une personne civile au point de vue de la représentation en justice, mais non de la capacité d'acquérir.

136. *Système de la loi du 1er juillet 1901.* — On reconnaissait généralement avec beaucoup de raison que les règles de notre législation sur la personnalité civile des associations étaient étroites et gênantes (2). La loi 1er juillet 1901 ne s'est pas borné à abroger les articles 291 et 292 du Code pénal qui défendaient la formation d'associations de plus de vingt personnes sans une autorisation administrative. Elle a encore admis, sous les conditions qu'elle détermine, la personnalité des associations.

La loi de 1901 distingue trois classes d'associations : *a*. les associations non déclarées ; *b*. les associations déclarées ; *c*. les associations reconnues comme établissements d'utilité publique.

a. Les premières sont celles dont la constitution n'a pas été révélée par une déclaration telle qu'elle est faite pour les secondes.

(1) Cass., 2 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 129 (note de Ch. Lyon-Caen) ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 175.

(2) Consulter sur la règle, *nul ne plaide en France par procureur*, Percerou, *De la règle que nul ne plaide par procureur* (*Revue bourguignonne d'enseignement supérieur*, 1898).

Elles n'ont aucune personnalité et, par suite, aucune capacité juridique (L. 1er juillet 1901, art. 2).

b. Les secondes sont celles qui ont été rendues publiques par les soins des fondateurs dans les formes déterminées par la loi (art. 5).

Ces associations déclarées jouissent d'une personnalité civile restreinte qu'on appelle la *petite personnalité*. Elles peuvent ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'État et des communes : 1° les cotisations de ses membres ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été rédimées, ces sommes ne peuvent être supérieures à cinq cents francs ; 2° le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ; 3° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent (L. 1er juillet 1901, art. 6). Ainsi, le droit de recevoir des donations entre-vifs ou des legs est refusé aux associations qui ne jouissent que de la petite personnalité.

c. Les associations reconnues d'utilité publique (L. 1er juillet 1901, art. 10), ont une personnalité plus complète qu'on appelle souvent la grande personnalité. Elles peuvent faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts, mais elles ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent. Elles peuvent recevoir des dons et des legs dans les conditions prévues par l'article 910 du Code civil et l'article 5 de la loi du 4 février 1901. Mais elles ne peuvent accepter une donation mobilière ou immobilière avec réserve d'usufruit au profit du donateur.

137. *Associations d'assurances mutuelles*. — Une autre question plus spéciale, qui se rattache par certains côtés à la précédente, a été posée : les associations d'assurances mutuelles constituent-elles des personnes civiles ?

La personnalité civile de ces associations a été soutenue avec beaucoup de force et est généralement admise dans la pratique (1).

(1) Orléans, 31 déc. 1854, Cass., 5 nov. 1855, D. 1856. 1. 353 ; Chambéry, 5 novembre 1901, *Journal des sociétés*, 1902, p. 162 (Cet arrêt con-

Avant la loi du 24 juillet 1867 et le décret du 22 janvier 1868 qui les régissent actuellement, les associations d'assurances mutuelles ne pouvaient se constituer sans l'autorisation du gouvernement auquel les statuts devaient être soumis (Avis du Conseil d'Etat du 15 octobre 1809). L'intervention gouvernementale ne se serait pas comprise, s'il ne s'était agi de conférer la personnalité civile à l'association autorisée. Dès qu'une association est fondée avec l'autorisation des pouvoirs publics, elle constitue une personne morale. Sans doute, ces motifs ne peuvent plus être donnés depuis que, pour les sociétés d'assurances mutuelles, comme pour les sociétés anonymes, l'autorisation préalable a été remplacée par des règles spéciales relatives à leur constitution et à leur fonctionnement (1). Le fait, par une association de cette sorte, de se soumettre à ces règles doit avoir, dit-on, le même effet que l'autorisation préalable qu'elles ont remplacée. Le décret du 22 janvier 1868 suppose, dans beaucoup de dispositions, la personnalité des associations d'assurances mutuelles. Les articles 9, 17, 21, 24, 25 et 40 de ce décret parlent d'un *siège social*; ce terme ne peut s'appliquer qu'à une société constituant une personne morale. L'article 33 du même décret paraît bien conçu dans l'idée que l'association a un patrimoine ; il y est question de l'immatriculation des valeurs au nom de la société. L'article 25 oppose même la société aux associés en parlant des engagements de ceux-ci envers elle. Enfin, les mesures de publicité auxquelles les associations d'assurances mutuelles sont soumises (D. 22 janvier 1868, art. 38 à 42), rendent certaine la volonté du législateur d'en faire des personnes civiles (2).

sidère les associations d'assurances mutuelles comme des sociétés dans le sens de l'article 1832, C. civ., mais il ajoute que, du reste, alors même qu'il n'en serait pas ainsi, elles n'en jouiraient pas moins de la personnalité civile. — V. René Clément, *Des assurances mutuelles*, p. 39 et s. ; Astresse, *Traité des assurances mutuelles*, n° 24 ; Houpin, *Traité des sociétés*, I, n° 14.

(1) Ce qui est dit au texte n'est vrai pour les associations d'assurances mutuelles sur la vie que depuis la loi du 17 mars 1905 qui, en abrogeant l'article 66, 1er alin., de la loi du 24 juillet 1867, a supprimé l'autorisation préalable pour ces associations.

(2) Des arguments semblables pourraient être tirés du Décret du 12 mai 1906 relatif aux associations mutuelles d'assurances sur la vie.

138. Au contraire, selon nous, les associations d'assurances mutuelles ne sont pas des personnes morales (1), à moins qu'elles n'aient usé de la faculté de faire la déclaration prescrite par la loi du 1er juillet 1901 (art. 5). Nos lois reconnaissent bien la personnalité des sociétés de commerce et la jurisprudence admet aussi, surtout par suite de considérations pratiques, celle des sociétés civiles revêtues d'une forme commerciale constituées avant la loi du 1er août 1893 (nº 132). Mais les associations d'assurances mutuelles ne sont pas des sociétés dans le sens légal du mot, par cela même qu'elles n'ont pas pour but de réaliser des bénéfices à répartir entre les associés (nº 34). Il faut donc leur appliquer le principe selon lequel une déclaration est nécessaire pour qu'une association jouisse de la personnalité. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'un texte fît exception à cette règle, ce texte n'existe pas. Le décret du 22 janvier 1868 ne reconnaît, ni expressément, ni implicitement, que les associations d'assurances mutuelles sont des personnes morales. L'existence d'un siège social n'est pas incompatible avec l'absence de personnalité. L'article 59, C. pr. civ., décide que les sociétés sont actionnées devant le tribunal du lieu où elles sont établies. Cette disposition est appliquée à toutes les sociétés (2); le lieu où une société est établie est bien le lieu où l'on dit que se trouve le siège social. On peut parler de biens sociaux ou d'actif social même quand l'association n'est pas une personne morale; il y a toujours des choses apportées par les associées et destinées spécialement aux affaires de la société. Quant au mot *société* opposé au mot *associés*, il s'explique aussi sans aucun recours à l'idée de personnalité. Il désigne les associés considérés comme ayant des intérêts communs. V. nº 128.

139. La solution qui vient d'être défendue, semble assurément très fâcheuse au point de vue pratique. Il y a des associations d'assurances mutuelles qui comptent plusieurs centaines ou plusieurs

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des sociétés*, nº 562.

(2) *Traité de Droit commercial*, I, nº 401. Il est vrai que, d'après la jurisprudence, toute société même civile, à l'exception de la société en participation, constitue une personne morale. V. nºs 126 et 134.

milliers de mutualistes. Avec la doctrine que nous avons défendue, ils devaient, avant la loi du 1er juillet 1901, tous figurer en nom dans les actes de procédure auxquels donnent lieu les procès intentés par l'association ou contre elle. Une considération diminue, toutefois, beaucoup dans la pratique les inconvénients de cette solution. Pourquoi une association, ne constituant pas une personne morale, ne peut-elle pas être représentée en justice par un mandataire ? C'est qu'en France, *nul ne plaide par procureur* (1). Or, cette règle n'est pas d'ordre public. On peut renoncer à s'en prévaloir, soit dans un procès déjà né, soit même à l'avance par une convention spéciale pour les procès à naître (2). Il résulte de là que, si, dans les statuts d'une association d'assurances mutuelles, le droit d'agir au nom de l'association a été confié à un directeur, celui-ci peut actionner en justice les mutualistes qui sont liés par les statuts, sans que ceux-ci puissent invoquer utilement le défaut de personnalité de l'association. Cette dernière observation est fort importante : en effet, les assurances mutuelles n'ont presque jamais de procès avec les tiers ; c'est entre les mutualistes que la plupart du temps des contestations s'élèvent (3). Du reste, depuis la loi du 1er juillet 1901, les associations d'assurance mutuelle dûment déclarées jouissant de la petite personnalité, peuvent ester en justice dans les termes de l'article 6 de cette loi.

140. Droit étranger. — Plusieurs lois étrangères ont reconnu expressément la personnalité des associations d'assurances mutuelles. Il en est ainsi du Code de commerce *italien* (art. 239, 2e al.) et du Code de commerce *roumain* (art. 252, 1er al.). La loi *belge* du 12 juin 1874 sur les assurances (art. 2, 2e alin.) se borne à disposer que *les associations d'assurances mutuelles sont représentées en justice par leurs directeurs* (4) ; mais il a été reconnu, dans la dis-

(1) *Traité de Droit commercial*, I, n° 422.

(2) Cass., 19 février 1884, S. 1886. 1. 69 ; Cass., 27 janvier 1890, S. 1890. 1. 157 ; *Pand. fr.*, 1890. 1. 354.

(3) Cpr. sur la règle *nul ne plaide par procureur*, Nyssens et Corbiau, I, nos 137 et 138 ; Percerou, *De la règle que nul ne plaide par procureur* (1898).

(4) Cette disposition est le résultat d'un amendement du Ministre de la justice. V. *Annales parlementaires*, 1872-1873, p. 296 et suiv. Chambre des Représentants, séance du 27 janvier 1873.

cussion de la loi, que c'était là une conséquence tirée de la personnalité nouvellement reconnue aux associations d'assurances mutuelles (1). Les auteurs *belges* donnaient la solution contraire avant la loi du 11 juin 1874 (2).

141. NATURE DU DROIT D'UN ASSOCIÉ. — Les notions qui viennent d'être données sur la personnalité de certaines sociétés et les principales conséquences qui en dérivent ainsi que sur le défaut de personnalité d'autres sociétés, permettent de prendre parti sur une question posée et non résolue plus haut (n° 37) : quelle est la nature juridique d'une part d'associé (*intérêt* ou *action*) ? est-ce un droit de créance ou un droit réel ? (3).

Cette question ne peut pas recevoir, selon nous, une solution unique ; elle doit être résolue d'une manière différente, selon que la société est ou n'est pas une personne morale. Quand la société forme une personne morale, la part de chaque associé constitue un droit de créance contre la société (4). Dans le cas opposé, le droit de chaque associé est un droit de copropriété auquel se rattachent des créances accessoires. Pour justifier ces deux solutions, il faut examiner les différents avantages pécuniaires dont jouit un associé.

142. Quand la société jouit de la personnalité, un associé a deux droits pécuniaires principaux : 1° le droit de réclamer sa part dans les bénéfices sociaux ; 2° le droit de prendre part au partage de l'actif social après la dissolution de la société. Tant que la société dure, l'associé n'a que le droit d'exiger sa part dans les bénéfices, car la propriété des biens sociaux n'appartient pas par indivis aux

(1) V. note 4 de la page précédente.

(2) Namur, *Le Code de commerce belge revisé*, t. III, n° 1425. Cpr. Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, n°s 139 et suiv.

(3) Cette question a été discutée plutôt pour les actions que pour les parts d'intérêt. Mais il n'est pas douteux qu'elle doit recevoir une solution identique pour les deux sortes de parts sociales. Ce qui fait que la question a été discutée plutôt pour les actions, c'est qu'elle se pose surtout à propos des formes de la cession et de la constitution de gage, actes qui ne se présentent que rarement pour les parts d'intérêt dans les sociétés. V. n° 142.

(4) V. la note 1, p. 143. V., en sens contraire, Paris, 11 janvier 1895, *S.* et *j. Pal.*, 1897. 2. 241 (note de M. Tixier); D. 1896. 2. 187 (note de M. Glusson); *Journal des Sociétés*, 1895, p. 402.

associés, elle appartient à la société considérée comme personne morale distincte de ceux-ci (n° 107). Le Code civil autorise lui-même à faire abstraction, pendant la durée de la société, du droit qu'a l'associé de prendre une part dans l'actif lors de la dissolution de la société, quand il range les intérêts et les actions dans la classe des meubles, encore que des immeubles appartiennent à la société et que les associés doivent en devenir copropriétaires après la dissolution de la société (art. 529, C. civ.).

Il faut conclure de là que, pour la cession ou la constitution en gage des parts d'associés, il y a lieu de remplir les formalités des articles 1690 et 2075, C. civ., quand (ce qui est assez rare pour les *actions*) les droits des associés ne sont pas constatés par des titres nominatifs ou au porteur ou à ordre dont la cession et la constitution en gage sont faites par voie de transfert ou par simple tradition ou par endossement (art. 35 et 36, art. 91, C. com.) (1).

143. Cependant, on a soutenu une doctrine différente relativement à la nature du droit de l'associé. On a prétendu que ce n'est ni un droit de propriété ou de copropriété ni un droit de créance ; on en a conclu que les articles 1690 et 2075, C. civ., sont inapplicables aux cessions et aux constitutions en gage des parts d'associé (2).

Il n'est pas concevable qu'un droit de nature pécuniaire ne soit ni un droit réel ni un droit de créance ; tout droit pécuniaire a nécessairement l'un ou l'autre de ces deux caractères. On allègue, à l'appui de cette doctrine opposée à la nôtre des arguments qui forment un dilemme. Une part d'associé, dit-on, n'est pas un droit de copropriété, car la société est, comme personne morale distincte

(1) Paris, 18 août 1881, S. 1882. 2. 25 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 197 et la note de Ch. Lyon-Caen ; Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 1115 ; Aubry et Rau, IV, § 432 et 433 ; Beslay et Lauras, *Commentaire du Code de commerce*, V, n°s 215 et suiv. — Avant la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial (art. 91, C. com.), de nombreux arrêts avaient admis l'application de l'article 2075, C. civ., à des actions même nominatives ou au porteur : Montpellier, 4 janv. 1853, S. 1853. 2. 266 ; *J. Pal.*, 1853. 2. 532 ; Cass., 23 janv. 1860, S. 1860. 1. 543 ; *J. Pal.*, 1860. 1. 122 ; Cass., 30 nov. 1864, S. 1864. 1. 503 ; *J. Pal.*, 1864. 1263.

(2) Beudant, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1869, t. XXXIV, p. 125 et suiv.

des associés, seule propriétaire du fonds social. Une part d'associé n'est pas non plus un droit de créance ; car les associés sont tenus des dettes sociales jusqu'à concurrence de leurs mises ou indéfiniment. En outre, un associé ne peut pas, comme un créancier social, faire mettre la société en faillite.

Les dernières constatations sont exactes. Mais que prouvent-elles ? Nullement que la part d'un associé ne constitue pas un droit de créance, mais bien que c'est une créance d'une nature particulière.

Les associés sont sans doute tenus des dettes sociales ; il n'y a rien dans une telle obligation qui répugne à ce qu'on reconnaisse aux parts sociales le caractère de créances. Une personne peut avoir une créance à laquelle une obligation se rattache. N'est-ce pas ainsi que tout créancier en vertu d'un contrat synallagmatique est débiteur du contractant qu'il a pour obligé ? Il est vrai aussi que les associés ne peuvent faire déclarer la société en faillite (1). Mais cela tient à ce que nos lois ne paraissent accorder le droit de faire déclarer la faillite d'une société qu'aux créanciers ordinaires, c'est-à-dire aux individus qui ne sont pas créanciers à raison de leur qualité d'associés.

144. Une tout autre solution doit être admise dans les sociétés qui ne sont pas des personnes morales (2) La part d'associé y

(1) Il s'agit du droit de provoquer la déclaration de faillite comme le peuvent faire les créanciers, non du droit de déposer le bilan et de faire ainsi l'aveu de la cessation des paiements dans les termes de l'article 438, C. com. Ce dernier droit appartient, sinon a tous les associés, du moins aux associés tenus personnellement des dettes sociales. V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1161.

(2) Ce sont uniquement, d'après les solutions admises précédemment, les sociétés ayant un objet civil et régies par le Code civil. Mais il a été constaté (n° 126) que la jurisprudence de la Cour de cassation est favorable actuellement à la personnalité même de ces sociétés. Avec cette jurisprudence, les droits des associés doivent toujours être considérés comme des droits de créance dans les sociétés civiles, comme dans les sociétés de commerce.

Nous laissons de côté les sociétés en participation. Sans doute, ces sociétés ne jouissent certainement pas de la personnalité civile (n^os^ 1057 et 1058). Mais, comme en général, il n'y a pas de biens indivis entre les associés en participation, leurs droits dans la société sont des droits de créance. V. n^os^ 1059 et 1060.

constitue un droit de copropriété, car le fonds social appartient par indivis aux associés. Du reste, en même temps qu'ils sont copropriétaires, ces associés ont une créance contre la société pour leur part dans les bénéfices. Seulement, cette créance n'étant qu'une dépendance ou un accessoire d'un droit de copropriété, la cession et la constitution en gage d'une part d'associé ne peuvent pas être soumises aux formalités des articles 1690 et 2075, C. civ. Il faut, en effet, quand on détermine les formalités à remplir pour une cession ou pour une constitution en gage, considérer la nature du droit principal, non celle des droits accessoires qui s'y rattachent. Le droit principal est ici un droit de copropriété ; les règles qui concernent la cession d'un pareil droit sont donc applicables et nous n'avons qu'à y renvoyer. Quant au gage, en admettant que le fonds commun entre les associés ne comprenne que des meubles, il y a une condition dont on ne conçoit guère la réalisation, c'est la mise en possession du créancier gagiste (art. 2076, C. civ. ; 92, C. com.) (1).

Les associés en participation avaient au contraire, des droits de propriété, si, en vertu d'une convention spéciale, leurs apports ou les biens acquis par le gérant de la participation, devenaient indivis entre eux.

(1) Cpr. la question de savoir si un héritier peut constituer en gage ses droit successoraux. V. sur cette question, Cass., 14 fév. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 73 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1894. 1. 420.

CHAPITRE II

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Section I. — De la société en nom collectif (1).

145. La société en nom collectif est la plus simple de toutes les sociétés de commerce. Toubeau (*Droit consulaire*, t. II, p. 91) disait que c'est la société *la plus naturelle*. C'est aussi la plus fréquente (2), avec les associations en participation (3).

146. Le nom de société en nom collectif n'est pas ancien.

(1) Code de commerce, article 20 à 22 ; Loi du 24 juillet 1867, article 55 et suiv.

(2) Voici, d'après la statistique judiciaire officielle, le nombre des actes de sociétés en nom collectif déposés chaque année dans les greffes des tribunaux de commerce ou des tribunaux civils en tenant lieu : 1.648 *en moyenne* de 1846 à 1850, 2.242 de 1846 à 1850, 3.020 de 1851 à 1855, 3.080 de 1856 à 1860, 3.090 de 1861 à 1865, 3.157 de 1866 à 1870, 3.368 de 1871 à 1875, 3.563 de 1876 à 1880. En 1881, il y a eu 3.993 sociétés en nom collectif sur un chiffre total de 5.474 sociétés ; en 1882, 3.794 sur 5.179 ; en 1883, 3.658 sur 4.691 ; en 1884, 3.482 sur 4.338 ; en 1885, 3.339 sur 4.473 ; en 1886, 3.174 sur 4.336. Cela fait une moyenne de 3.653 sociétés en nom collectif pour les cinq années, 1881 à 1885 inclusivement. Depuis 1900, jusqu'en 1904 inclusivement, il a été constitué : en 1900, 3497 sociétés en nom collectif sur 5 605 sociétés de commerce, en 1901, 3.535 sur 5.487, en 1902, 3.643 sur 5.565, en 1903, 3.724 sur 5.689, en 1904, 3.795 sur 5.798.

(3) On n'a aucun moyen de connaître le nombre exact des sociétés en participation par cela même que la loi ne les soumet à aucune formalité de publicité (art. 50, C. com.). Mais il est certain que ces sociétés sont aussi très nombreuses, sans doute plus nombreuses même que les sociétés en nom collectif.

L'Ordonnance de 1673 (titre IV, art. 1er) emploie la dénomination de *société générale*, à laquelle Jousse et Bornier ajoutent comme synonymes les expressions de *société ordinaire* et de *société libre*. Pothier (*Société*, nº 56) se sert de l'expression de *société en nom collectif*, qui a passé dans le Code de commerce. Savary, qui employait aussi cette désignation, dit qu'elle vient de ce que cette société est formée entre commerçants qui font le négoce *sous leurs noms collectifs* (1). La même dénomination se retrouve en *Belgique* (L. 18 mai 1873, art. 2 et 15) et en *Suisse* (*Code fédéral des obligations*, art. 552 et suiv.). Dans beaucoup d'États, on admet une dénomination correspondante : *società in nome collectivo* (Italie), *compania collectiva* (Espagne), *sociedad em nome collettivo* (Portugal), *wennootschap onder ene firma* (Hollande). Dans d'autres pays, les noms usités sont tout différents ; on dit en *Allemagne*, *Offene Gesellschaft* (2) ; en *Grande-Bretagne* la société qui correspond à peu près à notre société en nom collectif, est désignée sous le nom de *partnership* (3).

147. La société en nom collectif est la société commerciale qui se rapproche le plus des sociétés civiles telles qu'elles sont réglées par le Code civil (art. 1832 à 1873) ; comme ces dernières, c'est une société de personnes et la responsabilité de tous les associés y est illimitée.

De ce que la société en nom collectif, comme la société civile régie par le Code civil, repose sur la considération des personnes résultent les deux conséquences suivantes : 1º un associé ne peut pas, par voie de cession, se substituer une autre personne dans la

(1) *Dictionnaire universel du commerce*, vº *Société*. Savary dit aussi *société générale et collective* ou *ordinaire*.

(2) On suppose que cette dénomination allemande vient de l'expression *compagnia palese*, employée par les statuts d'anciennes villes de l'Italie. V. Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, I, p. 457, note 1.

(3) Elle n'en diffère qu'en ce que ce n'est pas, comme la société en nom collectif, une personne juridique. V. nº 98. Il faut bien faire attention que le mot *partnership* a deux sens différents, l'un très large dans lequel il désigne toute société, quelle qu'en soit la nature, l'autre étroit dans lequel il désigne seulement la société qui correspond à la société en nom collectif, par opposition aux *companies*.

société, à moins que tous les coassociés n'y consentent (art. 1861, C. civ.) (n° 100) ; 2° la mort, la faillite, la déconfiture, l'interdiction d'un associé est une cause de dissolution (art. 1865, 3°, C. civ.). On peut même dire, par cela seul que, dans la société en nom collectif, les associés sont tenus solidairement des dettes sociales (art. 22, C. civ.) (n° 160), que cette société repose encore plus que les sociétés civiles, où la solidarité entre les associés n'est pas admise (art. 1862, C. civ.), sur la confiance qu'ont les associés les uns dans les autres. Chaque associé se trouve, en effet, par suite de la solidarité, exposé à payer, en cas d'insolvabilité de ses coassociés, non pas seulement sa part, mais la totalité des dettes sociales contractées par un autre associé comme gérant, sauf son recours contre ses coassociés (art. 1214, 2e alin., C. civ).

148. Il importe, pour la société en nom collectif, comme, d'ailleurs, pour les autres sociétés, de distinguer ce qui concerne les rapports des associés entre eux et les rapports de la société ou des associés avec les tiers. En réalité, par suite du silence de la loi commerciale, sauf quelques dérogations qui peuvent être apportées par les conventions ou les usages, ce sont les règles du Droit civil qui régissent les rapports des associés en nom collectif les uns avec les autres. C'est seulement dans les rapports entre les associés ou la société et les tiers que des règles spéciales tenant au caractère de la société s'appliquent.

Il sera traité : I. *Des caractères distinctifs de la société en nom collectif.* — II. *De la constitution de la société en nom collectif.* — III. *Du fonctionnement de la société en nom collectif*, ce qui comprend : 1° *les rapports des associés entre eux ; 2° les rapports de la société et des associés avec les tiers.* — IV. *Des causes de dissolution De la liquidation et du partage. De la prescription des actions contre les associés.*

I. — Des caractères distinctifs de la société en nom collectif

149. L'article 20, C. com., définit ainsi cette société : *la société en nom collectif est celle que contractent deux personnes, ou un*

plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.

Cette définition est défectueuse : elle ne convient pas exclusivement à la société en nom collectif et elle passe sous silence des caractères distinctifs de cette société.

L'existence d'une raison sociale constitue un caractère commun à toutes les sociétés de commerce dans lesquelles il y a un élément personnel. On rencontre donc aussi une raison sociale dans les sociétés en commandite par intérêts ou par actions (art. 23, 2e alin., C. com.). Par suite, c'est seulement dans la société anonyme qu'il n'y a pas de raison sociale (art. 29 et 30, C. com.).

Par contre, la société en nom collectif a des caractères propres que la définition du Code de commerce n'indique pas. La société en nom collectif est la seule dans laquelle tous les associés sont tenus des dettes sociales solidairement et sur tous leurs biens ; dans la commandite, il n'y a que certains associés (les commandités) qui sont tenus de ces façons. Aussi le Code dit-il qu'à l'égard des commandités, lorsqu'ils sont plusieurs (mais à leur égard seulement), la société est en nom collectif (art. 24, C. com.). Il est donc préférable de définir ainsi la société en nom collectif : *c'est une société dans laquelle les associés font le commerce sous une raison sociale et sont tous tenus personnellement et solidairement des dettes sociales.*

D'ailleurs, bien que les caractères distinctifs de la société en nom collectif soient partout les mêmes, les définitions des lois des divers pays ne concordent pas complètement (1).

(1) La loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 15) reproduit textuellement la définition de l'article 20 du Code de commerce français. Le Code *allemand* dispose, dans l'article 105, que la société qui a pour objet l'exploitation d'un commerce sous une raison sociale, est une société en nom collectif lorsque la responsabilité des associés n'est pas limitée à l'égard des créanciers sociaux et, selon l'article 128 du Code de commerce *allemand*, les associés en nom collectif sont tenus solidairement envers les tiers. Le Code de commerce *italien* (art. 75 1°) dit que c'est la société « dans laquelle les « obligations sociales sont garanties par la responsabilité illimitée et soli- « daire de tous les associés ». La même disposition se trouve dans le Code de commerce *portugais* de 1888 (art. 105, § 1er).

D'après le *Code de commerce hongrois* (art. 64), « il y a société en nom « collectif quand deux ou plusieurs personnes exercent un commerce

150. Pour que les associés soient considéré comme ayant formé une société en nom collectif, il n'est pas nécessaire qu'ils aient indiqué expressément dans les statuts qu'ils entendaient créer une société de ce genre Il suffit, dès que l'objet de la société est commercial, qu'il résulte de la convention que les associés entendaient être tous tenus des dettes sociales sur tous leurs biens ou même qu'aucune restriction n'ait été apportée à la responsabilité d'aucun d'eux (1). La société en nom collectif doit être regardée comme la société commerciale de droit commun. Aussi une société de commerce est en nom collectif toutes les fois qu'il ne résulte pas des clauses de l'acte de société qu'elle est d'une autre espèce

151. Il résulte de la définition substituée par nous à celle de l'article 20, C. com. (n° 149), que, dans la société en nom collectif, on rencontre : 1° une raison sociale ; 2° l'obligation illimitée de tous les associés ; 3° la solidarité de ceux-ci. Mais l'existence d'une raison sociale est seulement de la nature de la société en nom collectif, tandis que la responsabilité illimitée et la solidarité de tous les associés sont de son essence. V. n°s 158 et 159.

152. 1° *De la raison sociale.* — On appelle ainsi les noms, soit de tous les associés, soit de plusieurs ou d'un seul, servant de dénomination pour désigner la société comme être moral distinct des associés (2). Il y a, du reste, une raison sociale même dans les pays où la personnalité des sociétés en nom collectif n'est pas

« sous une raison de commerce commune et avec une responsabilité illi-
« mitée et solidaire. »

D'après le *Code fédéral suisse des obligations* (art. 552), « La société en
« nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes à
« l'effet de faire le commerce, d'exploiter une fabrique ou d'exercer en la
« forme commerciale une industrie quelconque, sous une raison sociale
« et sans limiter leur responsabilité conformément aux titres sui-
« vants ».

(1) Tribunal civil de Tunis, 12 avril 1889, *la Loi*, n° du 24 mai 1889 ; ... ; Paris, 17 mai 1890, 22 novembre 1890, 22 juin 1891, *Revue des sociétés*, 1891, p. 81, 86 et 481.

(2) Savary se sert de l'expression *nom social*, qui est peu usitée aujourd'hui. Cette expression pourrait convenir à la dénomination d'une société ne comprenant aucun nom des associés.

admise (n° 125). La raison sociale y est au moins très utile pour désigner les associés, en tant qu'ils ont des intérêts communs par opposition aux associés pris individuellement. L'emploi de la raison sociale indique que le gérant contracte pour la société et non pour son propre compte. Cpr. art. 22, C. com.

L'expression *raison sociale* paraît venir des anciens *livres de raison* (*rationes societatis*) ou livres de compte de la société. En tête de ces livres, la société était désignée par les noms des associés. On arriva à appeler *raison sociale* l'indication collective des associés (1).

La raison sociale est connue dans les pays étrangers sous les noms variés suivants : *ragione sociale*, en *Italie* ; *razon social*, en *Espagne* ; *gemeinschaftliches Firma*, en *Allemagne*. Le mot *firme*, en *Belgique*, comme le mot *Firma* en *Allemagne*, a un sens plus étendu que l'expression *raison sociale* ; car, par le mot *firma* ou *firme* on désigne le nom sous lequel le commerce est fait par une société quelconque ou par un individu (2).

Lorsque les noms de tous les associés ne sont pas compris dans la raison sociale, on indique par les mots *et compagnie* (*et comp.* ou *et Cie*, par abréviation), qu'il y a d'autres associés. L'adjonction de ces mots est indispensable dans le cas où la raison sociale se compose du nom d'un seul associé. Si ce nom n'était pas accompagné de l'addition *et compagnie*, on ne pourrait pas, quand l'associé dont le nom forme la raison sociale fait une opération, apercevoir s'il a entendu la faire pour lui seul ou pour la société.

D'ailleurs, les droits et les obligations des associés dont les noms ne figurent pas dans la raison sociale et qui se trouvent visés seulement par les mots *et compagnie*, sont les mêmes que ceux des associés dont les noms composent la raison sociale (art. 22, C. com.). Il n'en a, toutefois, pas toujours été ainsi. V. n° 161.

153. Si les noms de tous les associés n'entrent pas nécessairement dans la raison sociale, du moins des noms d'associés peuvent seuls en faire partie (art. 21, C. com.). Autrement, les tiers seraient trompés par la raison sociale, ils considéreraient comme des asso-

(1) Frémery, *Etudes de Droit commercial*, p. 29 et suiv.
(2) V. Code de commerce *allemand*, art. 18 à 20.

ciés et, par suite, comme leurs obligés personnels et solidaires, des personnes ne faisant pas partie de la société.

Qu'arriverait-il si, en violation de cette règle, des noms de personnes étrangères à la société étaient frauduleusement insérés dans la raison sociale (1)?

Il y aurait escroquerie de la part des associés véritables. Ils useraient, en effet, d'un faux nom, emploieraient des manœuvres frauduleuses, pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire (art. 405, C. pén.). Ce délit existerait, alors même que les noms introduits dans la raison sociale seraient purements fictifs.

L'adoption d'une raison sociale comprenant le nom d'une personne réelle ne faisant pas partie de la société ou le nom d'une personne imaginaire pourrait se rattacher aussi à un crime de faux. C'est là ce qui aurait lieu si les associés signaient de cette raison sociale des effets de commerce ou tous autres écrits (art. 147, C. pén.).

153 *bis*. Quand le nom introduit frauduleusement dans la raison sociale appartient en réalité à un tiers, cela peut-il avoir à l'égard de celui-ci quelques effets? Une distinction doit être faite. Si le tiers est demeuré étranger à la fraude, elle ne peut évidemment avoir aucune conséquence quant à lui. Il ne peut être poursuivi comme complice de l'escroquerie. En outre, il n'est point tenu des engagements sociaux et n'a pas non plus à réparer le préjudice que l'insertion de son nom dans la raison sociale a pu causer aux tiers en les induisant en erreur. Il en est tout autrement si le tiers a consenti à l'insertion de son nom dans la raison sociale. Il peut alors être poursuivi comme complice de l'escroquerie. Il peut, en outre, être condamné, à titre de dommages-intérêts, à payer les dettes sociales personnellement et solidairement avec les associés (2). Sa responsabilité dérive, non de la qualité d'associé qui ne saurait lui être attribuée, mais du principe général de l'article 1382, C. civ. Il n'est donc pas tenu commercialement et ne saurait être déclaré en faillite.

(1) V. Percerou, *Des abus de la raison sociale* (*Annales de Droit commercial*, 1898, p. 118 à 146).

(2) Le Code de commerce *portugais* de 1888 (art. 153, § 2) dispose que le tiers est responsable solidairement, sans préjudice de la responsabilité criminelle qu'il peut encourir.

Celui dont le nom est inséré dans une raison sociale, a le droit, pour éviter toute difficulté et échapper aux conséquences graves qui viennent d'être indiquées, d'exiger qu'il soit supprimé (1).

154. De ce qui précède résultent notamment les conséquences suivantes :

1. Quand une société en nom collectif continue après la mort (art. 1868, C. civ.) (n^os^ 311 et suiv.) ou la retraite d'un associé, ceux entre lesquels elle subsiste, doivent supprimer dans la raison sociale le nom de l'associé qui a cessé de faire partie de la société (2) (3).

2. Quant l'établissement appartenant à une société en nom collectif est cédé à une société comprenant d'autres personnes, la société cessionnaire ne peut pas fonctionner sous la raison sociale de la société cédante. Sans doute, pour faciliter la transmission de la clientèle, la société cessionnaire peut se servir de la raison sociale de la société cédante pendant un temps fixé par la convention ou déterminé par les juges, mais il doit être indiqué que c'est la raison sociale de la société cédante.

Ces solutions ne sont pas admises par le Code de commerce *allemand* (art. 22 et 24) (4).

3. Quand une société en nom collectif est transformée en société en commandite, à raison de ce que l'un des associés devient commanditaire, le nom de cet associé doit cesser de figurer dans la raison sociale, puisque le nom d'un commanditaire ne peut pas faire

(1) Bordeaux, 17 novembre 1873, D. 1875. 2. 82; S. 1874. 2. 145; *J. Pal.*, 1874. 615 ; *Pand. fr. chr.*.

(2) V. sur le cas de l'associé qui se retire de la société, Besançon, 12 mai 1899, S. et *J. Pal.*, 1903. 2. 199 ; D. 1900. 2. 215 ; *Pand. fr.*, 1901. 2. 362 ; Cass., 19 mars 1902, D. 1902. 1. 494 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 101.

(3) Quelquefois, le nom d'une personne désigne un établissement, comme ferait une enseigne, et non pas la personne pour le compte de laquelle le commerce est exercé : c'est ce qui arrive quand ce nom est distingué du nom de ceux qui gèrent effectivement. On peut citer un exemple bien connu : *Au Bon Marché, maison Aristide Boucicaut* ; cette sorte de dénomination est suivie de l'indication de la nature de la société et des noms des gérants. V. n° 156.

(4) Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, p. 403. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 194 *bis*.

partie de la raison sociale d'une société en commandite (art. 23, 2e alin. et art. 25, C. com.). V. nº 462.

Tout ce qui a été dit des conséquences de l'insertion dans une raison sociale du nom d'une personne qui n'a jamais eu la qualité d'associé (nº 153), s'applique au cas où le nom d'une personne qui a cessé d'être associée, a continué, néanmoins, à faire partie de la raison sociale ; le second cas est de nature à se présenter dans la pratique beaucoup plus souvent que le premier.

155. Ce n'est pas seulement l'insertion de noms de personnes ne faisant pas réellement partie de la société qui doit être prohibée, c'est encore toute indication ou toute omission de désignation de nature à induire les tiers en erreur (1). Ainsi, quand une veuve reste dans une société dont la raison sociale comprenait notamment le nom de son mari, cette raison sociale doit être modifiée par l'insertion du qualificatif de veuve avant le nom du mari. Toute personne intéressée pourrait réclamer cette modification (2).

156. Il faut distinguer de la raison sociale les désignations accessoires tirées de l'objet de la société ou de pure fantaisie (*Au Bon Marché*, *Aux trois Palmiers*). Une désignation de cette nature n'est qu'une sorte d'enseigne, qui peut être jointe à la raison sociale (3), comme elle peut l'être à son nom même par une personne faisant le commerce à titre individuel. Elle se transmet avec l'établissement commercial de la société, soit à une autre société, quelle que soit la nature de celle-ci et quelles que soient les personnes qui en font partie, soit même à un individu exerçant seul le commerce. Elle peut subsister après le décès d'un associé. L'enseigne ou le nom de fan-

(1) Il faut remarquer que ceux qui font le commerce à titre individuel doivent également éviter toute dénomination pouvant produire de la confusion, par exemple avec une autre maison faisant un commerce identique ou analogue. Nous reviendrons sur ce point dans la *huitième partie* de ce traité consacrée à la propriété industrielle, à propos du *nom commercial* et de la *concurrence déloyale* (*Traité de Droit commercial*, X).

(2) Cour de Paris (5e ch.), 21 mars 1887, *Pand. fr.*, 1888. 2. 246 ; *le Droit*, nº du 18 juin 1887.

(3) Trib. comm. Marseille, 8 août 1861, *Journal de Marseille*, 1861. 1. 250.

taisie d'une société en nom collectif n'indique pas les noms des associés et, par suite, dans les cas qui viennent d'être supposés, les tiers ne peuvent pas être induits en erreur. C'est pour cette raison que les sociétés anonymes dans lesquelles aucun associé n'est tenu au-delà du montant de son apport, sont désignées seulement sous une dénomination de cette nature (art. 29 et 30, C. com.). V. n° 679.

157. La raison sociale d'une société en nom collectif est parfois l'objet d'usurpations ou d'imitations. Ces faits constituent des actes de concurrence déloyale donnant lieu seulement à une action en dommages-intérêts en vertu des articles 1382, 1383, C. civ., ou des délits correctionnels punis par les lois du 28 juillet 1824 et du 23 juin 1857. Il n'y a délit correctionnel que lorsque la raison sociale usurpée ou frauduleusement imitée est apposée sur des marchandises. Le délit est puni par la loi de 1824 ou par la loi de 1857, suivant qu'il s'agit d'une raison sociale simple ou d'une raison sociale revêtue d'une forme distinctive (L. 23 juin 1857, art. 1) (1).

158. 2° *De la responsabilité illimitée des associés*. — Pour qu'il y ait société en nom collectif, il faut que tous les associés soient tenus des dettes sociales sur tous leurs biens. Il importe de ne pas se méprendre sur cette condition essentielle. Sans doute, l'obligation illimitée de tous les associés doit exister dans leurs rapports avec les tiers. Mais rien n'empêche qu'il ne soit convenu qu'un ou plusieurs associés ne seront tenus dans leurs rapports avec les coassociés, que jusqu'à concurrence, soit de leurs mises, soit d'une certaine somme (2). Ainsi que cela a été dit plus haut (n° 148), les règles spéciales à la société en nom collectif concernent les rapports des associés avec les tiers. Quand une telle stipulation se trouve

(1) *Traité de Droit commercial*, X (VIII[e] partie relative à la *propriété industrielle*).

(2) Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, t. II, § 63, p. 458.

L'article 105 du Code de commerce *allemand* dispose très bien que la société en nom collectif est celle dans laquelle la responsabilité d'aucun des associés n'est limitée à *l'égard des créanciers sociaux*.

dans un acte de société en nom collectif, l'associé désigné qui a payé une somme dépassant son apport ou la somme fixée, a un recours pour l'excédent contre ses coassociés ; au contraire, ses coassociés qui ont payé des dettes sociales, n'ont aucun reeours contre lui dès qu'il a réalisé son apport ou versé la somme fixée. V. analog. art. 1216, C. civ.

159. 3° *De la solidarité.* — Dans une société en nom collectif, les associés ne sont pas tenus seulement sur tous leurs biens des dettes sociales : ils en sont aussi tenus solidairement (art. 22, C. com.).

La solidarité est certainement au moins de la nature de la société en nom collectif, c'est-à-dire qu'elle existe pour les dettes sociales sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation dans les actes qui y donnent naissance.

Faut-il aller plus loin et admettre que la solidarité est de l'essence de la société en nom collectif, comme la responsabilité illimitée des associés, de telle façon qu'elle ne peut être écartée par une clause de l'acte de société ? La question a été discutée.

On a soutenu qu'une clause insérée dans les statuts peut exclure la solidarité. Tout ce qui n'est pas défendu, a-t-on dit en ce sens, est permis. La stipulation exclusive de la solidarité doit être d'autant plus facilement admise qu'elle est un retour au droit commun (art. 1200, C. civ.).

La solidarité est, au contraire, selon nous, de l'essence de la société en nom collectif ; par suite, la clause excluant la solidarité est nulle et non opposable aux tiers (1). Le nom même de cette société vient de ce qu'à raison de la solidarité, tous les associés ne forment, pour ainsi dire, qu'une seule personne, puisque chacun peut être poursuivi pour le tout. L'argumentation opposée n'aurait de valeur que si, en matière de société, le principe général de la liberté des conventions était admis. Mais il n'en est pas ainsi : la loi a créé des types de sociétés commerciales dont il n'est pas permis de s'écarter.

(1) Pardessus, III, nos 1004 et 1022 ; Molinier, *Traité de Droit commercial*, n° 603 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.), n° 416.

Du reste, ce qui est défendu, c'est la clause exclusive de la solidarité insérée dans les statuts. Il va de soi qu'à propos de chaque opération faite par une société en nom collectif, il peut être valablement stipulé que, pour le contrat spécial dont il s'agit, les associés ne seront pas obligés solidairement. Par là, les règles de la société en nom collectif ne sont pas modifiées.

Plusieurs codes étrangers prohibent formellement la clause exclusive de la solidarité dans l'acte de société. Il en est ainsi des Codes de commerce *allemand* (art. 128) et *hongrois* (art. 88, al. 2) ainsi que du Code *suisse* des obligations (art. 564).

160. D'après une règle traditionnelle, la solidarité paraît devoir être admise, en principe, entre personnes tenues en commun d'une obligation commerciale (1). Aussi pourrait-on au premier abord croire qu'il n'était pas utile que le Code de commerce (art. 22) indiquât la solidarité comme l'un des caractères propres de la société en nom collectif. Cette disposition a, cependant, son utilité à plusieurs points de vue.

D'abord, en l'absence de ce texte, il semble que les associés pourraient sans difficulté stipuler dans l'acte de société qu'ils ne seront pas tenus solidairement. Puis, la solidarité dériverait alors envers les tiers, non de la nature de la société, mais de la nature de l'acte fait par elle ; par suite, elle serait restreinte aux actes de commerce tandis qu'elle existe même pour les actes civils qu'une société en nom collectif peut faire accidentellement, tels que, par exemple, l'achat ou la location d'un immeuble. L'article 22, C. com., admet expressément la solidarité pour tous les engagements de la société.

161. La responsabilité illimitée et solidaire doit exister pour tous les associés, que leurs noms figurent ou ne figurent pas dans la raison sociale (art. 22, C. com.). Il n'en a pas toujours été ainsi. Très anciennement, les associés dont les noms ne faisaient pas partie de la raison sociale, n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises, de telle sorte qu'il y avait une société en commandite quand la raison sociale ne comprenait pas les noms de tous les associés. On lit dans les statuts de Gênes (livre IV, chapitre 12 :

(1) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 38.

Socii sive participes societatis, vel rationis, quorum nomen in eâ expenditur, teneantur in solidum pro omnibus gestis, et ergà omnes, et singulos creditores rationis sive societatis. — Socii vero, seu participes, quorum nomen non expenditur, non intelligantur nec sint in aliquo obligati ultra participationem, aut quantitatem pro quâ participant.

162. La solidarité ne concerne que les rapports des associés avec les tiers, créanciers de la société, non les rapports des associés entre eux (1). Par conséquent, l'associé qui a payé l'intégralité d'une dette sociale, ne peut pas recourir pour le tout contre l'un de ses coassociés. Il doit diviser son recours contre eux, conformément aux principes généraux admis en matière de solidarité, de façon à ne réclamer à chacun dans la dette acquittée qu'une part proportionnelle à sa part sociale (art. 1214, C. civ.).

163. Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il s'agit des rapports des associés comme tels, c'est-à-dire de leurs rapports résultant du contrat même de société. L'associé qui a contracté avec la société, ainsi qu'aurait pu le faire un tiers, ou qui a acquis une créance d'un tiers contre la société, a contre ses coassociés une action solidaire (2). Il n'est même pas tenu de déduire le montant de sa part comme dans le cas où il recourt contre ses codébiteurs après avoir payé la dette solidaire (art. 1214, C. civ.).

(1) Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 66.

(2) Cass., 28 fév. 1857, S. 1859. 1. 509 ; Cass., 11 avril 1883, D. 1883. 1. 318 ; *J. Pal.*, 1859. 215. Bédarride, *Sociétés*, I, n° 167 ; Massé, III, 1960. — Pour la *Belgique*, Namur, II, n° 874; pour l'*Italie*, Vidari, II, n° 83.

Un arrêt de la Cour de Paris du 28 février 1850, S. 1850. 2. 649, a, pourtant, décidé que l'associé qui est en même temps banquier de la société, ne peut, pour le remboursement de ses avances, intenter l'action solidaire qui appartiendrait à un tiers. C'est cette dernière opinion qui parait triompher en Allemagne : Behrend, I, § 77. Ce dernier auteur applique sa solution au cas où un associé est devenu cessionnaire de la créance d'un tiers, comme au cas où une créance est née directement en sa personne ; dans ce cas, l'associé cessionnaire a moins de droit que son cédant. A l'inverse, le même auteur admet qu'un tiers cessionnaire de la créance d'un associé, ne peut agir solidairement contre les associés, parce que le cessionnaire ne peut avoir des droits plus étendus que le cédant, à moins, bien entendu, que la cession ne soit relative à un titre, soit au porteur, soit à ordre.

163 *bis*. L'obligation des associés en nom collectif d'effectuer leurs mises est certainement une obligation commerciale. De plus, ils sont tenus directement envers les créanciers sociaux jusqu'à concurrence de leurs mises et même au-delà.

Tous les associés en nom collectif sont, à raison de cette qualité même, des commerçants. Comme tels, ils sont électeurs et éligibles aux tribunaux et aux Chambres de commerce (L. 8 déc. 1883, art. 1 et 2 ; L. 22 décembre 1871 ; D. 22 janvier 1872) et ils peuvent être déclarés en faillite ou en liquidation judiciaire.

Il résulte aussi de là que, pour devenir associé en nom collectif, il faut être capable d'être commerçant. Aussi un mineur ou une femme mariée ne peut-il entrer dans une société en nom collectif que sous les conditions déterminées par les articles 2 et 4, C. com. (1).

164. Les trois caractères, qui ont été signalées comme étant ceux qui distinguent la société en nom collectif, ne sont pas exigés absolument au même titre. Sans une responsabilité illimitée et solidaire pour tous les associés (nos 158 et 154), il n'y a point société en nom collectif. Au contraire, une société en nom collectif peu incontestablement exister sans qu'il y ait une raison sociale (2). C'est ce qui a lieu lorsque plusieurs personnes se sont associées pour faire des actes de commerce, sans restreindre la responsabilité d'aucune d'elles et ont omis de choisir une raison sociale (3), ou quand, ayant voulu former une association en participation, elles ont eu l'imprudence de faire connaître au public l'existence de leur société (n° 1054). L'absence d'une raison sociale peut seulement alors engendrer des difficultés de fait, lorsqu'il s'agit de savoir si l'acte d'un associé a été fait pour son compte personnel et ne doit, par suite, obliger que lui, ou s'il a été fait pour la société et doit.

(1) Il a été admis (*Traité de Droit commercial*, I, nos 230 et 254) que l'autorisation générale de faire le commerce ne suffit pas pour qu'un mineur ou une femme mariée devienne associé en nom collectif ; il faut une autorisation spéciale d'entrer dans une société de cette nature.

(2) P. Pont, II, nos 1339 et 1340.

(3) V. Cass., 10 août 1859, S. 1860. 1. 29 ; *J. Pal.*, 1860. 425 ; D. 1859. 1. 360.

par suite, obliger celle-ci ainsi que les autres associés (art. 22, C. com.). Aussi peut-on dire qu'à la différence de la responsabilité illimitée et de la solidarité, l'existence d'une raison sociale est de la nature, non de l'essence de la société en nom collectif.

165. *De l'origine de la société en nom collectif.* — La société en nom collectif ne vient pas du Droit romain. En principe, les associés, qui s'engageaient en intervenant tous dans un contrat, n'étaient tenus chacun que pour une part de la dette proportionnelle à leur part sociale. On rencontre seulement dans le Droit romain des sociétés dans lesquelles, à raison de leur objet, les associés étaient tenus solidairement, telles étaient les sociétés de banquiers (*argentarii*) (1).

On a prétendu parfois que la solidarité venait de l'ancienne règle du Droit romain, selon laquelle les personnes qui chargeaient un préposé (*institor*) de la gestion d'un commerce, étaient tenues solidairement envers les tiers ; les associés en nom collectif auraient été considérés comme préposés (*institores*) les uns des autres (2). Mais rien n'indique que telle ait été l'origine historique de la solidarité des associés en nom collectif. Elle ne semble pas, du reste, bien se justifier ainsi logiquement. Car cette prétendue origine de la solidarité n'expliquerait pas comment les associés sont tenus solidairement quand ils s'engagent ensemble envers un tiers. Il est probable qu'on a commencé par admettre la solidarité dans ce dernier cas, en vertu de l'usage commercial favorable à l'obligation

(1) L. 9 pr., L. 27 pr. Dig. *De pactis* (II, 14).

(2) Bornier paraît bien adopter cette idée. Voici ce qu'il dit dans son commentaire sur l'article 7 du titre IV de l'Ordonnance de 1673 : « Quoique régulièrement nulle obligation ne soit solidaire, si les contractants « n'ont renoncé au bénéfice de division, ordre de droit et discussion, il est, « pourtant, vrai qu'en fait d'associés, il n'y a point de bénéfice de division ; « et, quand l'un d'eux emprunte ou achète quoi que ce soit pour la société, « les associés sont obligés solidairement, présents ou absents, le sachant « ou l'ignorant. La raison est pour favoriser par ce moyen le trafic et « afin que les associés ne soient pas contraints de demeurer toujours en « même lieu pour s'obliger tous. C'est pour cela qu'ils sont réputés « entr'eux, instituteurs, exerciteurs, préposés et maîtres ». Bornier cite d'anciens arrêts des Parlements de Paris et de Toulouse qui ont admis la solidarité entre les associés avant l'Ordonnance de 1673.

solidaire des personnes qui s'obligent ensemble et qu'on est arrivé seulement ensuite à reconnaître qu'il y aurait aussi solidarité dans le cas même où un seul des associés s'oblige au nom des autres. On trouve les règles de la société en nom collectif, telle qu'elle est connue actuellement, dans les statuts des villes italiennes au moyen-âge. Peut-être la société en nom collectif est-elle directement issue des associations familiales et les premières sociétés de cette sorte ont-elles été celles qui existaient entre les frères continuant à vivre en commun et à gérer un commerce que leur provenait de leur père (1).

II. — De la constitution de la société en nom collectif.

166. Deux catégories de conditions sont requises pour la constitution de la société en nom collectif, comme, du reste de toute société : les unes sont des conditions de fond, les autres des conditions de forme.

Les conditions de fond sont, d'abord, les conditions générales qui sont exigées pour l'existence de toute société (n^os^ 12 et suiv.), puis les conditions spéciales qui tiennent aux caractères distinctifs de la société en nom collectif (n^os^ 149 et suiv.). V. pour la capacité, n° 163 *bis*.

167. Les conditions de forme consistent :

1° Dans la rédaction d'un écrit constatant la formation de la société et les règles qui doivent la régir ;

2° Dans des formalités de publicité ayant pour but de faire connaître aux tiers la création de la société et le mode de son fonctionnement.

Au reste, ces deux conditions ne sont pas spéciales aux sociétés en nom collectif. Elles sont exigées pour toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation (art. 50, C. com.). Sauf quelques différences de détail, les formalités de publicité sont, en général, les mêmes quelle que soit la nature de la société.

(1) Consulter sur les origines de la société en nom collectif (*offene Gesellschaft*), Goldschmidt, *Lehrbuch des Handelsrechts* (3^e^ édit.), I, p. 271 à 290.

Ces deux conditions se justifient par des considérations décisives.

Si les actes de commerce peuvent, en principe, être prouvés par tous les moyens, spécialement par témoins ou présomptions (art. 109, C. com.; art. 1341, C. civ.), c'est parce qu'ils se concluent rapidement et que la nécessité de la rédaction d'un écrit aurait été fort gênante (1). Une société ne se forme pas aussi vite ; la formation en donne lieu à des négociations, à des discussions ; les parties ont le temps de dresser un écrit, cela est d'autant plus utile que la société doit produire ses effets ordinairement pendant une série d'années : il y aurait de grandes difficultés s'il fallait, en cas de contestation, recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions de fait pour établir les termes de l'arrangement intervenu entre les associés.

Quant aux formalités de publicité, elles mettent les tiers y ayant intérêt à même de savoir facilement que la société a été constituée, qu'une personne juridique a pris naissance : elles leur font connaître les personnes chargées d'agir pour la société, leurs pouvoirs, la durée de la société et, en général, toutes les clauses dont les tiers ont intérêt à avoir connaissance. Grâce à ces formalités, toute contestation est évitée sur le point de savoir si les tiers ont connu ou non les statuts. Deux présomptions absolues en sens inverse sont admises. Les formalités de publicité ont-elles été remplies ? Tout le monde est réputé connaître les statuts. N'ont-elles pas été remplies ? Tout le monde est réputé les ignorer (2).

168. 1° DE LA CONSTATATION DE LA SOCIÉTÉ PAR ÉCRIT. — Cette double condition d'un écrit et de formalités de publicité n'a pas toujours été exigée en France pour les sociétés en nom collectif et elle ne l'est pas actuellement dans tous les pays pour les sociétés du même genre.

En France, la nécessité d'un écrit paraît avoir été consacrée pour la première fois par l'Ordonnance de 1673, dont l'article 1 (titre IV) dispose : « Toute société *générale* ou en commandite sera rédigée « par écrit ou par devant notaire, ou sous signature privée ; et ne

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 10, et III, n° 46.

(2) Cpr., sur cette double présomption légale, Cass., 19 avril 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 289.

« sera reçue aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu « en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit, avant, « lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît d'une somme ou d'une « valeur moindre de cent livres. » Les articles 39 et 41, C. com., reproduisent cette disposition. Un écrit est aussi exigé par la loi *belge* de 1873 (art. 4), par les Codes de commerce *hollandais* (art. 22), *italien* (art. 87, 1er alin.), *roumain* (art. 88, 1er alin.), *portugais* (art. 113). En *Allemagne* (1), en *Grande-Bretagne* (pour les *partnerships*) et en *Suisse*, cette exigence n'existe pas.

169. Les règles relatives à l'acte constitutif ne sont pas exactement les mêmes pour les sociétés civiles et pour les sociétés de commerce, spécialement pour la société en nom collectif (2).

D'après l'article 1834, C. civ., *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.*

Cette disposition ne fait assurément pas de la société civile un contrat solennel. Elle applique seulement à ce contrat les règles générales sur les preuves (art. 1341 et suiv., C. civ.). Il résulte de là : 1° que la preuve de la société est toujours possible par l'aveu ou le serment ; 2° qu'elle peut aussi se faire même par témoins ou à l'aide de présomptions de fait lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 et 1353, C. civ.).

Il faut même, pour que la preuve par témoins et les présomptions de fait soient écartées, que l'*objet de la société* excède 150 fr. Cette expression ne désigne assurément pas ici, comme dans l'article 1833, alin. 1, C. civ., le but de la société, mais la réunion des apports des associés, c'est ce qu'on appelle souvent le capital social (3). V. n° 170.

(1) Le Code de commerce *allemand* ne contient sur ce point aucune disposition. La raison en est que, d'après le Code civil *allemand* de 1896, la règle générale est que les actes juridiques ne sont soumis, pour leur constatation, à aucune forme spéciale. Mais, lorsque l'apport d'un associé a pour objet un immeuble, il y a lieu de tenir compte de l'article 313 du Code civil *allemand* qui soumet à des formes particulières tout acte par lequel une personne s'oblige à transférer la propriété d'un immeuble.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 50.

(3) Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 378 et note 2.

D'ailleurs, l'acte de société peut être indifféremment *authentique*, ou *sous seing privé* (1). Un acte notarié n'est nécessaire que lorsque le contrat contient des clauses ou conventions pour lesqeelles l'intervention d'un notaire est exigée, par exemple lorsqu'un apport d'un brevet d'invention est fait par un associé (L. 5 juillet 1844, art. 20) ou lorsqu'une hypothèque sur un immeuble est constituée ou que le pouvoir d'en constituer une est conféré au gérant (2).

Dans le cas où l'acte de société est sous seing privé, il y a lieu, par cela même que la société est un contrat synallagmatique, de dresser autant d'originaux qu'il y a d'associés et de mentionner sur chacun d'eux le nombre des originaux dressés (art. 1325, C. civ.).

L'exclusion de la preuve par témoins et des présomptions de l'homme est la sanction de l'obligation de dresser un écrit. Cette obligation n'existe évidemment que pour les associés. Aussi va-t-il de soi que les tiers qui y ont intérêt, peuvent établir l'existence de la société par tous les moyens possibles (3). V° 173.

170. Le Code de commerce pose une règle analogue pour les sociétés en nom collectif. Selon l'article 39, *les sociétés en nom collectif doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant dans ce dernier cas à l'article 1325, C. civ.*

Le Code de commerce ne subordonne pas, comme le Code civil (art. 1834), l'exigence d'un écrit à la condition que l'objet de la société excède 150 francs. Au reste, on ne conçoit guère que, dans une société, le montant des apports réunis ne dépasse pas cette

(1) Toutes les lois étrangères qui exigent un écrit (n° 168), laissent à cet égard l'option. On verra qu'au contraire, la plupart exigent, à la différence de la loi française du 24 juillet 1867 (art. 1er et 21, al. 2), un acte authentique pour les sociétés anonymes et en commandite par actions.

(2) Laurent, *Principes de Droit civil*, XXVI, n° 180 ; Pont, II, n° 1117. V. nos 132 à 185. L'article 69, ajouté à la loi du 24 juillet 1867, d'après lequel le pouvoir de constituer hypothèque peut être donné dans un acte de société sous seings privés, n'est fait, d'après ses termes formels, que pour les sociétés de commerce.

(3) Il est admis qu'en général, les règles restrictives concernant la preuve testimoniale et les présomptions de fait ne sont pas opposables aux tiers qui veulent faire la preuve d'un acte auquel ils n'ont pas été parties.

somme ; aussi cette petite différence n'a-t-elle qu'une portée théorique.

Il n'est pas aisé de déterminer le sens exact de cette disposition. Aucun auteur et aucune décision judiciaire n'en ont conclu que la société en nom collectif est un acte *solennel* dans le sens absolu du mot. Car, lorsqu'un acte a ce caractère, il est nul ou inexistant à l'égard des tiers comme des contractants, si les formes requises par la loi n'ont pas été observées. Or, il est reconnu sans difficulté que l'exigence d'un écrit ne peut pas être invoquée contre les tiers, de telle sorte que, malgré l'absence d'écrit, la société est valable et peut être prouvée par eux à l'aide de tous les moyens (n^os^ 169 et 173).

Pour fixer la portée de l'article 39, C. com., il faut distinguer les rapports des associés entre eux et les rapports des associés avec les tiers.

171. Dans les rapports des associés entre eux, l'écrit est sans doute exigé ; mais cela n'implique point que la société en nom collectif soit un acte solennel. L'article 39, C. com. a tranché seulement, comme l'article 1834, C. civ., une question de preuve. Les termes de l'article 39 ne sont pas plus impératifs que ceux de l'article 1834, C civ. ou que ceux de l'article 1341, C. civ. On ne doit pas admettre facilement des actes solennels, surtout en matière commerciale où il est déjà exceptionnel (art. 109, C. com.) que la liberté des preuves soit restreinte par l'exigence d'un écrit.

Cette solution est, du reste, conforme à l'origine même de l'article 39, C. com. Cette disposition a été reproduite de l'Ordonnance de 1673 (n° 168). Sous l'empire de cette Ordonnance, on considérait qu'il y avait seulement, pour les sociétés, une application des règles restrictives de la preuve par témoins, consacrées par les anciennes ordonnances et reproduites par l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667. Bornier s'explique ainsi sur l'article 1 (titre IV) de l'Ordonnance de 1673 : « Néanmoins, l'Ordonnance exclut la « preuve par témoins, conformément à l'article 57 de celle de Mou- « lins, sur lequel Borderius Bossellus dit que cette ordonnance se « doit entendre des obligations qui naissent du contrat et il allègue « l'exemple de la société (1) ».

(1) Jousse donne aussi de l'article de l'Ordonnance de 1673 une explica-

Il résulte de là que, selon nous, à défaut d'écrit, la société en nom collectif, dont l'existence est contestée entre les prétendus associés, peut être prouvée : *a*, par l'aveu ou par le serment ; *b*, même par témoins ou par présomptions de fait, s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.) (1).

Toutefois, quand l'existence de la société est prouvée seulement par l'un de ces derniers moyens, la société peut être annulée pour un motif étranger à l'absence d'écrit. Les formalités de publicité prescrites par la loi (art. 55, L. 24 juillet 1867) supposent un acte de société authentique ou sous seing privé, puisqu'elles consistent notamment dans le dépôt de l'acte de société au greffe du tribunal de commerce et au greffe de la justice de paix du siège social. Par suite, quand il n'y a pas d'écrit, il y a nécessairement défaut de publicité, ce qui est une cause de nullité. Mais la nullité pour défaut de publicité n'équivaut pas à l'inexistence de la société, tandis qu'en réalité, la société doit être considérée comme inexistante quand elle n'est pas prouvée : *Idem est non esse aut non probari.* La société nulle pour défaut de publicité est considérée, dans les rapports entre les associés, comme une société dissoute ; elle doit, en conséquence se liquider entre eux, conformément à l'acte de société. Il ne nous semble pas qu'on puisse adopter cette solution si équitable dans le cas où l'existence de la société n'est pas prouvée, faute d'écrit (2). V. n° 172.

172. Des auteurs ont soutenu que l'écrit est exigé entre les parties *ad solemnitatem*, non *ad probationem* (3). Ils prétendent le

tion qui paraît concordante. Il dit : « Si l'on s'en rapportait aux paroles des « associés ou des témoins, il n'y aurait le plus souvent dans les contrats de « société aucune certitude, et les jugements qui interviendraient à cet « égard, seraient sujets à trop d'inconvénients. »

(1) Paris, 26 janvier 1883, D. 1886. 1, 303.

(2) La Cour de cassation consacre une doctrine contraire ; elle admet que l'exigence d'un écrit s'applique quand il s'agit de lier les parties pour l'avenir, non quand il s'agit de prouver que la société a existé et d'arriver à la liquidation des opérations faites en commun. La Cour suprême considère la société comme une société de fait pour le passé. Cass., 28 février 1899, S. et J. Pal., 1900. 1. 22 ; D. 1899. 1. 447 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 245. V. n° 172 et note 1 de la page 165.

(3) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1110.

déduire de ce que l'existence d'un écrit est une condition nécessaire des formalités de publicité que prescrivait l'article 42, C. com. et que prescrit aussi la loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv.). Il y a là une confusion entre deux vices différents, l'absence d'écrit et l'accomplissement des formalités de publicité.

Au reste, les auteurs qui admettent, en principe, que l'écrit est exigé *ad solemnitatem* dans les rapports entre les associés, ne peuvent s'empêcher d'adopter des distinctions qui atténuent sans doute le caractère exorbitant de leur doctrine, mais qui paraissent en même temps en prouver la fausseté. Ils reconnaissent bien que la société ne peut être prouvée, à défaut d'écrit, par aucun moyen, en tant qu'il s'agit d'en constater l'existence actuelle et d'établir la force obligatoire du contrat pour le présent et pour l'avenir. Mais ils admettent en même temps que la preuve peut être faite par tous les moyens quand il s'agit de mettre un terme à la société et de répartir entre les associés les bénéfices et les pertes qui doivent être distribués conformément aux clauses de l'acte de société (1). Ils insistent surtout sur ce qu'il y aurait d'inique à laisser tous les bénéfices à celui qui se trouve les détenir entre ses mains, et sur ce que, l'omission de l'écrit étant également imputable à toutes les parties, toutes doivent subir également les conséquences de la faute commune.

Il est impossible d'expliquer en droit comment un acte à considérer comme inexistant parce qu'une condition essentielle de forme n'a pas été observée, peut-être invoqué et prouvé par tous les moyens à raison des conséquences iniques que produirait son inexistence. En cette matière, il faut opter, considérer l'écrit comme exigé, soit *ad probationem*, soit *ad solemnitatem*. Un système intermédiaire, quelqu'équitable qu'il puisse paraître ne saurait se comprendre à défaut de texte autorisant à l'admettre (2).

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1113. Cette solution a parfois été adoptée à propos de sociétés de commerce formées entre personnes non mariées vivant ensemble comme mari et femme. V. spécialement Lyon, 8 mars 1889, *le Droit*, n°s des 1-2 avril 1889.

(2) L'article 4 de la loi *belge* du 18 mai 1873 exige, pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, un écrit *à peine de nullité*.

173. Un litige sur l'existence d'une société non constatée par écrit peut s'élever entre les associés et des tiers. La preuve par d'autres moyens est-elle alors possible ? Il faut distinguer suivant que ce sont les associés eux-mêmes ou les tiers qui se prévalent de l'existence de la société.

Les associés, à défaut d'écrit, ne peuvent invoquer une autre preuve contre les tiers. Par exemple, ils ne pourraient écarter le créancier personnel de l'un d'entre eux qui saisirait un immeuble de son débiteur, en offrant de prouver que cette immeuble a été apporté par lui à la société (1).

Au contraire, les tiers qui ont intérêt à se prévaloir de l'existence de la société, peuvent l'établir par tous les moyens ; ils ne doivent pas souffrir de la négligence des associés. Cette solution se déduit logiquement de ce que, pour nous, l'article 39, C. com., pose une règle de preuve analogue à celle des articles 1834 et 1341, C. civ. V. n° 171. Cependant, les auteurs qui regardent l'écrit comme exigé *ad solemnitatem* adoptent la même solution (2). Elle est consacrée par la jurisprudence (3).

M. Pirmez, dans son rapport à la Chambre des Représentants, dit : « La société commerciale est un *contrat solennel* qui est nul *defectu formae* en l'absence de l'acte écrit qui est de son essence ». Il résulte bien de là qu'en *Belgique*, on ne saurait admettre comme moyens de preuve d'une société ni le serment ou l'aveu, ni la preuve testimoniale ou les présomptions de l'homme fondées sur un commencement de preuve par écrit. Cependant, l'article 4, 3e alin., dispose, « *qu'entre les associés, la nullité n'opère qu'à* « *dater de la demande tendant à la faire prononcer* ». Cela revient à dire que, si une société formée sans écrit a fait des opérations pendant un certain temps, la preuve de son existence dans le passé peut être établie par un associé à l'encontre des autres à l'aide de tous les moyens de preuve. M. Namur (*Code de commerce belge revisé*, t. II, n° 809) fait observer avec beaucoup de raison que, par suite, il est rigoureusement inexact de dire que la société commerciale est un contrat solennel. Cpr. ci-dessus note 2 de la page 164.

(1) Cass., 24 nov. 1905, D. 1906. 1. 221 ; *Pand. fr.*, 1906. 1. 115.

(2) Pont, II. n° 1117.

(3) Besançon, 9 juin 1859, D. 1859. 2. 166 ; Cass , 23 fév. 1875, D. 1875. 1. 370 ; S. 1876. 1. 473 ; *J. P.*, 1876. 1190 (L'Administration de l'enregistrement, étant un tiers vis-à-vis de la société dont elle a à prouver l'existence pour la perception de certains droits, peut établir cette existence autrement que par un acte constitutif). Ch. req., 21 mars 1878, C. 1878. 1.

Les tiers ont donc le choix ou d'accepter la société telle qu'elle s'est formée ou d'en rejeter l'existence.

174. Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'il y a un grand intérêt pratique à déterminer quelles personnes doivent être considérées comme des tiers. Ce sont toutes celles qui n'ont pas été parties au contrat de société et qui n'ont pas non plus succédé, comme ayants-causes à titre universel, aux parties.

Les créanciers sociaux sont donc des tiers. Ils ont intérêt à établir l'existence de la société, afin de se faire payer sur les biens sociaux à l'exclusion des créanciers personnels de la société (n° 109).

Il faut aussi ranger parmi les tiers :

L'*Administration de l'enregistrement*. On a tiré de là deux conséquences en sens contraire :

a. L'administration de l'enregistrement peut prouver par tous les moyens qu'une société a été formée, afin de percevoir les impôts divers auxquels la constitution d'une société donne lieu (1).

b. On ne peut pas prouver, à défaut d'écrit l'existence d'une société à l'encontre de l'Administration de l'enregistrement qui se trouve avoir intérêt à ce que les prétendus associés soient considérés comme de simples copropriétaires (2).

c. Enfin, le ministère public est également un tiers. Il peut donc prouver par tous les moyens l'existence d'une société, afin d'arriver à faire condamner un associé comme banqueroutier frauduleux (3).

456 (L'arrêt fait très nettement la distinction entre les deux cas et décide que l'article 1834, C. civ., ne concerne que les rapports des associés entre eux). Cass., 2 janv. 1906, D. 1906. 1. 208 ; *Pand. fr.*, 1906. 1. 224; *Revue des sociétés*, 1906. p. 192 ; *Journal des sociétés*, 1906, p. 274. V. aussi l'arrêt cité à la note 1 de la page 167.

Le Code de commerce des *Pays-Bas* (art. 22) dit expressément, après avoir exigé un écrit : *sans que le défaut d'un acte puisse être opposé aux tiers*. La loi *belge* de 1873 (art. 4, 3e alin.) consacre la même solution. V., sur ce dernier point, la note 2 de la page 165.

(1) Cass., 9 avril 1875, S. 1876. 1. 473, *J. Pal.*, 1876. 1190 ; D. 1876. 1. 473.

(2) Cass., 19 janv. 1881, S. 1882. 1. 275, *J. P.*, 1882. 651. V. note 2 de la page 139.

(3) Crim. rej., 11 avril 1806, S. (*Collection nouvelle*), à sa date. Mais, au contraire, la preuve d'une société ne peut être faite par témoins ou par

175. Tout ce qui a été dit relativement à la preuve de la société elle-même, s'applique également à la preuve des clauses de l'acte de société, quand, l'existence de celle-ci n'étant pas contestée ou, ce qui revient au-même, étant établie, il y a discussion sur le point de savoir si telle ou telle convention spéciale est intervenue entre les associés.

175 *bis*. D'après l'article 41, C. com., *aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 francs*. Il n'y a là qu'une reproduction de l'article 1341, al. 2, C. civ. Cette reproduction peut encore être invoquée pour prouver que l'article 39 n'exige un écrit que *ad probationem*.

176. La loi exige, non un écrit quelconque, mais un acte authentique ou sous seing privé. Il est donc certain que l'existence d'une société en nom collectif ne peut être prouvée par la correspondance (1), à moins que les lettres échangées ne soient assez précises pour qu'on y trouve un aveu extrajudiciaire.

L'acte constitutif peut, d'ailleurs, en principe, être indifféremment un acte authentique ou un acte sous seing privé. En fait, pour éviter les frais qu'entraînent avec eux les actes notariés, on dresse le plus souvent des actes sous seing privé (2).

présomptions de fait à l'encontre du Ministère public. Cpr. Cass., 24 nov. 1905, D. 1906. 1. 221 ; *Pand. fr.*, 1906. 1. 115.

(1) On discute sans doute sur le point de savoir si les contrats maritimes peuvent être prouvés par la correspondance : mais les articles du Code de commerce concernant ces contrats (art. 273 et 332), à l'exception de l'article 311 relatif au prêt à la grosse, disposent que ces contrats doivent être rédigés par *écrit*, sans viser expressément, comme le fait l'article 39, *l'acte* authentique et *l'acte* sous seing privé. V. *Traité de Droit commercial*, V. n° 642 et VI, n° 1178.

La loi *belge* de 1873 (art. 4, 1er alin.) veut qu'il y ait un acte *spécial*, c'est-à-dire un acte ayant directement pour objet d'établir la société. « La « loi, a dit le rapporteur de la Chambre des Représentants, écarte les « inductions que l'on voudrait tirer des énonciations d'une correspon- « dance ».

(2) Jousse constatait qu'il en était déjà ainsi sous l'Ordonnance de 1673. Il ajoutait : « Il serait quelquefois avantageux de les faire (les sociétés) « par devant notaires, pour acquérir de la part des associés une hypothèque

177. La forme authentique visée par l'article 39, C. com., est évidemment la forme notariée. L'acte de société passé par devant notaire doit être dressé en minute. Il n'y a pas là un de ces *actes simples* qui peuvent être reçus en brevet (Loi du 25 ventôse an XI, art. 20). Au reste, les notaires n'ont pas à délivrer l'expédition des brevets et l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867 suppose bien qu'il doit pouvoir être délivré des expéditions des actes de société, en exigeant le dépôt d'une expédition de l'acte, s'il est notarié, aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société. L'article 44, C. com., abrogé par la loi de 1867, supposait la même chose, car il parlait de l'extrait de l'acte de société signé par un notaire.

178. Quant à l'acte sous seing privé, l'article 39, C. com. exige, en faisant une application de l'article 1325, C. civ., qu'il soit fait autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, c'est-à-dire d'associés, et que le nombre des originaux dressés soit mentionné sur chacun d'eux. Cette disposition s'est incontestablement trouvée modifiée, au point de vue du nombre des originaux exigés, par la loi du 24 juillet 1867 (art. 55), qui prescrit le dépôt de deux originaux aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix du lieu dans lequel la société a son siège, tandis que le Code de commerce (art. 42) prescrivait le dépôt d'un simple extrait. Mais quelle est exactement la modification apportée par là à l'article 39, C. com. ?

Le plus simple est d'appliquer simultanément les deux dispositions. Il faut autant d'originaux qu'il y a d'associés pour satisfaire à l'article 39, C. com., et il faut, en outre, deux originaux pour les formalités de publicité. Cette dernière exigence est étrangère à la preuve ; celle-ci est complète par l'observation de l'article 39, Code civil.

On a soutenu, au contraire, qu'aujourd'hui, trois originaux suffisent, quel que soit le nombre des associés ; deux serviraient aux formalités de publicité et le troisième serait déposé au siège social.

« sur les biens les uns des autres ». Cette utilité de l'acte notarié n'existe plus, ni pour la société, ni pour aucun autre contrat ; car le Code civil n'admet pas que la forme notariée entraîne par elle seule une hypothèque sur les biens du débiteur.

On argumente par analogie de la solution donnée par la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés anonymes et en commandite par actions (art. 1er, dern. al., et art. 21). Le dépôt au siège social assure la conservation de l'acte, le met à la disposition des associés et rend par suite sans objet les exigences de l'article 39, C. com. (1).

Cette doctrine doit être repoussée. Elle confond d'abord la question de preuve et la question de publicité : la première est réglée par l'article 39, C. com., la seconde par les articles 55 et s. de la loi de 1867. Si les dispositions de cette loi qu'on invoque écartent la formalité des doubles, c'est uniquement pour les sociétés par actions (anonymes ou en commandite) ; elles s'expliquent par des motifs spéciaux et ne peuvent, par conséquent, être étendues aux sociétés en nom collectif. Dans les sociétés par actions, le nombre des associés est souvent si considérable qu'il serait très compliqué et gênant de dresser des originaux en nombre égal ; il n'y a rien de semblable dans les sociétés en nom collectif dont les membres sont toujours peu nombreux. De plus, par l'article 1er, dern. al., de la loi de 1867, le législateur voulait trancher une controverse qui s'était élevée pour la commandite par actions ; on se demandait si deux originaux ne suffisaient pas, l'un pour les commandités, l'autre pour les commanditaires. Aucune question analogue n'avait été discutée pour la société en nom collectif. Enfin, l'article 63 de la loi du 24 juillet 1867 est formel et n'exige la conservation d'un exemplaire de l'acte de société au siège social que pour les sociétés anonymes et en commandite par actions.

179. Le dépôt aux greffes peut, toutefois, rendre les intéressés non recevables à se prévaloir de l'inobservation de la formalité des doubles. Pour comprendre cette solution, il faut se référer à l'article 1325, C. civ., dont l'article 39, C. com., fait une application aux sociétés de commerce.

D'après l'article 1325, al. 4, C. civ., le défaut de mention du nombre des originaux ne peut plus être opposé par celui qui a exécuté le contrat et on reconnaît sans difficulté que l'exécution couvre aussi l'irrégularité résultant de ce que l'acte n'aurait pas été

(1) Pont, *op. cit.*, II, n° 1122.

fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (1). On admet aussi que le dépôt d'un acte sous seing privé, entaché d'une de ces deux irrégularités, équivaut à l'exécution pour la partie qui a effectué le dépôt (2). On peut donc reconnaître que la remise aux greffes dans les termes de la loi de 1867 équivaut à un acte d'exécution. Si cette remise a été faite par tous les associés ou, conformément à ce qui a lieu le plus souvent, par quelqu'un qui en avait été chargé par tous les associés, ceux-ci sont non recevables à se prévaloir de l'irrégularité ; cela est raisonnable, parce qu'ils ont ainsi montré que, pour eux, il y avait un contrat définitif, non un simple projet.

180. L'intérêt pratique des questions qui viennent d'être discutées est bien diminué, si l'on admet avec nous (n° 171) qu'une société de commerce peut être prouvée par témoins ou par présomptions de fait, quand il y a un commencement de preuve par écrit. L'acte sous seing privé, qui ne fait pas preuve complète à raison de l'inobservation de l'article 1325, C. civ., vaut au moins, selon la jurisprudence (3) et la doctrine la plus générale (4), comme commencement de preuve par écrit.

181. Si le Code de commerce exige un écrit pour la formation de la société en nom collectif, il n'énumère pas du moins, comme il l'a fait pour les contrats maritimes (art. 273, 311 et 332), les énonciations que l'écrit doit contenir. Le principe général à poser, c'est que l'acte de société doit renfermer toutes les dérogations que les parties entendent apporter aux dispositions légales interprétatives de leur volonté.

Quelques Codes étrangers ont, au contraire, énuméré les mentions à insérer dans l'acte de société (5). Une énumération de cette sorte

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analyt. de Code civil*, V. n° 288 *bis*, IX.

(2) Aubry et Rau, VIII (4e édit.), § 756 et note 43 ; Demolombe, XXIX, n° 442.

(3) Cass., 28 nov. 1864, S. 1865. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1865 ; *Pand. fr. chr.*

(4) Aubry et Rau, VIII (4e édit.), § 756, et note 38 ; Colmet de Santerre, V. n° 288 *bis*, X ; Pont, *Revue critique de législation*, 1864, p. 481 et suiv. V. pourtant Demolombe, XXIX, n° 426.

(5) Code de commerce *italien*, art. 88 ; Code de commerce *roumain*,

n'est pas vraiment utile : d'abord, elle n'est pas limitative, puis, il est hors de doute que l'omission d'une mention n'empêche pas la société d'exister valablement.

182. Les parties ont, comme il a été dit plus haut (nº 196), le choix entre la forme authentique et la forme privée pour l'acte de société. Mais n'y a-t-il pas des cas où, à raison de la nature de clauses spéciales, il est nécessaire, pour la validité de ces clauses, de recourir à un acte authentique ? Cette question peut se poser notamment : 1º quand les associés veulent donner au gérant le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux ; 2º quand un associé fait apport d'un brevet d'invention.

183. 1º Larticle 2127, C. civ., exige que la constitution d'hypothèque sur un immeuble soit faite par acte notarié. La jurisprudence, combinant cette disposition avec le principe incontesté, selon lequel on doit observer, pour le mandat, les formes prescrites pour l'acte que le mandat a pour objet, admet que le mandat de constituer une hypothèque immobilière doit lui être donné par acte notarié (1). Elle en tirait, avant la loi du 1er août 1893, cette conséquence que l'acte de société devait être passé par devant notaires quand le gérant y recevait le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux (2). Cette solution, quelque peu contestée (3), était conforme aux principes.

art. 89 ; Code de commerce *espagnol*, art. 125 ; Code de commerce *portugais*, art. 114.

(1) Cass., 15 nov. 1880, S. 1881. 1. 253 ; *J. Pal.*, 1881. 613.

(2) Cass., 23 déc. 1885, S. 1886. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 353 ; *Pand. fr. chr.* Cet arrêt a été rendu à propos d'une société en commandite. Mais il va de soi que la question était la même pour toutes les espèces de sociétés et qu'en conséquence, les décisions rendues à propos des sociétés en commandite et anonymes pouvaient être indiquées à propos des sociétés en nom collectif.

(3) Rataud, *Examen doctrinal de jurisprudence, Revue critique de législation*, 1882, p. 211.

On a, cependant, soutenu que, même dans ce cas, l'acte de société pouvait être sous seing privé. A l'appui de cette doctrine, deux arguments d'ordre différent étaient invoqués. Le gérant, a-t-on dit, identifie sa personne avec celle de la société ; c'est comme si la société agissait elle-même (Rataud, *loc. cit.*). Mais on peut dire la même chose de tout mandataire et la circonstance qu'ici, le mandataire est intéressé dans les opérations.

Par dérogation au principe général qui vient d'être rappelé, la loi du 1er août 1893 admet que, dans toutes les sociétés de commerce, le pouvoir de constituer hypothèque sur les immeubles sociaux peut être donné par acte sous seings privés. L'article 69, ajouté à la loi du 24 juillet 1867, par la loi de 1893, est ainsi conçu : *Il pourra être constitué hypothèque au nom de toute société commerciale* (1) *en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé, ou de 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, C. civ.* — Cette disposition a pour but d'économiser à la société les frais qu'occasionne nécessairement un acte notarié.

184. 2° La loi du 5 juillet 1844 (art. 20) exige que les cessions de brevets d'invention soient faites par acte notarié. L'apport d'un

qu'il s'engage personnellement, ne changeait rien à la situation. L'argument n'aurait eu de valeur que si le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux appartenait au gérant en vertu de sa seule qualité ; or, il n'en est pas ainsi, ce pouvoir doit lui être conféré par une clause expresse. Un argument plus spécieux a été présenté : pour déterminer la forme d'un acte, il faut s'attacher à son objet principal, abstraction faite des dispositions accessoires qu'il peut contenir. L'objet principal de l'acte social est la constitution même de la société ; le législateur n'exige pas la forme authentique pour l'acte social, cette forme ne devait pas être nécessaire, quand même l'acte contiendrait telle ou telle clause accessoire qui, si elle se présentait seule, exigerait l'intervention d'un notaire (V. note de M. Labbé, S. 1889. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 353). Il faudrait un texte pour fonder la règle générale dont on veut faire une application ; il ne suffit pas de citer le cas particulier prévu par l'article 1973, C. civ. On avait invoqué une autre solution incontestée. Le contrat de mariage n'a pas été soumis par la loi du 21 juin 1843 à la nécessité de la présence effective du second notaire ou des deux témoins, imposée pour d'autres actes spécialement pour les donations. La jurisprudence admet que le contrat de mariage est affranchi de cette exigence spéciale, même quand il contient des donations, Lyon, 1er juin 1883, S. 1884. 2. 153 ; *J. Pal.*, 1884. 1. 864. La même solution doit être admise sous l'empire de la loi du 12 août 1902 modifiant les lois du 25 ventôse an IX et du 25 juin 1843. Cette solution, que nous approuvons, ne peut être généralisée, parce qu'elle dérive de la volonté formellement exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires de la loi de 1843.

(1) Cette disposition de faveur qui déroge aux principes généraux du droit est donc sans application aux sociétés civiles (n° 177).

brevet constitue une cession (n° 21); faut-il par suite, admettre que, lorsqu'un associé apporte un brevet, l'acte de société doit être notarié ? La question doit être résolue dans le sens de l'affirmative, si l'on admet avec nous que l'objet principal d'un acte ne peut pas faire dispenser de l'authenticité, quand cet acte contient des conventions accessoires de nature à la faire exiger (n° 183, et note 3 de la page 172). Mais la nécessité d'un acte notarié doit être écartée, si l'on reconnaît avec la jurisprudence que l'apport d'un brevet à une société ne constitue pas une cession dans le sens de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1884 (n^os^ 21 et 134).

185. Au surplus, il va de soi que si, dans le cas qui vient d'être prévu (n° 184), on s'était borné à dresser un acte sous seing privé, il n'y aurait nullité que relativement à la convention ou à la clause pour laquelle l'authenticité est requise. Par conséquent, la société et toutes les conventions qui s'y rattachent étroitement, se trouveraient prouvées conformément à l'article 39, C. com.

186. Il a été dit plus haut (n° 80), qu'au cas où une société est formée entre deux personnes, dont l'une est successible de l'autre, il faut que la société soit constatée par acte authentique (art. 854, C. civ.). Cette condition spéciale de forme n'est requise, ni pour la validité ni pour la preuve de la société ; elle l'est seulement pour que l'héritier qui a été l'associé du défunt ne soit pas tenu de faire le rapport des bénéfices tirés par lui de la société.

187. Il va de soi que la nécessité d'un écrit existe pour les modifications apportées au contrat originaire de société comme pour ce contrat lui-même. Le Code civil (art. 1866) applique cette règle à la prorogation des sociétés civiles.

Du reste, il n'est pas exigé que l'acte modificatif soit fait exactement dans la même forme que le contrat originaire. Ainsi, l'acte modificatif pourrait être sous seing privé, alors que, pour les statuts, un acte notarié avait été dressé ou à l'inverse.

187 *bis*. Il ne faut pas confondre avec le contrat de société la promesse de former une société contractée par une ou plusieurs personnes. Cette promesse n'est soumise, au point de vue de la preuve, à aucune règle spéciale. En conséquence, quand elle a le

caractère commercial, la preuve peut en être faite par tous les moyens (1).

188. 2° De la publicité. — Le Code de commerce ne se borne pas à exiger un écrit pour la preuve de la société en nom collectif ; il prescrit en outre, pour cette société, comme, du reste, pour toutes les sociétés de commerce autres que la société en participation (2), l'accomplissement de formalités destinées à porter à la connaissance des tiers l'existence de la société et les clauses principales de l'acte social. Les sociétés de commerce autres que la société en participation sont des personnes morales (nos 10 et suiv.) et elles ont avec le public des rapports continuels. Il est nécessaire que la création d'une société soit en quelque sorte notifiée à tous ceux qui pourront entrer en relations avec elle, qu'ils puissent être facilement renseignés sur l'organisation de la société, sur son mode de fonctionnement, sur sa durée, et même, s'il est possible, sur sa situation pécuniaire. Tel est le but général des formalités de publicité que doivent avoir à remplir la constitution des sociétés (3). La loi y attache avec raison une grande importance et les prescrit à peine de nullité (4).

Il y a lieu de rechercher : *a*) quelle est l'origine des formalités de publicité pour les sociétés de commerce ; *b*) en quoi elles con-

(1) Bordeaux, 28 mars 1895, *la Loi*. nos des 8-10 septembre 1895 ; Trib. comm. Seine, 27 juillet 1904, *la Loi*, nos des 25-28 septembre 1904. Cpr. Lyon, 22 février 1899, D. 1900. 2. 369 ; *Journal des sociétés*, 1903, p. 266.

(2) Les sociétés de crédit agricole, constituées d'après la loi du 5 novembre 1894, sont des sociétés de commerce spéciales (art. 4, L. 1894) ; mais pour elles, les formalités de publicité prescrites ordinairement pour les sociétés de commerce sont écartées et remplacées par des formalités particulières (art. 5, L. 1894). Il en est de même pour les sociétés de crédit maritime soumises en général aux mêmes règles que les sociétés de crédit agricole (L. 23 avril 1906).

(3) On examinera plus loin si ce but a été réellement atteint par le législateur. V. n° 243.

(4) Les formalités de publicité ont, cela n'est pas douteux, plus d'importance pour les sociétés par actions que pour les sociétés par intérêts. La cessibilité des actions donne, en effet intérêt à un très grand nombre de personnes à connaître les statuts de ces sociétés.

sistent : *c*) quelle est la sanction des dispositions légales qui les prescrivent.

189. *Origine historique de la publicité des sociétés de commerce.* — L'idée de la publicité des sociétés de commerce paraît venir des statuts des villes italiennes du moyen âge. Les commerçants qui formaient des sociétés devaient, en général, déclarer leurs noms à des officiers publics, qui en tenaient registre (1).

En France, le plus ancien texte relatif à la publicité des sociétés est l'article 357 de l'ordonnance rendue par Henri III, en 1579, à la suite des États de Blois. Cet article ne prescrivait la publicité que pour les sociétés formées entre étrangers. Il était ainsi conçu : « Et voulons « que toutes compagnies jà faites ou qui se feront ci-après entre les « dits étrangers étant en notre Royaume, seront inscrites ès-registres « des bailliages, sénéchaussées et hôtels communs des villes, où ils « seront tenus nommer et déclarer leurs participes et associez, sous « peine de faux ; et que ceux qui auront les banques et societez ne « pourront avoir nulle action l'une contre l'autre, s'ils n'ont fait leur « enregistrement contenu ci-dessus. » Cette disposition ne fut pas observée. L'article 414 de l'Ordonnance de 1629, connue sous le nom de *Code Michaud*, l'étendit aux régnicoles. L'enregistrement de cette ordonnance se heurta à de grandes difficultés dans les Parlements et la prescription ne fut pas davantage exécutée. Enfin, l'Ordonnance de 1673 (titre IV, art. 2 à 6) édicta de nouvelles règles de publicité. L'article 2 voulait qu'un extrait de l'acte de société fût enregistré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en avait ; sinon, à l'hôtel commun de la ville ou, à défaut, au greffe du juge royal ou du juge seigneurial. Cet extrait devait de plus être inséré dans un tableau exposé en lieu public, *le tout à peine de nullité des actes et contrats passés tant avec les associés qu'avec les créanciers et ayants cause*. L'article 6, revenant sur la sanction de ces mesures, disposait : « Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, « leurs veuves et héritiers, créanciers et ayants cause, que du jour « qu'elles auront été registrées et publiées au greffe. » Ces disposi-

(1) Peut-être est-ce de là qu'est venu, dans beaucoup de pays étrangers, l'enregistrement des commerçants exerçant le commerce même à titre individuel. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 194 *bis*.

tions prononçant la nullité étaient obscures et demeurèrent sans exécution (1). On finit même par ne plus remplir les formalités de publicité (2).

Il faut ajouter que ces règles n'étaient faites, d'après l'Ordonnance de 1673, que pour les sociétés *générales*, c'est-à-dire en nom collectif (n° 146). Les actes de sociétés en commandite n'étaient pas soumis à l'enregistrement, à moins que ces sociétés ne fûssent formées entre commerçants (art. 2, titre IV, Ordonn. de 1673) (n° 451). Quant aux compagnies de commerce auxquelles correspondent les sociétés anonymes du droit actuel, l'édit d'autorisation royale qui leur donnait la vie, déterminait les formalités de publicité à remplir (n° 666).

190. Le Code de commerce avait organisé à nouveau, dans les articles 42 à 46, les formalités de publicité ; il les prescrit pour toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation (art. 50, C. com.). Ces formalités, complétées en 1814 (n° 191), ont été modifiées par la loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv.), qui, d'ailleurs, n'a pas changé la sanction. Le but de la loi de 1867 a été de simplifier la publicité, de la rendre plus efficace et moins onéreuse, enfin, de la ramener à un système unique, applicable, avec quelques légères différences de détail, à toutes les sociétés commerciales ; avant la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes étaient soumises à une publicité spéciale en vertu de l'article 45, (C. com.) (3).

Les formalités de publicité et les conséquences de leur inobservation sont donc, en principe, les mêmes pour les sociétés en nom

(1) Jousse (note 4 sur l'article 2) dit : « Cette nullité ne se prononce guère dans les tribunaux ».

(2) Bornier dit de l'article 6 de l'Ordonnance de 1673 : « L'usage est contraire à la disposition de cet article, les actes de sociétés ne se publient, ni ne s'enregistrent point ». Jousse fait la même constatation dans sa note sur l'article 2 en disant : « L'usage contraire a prévalu et il est rare aujourd'hui que les sociétés de marchands s'enregistrent ». V. Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 82.

(3) La spécialité de ces formalités tenait surtout à ce que les sociétés anonymes étaient, avant la loi de 1867, soumises à l'autorisation préalable du gouvernement (anc. art. 37, C. com.).

collectif et pour les autres sociétés commerciales (1). Pour les sociétés anonymes et en commandite par actions, il y a, en outre, quelques formalités additionnelles ; cela vient de ce qu'elles intéressent un plus grand nombre de personnes, par cela même que le personnel des associés y change fréquemment par suite des cessions fréquentes dont les actions sont l'objet (n° 100). La sanction des formalités de publicité est identique pour toutes les sociétés (2).

191. *b) Formalités de publicité.* — L'ancien article 42, C. com., prescrivait trois formalités de publicité : 1° le dépôt au greffe du tribunal de commerce du siègle social d'un extrait de l'acte de société et la transcription de cet extrait sur un registre dont les intéressés pouvaient prendre communication ; 2° l'affichage de cet extrait pendant 3 mois dans la salle d'audience du tribunal de commerce ; 3° la publication du même extrait dans les journaux recevant les annonces légales (3). L'insertion d'un extrait dans les journaux n'était point exigée par le texte primitif du Code de commerce. Elle a été prescrite par un décret rendu par Marie-Louise en qualité de régente le 12 février 1814. Ce décret fut déclaré inconstitutionnel par la Cour de cassatipn (4) comme excédant les pouvoirs de la régente, mais les dispositions en ont été confirmées par une loi du 31 mars 1833. Le dépôt et l'insertion de l'extrait devaient être faits *dans les quinze jours* de la date de l'acte de société.

La loi du 24 juillet 1867 a supprimé la formalité de l'affichage dans la salle d'audience et, modifié, en plusieurs points, les deux autres formalités de publicité.

192. 1. *Dépôt de l'acte de société.* — Dans le mois de la constitution de la société, un double de l'acte de société, s'il est sous seings privés (5), ou une expédition, s'il est authentique, doit être déposé

(1-2) Aussi, à propos de la publicité des sociétés en nom collectif, pourrons-nous citer des décisions rendues à l'occasion de sociétés anonymes ou de sociétés en commandite.

(3) V. sur le mode de désignation de ces journaux, ci-après, n° 194.

(4) Ch. réun., 13 mars 1832, S. 1832. 1. 293 ; *J. Pal.*, 1832 à sa date ; D. 1832. 1. 113.

(5) Il s'agit d'un des originaux, non d'une simple copie. Rennes, 3 août 1894, *Journal des sociétés*, 1895, p. 795 ; Houpin, *Traité des sociétés*, II, n° 996.

au greffe du tribunal de commerce et à celui de la justice de paix du siège de la société.

La loi de 1867 a substitué le dépôt de l'acte de société entier au dépôt d'un simple extrait. Elle exige un double dépôt, au lieu du dépôt unique au greffe du tribunal de commerce prescrit antérieurement par l'article 42, C. com. On a voulu, en prescrivant le dépôt de l'acte de société au greffe de la justice de paix, mettre les actes de société plus à la portée des intéressés (n° 193).

Le délai d'un mois dans lequel doit être opéré le dépôt, court, d'après l'article 55 de la loi de 1867, de *la date de la constitution de la société*. L'article 42, C. com., parlait de la quinzaine à partir de *la date de l'acte de société*. On a prétendu conclure de ce changement dans les expressions que le délai ne court que du jour où la société doit commencer ses opérations (1). Mais il y a là une erreur : la société en nom collectif, à quelque époque qu'elle doive commencer ses opérations, est constituée du jour de la signature de l'acte de société, à moins que le contrat ne désigne une autre époque (art. 1843, C. civ.) (2). Le législateur de 1867 a entendu seulement prolonger le délai, non en modifier le point de départ. Si les termes de l'article 42, C. com., ont été changés, c'est que, d'après la loi de 1867, les sociétés par actions auxquelles s'applique l'article 55, comme aux sociétés en nom collectif et en commandite simple, ne peuvent être constituées légalement du jour de la passation de l'acte, mais seulement après l'accomplissement de formalités et conditions spéciales (L. 24 juillet 1867, art. 1, 4 et 24). Le législateur, en parlant de la date de la *constitution* de la société, a voulu employer une expression qui convînt également à toutes les espèces de sociétés.

Si la société est constituée sous condition suspensive, le point de départ du délai d'un mois est plus difficile à fixer. Deux opinions sont soutenues. Les uns font partir ce délai du jour de l'accomplissement de la condition, à raison de ce qu'alors, la société ne com-

(1) G. Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, I, n° 46, p. 100.

(2) Cass., 1er février 1881, D. 1883. 1. 415 ; Rennes, 3 août 1894, *Journal des sociétés*, 1895, p. 395.

mence d'exister qu'à partir de ce jour (1). Les autres lui assignent pour point de départ la date même de l'acte de société, en invoquant le principe de la rétroactivité de la condition accomplie (2).

192 *bis*. Le dépôt ainsi fait doit être reçu par le greffier sans examen. Il pourrait sans doute donner à titre purement officieux un avis, faire remarquer, par exemple, que toutes les formalités et conditions exigées pour la constitution de la société n'ont pas été remplies ou qu'il y a, dans l'acte de société, des omissions graves ou que la société a une raison sociale ou une enseigne qui pourra la faire confondre avec une société déjà existante et qu'il importe, par suite, de faire des modifications ou additions indispensables pour éviter des faits de concurrence déloyale ou illicite. Mais il ne peut contraindre les intéressés à se conformer à son avis en refusant de recevoir l'acte déposé. Cette remarque a plus d'importance pour les sociétés par actions que pour les sociétés en nom collectif ; les conditions spéciales exigées pour la constitution des sociétés par actions sont nombreuses. Elle mérite d'autant plus d'être faite que le greffier n'a pas ce rôle passif dans tous les pays (3).

193. A la formalité du dépôt se rattache une difficulté. Quand il s'agit *d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme*, la loi du 24 juillet 1867 (art. 63) admet que 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 par le notaire détenteur de la minute.

Faut-il admettre le même droit au cas d'une société en nom collectif? On l'a prétendu, en disant qu'autrement, le dépôt de l'acte constitutif n'aurait aucune utilité. Loin d'augmenter la publicité, comme il le désirait, le législateur de 1867 l'aurait restreinte, puisque, d'après l'article 42, C. com., l'extrait de l'acte social était transcrit sur un registre dont toute personne pouvait prendre com-

(1) V. motifs d'un arrêt de la Cour de cassation, 4 août 1847, S. 1847. 1..
649. Vavasseur, n° 1023.

(2) Lyon, 2 février 1882, *Journal des sociétés*, 1886, p. 67. Paul Pont, *op. cit.*, II, nos 1174 et suiv.

(3) Il n'a pas ce rôle purement passif ni en *Grande Bretagne*, ni en *Allemagne*.

munication (n° 192). Si les termes de l'article 63 ne visent que les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, c'est uniquement parce que l'attention du législateur ne s'était portée tout d'abord que sur les sociétés par actions ; mais le but manifeste qu'il se proposait doit faire étendre la disposition aux sociétés en nom collectif.

Sans nier l'étourderie ou l'erreur commise par les rédacteurs de la loi de 1867, nous ne croyons pas pouvoir appliquer aux sociétés en nom collectif une disposition (art. 63) qui commence ainsi : *lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme*, etc... La communication d'un acte de société en nom collectif déposé aux greffes ne peut donc pas y être exigée (1). Le texte conduit forcément à cette conséquence singulière ; il rend inutile, pour cette sorte de société, la formalité du dépôt.

On peut constater que les partisans de la doctrine opposée se mettent en contradiction avec eux-mêmes. L'article 63 ne se borne pas à prescrire la communication de l'acte déposé au greffe. Cet article dispose encore : 1° que toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré, au siège de la société, une copie certifiée des statuts, moyennant paiement d'une somme qui ne peut excéder un franc ; 2° que les pièces déposées seront affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société. Ces deux dernières dispositions ne sont certainement pas applicables à la société en nom collectif. Comment peut-on lui appliquer la disposition du premier alinéa du même article (2) ? N'est-ce pas là faire une distinction arbitraire ?

194. 2. *Insertion d'un extrait dans les journaux.* — Dans le même délai d'un mois à partir de la date de la constitution de la

(1) Limoges, 2 juillet 1897, D. 1900. 1. 372. Il s'agissait d'une société en commandite simple Mais la question est la même pour cette société que pour la société en nom collectif.

(2) Cpr. Houpin, *op. cit.*, n° 1047. En fait, la pratique n'est pas la même dans toute le France et elle ne concorde pas toujours dans les greffes des tribunaux de commerce et dans les greffes de justice de paix. A Paris, au greffe du tribunal de commerce de la Seine, on communique à tout requérant les actes de société en non collectif et en commandite simple. Des expéditions ou des extraits ne sont délivrés que, soit aux parties intéressées, soit aux tiers avec l'autorisation d'un associé.

société, un extrait de l'acte de société doit être publié dans l'un des journaux d'annonces légales (1) (L. de 1867, art. 56, 1er alin). Il est justifié de l'insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date (art. 56, al. 2) Cet enregistrement a pour but de donner date certaine à l'insertion et d'éviter ainsi les antidates qui feraient croire que le délai d'un mois fixé par la loi a été observé, alors qu'au contraire, il a été dépassé (2). Peu importe, du reste, que l'enregistrement soit requis par un associé ou par toute autre personne (3).

Les journaux devant recevoir les extraits d'actes de société, ont été désignés successivement par les tribunaux de commerce (art. 42, C. com.), puis par les préfets (Décret du 17 février 1852, art. 23). Aujourd'hui, c'est, dans le département de la Seine, le préfet qui les désigne encore chaque année ; dans les autres départements, le choix en est laissé aux intéressés en vertu d'un décret du 28 décembre 1870 (4). Ce décret avait un caractère provisoire d'après ses termes mêmes, mais il n'a pas été modifié et est, par suite, demeuré en vigueur (5).

195. Il suffit, en principe, de remplir dans une seule localité les formalités du dépôt et de l'insertion dans un journal. Il en est autrement au cas où la société *a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements. Le dépôt et la publication doivent alors avoir lieu dans chacun des arrondissements où existent des*

(1) La publication dans un seul journal suffit. Cass., 30 juillet 1868, *J. Pal.*, 1868. 2. 268. Mais si l'insertion ne figure pas dans tous les exemplaires du journal, les tribunaux ont à apprécier si la publicité est suffisante et régulière. Cass., 10 décembre 1879, S, 1881. 1. 412 ; *Journal des sociétés*, 1880, p. 743.

(2) Cass., 30 janvier 1837, *Journal de Marseille*, 1839. 2. 51.

(3) Cass., 30 juill. 1868, *Journal de Marseille*, 1869. 2. 139.

(4) Les décrets de 1852 et de 1870 s'appliquent à toutes les annonces légales.

(5) Cette coexistence de deux systèmes différents, l'un pour Paris, l'autre pour les départements, est un fait très rare, surtout dans le domaine du droit privé ; il s'explique par les circonstances dans lesquelles a été rendu le décret du 28 décembre 1870. Il l'a été à Bordeaux, durant le siège de Paris, par la Délégation du gouvernement de la Défense nationale qui, privée de communication avec la capitale, ne légiférait que pour la province.

maisons de commerce (1) (art. 59, 1er alin., L. 24 juillet 1867). *Toutefois, dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement* (art. 59, al. 2).

Pour qu'une société soit considérée comme ayant dans un lieu une maison de commerce au sens de l'article 59, al. 1er, il ne suffit pas qu'elle fasse parfois dans ce lieu d'une façon accidentelle des opérations, il faut qu'elle y ait un établissement permanent, comme une agence, une succursale (2).

196. L'article 59 prévoit le cas où une société a des maisons de commerce dans *divers arrondissements*. Mais il entend par là, dans le premier alinéa, la circonscription d'un tribunal de commerce qui, selon les cas, se confond ou ne se confond pas avec la circonscription administrative de ce nom (3) ; dans le second, le ressort d'une justice de paix, c'est-à-dire un canton. Aussi, quand la maison principale et les succursales d'une société ressortissent à la fois de plusieurs tribunaux de commerce et de plusieurs justices de paix, le dépôt doit être fait au greffe de chacun des tribunaux de commerce et de chacune des justices de paix. Quand une société a plusieurs maisons de commerce qui, situées dans le ressort d'un seul tribunal de commerce, se trouvent dans le ressort de plusieurs justices de paix, il faut que le dépôt soit fait au greffe du tribunal de commerce et à chaque greffe des justices de paix. Telle est la règle générale. Cette règle souffre exception dans les villes divisées en arrondissements cantonaux, comme Paris et Lyon. Il suffit, dans ces villes, que le dépôt soit fait au greffe de la justice de paix du principal établissement. Par cela même que dans l'article 59, 2e alin., le mot arrondissement

(1) On a argumenté à tort de cette disposition pour soutenir qu'une société peut avoir plusieurs domiciles ou sièges et peut être, par suite, actionnée non seulement devant le tribunal de son principal établissement, mais aussi devant les tribunaux des lieux où elle a des succursales. L'article 59 n'a pas cette portée ; il a pour but unique de rendre la publicité plus grande. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 401 *bis*.

(2) Delangle, *Sociétés*, n° 529 ; Pont, *op. cit.*, II, n° 1140. V. sur différentes questions spéciales relatives à ce qui constitue une succursale. Paris, 29 décembre 1885, *Pand. fr. chr.*; *Journal des sociétés*, 1886, p. 544. Paris, 19 mars 1895, *Journal des sociétés*, 1895, p. 266.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 333.

vise le canton dans les villes divisées en plusieurs cantons, il doit suffire, lors même que la société a des maisons dans ces divers cantons, que le dépôt soit fait dans le canton où le principal établissement se trouve.

197. L'extrait de l'acte de société est signé, s'il est authentique, par le notaire qui l'a reçu ; s'il est sous seing privé, par les associés en nom collectif (art. 60, L. 24 juillet 1867). Toutefois, l'extrait pourrait être signé aussi par un notaire, si l'acte de société sous seing privé avait été déposé chez lui. Il est reconnu, et la pratique conforme est constante, que les notaires peuvent délivrer des expéditions et des extraits non seulement des actes dressés par eux, mais encore des actes déposés en leur étude.

Rien n'implique, du reste, que le notaire qui signe l'extrait, doive aussi nécessairement en faire opérer l'insertion dans les journaux et déposer des expéditions de l'acte de société aux greffes. A défaut d'un mandat spécial accepté par le notaire, ce sont les associés en nom collectif qui ont cette dernière mission (1). Quand la loi veut charger le notaire d'une mission de ce genre, elle le dit formellement (art. 68, C. com.) (2). En fait, il y a souvent dans les actes de société une clause qui charge un des associés, spécialement le gérant, de remplir les formalités de publicité.

198. La loi du 24 juillet 1867, comme le Code de commerce (ancien article 43) ne s'est pas bornée à prescrire la publication d'un extrait dans les journaux, elle indique encore les énonciations que cet extrait doit contenir (art. 57 et 58) (3). Ces énonciations diffèrent quelque peu, selon la nature de la société.

D'après les articles 57 et 58, quand la société est en nom collectif, l'extrait mentionne :

1. *Les noms des associés*. Tous doivent y être indiqués, car tous sont tenus personnellement des dettes sociales et les créanciers sociaux peuvent s'adresser à chacun d'eux pour être payés (art. 22, C. com.). Il est bon, pour éviter toute incertitude, que chaque

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1151.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n^os^ 316 et 317.

(3) Le Code de commerce exigeait les mêmes mentions dans l'extrait déposé au greffe du tribunal de commerce ou publié dans les journaux.

associé soit désigné par ses prénoms, sa profession et son domicile.

2. *La raison de commerce* ou *raison sociale*. C'est elle, en effet, qui sert à désigner la société et qui constitue la signature sociale (art. 22, C. com.). V. n° 289.

3. *Le siège social*. Cette indication permet aux tiers de connaître le tribunal devant lequel ils devront agir contre la société (1).

4. *La désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société*. Cette mention est prescrite, que chacun des associés soit autorisé à gérer ou que le pouvoir de gérer soit conféré par l'acte de société à un ou à plusieurs d'entre eux. Mais elle n'est vraiment utile pour les tiers que dans le second cas. Car alors, les associés gérants seuls peuvent obliger par leurs actes la société à l'exclusion des autres (n° 294).

L'article 57 parle des *associés* autorisés à gérer. C'est, en effet, parmi les associés que le gérant est choisi le plus souvent. Mais, il n'y a là rien d'obligatoire : le gérant peut être pris en dehors des associés (n° 252). Il n'est pas douteux qu'alors aussi, le nom du gérant doit être indiqué. Que le gérant soit associé ou non, les tiers ont toujours le même intérêt à savoir qui a le pouvoir d'obliger la société (2). Les associés non gérants n'obligent pas, en général, la société et les autres associés par leurs actes (n° 294). Au surplus, comme cela sera dit plus bas (n° 199), l'énumération des mentions à insérer dans l'extrait ne doit pas être considérée comme limitative.

5. *L'indication du montant du capital social*. On entend par là la somme totale ou la valeur en argent formée par les apports, réunis de tous les associés. Bien que les associés soient, dans une société en nom collectif, tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, cette indication est utile. Elle fait connaître à ceux qui, entrant en relations avec la société, deviendront ses créanciers, la valeur des biens sur lesquels ils auront un droit exclusif (n° 276). On a, pourtant, contesté la nécessité de cette mention dans l'extrait, quand la société est en nom collectif (3). On a allégué que l'indication du montant du

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 601.
(2) Paris, 15 fév. 1851, D. 1851. 2. 78.
(3) Trib. comm. Seine, 16 oct. 1873, *le Droit*, n° du 8 décembre 1873 ;

capital social n'est pas utile, lorsque les associés sont tenus indéfiniment des dettes de la société. Il y a là (cela vient d'être montré) une erreur. Du reste, le texte de l'article 57 paraît décisif ; il exige, à la différence de ce qu'admettait le Code de commerce, l'indication du capital social sans faire aucune distinction entre les diverses sortes de sociétés (1).

Le capital social peut comprendre, outre les sommes versées ou à verser par les associés, des apports en nature. L'objet de ces apports devrait être indiqué (terrain, immeubles, brevet d'invention, concession, etc...), mais aucune disposition légale n'en prescrit l'évaluation en argent, à la différence de ce qui a lieu dans les sociétés par actions en vertu des articles 4 et 24 de la loi de 1867 (nos 702 et suiv.).

L'extrait doit-il se borner à indiquer le capital social, ou faut-il qu'il indique aussi distinctement l'apport fait par chaque associé ? Assurément, cette indication serait utile ; elle ferait connaître aux créanciers personnels de chaque associé quelle est la portion du patrimoine de leur débiteur soustraite à leur droit de gage, pour être affectée exclusivement aux créanciers sociaux. L'utilité qu'aurait cette indication, ne peut suffire pour la faire exiger. Il résulte du texte de l'article 57 que la mention de l'apport de chacun n'est nécessaire que pour les associés qui ne sont pas tenus au-delà de leurs apports, c'est-à-dire pour les commanditaires et les actionnaires (2), genres d'associés qui ne se trouvent pas dans les sociétés en nom collectif (3). Cependant, on ne peut indiquer les apports en

Trib. comm. Havre, 19 janv. 1856, *Rec. de jurispr. commerc. et maritime du Havre*, 1856. 34 ; Cass., 26 juin 1865, S. 1866. 1. 15 ; *J. Pal.*, 1866. 22 ; Bourguignat, note dans le *Recueil de Sirey*, 1872. 1. 65 ; *Journal du Palais*, 1872. 139. V. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 311. — L'indication du capital n'était pas requise par le Code de commerce (art. 43).

(1) Cass., 21 juill. 1870, S. 1872. 1. 65 ; *J. Pal.*, 1872. 139 ; D. 1871. 1. 339 ; Cpr. Toulouse, 8 décembre 1899, *la Loi*, n° du 7 février 1900. — Vavasseur, *Traité des sociétés*, II, n° 1016 ; P. Pont, *op. cit.*, n° 1158 ; Bédarride, *Commentaire de la loi de 1867*, II, n° 567.

(2) L'article 57 de la loi du 24 juillet 1867 dispose : *l'extrait doit contenir... le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires.*

(3) Sans doute, il sera admis plus bas (n° 199) que la liste des mentions

industrie, sans mentionner par quels associés ils sont faits ; la mention d'un apport en industrie sans le nom de l'associé qui le fait n'aurait aucune signification.

6. *L'époque où la société commence* (1) *et celle où elle doit finir.* Cette double mention tire principalement son importance de ce que les pouvoirs du gérant commencent avec la société et finissent avec elle, de telle sorte qu'il ne peut obliger celle-ci ni avant qu'elle commence ni après qu'elle a cessé.

En ce qui concerne la fin de la société, la loi prescrit bien de remplir des formalités de publicité pour porter la dissolution à la connaissance des tiers ; mais cela n'est vrai que lorsque la dissolution se produit sans que la société soit arrivée au terme normal de sa durée. V. nos 353 et suiv.

7. *La date du dépôt* fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce. Cette date est précieuse à connaître, pour savoir si le dépôt a été effectivement opéré et s'il l'a été dans le délai légal. En outre, si l'on admet que l'article 63, 1er alin., s'applique à la société en nom collectif (n° 193), cette indication facilite les recherches de ceux qui trouvant insuffisants les renseignements fournis par l'extrait publié dans les journaux, veulent soit consulter dans son entier l'acte de société déposé au greffe du tribunal de commerce ou de la justice de paix soit s'en faire délivrer une copie.

8. *L'indication que la société est en nom collectif* (art. 58, L. 1867).

199. La liste des mentions qui doivent figurer dans l'extrait à publier dans les journaux (n° 198), est-elle énonciative ou limitative ? On a soutenu qu'elle est limitative et telle est la doctrine qu'à adoptée la Chambre des requêtes (2). En faveur de cette opinion,

«qui doivent figurer dans l'extrait donnée par les articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 est énonciative. Mais cela ne saurait permettre d'ajouter à la loi lorsque, par ses expressions mêmes, elle est restrictive en ce qui concerne une mention.

(1) *La société commence à l'instant même du contrat s'il ne désigne une autre époque* (art. 1843, C. civ.).

(2) Cass., 2 mars 1885, S. 1885. 1. 362 ; *J. Pal.*, 1885. 1. 891 ; D. 1885. 1. 441.

on fait remarquer que le défaut d'une des mentions exigées est une cause de nullité (n° 213), que les nullités étant des sortes de pénalités, sont de droit étroit et ne peuvent pas être étendues par analogie. La Cour suprême a déduit de cette idée générale notamment qu'il n'est pas nécessaire d'insérer dans l'extrait que la société en nom collectif continuera après le prédécès d'un associé, entre ses héritiers et les associés survivants (1).

Nous croyons au contraire, que l'énumération de l'article 57 de la loi du 24 juillet 1867 est énonciative (2). L'article 57 vise le cas où la société en nom collectif est constituée conformément aux règles qui la régissent d'ordinaire. Il peut y avoir dans les statuts quelques clauses exceptionnelles ; elles doivent figurer dans l'extrait, dès l'instant où les tiers ont intérêt à en avoir connaissance. Cela se déduit du but même de la publicité, qui est de faire connaître aux tiers les clauses qui les intéressent. Il y a seulement un départ à faire entre les clauses qui intéressent les tiers et celles qui ne les intéressent pas, par cela même qu'elles sont destinées à régir seulement les rapports des associés entre eux. Ces dernières, quelqu'exceptionnelles qu'elles soient, n'ont pas besoin d'être insérées dans l'extrait.

De là, il y a lieu, selon nous, de tirer les conséquences suivantes :

1° Doivent être insérées dans l'extrait déposé aux greffes :

a) La clause stipulant que la société ne sera tenue que des engagements revêtus de la signature de tous les associés (3) ;

b) La clause conférant la gestion à un *tiers*, seul investi du droit d'user de la signature sociale (4). V. n° 198.

c) La clause qui, conformément à l'article 1868, C. civ., stipule la prolongation de la société en nom collectif, après la mort d'un associé, entre ses héritiers et les associés survivants (5) ;

(1) V. l'arrêt cité à la note, page précédente.

(2) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1160 ; Houpin, *op. cit.*, n° 1016.

(3) C'est ce qui a été admis avant la loi du 24 juillet 1867 ; Douai, 21 nov. 1840, S. 1840. 2. 497.

(4) Paris, 15 fév. 1851, D. 1851. 2. 78.

(5) V. en sens contraire, l'arrêt mentionné à la note 2 de la page 187.

d) La clause d'après laquelle le gérant ne pourrait faire, pour le compte de la société, que des opérations au comptant, en admettant que cette clause soit opposable aux tiers (n° 287 *bis*) :

e) Toute clause ayant pour effet de restreindre ou de modifier le capital social, si, bien entendu, l'on admet que le capital de la société en nom collectif doit être indiqué dans l'extrait (1). V. n° 198, 5. Il faut conclure de là que si la clause conférant aux associés le droit de toucher l'intérêt de leurs mises à un certain taux même en l'absence de bénéfices, est valable, elle doit, pour être opposable aux créanciers sociaux, avoir été insérée dans l'extrait publié dans les journaux (2). Lorsqu'il n'y a pas de bénéfices, les intérêts ne peuvent être payés qu'à l'aide d'un prélèvement qui réduit le capital.

f) Il est évident que l'extrait doit indiquer l'objet de la société, bien que la loi ne le dise point par suite d'un singulier oubli. Une société n'est bien individualisée que par l'indication de son objet (3). Cette solution incontestable montre bien qu'on ne saurait considérer comme limitative l'énumération des articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867.

(1) Cass., 20 juill. 1870, S. 1872. 1. 65 ; *J. Pal.*, 1872. 1395 ; D. 1871. 1. 334.

(2) V. en notre sens, Ch. Beudant, note, D. 1867. 1. 195. Cette note se réfère à une société en commandite antérieure à la loi du 24 juillet 1867. Mais, selon nous, cette loi exige la mention du capital social pour la société en nom collectif, comme le Code de commerce l'exigeait pour les autres sociétés. Aussi ce que dit l'auteur de cette note peut s'appliquer aujourd'hui à toutes les sociétés en nom collectif. — Labbé, note dans le *Recueil de Sirey*, 1878. 1. 225 et dans le *Journal du Palais*, 1878. 966.

La Cour de cassation n'admet pas que la clause dont il s'agit doive être publiée ; elle y voit, du reste, une charge sociale, non un élément de diminution éventuelle du capital : Ch. civ. rej., 8 mai 1867, D. 1867. 1. 193 ; S. 1867. 1. 253 ; *J. Pal.*, 1867. 642. V. dans le même sens, Paris, 6 août 1877, S. 1878. 2. 225 ; *J. Pal.*, 1878. 966 ; D. 1879. 2. 193 ; Douai, 9 avril 1879, S. 1879. 2. 320 ; *J. Pal.*, 1879. 1261 ; *Pand. fr. chr.* La Cour suprême cherche, du reste, à revenir sur la solution qu'elle a consacrée. Cass., 7 novembre 1899, D. 1900. 1. 369 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321. V. n°s 553 et suiv.

(3) Cpr. Cass., 11 juill. 1899, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 5 et la noté de Ch. Lyon-Caen, *Pand. fr.*, 1900. 1. 337. V. Houpin, *Traité des sociétés*. (3e éd.), II, n° 1016 *in fine*, p. 288.

2° Au contraire, n'ont pas besoin d'être insérées dans l'extrait de l'acte de société :

a) La clause d'après laquelle un associé en nom collectif ne doit être tenu, dans ses rapports avec ses coassociés, que jusqu'à concurrence de son apport ou d'une certaine somme (n° 158).

b) La clause en vertu de laquelle le gérant ne pourra pas obliger la société en usant de la raison sociale pour des opérations personnelles, si cette clause ne doit avoir d'effet qu'entre les associés (n° 293).

c) La clause stipulant que le gérant n'obligera la société que par des opérations faites au comptant, si l'on reconnaît que cette clause produit des effets seulement entre les associés (n° 287 *bis*).

d) La clause attribuant à chaque associé l'intérêt de sa mise à un certain taux à charge de l'imputer sur les bénéfices annuels, de telle façon que les intérêts ne sont payables que sur les bénéfices nets de l'exercice (1).

e) La clause disposant qu'il sera dressé plusieurs inventaires annuels, au lieu de l'inventaire unique prescrit, chaque année, par l'article 9, C. com.

200. *Publicité des modifications apportées aux statuts ou des changements dans le personnel des associés.* — Le but de la loi serait évidemment manqué, si l'acte de société seul était soumis à la publicité qu'elle a organisée, à l'exclusion des modifications qui peuvent être apportées aux statuts et des changements qui peuvent se produire parmi les associés. Aussi, d'après le Code de commerce (art. 44), les formalités de publicité, applicables à l'acte de société, l'étaient aussi à certaines modifications apportées aux statuts ainsi qu'aux changements survenus parmi les associés. La loi du 24 juillet 1867 (art. 61) a consacré la même règle.

201. Il importe de bien distinguer ici entre les deux formalités de publicité prescrites par la loi, le dépôt aux greffes et l'insertion d'un extrait dans les journaux.

Il semble aller de soi que, par cela même que, d'après la loi de 1867, l'acte de société entier doit être déposé aux greffes, il y a lieu

(1) V. Ch. Beudant, note précitée, D. 1867, 1, 193.

au dépôt des actes apportant aux statuts une modification quelconque, fût-elle relative seulement aux rapports des associés entre eux. Autrement, quand un acte de société aurait été modifié, cet acte ne se trouverait plus, en réalité, complètement aux greffes comme le veut la loi (art. 55). Seulement, cela n'a guère d'importance pour les sociétés en nom collectif, si l'on admet que les actes de ces sociétés déposés aux greffes ne sont point communiqués au public (n° 193). L'inutilité pratique du dépôt est, dans ce système, du reste, la même pour les actes modificatifs que pour l'acte originaire de société.

202. Ce qui vient d'être dit n'est pas exact quant à la publication par voie d'insertion dans les journaux. Tout acte modificatif des statuts ne doit pas être rendu public. Il a été dit (n° 199) que les clauses de l'acte de société à insérer dans l'extrait publié par les journaux sont celles qui intéressent les tiers, non les clauses concernant exclusivement les rapports des associés entre eux. Il y a lieu de faire la même distinction pour les actes modificatifs ; la publication dans les journaux par voie d'extrait n'en est nécessaire que lorsque les modifications touchent à des clauses des statuts concernant les rapports de la société envers les tiers (1). Il est vrai que l'article 61 (L. 24 juillet 1867) parle de *tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts*. Mais il serait à la fois irrationnel et inutile d'exiger plus largement la publicité par voie d'insertion pour les actes modificatifs de l'acte de société que pour l'acte de société lui-même.

Ainsi, ne sont pas soumis à la publicité par voie d'insertion dans les journaux :

a) L'acte stipulant qu'au lieu de deux inventaires annuels prescrits par les statuts, il n'en sera plus dressé qu'un seul chaque année (2) ;

b) La convention modificative d'après laquelle chaque associé aura le droit de toucher l'intérêt à tant pour cent de sa mise comme à-compte sur le dividende ;

(1) Cass., 15 juill. 1878, S. 1880. 1. 1 5 ; *J. Pal.*, 1880. 238 ; D. 1879. 1. 361.

(2) Paris, 27 nov. 1859, *J. Pal.*, 1860. 46.

c) L'acte modifiant le mode de répartition des bénéfices fixé par les statuts, par exemple, pour en attribuer une part plus grande au gérant (1) ;

d) L'acte par lequel, sans le consentement de ses coassociés, un associé en nom collectif cède sa part sociale à une autre personne. Il sera, en effet, expliqué que cette cession ne produit d'effets qu'entre le cédant et le cessionnaire (art. 1861, C. civ.), qu'ainsi, elle n'intéresse pas les tiers dont les droits contre le cédant demeurent intacts ;

e) L'acte en vertu duquel une nouvelle succursale de la société est créée (2).

203. L'article 61 (L. 24 juillet 1867) indique un certain nombre de clauses modificatives à insérer dans les journaux. Mais l'énumération n'est pas limitative (n° 192) ; des clauses modificatives non mentionnées dans l'article 61 doivent être publiées, par cela même qu'elles intéressent les tiers.

L'article 61 signale comme soumis à la publicité :

a) *Les actes et délibérations ayant pour objet la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée.* Les tiers ont intérêt à savoir si la durée de la société a été augmentée. Leurs droits varient, en effet, selon qu'elle dure encore ou qu'elle a cessé d'exister. Ainsi, le gérant a pu par un acte obliger la société et les associés, même après le terme assigné primitivement à la durée de la société, si elle a continué ; il ne pourrait pas le faire dans le cas opposé.

b) *Les actes et délibérations ayant pour objet la dissolution avant le terme fixé pour la durée de la société.* Cette disposition a donné lieu à de nombreuses controverses. Les causes de dissolution sont nombreuses. Il est certain que la publicité n'est pas prescrite par la loi dans tous les cas de dissolution. La difficulté consiste à déterminer dans quels cas elle est exigée et dans quels cas, au contraire, elle ne l'est point. Les questions relatives à ce sujet spécial seront examinées à propos des causes de dissolution de la société en nom collectif. V. n^os^ 353 et suiv.

(1) V. l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1878 mentionné ci-dessus à la note 1 de la page 191.

(2) V. Trib. comm. Seine, 9 nov. 1898, *Journal des sociétés*, 1899, p. 90.

c) Les actes et délibérations ayant pour objet le mode de liquidation. L'ancien article 46, C. civ., n'exigeait pas la publication de ces actes et délibérations ; elle est très utile. Il importe, en effet, que les tiers connaissent la personne ou les personnes chargées d'opérer la liquidation, que ce soient des associés ou des étrangers. Le liquidateur seul peut obliger la société dissoute en liquidation. Si le mode de liquidation n'était pas rendu public, on pourrait croire que tous les associés sont liquidateurs.

d) Les actes contenant un changement à la raison sociale. La raison sociale sert à individualiser la société. C'est d'ordinaire en l'employant que le gérant contracte des obligations pour celle-ci (art. 22, C. com.). Il importe donc, lorsqu'un changement est apporté à la raison sociale, que le public en soit prévenu.

e) Enfin, *les changements ou retraites d'associés.* Il faut que les tiers soient avertis de ces changements ou de ces retraites ; car, dans la société en nom collectif, le crédit de la société dépend du crédit des associés, par cela même qu'ils sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens. Ce n'est pas à dire, pourtant, que tout changement survenant dans le personnel des associés doive être publié dans les journaux.

Il est probable que la loi a eu seulement en vue le cas où un associé se retire *volontairement* de la société, sans qu'une autre personne lui soit substituée et celui où il se substitue une autre personne.

Il n'y a pas lieu à la publicité en cas de décès d'un associé remplacé par ses héritiers d'après les statuts (1) ou dans le cas d'interdiction ou de faillite d'un associé (2). Les expressions mêmes de l'article 61, *changement* ou *retraite d'un associé*, ne conviennent point à ces hypothèses.

204. Y a-t-il lieu de remplir les formalités de publicité même

(1) V. plus haut, n° 199, la question relative à l'insertion dans l'extrait de la clause d'après laquelle la société doit continuer après la mort d'un associé.

(2) Nous supposons qu'il a été stipulé dans l'acte de société que l'interdiction ou la faillite d'un associé n'entraînerait point la dissolution. V. n° 324 *ter*.

quand un nouvel associé est adjoint aux autres, sans qu'aucun des associés primitifs sorte de la société ? On peut le soutenir (1). Les précédents sont favorables à cette doctrine. L'article 4 du titre IV de l'Ordonnance de 1673 parlait de *tous actes portant changement d'associés* et Jousse disait sur ces mots : soit qu'un des associés quitte la société, ou *qu'on y en admette* un nouveau. L'ancien article 46, C. com., qui parlait de *retraite ou changement d'associé*, a été voté sans discussion ; il en a été de même de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867, qui reproduit sur ce point les termes mêmes de l'ancien article 46, C. com. Mais on peut objecter que le législateur s'est proposé surtout d'imposer la publicité pour les cas où les changements survenus dans le personnel des associés, diminuent la sûreté des créanciers sociaux. L'adjonction d'un associé, sans retraite d'aucun autre, augmente cette sûreté ; il n'est donc pas nécessaire de la publier (2).

205 Par cela même que l'énumération de l'article 61 n'est pas limitative, il y a lieu de publier dans les journaux :

a) La désignation d'un nouveau gérant ;

b) La révocation d'un gérant ;

c) La limitation au montant de son apport de la responsabilité d'un associé jusqu'alors tenu des dettes sociales indéfiniment. Cet associé devient, d'associé en nom collectif commanditaire ; la société elle-même est transformée en société en commandite ;

d. La réduction du capital social (3).

206. La loi de 1867 (art. 55 et 56) indique expressément dans quel délai l'acte de société doit être rendu public après la constitution de celle-ci (un mois) (n° 192). Aucun délai n'est, au contraire, expressément fixé par la loi en ce qui concerne la publication des actes modifiant les statuts. Mais le renvoi fait par l'article 61 aux

(1) V. la note suivante.

(2) Cour de cassation de Belgique (1re ch.), 25 janv. 1889. *Revue pratique des sociétés*, 1889, p. 128. Dans l'espèce, il s'agissait d'une société fondée sous l'empire du Code de commerce français : la question se posait, par suite, sur l'article 46 de ce Code. V. *en sens contraire* la note placée à la suite de cet arrêt.

(3) Cpr. Cass., 1er août 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 22.

articles 55 et 56 paraît bien impliquer que le délai d'un mois est toujours accordé pour les formalités de publicité, quel que soit l'acte qu'elles aient pour objet. Toutefois, cela ne paraît pas être exact pour les actes de dissolution (n° 358).

207. Les formalités de publicité indiquées par loi de 1867, sont les seules à remplir pour la constitution de la société. Ainsi, l'on ne saurait y comprendre la transcription de ce qui concerne les apports d'immeubles faits par des associés. Cette dernière formalité est prescrite pour la publicité de la transmission de propriété (n° 24), non pour celle de la société elle-même. Il faut conclure de là que le défaut de transcription n'entraînerait pas la nullité de la société dans laquelle un associé a fait un apport d'immeuble (1). Elle permettrait seulement aux tiers déterminés par l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, de faire considérer l'apport comme non avenu à leur égard.

Les mêmes observations sont vraies des autres formalités de publicité à remplir quand l'apport d'un associé porte sur un objet autre qu'un immeuble (bâtiment de mer, brevet d'invention).

208. *Absence de toute publicité permanente*. — Pour les sociétés par actions, il y a des formalités qui donnent aux statuts et aux modifications qui y sont apportées une publicité permanente (V. notamment, art. 63, L. 24 juillet 1867). Il n'y a rien de semblable pour les sociétés en nom collectif.

209. SANCTION DES FORMALITÉS DE PUBLICITÉ. — Il peut se faire que les formalités de publicité prescrites par la loi ne soient pas du tout remplies, ne le soient qu'incomplètement ou le soient tardivement. Il y a alors, en principe, nullité, soit de la société, soit de l'acte modificatif des statuts. Selon l'article 56, dern. alin., de la loi du 24 juillet 1867, les formalités prescrites par les articles 55 et 56 (*par l'article précédent et par le présent article*) *seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune*

(1) Cass. ch. civ., 26 avril 1880, D. 1880. 1. 267 ; S. 1881. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1881. 5.

d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. Cette disposition ne fait, du reste, que reproduire la sanction prononcée par l'ancien article 42, C. com.

Il ne suffit pas de constater cette sanction des formalités de publicité ; il faut déterminer les causes et la nature de la nullité, les personnes qui peuvent l'invoquer et à qui elle peut être opposée, enfin, fixer les effets de nullité prononcée.

Il va de soi que l'omission des formalités ne peut avoir la même conséquence, suivant qu'il s'agit de l'acte originaire de société ou d'un acte modificatif. Dans le premier cas, la nullité atteint la société même ; dans le second, elle n'atteint que la modification, de telle sorte que l'acte originaire continue à s'appliquer.

210. La nullité est admise incontestablement, quand l'une des formalités prescrites par les articles 55 et 56 n'a pas été observée. Ainsi, il y a nullité lorsque l'acte de société ou l'acte modificatif des statuts n'a été déposé, ni au greffe du tribunal de commerce, ni au greffe de la justice de paix, quand il n'a été déposé qu'à l'un de ces deux greffes, quand un extrait de l'acte de société n'a pas été inséré dans les journaux.

Faut-il également admettre la nullité de la société : 1° quand l'insertion d'un extrait n'est pas justifiée par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date ; 2° quand la publicité a eu lieu au siège social et non dans un arrondissement où la société a une succursale ; 3° quand l'extrait publié ne contient pas toutes les mentions prescrites par les articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 ? Il y a là trois questions distinctes à examiner séparément.

211. L'article 56 de la loi de 1867 exige, comme le faisait l'article 42, C. com., modifié par la loi du 21 mars 1833, qu'un exemplaire du journal contenant l'extrait soit certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date (n° 194). Ces formalités ont pour but de faire preuve de l'insertion et d'en certifier la date ; la loi les considère comme des compléments de l'insertion elle-même. Elle prononce la nullité pour inobservation des formalités prescrites par l'article 56 ; celles qui

viennent d'être rappelées y sont comprises (1). La question avait été tranchée en ce sens sous l'empire de l'article 42, C. com. (2). Il n'y a pas de raison pour donner une autre solution sous la loi du 24 juillet 1867.

212. La nullité doit-elle être admise par inaccomplissement des formalités de la publicité légale aussi bien dans un arrondissement où la société a une succursale que dans le lieu où se trouve son siège social ? (3). Le doute provient de ce que l'article 59 de la loi du 24 juillet 1867, qui prescrit la publicité dans les arrondissements des succursales, ne prononce pas expressément la nullité.

On n'en a pas moins soutenu que la nullité doit être admise (4). On dit, en faveur de cette solution, que la publicité légale destinée à protéger les intérêts des tiers, doit être considérée comme étant de l'essence des sociétés, qu'il s'agisse des dépôts et publications prescrits au lieu du siège social ou dans les endroits où sont établies des succursales ; qu'au surplus, les dispositions de l'article 59 de la loi de 1867 n'ont fait que rappeler les formalités prescrites dans le même but et dans le même esprit par l'article 42, C. com.

Nous croyons, au contraire, que l'article 59 n'est pas sanctionné par la nullité (5). D'abord, cet article ne la prononce point. On ne

(1) Grenoble, 30 octobre 1901, *la Loi*, n° du 17 décembre 1901 ; Lyon, 12 décembre 1902, *le Droit*, n° du 5 février 1903 ; *Revue des sociétés*, 1903. p. 482 ; *Journal des sociétés*, 1903, p. 302.

(2) Cass., 30 janv. 1839, S. 1839. 1. 393 ; *J. Pal.*, 1839. 1. 354 ; Agen, 10 mars 1858, *J. Pal.*, 1859. 82.

(3) Nous supposons qu'une succursale existe lors de la constitution de la société. Quand une société crée pendant sa durée une succursale, le défaut de publicité quant à cette création ne peut donner lieu à la nullité de la société. Des faits postérieurs à la constitution de la société ne peuvent entrainer la nullité de celle-ci. Trib. comm. Seine, 9 novembre 1898, *le Droit*, n° du 1er janvier 1899 ; *Revue des sociétés*, 1899, p. 255. V., pourtant, Cour d'appel de Tananarive (Madagascar), 28 novembre 1906, *le Droit*, n°s des 8-9 avril 1907.

(4) Paris, 29 déc. 1885, S. 1886. 2. 411 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 312 ; *Pand. fr. chr.* ; Pont, *op. cit.*, n° 1223 ; Rousseau, *Sociétés commerciales*, I, n° 238.

(5) Trib. comm. Marseille, 13 août 1903, *Journal des sociétés*, 1904, p. 164 ; Ch. Beudant, *De la publicité des actes de société d'après la loi du 24 juillet 1867*, n°s 41 et 44 (*Revue pratique*, XXV, p. 338 et 340) ; Ch. Lyon-Caen, note sous l'arrêt du 29 décembre 1885 cité à la note précédente.

pourrait suppléer au silence de la loi à cet égard que si la nullité pouvait être déduite d'un principe général ou s'il y avait dans la loi même une disposition dont on pût argumenter par *a fortiori* ou par analogie. Or, il n'en est pas ainsi. Il n'y a pas de principe général à invoquer ; la matière de la nullité pour défaut de publicité a un caractère arbitraire. On ne peut, lorsqu'il s'agit d'une question s'y rattachant, attribuer à la loi des principes généraux dont rien ne fait supposer l'admission. On ne saurait dire qu'il doit y avoir nullité pour absence de publicité dans le lieu d'une succursale, par cela même que le défaut de publicité au siège social a cette conséquence. Ce dernier vice est bien plus grave que le premier. C'est dans le lieu de son siège qu'une société a le centre de ses affaires. C'est là surtout que les personnes qui sont sur le point de contracter avec elle, doivent avoir l'idée de se renseigner sur tout ce qui la concerne. Il n'est donc pas étonnant que la nullité, admise dans un cas, ne le soit point dans l'autre (1). Il est vrai que l'ancien article 41, C. com., consacrait une autre solution. Mais rien ne prouve que le législateur ait voulu en 1867 reproduire sans aucun changement toutes les dispositions antérieures concernant la sanction des formalités de publicité.

Il résulte de là que la seule sanction de l'article 59 consiste, d'après le droit commun (art. 1382 et 1383, C. civ.), dans le droit, pour les personnes lésées, de réclamer des dommages-intérêts.

213. La nullité serait-elle encourue si l'extrait inséré dans les journaux ne contenait pas toutes les indications prescrites par la loi ? Le doute naît de ce que la nullité n'est pas non plus expressément prononcée par la loi pour inobservation des articles 57 et 58 (Loi de 1867) qui énumèrent ces mentions, comme elle l'est, au contraire, pour omission du dépôt aux greffes ou pour absence complète de publication d'un extrait (art. 55 et 56).

D'après une opinion très rigoureuse, toute omission d une de ces indications entraîne la nullité de la société (2). Il ne suffit pas, dit-on,

(1) En *Allemagne*, la société n'a pas d'existence légale tant que les formalités de publicité n'ont pas été remplies au lieu du siège social (C. de comm. *allemand*. art. 195 et 200). Mais le défaut de ces formalités dans un lieu ou la société a une succursale, ne peut entrainer que l'application d'une amende (C. de comm. *allemand*, art. 201 et 319).

(2) Pont, *op. cit.*, II, nos 1225 à 1227. Le savant auteur argumente par

que les actes de société aient été publiés ; il faut encore que la publication soit complète et régulière. On ne saurait considérer comme telle la publication d'un extrait ne contenant pas toutes les mentions requises par la loi. Une omission de cette nature peut induire les tiers en erreur sur l'état ou sur la nature de la société. Peu importe que la sanction de la nullité ne soit expressément indiquée que dans l'article 56. Les articles 57 et 58 se relient aux précédents d'une manière si étroite dans la pensée du législateur, qu'il n'est pas possible de les séparer.

Cette doctrine ne saurait être admise. L'article 56, dern. alin. (Loi de 1867), ne prononce la nullité que pour l'absence des formalités prescrites par l'article 55 et par l'article 56, c'est-à-dire pour défaut de dépôt de l'acte de société aux greffes ou d'insertion d'un extrait dans les journaux. On ne trouve, pas plus dans la loi de 1867 que dans les textes abrogés du Code de commerce, de dispositions expresses indiquant les conséquences de l'omission de l'une des mentions à faire dans l'extrait. On dépasserait le but de la loi en décidant que, dans des cas de ce genre, la société est nulle. La sanction doit être proportionnée à l'irrégularité. La publicité existe bien, mais elle est insuffisante. Les tiers ont seulement le droit de réclamer le bénéfice de l'état de choses sur lequel les énonciations de l'extrait les autorisent à compter. En d'autres termes, ils ont le droit de réclamer la nullité non de la société, mais de la clause non mentionnée dans l'extrait (1).

On peut déduire de cette doctrine les conséquences suivantes :

a) Si l'acte de société stipule que la signature sociale n'appartiendra qu'à un associé et si cette clause n'a pas été insérée dans l'extrait, les opérations faites par un associé quelconque obligeront la société.

b) Si l'on n'a pas inséré dans l'extrait la clause stipulant que la société ne sera obligée que par tous les associés agissant ensemble,

analogie de ce que la nullité non édictée par l'article 59 de la loi du 24 juillet 1867, est admise comme sanction de cette disposition. Nous avons émis sur ce dernier point une opinion contraire. V. ci-dessus, n° 212.

(1) Ch. Beudant, *Revue pratique de Droit français*, XXV, p. 341.

la signature sociale donnée par l'un d'eux suffira pour engager la société.

c) Si l'on n'a pas mentionné dans l'extrait la clause autorisant les associés à percevoir des intérêts de leurs mises même en absence de bénéfices, la restitution des intérêts ainsi touchés peut être réclamée aux associés qui les ont perçus (1).

Au reste, la solution que nous venons d'admettre, n'est absolument vraie que lorsque la nullité de la clause non publiée est réclamée par des tiers contre les associés. Si un associé se prévaut de cette nullité contre ses coassociés, ceux-ci ont le droit de répondre qu'ils n'auraient pas consenti à entrer dans la société sans la clause dont il s'agit et, en conséquence, le droit de faire annuler la société elle-même. Dans les rapports des associés, les clauses de l'acte de société sont indivisibles.

214. Les formalités de publicité peuvent avoir été remplies, mais seulement après le délai légal d'un mois. Cette publicité tardive ne peut certainement enlever le droit de demander la nullité aux personnes qui ont contracté antérieurement avec la société. Mais on ne voit pas pourquoi la nullité pourrait être demandée par ceux qui ont contracté postérieurement et qui, par suite, ont été mis à même de connaître l'existence de la société et les statuts dûment publiés, tout comme si la publication avait été faite dans le délai légal.

Quant aux associés, une distinction rationnelle doit être faite. Ils ont le droit de demander la nullité en cas de publicité tardive, lorsqu'il y a des créanciers antérieurs ; on conçoit que des associés ne veuillent pas rester dans une société dont l'annulation est toujours menaçante. Au contraire, s'il n'y a pas de créanciers antérieurs à l'accomplissement des formalités de publicité, on ne voit pas pourquoi les associés pourraient demander la nullité ; ils ne sauraient se plaindre de l'instabilité de leur situation, par cela même qu'en fait, il n'y a personne qui ait le droit de faire annuler la société.

Du reste, la publicité tardive ne peut être utilement accomplie

(1) Nous supposons admis, contrairement à la jurisprudence (n° 557), que la clause relative aux intérêts doit être publiée dans l'extrait inséré dans les journaux.

quand déjà une demande en nullité a été formée (1). Le demandeur a, d'après les principes généraux, une sorte de droit acquis à obtenir un jugement rendu conformément à l'état de choses existant au moment de l'introduction de sa demande.

215. La nullité peut indifféremment être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception.

Il ne s'agit pas là d'une exception de procédure. Aussi la nullité est-elle opposable en tout état de cause, même en appel ; c'est un moyen de défense à l'action principale (2). Mais elle ne saurait être opposée pour la première fois devant la Cour de cassation ; quand le moyen de nullité n'a pas été soumis aux juges du fond, la Cour suprême ne peut pas déclarer ce moyen admissible (3).

216. La loi donne d'une manière générale aux *intéressés* le droit de se prévaloir du défaut de publicité, sauf une restriction qui sera indiquée plus loin (n° 221). Il s'agit donc d'une nullité absolue (4).

Cette nullité est établie non dans un pur intérêt privé, mais dans un intérêt général touchant à l'ordre du public, celui du crédit. Aussi n'est-elle couverte, ni par l'exécution donnée par les associés au contrat de société, ni par une délibération des associés, ni par une publication tardive en tant qu'il s'agit de ceux qui avaient antérieurement le droit d'invoquer la nullité (n° 214).

Au reste, il ne faut pas confondre avec la ratification de l'acte de société qui n'est pas possible, la renonciation à l'action en nullité de la part d'un intéressé (5). Cette renonciation peut être valablement faite. Il est particulièrement utile de l'admettre lorsque les for-

(1) Paris, 26 janv. 1855, D. 1855. 2. 195, S. 1855. 2. 66 ; *J. Pal.*, 1855. 1. 12 ; Lyon, 2 fév. 1882, *Revue des sociétés*, 1883. 315 ; Grenoble, 30 oct. 1901, *Revue des sociétés*, 1902, p. 343 ; *Journal des sociétés*, 1902. 159 ; Lyon, 12 déc. 1902, *Revue des sociétés*, 1903, p. 482 ; *Journat des sociétés*, 1903, p. 302. Cpr. Trib. comm. Marseille, 28 décembre 1900, *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1901. 1. 93.

(2) *Revue des sociétés*, 1886. 144.

(3) Cass., 24 janv. 1872, D. 1872. 1. 300 ; *J. Pal.*, 1872. 1006.

(4) Précisément à cause de la restriction à laquelle il vient d'être fait allusion, ce n'est pas une nullité absolue au sens strict de l'expression.

(5) Cass., 1er mars 1882, D. 1883. 1. 131.

malités de publicité ont été tardivement remplies et qu'un nombre restreint de personnes (peut-être une seule) ont contracté avec la société avant leur accomplissement. Le droit de ces personnes de demander la nullité disparaissant par leur renonciation, les associés eux-mêmes ne peuvent plus faire annuler la société (n° 214).

217. La nullité pour défaut de publicité n'opère pas de plein droit. Elle doit être demandée et prononcée en justice. Un tribunal ne peut la prononcer d'office ; il faut qu'un intéressé l'invoque.

Dès que la nullité est demandée, elle doit être prononcée, si le tribunal constate que les formalités de publicité n'ont pas été remplies. Il n'est pas besoin que le demandeur justifie d'un préjudice éprouvé par suite de cette irrégularité.

218. L'action en nullité pour défaut de publicité peut-elle se prescrire ? La loi du 24 juillet 1867 ne tranche pas plus cette question que ne le faisait le Code de commerce. Trois opinions différentes ont été soutenues.

D'après certains auteurs, l'action en nullité se prescrit par dix ans (1) ; on argumente de l'article 1304, C. civ., qui établit la prescription décennale pour toutes actions en nullité qui ne sont pas soumises à une prescription plus courte. D'autres se bornent à appliquer la prescription trentenaire admise, en principe, pour toutes les actions non soumises à une prescription plus courte (art. 2262, C. civ.) (2). Enfin, selon une troisième opinion à laquelle nons nous rallions, l'action en nullité pour défaut de publicité ne peut être atteinte par aucune prescrition (3). Il s'agit là d'une véritable nullité d'ordre public. Il n'est pas admissible qu'une société constituée contrairement à la loi, puisse devenir légale et valable par cela seul qu'elle a continué à fonctionner pendant un laps de temps, quelque long qu'il puisse être (4). La prolongation de la durée de la société ne fait pas disparaître les inconvénients du défaut de publicité.

Ce n'est à pas dire, du reste, que ce système soit satisfaisant au

(1) Vavasseur, *op. cit.*, t. II, n° 710 *ter* ; Beslay et Lauras, n° 643.

(2) Bédarride, n° 159.

(3) P. Pont, II, n° 1279 ; Alauzet, n° 472.

(4) C'est ainsi qu'on admet généralement l'imprescriptibilité des actions en nullité de mariage en dehors des cas de nullité relative.

point de vue législatif. N'est-il pas bizarre et fâcheux qu'on puisse annuler une société trente ou quarante ans après sa constitution sous le prétexte que les statuts n'ont pas été publiés ? L'existence de la société a dû se manifester suffisamment par les faits. Le législateur aurait dû fixer une courte prescription (1).

219. Si une société nulle pour défaut de publicité ne peut pas être transformée en société valable par la prescription, il va de soi, tout au moins, qu'une personne peut perdre par voie de conséquence la faculté d'invoquer la nullité. C'est là ce qui arrive quand une personne se trouve dépouillée par la prescription de la qualité en vertu de laquelle elle pouvait, comme intéressée, agir en nullité. Ainsi, un créancier de la société peut comme tel demander la nullité de la société ; il perd ce droit quand sa créance elle-même est prescrite ou éteinte pour une cause quelconque (2).

220. La dissolution même d'une société et sa mise en liquidation, qui en est la suite, ne mettent pas en principe obstacle à l'exercice de l'action en nullité pour défaut de publicité. Les effets de la nullité ne se confondent pas, en effet, complètement avec ceux de la dissolution, par cela même qu'au moins, en principe, la nullité fait considérer la société annulée comme n'ayant jamais existé même dans le passé, tandis qu'une société dissoute a, en droit, et en fait, duré jusqu'au jour de sa dissolution. Ainsi, la dissolution laisse intact le droit exclusif appartenant sur les biens de la société aux créanciers sociaux à l'encontre des créanciers personnels des associés. Il n'en est pas de même de la nullité, par cela même qu'au moins, en prin-

(1) C'est ce qui a été fait par la loi du 1er août 1893 pour les actions en nullité fondées sur le défaut d'accomplissement des conditions ou formalités prescrites pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions. Ces actions en nullité, qui étaient imprescriptibles, ont été soumises à une prescription de dix ans (L. 24 juillet 1867, art. 8 et 42 modifiés par la loi du 1er août 1893). Mais cette prescription introduite dans un but d'utilité pratique, contrairement aux principes généraux, ne peut être étendue à des actions en nullité non visées expressément par la loi. Elle ne s'applique donc pas aux actions en nullité pour défaut de publicité, qu'il s'agisse, du reste, d'une société en nom collectif ou d'une société soit anonyme soit en commandite par actions. V. en ce sens, Houpin, *op. cit.*, II, n° 1021.

(2) P. Pont, II, n° 1239 *in fine*.

cipe, elle fait considérer la société comme n'ayant pas existé même dans le passé. En outre, si la nullité est imputable à un gérant qui, par négligence, n'a pas rempli les formalités de publicité, il est utile de la faire prononcer, même après la dissolution de la société, afin de pouvoir agir contre lui en responsabilité (1).

Toutefois, ce qui vient d'être dit n'est pas exact pour les associés. Par cela même que, selon la doctrine générale, la nullité pour défaut de publicité produit, dans les rapports entre les associés, les effets d'une dissolution et n'agit que pour l'avenir (nº 236), les associés n'ont pas, en cas de dissolution de la société, intérêt à en faire prononcer la nullité (2).

La déclaration de faillite d'une société n'est pas non plus un obstacle à l'exercice d'actions tendant à faire prononcer la nullité.

221. Par qui et contre qui la nullité du défaut de publicité peut-elle être invoquée ? L'article 56, dern. alin., de la loi du 24 juillet 1867 contient à cet égard une disposition reproduite de l'article 42, dern. alin., du Code de commerce : *ces formalités seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés*.

Cette disposition renferme une règle générale et une exception.

D'après la règle générale, tout intéressé peut se prévaloir de la nullité contre toute personne qui invoque l'existence de la société. D'après l'exception, la nullité ne peut être opposée par les associés aux tiers ; c'est à raison de cette restriction qu'on peut dire que la nullité n'est pas absolue dans le sens strict de l'expression (3).

Malgré les termes généraux dans lesquels est conçue la règle, quelques difficultés s'élèvent sur le point de savoir si certaines personnes ont le droit d'invoquer la nullité. Aussi est-il indispensable

(1) Cpr. analogie, Lyon, 9 fév. 1883, D. 1883. 2. 115 ; Paris, 23 avril 1884, D. 1884. 2. 206.

(2) Cass., 24 janx. 1872, D. 1872. 1. 300. V. aussi, Cass., 7 juill. 1873, D. 1873‘ 1. 327.

(3) V. note 4 de la page 201. Peut être est-ce à cause de cela que la Chambre des requêtes a qualifié de nullité *relative* la nullité pour défaut de publicité. Cass., 5 juillet 1900, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 190 ; D. 1902. 1. 84 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 434 ; *Revue des sociétés*, 1900. 495.

d'insister sur les applications, soit de l'exception, soit de la règle générale

222. Les associés ne peuvent opposer la nullité aux tiers. Les associés pourraient, cependant, avoir intérêt à le faire ; mais, chargés de remplir les formalités de publicité, ils sont coupables de négligence en ne les accomplissant pas, et ils ne doivent pas pouvoir se prévaloir de leur faute contre les tiers qui y sont demeurés absolument étrangers. C'est en vertu d'une idée semblable que les associés ne peuvent pas se prévaloir contre les tiers de ce que la société n'a pas été constatée par écrit ; les tiers peuvent faire la preuve de la société et des conventions sociales par tous les moyens possibles (n° 173).

Il n'est pas douteux que cela s'appliquerait même au cas très fréquent où les associés auraient donné mandat, soit à l'un d'eux, soit à un tiers, par exemple, au notaire qui a reçu l'acte de société, de remplir les formalités de publicités. Le mandant est responsable des fautes commises par son mandataire dans l'exécution de son mandat.

Ce qui est dit des associés doit s'entendre à la fois des associés pris individuellement et de la société elle-même considérée comme personne civile. Le motif qui fait refuser aux associés le droit d'invoquer la nullité contre les tiers, doit le faire refuser aussi à la société représentée par le gérant, ou, en cas de faillite, par le syndic. Autrement, par voie de conséquence indirecte, les associés profiteraient d'une négligence qui leur est imputable.

223. Les tiers auxquels les associés ne peuvent opposer la nullité de la société, sont toutes les personnes autres que les associés et leurs ayants-cause à titre universel.

Parmi ces tiers se trouvent les créanciers sociaux agissant individuellement ou représentés, en cas de faillite, par le syndic (1). Un associé ne saurait donc prétendre que, la société n'ayant pas été publiée, il n'est pas obligé par les actes du gérant. La nullité ne pourrait non plus être invoquée pour soustraire la société et les associés à une déclaration de faillite.

(1) Paris, 8 déc. 1885, *Revue des sociétés*, 1885, p. 199.

L'Administration de l'enregistrement doit être également considérée comme un tiers. Aussi peut-elle, malgré la nullité, réclamer les différents droits à percevoir en cas de constitution d'une société. V. n° 174.

224. En principe, selon la règle posée par l'article 56, dern. alin., de la loi du 24 juillet 1867, *tous les intéressés* peuvent invoquer la nullité. Il s'agit évidemment de personnes ayant un intérêt *pécuniaire* à la validité ou à la nullité de la société ; mais tout intérêt pécuniaire ne donne pas le droit d'agir. Il faut, comme on l'a exactement dit (1), que ce soit un intérêt juridique, c'est-à-dire se rattachant à un acte fait avec la société ou avec un des associés par celui qui se prévaut de la nullité. Ainsi, il est certain qu'un concurrent de la société ne pourrait pas en demander la nullité, pour se débarrasser d'une concurrence qui lui est préjudiciable.

225. Dès l'instant où une personne a un intérêt juridique à la nullité d'une société, elle peut la faire prononcer. Des conséquences nombreuses doivent être tirées de cette règle générale.

Les associés qui ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers, ont, du moins, le droit de l'invoquer contre les autres associés ou contre la société. Ce droit leur a été, pourtant, dénié anciennement (2). Pour le leur refuser, on a dit que la publicité n'est pas faite pour les associés, mais pour les tiers, puisque les associés connaissent nécessairement ou doivent connaître toutes les clauses de l'acte de société auquel ils ont été parties. On a ajouté que, du reste, c'est par suite d'une faute commune à tous les associés que les formalités de publicité n'ont point été remplies et qu'il serait injuste que cette faute commune profitât aux uns au détriment des autres.

L'opinion contraire qu'admet la jurisprudence (3), doit être préférée. L'article 56 donne à tous les intéressés le droit de demander

(1) Beslay et Lauras, *op. cit.*, I, n^{os} 580 et 581.

(2) Delvincourt, *Institutes de Droit commercial*, t. II, p. 45 et 46.

(3) Cass., 22 nov. 1869, S. 1870. 1. 55 ; *J. Pal.*, 1870. 123 ; D. 1870. 1. 23 ; Agen, 17 mars 1880, *Journal des sociétés*, 1881. 459 : Ch. civ. cass., 5 janv. 1886, D. 1886. 1. 122 ; S. 1886. 1. 241 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 593 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 298. — V. Bravard et Demangeat, I, p. 193 et 194 ; P. Pont, II, n° 1247.

la nullité. L'intérêt des associés à la faire prononcer n'est pas niable. Leur situation est très précaire ; ils sont exposés à chaque instant à ce que d'autres intéressés fassent annuler la société. Il y a, du reste, avantage à ce que le plus grand nombre possible de personnes puissent faire cesser un état de choses condamné par la loi comme contraire aux intérêts généraux du crédit. Les effets restreints de l'annulation de la société dans les rapports entre les associés (n° 236) empêchent, d'ailleurs, que cette annulation ne fasse réaliser un bénéfice illégitime à certains d'entre eux.

226. Les créanciers sociaux sont assurément au nombre des personnes qui peuvent demander la nullité (1). Ordinairement, en fait, ils n'ont pas intérêt a la faire prononcer ; car l'existence de la société leur assure sur le fonds social le droit de se faire payer à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Mais il peut leur être avantageux, du moins, de faire prononcer la nullité d'une clause des statuts ou d'une modification de l'acte de société, lorsque cette clause ou cette modification n'a pas reçu la publicité légale (n° 213). Ainsi, supposons que les statuts donnent le droit de gérer à un seul associé et que cette clause n'ait pas été insérée dans l'extrait publié dans les journaux. Le tiers qui a contracté avec un associé autre que le gérant, croyant que les statuts étaient silencieux et que, par conséquent, le droit de gérer appartenait à tous les associés (n° 252), pourra faire prononcer à son égard la nullité de la clause dont il s'agit, afin de faire déclarer qu'il a la société pour débitrice, et, par suite, aussi, tous les associés pour obligés personnels et solidaires (n° 276).

227. Les débiteurs sociaux ont le droit de demander la nullité de la société leur créancière ; ils y ont intérêt dans certains cas. Ainsi, un débiteur social qui a lui-même pour débiteur un associé, a intérêt à faire annuler la société afin d'être considéré comme débiteur personnel des associés et d'opposer, par suite, la compensation à l'associé qui est obligé envers lui. De même, celui qui a conclu avec une société un contrat synallagmatique destiné à produire des effets successifs dans l'avenir, peut demander la nullité, afin de se dégager (2).

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1249.
(2) Cass., 10 fév. 1879, D. 1879. 1. 266.

Des auteurs refusent, cependant, aux débiteurs d'une société le droit de faire prononcer la nullité pour défaut de publicité (1). Ils disent que ces débiteurs n'ont pas d'intérêt à la nullité, puisqu'ils sont toujours obligés envers les associés, s'ils ne le sont pas envers la société elle-même. La vérité est que le plus souvent les débiteurs ne peuvent pas demander la nullité faute d'intérêt. Mais il n'y à là qu'un pur fait, qui n'empêche pas qu'ils aient le droit de la faire prononcer dans les cas exceptionnels où leur intérêt existe.

227 *bis*. De même, les débiteurs d'un associé peuvent se prévaloir de la nullité. Ils ont intérêt à le faire, notamment quand ils ont une créance contre la société. Si la société subsiste, ils ne peuvent opposer à l'associé leur créancier, la créance qu'ils ont contre elle ; les deux créances n'existent pas entre deux mêmes personnes. Quand la société est annulée, ils sont considérés comme débiteurs de chaque associé pour sa part et peuvent, dès lors, opposer la compensation légale à celui dont ils sont créanciers.

228. En ce qui concerne les créanciers *personnels* des associés, la question de savoir s'ils peuvent demander la nullité de la société est très délicate.

Il est hors de doute que les créanciers personnels d'un associé ont le droit de se prévaloir de la nullité contre les coassociés de leur débiteur. Ils auraient intérêt à le faire, notamment dans le cas où ils voudraient saisir un bien considéré comme appartenant à leur débiteur et où une demande en distraction serait formée par les autres associés dans le but de faire déclarer que le bien en question fait partie du fonds social et, dès lors, ne forme pas le gage des créanciers personnels des associés.

Mais les créanciers *personnels* d'un associé peuvent-ils aussi opposer la nullité de la société aux créanciers *sociaux* ? L'intérêt qu'ils ont à le faire est évident. En effet, par suite de l'annulation de la société, il n'y aurait plus de fonds social ; dès lors, les créanciers personnels des associés ne seraient plus exclus par les créanciers sociaux sur les biens qui le constituaient. Malgré cet intérêt, on a soutenu que les créanciers personnels ne peuvent pas invoquer la

(1) P. Pont, II, n° 1248.

nullité contre les créanciers sociaux (1). Ils ne doivent pas, a-t-on dit, d'après les principes généraux mêmes, avoir plus de droit que leurs débiteurs (art. 1166, C. civ.). On ajoute que la publicité n'est pas prescrite dans l'intérêt des créanciers personnels des associés ; autrement, l'article 56 (L. 1867), comme l'ancien article 43, C. com., aurait exigé que l'extrait publié de l'acte social fît connaître le montant des apports de chaque associé, afin d'avertir les créanciers personnels de la valeur des biens de chaque associé soustraits à leur droit de gage. Cette opinion n'a pas triomphé.

La jurisprudence reconnaît avec raison aux créanciers personnels des associés le droit d'opposer la nullité même aux créanciers sociaux (2). Les termes de l'article 56 sont d'une grande généralité, et il y a des exceptions à la règle générale selon laquelle les créanciers n'ont que les droits de leur débiteur. On en trouve la preuve notamment dans l'article 1167, C. civ., et dans les articles 446 à 449, C. com .

(1) Bravard et Demangeat, I, p. 193 et 194 ; Beslay et Lauras, I, nos 606 et suiv. Quelques décisions judiciaires ont admis cette opinion : Guadeloupe, 25 avril 1845 ; Aix, 9 avril 1867. Ces deux arrêts ont été cassés par les arrêts du 18 mars 1851 et du 11 mai 1870 cités à la note suivante.

(2) Cass., 18 mars 1851. S. 1851. 1. 273 ; *J. Pal.*. 1851. 1. 516 ; D. 1851. 1. 51 ; Cass., 13 fév. 1855, S. 1855. 1. 721 ; *J. Pal.*, 1856. 1. 157 ; D. 1855. 1. 308 ; Rennes, 6 mars 1869, S. 1869. 2. 274 ; *J. Pal.*, 1869. 1009 ; D. 1870. 2. 224 ; Cass., 11 mai 1870, S. 1870. 1. 428 ; *J. Pal.*, 1870. 1123 ; D. 1870. 1. 495 ; Grenoble, 11 juill. 1873, D. 1874. 2. 167 ; Paris, 12 fév. 1885, D. 1886. 2. 191 ; Cass., 7 juin 1904, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 8 ; D. 1904. 1. 455 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 43 ; *Journal des sociétés*, 1905, p 450 ; *Revue des sociétés*, 1905, p. 7. Consult. Cass., 5 juillet 1900, D. 1902. 1. 89 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 434. Telle est l'opinion de la plupart des auteurs : Molinier, n° 279 ; Ch. Beudant, *Revue pratique de Droit français*, XXV. p. 335 ; P. Pont, n° 1249 ; Houpin, *Traité des sociétés*, II, n° 1023 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 371.

Il résulte de l'opinion admise au texte et consacré par la jurisprudence que l'inobservation des formalités de publicité permet aux créanciers personnels d'un associé, en invoquant la nullité, contre les créanciers sociaux, d'écarter le droit exclusif de ces derniers sur les biens de la société. Aussi peut-il paraître singulier que, d'après la jurisprudence qui admet la personnalité des sociétés civiles, les créanciers d'une société civile jouissent d'un droit exclusif sur les biens sociaux, encore que ces sociétés ne soient soumises à aucune formalité de publicité. Cpr. Thaller, *op. cit.*, n° 372.

229. Du reste, il va de soi que les créanciers personnels d'un associé peuvent toujours, au lieu de se prévaloir de la nullité en leur nom personnel, l'invoquer du chef de leur débiteur, en vertu de la règle générale de l'article 1166, C. civ., contre toutes personnes autres que les tiers. Il est possible qu'ils aient intérêt à agir de cette dernière façon, comme cela sera expliqué à propos des effets de la nullité dans les rapports entre les associés (n° 236).

230. Parfois, un intéressé a eu connaissance de l'acte de société, bien que non publié. A-t-il, néanmoins, le droit d'invoquer la nullité ? On pourrait être tenté de le nier. Il semble qu'alors, le but de la publicité est atteint, sans que les formalités légales aient été remplies. Mais, en organisant ces formalités, le législateur a voulu éviter toutes les contestations sur la connaissance qu'ont eu ou non les tiers de l'acte à rendre public. On ouvrirait la porte à des discussions de cette nature, en assimilant la connaissance acquise d'une manière quelconque à celle qui est réputée résulter de l'accomplissement des formalités légales. Le défaut de publicité légale établit la présomption absolue que les intéressés n'ont pas connu l'acte de société (1). V. analogie, art. 1071, C. civ.

A l'inverse, un intéressé ne serait pas admis à soutenir qu'il a ignoré l'acte de société, bien que les formalités de publicité aient été remplies. L'accomplissement de ces formalités engendre la présomption légale absolue que l'acte a été connu (2).

231. La nullité de la société non publiée peut être demandée, comme cela vient d'être expliqué, par des personnes et contre des personnes fort diverses. Toutes ne sont pas nécessairement parties dans l'instance en nullité. Aussi importe-t-il de déterminer l'autorité des jugements rendus en cette matière, qu'ils admettent ou rejettent la demande en nullité.

On n'a jamais contesté que, conformément au principe général de l'article 1351, C. civ., le jugement qui repousse une demande en nullité, n'a d'autorité qu'entre les personnes qui ont figuré dans

(1-2) Voir, sur ces deux présomptions légales Cass., 19 avril 1893, S. et *Pal.*, 1894. 1. 289.

l'instance. Ainsi, quand une demande en nullité formée par un créancier social est repoussée, il est incontestable qu'un associé ou un créancier personnel d'un associé ou même un autre créancier de la société peut intenter une action en nullité fondée sur la même cause et y triompher.

Faut-il dire aussi que, lorsque la nullité a été prononcée sur la demande d'un intéressé, la question reste, en droit, entière à l'égard des autres ? Il est évident qu'il y a les plus graves inconvénients pratiques à ne pas admettre que le jugement de nullité profite ou nuit à tous les intéressés, n'eûssent-ils pas été parties dans l'instance. Outre qu'on laisse de cette façon les procès se multiplier, on peut se trouver en présence de décisions contradictoires dont l'exécution simultanée est impossible ou fort difficile. On est tenté de dire également que, d'après sa nature, un tel jugement doit produire ses effets *erga omnes* : on ne conçoit pas qu'une société, nulle pour certaines personnes, soit valable pour d'autres. Ces considérations ont fait admettre cette solution par quelques décisions judiciaires (1) et des auteurs (2) l'ont adoptée, sans même paraître supposer qu'une contradiction soit possible sur ce point. Ces décisions ont été rendues à propos de nullités encourues à raison de violation des règles spéciales de la loi du 24 juillet 1867 relatives aux sociétés anonymes ou en commandite par actions. Mais, quelle que soit la cause de la nullité ou la nature de la société, la question est la même (3).

Nous croyons, pourtant, que le jugement qui prononce la nullité d'une société, n'a d'effet qu'à l'égard des personnes qui ont été parties dans l'instance. Aucune disposition légale ne déroge en cette matière au caractère relatif de l'autorité de la chose jugée (art. 1351, C. civ.). Les inconvénients signalés sont assurément réels, mais ils

(1) Cass., 2 juill. 1873, D. 1874. 1. 49 ; S. 1873. 1. 306 ; *J. Pal.*, 1873. 765 ; Trib. comm. Seine, 22 mars 1886, *Revue des sociétés*, 1886. 1. 272 ; Cour d'appel de Gand, 23 juill. 1887, D. 1889. 2. 89.

(2) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1242.

(3) Au reste il est généralement admis que les nullités des sociétés par actions encourues en vertu de la loi du 24 juillet 1867, sont régies par les mêmes règles que la nullité des sociétés de commerce pour défaut de publicité. V. nos 780 et suiv.

sont une conséquence naturelle de ce caractère relatif et ils se présentent généralement dans toutes les matières pour lesquelles il n'est pas dérogé au principe de la relativité des effets de l'autorité de la chose jugée. La validité ou la nullité d'une société n'est pas, de sa nature, plus indivisible que la qualité d'héritier ou que celle de mère ou de fils. Pourtant, les jugements rendus sur les contestations relatives à ces qualités n'ont qu'une autorité relative. Si l'on admettait l'opinion contraire, il faudrait reconnaître à tous les intéressés, même à ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance, le droit d'attaquer le jugement de nullité par les voies de recours ordinaires. Comment cela pourrait-il être admis, alors que le législateur n'a pas pris le soin de le dire, ainsi qu'il l'a fait pour les voies de recours ouvertes contre le jugement déclaratif de faillite qui produit ses effets *erga omnes* (art. 580 et 581, C. com.) (1).

Pour restreindre les inconvénients qu'offre cette doctrine, il li est très utile que les intéressés interviennent dans le procès en n nullité de société ou que leur mise en cause soit ordonnée par le el tribunal.

Du reste, ces inconvénients sont quelque peu atténués par cela als seul que souvent la nullité est invoquée en cas de faillite de la société el par le syndic qui représente tous les créanciers sociaux.

Des tribunaux ont été parfois, dans cet ordre d'idées, jusqu'à d déclarer non recevable une demande en nullité qui n'était pas for-te mée contre tous les représentants de la société (2).

232. Les effets de la nullité varient selon les personnes qui s'en prévalent ou auxquelles elle est opposée.

D'après les principes généraux du droit, la société annulée devrait ne produire aucun effet, même dans le passé : *quod nullum est, nullum producit effectum*. Mais la disposition même de l'article 56, dern. alin., de la loi du 24 juillet 1867 et des considérations d'équité font apporter à cette règle des dérogations assez notables. Ce qui donne à ces dérogations une grande importance, c'est qu'elles

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VII, nos 126 et suiv.

(2) Agen, 19 mars 1886, *Revue des sociétés*, 1886. 1. 600. Cpr. Paris, 1er août 1868, D. 1869. 2. 65.

s'appliquent après que la société a fonctionné pendant un certain temps et a fait, par suite, des opérations plus ou moins nombreuses desquelles sont résultés des bénéfices ou des pertes ; or, la nullité n'est, sauf dans des cas très rares, prononcée que lorsqu'il en est ainsi.

233. Les créanciers sociaux peuvent, à leur gré, invoquer ou ne pas invoquer la nullité de la société contre les associés. Cela résulte bien de ce que ceux-ci n'ont pas le droit de l'opposer aux tiers.

Si les créanciers sociaux invoquent la nullité, les contrats intervenus entre eux et la société sont annulés ; ils avaient été conclus avec une personne n'ayant qu'une existence apparente. Mais, s'il résultait de là un préjudice pour les créanciers, ils pourraient réclamer des dommages-intérêts aux associés négligents. Si, au contraire, les créanciers sociaux n'invoquent pas la nullité, ils peuvent exercer, contre la société et contre les associés, tous les droits qui appartiennent aux créanciers d'une société valable. Au reste, les créanciers sociaux qui désirent traiter la société comme valable, peuvent s'en voir opposer la nullité par d'autres personnes que les associés, spécialement par les créanciers personnels des associés. V. n° 228.

D'ailleurs, il va de soi que les associés peuvent au moins invoquer *pour l'avenir* la nullité de la société à l'égard des créanciers sociaux. Cela signifie que, dans les rapports avec ces créanciers, la société est considérée tout au moins comme dissoute et doit être liquidée conformément aux statuts.

234. Si les créanciers sociaux ont, selon leur intérêt, le droit d'invoquer la nullité contre les associés ou de ne pas s'en prévaloir, leur option une fois faite entre ces deux partis est définitive. Cela implique que des créanciers qui auraient, à propos d'un acte, opposé la nullité aux associés, ne pourraient pas en faire abstraction à propos d'un autre acte. Il en est ainsi lorsque les créanciers sociaux sont en présence des mêmes personnes à propos de plusieurs opérations différentes. Cela restreint la portée pratique de l'observation. Elle en aurait une beaucoup plus grande si l'on reconnaissait les effets absolus du jugement de nullité. V. n° 231.

235. Dans les rapports entre les créanciers personnels et les associés, la nullité invoquée par les premiers fait rentrer dans le patrimoine de leur débiteur, pour qu'ils redeviennent leur gage, les biens transmis par celui-ci à la société à titre d'apport (1). Si, après la reprise des apports, il reste encore des valeurs acquises par la société pendant son fonctionnement, le partage doit être fait comme s'il s'agissait de simples copropriétaires. Car, dans les rapports entre les associés et les créanciers personnels de ceux-ci, il y a lieu de traiter les choses, comme s'il n'y avait jamais eu de société.

Il se peut que des créanciers personnels d'un associé aient intérêt, au contraire, à ce que la répartition des bénéfices soit faite conformément aux statuts. C'est ce qui a lieu lorsque leur débiteur a stipulé à son profit des avantages importants. Les créanciers personnels ont un moyen fort simple de profiter de cette stipulation avantageuse : au lieu de se prévaloir de la nullité en leur nom, ils peuvent l'invoquer au nom de l'associé, leur débiteur, contre les coassociés de celui-ci, en vertu de l'article 1166, C. civ. Alors, la nullité produit dans les rapports entre les créanciers personnels et les associés les mêmes effets restreints qu'entre les associés eux-mêmes. V. n° 236.

236. Dans les rapports entre les associés, les effets de la nullité varient selon qu'au moment où elle est prononcée, la société n'avait pas encore fonctionné ou avait, au contraire, déjà fait des opérations plus ou moins nombreuses.

Il va de soi que, dans le premier cas qui est très rare, la nullité produit ses pleins et entiers effets et que, par suite, la société est réputée n'avoir jamais existé même dans le passé (2). En conséquence, tout associé est dispensé de réaliser son apport ou peut en réclamer la restitution, s'il l'a déjà effectué.

Mais cela ne doit pas être admis quand, lors du jugement de nullité, la société a déjà fonctionné. La société a eu alors une existence

(1) Cass., 20 novembre 1901, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 22 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 241 ; *Journal des sociétés*, 1903, p. 391 ; *Revue des sociétés*, 1902, p. 108.

(2) Cpr. Grenoble, 24 janv. 1870, S. 1870. 2. 217 ; *J. Pal.*, 1870. 900.

de fait plus ou moins prolongé ; et il est, par suite, nécessaire de liquider les opérations et de fixer les droits des associés quant aux résultats qu'elles ont produits. Pourquoi les associés peuvent-ils demander la nullité les uns contre les autres ? Ce n'est pas qu'ils ignorent l'existence de la société ; c'est qu'il serait d'une excessive rigueur de les contraindre à demeurer dans une société dont les tiers ont le droit de faire prononcer à chaque instant la nullité. Il est donc juste que les associés puissent faire cesser la société, pour sortir d'une situation aussi précaire. A cela doit se borner leur droit. Aussi tout ce qui a été fait doit être maintenu et les résultats doivent être réglés d'après les statuts. C'est ce qui a pu faire dire fort exactement que, dans les rapports entre les associés, en cas d'annulation de la société pour défaut de publicité, il y a plutôt dissolution qu'annulation.

On peut tirer de là de nombreuses conséquences, les principales sont les suivantes :

a) Les bénéfices et les pertes doivent être répartis entre les associés, non pas, d'après l'article 1853, C. civ., en proportion de la valeur des apports de chacun, mais conformément aux clauses de l'acte de société qui a pu déroger à cette répartition proportionnelle (nos 43 et suiv.) (1).

b) Les associés ne peuvent, ni se dispenser d'effectuer leurs apports, ni réclamer la restitution de ceux qui ont été réalisés (2). Cette solution peut conduire à des conséquences peu conformes à l'équité et à l'intention probable des parties, lorsque la société n'a fonctionné que pendant peu de temps au moment où elle est annulée. En effet, en pareil cas, l'associé qui a fait un apport successif tel qu'un apport en industrie, en obtenant la nullité de la société, parviendrait, alors qu'il n'a réalisé son apport que pour une très faible partie, à prendre sa part dans les biens apportés par ses coassociés. Aussi

(1) Cass., 7 juill. 1873, S. 1873. 1. 388 ; *J. Pal.*, 1873. 957 ; D. 1872. 1. 327 ; Cass., 5 janv. 1886, D. 1886. 1. 122 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 298 ; Cass., 7 juill. 1879, D. 1880. 1. 123, V. aussi Grenoble, 11 juill. 1873, S. 1873. 2. 203 ; *J. Pal.*, 1873. 859 ; Cass., 28 mars 1898, D. 1899. 1. 588 ; *Pand. fr.*, 1898. 1. 422.

(2) Cass., 19 mars 1862, S. 1862. 1. 825 ; *J. Pal.*, 1862. 1086 ; D. 1862. 1. 407. P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1267.

doit-on reconnaître aux juges la faculté, en tenant compte des circonstances spéciales, de décider que chaque associé pourra reprendre son apport (1). Il va de soi aussi qu'en pareil cas, il y a lieu à une réduction proportionnelle de la part de l'associé dans les bénéfices et dans les pertes. Il faut traiter les choses comme on les traite pour un associé qui a fait un apport successif à une société dissoute avant le terme assigné à sa durée, V. n° 51.

c) Malgré la nullité de la société, le tribunal du siège social est compétent pour statuer sur une demande en dissolution conformément à l'article 59 § 5, C. com. proc. civ. (2).

237. Il reste à parler des effets de la nullité dans les rapports entre les créanciers personnels des associés et les créanciers sociaux. Les créanciers personnels peuvent, selon la doctrine qui prévaut (n° 228), opposer de leur chef la nullité aux créanciers de la société. Quant ils l'invoquent, les biens de la société doivent être considérés comme appartenant individuellement aux associés. Aussi les créanciers sociaux perdent-ils le droit de se faire payer sur ces biens à l'exclusion des créanciers personnels des associés (3). Cela s'applique et aux biens que les créanciers avaient apportés et aux biens acquis pendant la durée de la société.

238. Les créanciers sociaux qui perdent leur droit exclusif sur l'actif de la société à l'encontre des créanciers personnels, sont-ils aussi privés à l'égard de ces créanciers du droit d'agir solidairement contre les associés ? On a soutenu d'une façon absolue que la nullité de la société fait disparaître l'action solidaire. En faveur de cette solution, on a dit que, la société étant annulée, les associés doivent être traités comme de simples communistes et que les créanciers sociaux ne peuvent pas avoir le droit de poursuivre solidairement un associé au préjudice des créanciers personnels de cet associé qui opposent la nullité (4).

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1267.

(2) Cass., 16 juill. 1901, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 236 ; D. 1902 1. 484 ; *Revue des sociétés*, 1901, p. 487 ; *Journal des sociétés*, 1902, p. 205.

(3) Cass., 13 fév. 1855, S. 1855. 1. 721 ; *J. Pal.*, 1856, p. 157 ; D. 1855. 1. 308 ; Rennes, 6 mars 1869, S. 1869. 2. 234 ; *J. Pal.*, 1869. 1009 ; D. 1870. 2. 224. — P. Pont, II, n° 1272.

(4) Voy. l'arrêt de la Cour de Rennes cité à la note précédente.

Cette solution ne doit pas être admise. Selon nous, sauf une restriction, la solidarité des associés subsiste malgré l'annulation de la société (1). Il faut placer les créanciers sociaux en présence, soit des associés seuls, soit de créanciers personnels des associés.

Quand les créanciers sociaux ne sont en présence que des associés, ils conservent leur action solidaire contre chacun de ceux-ci. Il y a eu, au moins entre les associés, une société de fait dont la nature ne peut pas être modifiée. Le crédit commercial pourrait recevoir une fâcheuse atteinte si la garantie de la solidarité attachée à la société en nom collectif pouvait disparaître. Au reste la question n'offre d'intérêt que pour les opérations civiles faites par la société, du moins si l'on reconnaît que, sauf convention contraire, la solidarité doit, en vertu d'un ancien usage, être admise entre les personnes, même non associées, tenues d'une obligation commerciale (2).

La solidarité ne doit pas être admise sans un certain tempérament lorsque les créanciers sociaux sont en présence de créanciers personnels d'un associé qui ont invoqué la nullité de la société. Les créanciers sociaux ne peuvent exercer leur action solidaire contre cet associé au préjudice des créanciers personnels. Mais on ne voit pas pourquoi ils ne la conserveraient pas contre les autres associés. Ainsi, supposons qu'une société comptant deux associés, ait 50 mille francs d'actif et qu'elle soit tenue d'une dette de 40.000 francs envers Paul, que, de plus, l'associé Louis ait une dette personnelle de 25.000 francs. Chaque associé ayant pris la moitié dans l'actif (soit 25.000 fr.), sur cette somme revenant à Louis, le créancier personnel de celui-ci n'aura pas à subir le concours de Paul pour 40.000 francs mais pour la moitié de cette somme. Au contraire, Paul pourrait agir pour l'intégralité de sa créance contre l'associé de Louis sur les biens duquel il n'est pas en conflit avec des créanciers personnels.

239. Par cela même que la nullité ne peut pas être opposée par les associés aux tiers, des créanciers sociaux peuvent malgré le défaut de publicité, faire déclarer la faillite de la société, quand ils

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1274.
(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 33.

sont en présence des associés seuls (1). Il n'en est plus de même, quand ils ont en face d'eux les créanciers personnels des associés qui invoquent la nullité (2) (3).

240. Il peut y avoir, au sujet de la nullité pour défaut de publicité, un conflit entre les créanciers sociaux. Il est possible, en effet, que quelques-uns aient intérêt à la nullité. Il n'est pas douteux que ceux-ci doivent l'emporter. Les associés sont les seules personnes dont le droit d'opposer la nullité soit restreint. La solution qui vient d'être admise s'applique tout naturellement au cas où des créanciers chirographaires de la société invoquant la nullité contre des créanciers hypothécaires dont ils ont intérêt à faire tomber les hypothèques, afin de ne pas être primés par eux (4).

240 *bis*. A raison des effets attribués à la nullité, celle-ci peut-être demandée même après la dissolution de la société. A l'égard des tiers, les effets de la nullité et ceux de la dissolution sont différents. Mais, comme cela n'est pas vrai au point de vue des rapports entre les associés, la dissolution d'une société met obstacle à ce que la nullité pour défaut de publicité en soit demandée par un des associés contre les autres.

Il n'y a aucune raison pour que la nullité ne puisse pas être demandée après la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire d'une société. En fait, il en est très souvent ainsi.

241. La nullité est la seule sanction admise expressément par la loi en matière de formalités de publicité. Aucune peine ne frappe les associés qui ont négligé de les accomplir. Mais les personnes lésées par l'annulation de la société, ont-elles, du moins, le droit de réclamer des dommages-intérêts aux associés chargés de remplir ces formalités ? Les principes généraux du droit (art. 1382 et 1383,

(1) Bordeaux, 8 déc. 1870, D. 1872. 2. 22 ; *Pand. fr. chr.* ; Paris, 5 fév. 1872, S. 1873. 2. 75 ; *J. Pal.*, 1873. 330 : D. 1874. 2. 235 ; Cass., 15 mars 1876, D. 1876. 1. 312. V. en sens contraire, Paris, 3 mars 1870, D. 1870. 2. 103 ; *Pand. fr. chr.*

(2) Lyon, 8 janv. 1873, D. 1873. 2. 38.

(3) Cpr. Cass., 5 juillet 1900, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 190 ; D. 1902. 1. 89 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 434 ; Bordeaux, 13 juillet 1897, S. et *J. Pal.*, 1902. 1. 9 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 66. V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1141.

(4) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1277.

C. civ.) conduisent à résoudre cette question affirmativement.

Par cela même que l'obligation de remplir les formalités de publicité est imposée par la loi à tous les associés, l'action en dommages-intérêts peut être exercée contre tous, alors même qu'un seul d'entre eux à reçu mandat des autres de les remplir. Seulement, il va de soi que, dans ce cas, les associés qui ont donné ce mandat ont un recours contre le mandataire négligent, celui-ci doit supporter définitivement les dommages-intérêts. Les mêmes solutions sont à donner pour le cas où la mission dont il s'agit a été confiée au notaire qui a reçu l'acte de société.

242. Un associé ne peut être tenu de dommages-intérêts pour avoir demandé la nullité (1). En la demandant, il ne fait qu'exercer un droit. Il en serait ainsi même si l'acte de société interdisait aux associés d'invoquer la nullité. Le crédit général est intéressé à ce que le droit de demander la nullité ne soit enlevé à aucune des catégories de personnes auxquelles ce droit appartient. La clause pénale sanctionnant cette interdiction serait nulle aussi, par suite de la nullité de l'obligation principale de ne pas attaquer la société (art. 1227, C. civ.).

243. CRITIQUE DU SYSTÈME DE PUBLICITÉ DE LA LOI FRANÇAISE. — Le système de publicité des sociétés en nom collectif organisé par la loi française, qui du reste, est aussi, sauf des différences de détail (2), le système de publicité admis pour les autres sociétés de commerce, est loin d'être parfait. Il importe d'en constater les principaux vices et de faire connaître le système de publicité admis dans les principaux États étrangers.

Selon nous, le système de publicité de la loi française peut être critiqué principalement aux points de vue suivants :

a) La publicité par voie d'insertion d'un extrait dans les journaux ne peut pas être considérée comme sérieuse. Dans le département de la Seine, l'extrait peut être publié dans un des nombreux jour-

(1) Cass., 1er fév. 1881, S. 1883. 1. 415; *J. Pal.*, 1883. 1048; D. 1882. 1. 5.

(2) Ces différences sont surtout relatives aux mentions à faire dans l'extrait publié dans les journaux.

naux (1) désignés par le préfet de la Seine pour recevoir les annonces légales ou judiciaires. Dans les départements autres que celui de la Seine, les intéressés ont le choix entre tous les journaux du département (nº 194). Il est bien difficile de retrouver après un certain temps le journal dans lequel l'insertion a eu lieu.

b) Les recherches sont d'autant plus difficiles que souvent les tiers ne connaissent pas la date de la constitution de la société et que les journaux n'ont pas tous une table analytique annuelle.

c) La loi ne prescrit même pas de publier les actes portant modification des statuts ou les changements d'associés dans le même journal que l'acte de société. Cela rend très difficiles les recherches des actes modificatifs. Celui qui connaît le journal où a été publié l'extrait de l'acte de société, ne connaît pas, par cela même, le journal où les actes modificatifs ont été rendus publics.

d) Le dépôt de l'acte de société et des actes le modifiant aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce n'a aucune utilité si, comme on peut le soutenir, les greffiers n'ont pas l'obligation d'en donner communication au public (nº 193).

e) Le droit d'invoquer la nullité pour défaut de publicité ne se prescrit pas (nº 218).

Il serait facile de faire disparaître ces vices de la loi. Il suffirait de s'inspirer, sur les deux premiers points, des dispositions de plusieurs lois étrangères, spécialement de la loi *belge* du 18 mai 1873. V. nº 244.

On a parfois adressé à notre loi une autre critique ; on lui a reproché d'attacher au défaut de publicité une présomption absolue d'ignorance pour les tiers et on a demandé qu'on fût admis à prouver la connaissance qu'ont eue, en fait, les tiers de l'existence de la société ou des clauses des statuts non publiées (2). Cette critique ne paraît pas fondée. Il importe au plus haut point de restreindre le nombre des contestations relatives à la publicité des sociétés. On ouvrirait, au contraire, la porte à ces contestations si l'on substituait

(1) Le nombre de ces journaux varie. Trop souvent des influences politiques en ont fait choisir dont la publicité est restreinte.

(2) Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., II, nº 1050, p. 317.

en cette matière une présomption légale relative à une présomption légale absolue (1).

244. SYSTÈME DE PUBLICITÉ ADMIS PAR DES LOIS ÉTRANGÈRES. — En *Belgique*, la loi du 18 mai 1873 a perfectionné le système de la loi française Elle prescrit (art. 6) la publication par *extrait*, aux frais des intéressés, des actes de société en nom collectif. L'extrait contient la raison de commerce de la société, la désignation des associés ayant la gestion et la signature sociale ; l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir (art.7). L'extrait doit être déposé entre les mains du greffier du tribunal de commerce dans les quinze jours de la date de l'acte de la société. La publication en doit être faite par les soins du greffier dans les dix jours du dépôt (art. 10 et arrêté royal du 21 mai 1873) ; elle a lieu par la voie du *Moniteur belge* sous forme d'annexes qui sont adressées aux greffes des cours et tribunaux où chacun peut en prendre connaissance. Ces annexes sont réunies et forment un recueil spécial.

Il résulte de ces dispositions que la loi *belge*, comme la loi française, exige deux formalités : le dépôt et l'insertion dans un journal. La première formalité doit être remplie par les associés. Si le dépôt est fait après le délai légal, la publication est soumise à un droit

(1) Dans le projet de loi destiné à remplacer la loi du 24 juillet 1867 et adopté par le Sénat le 29 novembre 1884, il n'avait été fait droit que pour partie aux critiques qui viennent d'être formulées. Ce projet (art. 73, 1er alin.) admettait dans toutes les sociétés le droit pour toute personne de prendre communication des statuts déposés aux greffes ou de s'en faire délivrer expédition. Mais le projet de loi ne prescrivait la publication des actes de société dans un recueil spécial que pour les sociétés par actions. C'est, en effet, surtout pour les sociétés par actions qu'une large publicité est utile. De plus, le projet laissait subsister la sanction de la nullité, sans limiter aucunement la durée de l'action accordée aux intéressés.

La loi du 1er août 1893, qui a modifié sur plusieurs points importants la loi du 24 juillet 1867, n'a pas touché aux dispositions relatives à la publicité des sociétés.

Le projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1867 déposé à la Chambre des députés une première fois le 3 avril 1903 et une seconde fois le 18 juin 1906, ne modifie les formalités de publicité que pour les sociétés par actions. Il se borne, pour les autres sociétés, à prescrire la communication à toute personne de l'acte de société déposé aux greffes.

spécial d'enregistrement de un pour mille du capital social, sans qu'il puisse être moindre de 50 francs ni supérieur à 1.000 francs (art. 11). En outre, toute action intentée par une société dont l'acte constitutif n'a pas été publié, est non recevable. Les associés ne peuvent se prévaloir de l'acte de société à l'égard des tiers qui ont traité avant la publication, mais le défaut de publication ne peut être opposé aux tiers par les associés. La publication n'a pas d'effet immédiat ; elle n'en produit que cinq jours après l'insertion au *Moniteur* (1). Le greffier, chagé de la publication dans le *Moniteur*, est responsable envers les associés du dommage que peut leur causer l'omission de la publication ou le retard.

En *Allemagne*, par cela même que la société en nom collectif n'a pas besoin d'être constatée par écrit (n° 168), il n'y a pas de dépôt de l'acte de société. Cette formalité est remplacée par une déclaration faite par les associés au greffe du tribunal compétent du siège de la société et de ses succursales. Ce tribunal est le tribunal de bailliage (*Amtsgericht*), qui correspond à la justice de paix (loi *allemande* sur la juridiction volontaire du 20 mai 1898, art. 125). La déclaration, qui doit ou être signée par tous les associés devant le tribunal compétent ou être passée en forme authentique, est insérée *in extenso* dans le *Registre du commerce* (2). Elle doit contenir : 1° les nom, prénoms, état et domicile de chaque associé ; 2° la raison sociale et le siège de la société ; 3° l'époque où elle a commencé. En outre, les associés chargés de représenter la société doivent écrire eux-mêmes devant le tribunal la signature sociale et leur signature personnelle ou produire ces signatures certifiées dans la forme authentique (art. 106 et 108, C. de commerce *allemand*). Toutes les insertions faites au registre du commerce doivent être publiées dans le *Reichsanzeiger* et dans les journaux locaux déterminés chaque année par le Tribunal (art. 10 et 11). La loi ne fixe pas le délai dans lequel ces formalités doivent être remplies ; par cela même qu'un écrit n'est pas exigé pour la société en nom collectif, on n'aurait su comment fixer le point de départ de ce délai. Il

(1) V. Namur, *Le Code de commerce belge revisé*, I[r], p. 33 à 46.
(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 194 *bis*.

faut que ces formalités soient remplies sans retard aussitôt après la constitution de la société ; c'est la seule règle à poser. Les tribunaux peuvent prononcer des amendes contre les associés pour défaut de publicité (art. 814, C. de com. *allemand*) ; ce défaut n'entraîne pas la nullité de la société dont la validité n'est subordonnée à aucune formalité. Il en est, du moins, ainsi dans les rapports entre les associés. Car en principe la société n'a d'existence légale comme société en nom collectif que du jour de l'insertion au registre de commerce (art. 123) (1). Mais, quant aux modifications apportées aux statuts, elles ne sont, en principe, opposables aux tiers qu'autant qu'elles ont été dûment publiées. Toutefois, il peut être prouvé, à l'encontre des tiers, qu'ils ont eu connaissance des modifications non publiées ou, au contraire, par les tiers qu'ils ne les ont pas connues, sans qu'il y ait une négligence à leur reprocher, malgré le non-accomplissement ou l'accomplissement des formalités légales de publicité (art. 14, C. de commerce *allemand*).

En *Italie*, un extrait de l'acte constitutif de société doit être déposé au greffe dans la quinzaine de cet acte, pour être transcrit dans le registre des sociétés et être affiché dans la salle d'audience du tribunal, dans celle de la mairie et dans les locaux de la Bourse la plus voisine. En outre, l'extrait de l'acte de société doit être publié, par les soins des gérants, dans le journal d'annonces judiciaires. A défaut d'accomplissement de ces formalités, la société n'est pas constituée légalement ; les gérants sont tenus solidairement à raison de toutes les opérations faites au nom de la société. Chaque associé peut demander la dissolution de la société. Le défaut d'accomplissement des formalités de publicité ne peut être opposé aux tiers par les associés (Code de commerce *italien*, art. 90, 93, 98 et 99). — V. aussi, Code de commerce *roumain*, art. 91, 95, 98 à 100.

III. — Du fonctionnement de la société en nom collectif.

245. *Date de la constitution de la société.* — Les associés sont libres de fixer comme bon leur semble la date à laquelle la société

(1) Cpr. Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts* (4e édit.), p. 729 et 731.

commencera à exister et à fonctionner. Le Code de commerce ne subordonne à aucune condition spéciale la constitution de la société en nom collectif. Cela mérite d'être remarqué, parce que, la loi du 24 juillet 1867 exige la réunion de conditions multiples pour la constitution des sociétés par actions. V. nos 685 et suiv.

Si l'acte de société ne fixe pas la date à laquelle la société sera constituée et pourra commencer ses opérations, cette date est celle même de cet acte (art. 1843, C. civ.) (1). Mais les associés peuvent reporter la constitution de la société à une date ultérieure.

Dans quelques pays, la même liberté n'est pas laissée aux associés quant à la fixation du commencement de la société. Ainsi, en *Allemagne*, la société en nom collectif commence, à l'égard des tiers, soit au moment où la société est inscrite dans le *Registre du commerce*, soit au moment antérieur où elle a commencé ses opérations. La clause par laquelle la société ne doit commencer à exister qu'à une époque postérieure à son inscription dans le *Registre du commerce*, est sans effet légal à l'égard des tiers. V. Codes de commerce *allemand* (art. 123), et *hongrois* (art. 87).

246. Comme cela a été dit plus haut (n° 148), quand la société est constituée, des rapports spéciaux naissent entre les associés. Par suite des opérations sociales, des rapports naissent aussi entre les associés et les tiers avec lesquels la société fait ces opérations. Il sera parlé distinctement de ces deux espèces de rapports.

A. — *Des rapports des associés les uns avec les autres.*

247. Le Code de commerce ne contient sur les rapports des associés entre eux aucune disposition spéciale ; par suite, ces rapports sont régis par les usages et par les dispositions du Code civil (2). Ainsi, la répartition des bénéfices et des pertes est soumise aux articles 1853 à 1855, C. civ. V. nos 38 et suiv.

(1) C'est pour cette raison qu'en principe, le délai d'un mois accordé depuis la constitution de la société pour accomplir les formalités de publicité (L. 24 juillet 1867, art. 55 et suiv.), court de la date même de l'acte de société. V. n° 192.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 74 *bis* et suiv.

248. On trouve sur ce point dans quelques Codes étrangers des dispositions toutes particulières. Le Code de commerce *hongrois* (art. 84, al. 1) et le Code *suisse* des obligations (art. 556 et 557) admettent, par une sorte d'interprétation de la volonté des associés, qu'ils ont entendu s'assurer un intérêt de 4 p. 0/0 du montant de leur apport. Aussi, d'après ces codes, à la fin de chaque exercice annuel, on crédite chaque associé des intérêts à 4 p. 0/0 sur son apport augmenté des bénéfices réalisés ou diminué des pertes subies ; on débite, au contraire, chaque associé des intérêts au même taux sur les fonds que, pendant l'exercice, il a prélevé sur sa part. Les intérêts bonifiés à l'associé accroissent sa part de l'actif social. Chaque associé peut prélever sur sa part dans l'actif social les intérêts de cette part pour la dernière année écoulée, pourvu qu'il ne préjudicie pas à la société. Il peut aussi prélever des fonds jusqu'à concurrence de sa part dans les bénéfices. Le bénéfice et la perte se répartissent par tête entre les associés (1). Ces dispositions ne s'appliquent qu'autant que l'acte de société ne contient pas une clause y dérogeant.

Il faudrait, au contraire, en France, une clause formelle pour que les associés eûssent droit à un intérêt fixe du montant de leurs apports. Cette clause serait valable si elle signifiait que l'intérêt payé à chaque associé sera imputé sur sa part dans les bénéfices. Le serait-elle aussi dans le cas où l'intérêt serait stipulé même en prévision de l'absence de bénéfices ? Cette question sera discutée à propos du droit des actionnaires dans les sociétés par actions (n° 553). C'est surtout dans les statuts de ces sociétés que se trouve la clause dont il s'agit.

249. Un associé en nom collectif peut, en principe, à moins de convention contraire, faire pour lui-même des opérations semblables à celles de la société dont il est membre ou entrer dans une société

(1) L'article 121 du Code de commerce *allemand* de 1897 a supprimé le droit invariable de chaque associé à un intérêt de 4 p. 0/0 que consacrait le Code de commerce *allemand* de 1861 (art. 106 à 109). Cet intérêt n'est dû que si les bénéfices le permettent ; il est donc imputable sur les bénéfices et n'est pas dû quand il n'y en a pas. V. Staub, *Kommentar zum Hondelsgesetzbuch*, I (6e édit.), p. 377 et suiv. ; Cosack, *op. cit.*, p. 552.

ayant le même objet. Le Code de commerce ne contient à cet égard aucune disposition restrictive. La liberté des seuls associés dont l'apport consiste en industrie, est restreinte en vertu de l'article 1847, C. civ. D'après cette dernière disposition, *les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société*. Dans les sociétés en nom collectif, l'article 1847, C. civ. est d'une application fréquente par cela même que les apports en industrie y sont nombreux.

250. C'est sans doute en considérant ce dernier fait que quelques Codes étrangers contiennent des dispositions restrictives spéciales. D'après les articles 112 et 113 du Code de commerce *allemand*, les règles suivantes sont applicables. Un associé ne peut point, sans y être autorisé par les autres associés, faire des affaires pour son compte ou pour le compte d'un tiers dans la branche de commerce où opère la société, ni prendre part, comme associé en nom collectif, à une autre société de commerce ayant un objet analogue, sans le consentement des autres associés (1). En cas de contravention à la disposition précédente, la société a le droit de considérer comme faites pour le compte social les affaires qu'il a faites pour son compte séparé ; la société peut, au lieu d'agir ainsi, réclamer la réparation du dommage causé, le tout sans préjudice du droit de demander, s'il y a lieu, la résiliation du contrat de société. Mais le droit de la société de s'approprier ainsi une opération d'un associé ou de réclamer des dommages-intérêts se prescrit au bout de trois mois comptés à partir du jour où la société a eu connaissance de l'opération. Le Code de commerce *italien* (art. 112 et 113) contient des dispositions analogues. Le Code *suisse* des obligations va un peu plus loin dans le sens de la prohibition ; il défend (art. 118) à un associé de s'intéresser, *même comme commanditaire*, dans une entreprise similaire.

(1) Ce consentement est réputé accordé quand les autres associés savaient, au moment où le contrat de société a été conclu, que l'associé était déjà associé en nom collectif dans une autre société et que, pourtant, il n'a pas été convenu expressément qu'il renoncerait à cette qualité (article 112, C. *allemand*). V., sur les articles 112 et 113 du Code de commerce *allemand*, Staub, *op. cit.*, I, p. 361 et suiv.

251. DES GÉRANTS. — Aucune disposition légale ne détermine elles organes dont une société en nom collectif doit être pourvue. Mais la nature des choses fait qu'une société en nom collectif doit avoir un ou plusieurs représentants ou mandataires qui font des opérations en son nom et la représentent, s'il y a lieu, en justice. Les sociétés ne peuvent agir par elles-mêmes. Il leur faut des administrateurs ou mandataires chargés de faire les opérations sociales et de les représenter en justice. Ces mandataires sont, dans les sociétés en nom collectif comme, du reste, aussi dans les sociétés en commandite simple (c'est-à-dire dans les sociétés de personnes), désignés sous le nom de *gérants*.

A l'occasion des gérants des sociétés en nom collectif, comme des administrateurs de toutes les sociétés, il y a lieu de déterminer : 1° à quel moment et parmi quelles personnes ils peuvent être choisis ; 2° s'ils sont révocables ou irrévocables ; 3° quels sont leurs pouvoirs.

252. 1° *Nomination des gérants*. — Le choix des gérants appartient naturellement aux associés. Ils peuvent, selon les clauses des statuts, en choisir un ou plusieurs, les désigner dans l'acte de société ou dans un acte postérieur. Dans le premier cas, on les appelle *gérants statutaires*, à raison même de ce que les statuts les désignent. Quand il n'y a pas de désignation spéciale d'un gérant, tous les associés sont censés s'être donnés réciproquement le pouvoir d'administrer (art. 1859-1°, C. civ.) (1).

L'accord de tous les associés est évidemment nécessaire pour le choix d'un gérant dans l'acte de société. L'est-il aussi pour le choix d'un gérant, même dans un acte postérieur ? Une distinction doit être faite, en vertu des principes généraux du droit. Si l'acte de société avait laissé la gestion à tous les associés, leur accord unanime est nécessaire pour modifier sur ce point le contrat en choisissant un gérant. Il y a là, en effet, une modification apportée au contrat de société (art. 1134, C. civ.). Mais le choix peut se faire à

(1) V. une disposition semblable dans les articles 125, 1er alin., du Code de commerce *allemand* ; 80, 1er alin., du Code de commerce *hongrois* ; 533, du Code *suisse* des obligations.

la majorité quand l'acte de société a déclaré qu'un gérant serait désigné. Le choix de celui-ci ne modifie pas l'acte de société, il en constitue l'exécution.

Il en est de même toutes les fois qu'il y a lieu de remplacer le gérant, spécialement en cas de mort, de démission du gérant, d'arrivée du gérant au terme assigné à la durée de ses fonctions.

253. Lorsque tous les associés ne sont pas gérants, les associés non gérants n'ont sans doute pas le pouvoir de faire des opérations pour la société. Mais il peut exceptionnellement arriver, en fait, que ces associés fassent des opérations pour la société. Il y a alors lieu de déterminer les effets de ces opérations à l'égard de la société et des autres associés.

Les associés non gérants ont le droit d'exiger que le gérant leur rende ses comptes conformément aux règles du mandat (art. 1993, C. civ.). En outre, il est évident que les associés non gérants ont le droit de surveiller la gestion. Dans ce but, ils peuvent se renseigner sur la marche des affaires de la société et prendre connaissance des ses livres de commerce à toute époque et même en l'absence de toute contestation (art. 14, C. com.) (1) (2).

La loi ne réglemente pas dans les sociétés en nom collectif le droit de surveillance, comme elle le réglemente dans les sociétés anonymes et en commandite par actions (L. 24 juillet 1867, art. 5 et 32). Aussi les associés peuvent-ils, dans les statuts, régler l'exercice de ce droit comme bon leur semble. Une renonciation à ce droit, quelqu'insolite qu'elle soit, serait même valable. Elle n'aurait rien de contraire à l'ordre public ; car il va de soi qu'elle ne mettrait pas obstacle à ce qu'un associé non gérant se plaignît des fautes commises dans la gestion.

254. 2° *Irrévocabilité ou révocabilité des gérants*. — Il y a un grand intérêt pratique à distinguer les gérants *statutaires* des gérants nommés pendant la durée de la société. Les seconds sont de simples mandataires ; aussi par application des règles générales

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 291,

(2) DROIT ÉTRANGER. — Plusieurs Codes étrangers consacrent expressément ce droit de surveillance. V., Codes de commerce *allemand* (art. 118) ; *hongrois* (art. 88) ; *espagnol* (art. 133).

ıandat, peuvent-ils être révoqués *ad nutum* par les autres asso-
:ıés ou renoncer à leurs fonctions (art. 2003, C. civ.) (1). Au con-
ıaire, les premiers ne peuvent être révoqués par leurs coassociés ;
ur révocation peut être seulement prononcée par les tribunaux
our cause légitime (art. 1856, C. civ.). De même, ils ne peuvent
enoncer à leur gré au mandat accepté par eux. Les pouvoirs qui
ur ont été conférés, ont le même caractère d'irrévocabilité que le
ontrat de société dont les clauses qui désignent ces gérants forment
me partie (art. 1134, al. 2, C. civ.). Un gérant statutaire peut dire
'il n'aurait pas consenti à entrer dans la société, s'il n'avait pas
é désigné comme gérant (2).

Mais cela n'a pas d'application au cas où le gérant statutaire n'est
as associé (n° 256) ; le pouvoir de celui-ci est toujours essentielle-
ent révocable. Seulement, la révocation du gérant statutaire, alors
ême que c'est un tiers, suppose l'accord de tous les associés pour
ui retirer ses pouvoirs. Pour eux, le choix du gérant a été une con-
ition du contrat de société.

Au contraire, la révocation du gérant pour cause légitime peut
re demandée en justice sans distinction entre le gérant statutaire
le gérant non statutaire.

Cette révocation peut être réclamée, soit par la majorité des
ssociés agissant au nom de la société, soit par un ou plusieurs
ssociés, si la demande est fondée sur une violation des statuts ou
ur l'inexécution des engagements du gérant. Elle ne peut l'être que
ar la majorité des associés quand la demande est fondée sur une
ute commise dans la gestion (3). Il y a là une action sociale, non
me action individuelle. Ce qui le prouve, c'est que la majorité des
ssociés a le droit d'approuver les comptes du gérant et qu'elle
nd ainsi non recevable toute action contre le gérant tendant à sa
évocation.

(1) Cpr. Cass., 29 décembre 1903, D. 1906. 1. 325.

(2) DROIT ÉTRANGER. — V. disposition semblable, Code de commerce *allemand*, art. 79 ; Code *suisse* des obligations, art. 539 et 555 ; Codes de commerce *espagnol*, art. 132 ; *portugais*, art. 155 et 156. V. aussi l'article 712 du Code civil *allemand*.

(3) Cpr. Cass. 12 août 1889, *Pand. fr.*, 1889. 1. 518 ; *Le Droit*, n° du 29 septembre 1889.

255. La loi ne limite pas la durée des fonctions des gérants, comme elle limite la durée des fonctions des administrateurs des sociétés anonymes (L. 24 juillet 1867, art. 25, 2e et 3e alin.). Le plus souvent le gérant est nommé pour toute la durée de la société. Mais il pourrait en être autrement : ainsi, il serait possible qu'en vertu de l'acte de société, chaque associé fût chargé de la gestion pendant un certain délai ou que, sans prévoir l'avenir, on eût limité à un certain temps les pouvoirs conférés à l'associé ou au tiers désigné comme gérant.

Dans ce dernier cas, les associés auraient à choisir un nouveau gérant après l'expiration des fonctions du gérant primitif. S'ils ne s'entendaient pas alors, tous pourraient gérer.

256. Le gérant peut être ou un associé, ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent, ou une personne étrangère à la société. La loi ne restreint pas à cet égard la liberté du choix, comme elle le fait dans les sociétés anonymes (1), où elle veut que les administrateurs soient choisis parmi les associés (L. 24 juil. 1867, art. 22) (2).

257. Un gérant peut évidemment choisir un mandataire spécial chargé de faire à sa place une ou plusieurs opérations déterminées. Mais, à moins qu'il n'y ait une clause formelle dans les statuts, un gérant ne peut se substituer une autre personne à laquelle il transmet sa qualité ; le mandat donné au gérant a, par sa nature même, un caractère essentiellement personnel (3). En conséquence, si un gérant non autorisé à cet effet donnait mandat à un substitué d'agir pour la société, celle-ci ne serait pas obligée envers les tiers qui n'auraient d'action que contre le gérant et son substitué (4). — Il y a donc ici une dérogation à l'article 1994, C. civ., selon lequel le mandataire a le pouvoir de se substituer une autre personne, sauf à répondre de ses actes envers le mandant.

(1) Sous l'empire du Code de commerce, avant la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs pourraient aussi dans les sociétés anonymes être pris en dehors des associés (ancien art. 31, C. com.).

(2) V., sur le cas où le gérant n'est pas un associé, n° 286.

(3) Trib. comm. Marseille, 17 janv. 1879, *Recueil de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1879. 1. 79.

(4) V. Codes de commerce *italien* et *roumain*, art. 105, 2e alin.

258. Le mandat est gratuit, tout au moins de sa nature (art. 1986, C. civ.). Cette règle s'applique au mandat donné au gérant. En fait, presque toujours l'acte de société attribue au gérant, soit un traitement fixe, soit une commission, soit, s'il est associé, une part plus grande dans les bénéfices, pour le rémunérer des soins qu'il donne aux affaires communes (1). Une rémunération du gérant est tellement naturelle et légitime qu'elle est due, non seulement quand elle a été stipulée d'une façon expresse, mais encore quand il paraît résulter des circonstances que les associés ont entendu que le mandat du gérant ne serait pas gratuit. C'est aux tribunaux à apprécier si les circonstances sont telles et, en cas d'affirmative, à fixer le montant de la rémunération.

La distinction entre le gérant gratuit et le gérant salarié offre une certaine importance pratique ; la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui qui a reçu un mandat gratuit (art. 1992, C. civ.).

259. 3° *Pouvoirs des gérants.* — Aucune disposition légale ne détermine les pouvoirs des gérants. Ils ont, en principe, des pouvoirs fort larges. On ne saurait, sous peine de rendre très difficile la marche des sociétés et d'en compromettre la réussite, admettre que les gérants peuvent seulement faire des actes d'administration et que, par suite, pour tous les autres actes, le consentement des autres associés est nécessaire. Les gérants ont, en règle générale, le pouvoir de faire tous les actes se rattachant au but même de la société. Ainsi, ils peuvent notamment acheter et revendre des marchandises, engager des employés, émettre et endosser des billets à ordre, des lettres de change et des chèques, accepter des lettres de change tirées sur la société, emprunter pour elle (2), agir pour elle en justice, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse (3), etc... L'usage leur reconnaît même le pouvoir de tran-

(1) V. Aix, 2 mai 1869, S. 1870. 2. 150 ; *J. Pal.*, 1870. 599. V., pour le cas où le gérant a droit à une part dans les bénéfices, Bordeaux, 30 juillet 1901, *Journal des sociétés*, 1902, p. 259.

(2) V. Cpr. Cass. 23 octobre 1905, *Pand. fr.* 1906. 1. 37 ; *Revue des sociétés*, 1906, p. 97.

(3) En matière correctionnelle, notamment, le gérant peut interjeter

siger ou de compromettre sur les contestations sociales (1).

260. Par cela même que les seuls actes qu'un gérant peut faire sont ceux qui se rattachent au but de la société, les aliénations d'immeubles et les constitutions d'hypothèques n'entrent pas d'ordinaire dans ses pouvoirs (2). Un mandat spécial est nécessaire pour qu'il puisse faire ces actes.

Le mandat de constituer hypothèque, qu'il soit contenu dans l'acte même de société ou dans un acte postérieur, peut être donné dans un acte sous seing privé (art. 69, nouveau, L. 24, juillet 1867). V. n° 183.

261. Le mandat spécial donné au gérant pour des actes qu'il n'a pas, en principe, le pouvoir de faire en vertu de sa qualité même, peut intervenir, comme il vient d'être dit, soit dans l'acte constitutif de la société, soit pendant la durée de celle-ci. Il va de soi que, dans le premier cas, l'accord de tous les associés est nécessaire, il s'agit d'une clause d'un contrat. Dans le second cas, il suffit du consentement de la majorité, pourvu que l'acte qu'il s'agit d'autoriser le gérant à faire, ne soit pas étranger au but de la société. — V., du reste, n° 268 et sur la manière de calculer s'il y a majorité, n° 367.

262. L'étendue même des pouvoirs du gérant présente des dangers, si ce n'est pas un homme habile et délicat. Aussi les actes de société restreignent-ils souvent les pouvoirs que le gérant devrait régulièrement tenir de sa qualité. Ainsi, il est parfois stipulé que le gérant ne pourra faire certains actes spécialement graves que du

appel sans être muni d'un pouvoir spécial, Cass. 27 février 1904, *Revue des sociétés*, 1904, p. 224.

(1) Les pouvoirs de l'administrateur d'une société civile sont moins étendus.

(2) Il va de soi que le gérant d'une société ayant pour objet l'achat et la revente d'immeubles, a le pouvoir de vendre les immeubles de la société ; ces opérations sont impliquées par le but même de la société. Mais, selon l'opinion adoptée précédemment (n° 92), cette société est civile, eût-elle revêtu la forme de la société en nom collectif. L'article 68, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893, ne concerne que les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions ayant un objet civil. V. n° 1086.

consentement, soit de tous les associés, soit de la majorité, soit d'un certain nombre d'entre eux.

Ces clauses restrictives ont toujours pour effet d'entraîner la responsabilité du gérant qui y contrevient envers les associés. Elles ne sont certainement opposables aux tiers que lorsqu'elles ont été rendues publiques dans les formes prescrites par la loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv. V. n° 199), de telle façon qu'à défaut de publication, elles sont nulles et que les actes faits par le gérant même, contrairement à ces clauses, obligent la société et les associés.

Est-ce à dire que toutes les clauses restrictives des pouvoirs du gérant, quel qu'en soit l'objet, sont opposables aux tiers par cela même qu'elles ont été dûment publiées ? Cette question sera examinée plus loin à propos des rapports des associés avec les tiers. V. n^os^ 287 et suiv.

262 *bis*. Des lois étrangères ont adopté un tout autre système. Elles prennent soin de déterminer les pouvoirs du gérant et déclarent que toutes restrictions apportées à ces pouvoirs sont sans effet à l'égard des tiers. V. notamment art. 126, C. de commerce *allemand*.

263. Un associé peut contracter avec la société comme le ferait un tiers. Il en est ainsi même du gérant, qu'il soit associé ou non. Mais, sous peine d'engager gravement sa responsabilité, le gérant doit alors, ou traiter avec un autre gérant ou, s'il est seul chargé de la gestion, traiter avec tous ses coassociés ou avec l'un d'eux désigné à cet effet. Pour reconnaître au gérant le pouvoir de faire des actes dans lesquels il a un intérêt personnel, on peut invoquer, par analogie, la loi du 24 juillet 1867 (art. 40) ; cette loi admet que, dans les sociétés anonymes, les administrateurs peuvent faire des marchés avec la société qu'ils représentent. Il n'y a sous ce rapport aucun motif pour distinguer entre ces sociétés et les sociétés en nom collectif. Seulement, la loi de 1867 prend, pour éviter, en pareil cas, les abus dans les sociétés anonymes, des précautions qui, à raison de leur caractère spécial, ne peuvent être étendues à la société en nom collectif ni à une autre espèce de société par voie d'analogie (1).

(1) V., sur l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, n^os^ 821 et 822.

264. Il peut y avoir, soit un gérant, soit plusieurs. Le dernier cas doit être considéré séparément. Il y a, quand il se présente, à déterminer si les gérants peuvent agir chacun isolément ou s'ils ne peuvent faire d'opérations qu'en agissant ensemble.

A cet égard, trois hypothèses différentes sont à distinguer. On conçoit d'abord que les diverses branches de la gestion soient divisées entre eux ; chacun doit alors se renfermer dans le cercle de ses attributions. En l'absence d'une division de cette nature, chaque gérant a, en principe, le pouvoir d'agir seul (art. 1857, C. civ.), à moins qu'il n'ait été stipulé qu'ils ne pourraient agir que collectivement. Dans la dernière hypothèse, l'un des gérants, ne peut faire aucun acte ou, tout au moins, les actes désignés, sans le concours des autres (art. 1858, C. civ.).

265. Il peut arriver que des gérants ayant des pouvoirs égaux, soient en désaccord sur l'opportunité d'une opération. Comment ce désaccord peut-il être tranché ? Le recours aux tribunaux n'est pas possible. Il n'y a pas là un *litige*, mais un dissentiment entre personnes ayant des droits égaux. La question doit être résolue par la majorité des gérants ou, si les gérants sont partagés, par la majorité des associés. Il est naturel de supposer que les associés ont entendu qu'on ferait les opérations considérées comme utiles par la majorité.

Il ne faut pas confondre avec le cas précédent celui où il y a désaccord, non sur l'opportunité d'une opération, mais sur le point de savoir si une opération rentre ou non dans l'objet de la société. Il y a, dans le dernier cas, une véritable contestation de nature à être soumise aux tribunaux ; elle porte sur une question d'interprétation d'un contrat. La majorité des associés ne peut pas violer les statuts, en autorisant le gérant à faire des actes qui ne sont pas conformes à l'objet de la société. Il y aurait là une modification des statuts, et l'unanimité des associés est nécessaire pour les modifier, notamment en ce qui concerne l'objet de la société.

266. Les associés non gérants ont un droit de surveillance sur la gestion (n° 253). Ont-ils, en outre, le droit d'empêcher le gérant, par leur opposition, de faire une opération à raison de son inutilité ou des dangers qu'elle paraît présenter ? La solution à donner à cette

question diffère selon que le gérant est *statutaire* ou a été nommé pendant la durée de la société.

L'opposition aux actes du gérant *statutaire* n'est pas admise. Elle constituerait une sorte de révocation partielle, celle-ci n'est pas plus admissible pour les gérants statutaires qu'une révocation complète (n° 256). Au contraire, il peut être formé librement par un ou plusieurs associés opposition aux actes du gérant non-statutaire. En cas de désaccord, la majorité décide. Le gérant nommé pendant la durée de la société, est un simple mandataire ; aussi peut-il être révoqué *ad nutum*. *A fortiori*, ses pouvoirs sont-ils susceptibles d'être modifiés par la volonté de la majorité, (art. 1856, C. civ.) (1).

Il va de soi que cette distinction n'a plus d'application quand l'opposition est fondée sur ce que l'opération projetée par le gérant est contraire aux statuts ou est frauduleuse. Une telle opposition peut être déclarée valable par la justice, alors même que le gérant est statutaire. — V. analog., pour la révocation, ci-dessus n° 251.

267. Il résulte de ce qui a été dit précédemment (n° 265) qu'en certains cas, dans les sociétés en nom collectif, l'opinion de la majorité doit prévaloir. Doit-on alors compter les voix par tête ou s'attache-t-on à l'importance de l'intérêt de chaque associé ? Les statuts peuvent résoudre librement la question. Dans le silence des statuts, le calcul par tête est seul admissible. C'est la règle consacrée implicitement par la loi du 24 juillet 1867, même dans les sociétés anonymes où, pourtant, il n'y a pas d'élément personnel comme dans la société en nom collectif (argument tiré de l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867). Cette règle doit être d'autant plus favorablement adoptée qu'elle est conforme au principe d'égalité (2).

Dans les cas où la majorité doit décider, il se peut qu'il y ait

(1) DROIT ÉTRANGER. — Une disposition semblable se trouve notamment dans l'article 77 du Code de commerce *hongrois*.

(2) DROIT ÉTRANGER. — Des lois étrangères ont adopté un autre système, en décidant que, dans les sociétés en nom collectif, on tient compte, quand il s'agit d'une décision à prendre à la majorité, de l'importance de l'intérêt de chaque associé. Ainsi, le Code de commerce *italien* (art. 107, al. 1) dispose qu'en cas d'opposition aux actes d'un gérant non statutaire, la majorité déterminée par les parts d'intérêt, statue. V. aussi Code *roumain*, art. 107, al. 1.

partage. Cela se présente surtout lorsqu'il y a seulement deux associés, ce qui est une hypothèse très fréquente dans la société en nom collectif. On est alors obligé de s'abstenir de l'acte dont il s'agit.

268. La majorité des associés n'est pas, du reste, omnipotente. Elle ne peut lier la minorité qu'en tant qu'elle respecte les statuts, ceux-ci font la loi des parties (art. 1134, 1er et 2e alin., C. civ.). Ainsi, la majorité ne peut modifier les statuts (1); elle ne peut donc, ni décider qu'un acte étranger à l'objet de la société pourra être fait, ni révoquer un gérant statuaire, ni s'opposer à une opération que celui-ci veut-faire. De telles décisions ne sont obligatoires qu'autant qu'elles sont prises d'accord pour tous les associés. Il va de soi que les statuts peuvent déroger à ces règles en conférant expressément à la majorité des associés des pouvoirs qu'elle n'a pas d'ordinaire. Ces dérogations sont très rares ; les associés en nom collectif ne sont pas, en général, nombreux. Aussi n'est-il pas difficile d'obtenir l'unanimité (2)

269. Les gérants doivent conformément aux principes du droit commun, donner aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille (art. 1137, C. civ.) et ils sont responsables de leurs fautes envers les associés. La responsabilité relative aux fautes leur est appliquée moins rigoureusement quand leur mandat est gratuit que lorsqu'ils reçoivent un salaire (art. 1992, 2e alin., C. civ.). Cf. n° 258.

Le Code de commerce *hongrois* (art. 72, 1er alin.) et le Code civil *allemand* (art. 707), reproduisant une règle admise par le Droit romain (Dig., L. 73, XVII, 2, *Pro socio*) (3), décident que chaque

(1) Rouen, 16 juill. 1880, *Recueil de jurisprudence du Havre*, 1880. 2. 239. D'après cet arrêt, la majorité ne peut décider valablement que la société est dissoute avant le terme fixé. Cpr. Trib. com. Marseille, 22 mai 1863, *Journal de Marseille*, 1863. 1. 153.

(2) Des Codes étrangers indiquent expressément les décisions qui ne peuvent être prises que par l'unanimité des associés. V. Codes de commerce *allemand*, art. 114, al. 1 et 2; *hongrois*, art. 81 ; *italien*, art 108 ; *roumain*, art. 108 ; Code *suisse* des obligations, art. 535 et 555 ; Code de commerce *portugais*, art. 151, § 2.

(3) Accarias, *Précis de Droit romain* (3e édit.), t. II, nos 627-5° et 663-4°.

associé est tenu d'apporter aux affaires de la société le zèle et le soin qu'il a l'habitude de donner à ses propres affaires. C'est ce que les romanistes appellent la faute *levis in concreto*.

Les gérants ne peuvent prétendre compenser avec l'indemnité qu'ils doivent les profits que, par leur industrie, ils ont procurés à la société. Ces profits ne rendent pas la société débitrice des gérants ; en les lui procurant, ils n'ont fait que remplir leurs obligations envers elle et envers les associés. (art. 1850, C. civ.) (1).

270. De la cession des parts d'associés en nom collectif. — La société en nom collectif est une société reposant sur la considération des personnes (*intuitus personæ*). De ce caractère résulte notamment qu'un associé en nom collectif ne peut pas, par voie de cession, se substituer, en tout ou en partie, une autre personne dans la société. L'article 1861, C. civ., s'applique à la société en nom collectif (2).

Cela n'est pas moins vrai du gérant que des autres associés (art. 1861, C. civ.). Il ne s'agit pas là d'un acte ayant un rapport quelconque avec le but et le fonctionnement de la société. D'ailleurs, c'est surtout pour l'associé gérant que la considération de la personne est prédominante. Il a été dit précédemment (nº 257) que le gérant ne peut pas non plus se substituer une autre personne comme tel, tout en conservant la qualité d'associé.

Pour qu'un associé en nom collectif pût se substituer une autre personne dans la société, il faudrait, en principe, que tous les associés consentissent à cette substitution. Mais il est évident que cette substitution ne libérerait pas l'associé cédant envers les tiers des obligations antérieures à la cession. Elle ne serait même opposable aux créanciers postérieurs qu'autant qu'elle aurait été rendue publique dans les formes prescrites par la loi du 24 juillet 1867 (art. 61, 2e alin.).

(1) V. Code de commerce *hongrois*, art. 52, 2e alin.

(2) L'article 1861, C. civ. est ainsi conçu : *Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut sans ce consentement l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration.*

Le consentement des associés peut, du reste, être donné par avance dans l'acte de société, c'est-à-dire qu'il peut y être stipulé que chaque associé en nom collectif aura le droit, en cédant sa part, de mettre complètement à sa place le cessionnaire. Celui-ci succède à tous les droits et à toutes les obligations de l'associé cédant. Il faut seulement, bien entendu, que cette clause dérogatoire au droit commun ait été insérée dans l'extrait de l'acte de société, publié dans les journaux (1). On se trouve alors, en réalité, en présence d'une société par actions dont les actionnaires sont tenus au delà de leurs mises (2). Ce cas est très rare en France (3). Au contraire, en *Grande-Bretagne*, il y a et il y a eu surtout dans le passé beaucoup de sociétés de cette nature, on les appelle *companies unlimited by shares* (compagnies à responsabilité illimitée par actions) (4).

A l'occasion des sociétés de ce genre, on peut se poser une question difficile : sont-elles régies par la loi du 24 juillet 1867? Cette loi régit les sociétés anonymes, c'est-à-dire les sociétés dans lesquelles les associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports et peuvent céder leurs parts à volonté. Le seul fait que la responsabilité des associés est illimitée, malgré le caractère d'actions qu'ont les parts sociales, rend-elle la loi de 1867 non applicable ? Cette question sera résolue à propos des sociétés anonymes. V. n° 679 *ter*.

271. D'ailleurs, si un associé ne peut pas, sans le consentement de tous ses coassociés, se substituer un tiers dans la société, du moins a-t-il le droit de faire de sa part une cession dont les effets

(1) Pardessus, III, n° 1001.

(2) Nous supposons admis, conformément à notre opinion, conforme à la jurisprudence, que l'action est une part d'associé cessible à volonté. V. n° 320.

(3) On le rencontre assez souvent dans les sociétés de mines et dans les sociétés civiles régies par le Code civil. V. Paris, 28 janv. 1868. S. 1869. 2. 105; *J. Pal.*, 1869. 498.

(4) La ruine de la Banque de Glasgow a contribué à rendre ces sociétés beaucoup plus rares. V. dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1880, p. 40 et suiv., Loi du 13 août 1879 (42 et 43, Victoria, chap. 76), *modifiant la loi relative à la responsabilité des membres d'une banque et des autres sociétés par actions*.

sont restreints entre lui et le cessionnaire (art. 1861, C. civ.). Le cessionnaire est alors parfois désigné sous le nom de *croupier* ; le cédant le prend pour ainsi dire en croupe.

L'opération dont il s'agit peut s'appliquer à toute la part d'un associé ou seulement à une portion de cette part. Elle est permise, parce qu'elle ne nuit en rien, ni aux coassociés du cédant, ni aux créanciers de la société à l'égard desquels elle est non avenue (*res inter alios acta*), soit pour le passé, soit même pour l'avenir. Ainsi, le croupier peut bien réclamer à son cédant sa part dans les bénéfices sociaux, mais il ne peut ni administrer, ni prendre part aux délibérations des associés, ni faire insérer son nom dans la raison sociale, ni même demander communication des livres de la société. Contre les coassociés du cédant, le croupier a seulement l'action oblique de l'article 1166, C. civ. C'est aussi la seule action qui appartienne, soit aux créanciers sociaux, soit à la société, contre le croupier. Mais il est des droits qui ne peuvent pas être ainsi exercés, parce qu'ils sont attachés à la personne (1). Cf. nos 272 et 273.

Quand un associé traite avec un croupier seulement pour une portion de sa part, il y a entre le cédant et le cessionnaire une sorte de sous-association (2) ; mais le cessionnaire ne devient nullement l'associé des coassociés de son cédant. Ulpien exprimait cette idée, dans des termes souvent cités, en indiquant fort bien les motifs qui la justifient : *Qui admittitur socius ei tantum socius est, qui admisit ; et rectè, cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit ? ei soli socius est. Nam socii mei socius meus socius non est.* L. 19 et 20, Dig., *Pro socio*, XVII, 2 (3).

(1) Molinier, *op. cit.*, n° 363.

(2) *Subpartnership*, disent les Anglais. Ils appellent le croupier *subpartner*.

(3) Ces règles sont consacrées par les lois étrangères. L'article 98 du Code de commerce *allemand* de 1861 disposait : « Un associé ne peut pas, « sans l'autorisation des autres associés, admettre un tiers dans la société. « Si un associé, sans cette autorisation, admet un tiers à participer à sa « propre part ou cède sa part à un tiers, ce tiers n'acquiert aucun droit « direct contre la société ; spécialement, il n'a pas le droit de prendre « connaissance des livres de commerce et papiers de la société. » Cette

271 *bis*. On sait que c'est par suite d'une sorte de cession tacite, que, sous les régimes de communauté, l'un des époux devient copropriétaire des biens divers qui tombent dans l'actif de la communauté du chef de l'autre époux. Cette cession tacite ne peut évidemment avoir plus d'effets qu'une cession expresse. Aussi, quand un associé en nom collectif se marie sous le régime de la communauté, sa qualité n'est pas transmise pour partie à son conjoint et, si celui-ci vient à mourir, la société en nom collectif n'est pas dissoute ; ses héritiers, comme leur auteur, doivent être traités comme des *croupiers* (1).

272. La considération des personnes dont le rôle est prépondérant dans la société en nom collectif, doit même faire restreindre la faculté, pour les associés, d'exercer leurs droits par des mandataires. Il est naturel de supposer, sauf convention contraire, que les associés n'ont pas voulu qu'un tiers s'immisçât dans les affaires sociales. Ainsi, il a été déjà dit plus haut (n° 257), qu'un gérant ne peut conférer à un tiers le mandat qu'il a reçu des associés. De même, un associé ne peut pas donner à un tiers mandat de prendre part aux délibérations de ses associés sur les affaires sociales (2), ni d'exercer sur les opérations sociales le droit de surveillance qui appartient aux associés non gérants (n° 253) (3).

273. DROITS DES CRÉANCIERS PERSONNELS DES ASSOCIÉS. — Le caractère personnel de la société en nom collectif exerce également une grande influence sur les droits des créanciers personnels des associés.

Ces créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur dérivant du contrat de société, mais en tant seulement que ces droits ne

disposition n'a pas été reproduite par le Code de 1897, parce que la règle qu'elle consacre résulte suffisamment de l'article 717 du Code civil *allemand* de 1896. V. aussi Code *hongrois*, art. 86; Code *italien*, art. 76 ; Code *roumain*, art. 80.

(1) Trib. comm. Charleroi, 16 fév. 1871, *Jurisprudence d'Anvers*, 1873. 2. 135.

(2) Paris, 30 oct. 1888, *Le Droit*, n° du 30 novembre 1888.

(3) V., en sens contraire, Paris, 29 juin 1903, D. 1906. 2. 332 ; *Journal des sociétés*, 1904, p. 210, Houpin, *op. cit*., I, n° 190.

sont pas attachés à la personne de leur débiteur (art. 1166, C. civ.). Ainsi, les créanciers personnels d'un associé peuvent, pendant la durée même de la société, former une saisie-arrêt sur les sommes dues par celle-ci à leur débiteur à titre de dividendes. Ils peuvent, après la dissolution de la société, demander le partage, intervenir aux opérations de la liquidation et du partage pour sauvegarder leurs intérêts (art. 882 et 1872, C. civ.).

Mais les créanciers personnels d'un associé ne peuvent, ni exercer les droits qui appartiennent à leur débiteur comme gérant, ni demander communication des livres de la société (1), ni prendre part aux délibérations des associés.

Les créanciers personnels d'un associé ne peuvent pas non plus saisir et faire vendre la part sociale de leur débiteur pendant la durée de la société (2). La saisie d'une part d'associé en nom collectif, suivie d'une vente forcée, produirait des complications très grandes ; car il va de soi que, par là, l'associé exproprié ne pourrait être déchargé de ses obligations, alors qu'il perdrait ses droits. En outre, la vente forcée ne serait point opposable aux autres associés. Il est vrai que cela se produit au cas de cession volontaire, mais cette cession est autorisée par la loi (art. 1861, C. civ.). V. nº 270. Nulle part, au contraire, nos lois ne font allusion à la saisie et à la vente forcée d'une part d'associé. D'ailleurs, on serait fort embarrassé pour déterminer la forme de la saisie.

Il n'y a point à parler, pour les créanciers personnels d'un associé, de la saisie des biens sociaux. Ces biens appartiennent, non à leur débiteur, mais à la société considérée comme personne civile. C'est là une des conséquences pratiques les plus importantes de la personnalité des sociétés de commerce (nº 109).

274. Droit étranger. — Ces principes sont consacrés expressément par les Codes de commerce *italien* (art. 85) et *roumain* (art. 86). Des lois étrangères, tout en les consacrant aussi, confèrent aux créanciers personnels des associés un droit spécial très important, en leur permettant de demander la dissolution de la société, quand

(1) Trib. comm. Marseille, 25 sept. 1872, *Journal de Marseille*, 1872. 1. 262. — V. Trib. comm. Seine, 28 fév. 1887, *La Loi*, nº du 10 mars 1887.

(2) Molinier, *op. cit.*, p. 326.

ils ne sont pas payés sur les biens personnels de leurs débiteurs : Codes de commerce *allemand* (art. 135) et *hongrois* (art. 101) ; Code *suisse* des obligations (art. 574). V. n° 336. Les dispositions de ces textes dérogent à la règle générale selon laquelle les ayants-cause d'une personne ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur. Ce droit de dissolution peut être très préjudiable aux autres associés.

B. — *Des rapports des associés et de la société avec les tiers.*

275. Les engagements contractés pour le compte de la société ont pour effet d'obliger à la fois la société et les associés envers les tiers. L'article 22, C. com., dispose : *Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.*

Il importe de bien déterminer : A. *Quels sont les effets des engagements sociaux* ; B. *Dans quels cas un engagement peut être considéré comme ayant ce caractère.*

276. A. *Quels sont les effets des engagements sociaux ?* — Les créanciers sociaux ont avant tout pour obligée la société elle-même. Ils peuvent, par suite, l'actionner en justice, en agissant contre le gérant qui la représente, saisir les biens sociaux et les faire vendre, provoquer la déclaration de faillite de la société. Sur les biens sociaux, les créanciers de la société se font payer à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Ce droit exclusif leur appartient par suite de la personnalité des sociétés de commerce (n° 109).

Les créanciers sociaux ont aussi pour obligés les associés qui, dans l'article 22, C. com., sont tenus solidairement des dettes sociales.

L'obligation des associés envers les tiers dérive de ce qu'ils sont réputés avoir donné au gérant le mandat de les obliger personnellement. Ils ont tous la qualité de commerçants et peuvent, par suite, être personnellement déclarés en faillite ou mis en liquidation judiciaire. Il est même généralement admis que la déclaration de faillite

d'une société en nom collectif entraîne de plein droit celle des associés (1).

L'obligation personnelle et solidaire pèse sur tous les associés, que leurs noms figurent ou ne figurent pas dans la raison sociale (art. 22, C. com.). Cela mérite d'être remarqué ; il n'en a pas toujours été ainsi (nº 161).

277. Les associés nouveaux qui entrent dans une société en nom collectif pendant sa durée, sont tenus des engagements contractés par la société même avant qu'ils y soient entrés. Le Code de commerce ne fait, en effet, aucune distinction quand il décide que les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société. Mais, comme il ne prohibe pas les conventions qui peuvent être faites à cet égard, il serait valablement convenu qu'un nouvel associé ne sera pas tenu des dettes antérieures (2).

278. Il peut se faire, dans des cas exceptionnels dont les principaux seront exposés plus loin (nos 345 à 351), qu'un associé sorte de la société, ou parce qu'il en est exclu, ou parce qu'il s'en retire. Dans ces cas, il va de soi que cet associé reste tenu envers les tiers de dettes antérieures à sa retraite ou à son exclusion. Un débiteur ne peut, par un acte de sa seule volonté, se libérer de sa dette. Quant aux dettes postérieures, l'associé dont il s'agit n'en est pas tenu, pourvu que sa retraite ou son exclusion ait été portée à la connaissance des tiers par l'accomplissement des formalités légales de publicité (L. 24 juillet 1867, art. 61). La retraite ou l'exclusion n'existe, pour les tiers, que du jour où ces formalités ont été remplies.

279. La solidarité est, comme le caractère illimité des obligations des associés, de l'essence de la société en nom collectif (nº 159).

Il est incontestable que, pour les associés en nom collectif, la

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1144 et suiv.

(2) DROIT ÉTRANGER. — Le Code de commerce *allemand* (art. 130), admet bien (art. 113) qu'une telle convention est valable entre les associés ; mais il la déclare sans effet légal à l'égard des tiers. On trouve la même disposition dans les articles 89 du Code de commerce *hongrois*, 78 du Code *italien* et 79 du Code *roumain*.

solidarité légale est parfaite (1) ; car ces associés se connaissent et l'on peut supposer qu'ils se sont chargés de se représenter réciproquement dans leurs rapports avec les créanciers (2). En conséquence, il y a lieu d'appliquer aux associés en nom collectif les articles 1206, 1207 et 2249, C. civ., c'est-à-dire que la prescription interrompue contre l'un d'eux, l'est aussi contre les autres, que la sommation faite à l'un des associés fait courir également les intérêts contre les autres (3).

280. C'est à la société avant tout que les créanciers sociaux font crédit. Les associés ne sont que des sortes de garants ou de cautions solidaires (4). L'article 22, C. com., paraît bien admettre ce caractère de l'obligation des associés quand il dispose qu'ils sont solidaires *pour tous les engagements de la société*.

Il va de soi que celui des associés qui est actionné par un créancier, ne peut pas opposer le bénéfice de division ; la solidarité est exclusive de ce bénéfice (art. 1203, C. civ.).

281. La caution a, en principe, le bénéfice de discussion (art. 2021 à 2022, C. civ.). Les associés en nom collectif jouissent-ils de ce bénéfice ou peuvent-ils exiger, tout au moins, dans une mesure quelconque, que les créanciers sociaux agissent d'abord contre la société ?

Cette question que la loi ne résout pas, a donné lieu à des systèmes divers entre lesquels la jurisprudence n'a point encore définitivement opté.

On a soutenu que les créanciers peuvent poursuivre directement les associés sans aucune condition préalable (5). On a fait valoir en

(1-2) Il est très contestable que la solidarité légale soit, tantôt parfaite, tantôt imparfaite. Mais, en admettant la distinction, pour la raison que nous indiquons, la solidarité est certainement parfaite entre les associés en nom collectif. Cpr., sur la distinction entre les deux espèces de solidarité légale, Aubry et Rau, IV (5e édit.), 55, 298 *ter*, p. 30 et suiv.

(3) On peut aussi déduire de l'existence de la solidarité parfaite entre les associés en nom collectif, que l'appel interjeté par l'un des associés profite aux autres : Limoges, 12 mai 1880, *Journal des sociétés*, 1880, p. 289.

(4) Pardessus, III, n° 1026.

(5) Paris (6e ch.), 4 fév. 1886, *La Loi*, n° du 17 février 1886. — Bravard-Veyrières, I, p. 210.

faveur de cette solution que l'article 22, C. com., admet la solidarité sans restriction, ce qui implique un renvoi aux principes du droit commun selon lesquels les débiteurs solidaires n'ont pas le bénéfice de discussion.

Ce système n'est pas admissible. Il semble naturel que les créanciers sociaux s'adressent d'abord à la société ; elle est leur principal obligé.

Mais, si l'obligation des associés n'est que subsidiaire par rapport à celle de la société, dans quel sens en est-il ainsi ? On a soutenu que les associés ont, comme, en général, la caution, le bénéfice de discussion dans les termes des articles 2021 à 2024, C. civ. (1), qu'en conséquence, tant que l'insolvabilité de la société n'a pas été constatée par la vente des biens sociaux, l'action des créanciers contre les associés peut être déclarée non recevable sur l'exception opposée par ceux-ci. On peut objecter contre ce système que les associés ne sont pas de véritables cautions, qu'en tous les cas, ce sont des cautions solidaires, cautions auxquelles le bénéfice de discussion est refusé (art. 2021, C. civ.), et que, d'ailleurs, les opérations commerciales ne comportent point les lenteurs inhérentes au bénéfice de discussion (2).

Sans aller jusqu'à admettre le bénéfice de discussion au profit des associés, on a soutenu que, du moins, ils ne peuvent être actionnés par les créanciers sociaux tant qu'un jugement de condamnation n'a pas été rendu au profit de ces créanciers contre la société (3).

(1) Trib. comm. Havre, 7 déc. 1881, *Recueil de jurisprudence du Havre*, 1881. 1. 21.

(2) V., pour le refus du bénéfice de discussion aux associés, les arrêts cités à la note suivante et Trib. civ. Seine, 14 juin 1907, *le Droit*, n° du 22 septembre 1907.

(3) Cass. 14 août 1858, S. 1859. 1. 332 ; *J. Pal.*; 1859. 166 ; D. 1859. 1. 179. (Cet arrêt admet cette doctrine à propos d'une société en commandite. Si l'on peut le citer ici, c'est que la question est identique pour les sociétés en nom collectif et pour les sociétés en commandite). — Cass. 10 avril 1877, D. 1877. 1. 347. (Cet arrêt admet, tout au moins dans ses motifs, que le créancier ne peut poursuivre les associés personnellement qu'après avoir obtenu une condamnation contre l'être collectif avec lequel il a traité ; mais il ajoute (ce qui va de soi) qu'il n'en peut être ainsi lorsque la société a cessé d'exister et n'a plus de représentant légal. C'est ce qui a lieu

Les partisans de ce système font valoir que l'existence d'une dette à la charge de la société ne peut être rendue certaine que par un jugement prononcé contre elle et que la certitude de la dette est indispensable pour que les associés puissent être actionnés.

En donnant cette dernière solution, on déplace la question. Il est évident que, lorsque la dette est contestée, un procès s'élève et qu'un jugement intervient pour en reconnaître, s'il y a lieu, l'existence. Mais, pour résoudre notre question, il faut supposer une dette dont l'existence n'est pas contestée. Or, quand il en est ainsi, aucun principe de droit n'astreint les créanciers à obtenir un jugement contre la société avant de poursuivre les associés.

Un seul tempérament d'équité paraît s'imposer : le paiement ne peut pas être demandé aux associés avant d'avoir été réclamé à la société elle-même. Cette réclamation préalable peut être constatée par un protêt, par un commandement, par une sommation, par une demande en justice. En d'autres termes, la mise en demeure préalable de la société doit suffire (1).

281 *bis*. Droit étranger. — La question qui vient d'être examinée, est tranchée par quelques Codes étrangers. Les solutions qu'ils consacrent sont très variées.

Le Code de commerce *portugais* de 1888 (art. 153), accorde aux associés en nom collectif le bénéfice de discussion. Les Codes de commerce *italien* et *roumain* (art. 106, 2e alin.), se bornent à exiger l'exercice préalable de l'action du créancier contre la société. La loi *belge* de 1873 (art. 122) dispose « qu'aucun jugement à rai-
« son d'engagements de la société, portant condamnation person-
« nelle des associés en nom collectif ou en commandite simple et
« de gérants de commandite par actions, ne peut être rendu avant
« qu'il y ait condamnation contre la société ». Le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 564, 3e alin.) subordonne le droit pour quand la société est liquidée. Cette circonstance se présentait dans l'espèce). — Delamarre et Lepoitvin, III, n° 26 ; Alauzet, I, n° 130 ; P. Pont, II, n° 1406.

(1) Rouen, 18 nov. 1881, *Recueil de jurisprudence du Havre*, 1881. 2. 256 ; Cass. 21 mars 1898, S. et *J. Pal.*, 1898. 1. 185 ; D. 1899. 1. 49 note de M. Thaller).

un créancier social *de rechercher personnellement un associé* à deux conditions : il faut : 1° que la société soit dissoute ; 2° qu'elle ait été l'objet de poursuites infructueuses. Au contraire, d'après le Code de commerce *allemand*, les associés peuvent être poursuivis par les créanciers sociaux sans aucune condition préalable à remplir par eux (1).

281 *ter*. A part ce qui est admis quant à la nécessité de la mise en demeure préalable de la société, on suit, à l'égard des associés, les règles ordinaires du cautionnement solidaire. De là résultent notamment les conséquences suivantes :

a. En cas de faillite de la société, les créanciers peuvent se présenter dans les faillites des associés que la faillite sociale entraîne (2) pour le montant intégral de leurs créances et non pour l'excédent de celles-ci sur ce qu'ils ont pu toucher dans la faillite de la société, par application des articles 542 et suiv., C. com. (3).

b La prescription interrompue contre la société, l'est à l'égard de tous les associés et la prescription interrompue contre un des associés l'est à l'égard de tous les autres.

c. L'associé qui paie une dette sociale est subrogé légalement au créancier. Il l'est pour le tout contre la société et contre chaque associé pour la part de celui-ci (art. 1251, 3° et 1214, C. civ.).

d. Les associés sont libérés envers les créanciers qui, par leur fait, ont rendu la subrogation impossible (art. 2037, C. civ.) (4).

282. La loi ne restreint pas à des cas déterminés le droit pour les créanciers sociaux d'agir contre les associés. Mais, en fait, il est certain que les créanciers s'en prennent aux associés, surtout dans le cas où la société a été déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire.

288. A propos du double droit qu'a tout créancier social de poursuivre la société et les associés individuellement, il importe de se demander quels sont les effets du jugement reconnaissant une dette sociale et rendu contre la société.

Le jugement rendu contre la société représentée par son gérant

(1) Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, I, p. 518 et 519.

(2-3) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1144 et suiv., n° 1219.

(4) V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 415.

a-t-il autorité de chose jugée à l'égard des associés qui n'y ont pas été parties ? On pourrait être tenté de faire dépendre la solution à donner à cette question du parti qu'on prend sur la question générale de savoir si le jugement rendu à la suite d'une instance dans laquelle un débiteur solidaire a été partie, a autorité de chose jugée à l'égard des autres (1). Mais le lien, ainsi établi entre les deux questions, reposerait sur une véritable erreur. S'il y a solidarité entre les associés, nulle part la loi ne déclare que les associés sont codébiteurs solidaires de la société.

La solution de la question doit être cherchée ailleurs. En choisissant le gérant, les associés lui ont donné mandat d'obliger non seulement la société, mais encore eux-mêmes envers les tiers. Le gérant est ainsi le mandataire des associés comme celui de la société. Les jugements rendus contre le gérant ont donc autorité de chose jugée contre les associés, par cela même que le jugement rendu contre le mandataire doit être considéré comme rendu contre le mandant lui-même (2).

Il résulte de là qu'un jugement rendu contre un gérant est de plein droit exécutoire contre les associés, de même qu'il l'est contre la société (3), qu'il emporte hypothèque judiciaire sur les immeubles personnels des associés comme sur les immeubles sociaux.

Les associés, étant représentés par le gérant au point de vue même de leurs intérêts individuels, dans les procès intentés contre la société, n'auraient pas le droit de former tierce opposition aux jugements (art. 474, C. proc. civ.). Mais, par cela même, on ne peut refuser aux associés le droit d'intervenir dans les procès dirigés contre le gérant.

A l'inverse, le jugement rendu contre un associé ou à son profit,

(1) V. sur la question : Aubry et Rau, VIII (4e édit.), § 759, notes 51 et 52 ; Colmet de Santerre, V, n° 328 *bis*, XXIV et suiv.

(2) Cass. 12 juil. 1888, S. 1889. 1. 308 ; *J. Pal.*, 1889. 755 ; *Pand. fr.*, 1889. 1. 96. — P. Pont, II, n° 1407. Par identité de raisons, il est admis que le jugement rendu contre une société en commandite représentée par son gérant, est opposable aux commanditaires. Angers, 28 juin 1904, *Revue des sociétés*, 1905, p. 29.

(3) V. la note précédente

n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de la société et des autres associés ; un associé, quand il n'est pas gérant, ne représente pas la société et ses coassociés.

284. B. *Dans quels cas y a-t-il un engagement social ?* — A raison même des effets spéciaux produits par les engagements sociaux, il importe au plus haut point de déterminer à quelles conditions un engagement doit être considéré comme tel. L'article 22, C. com., a pour but de trancher cette question ; mais il ne la résout que d'une façon incomplète et quelque peu obscure.

Pour qu'un engagement soit considéré comme social, il faut : 1° que celui qui l'a contracté ait eu le pouvoir d'obliger la société par l'acte qu'il a fait ; 2° qu'il l'ait contracté pour le compte de la société, non pour son propre compte.

285. 1° Il a été dit plus haut (n° 252) que le pouvoir d'agir pour la société et, par suite, de l'obliger envers les tiers, appartient, en principe, à tous les associés. Il faut seulement tenir compte du droit d'opposition qui, en vertu de l'article 1859, C. civ., appartient aux autres associés avant que l'opération ne soit conclue (n° 266). Mais il va de soi que, nonobstant cette opposition, les actes faits par un associé obligent la société, si l'opposition n'a pas été portée à la connaissance des tiers qui ont contracté avec lui.

286. Le plus souvent la qualité de gérant étant conférée par les statuts ou par un acte postérieur à un associé ou à un tiers, les associés non désignés n'ont pas le pouvoir d'obliger la société. Il en est, du moins, ainsi lorsque la clause de l'acte de société ou l'acte dont il s'agit a reçu la publicité prescrite par la loi.

Est-ce à dire que les tiers pourraient invoquer contre la société l'obligation contractée par un associé non gérant par cela seul que les publications légales n'auraient pas eu lieu, alors même qu'en fait, ils auraient connu la stipulation conférant la gestion à un associé à l'exclusion des autres ? On a soutenu que le défaut de publicité crée seulement, pour les tiers, une sorte de présomption d'ignorance susceptible d'être détruite par la preuve contraire (1), qu'en conséquence, la connaissance personnelle qu'a un tiers des clauses relati-

(1) Pardessus, III, n° 1023 ; P. Pont, II, n° 1390.

ves à la gestion l'empêche de se prévaloir du défaut de publicité de la clause enlevant la gestion à l'associé avec lequel il a contracté. Un tel système ouvre la porte aux contestations que le législateur a voulu éviter par l'organisation d'une publicité légale. V. n° 230.

A l'inverse, la publication de la clause ou de l'acte concernant la gestion réservée à une seule personne rend non opposables à la société les actes faits par un associé non gérant. Les tiers ne sont pas admis à prétexter leur ignorance quand toutes les formalités légales prescrites pour les instruire ont été remplies (n° 230). Toutefois, si, en fait, les associés, de bonne ou de mauvaise foi, se conduisent comme si tous avaient le pouvoir d'administrer les affaires sociales, les tiers doivent être admis à prouver que les associés les ont induits en erreur par leurs propres actes.

286 *bis*. Dans le cas où le gérant est un tiers (n° 256), conformément aux règles générales du mandat, il oblige la société et les associés, sans s'obliger lui-même. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il en soit ainsi, qu'il ait accompagné la signature sociale de la mention *par procuration* ou de toute autre mention analogue (1). Il va de soi que cette solution suppose que l'acte de société a reçu la publicité prescrite par la loi. A défaut de cette publicité, les tiers peuvent légitimement croire que le gérant est un associé, et le traiter, dès lors, comme tel au point de vue de l'obligation personnelle et solidaire (2).

287. Il a été dit précédemment (n° 262) que souvent, les clauses de l'acte de société restreignent les pouvoirs du gérant, en disposant qu'il ne pourra faire certains actes. Ces clauses restrictives sont certainement toujours valables entre les associés. Sont-elles aussi opposables aux tiers? Elles ne sauraient évidemment leur être opposées qu'autant qu'elles ont été publiées dans les formes légales. Mais peuvent-elles même leur être opposées quand cette condition de publicité est remplie?

Dans plusieurs pays étrangers, les clauses restreignant les pouvoirs que le gérant doit avoir d'après l'objet de la société, sont non

(1) P. Pont, II, n^{os} 1351 à 1352.

(2) Paris, 3 mars 1831, S. 1831. 2. 93; *J. Pal.*, à sa date; D. 1831. 2. 99.

opposables aux tiers. L'article 126, alin. 2, du Code de commerce *allemand* dispose sur ce point : « N'a point d'effet à l'égard des tiers « la stipulation qui restreint le pouvoir d'un des associés de repré- « senter la société ; spécialement est sans valeur la restriction « d'après laquelle le droit de représenter la société ne s'étend qu'à « certaines affaires ou catégories d'affaires, ou ne peut s'exercer que « dans certaines circonstances, pour un certain temps ou en certains « lieux ».

Une disposition semblable se trouve dans le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 561, 2e alin.), et dans le Code de commerce *hongrois* (art. 92). En *Angleterre*, où il n'y a pas de publicité légale pour les *partnerships* qui correspondent à nos sociétés en nom collectif, on se borne à admettre que les clauses restrictives des pouvoirs du gérant, non connues des tiers, ne peuvent pas leur être opposées.

Les règles des Codes *allemand*, *suisse* et *hongrois* s'expliquent aisément. Grâce à elles, les opérations sociales peuvent se faire plus rapidement, les tiers contractent avec la société en pleine sécurité. Mais il y a là une dérogation à un principe fondamental du mandat ; le mandataire ne peut obliger le mandant que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été donnés. Aussi ne saurait-on en France, à défaut de disposition légale, admettre la règle consacrée par les Codes dont nous venons de rappeler les dispositions (1).

287 *bis*. A cette question générale se rattache une question spéciale. Pourrait-on stipuler valablement à l'égard des tiers que le gérant n'aura le pouvoir de faire des opérations à crédit, qu'il devra toujours traiter au comptant ? Si l'affirmative est admise, on doit en conclure que la société pourra refuser d'exécuter les engagements à terme contractés par le gérant. Si l'on adopte l'opinion opposée, la société est bien obligée même par les engagements à terme du gérant ; seulement, elle a un recours contre le gérant qui a dépassé ses pouvoirs.

(1) Cass. 5 novembre 1900, D. 1902. 1 5 ; *Revue des sociétés*, 1902, p. 264 (note de M. Thaller). Dans l'espèce, il s'agissait d'une clause en vertu de laquelle tous les billets souscrits par le gérant devaient indiquer la cause de la souscription.

On a soutenu la nullité de cette clause à l'égard des tiers (1), en alléguant surtout qu'elle est contraire à l'essence de la société en nom collectif qui implique nécessairement, dit-on, une spéculation sur le crédit des associés.

Cette opinion n'est pas fondée. Sans doute, des associés en nom collectif ne peuvent pas valablement stipuler qu'ils ne seront pas tenus des obligations contractées par le gérant. Telle n'est pas la portée de la clause dont il s'agit. Elle signifie seulement que, pour que la société soit tenue des obligations à crédit, le concours de tous les associés sera nécessaire. S'il y a spéculation sur le crédit des associés, c'est qu'ils sont tenus personnellement des dettes sociales. Cette spéculation n'est pas supprimée par des opérations sociales faites exclusivement au comptant (2).

La même question s'est présentée à propos de la clause d'un acte de société stipulant que le gérant ne pourrait pas engager la société en souscrivant des billets à ordre ou en acceptant des lettres de change. Elle doit être tranchée dans le sens de la validité de la clause (3).

288. Ces solutions qui viennent d'être données, ne sont évidemment exactes qu'autant que les clauses restrictives des pouvoirs du gérant sont conçues en termes impliquant manifestement que les associés n'ont pas voulu seulement rendre le gérant responsable envers la société et les associés pour le cas où il ferait l'un des actes prohibés, mais ont entendu empêcher le gérant d'obliger par ces actes la société et les associés envers les tiers. Toutefois, le fait qu'une clause est insérée dans l'extrait publié dans les journaux, doit faire au moins présumer qu'on a entendu la rendre opposable aux

(1) Cpr. Paris, 12 août 1848, S. 1848, 2. 608 ; D. 1351. 2. 42 (cet arrêt ne donne aucun argument). Il a été cassé par un arrêt du 3 décembre 1850, S. 1850. 1. 777 ; *J. Pal.*, 1851. 2. 638 ; D. 1851 1. 42. Bravard-Veyrières, I, p. 200 et 201.

(2) V. Dalloz, 1851. 1. 42 (note) ; Orléans, 11 janv. 1853, D. 1853. 2. 160 ; Douai, 19 déc. 1877 ; *J. Pal.*, 1877. 1147 ; *Pand. fr. chr.* (Ce dernier arrêt statue sur la question à propos d'une société en commandite) ; Cass. 22 déc. 1874, *Journal de Marseille*, 1875. 2. 288.

(3) Cass. 22 déc. 1874, S. 1875. 1. 104 ; *J. Pal.*, 1875. 253 ; D. 1875. 1. 275 ; *Pand. fr. chr.*

it tiers, puisque les clause qui leur sont opposables, doivent seules y it figurer (n° 199).

289. Il ne suffit pas qu'un acte rentre dans les pouvoirs de celui p qui l'a fait, pour engager la société et les associés ; il faut, en outre, p qu'il ait été fait pour le compte de la société. Quand peut-on dire p qu'un acte a été fait par le gérant pour le compte de la société ?

Il résulte de l'article 22, C. com., qu'il en est ainsi lorsque le g gérant a signé sous la raison sociale.

Cette disposition a fait naître deux questions opposées d'une g grande importance pratique :

a) La société en nom collectif peut-elle être obligée par un acte du e *gérant, encore que celui-ci n'ait pas fait usage de la raison sociale ?*

b) La société est-elle obligée par le seul fait que le gérant a employé la raison sociale, quand même celui-ci aurait, en réalité, fait sa propre affaire ?

290. *a*) L'Ordonnance de 1673 semblait faire de l'emploi de la raison sociale une condition essentielle de l'engagement de la société. L'article 7 du titre IV de cette Ordonnance disposait : *tous les associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé* (1), AU CAS QU'IL AIT SIGNÉ POUR LA COMPAGNIE ET NON AUTREMENT. La Cour de cassation a, cependant, toujours admis que cette disposition n'avait pas un sens restrictif et qu'il pouvait être prouvé qu'un acte avait été fait par la société, bien que le gérant n'eût pas employé la raison sociale (2).

En *Italie*, Casarègis ne voyait rien de sacramentel dans l'emploi de la raison sociale. Il disait : *socius socium non obligat, nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, vel forte ex facti circumstanciis aut subjectâ materiâ, illud argui potuerit.* Dans ce

(1) L'article de l'Ordonnance supposait que la gestion n'avait pas été confiée à un seul des associés à l'exclusion des autres. V., du reste, Jousse, note 3 sur cet article.

(2) Cass. 3 frim. an XIII ; Req. 30 juil. 1810 ; Cass. 21 août 1811, S. (collection nouvelle) 2. 1. 39 ; 3. 1. 221 et 396 ; Cass. 12 mars 1850, S. 1850. 1. 257 ; *J. Pal.*, 1852. 1. 166 ; D. 1850. 1. 86.

système, l'emploi de la raison sociale constitue le moyen le plus simple et le plus ordinaire de prouver que le gérant a agi pour la société, mais n'exclut pas d'autres moyens de preuve.

C'est cette doctrine large que paraît bien avoir consacrée le Code de commerce : l'article 22 ne reproduit pas les mots *et non autrement* de l'Ordonnance de 1673. Du reste, c'est la doctrine rationnelle. Pourquoi la société ne serait-elle pas obligée, quand le gérant a agi pour la société et qu'il est démontré par des faits décisifs qu'il en est ainsi, bien que le gérant n'ait pas usé de la raison sociale ? D'ailleurs, l'esprit général du Droit français et spécialement du Droit commercial résiste à l'admission d'un système qui s'attache en quelque sorte à l'emploi d'une forme sacramentelle. La jurisprudence est fixée en ce sens (1).

En l'absence d'emploi de la raison sociale, comment peut-il être prouvé que l'acte a été fait par le gérant pour la société ? La preuve peut résulter indifféremment de circonstances intrinsèques ou extrinsèques. Ainsi, elle résulte d'abord de ce qu'il a été dit dans l'acte même que le gérant agissait comme chef de la société ou dans l'intérêt de celle-ci. Elle peut résulter ensuite du seul fait que l'opération est du nombre de celles en vue desquelles la société a été spécialement constituée.

Il y a un cas où il ne peut même être question de considérer la société comme obligée seulement par suite de l'emploi de la raison sociale, c'est celui où la société n'a pas de raison sociale (2). Il a été dit plus haut (n° 164) que la raison sociale n'est pas de l'essence de la société en nom collectif.

291. Droit étranger. — Le système consistant à exiger l'emploi de la raison sociale pour qu'un engagement oblige la société et les associés est, du reste, condamné par des lois étrangères. V. Code de commerce *hongrois*, art. 90, 3e alin. C'est le système admis aussi en *Allemagne* (3).

(1) Bordeaux, 20 mai 1854, S. 1854. 2. 469 ; Riom, 20 mars 1879, S. 1880. 2. 195 ; D. 1880. 2. 4 ; Douai, 24 avril 1890, D. 1891. 2. 244. V. Thaller (*op. cit.* (3e édit.), n° 407.

(2) V. Pont, II, nos 1339 et suiv.

(3) L'article 114, 2e alin. *in fine* du Code de commerce *allemand* de 1861

292. *b*) A l'inverse, faut-il dire que la société est engagée par cela seul que le gérant a contracté sous la raison sociale ? Les associés ne doivent-ils pas, au contraire, être admis à prouver, pour exonérer la société de tout engagement, que l'acte ainsi fait par le gérant n'intéressait, en réalité, que lui seul (1)?

En principe, il est incontestable que, par le fait de l'emploi par le gérant de la raison sociale, la société doit être considérée comme obligée. Autrement, les sociétés en nom collectif perdraient tout leur crédit, puisqu'en général, les tiers ne peuvent pas savoir qui l'acte concerne réellement. S'il y a eu abus, il est juste que la conséquence en retombe non sur les tiers, mais sur les associés qui ont eu le tort de mal choisir leur mandataire.

La difficulté est plus grande quand les tiers ont su ou dû savoir que le gérant n'agissait pas dans l'intérêt social, par exemple, lorsqu'il a fait une opération qui, par sa nature même, leur montrait qu'elle était étrangère aux affaires de la société. Ainsi, le gérant a contracté une dette personnelle, et il souscrit, en le revêtant de la signature sociale, un billet par lequel il promet de l'acquitter. Ce billet oblige-t-il la société ? On a soutenu la négative, en disant que les tiers, sachant bien que le gérant n'a pas le droit d'user de la signature sociale dans son intérêt personnel, ne peuvent se plaindre d'avoir compté sur l'engagement de la société qui leur échappe (2).

disposait : « Peu importe, d'ailleurs, que l'acte ait été expressément fait « au nom de la société, ou qu'il résulte des circonstances que, d'après la « volonté des contractants, il a été fait pour la société. » Cette disposition a disparu du Code de commerce *allemand* de 1897. On l'a retranchée, parce que la solution qu'elle consacrait est une conséquence de l'article 164 du Code civil *allemand* de 1897. L'alinéa 1er de cet article est ainsi conçu : « Une déclaration de volonté faite par une personne, dans les « limites de son pouvoir de représentation, au nom des représentés, pro- « duit des effets directs pour et contre le représenté. Il n'y a pas à distin- « guer selon que la déclaration de volonté a lieu expressément au nom du « représenté ou qu'il résulte des circonstances qu'elle a eu lieu en son nom ».

(1) Consulter Percerou, *Des abus de la raison sociale* (*Annales de Droit commercial*, 1898, p. 118 et suiv.). V. aussi Emile Lecouturier, *Des abus de la raison sociale dans les sociétés commerciales* (*La Loi*, nos des 26-27 du 29 mars 1905).

(2) En ce sens : Pothier, *Du contrat de société*, n° 101 ; Massé, n° 1957 ; Bédarride, *Des sociétés*, nos 159-164.

On ne peut nier que la mauvaise foi des tiers doive mettre obstacle à ce que la société soit obligée ; mais il s'agit de savoir en quoi cette mauvaise foi peut consister. Elle ne résulte pas suffisamment de la nature personnelle de la dette du gérant ; car les tiers peuvent croire que, par suite d'arrangements entre les associés, cette dette était devenue une dette sociale ou que le gérant avait été autorisé à se servir pour ses affaires personnelles de la signature de la société, comme cela peut arriver à raison de l'intérêt qu'a la société au maintien du crédit personnel de son gérant (1).

292 *bis*. Du reste, si la société et les associés sont obligés par les actes du gérant même faits dans son intérêt personnel, ce n'est pas à dire que les créanciers dont la créance est née de ces actes puissent faire valoir leurs créances à l'égard des autres créanciers sociaux et des créanciers personnels des associés, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société. Le gérant d'une société, en vertu des statuts dûment publiés, ne peut créer au préjudice des tiers, même du consentement des associés, un passif n'ayant avec l'objet de la société aucun lien (2).

293. Afin d'éviter les abus de la part du gérant, on insère parfois dans les statuts une clause indiquant expressément que le gérant ne pourra engager la société que pour les affaires la concernant. Cette clause n'a aucun effet à l'égard des tiers de bonne foi (3). Autrement, elle deviendrait de style, et les tiers ne pourraient pas contracter

(1) Cass. 24 janv. 1853, D. 1853. 1. 12 ; 21 fév. 1860, S. 1860. 1. 215 ; D. 1860. 1. 121 ; *J. Pal.* 1860. 1005 ; ce dernier arrêt pose en règle que le tiers est de bonne foi par cela seul que les circonstances l'autorisent à croire que le gérant n'use de la signature sociale, pour l'acquit d'une dette à lui personnelle, que du consentement de ses associés et dans l'intérêt de la société. Consult. Cass. 26 avril 1906, *Revue des sociétés*, 1906, p. 381. — L'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi des créanciers relève des juges du fait. Cass. 20 juillet 1905, D. 1906. 1. 100.

(2) Cass. 11 juillet 1899, *S.* et *J. Pal.* 1900. 1. 5 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1905. 1. 167. Thaller, *op. cit.*, n° 413.

(3) Paris, 10 août 1880, S. 1883. 1. 158 ; *J. Pal.* 1883. 375. Dans l'espèce, la Cour a interprété la clause litigieuse sans poser de règle générale sur le sens à y attribuer. V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 412. Lyon, 30 juillet 1905 et 6 décembre 1905, *Journal des sociétés*, 1905, p. 372 ; *Revue des sociétés*, 1905, p. 362.

en pleine sécurité avec le gérant d'une société en nom collectif. La mauvaise foi des créanciers permet seule de ne pas considérer la société comme obligée (1), aussi bien que dans le cas où les statuts ne contiennent aucune clause de ce genre.

Du reste, même en admettant qu'une telle clause pût être opposable aux tiers, encore faudrait-il qu'elle fût conçue en termes tels qu'on n'a pas pu croire qu'elle concernait les rapports des associés entre eux (nos 287 et 287 *bis*) et n'avait pour but que de donner à la société et aux associés un recours contre le gérant ayant usé de la signature sociale pour sa propre affaire. Les juges du fait peuvent décider souverainement que la clause a cette portée restreinte (2).

294. Il n'a été question jusqu'ici que des engagements contractés par un gérant. Il peut arriver, mais c'est un cas fort rare qu'il en soit contracté par un associé non gérant ; la société est-elle obligée ? Pour résoudre cette question, il y a lieu de distinguer selon que l'associé non gérant a agi en son nom personnel ou au nom de la société.

Quand l'associé non gérant a agit au nom de la société, comme il l'a fait sans pouvoir, celle-ci n'est pas engagée. Il n'en est autrement qu'autant que la société a ratifié l'acte ou qu'elle en a profité (art. 1864, C. civ.).

Quand, au contrarie, l'associé non gérant a agi en son propre nom, les tiers avec lesquels il a contracté, ont-ils le droit d'agir contre la société, lorsqu'elle a réalisé un profit ? Les tiers peuvent agir contre l'associé non gérant avec lequel ils ont contracté et celui-ci a un recours contre la société. Ce recours peut être exercé par les tiers contre la société en vertu de l'article 1166, C. civ. Cette action *oblique* présente un double inconvénient : celui qui l'exerce, doit subir le concours des autres créanciers du débiteur (l'associé qui a fait l'acte) et en même temps elle peut être repoussée par les exceptions qui seraient opposables au débiteur lui-même ; par exemple, il pourrait se faire, dans l'espèce, que l'associé non gérant, créan-

(1) Amiens, 16 février 1901, *Revue des sociétés*, 1902, p. 61 ; Douai, 7 mars 1899, *S.* et *J. Pal.* 1901. 2. 7 ; Cass., 7 novembre 1900, *S.* et *J. Pal.* 1901. 1. 127.

(2) Cass. 22 juin 1881, S. 1883. 1. 158 ; *J. Pal.* 1883. 375.

cier pour cet acte de gestion, fût débiteur de la société à un autre titre. On comprend ainsi l'intérêt de la question de savoir si les tiers n'ont pas contre la société une action *directe* qui n'aurait pas les inconvénients de l'action oblique. Pour l'affirmative, des auteurs (1) ont dit que cette action directe était conforme à l'équité qui ne veut pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui ; ce serait une application de l'action *de in rem verso*, qu'aurait déjà faite le Droit romain, suivant quelques-uns (2).

Nous n'accordons aux tiers que l'action de l'article 1166, C. civ. Un créancier n'a d'action directe que contre la personne qui s'est obligée envers lui ; un prêteur agit contre l'emprunteur et non contre ceux qui ont pu profiter de la somme prêtée. L'équité n'est pas violée : la société est tenue envers l'associé dans les limites de l'enrichissement qu'elle a réalisé et les tiers ne peuvent dire qu'ils comptaient sur l'action qu'on leur refuse, puisqu'ils ignoraient que l'acte intéressât la société (3).

295. Il y a non seulement des *dettes* sociales, mais aussi des *créances* sociales. Des auteurs disent que la solidarité existe pour les créances sociales comme pour les dettes sociales (4). Il y a là, au moins en la forme, une erreur. Il n'y a pas pluralité de créanciers. Les créances sociales, comme tous les éléments dont se compose

(1) Duranton, XVII, 449 ; Duvergier, *De la société*, n° 404.

(2) Merlin (*Quest. du Droit*, v° *Société*, § 2) invoque le texte suivant de Papinien : « Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, « nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt », Dig , L, *Pro socio* (XVII, 2). V. pour la réfutation de l'argument tiré de ce texte, la note suivante.

(3) Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 381, note 2 ; P. Pont, I, nos 651 et 652. Besançon, 6 fév. 1865, D. 1865. 2. 52. L'article 1375, C. civ. qui règle les effets des actes du gérant d'affaires à l'égard du maître, confirme la distinction que nous avons faite entre le cas où l'associé non gérant a contracté au nom de la société et celui où il a contracté en son nom personnel. Quant au texte de Papinien, invoqué dans l'opinion contraire (voir la note précédente), il n'est pas probant : il ne se réfère qu'à l'action de l'emprunteur contre son coassocié, comme l'indique sa place dans le titre *Pro socio*, où il est question seulement des associés entre eux, puisque l'action *pro socio* est l'action que les associés créent les uns contre les autres à raison de leurs obligations réciproques.

(4) P. Pont, II, n° 1414.

l'actif, appartiennent à la société ; les associés ne sont pas plus cocréanciers qu'ils ne sont copropriétaires. Le gérant seul a le droit de poursuivre le paiement des créances sociales au nom de la société. Quand la gestion appartient à tous les associés, parce qu'elle n'a été donnée exclusivement à aucun (n° 252), chacun d'eux a, comme gérant, le droit de réclamer le paiement total de chaque créance sociale. Il y a là une situation présentant, en fait, de l'analogie avec la solidarité entre créanciers ; mais on ne saurait dire que cette solidarité existe. C'est comme représentant la société, seule créancière, que chaque associé étant gérant, a le droit de réclamer le paiement intégral de chaque créance sociale.

296. Il n'a été parlé jusqu'ici que des dettes du gérant résultant de contrats conclus par lui pour la société qu'il représente. Mais le gérant peut commettre des actes illicites (délits ou quasi-délits). Les actes illicites du gérant n'obligent que lui, en principe. On ne saurait rendre la société et les associés responsables en vertu de l'article 1384, C. civ. Le gérant est un mandataire, non un préposé (1). Toutefois, la société et les associés seraient obligés par les actes illicites du gérant si les associés avaient autorisé ces actes ou les avaient approuvés après coup en les tolérant. Cela peut s'appliquer notamment à des faits de concurrence déloyale, à la contrefaçon ou à l'imitation frauduleuse d'une marque de fabrique ou de commerce, d'une invention brevetée, à la fausse déclaration relative à des marchandises transportées par chemin de fer, etc.

En outre, la société et les associés sont tenus envers les parties contractantes des fautes commises par le gérant dans les opérations sociales (2).

Le fait illicite du gérant constitue parfois un délit pénal (contrefaçon, etc.). Il n'est pas douteux qu'en principe, les peines ne peuvent être prononcées que contre lui, à l'exclusion de la société et des associés qui n'ont pas participé au fait délictueux, qu'il s'agisse d'emprisonnement ou d'amende. En règle générale, les personnes

(1) V., en sens contraire Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3e édit.).

(2) Cpr. Ch. civ. Cass. 15 janv. 1872, S. 1872. 1. 9 ; *J. Pal.* 1872. 11 ; Grenoble, 4 fév. 1874, S. 1874. 2. 168 ; *J. Pal.* 1874. 729.

civiles ne peuvent pas encourir de peines (1) et les peines sont personnelles. Cependant, il est des cas où l'amende a le caractère de dommages-intérêts ; dans ce cas, elle peut être prononcée contre la société et contre les associés. Il y a, du reste, des textes légaux qui prononcent des peines, non contre l'auteur d'une infraction, mais contre celui pour le compte de qui il a agi (2).

297. Le gérant qui détourne à son profit une partie de l'actif social, commet un abus de confiance (3). On l'a parfois nié (4), en disant que le gérant personnifie la société et est plutôt un propriétaire qu'un mandataire. Cette opinion a surtout été défendue pour le cas où il s'agit d'un gérant statutaire, qui, comme tel, est irrévocable (n° 254). Elle constitue une erreur. Qu'il soit statutaire ou non (5), le gérant tient ses pouvoirs du mandat qui lui a été conféré. En détournant des objets qui lui ont été confiés en cette qualité, il commet un abus de confiance et tombe sous le coup de l'article 408, C. pén.)

297. *bis*. Mais, si le gérant d'une société en nom collectif peut encourir les peines de l'abus de confiance, du moins, comme il n'est pas un employé de la société dans le véritable sens du mot (n° 296), on ne saurait admettre que sa qualité même constitue une circonstance aggravante rendant applicable l'article 408, 2e alin., C. pénal (6).

(1) V. Alger, 11 février 1899, *Revue des sociétés*, 1899, p. 395.

(2) Consult. Achille Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*. spécialement *appendice*, I, p. 295 à 305. V. aussi Gaston Bonnefoy, *La responsabilité pénale des personnes morales et spécialement des sociétés et de leurs représentants. (Extrait du Journal du Ministère public)*.

(3) Chambéry, 8 mars 1867, D. 1867. 2. 446. — Molinier, *op. cit.*, n° 533.

(4) Bruxelles, 23 mai 1864, Rép. Dalloz, vis *Abus de confiance*, n° 165 ; *Société*, n° 1323.

(5) La question s'est particulièrement présentée pour le gérant d'une société en commandite. La Cour de cassation a commencé par écarter l'abus de confiance : Ch. crim. 15 janv. 1842, S. 1842. 1. 362 ; D. 1842. 1. 127. Mais elle est revenue sur cette fâcheuse jurisprudence : Ch. crim. 8 août 1845, S. 1846. 1. 59 ; D. 1845. 1. 363 ; *Pand. fr. chr.*; Ch. crim. 10 déc. 1858, *Journal du Droit criminel*, 1859, p. 130 ; D. 1865. 5. 5; Ch. crim. 14 mars 1682, D. 1865. 1. 364 ; *Pand. fr. chr.*

(6) Cour d'appel de la Réunion, 7 fév. 1889, *Le Droit*, n° du 29 mars 1889 ;

IV. — De la dissolution. De la liquidation. Du partage. De la prescription des actions contre les associés.

298. Après avoir étudié les règles concernant la formation et le fonctionnement de la société en nom collectif, il faut traiter des règles relatives à la dissolution, c'est-à-dire à la fin de cette société. Il y a lieu de déterminer les causes et les effets de la dissolution.

Quand une société est dissoute, un état d'indivision se substitue entre les associés à l'état de société : il faut arriver au partage des biens indivis qui formaient l'actif social. Mais, pour que ce partage puisse être fait, on doit préalablement déterminer l'actif net à partager, en achevant les affaires commencées, en payant les dettes non acquittées, en faisant rentrer les sommes dues à la société. Les opérations diverses qui ont ce but, constituent la *liquidation*. Enfin, après la dissolution de la société, les actions des créanciers sociaux contre les associés sont, en vertu de l'article 64, C. com., soumises à une presciption abrégée, qui ne s'applique pas pendant sa durée.

Par suite, il devra être traité successivement : A. *Des causes et des effets de la dissolution de la société en nom collectif*. — B. *De la liquidation*. — C. *Du partage*. — D. *De la prescription des actions contre les associés*.

A. — *Des causes et des effets de la dissolution de la société en nom collectif*.

299. Les causes de dissolution des sociétés sont énumérées par le Code civil (art. 1865 et suiv.). Le Code de commerce ne dit rien à ce sujet ; il doit être complété par le Code civil, conformément aux

Trib. comm. Seine, 25 janvier 1906, *Le Droit*, n° du 27 janvier 1901. Dans l'espèce de ce jugement, il s'agissait du gérant d'une société en commandite par actions. Mais la question est la même pour le gérant d'une société en commandite que pour le gérant d'une société en nom collectif.

Il y a contradiction à admettre à la fois que la société est responsable des faits illicites du gérant en vertu de l'article 1384, C. civ, parce qu'il est un préposé et à écarter la circonstance aggravante résultant de sa qualité en cas de poursuite pour abus de confiance.

principes généraux (1) et à la règle spéciale de l'article 18, C. com. Les articles 1865 et suiv., C. civ., subissent d'assez notables dérogations pour les sociétés commerciales autres que les sociétés en nom collectif ; à cette société ils s'appliquent presque sans modification. Les causes de dissolution sont plus nombreuses pour la société en nom collectif et pour la société en commandite simple que pour les autres sociétés commerciales. Cela tient à ce que plusieurs causes de dissolution, se rattachant à ce que la considération des personnes (*intuitus personæ*) a joué un rôle prédominant dans la formation de la société, sont sans application aux sociétés de capitaux. V. nos 903 et 1026.

300. Les causes de dissolution peuvent être divisées de plusieurs façons, selon le point de vue sous lequel on les considère.

La dissolution peut être amenée par des événements indépendants de la volonté des associés ; elle peut aussi avoir lieu par la volonté, soit de tous les associés, soit parfois même d'un seul. Les causes de dissolution de la première espèce sont la mort, l'interdiction légale ou judiciaire, la déconfiture, la faillite, la mise en liquidation judiciaire d'un associé, l'extinction de la chose, une décision judiciaire. Les causes de dissolution de la seconde espèce sont l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée, la consommation de la négociation, l'accord de tous les associés pour mettre fin à la société avant le terme assigné à sa durée par le contrat de société, la volonté qu'un ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société.

D'autres classsifications des causes de dissolution peuvent être faites. Il en est qui opèrent de plein droit, en ce sens que la société, quand l'une d'elles se produit, est dissoute sans intervention des tribunaux ; il en est d'autres, au contraire, qui supposent une décision judiciaire prononçant la dissolution. Cette division des causes de dissolution a une certaine importance. En effet, quand il s'agit d'une cause de dissolution mettant fin de plein droit à la société, le lien social est rompu du jour même où elle s'est produite. S'il y a, au sujet d'une cause de dissolution de cette sorte une contestation, le tribunal

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 74 et 75.

n'intervient, sur la demande des intéressés, que pour constater qu'il y a eu dissolution, de telle façon que ce n'est pas le jugement qui l'opère, il la constate et la société est considérée comme ayant pris fin à compter jour où la cause de dissolution reconnue par justice s'est produite. Au contraire, au cas d'une dissolution non opérée de plein droit, la société cesse d'exister en vertu de la convention ou en vertu du jugement, à partir de la date de cette convention ou de la date de la demande. Il faut seulement tenir compte, pour fixer le moment à partir duquel la dissolution produit ses effets, de ce que la loi commerciale, au moins en certains cas, exige que la dissolution soit rendue publique comme la constitution de la société (nos 353 et suiv.) (1).

Les différentes causes de dissolution seront examinées ci-après dans l'ordre même où le Code civil les énumère (art. 1865 à 1871, C. civ.).

301. 1° *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée* (art. 1865-1°, C. civ.). — La durée de la société est fixée librement par les parties dans l'acte de société. Mais les associés peuvent, pendant le cours de la société, en prolonger ou en abréger la durée. Il y a là une convention modificative des statuts qui, selon la règle posée plus haut (n° 268), exige le consentement unanime des associés, à moins qu'une clause contraire de l'acte de société ne stipule que sur ce point la majorité pourra faire la loi à la minorité.

Les tiers du moins n'ont rien à voir dans la prorogation de la société. Il n'en est, toutefois, pas ainsi d'après le Code de commerce *portugais*, qui donne (art. 129) aux créanciers personnels le droit de s'opposer à la prorogation. C'est là un droit exorbitant qui enlève aux associés une partie de la liberté dont il est juste et utile qu'ils puissent jouir. V. n° 30 *bis*.

203. D'après l'article 1866, C. civ., la prorogation d'une société ne peut être prouvée que par écrit revêtu des mêmes formes que

(1) En Droit romain, les textes présentent des divisions variées des causes de dissolution des sociétés V. Ulp., L. 63, § 10 (Dig. XVII, 2), *Pro socio*.

le contrat de société. Cela veut dire simplement qu'il faut un écrit pour la dissolution, comme pour la formation de la société, non que l'acte de prorogation doit être authentique si l'acte de société est authentique lui-même. V. nos 168 et suiv.

Par suite de l'assimilation même faite par la loi, pour l'acte de prorogation, comme pour l'acte de société, l'écrit n'est exigé qu'entre les parties. Les tiers pourraient donc, s'ils y avaient intérêt, prouver par tous les moyens que la société a été prorogée (n° 173).

303. Par cela même qu'une délibération portant prorogation de la société intéresse les tiers, il y a lieu de la rendre publique dans les mêmes formes que l'acte de société (L. 24 juillet 1867, art. 61). V. n° 203. A défaut de cette publication, la nullité de cette délibération peut être opposée par tous les intéressés, sauf par les associés aux tiers. En conséquence, les intéressés ont la faculté de faire considérer comme dissoute une société qui a été prorogée, mais dont l'acte de prorogation n'a pas été rendu public dans les formes légales.

303 *bis*. Droit étranger. — On trouve dans le Code de commerce *portugais* des dispositions qui posent sur la prorogation des règles tout à fait spéciales sous plusieurs rapports (art. 128 et 129). Ce Code n'exige pas l'unanimité des associés pour qu'il y ait prorogation ; il admet que la société peut être prorogée si les associés qui se retirent ne représentent pas plus d'un tiers du capital social et si leur part est liquidée par les associés restants dans les conditions voulues par la loi (art. 128). Mais, d'un autre côté, comme cela a été indiqué plus haut (n° 301), ce Code ne reconnaît pas aux associés un droit absolu de proroger la durée de la société ; les créanciers personnels d'un associé peuvent s'opposer à la prorogation. L'opposition doit être formée dans les dix jours qui suivent la publication de la délibération autorisant la prorogation. V. art. 129, C. com. *portugais*.

304. Ne peut-il pas y avoir une prorogation tacite résultant de ce que la société entreprend des opérations nouvelles après le terme assigné à sa durée ? Le Code civil ne tranche pas la question expressément ; elle semble facile à résoudre. Lorsqu'une société continue à fonctionner après l'expiration de sa durée, il n'y a aucune raison

pour ne pas la considérer comme prorogée, pourvu que le consentement de tous les associés résulte de la continuation du fonctionnement (1). Mais cette prorogation est irrégulière par cela même qu'un écrit n'a pas constaté la décision des associés. Il faut, par suite, traiter la société prorogée comme une société non constatée par écrit. La preuve de la prorogation peut être faite par les tiers contre les associés, elle ne peut l'être par ceux-ci ni entre eux ni à l'encontre des tiers (nº 173).

305. Droit étranger. — On trouve dans plusieurs Codes étrangers des dispositions formelles sur la prorogation tacite en matière de société. Les uns excluent la prorogation tacite, tels sont les Codes *italien* (art. 190), *roumain* (art. 192) et *espagnol* (art. 223). Les autres admettent, au contraire, cette prorogation, tel est le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 545, 5º). D'après ce Code, la société prorogée est considérée comme formée pour une durée indéterminée (2). La société tacitement prorogée peut, par suite, être dissoute par la volonté d'un seul associé (nº 327). Peut-être doit-on rattacher l'admission formelle par ce Code de la prorogation tacite à la disposition par laquelle il exclue toute condition de forme pour la constitution de la société en nom collectif (nº 166).

306. 2º *Consommation de la négociation* (art. 1865-2º, C. civ.). — Cette cause de dissolution suppose une société formée pour une ou pour plusieurs opérations déterminées. Il en est rarement ainsi de la société en nom collectif (3); elle a, en général, pour objet une branche de commerce. Aussi cette cause de dissolution ne se produit pas souvent pour elle.

Il peut se faire qu'une société ait été contractée pour une négociation déterminée et qu'en même temps sa durée ait été fixée. Dans le cas où cette durée expire avant la fin de la négociation, il y a lieu

(1) Cass., 14 mars 1843, *J. Pal.*, 1848. 2. 6. Il y a là quelque chose d'analogue à la *tacite reconduction*. V. art. 1759, C. civ.

(2) Il paraitrait raisonnable d'admettre cette solution en France dans le silence de nos lois sur la question.

(3) Cela se présente, au contraire, souvent dans la société en participation. V. nº 1054 *bis*.

de se demander si la société est dissoute. Une solution absolue ne peut être donnée. Il faut rechercher si les parties, en fixant un terme, ont entendu déterminer la durée la plus longue de la société ou indiquer seulement la durée probable de l'opération en vue de laquelle elles se sont associées (1) : dans le premier cas, il y a dissolution ; dans le second cas, au contraire, la société dure même après le terme fixé.

307. 3° *Extinction de la chose* (art. 1865-2°, C. civ.). — Par ces expressions le Code vise deux cas bien différents : *a*) la perte de l'objet de la société ; *b*) la perte de l'apport d'un associé.

308. *a*) *Perte de l'objet de la société.* — Il s'agit de la perte totale de la chose dont la société a pour objet l'exploitation. Ainsi, il y a dissolution lorsque le navire acheté par des armateurs, lorsque l'usine exploitée en commun périt ; lorsque le brevet qu'une société a pour but d'exploiter, tombe en vertu d'un jugement prononçant la déchéance du breveté (L. 5 juillet 1844, art. 32) ; à la perte totale il faut évidemment assimiler, par *a fortiori*, l'inexistence de la chose (2).

Mais souvent, grâce à l'assurance, la perte de la chose n'entraîne pas la dissolution de la société. C'est là ce qui a lieu quand l'usine qu'exploite la société et qui vient à être incendiée, était assurée contre l'incendie. L'indemnité d'assurance sert à en construire une autre, et, ainsi, la société peut continuer.

La perte partielle peut aussi entraîner la dissolution de la société. Il faut seulement qu'elle ait une importance assez grande pour empêcher la société de fonctionner : il y là une question d'appréciation (3). Parfois, les associés prennent soin de déterminer dans les

(1) P. Pont *op. cit.*, I, n° 684.

Une question d'interprétation analogue se pose en matière d'assurance maritime quand une assurance a été faite à la fois au voyage et à temps et que le voyage dure alors que le temps assigné à sa durée, est déjà expiré. V. *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1266.

(2) Cela se présente en cas de nullité d'un brevet d'invention dont un associé a fait l'apport. V. Trib. civ. Seine (2e ch.), 23 juin 1897, *le Droit*, n°s des 6-7 septembre 1897.

(3) Il y a là à résoudre une question analogue à celle qui se présente parfois pour l'application de l'article 1636, C. civ.

statuts l'importance que devra avoir la perte partielle pour entraîner la dissolution (1).

309. *b) Perte de l'apport d'un associé*. — Pour déterminer si cette perte entraîne la dissolution de la société, il y a une distinction essentielle à faire. Il n'y a dissolution qu'autant que l'apport périt avant que la société ait reçu effectivement ce que l'associé lui avait promis. Dans le cas contraire, la société ayant obtenu ce qu'elle devait recevoir, la perte est pour elle *(res perit domino)*, c'est-à-dire qu'elle subsiste (à moins que la chose apportée, comme un brevet, comme un navire, etc., ne forme l'objet même de la société), et que l'associé dont l'apport a péri conserve, néanmoins, ses droits dans la société.

Il est nécessaire de parcourir différentes hypothèses pour appliquer cette distinction. L'apport d'un associé peut avoir pour objet : 1° une chose déterminée *in genere*, comme, par exemple, une somme d'argent ; 2° la propriété ou l'usufruit d'un corps certain ; 3° la jouissance d'une chose ou l'industrie de cet associé.

Les principes généraux du droit conduisent à décider que, dans le premier cas, l'associé ne cesse d'être propriétaire de son apport que du jour où la chose promise à la société a été individualisée, notamment par la livraison qui a été opérée (2), que, dans le second, au contraire, la société devenant propriétaire du corps certain à compter du jour où le contrat de société est intervenu, toute perte fortuite de cet objet, survenue postérieurement à ce contrat, n'est pas une cause de dissolution. Mais, sur ce dernier point, l'article 1867, C. civ., renferme des dispositions qui peuvent paraître contraires à cette solution. Il dit bien, dans son dernier alinéa, que *la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société*. Seulement, ce même article (al. 1) paraît impliquer que la promesse d'effectuer la mise ne suffit pas pour que la propriété soit transmises à la société et que ce n'est que du moment où l'associé, auteur de la promesse, a accompli un acte destiné à effectuer la mise, que celle-ci est acquise à la société, et se

(1) P. Pont, *op. cit.*, I, n° 964.
(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 96.

trouve à ses risques : *Lorsqu'un associé a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue* AVANT QUE LA MISE EN SOIT EFFECTUÉE, *opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.* Est-ce donc qu'en matière de société, la loi a dérogé su principe de l'article 1138 du Code civil, suivant lequel la simple convention transfère par elle-même la propriété des corps certains, et qu'en cette matière, par un retour unique au principe général du Droit romain et de l'ancien Droit français, la tradition est exigée ? Cela n'est pas croyable ; il n'y a aucune raison d'admettre cette dérogation. Il serait d'autant plus singulier que le législateur l'eût consacrée qu'en Droit romain, où, en principe la seule convention ne transférait pas la propriété, une exception à ce principe avait été faite pour les sociétés *totorum bonorum* (Dig. L. I, § 1, *Pro socio*, XVII, 2). Il faut supposer que le législateur, en parlant de la perte d'un corps certain survenue avant que l'apport ait été effectué, a voulu viser les cas où, selon les principes généraux du droit, la translation immédiate de propriété ne résulte pas de la convention. C'est ce qui se présente quand un associé promet d'apporter une chose appartenant à un tiers ou fait une promesse conditionnelle d'apport. Dans le cas de promesse portant sur un corps certain et faite sous condition suspensive, la propriété est sans doute transférée, mais elle ne l'est que sous condition, et, par suite, d'après les principes généraux (art. 1182, C. civ.), les risques, en cas de perte totale, restent *pendente conditione* pour le débiteur, c'est-à-dire ici pour l'associé. Il est évident que, lorsque la perte survient avant que l'associé ait acquis la propriété ou avant l'accomplissement de la condition, l'apport n'a pas été réalisé, et, partant, que la société est dissoute.

Les mêmes solutions doivent être données dans le cas où l'apport consiste dans un droit d'usufruit portant sur une chose individuellement déterminée. Mais il ne faut pas confondre avec cette hypothèse le cas bien différent prévu par l'article 1867, al. 2., C. civ., où l'apport consiste dans la jouissance d'une chose qui doit être procurée par un associé à la société. Dans ce cas, l'associé n'a pas promis de faire acquérir à la société un droit réel ; il s'est engagé à la faire jouir d'un bien de même qu'un bailleur doit faire jouir son locataire.

Comme le bailleur (art. 1722, C. civ.), l'associé conserve la chose à ses risques ; si donc elle périt avant la fin de la société, sa perte entraîne la dissolution. L'apport n'est effectué complètement que quand l'associé a procuré à la société toute la jouissance promise. Il peut y avoir lieu d'appliquer la même décision au cas où un associé, ayant promis son industrie, se trouve dans l'impossibilité de travailler (nos 31 et 51), V. n° 310 *bis*.

310. Le Code civil a prévu le cas de perte *totale*, non celui de perte *partielle* d'un apport. Il est évident que la perte partielle ne saurait avoir aucun effet lorsque l'apport est de telle nature que la perte totale elle-même n'en aurait pas. Mais que décider lorsque l'apport est d'une nature telle que la perte totale entraînerait la dissolution de la société ? Il doit y avoir dissolution, lorsque la perte partielle est tellement importante qu'on peut dire que les parties ne se fussent pas associées si elles l'avaient prévue. Dans le cas contraire, les autres associés ont au moins le droit de demander que la part dans les bénéfices dont l'apport a péri en partie, soit réduite en proportion de la perte éprouvée.

310. *bis*. Quand un associé a fait un apport consistant seulement en industrie, il se peut qu'il se trouve hors d'état de fournir son industrie, y a-t-il dissolution ? Il y a lieu de faire une distinction très rationnelle admise par Pothier (1). Si l'habileté personnelle de l'associé dont il s'agit a été prise en considération, la société est dissoute. Si, au contraire, on a eu seulement en vue la confection de certains travaux, il n'y a pas de dissolution ; il peut être pourvu à l'empêchement de l'associé en recourant à d'autres personnes.

311. *4° Mort de quelqu'un des associés* (art. 1865-3°, C. civ.). — La société ne continue pas entre les survivants et les héritiers du prédécédé. Il y a là une exception à la règle selon laquelle une personne est réputée stipuler non seulement pour elle-même, mais encore pour ses héritiers (art. 1122, C. civ.). Cela tient à ce que les associés se choisissent à raison de leurs qualités et de leur situation personnelle ; on ne peut donc supposer qu'ils ont consenti à s'asso-

(1) *Traité du contrat de société*, n° 142.

cier avec les personnes, nécessairement inconnues par avance, qui succèderont à l'un deux. Cette dérogation à la règle générale tient à ce que selon les expressions de l'article 1123, C. civ., *le contraire résulte de la nature de la convention.*

311 *bis*. Le Code civil mettait la mort civile d'un associé sur le même rang que la mort naturelle comme cause de dissolution. La mort civile a été supprimée par la loi du 31 mai 1854 ; mais aux condamnations qui l'entraînaient sont attachées par cette loi même l'interdiction légale (L. 31 mai 1854, art. 2), entraînant aussi la dissolution de la société en nom collectif dont le condamné fait partie (n° 320).

311 *ter*. On ne doit pas assimiler au décès l'absence déclarée d'un associé. Il est vrai qu'au point de vue des biens qui lui appartenaient lors de sa disparition, l'absent déclaré est, au moins provisoirement, traité en droit comme s'il était mort. Mais ici il s'agit du sort d'un contrat conclu par l'absent avec des tiers avant sa disparition. Or, à l'égard des tiers, l'absent déclaré n'est réputé ni vivant ni mort. Les coassociés de l'absent ne pourraient faire considérer la société comme dissoute qu'en prouvant sa mort, cette preuve est précisément impossible en fait, et le décès de l'absent a pour effet de mettre fin à l'absence (1).

Au surplus, si l'absence déclarée d'un associé n'est pas une cause de dissolution comme la mort, elle peut, du moins, permettre aux coassociés de celui-ci d'obtenir la dissolution en justice, en vertu de l'article 1871, C. civ. (n° 332). Ceux-ci peuvent aussi, lorsque la société est à durée illimitée, user du droit de renonciation qui, dans de telles sociétés, appartient à tout associé, en vertu de l'article 1869, C. civ. (n° 327).

312. La loi n'a admis la dissolution par la mort d'un associé que pour se conformer à la volonté présumée des parties. Celles-ci peuvent convenir qu'après la mort d'un associé, la société continuera, soit entre les associés survivants seulement, soit entre les survivants et les héritiers du prédécédé (art. 1868, C. civ.). En Droit romain (2),

(1) P. Pont, I, n° 707 ; Demolombe, II, n° 141.

(2) L. 59, Dig., *Pro socio* (XVII-2).

si la première stipulation était admise, non la seconde, sauf, toutefois, b dans les sociétés de publicains (*societates vectigalium*). Pothier, au o contraire, admettait déjà la validité des deux stipulations (1).

La convention relative à la continuation de la société entre les s survivants peut, d'après les principes généraux de la législation,) être tacite, c'est-à-dire résulter du but et de l'objet de la société) qui excluent la dissolution par la mort d'un associé (2).

312 *bis*. Quand il a été dérogé à la règle de la dissolution par la mort d'un associé, la société subsiste malgré la mort d'un associé quelconque, fût-il chargé de la gérance, à moins, bien entendu, qu'une distinction n'ait été faite. Il y a seulement lieu, au cas de mort de l'associé gérant, de procéder à la nomination d'un gérant nouveau.

313. Lorsque le gérant n'est pas un associé, sa mort entraîne-t-elle la dissolution de la société ? Il va de soi qu'à cet égard, les associés peuvent dans l'acte de société régler la question comme bon leur semble. Elle ne se pose que dans le cas où l'acte de société est muet à cet égard. Si le gérant décédé était un gérant statutaire, la société est dissoute, à moins que tous les associés ne choisissent d'accord un nouveau gérant. Le choix du gérant a été une des conditions du contrat. A défaut d'accord des associés sur le choix d'un nouveau gérant, il n'y a pas entente sur la gestion à organiser. On ne saurait admettre qu'alors, tous les associés doivent être considérés comme gérants ; dès l'origine, ils ont manifesté la volonté d'exclure ce système qui suppose l'absence de désignation d'un gérant. Au contraire, si le gérant décédé avait été nommé par un acte postérieur, la dissolution n'a pas lieu quand même les associés survivants ne s'entendent par sur le choix d'un gérant. Seulement, à défaut de ce choix, tous les associés sont considérés comme gérants en vertu de l'article 1859, C. civ. C'est là le régime auquel les asso-

(1) Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 146.

(2) Cass., 23 octobre 1906, *Pand. fr.*, 1906. 1. 343 ; *le Droit*, n° du 20 décembre 1906. Dans l'espèce, il s'agissait d'une société en participation. Mais les règles à appliquer sont certainement les mêmes quelle que soit l'espèce de société dont il s'agit dès l'instant où elle se dissout, en principe, par la mort d'un associé, Guillouard, *Traité des sociétés*, n° 295.

ciés avaient consenti à se soumettre, en ne réglant pas dans les statuts le mode d'administration (1).

313 *bis*. La clause prévue par l'article 1868, C. civ., ne peut être étendue au delà de ses termes. Par suite, si l'associé prédécédé est le gérant, la qualité d'associé est bien transmise à ses héritiers, non celle de gérant, à moins d'une convention formelle sur ce point. Cette convention ne se comprend, du reste guère ; le choix du gérant a nécessairement un caractère personnel, et l'on ne peut savoir par avance quelle personne sera appelé à la succession d'un associé venant à prédécéder.

314. Parfois, au lieu de stipuler simplement que la société en nom collectif ne sera pas dissoute par la mort d'un des associés, on convient qu'elle continuera en changeant de caractère. Ainsi, il n'est pas rare qu'on stipule que la société continuera, mais sera en commandite, à l'égard des héritiers de l'associé prédécédé. Cela se comprend surtout lorsque le survivant est le gérant auquel on désire donner une action prépondérante dans le fonctionnement de la société.

315. Il ne faut pas confondre, avec la clause qui stipule la continuation de la société même après le décès d'un associé, avec ou sans transformation, celle en vertu de laquelle l'apport du prédécédé restera dans la société, à la charge par elle de faire participer les héritiers de celui-ci aux bénéfices. La société se transforme alors en prêt à l'égard de ceux-ci (n° 65).

316. Lorsqu'il a été convenu qu'après le décès d'un associé, la société continuera entre les survivants seuls, les héritiers du prédécédé deviennent étrangers pour l'avenir aux opérations sociales, à moins qu'elles ne soient une suite nécessaire de ce qui s'est fait durant la vie de l'associé auquel ils succèdent (art. 1868, C. civ.). Ils ne peuvent assurément réclamer le partage de la société afin d'obtenir la part proportionnelle du défunt dans les divers éléments de l'actif social, bien que l'article 1868, C. civ., parle de partage ; cela serait contraire au but même de la stipulation relative à la continuation de la société. Les héritiers de l'associé prédécédé ont seule-

(1) P. Pont, II, n° 1900 et I, n° 502.

ment droit à une somme déterminée pour la part de cet associé. Pour fixer cette somme, il faut, en principe, procéder à une liquidation établissant la situation lors du décès. Afin d'éviter les complications et les frais d'une liquidation, l'acte de société stipule le plus souvent que la valeur de la part de l'associé prédécédé sera déterminée d'après les résultats du dernier inventaire dressé de son vivant (1), ou qu'il sera dressé un inventaire amiable.

316 *bis*. Ces dernières clauses relatives à l'inventaire doivent-elles recevoir leur application, même quand parmi les héritiers se trouve un mineur ou un interdit? On a soutenu que, dans ce cas, elles doivent être écartées. En faveur de cette doctrine, on s'est prévalu de l'article 451, C. civ., qui, en cas d'ouverture d'une succession au profit d'un mineur ou d'un interdit, exige la confection d'un inventaire notarié (art. 941 et suiv., C. pr. civ.), et l'on a fait remarquer qu'il y a là une règle de forme protectrice des incapables qu'une convention ne saurait valablement exclure (2). Selon nous, au contraire, les clauses dont il s'agit doivent recevoir leur application malgré la minorité ou l'interdiction d'un héritier de l'associé prédécédé (3). La part sociale de cet associé fait partie de sa succession ; elle doit être comprise dans l'inventaire de cette succession et cet inventaire doit être assurément dressé par devant notaire. Mais cela ne met pas obstacle à ce que le montant de cette part soit déterminé conformément aux clauses de l'acte de société.

317. A l'occasion de la clause relative à la continuation de la société après la mort d'un associé, deux questions concernant les formalités de publicité ont été posées :

1° Cette clause doit-elle être insérée dans l'extrait de l'acte de société à publier dans les journaux, en vertu de l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867 ?

2° Faut-il, lorsque le décès d'un associé a lieu, que les noms des héritiers de l'associé prédécédé reçoivent la publicité légale ?

(1) V. P. Pont, I, n° 920.

(2) V. l'arrêt de la Cour de Montpellier cité à la note suivante.

(3) Cass., 30 nov. 1892, S. et *J. Pal.*, 1893. 1. 73 ; D. 1894. 1. 83. Cet arrêt casse un arrêt de la Cour de Montpellier du 11 février 1891.

318. La Cour de cassation a résolu ces deux questions négativement (1).

1° Elle n'exige pas la mention de la clause dans l'extrait publié. En faveur de cette opinion, on fait valoir que l'article 56 (loi du 24 juillet 1867) a énuméré limitativement les mentions que doit contenir l'extrait de l'acte de société. Il a déjà été dit plus haut (n° 190) que cette idée générale est fausse ; toute clause dérogatoire au droit commun, que les tiers ont intérêt à connaître, doit être mentionnée dans l'extrait. Or, il est évident que les tiers ont intérêt à être fixés sur la durée de la société, et la clause dont il s'agit a sur cette durée une influence notable.

2° Mais il n'y a pas lieu d'exiger que les noms des héritiers de l'associé prédécédé soient rendus publics après la mort celui-ci (2). L'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 énumère les faits postérieurs, imprévus, qui, au cours de la société, viennent modifier les prévisions du pacte social, et qui, dès lors, doivent être portés à la connaissance des tiers par une publication nouvelle ; on ne doit pas y faire rentrer l'événement, prévu au pacte social, d'une continuation après décès, qui n'amène ni la constitution d'une société nouvelle, ni un changement arbitraire dans le personnel social (n° 203 *e*). Si ce système est conforme à la loi, ce n'est pas à dire qu'il soit bon au point de vue législatif. Il fait abstraction de l'intérêt qu'ont les créanciers d'une société en nom collectif à connaître, à tout moment, les noms de tous les associés, par cela même que ceux-ci sont tenus personnellement des dettes sociales.

319. Une question plus grave touche aux cas dans lesquels la clause de continuation de la société entre les survivants et les héritiers de l'associé prédécédé produit ces effets : cette clause reçoit-elle son application même quand l'héritier de l'associé prédécédé est mineur ?

Selon l'opinion la plus générale qui a triomphé dans la jurispru-

(1) Cass., 2 mars 1885, S. 1885. 1. 363 : *J. Pal.*, 1885. 1. 291 ; D. 1885. 1, 441.

(2) V., en sens opposé, Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, II, n° 1039.

dence (1), cette clause est applicable même à ce cas, que le mineur héritier de l'associé ait ou n'ait pas atteint l'âge (18 ans) où il peut être habilité à faire le commerce. En faveur de cette opinion, on fait principalement remarquer que l'article 1868, C. civ., en autorisant, en vertu d'une clause spéciale de l'acte de société, la continuation de la société avec les héritiers de l'associé prédécédé, ne fait point de distinction entre le cas où ils sont majeurs et celui où ils sont mineurs. On en conclut que toute distinction fondée sur l'âge de ces héritiers, serait, par suite, arbitraire.

Nous croyons, au contraire, que, malgré la disposition de l'article 1868, C. civ., la continuation de la société ne peut avoir lieu de plein droit avec l'héritier d'un associé prédécédé, si cet héritier est mineur (2). De deux choses l'une, ou le mineur a atteint l'âge de dix-huit ans, ou il n'est pas encore parvenu à cet âge (3). Dans le premier cas, le mineur, apte à être habilité à faire le commerce, peut sans doute bénéficier de la clause dont il s'agit; il faut seulement qu'il soit émancipé et autorisé à faire le commerce dans les termes de l'article 2, C. com. (4). Dans le second cas, selon nous, la clause de l'acte de société est, contrairement à la solution de la jurisprudence, sans application possible.

Sans doute l'article 1868, C. civ., ne fait pas de distinction se référant à l'âge de l'héritier de l'associé prédécédé. Mais les prin-

(1) Bordeaux, 29 juill. 1862, S. 1863. 2. 31 ; *J. Pal.*, 1863, 863 ; Aix, 16 déc. 1868, S. 1870. 2. 240 ; *J. Pal.*, 1870. 918 ; Cass., 2 mars 1885, S. 1885. 1. 362 ; *J. Pal.*, 1885 1. 891 ; Paris, 7 avril 1887, S. 1888. 2. 145 ; *J. Pal.*, 1888. 1. 829 (note en sens contraire de Ch. Lyon-Caen) ; Cass., 23 oct. 1906, *Pand. fr.*, 1906. 1. 343 ; *le Droit*, n° du 20 déc. 1906 ; Troplong, II, n° 954 ; P. Pont, I, n° 716.

(2) Duvergier, *Sociétés*, n° 241 ; Delangle, *Sociétés commerciales*, II, n°s 650 à 652. Ch. Lyon-Caen, dissertation, dans le *Recueil de Sirey*, et dans le *Journal du Palais*, citée à la note précédente ; Testoud, *Revue critique de législation*, 1889, p. 167 et 168. M. Thaller (*Traité élémentaire de Droit commercial* (3e éd., n° 438), se borne à exposer les deux doctrines opposées, à constater la jurisprudence de la Cour de cassation et à constater que celle-ci obéit visiblement à des considérations d'intérêt commercial. V. aussi Thaller, dans les *Annales de Droit commercial*, 1894. 2. 241.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 131.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, 1, n°s 220 et suiv.

cipes généraux de notre législation sur l'incapacité du mineur de faire le commerce conduisent à tenir compte de la minorité de l'héritier. Dans une société en nom collectif, chaque associé est commerçant et doit, par suite, avoir la capacité de faire le commerce (n° 76). Avant l'âge de dix-huit ans, le mineur non émancipé n'a pas cette capacité, et elle ne peut lui être conférée par aucune autorisation, alors même qu'il est émancipé. De plus, le tuteur du mineur non émancipé n'a pas le pouvoir de faire le commerce pour son pupille (1). Une fois qu'il est parvenu à dix-huit ans, le mineur peut devenir commerçant ; mais il faut, pour cela, qu'il soit autorisé conformément à l'article 2, C. com. Ces règles s'appliquent assurément au cas où il s'agit, pour un mineur, de devenir associé en nom collectif dans une société de formation nouvelle. Comment pourrait-il y être dérogé par une clause de l'acte de société quand il s'agit, pour un mineur, de devenir associé dans une société ancienne subsistant malgré de décès d'un des associés auquel le mineur a succédé ? Pour qu'il en fût ainsi, une disposition légale expresse serait nécessaire.

On a cru pouvoir répondre à ces graves objections en rappelant que le mineur ne peut être qu'héritier bénéficiaire (art. 461 et 484, C. civ.). Grâce à l'acceptation bénéficiaire, il ne serait tenu des dettes sociales que sur les biens de la succession de l'associé prédécédé. S'il en était ainsi, la continuation de la société ne serait pas contraire aux règles relatives à l'incapacité du mineur et elle n'aurait point les inconvénients et les dangers qu'offre l'exercice du commerce. En effet, le mineur ne deviendrait pas commerçant ; cette qualité n'appartient jamais à une personne qui n'est pas tenue des dettes sociales personnellement (2). Mais les règles relatives, soit à l'acceptation bénéficiaire, soit à la société en nom collectif, doivent empêcher d'admettre cette solution. Si l'héritier bénéficiaire n'est tenu que sur les biens de la succession c'est seulement pour les dettes *héréditaires*, c'est-à-dire pour les dettes qui, existant déjà à

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 221.

(2) C'est pourquoi les commanditaires et les actionnaires tenus des dettes sociales seulement jusqu'à concurrence de leurs apports, ne sont pas commerçants. V. n°s 472 et 559.

la charge du défunt, ont passé à ses héritiers. L'obligation de l'héritier bénéficiaire n'est point restreinte pour les dettes nées *après* l'ouverture de la succession. Le bénéfice d'inventaire s'applique ainsi aux dettes de la société antérieures au décès de l'associé, mais il ne saurait avoir d'effet quant aux dettes sociales contractées postérieurement. Si donc un mineur pouvait de plein droit, sans être émancipé ni autorisé, devenir membre d'une société en nom collectif, en vertu de l'article 1868, C. civ., il serait tenu sans aucune limite des dettes sociales postérieures au décsè de son auteur. Il courrait ainsi de grands risques et serait considéré comme commerçant, en violation de l'article 2, C. com.

Ce n'est pas tout. En admettant que le mineur ne fût tenu des dettes sociales postérieures au décès que sur les biens de la succession de l'associé prédécédé, on transformerait la nature de la société. Ce ne serait plus une véritable société en nom collectif ; elle n'aurait pas ce caractère à l'égard de l'héritier de l'associé prédécédé, puisque cet héritier devenu associé ne serait pas tenu personnellement et solidairement des dettes sociales. Sans doute, il est assez fréquent qu'en stipulant la continuation d'une société en nom collectif avec les héritiers de l'associé prédécédé, on convienne que cette société deviendra en commandite à l'égard de ces héritiers (n° 314). Mais la transformation d'une société après la mort d'un associé doit être stipulée expressément ou résulter avec évidence de l'intention des associés. Il n'en est pas ainsi quand l'acte de société contient simplement une clause d'après laquelle la société continuera, en cas de prédécès d'un associé, avec ses héritiers.

Cette doctrine a assurément des inconvénients pratiques graves. Avec elle on ne peut assurer d'une façon certaine qu'une société en nom collectif continuera malgré la mort d'un associé. Mais c'est là une conséquence naturelle d'une lacune souvent signalée dans nos lois. Le législateur français ne s'est pas préoccupé de faciliter au profit du mineur la continuation du commerce de la personne à laquelle il succède. Des Codes étrangers ont été plus prévoyants : V. loi *belge* du 15 décembre 1872 (art. 8) ; Codes de commerce *italien* (art. 12) ; *roumain* (art. 13) ; *bulgare*, de 1897 (art. 7) (1).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 221.

Il ne faut pas, du reste, croire que, même avec notre doctrine, la clause dont il s'agit est inutile quand l'héritier de l'associé est mineur, ni en exagérer les inconvénients. D'abord, la clause prévue par l'article 1868, C. civ., n'est pas sans utilité quand l'héritier de l'associé prédécédé est mineur. Sans cette clause, la société serait dissoute de plein droit par la mort de cet associé. Grâce à elle, la société continue sans qu'il soit besoin du consentement des associés survivants, pourvu que le mineur soit dûment autorisé. Il est vrai qu'il ne peut pas l'être lorsqu'il n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans. Mais, pour échapper à la nullité de la clause, un moyen facile se présente : les associés n'ont qu'à convenir dans l'acte de société que la société continuera avec les héritiers de l'associé prédécédé, mais qu'elle sera en commandite à l'égard, soit des héritiers mineurs, soit des héritiers, quelque soit leur âge (1). Pour le cas de minorité d'un héritier, on pourrait même aller jusqu'à stipuler que la société sera en commandite à son égard jusqu'à sa majorité et qu'alors, elle redeviendra en nom collectif même en ce qui le concerne.

320. 3° *Interdiction d'un associé* (art. 1865-4°, C. civ.). — On doit traiter de même l'interdiction *légale* (2) et l'interdiction *judiciaire* : le Code ne distingue pas, et la raison de décider est la même pour les deux interdictions. L'interdit ne peut agir par lui-même ; si la société continuait, les associés de l'interdit seraient mis en rapport avec son tuteur qu'ils ne connaissent pas ; cela serait, d'ailleurs, contraire au principe selon lequel un mandataire légal ne peut faire le commerce (3).

321. La loi ne mentionne pas le cas où un des associés est pourvu d'un conseil judiciaire ; aussi a-t-on soutenu que cette mesure ne doit pas entraîner la dissolution de la société (4). Il y a, du reste,

(1) Il y a lieu de soumettre cette transformation aux formalités légales de publicité. Lyon, 2 février 1882, *Revue des sociétés*, 1883, p. 315.

(2) Trib. civ. Seine, 28 juin 1901, *Revue des sociétés*, 1902, p. 228.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n^os^ 219 et 221.

(4) Aubry et Rau, IV, (4^e^ édit.), p. 579, note 9 ; Alauzet, n° 250 ; P. Pont, I, n° 723 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial* (3^e^ édit.), n° 433.

dit-on, une grande différence entre l'interdit et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ; le second n'est pas, comme le premier, représenté par un tuteur, il est seulement assisté de son conseil et peut ainsi concourir à l'administration de la société. Du reste, si la mesure prise à l'égard d'un associé est une cause d'embarras et l'empêche d'exécuter ses engagements, ses coassociés peuvent demander la dissolution en justice, conformément à l'article 1871, C. civ. Il va de soi qu'il en serait spécialement ainsi dans le cas où l'associé pourvu d'un conseil judiciaire est le gérant.

Nous croyons plus exact d'assimiler la dation d'un conseil judiciaire à l'interdiction et d'y voir, par suite, une cause opérant de plein droit la dissolution (1). La première de ces mesures est sans doute moins grave que l'autre. Mais elle altère profondément la capacité de celui auquel elle s'applique ; il devient incapable notamment d'être commerçant (2). Comment pourrait-il continuer à être associé en nom collectif, alors qu'un associé de cette sorte est commerçant ?

Il en serait de même de l'internement d'un associé dans une maison d'aliénés sans interdiction ni nomination d'un conseil judiciaire (3).

321 *bis*. Le Code civil ne parle pas de l'état de folie considéré isolément. La folie d'un associé n'est donc pas une cause de dissolution, s'il n'est ni interdit, ni pourvu d'un conseil judiciaire, ni interné dans une maison d'aliénés. Il y a là seulement un fait dont les tribunaux peuvent tenir compte pour prononcer la dissolution sur la demande d'un associé, en vertu de l'article 1871, C. civ. V. n° 332.

321 *ter*. Il est incontestable, d'ailleurs, qu'il peut être convenu que l'interdiction d'un associé, la dation d'un conseil judiciaire,

(1) Duvergier, nos 443 et 444. Il va de soi que des troubles mentaux de l'un des associés permet de demander la dissolution de la société en justice par application de l'article 1871, C. civ. Lyon, 14 nov. 1901, D. 1902. 2. 243, *Revue des sociétés*, 1903, p. 59.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I (4e édit.), p. 213. Cass., Belgique, 17 oct. 1889, *Jurisprudence de Belgique*, 1889, p. 316 et suiv.

(3) Thaller, *op. cit.*, n° 433.

l'internement dans une maison d'aliénés, l'état de folie d'un associé laisseront subsister la société entre les autres associés. Analogie, art. 1868, C. civ.

322. 6° *Déconfiture d'un associé* (art. 1865-4°, C. civ.). — Quand un associé devient insolvable, il ne présente plus, pour ses coassociés, les garanties sur lesquelles ceux-ci ont dû compter en s'associant avec lui. Comme il n'y a pas de mode légal de constatation de la déconfiture, il faut toujours, en fait, qu'une demande en justice soit formée pour faire déclarer que la société est dissoute pour cette cause (1).

323. 7° *Faillite d'un associé*. — Le Code civil, qui mentionne expressément la déconfiture parmi les causes de dissolution, est, au contraire, muet sur la faillite d'un associé. Il n'est pas douteux, cependant, que celle-ci soit une cause de dissolution. Non seulement la faillite suppose presque toujours l'insolvabilité du failli, mais elle entraîne encore pour lui une sorte d'incapacité légale résultant du dessaisissement qui l'empêche de faire des actes de disposition valables à l'égard de ses créanciers (2).

324. 8° *Mise en liquidation judiciaire d'un associé*. — La liquidation judiciaire introduite par la loi du 4 mars 1889 doit avoir à ce point de vue le même effet que la faillite (3). L'une, comme l'autre, suppose la cessation des paiements et implique, par suite, que l'associé est hors d'état d'exécuter ses obligations envers ses coassociés. Sans doute, le commerçant mis en liquidation judiciaire, n'étant pas dessaisi, conserve l'administration de ses biens, mais il n'en conserve pas la libre disposition ; il ne peut faire d'actes valables à l'égard de ses créanciers qu'avec l'assistance du liquidateur, ce qui fait même dire dans l'usage que le jugement de liquidation judiciaire entraîne un demi-dessaisissement (4). Ces considérations sont décisives pour faire admettre que le jugement de liquidation

(1) V. *V. Traité de Droit commercial*, VII, n° 37 *b*.
(2) V. *Traité de Droit commercial*, VII, n^os^ 204 et suiv.
(3) Poitiers, 26 décembre 1892, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 297.
(4) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n^os^ 1048 et suiv.

judiciaire d'un associé entraîne la dissolution de la société, comme le jugement déclaratif de faillite. Mais on ne saurait se fonder, ainsi qu'on pourrait être tenté de le faire, sur l'article 24 de la loi du 4 mars 1889. Cet article déclare applicable, en cas de liquidation judiciaire, non pas toutes les dispositions légales relatives à la faillite et non modifiées par la loi nouvelle, mais les dispositions du *Code de commerce*. Or, ce n'est pas dans le Code de commerce, c'est dans le Code civil que se trouvent les dispositions déterminant les causes de dissolution des sociétés.

324 *bis*. Il n'est pas douteux que la déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire peut être invoquée par les coassociés de celui qui est dans un de ces états. Mais celui-ci peut-il lui-même s'en prévaloir ? On l'a nié (1), en prétendant que ce droit reconnu à l'associé dont il s'agit serait contraire à l'article 1184, C. civ., qui, en cas d'inexécution d'un contrat synallagmatique, ne permet pas à celui qui n'a pas exécuté son obligation de demander la résolution.

Cette doctrine est inexacte. Il s'agit ici d'une dissolution de plein droit qui, comme telle, peut-être invoquée par toute personne y ayant intérêt : par le failli, représenté par le syndic ; par le débiteur, assisté de son liquidateur judiciaire ; par le débiteur en déconfiture, même par des tiers (2). Cette doctrine est conforme à une longue tradition. Le Droit romain admettait la dissolution de plein droit en cas d'insolvabilité d'un associé (3). Il en fut de même de l'ancien Droit français, sauf quelques divergences (4).

Le Code civil semble confirmer cette doctrine ; il fait mention de la déconfiture, à côté de la mort et de l'interdiction d'un associé, parmi les causes par suite desquelles *la société finit* (art. 1865 4°, C. civ.). C'est dans une disposition spéciale, dans l'article 1871, que le Code civil applique au contrat de société le principe général de l'article 1184, C. civ.

324 *ter*. Au reste, si la dissolution de plein droit par suite de la

(1) Pardessus, II, nos 1095 et 1096.

(2) Paris, 5 janv. 1853, S. 1854. 2. 341. — Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 384 ; Pont, *op. cit.*, I. n° 698 ; Guillouard, *op. cit.*, nos 317 et 319.

(3) L. 4, § 1 ; L. 65, § 1, Dig. (XVII, 2), *Pro socio*.

(4) V. Domat, *Lois civiles*, I, titre 8, sect. 5, § 12.

faillite, de la liquidation judiciaire ou de la déconfiture d'un associé, paraît présenter des inconvénients, rien n'empêche de convenir que, pour le cas où elle se produirait pour un associé, la société continuera entre les autres (1). La règle de l'article 1865, 3° et 4° n'est pas plus d'ordre public en cas de déconfiture, de faillite ou de liquidation judiciaire, qu'en cas de mort d'un associé. V: n° 321 *ter*.

Mais la convention relative à la continuation de la société doit avoir eu lieu avant la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire. Si elle intervient après cette déclaration, la société étant déjà dissoute, il peut y avoir seulement constitution d'une société nouvelle (2).

325. Une société en nom collectif peut être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire en sa qualité de personne civile (n° 112). Est-ce là une cause de dissolution comme la faillite ou la liquidation judiciaire personnelle d'un associé ? Nos lois sont muettes sur ce point. Leur silence doit faire admettre la négative (3). On ne saurait argumenter en sens contraire, comme on le fait parfois, de ce que la dissolution a lieu en cas d'extinction de la chose ou de faillite d'un associé (4). Une faillite peut provenir d'embarras momentanés ; elle n'implique pas nécessairement que le passif dépasse l'actif. On comprend que la faillite d'un associé entraîne la dissolution ; il est alors présumé ne plus pouvoir exécuter ses obligations envers ses coassociés. En cas de faillite de la société, il y a une situation commune que tous ont dû prévoir.

Cette solution s'impose d'autant plus que la faillite peut aboutir à concordat simple grâce auquel la société est remise à la tête de ses

(1) Cass., 10 mars 1885, S. 1886. 1. 410 ; *J. Pal.* 1886. 1. 1008 ; D. 1885. 1. 441 ; Grenoble, 1er mai 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 5. 277. V. P. Pont, *op. cit.*, I, n° 759.

(2) Cass., Poitiers, 24 déc. 1892, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 297.

(3) Req., 9 mai 1854, S. 1854. 1. 673 ; *J. Pal.*, 1855 1. 437 ; D. 1854. 1. 203 ; Lyon, 3 juill. 1862, S. 1863. 2. 139 ; D. 1863. 2. 139 ; D. 1863. 2. 95. V. aussi Paris, 12 juill. 1869, S. 1871. 2. 233 ; *J. Pal.*, 1871. 971 (note de Ch. Lyon-Caen) ; P. Pont, II, n° 1409 ; Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 434. V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1168.

(4) Amiens, 30 janv. 1867, D. 1869. 1. 98. — Pardessus, III, n° 1060.

affaires. Mais la faillite aboutit à l'union ou au concordat par abandont d'actif, les biens sociaux sont vendus. et, alors, on peut dire qu'il y a dissolution par extinction de la chose (1).

325 *bis*. Droit étranger. — Plusieurs Codes étrangers admettent, au contraire, expressément la faillite de la société comme cause de dissolution. V. Codes de commerce *allemand*, art. 131-3° ; *hongrois*, art. 98-4° ; *italien*, art. 189-4° ; *roumain*, art. 191-4° ; *espagnol*, art. 221-3° ; *portugais*, art. 120-4° ; *bulgare* de 1897, art. 101-5°.

326. Le mariage de deux personnes associées ne doit-il pas être rangé aussi parmi les causes de dissolution de société ? La jurisprudence, qui admet que deux époux sont incapables de former entre eux une société, consacre l'affirmative (n° 78) (2). Cette solution est logique ; l'incapacité d'un associé, qui, lors de la constitution de la société, est une cause de nullité de celle-ci, est une cause de dissolution quand elle survient pendant sa durée. On a même été jusqu'à reconnaître que la dissolution est, en pareil cas, opposable aux tiers qui ont contracté avec l'un des associés après le mariage sans que ces tiers soient admis à alléguer leur erreur, qui constitue une erreur de droit (3).

Nous ne saurions admettre d'une façon absolue que le mariage de deux associés est une cause de dissolution de leur société. Nous n'avons pas reconnu, en effet, l'incapacité pour deux époux de former une société. V. n° 78.

327. 9° *La volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société* (art. 1865-5°, C. civ.). — Cette cause de dissolution n'est admise que dans les sociétés à *durée illimitée*. Ces sociétés peuvent présenter certains des inconvénients attachés aux engagements perpétuels ou communautés d'intérêt qui durent indéfiniment ; aussi chaque associé reçoit-il de la loi la faculté de les faire dissoudre.

(1) V. Thaller, *op. cit.* (3e édit.)) n° 434.

(2) Dijon, 27 juill. 1870, S 1871. 2. 198 ; *J. Pal.*, 1871. 850.

(3) Paris, 5 janv. 1853, S. 1854. 2 341 ; *J. Pal.*, 1853. 1. 685 ; D. 1854. 5. 708.

328. Une clause formelle des statuts d'une société à durée illimitée pourrait-elle exclure pour les associés la faculté de dissoudre la société à volonté? La plupart des auteurs admettent la négative, en regardant cette faculté comme étant d'ordre public (1). Mais on ne voit pas ce qui peut empêcher de considérer comme valable une clause reconnue licite par le Droit romain et par l'ancien Droit français, qui faisaient dériver de la volonté présumée des parties la faculté de dissolution accordée à chaque associé (2).

329. Pour que la volonté exprimée par un associé de dissoudre la société ait 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 (3); 2° que la renonciation soit faite de bonne foi ; elle n'est pas de bonne foi quand l'associé veut réaliser seul un bénéfice que les associés se proposaient de faire en commun ; 3° qu'elle n'ait pas lieu à contre-temps : elle est faite à contre-temps quand les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée.

330. Cette cause spéciale de dissolution donne un intérêt pratique à la distinction entre les sociétés à durée limitée et les sociétés à durée illimitée. La volonté d'un seul associé ne suffit point pour dissoudre une société dont la durée est limitée.

La distinction entre les sociétés à durée limitée et les sociétés à durée illimité est, en général, très simple à faire. Il faut seulement observer qu'on doit considérer comme société à durée illimitée la société formée à vie, c'est-à-dire pour toute la durée de la vie des associés ; cette société a tous les inconvénients d'une société à durée illimitée. Cette solution est expressément admise par le Code de commerce *allemand* (art. 134), par le Code de commerce *hon-*

(1) V. à l'arrêt de la Chambre des requêtes du 1er juin 1859 mentionné à la note 1 de la page 285. Aubry et Rau, III (4e édit.), § 384 ; Troplong, *Des sociétés*, II, n° 973 ; P. Pont, I, n° 742.

(2) Dig., L. 65, *Pro socio* (XVII, 2). — Pothier, *Du contrat de société*, n° 151, *in fine*.

(3) Aucune forme spéciale n'est prescrite pour cette renonciation. Trib. com. Seine, 24 février 1906, *Pand. fr.*, 1906. 2. 180 ; *Journal des sociétés*. 1906, p. 277.

grois (art. 98, dern. alin.), par le Code *suisse* des obligations (art. 545-6°).

Il faudrait assimiler à la société à vie la société dont l'objet est tel qu'elle doit se prolonger au delà de la vie des associés (1) ou qui, contractée pour un certain délai, doit se prolonger de plein droit après l'expiration de ce délai (2).

331. Il va de soi, du reste, que le droit pour un associé d'amener la dissolution de la société par sa volonté, peut être stipulé dans une société à durée limitée. V. C. *suisse* des obligations, art. 545-6°.

331 *bis*. La dissolution de la société par la volonté d'un associé ne contraint certainement pas les autres associés à renoncer à être en société. Ils peuvent former une nouvelle société entre eux. Alors, cette société nouvelle se porte acquéreur de l'établissement exploité par la société dissoute. Le changement de raison sociale révèle parfois à l'extérieur le changement survenu. L'associé qui a provoqué la dissolution prend une portion du prix correspondant à sa part sociale ; pour le restant du prix, il y a confusion.

Mais cela ne peut pas se faire sans frais ; il y a, notamment, à payer des droits de mutation pour la constitution de la nouvelle société. Aussi peut-on convenir qu'en cas de volonté manifestée par un associé, la société cessera quant à lui, mais continuera de plein droit entre les autres associés. L'associé devenu étranger à la société reçoit alors une somme représentant la valeur de sa part sociale. Cpr. 346 et suiv. (3).

332. 10° *Dissolution judiciaire motivée.* — La dissolution de toute société peut être demandée par l'un des associés quand il a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou dans d'autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges (art. 1871, C. civ.). Dans le premier cas, il n'y a qu'une application du principe général de

(1) Cass., 1er juin 1859. S. 1861. 1. 113 ; *J. Pal.*, 1861. 305 ; D. 1859. 1. 243 ; *Pand. fr. chr.*

(2) V., en ce sens, art. 134, C. com. *allemand*, de 1897.

(3) Thaller, *op. cit.*, n° 431.

l'article 1184, C. civ. Il existe cette différence entre les deux cas cités à titre d'exemples par la loi, que, si un associé manque à ses obligations, ses coassociés seuls peuvent demander la dissolution (1); tandis que, s'il est empêché sans sa faute de donner ses soins aux affaires sociales, il a lui-même, contre ses coassociés, le droit de faire dissoudre la société. On comprendrait la dissolution demandée pour d'autres motifs, par exemple a raison de la perte d'une partie du fonds social (n° 334). Cpr. L. 24 juillet 1867, art. 37.

Par cela même qu'en cas d'inexécution par un associé de ses obligations, c'est par application de l'article 1184, C. civ., que les autres ont le droit de demander la dissolution, les juges ont le pouvoir d'accorder un délai de grâce à l'associé pour exécuter ses engagements. V. art. 1184, dern. alin., C. com.

Les associés ne peuvent pas renoncer valablement au droit de demander la dissolution en justice pour un juste motif (2). Une renonciation de ce genre ne serait pas faite en connaissance de cause, les associés ne sachant point par avance les motifs qui pourront survenir et rendre difficile ou même impossible la continuation de la société. La même raison n'existe pas pour mettre obstacle à une renonciation de ce genre quand elle s'applique à une cause déterminée qui s'est déjà produite au moment où l'on renonce à s'en prévaloir (anal., art. 2220, C. civ.).

333. La faculté pour les associés de demander la dissolution pour de justes motifs, est spécialement importante dans les sociétés à durée limitée. En effet, dans les sociétés à durée illimitée, chaque associé ayant le droit de dissoudre la société par sa seule volonté, il est inutile d'invoquer un motif quelconque pour faire prononcer une dissolution judiciaire. Cependant, même dans ces dernières sociétés, l'associé qui peut invoquer un juste motif de dissolution, a l'avan-

(1) Cour d'appel du Sénégal, 6 juill. 1894 (*la Loi*, n° du 5 décembre 1894). Cet arrêt admet qu'en cas de mésintelligence, celui des associés qui, par sa faute, y a donné lieu, ne peut pas demander la dissolution. Autrement, il y aurait là, dans une société à durée limitée, un moyen pour un associé de dissoudre la société par sa volonté.

(2) Cass., 9 mars 1903, *Pand. fr.*, 1904. 1. 183 ; *le Droit*, n° du 22 juillet 1903.

sitage d'échapper aux objections qui pourraient être tirées des arti-
cles 1869 et 1870, C. civ., s'il entendait que la société fût dissoute
par sa seule volonté (n° 329).

334. Les juges ont un large pouvoir d'appréciation quand ils sont
saisis d'une demande de dissolution fondée sur l'article 1871,
C. civ. (1) ; ils peuvent prendre en considération tout événement
qui entrave le fonctionnement de la société : l'absence (n° 311 *ter*),
la folie (n° 322) d'un associé, l'incompatibilité d'humeur des associés,
tout au moins si la prospérité de la société en est compromise (2).

335. Il ne suffit pas de déterminer les causes de dissolution, il
faut encore indiquer par qui elles peuvent être invoquées quand
elles se produisent. Le principe général est qu'elles peuvent l'être
par tous les intéressés, spécialement par les associés et par leurs
créanciers en vertu de l'article 1166, C. civ., (n° 336). Il n'en est
autrement que pour la dissolution motivé par l'inexécution des
engagements d'un associé : il va de soi que, par application même
de l'article 1184, C. civ., cette cause de dissolution ne peut être
invoquée que par ceux envers lesquels un associé n'a pas exécuté
ses engagements (n° 332, al. 1). Il n'y a pas d'exception à faire même
pour les causes de dissolution tenant à l'incapacité d'un associé ou
à sa faillite (n° 324 *bis*). L'associé devenu incapable (ou son repré-
sentant), l'associé déclaré en faillite (ou le syndic) peut se prévaloir
de la dissolution aussi bien que les autres associés (3) ; l'interdiction,
la faillite, etc., comme la mort, opèrent la dissolution de plein droit.
Les tribunaux saisis, en cas de contestation, constatent la dissolu-
tion, ils ne la prononcent pas (4).

Le droit de demander la dissolution pour une cause légitime est

(1) Cass., 25 janvier 1904, D. 1904. 1. 501 ; *Revue des sociétés*, 1904, p. 159.

(2) V. Cass., 24 janv. 1899, D. 1899. 1. 260 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 42 ; Paris, 5 juill. 1900, *Revue des sociétés*, 1900, p. 512.

(3) P. Pont, I, n°s 724 et 730.

(4) Le Code de commerce *allemand* (art. 131 5°) range la faillite parmi les causes entrainant de plein droit la dissolution ; mais il ne mentionne pas les incapacités qui atteignent un associé, parce qu'on a jugé suffisant de laisser aux associés de l'incapable le droit de demander la dissolution.

un droit individuel. Chaque associé peut ainsi l'exercer, sans être paralysé dans l'exercice de son droit par l'avis des autres associés (1). Ceux-ci ont seulement le droit de former une tierce-opposition au jugement prononçant la dissolution sans qu'ils aient été mis en cause (2).

335 *bis*. L'acte de société peut, du reste, restreindre le droit des associés, soit en stipulant que la dissolution ne pourra être réclamée en justice que pour certaines causes prévues à l'avance (3), soit en réservant le droit de demander la dissolution à un certain nombre d'associés.

336. Les créanciers d'un associé n'ont pas de droit propre quant à la dissolution de la société (4). Ils peuvent seulement, en exerçant les droits de leur débiteur, invoquer une cause de dissolution de la société qui s'est produite. Mais, n'ayant point l'exercice des droits attachés à la personne de leur débiteur (art. 1166, C. civ.), ils n'ont pas le droit de dissoudre la société à *durée illimitée* dont leur débiteur est membre, en se prévalant des articles 1865-5° et 1869 et suiv., C. pr. civ. De même, le droit de demander en justice la dissolution paraît devoir être considéré comme un droit attaché à la personne dans le sens de l'article 1166, C. civ. (5).

337. DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS. — A propos de la dissolution, il importe de parler d'un événement que nos lois, à la différence de

(1) Bordeaux, 14 août 1889, *la Loi*, n° du 13 octobre 1889.

(2) Cpr. Trib. comm. Seine, 4 mars 1886, *la Loi*, n° du 17 mars 1886.

(3) Trib. com. Seine, 23 mars 1889, *la Loi*, n° du 24 mars 1889.

(4) DROIT ÉTRANGER. — On trouve dans les Codes de commerce *allemand* (art. 126 et 132), *hongrois* (art. 101 et 107), *suisse* des obligations (art. 174), une solution toute différente à laquelle il a été fait allusion plus haut (n° 274). D'après les dispositions de ces Codes, le créancier personnel de l'un des associés, qui, après avoir inutilement poursuivi celui-ci sur ses biens personnels, a fait procéder à une saisie sur la part à revenir à son débiteur dans la liquidation, peut, après un avertissement donné six mois au moins à l'avance, exiger la dissolution de la société, que celle-ci soit à durée illimitée ou même à durée limitée. Mais les autres associés peuvent mettre obstacle à la dissolution en payant la valeur de la part de l'associé débiteur ; celui-ci se trouve naturellement exclu de la société qui continue entre ses coassociés.

(5) Trib. comm. Seine, 8 octobre 1895, *le Droit*, n° du 30 octobre 1895.

plusieurs Codes étrangers, n'ont pas prévu (1), mais qui se présente assez souvent : la fusion de deux ou de plusieurs sociétés (2). On entend par là la réunion de deux ou de plusieurs sociétés jusqu'alors distinctes, de façon à ce qu'elles ne forment plus qu'une seule société. Cette combinaison est assez fréquente dans la pratique (3), elle peut intervenir dans des buts très divers : il y a là un moyen de diminuer les frais généraux d'exploitation, de lutter contre la concurrence, de sauver l'une des sociétés ou parfois toutes les sociétés fusionnées dont l'isolement compromettrait le succès, etc...

338. La fusion implique une convention mettant fin à une société avant le terme assigné à sa durée (n° 340). Il résulte de cet effet même produit par la fusion qu'elle exige le concours des volontés de tous les associés de chacune d'elles ; ils doivent délibérer séparément avant qu'une entente définitive ne soit conclue entre les deux sociétés. C'est la règle posée par les Codes *italien* (art. 194), *roumain* (art 195) et *portugais* (art. 124). Pour qu'il en fût autrement, une clause de l'acte de société se bornant à exiger une certaine majorité, serait nécessaire.

Mais, dès l'instant où les sociétés sont d'accord, la fusion est opérée, sans que les tiers puissent y former opposition. — Il n'en est pas ainsi dans plusieurs États étrangers. V. n° 342.

339. La fusion n'a pas toujours les mêmes effets. Selon la volonté

(1) L'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 16 novembre 1903, contient seulement une disposition résolvant une question spéciale à propos de la fusion entre sociétés par action.

(2) On trouve des dispositions spéciales consacrées à la fusion des sociétés dans les Codes de commerce *italien* (art. 193 à 196), *roumain* (art. 195 à 198), *portugais* art. 124 à 127). Ces Codes mentionnent la fusion parmi les causes de dissolution des sociétés. V. Code de commerce *italien*, art. 189, 7° ; *roumain*, art. 191, 7° ; *portugais*, art. 120, 7°.

(3) La fusion est plus fréquente pour les sociétés anonymes et en commandite par actions que pour les sociétés en nom collectif. Aussi devrons-nous en parler de nouveau à propos de ces sociétés. V. n°s 912 et suiv.

On sait qu'au début du second Empire, il y a eu un grand nombre de fusions entre les compagnies de chemins de fer, qui sont toutes des sociétés anonymes. De ces fusions est résultée la constitution des six grandes compagnies entre lesquelles est répartie la presque totalité du réseau français d'intérêt général.

des parties, les deux sociétés qui fusionnent étant considérées comme dissoutes, une société nouvelle est créée ou une des sociétés prenant fin est absorbée dans l'autre qui subsiste, mais qui est seulement modifiée, spécialement par l'augmentation de son capital et du nombre des associés (1). Il importe de savoir si l'on se trouve en présence de la première ou de la seconde de ces hypothèses. En effet, quand une société nouvelle est créée, il y a nécessairement lieu de remplir toutes les conditions et formalités prescrites pour la constitution d'une société. Aussi, en supposant que, depuis la fondation des deux sociétés fusionnées, une loi nouvelle soit intervenue, il faut se conformer aux dispositions de cette loi sur la constitution des sociétés. Il va de soi que cela n'est point nécessaire lorsque l'une des sociétés déjà existantes absorbe l'autre, de telle sorte qu'une société nouvelle n'est point créée (2). Mais il faut, du moins, remplir pour la société absorbée les formalités de publicité prescrites en cas de dissolution volontaire et, pour la société absorbante, les formalités exigées en cas d'augmentation du capital social.

340. Les sociétés qui fusionnent peuvent avoir des créanciers qui, lors de la fusion, ne sont pas désintéressés. La fusion produit-elle des effets à leur égard? Il faut distinguer entre le cas où les deux sociétés s'absordent dans une société nouvelle et celui où une société vient s'unir à une autre qui subsiste seule. Dans le premier cas, la fusion ne peut avoir d'effet à l'égard des créanciers. Un créancier ne peut pas être contraint de changer de débiteur ou de renoncer, en tout ou en partie, aux garanties attachées à sa créance. En conséquence, les créanciers de chaque société fusionnée ne peuvent pas

(1) La loi du 16 novembre 1903 modifiant l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 (déjà modifié par la loi du 9 juillet 1902), distingue expressément, à propos des sociétés par actions, *le cas de fusion de sociétés par voie d'absorption et le cas de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes.*

(2) La distinction a été faite spécialement à propos des sociétés anonymes ou en commandite par actions qui ont été régies successivement par des lois très différentes selon les époques (Code de 1807, lois du 17 juillet 1856, du 24 juillet 1867). V. Paris, 24 mars 1859, S. 1859. 2. 437; *J. Pal.*, 1859. 365; D. 1859. 2. 146; Paris, 21 août 1860, *J. Pal.*, 1862. 346.

être considérés comme ayant dorénavant pour débitrice la société résultant de la fusion. Ils conservent intact le droit de se faire payer sur les biens de la société obligée envers eux, sans avoir à subir le concours des créanciers dont l'autre société est débitrice. Il y a là une cause de complication qui peut mettre obstacle aux fusions de sociétés ou, tout au moins, les rendre difficiles. Les sociétés qui opèrent entre elles une fusion, ne peuvent y échapper qu'en désintéressant tous leurs créanciers ou en obtenant leur consentement.

341. Quand, au contraire, une société vient s'absorber dans une autre, les créanciers de la première ne sont pas tenus d'accepter la seconde comme débitrice. Mais les créanciers de la société qui subsiste dorénavant seule, ne peuvent, sauf le cas de fraude, se plaindre des dettes nouvelles résultant de la fusion à la charge de cette société. Ils n'ont pas une sorte de séparation des patrimoines leur permettant de se faire payer sur les biens de cette société dans leur état antérieur à la fusion, à l'exclusion des créanciers de la société absorbée.

342. Droit étranger. — Les Codes étrangers, qui se sont occupés de la fusion, ont bien consacré le principe d'après lequel les créanciers d'une société ne peuvent être contraints d'accepter une autre société pour débitrice. Mais ils ont cherché, tout en admettant ce principe, à tenir compte de l'utilité qu'il peut y avoir, pour faciliter les fusions de sociétés, à donner aux créanciers des sociétés fusionnées pour débitrice unique la société qui résulte de la fusion. Voici, à cet égard, le système admis par le Code de commerce *italien* reproduit par les Codes *roumain* et *portugais* :

La fusion ne peut avoir d'effet que trois mois après qu'elle a été rendue publique dans les formes légales. Il en est autrement lorsqu'il est constaté que toutes les dettes sociales ont été payées ou que la somme nécessaire à l'acquittement de ces dettes a été déposée à la Caisse des dépôts et emprunts ou que tous les créanciers ont donné leur consentement. Durant le délai de trois mois, les créanciers des sociétés qui fusionnent, peuvent former opposition. L'opposition suspend l'exécution de la fusion, tant qu'elle n'est pas rétractée ou repoussée par un jugement passé en force de chose jugée. Après l'expiration du délai de trois mois sans opposition, la

fusion peut être exécutée et la société qui continue d'exister ou qui résulte de la fusion, succède à tous les droits et obligations des sociétés dissoute. V. Code de commerce *italien*, art. 195 et 196. — V. aussi Codes de commerce *roumain*, art. 197 et 198 ; *portugais*, art. 125 à 127.

343. Lorsqu'une fusion a lieu, les délibérations des sociétés fusionnées prises, soit séparément, soit ensemble, doivent être publiées dans les formes légales. En effet, la fusion implique toujours dissolution d'une société au moins et modification des statuts de celle des sociétés qui n'est point dissoute. V. C. *italien*, art. 96 ; Code *roumain*, art. 96.

344. Il ne faut pas confondre avec la fusion l'acte par lequel une société devient membre d'une autre société. Il n'y a aucune disposition légale prohibant cette combinaison (1). Quand elle se produit, il n'y a de dissolution pour aucune société ; on se trouve en présence de plusieurs sociétés qui coexistent. La société qui devient membre d'une société nouvelle en nom collectif, est solidairement tenue des dettes de celle-ci, en vertu de l'article 22, C. com., comme l'est un individu, membre d'une société de cette nature (2).

345. Exclusion, retraite d'un associé. — La dissolution d'une société rompt le lien social entre tous les associés. Il se peut aussi que le lien social ne soit rompu qu'à l'égard d'un associé, c'est ce qui a lieu en cas d'exclusion ou de retraite de celui-ci. Une seule disposition de nos lois fait, en dehors des sociétés à capital variable (L. 24 juillet 1867, art. 52), une allusion à la seconde de ces hypothèses : l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 mentionne la retraite

(1) Cass., 10 déc. 1878, D. 1879. 1. 5 (Dans l'espèce à l'occasion de laquelle cet arrêt a été rendu, une société en nom collectif avait contribué à la formation d'une autre société de la même espèce). — Montpellier, 24 juill. 1882, *le Droit*, n° du 7 octobre 1883.

(2) V. L'arrêt de la Chambre des requêtes cité à la note qui précède. — Consulter dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XLV (1896), p. 40 et suiv., un article de Paul Eltzbacher intitulé *Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Theilnehmer in einer, offenen Handelsgesellschaft* (société en nom collectif et société anonyme comme membres d'une société en nom collectif).

d'un associé pour la soumettre aux formalités de publicité. Il y a, pourtant, à résoudre, à propos de la retraite ou de l'exclusion d'un associé, diverses questions que plusieurs lois étrangères, plus complètes que les nôtres, ont tranchées. Il faut déterminer : 1° dans quels cas il peut y avoir soit retraite, soit exclusion d'un associé ; 2° quels effets la retraite ou l'exclusion d'un associé produit à l'égard, soit de ses coassociés, soit des tiers, spécialement des créanciers de la société.

346. *De la retraite d'un associé.* — Un associé ne peut se retirer de la société que du consentement de tous les associés ; un contractant ne peut pas se soustraire au lien du contrat par sa seule volonté (art. 1134, C. civ.). On conçoit spécialement que, dans une société à durée illimitée, quand un associé manifeste le désir de mettre fin par sa volonté à la société (n° 327), ses coassociés s'entendent avec lui pour qu'il se borne à se retirer, tout en laissant la société continuer. Cela offre un grand avantage : sans doute, les anciens associés qui le veulent bien peuvent toujours constituer une société nouvelle à la place de la société dissoute ; mais, outre que cela occasionne des frais, des pertes peuvent résulter de la nécessité de liquider et de partager l'actif social à un moment peu opportun.

Quand les associés s'entendent pour qu'il y ait une simple retraite de l'un d'eux, celui qui se retire n'a droit qu'à une somme calculée sur sa part sociale d'après la situation de la société au moment de sa retraite. La *liquidation* et le *partage* de l'actif social impliqueraient contradiction avec la continuation de la société.

347. L'associé qui se retire, demeure tenu envers les tiers des dettes antérieures à sa retraite. Un débiteur ne peut, en effet, se soustraire à ces obligations, par un acte émanant de sa seule volonté. Il n'est, au contraire, pas tenu des dettes postérieures (n° 348)

348. La retraite d'un associé doit être rendue publique à l'aide des formalités prescrites par la loi (art. 61, L. 24 juillet 1867) (1).

A défaut de ces formalités, la nullité de la retraite d'un associé

(1) Une exception est faite à la nécessité de la publicité dans le cas de retraite d'un associé, quand la société est à *capital variable* (art. 62, L. 24 juillet 1867).

peut être invoquée par les tiers, qui continuent alors à traiter l'associé qui s'est retiré de la société, comme s'il en était toujours membre. De là résultent notamment les conséquences suivantes :

a) A défaut de publicité, l'associé qui s'est retiré peut être poursuivi à raison des dettes même postérieures à sa retraité.

b) A défaut de publicité, la déclaration de faillite de la société entraîne la faillite de l'associé qui s'est retiré comme celle des autres associés (1).

349. La retraite d'un associé équivaut, en ce qui le concerne, à une dissolution. Aussi reconnaît-on généralement que la prescription abrégée de l'article 64, C. com., qui a lieu en cas de dissolution (n° 430), s'applique aux actions des tiers contre l'associé qui s'est retiré. On peut argumenter en ce sens de l'article 52, 2e alin., L. 24 juillet 1867. Mais cette prescription ne commence qu'à partir du jour où la retraite a été dûment publiée, si l'on admet qu'au cas où la société est dissoute, cette prescription ne court au profit des associés que du jour où la dissolution a reçu la publicité légale (n° 442).

350. La convention, d'après laquelle la société doit, après le décès d'un associé, continuer entre les associés survivants (n° 322), équivaut, au point de vue des effets qu'elle produit, à la retraite de l'associé décédé.

351. *De l'exclusion d'un associé*. — Aucune disposition de nos lois ne parle de l'exclusion d'un associé dans une société en nom collectif, sauf quand il s'agit d'une société à capital variable (L. 24 juillet 1867, art. 52, 2e alin.). Il faut en conclure qu'en principe, cette exclusion n'est pas possible. Ainsi, quand un associé manque à ses engagements ou est hors d'état de les exécuter, quand un associé est interdit, est en déconfiture, déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, son exclusion ne peut être prononcée ni par les autres associés, ni par les tribunaux; il y a lieu à dissolution

(1) Aix, 28 fév. 1872, *Journal de jurisprudence de Marseille*, 1872. 1. 181. Cet arrêt infirme un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 21 septembre 1871 (même recueil, 1871. 1. 226), qui avait décidé que le défaut de publicité ne crée à l'égard des tiers qu'une présomption d'ignorance.

(art. 1865 et 1871, C. civ.). L'associé que ses coassociés voudraient exclure, pourrait exiger la liquidation et le partage ; en refusant ainsi de se contenter d'une somme d'argent représentant sa part dans la société, il mettrait obstacle à la continuation de celle-ci. On peut regretter que le législateur n'ait pas permis, en pareil cas, aux associés, s'ils sont d'accord, de se borner à l'exclusion au lieu d'aller jusqu'à la dissolution. La loi doit être favorable à la continuation des sociétés ; sans doute, après une dissolution, les associés d'accord peuvent toujours former une société nouvelle. Il y a là une source de frais et une cause de perte de temps qu'il est avantageux d'éviter le plus possible. — Des lois étrangères dont il va être parlé (n° 351 *bis*), ont été, à cet égard, plus prévoyantes que la loi française.

Mais une clause des statuts peut stipuler la faculté d'exclusion d'un des associés en vertu d'une décision prise par tous les autres ou par la majorité d'entr'eux (1). Le caractère humiliant de cette exclusion ne saurait être un motif de prohiber une convention qui n'est contraire à aucun principe de droit. On ne saurait conclure de la disposition légale qui autorise cette convention dans les sociétés à capital variable (L. 24 juillet 1867, art. 52, alin. 2), qu'elle est prohibée dans toute autre société (2).

351 *bis*. Droit étranger. — Quelques Codes étrangers renferment sur l'exclusion et sur la retraite d'un associé des dispositions assez complètes dont l'adoption se recommande au législateur français. Il en est ainsi spécialement des Codes de commerce *allemand*, *italien* et *roumain*, ainsi que du Code *suisse* des obligations.

D'après le Code *allemand* (art. 140, 1er alin.), quand la dissolution peut être demandée (art. 133) pour des motifs dépendant de la personne de l'un des associés, le juge a le pouvoir de prononcer, au lieu de la dissolution, l'exclusion de cet associé, si tous les associés en font la demande. V. une disposition analogue dans le Code *suisse* des obligations (art. 576), les Codes de commerce *italien*

(1) Cass., 10 avril 1854, S. 1855. 1. 672 ; *J. Pal.*, 1855. 2. 263, D. 1854. 1. 183. V., cependant, Thaller, *op. cit.* (3e édit.), n° 431.

(2) Les deux arguments indiqués au texte, sont ceux qu'invoque M. Thaller en faveur de l'opinion contraire à la nôtre. V. la note précédente.

(art. 186) et *roumain* (art. 188). Il faut remarquer que ces trois derniers Codes vont même jusqu'à admettre qu'en cas de faillite, d'interdiction ou d'incapacité légale d'un associé, les autres associés peuvent se borner à l'exclure, au lieu de laisser la dissolution avoir lieu et produire ses effets (Codes de commerce *italien*, art. 186-3° *c* ; *roumain*, art. 188-3° *c* ; Code *suisse* des obligations, art. 577).

Le Code *allemand* (art. 163, alin. 2) prescrit la publicité de la retraite ou de l'exclusion d'un associé. Celle-ci n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été publiée, en ce sens du moins que le défaut de publicité fait présumer que la retraite ou l'exclusion a été ignorée des tiers et que la publicité crée la présomption contraire (1). Les autres Codes prescrivent aussi la publication de la retraite ou de l'exclusion d'un associé : Code *suisse* des obligations (art. 579) ; Codes de commerce *italien* (art. 188), *roumain* (art. 190).

Le Code de commerce *allemand* (art. 140) détermine en détail les effets de l'exclusion ou de la retraite d'un associé dans ses rapports avec ses coassociés. En cas de retraite ou d'exclusion d'un associé, la société règle avec lui ses droits sur la base de la situation où elle se trouve au moment de la retraite ou de la demande d'exclusion. L'associé exclu ne participe aux affaires, droits ou engagements ultérieurs, qu'autant qu'ils sont une suite immédiate de ce qui s'était déjà passé avant sa retraite ou son exclusion. — L'associé doit consentir à ce que les affaires courantes soient terminées de la manière qui est jugée la plus avantageuse par les associés restants. Toutefois il a le droit de demander, à la fin de chaque exercice annuel, le compte des affaires terminées dans l'intervalle et le paiement des sommes qui lui reviennent en vertu de ces comptes ; il peut de même, à la fin de chaque exercice annuel, demander à être informé de la situation des affaires encore en cours ; le tout lorsqu'il n'a pas été possible de procéder à un règlement complet et définitif. L'associé sorti ou exclu doit accepter la délivrance de sa part sociale

(1) C'est une application des principes généraux du Code *allemand* sur les effets, soit de la publicité, soit du défaut de publicité. V. n° 244.

Le Code *allemand* de 1861 (art. 129, dern. alin. le décidait expressément. Le Code de 1897 se borne à poser le principe général dans l'article 15, sans l'appliquer spécialement au cas de retraite ou d'exclusion d'un associé.

sous la forme d'une somme d'argent représentant la valeur de cette part, il n'a pas le droit d'exiger sa part proportionnelle en nature des créances, marchandises ou autres éléments de l'actif social. Grâce à ce système, on évite les inconvénients de la dissolution. On trouve une disposition analogue dans le Code *suisse* des obligations (art. 577), dans les Codes de commerce *italien* (art. 187) et *roumain* (art. 189). Cpr. n° 351.

Quand il n'y a que deux associés le Code de commerce *allemand* (art. 143) et le Code *suisse* des *obligations* (art. 577, alin. 2) admettent que, si un cas vient à se produire qui donnerait lieu à l'exclusion d'un associé, s'ils étaient plus de deux, celui-ci peut être autorisé par le tribunal à prendre l'affaire pour son compte, actif et passif compris, sans qu'il y ait liquidation (1).

Aux cas dans lesquels l'exclusion d'un associé est possible, il faut joindre un cas tout spécial dont il a été question plus haut (n° 336) à propos des clauses de dissolution. Il a été dit que, d'après les Codes de commerce *allemand* et *hongrois* ainsi que d'après le Code *suisse* des obligations, les créanciers personnels d'un associé en nom collectif qui ne parviennent pas à se faire payer sur les biens de leur débiteur, ont le droit d'exiger la dissolution de la société, qu'elle soit à durée limitée ou illimitée. Les autres associés peuvent, à leur choix, éviter la dissolution, ou payer les créanciers, ou décider que l'associé dont il s'agit devra se retirer et lui rembourser en espèces sa part dans l'actif social (C. *allemand*, art. 141 ; Code *hongrois*, art. 107 ; Code *suisse* des obligations, art. 577, 2e alin.).

352. Effets de la dissolution. — La dissolution a des effets importants, soit entre les associés, soit dans les rapports entre les associés et les tiers. Mais ces effets ne se produisent que pour l'avenir ; la dissolution, à la différence de l'annulation, ne fait pas considérer la société dissoute comme n'ayant jamais existé dans le passé (2).

(1) La question spéciale ainsi résolue était discutée sous l'empire du Code de commerce *allemand* de 1861. V. Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 807, p. 556 et note 7.

(2) L'effet rétroactif de l'annulation n'est, du reste, pas toujours admise.

1. Des opérations nouvelles ne peuvent plus être faites ; il y a lieu seulement de terminer celles qui ont été entamées.

2. Si, contrairement à cette règle, le gérant faisait de nouvelles opérations, elles ne lieraient ni la société ni les associés, parce qu'elles avaient conclues à une époque à laquelle les pouvoirs du gérant ont pris fin.

3. La personne civile que formait la société, cesse d'exister, l'état de communauté remplace la société, et les biens composant l'actif social deviennent indivis entre les associés. Mais la société ne cesse pas d'une façon absolue d'exister dès le jour de la dissolution. Elle continue encore, comme cela sera expliqué (n° 366), de subsister pour le besoin de la liquidation, même avec sa personnalité civile. Cette survivance partielle de la société avec sa personnalité civile à sa dissolution est admise pour des motifs d'utilité pratique que font apercevoir les effets très importants qui s'y rattachent.

4. La raison sociale cesse d'exister. Elle pourrait seulement être reprise par une nouvelle société comprenant les mêmes personnes. Cela résulte des règles générales sur la raison sociale. V. n^os^ 152 et suiv. (1).

Toutefois, ces effets de la dissolution ne se produisent pas toujours immédiatement. Dans le cas très fréquent où la dissolution est suivie d'une liquidation qui précède le partage (n° 363), la société est considérée comme subsistant encore même avec sa personnalité, en tant qu'il y a utilité à l'admettre pour les besoins de liquidation. De cette idée se déduisent de très importantes conséquences pratiques V. n° 336.

5. Les actions des créanciers sociaux contre les associés, qui,

Quand la nullité est prononcée pour certaines causes, les choses se passent parfois, au moins à l'égard de quelques personnes, comme s'il y avait eu dissolution, c'est-à-dire que l'annulation n'opère que pour l'avenir. V. n^os^ 236 et 786.

(1) Le Code de commerce *hollandais* (art. 30), comme le Code *allemand*, admet, au contraire, que la raison sociale peut être reprise par une société nouvelle ne comprenant pas tous les anciens associés, pourvu que l'ex-associé dont le nom figure dans la raison sociale, y consente ou qu'il n'y ait pas d'opposition de la part des héritiers de l'associé du nom duquel il s'agit. V. notre *Traité de Droit commercial*, I, n° 194 *bis*.

pendant la durée de la société, étaient soumises aux prescriptions ordinaires, se prescrivent par cinq ans, en vertu de l'article 64, C. com.

353. DE LA PUBLICITÉ DE LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ. La dissolution de la société en nom collectif est soumise à la même publicité légale que sa formation. Toutefois, la publicité n'est pas exigée dans tous les cas de dissolution (argum. art. 64, C. Com). La difficulté est de déterminer exactement dans quels cas elle est prescrite. L'article 61 (loi du 24 juillet 1867), qui ne fait, du reste, que reproduire sur ce point l'ancien article 46 du Code de commerce, déclare soumettre *aux formalités et aux pénalités prescrites par les articles 55 et 56* (de cette même loi) (1), *tous actes et délibérations ayant pour objet la dissolution de la société avant le terme fixé pour sa durée.*

354. Il est certain que, quand la société se dissout à l'époque même fixée par les statuts, aucune publicité n'est requise. Il en est, tout au moins, ainsi lorsque l'acte de société a été régulièrement publié, ce qui implique l'indication de l'époque de la dissolution dans l'extrait publié dans les journaux (n° 198). L'article 61 (loi du 24 juillet 1867) ne prescrit la publication que pour la dissolution avant le terme fixé. V. aussi, art. 64, C. com. Mais il y aurait lieu de remplir les formalités de publicité pour annoncer la dissolution même à la date fixée par les statuts si cette date n'avait pas été dès l'origine régulièrement publiée.

Les mêmes solutions doivent être admises quand, au lieu de fixer un terme certain pour la dissolution, l'acte de société stipule qu'elle prendra fin lors de l'accomplissement d'un événement incertain (2). La publicité serait, toutefois, requise s'il s'agissait d'une condition résolutoire purement potestative. Il y aurait alors, en effet, dissolution par la renonciation d'un associé (n° 355).

Il n'y aurait pas lieu, au contraire, à publicité au cas de dissolu-

(1) V. spécialement, pour l'enregistrement dans les trois mois de sa date du journal contenant la publication de la dissolution, Grenoble, 30 octobre 1901, D. 1905. 2. 6.

(2) P. Pont, II, n° 1196. — V., *en sens contraire*, Pardessus, III, n° 1088.

tion par la consommation de l'affaire en vue de laquelle la société a été constituée. Une société constituée pour une affaire unique, contient implicitement un terme, la fin de l'opération (1).

355. Il est certain que, lorsque, par une délibération des associés, l'époque fixée primitivement pour la dissolution est avancée, la délibération doit être publiée. Le texte de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 est formel à cet égard.

Il y aurait lieu à publication spéciale de la dissolution même si, la société ayant été constituée sans terme fixe, une délibération des associés prononçait sa dissolution. Il est vrai que l'article 61 parle de dissolution *avant le terme fixé ;* mais ces expressions ne paraissent avoir rien de limitatif. La nécessité de la publication de la délibération dissolvant la société se justifie de la même manière, qu'un terme ait été ou non assigné par avance à la durée de la société.

On doit aussi donner la même décision pour la dissolution purement volontaire qui, dans les sociétés à durée illimitée, s'opère par la renonciation de l'une des parties (art. 1869, C. civ.).

356. Mais que décider en dehors des cas de dissolution qui viennent d'être successivement indiqués, par exemple, quand il y a mort, faillite, interdiction d'un associé, dissolution prononcée par justice en vertu de l'article 1871, C. civ. ? Y a-t-il lieu, dans ces divers cas, de remplir les formalités de publicité ?

Les systèmes les plus divers ont été soutenus sur cette question.

Selon les uns, il y a lieu de distinguer entre les causes de dissolution mentionnées d'avance dans l'extrait de l'acte de société publié et les causes de dissolution qui ne peuvent être ainsi annoncées ; la publicité est exigée pour les secondes (2) (mort, faillite, interdiction, dissolution judiciaire). — D'autres ont distingué entre la dissolution qui est produite par un acte de volonté des parties et la dissolution provenant de toute autre cause (3) ; il y aurait lieu à publication seulement dans le premier cas.

La jurisprudence est incertaine (4).

(1) Pardessus, III, n° 1088 ; P. Pont, II, n° 1197.
(2) Bravard et Demangeat, I, p. 410 et suiv.
(3) P. Pont, II, n°s 1194 et suiv.
(4) Les Cours de Dijon (14 déc. 1839, S. 1843. 1. 881 ; *J. Pal.*, 1844. 1.

Selon nous, la publicité doit être prescrite dans tous les cas où la dissolution a été, soit opérée par une convention intervenue entre les associés ou par un acte de volonté de l'un d'eux, soit prononcée par un jugement (1). Cette doctrine est conforme au texte de l'article 61. Cet article parle des actes et délibérations ayant pour objet la dissolution de la société, il n'y a point d'acte de cette nature dans les cas de mort, de faillite, d'interdiction d'un associé. Sans doute, le jugement déclaratif de faillite (art. 442, C. com.) ou le jugement d'interdiction (art. 501, C. civ., complété par la loi du 16 mars 1893) doit être publié. Mais il ne s'agit point là de la publicité spéciale prescrite à l'occasion de la dissolution des sociétés; les formalités ne sont pas les mêmes et la sanction en est aussi bien différente.

356 *bis*. Du reste, par cela même que toutes les dissolutions de sociétés, quelle qu'en soit la cause, ne sont pas soumises aux formalités de publicité légales, on ne peut connaître exactement le nombre des sociétés dissoutes chaque année en France (2).

356 *ter*. Le principe que nous venons d'adopter, semble rendre facile la solution d'une question qui a été posée. Y a-t-il lieu à publi-

84) et de Grenoble (27 juill. 1841, S. 1844. 1. 763) ont admis que, faute de publication, la dissolution provenant du décès d'un associé n'est pas opposable aux tiers. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre le premier arrêt (26 juill. 1843, S. 1843. 1. 881) et cassé le second (10 juill. 1844, S. 1844. 1. 763 ; *J. Pal.*, 1844. 2. 113). Un arrêt de Lyon a jugé qu'il n'y avait pas lieu à publication dans ce cas, 5 janv. 1849, D. 1849. 2. 99 ; Aix, 23 juin 1902, *Revue des sociétés*, 1903, p. 271. — La Cour de Bordeaux a déclaré les publications inutiles au cas de dissolution judiciaire (Bordeaux, S. 1857. 2. 128). La Chambre des requêtes a, dans un arrêt du 15 décembre 1880 (S. 1882. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 5), admis que la publicité n'est requise que lorsque la dissolution provient du fait volontaire des associés et qu'elle n'est pas, par suite, exigée au cas de décès de l'un d'eux. La Chambre des requêtes adopte ainsi l'opinion déjà consacrée en 1844 par la Chambre civile. V. aussi Poitiers, 18 juill. 1894, S. et *J. Pal*, 1896. 2. 171 (Cet arrêt exclut la nécessité de la publication en cas de dissolution par la mort d'un associé, en déclarant qu'elle n'est requise que lorsque la dissolution provient du fait volontaire des associés).

(1) Sic Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), n° 439.

(2) D'après le compte rendu de l'administration de la justice civile et commerciale en France, le nombre des dissolutions publiées, pour les sociétés de commerce des différentes sortes, a été en 1904 de 2833.

cité dans le cas où la dissolution a pour cause la perte du fonds social ? Des auteurs qui n'admettent la publicité obligatoire que pour la dissolution volontaire, l'exigent en ce cas (1). Ils prétendent le conclure de ce que les associés, ayant la faculté de continuer la société en reconstituant le fonds social, y mettent, en réalité, fin en ne prenant pas ce parti. Selon nous, la publicité n'est pas alors requise (2). La perte du fonds social entraîne la dissolution. Ce n'est pas pour celle-ci, mais, au contraire, pour la continuation de la société, qu'une décision des associés est nécessaire.

357. En soumettant à la publicité la dissolution de la société, la loi suppose que l'acte de société a été publié, ce qui est le cas le plus ordinaire. Mais, si l'acte de société n'avait pas été publié, la dissolution n'en devrait pas moins être rendue publique. L'intérêt des associés à publier la dissolution existe même dans ce dernier cas. En effet, comme cela a été dit plus haut (n° 222), les associés ne peuvent pas opposer aux tiers le défaut d'accomplissement des formalités de publicité à remplir lors de la constitution de la société. Dès lors, les tiers peuvent considérer, si bon leur semble, comme régulière la société non publiée et la traiter comme existant toujours tant que la dissolution n'a pas été rendue publique (3).

358. Pour la publication de l'acte de société, un délai d'un mois est accordé par la loi à partir de la constitution de la société (n° 142), de telle sorte que les formalités de publicité remplies dans le mois de la date de cet acte ont un effet rétroactif. Faut-il admettre le même délai pour les formalités de publicité relatives à la dissolution ? On l'a soutenu (4). Il est naturel, a-t-on dit en ce sens, d'accorder le même délai pour les formalités de publicité en matière de société à quelque acte qu'elles se réfèrent. Au reste, l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 renvoie, à propos de la dissolution, aux articles 55 et 56 qui consacrent le délai d'un mois.

Selon nous, au contraire, le délai d'un mois ne peut pas être

(1) Pardessus, III, n° 1088.

(2) P. Pont, II, n° 1190.

(3) Cass., 9 juill. 1833, S. 1833. 1. 538 ; Cass., 5 fév. 1902, S. et *J. Pal.*, 1903. 1. 348 ; D. 1904. 1. 125 ; *Pand. fr.*, 1904. 1. 163.

(4) P. Pont, II, n° 1204.

s appliqué pour la publicité de la dissolution. Il est exorbitant d'ad-
n mettre l'effet rétroactif de formalités de publicité : la rétroactivité
e est même quelque peu contradictoire avec le but de la publicité. A
b défaut d'un texte formel, cette rétroactivité ne saurait donc être
s admise. Non seulement il n'y a pas de texte consacrant l'opinion
p que nous combattons, mais encore elle paraît condamnée par une
b disposition du Code de commerce. L'article 64, C. com., fait courir
l la prescription de cinq ans applicable aux actions des créanciers
s sociaux contre les associés, du jour où l'acte de dissolution a été
d dûment publié, non de la date de la dissolution même. La substitu-
l tion de la prescription quinquennale aux prescriptions ordinaires est
r un des effets de la dissolution (n° 440). S'il ne se produit qu'à
l partir du jour où les formalités de publicité sont remplies, comment
[pourrait-on admettre que les autres effets de la dissolution se
[produisent à partir du jour où celle-ci a eu lieu, pourvu que ces
formalités soient remplies dans le mois ?

359. Quelles sont les conséquences de la non-publicité de l'acte de dissolution? L'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 renvoie expressément, pour la solution de cette question, à la disposition de l'article 56, dern. alin., qui sanctionne la publicité prescrite pour la constitution de la société. Il faut donc ici, reproduisant la disposition de l'article 56, dern. alin., dire que les formalités de publicité doivent être observées, à peine de nullité de la dissolution à l'égard des intéressés, mais sans que le défaut d'aucune d'elles puisse être opposé aux tiers par les associés.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les associés, bien qu'ayant consenti la dissolution, peuvent s'en opposer les uns aux autres la nullité, c'est-à-dire la faire considérer comme non avenue dans leurs rapports entre eux, si elle n'a pas été publiée dans les formes légales. V. analog., n° 225.

2° Les tiers peuvent, à leur gré, tenir la dissolution comme non avenue ou comme régulière, S'ils font prononcer la nullité de la dissolution, ils ont l'avantage de pouvoir agir contre la société et contre les associés à raison d'actes faits par le gérant même après la dissolution, d'éviter la prescription quinquennale de l'article 64,

C. com., pour leurs créances antérieures à cette dissolution (1). Les tiers qui se prévalent de la nullité de la dissolution non publiée, ne peuvent pas être écartés à raison de ce qu'en fait, ils ont su que la société était dissoute. Une présomption légale absolue est attachée à l'accomplissement des formalités de publicité (2). V. n° 230.

Les créanciers personnels d'un associé peuvent, au contraire, avoir intérêt à admettre la dissolution, bien qu'elle n'ait pas été régulièrement publiée, afin de se faire payer sur la part revenant à leur débiteur. V. n° 273.

360. Quand la dissolution de la société a lieu *pour l'une des causes* qui n'exigent pas de publicité légale, la dissolution produit de plein droit ses effets, soit entre les associés, soit à l'égard des tiers, à partir du jour où cette cause s'est réalisée. Mais il y a, d'après les principes généraux du mandat (art. 2008 et 2009, C. civ.), à tenir compte de la bonne foi des tiers. Si des personnes contractent avec le gérant d'une société en nom collectif dans l'ignorance de la dissolution, les tiers créanciers ont les mêmes droits que s'ils avaient contracté avec le gérant pendant la durée de la société. De même, dans ce cas, le gérant de bonne foi peut recourir, s'il y a lieu, contre la société ou contre les coassociés comme s'il n'y avait pas eu dissolution au moment où l'opération a été faite.

Il faut donc, dans chaque cas particulier, rechercher si les personnes, auxquelles la dissolution de la société est opposée, en ont ou n'en ont pas eu connaissance. Cette question de fait peu donner naissance à de grandes difficultés. La publicité légale, dans les cas où elle est prescrite, offre le précieux avantage de les éviter.

361. Il est possible qu'en fait, on ait rempli les formalités de publicité prescrites par la loi dans un des cas où elles ne sont pas exigées. Ces formalités prouvent le plus souvent la mauvaise foi des tiers. Mais, par cela même qu'on se trouve en dehors des cas où les formalités sont prescrites par la loi, les juges ont un pouvoir illimité d'appréciation à cet égard : ils peuvent décider que les tiers n'ont point eu connaissance de la dissolution et que, par suite, elle

(1) V. Paris, 1er mars 1901, *Revue des sociétés*, 1901, p. 285.

(2) P. Pont, II, n° 1207. Cf. Cass., 19 avril 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 289.

ne leur est point opposable, bien qu'elle ait été entourée de formalités de publicité. On conçoit, pourtant, que les juges doivent user rarement de ce pouvoir dont l'exercice peut conduire à des résultats choquants (1).

362. Ce qui vient d'être dit montre la grande utilité des formalités de publicité pour la dissolution de la société. Quand elles sont prescrites, aucune difficulté n'est possible. En effet, de deux choses l'une, ou elles ont été remplies ou elles ne l'ont pas été. Si elles ont été remplies, tous les intéressés sont présumés avoir eu connaissance de la dissolution. Si elles ne l'ont pas été, tous les intéressés sont présumés avoir ignoré la dissolution. Les deux présomptions légales excluent également toute preuve contraire (2). Aussi peut-on regretter que le législateur français, n'ait prescrit la publicité que dans certains cas de dissolution.

Quelques Codes étrangers exigent, au contraire, que toute dissolution de société, quelle qu'en soit la cause, soit rendue publique. Il en est notamment ainsi des Codes de commerce *allemand* (art. 143), *hongrois* (art. 104), du Code *suisse* des obligations (art. 579). Ce dernier Code (art. 579, 2e alin.) indique spécialement que la publicité est exigée, *même dans le cas où la société a pris fin par l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée.*

B. — De la liquidation (3)

363. *But de la liquidation.* — Quand une société est dissoute, les associés partagent entre eux l'actif social. Mais, pour arriver à déterminer l'actif à répartir, il faut le plus souvent faire des opérations multiples et variés dont l'ensemble est désigné sous le nom collectif de liquidation. Ces opérations consistent à achever les affaires commencées et en cours lors de la dissolution de la société,

(1) V. analog., *Traité de Droit commercial*, I, nº 226.

(2) V. Cass., 19 avril 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 289.

(3) Bibliographie. — P. Montiju, *Essai sur la liquidation des sociétés en droit français* ; Oscar Francken, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtliber Entwickelung* (Stuttgart, 1890) ; A. Sraffa, *La liquidazione delle Societa commerciali.*

à payer les dettes sociales, à recouvrer les sommes dues à la société, à vendre les marchandises ou tous les autres biens de la société pour se procurer les sommes nécessaires au paiement des dettes sociales (nº 378). Parfois, on désigne aussi sous le nom de liquidation l'état dans lequel se trouve une société entre le jour où elle est dissoute et celui où, l'actif social net étant bien déterminé, le partage peut en être fait entre les associés. Dans ce sens on dit que telle société est en liquidation.

La liquidation n'est pas un préalable nécessaire du partage. Les associés peuvent, s'ils sont d'accord, ne pas y procéder. C'est là ce qui a lieu notamment lorsqu'ils conviennent que le partage de l'actif sera opéré, sans que les dettes soient préalablement payées ou que l'actif sera attribué en entier à l'un des associés, à charge par lui de payer les dettes sociales et de remettre une certaine somme à ses co-associés (1).

La liquidation qui suit d'ordinaire la dissolution, sans en être une suite nécessaire, peut être déterminée par un autre événement que la dissolution : il y a lieu à liquidation après l'annulation d'une société, dès l'instant où la société n'étant pas réputée ne pas avoir existé même dans le passé, les bénéfices et les pertes sont à répartir entre les associés soit d'après les clauses de l'acte de société, soit d'après les règles ordinaires applicables en cas de silence de cet acte.

Du reste, en dehors du cas de société, il y a des liquidations ; elles suivent l'ouverture d'une succession ou la dissolution d'une communauté entre époux. Mais les liquidations de succession et de communauté ont seulement pour but la détermination des droits des héritiers ou des époux. Elle ne comprennent ni la vente des biens qui sont des opérations du partage, ni le paiement des dettes qui, selon les convenances, précède ou suit celui-ci (2).

(1) Cass., 24 novembre 1885, S. 1888. 1. 66. V., sur ce point l'article 145 du Code de commerce *allemand* qui indique bien que la liquidation n'a pas lieu nécessairement après la dissolution d'une société en nom collectif.

(2) V. Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial,* (3e édit.) nº 445.

364. *Absence de dispositions légales.* — Le Code de commerce (art. 64) suppose bien une société en liquidation, quand il parle des *associés non liquidateurs*. L'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 mentionne aussi formellement la liquidation quand il soumet aux formalités légales de publicité *le mode de liquidation*. Mais aucune loi française n'a défini la liquidation des sociétés ni posé les règles qui la régissent ; la jurisprudence a dû combler cette lacune, en s'inspirant des principes généraux du droit et des nécessités de la pratique. C'est en connaissance de cause que les rédacteurs du Code de commerce de 1807 ne se sont pas occupés de ce sujet Le Tribunal et le Conseil de commerce de Lyon, consultés sur le projet de Code de commerce, proposaient d'y ajouter un titre spécial sur les liquidations (1). La commission de revision du projet rejeta cette proposition comme inutile (2).

365. Droit étranger. — Au contraire, on trouve dans la plupart des Codes étrangers des dispositions assez détaillées sur la liquidation des sociétés, spécialement des sociétés en nom collectif. Ce sont principalement les suivantes :

Codes de commerce *hollandais*, art. 33 à 35 ; *allemand*, art. 145 à 158 ; loi *belge* du 18 mai 1873, art. 111 à 121 ; Code de commerce *hongrois*, art. 108 à 120 ; Code fédéral *suisse* des obligations, art. 580 à 584 ; Codes de commerce *italien*, art. 197 à 218 ; *espagnol*, art. 218 et suivants ; *roumain*, art. 199 à 220 ; *portugais*, art. 130 à 144 ; *bulgare*, art. 109 à 122. En *Grande-Bretagne*, la loi de 1862 sur les sociétés (art. 74 à 204) contient de nombreuses dispositions relatives à la liquidation (*winding-up*) ; mais cette loi ne concerne que les sociétés formant des personnes civiles, la liquidation des autres sociétés ou *partnerships*, qui correspondent aux sociétés en nom collectif du continent, est réglée par les usages (3).

(1) *Observations des tribunaux*, II, p. 535, 537. Le tribunal de commerce de Lyon avait rédigé un projet sur la liquidation.

(2) *Analyse raisonnée du projet de Code de commerce*, par les citoyens Corneau, Legras et Vital Roux, membres de la commission du Code de commerce.

(3) La loi de 1890 sur les *partnerships* (53 et 54 Victoria, ch. 39) con-

366. PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS EM LIQUIDATION. — Quand une société est dissoute, à parler rigoureusement, il n'y a plus entre les ex-associés qu'une communauté d'intérêts, ce sont des copropriétaires par indivis des anciens biens de la société qui a pris fin (n° 352). Partant, on pourrait dire qu'il n'y a plus de personne morale, plus de patrimoine social distinct des biens personnels des associés. Mais, avec une telle idée, appliquée sans aucune restriction, on risquerait de porter atteinte à des droits acquis, au grand détriment du crédit de la société, ou d'entraver les opérations de la liquidation. En effet, il en résulterait notamment que les créanciers sociaux n'auraient plus, du jour de la dissolution, le droit de se faire payer sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés, mais subiraient sur ces biens le concours de ces derniers. En vertu de cette idée, alors même qu'il y aurait un liquidateur chargé de concentrer les opérations de la liquidation entre ses mains, les associés pourraient, chacun de son côté, exiger des débiteurs de la société sa part dans les créances sociales ; réciproquement, les créanciers devraient actionner chacun des associés pour sa part.

Afin d'éviter ces résultats déplorables pour le crédit des sociétés et au point de vue des complications en résultant, la jurisprudence a admis que, malgré la dissolution, la société dissoute est réputée exister encore et subsister comme être moral pour sa liquidation, en tant que cela peut être utile pour sauvegarder les droits acquis et pour ne pas gêner les opérations de la liquidation(1). Des conséquences nombreuses ont été tirées de ce principe ; voici les principales :

a) Les créanciers sociaux peuvent, pendant la liquidation comme pendant la durée de la société, se faire payer sur le fonds social à

tient quelques dispositions sur le paiement des dettes et la répartition de l'actif social entre les associés après la dissolution. Ces règles sont applicables aux *limited partnerships* ou sociétés en commandite simple (*limited partnerships act*, 1907).

(1) Cass., 27 juill. 1863, 29 mai 1865, S. 1863. 1. 457 ; 1865. 1. 325 ; Cass. 7 nov. 1898, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 269 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 45 ; Cass., 28 juill. 1896, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 391 ; *Pand. fr.*, 1897. 1. 294 ; Cass., 3 janv. 1900, S. et *J. Pal.*, 1900. 1. 391 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 349.

l'exclusion des créanciers personnels des associés. Autrement, les sociétés auraient peu de crédit : la dissolution pouvant se produire à chaque instant, surtout dans les sociétés de personnes, les créanciers sociaux seraient exposés à perdre, au moment le plus imprévu, leur droit de gage exclusif sur le fonds social (1).

b) Les actions intentées contre la société dissoute sont, comme pendant sa durée, de la compétence du tribunal dans le ressort duquel la société a son siège et non de celle d'un des tribunaux dans le ressort duquel un associé est domicilié (2).

c) Les sociétés dissoutes en liquidation continuent à avoir un domicile auquel elles doivent être assignées en cas de procès, conformément à l'article 69-6°, C. pr. civ., sans qu'il y ait à tenir compte des domiciles personnels des associés (3).

d) Ceux qui intentent une action contre une société en liquidation ne sont pas tenus de mettre en cause tous les associés ; ils doivent actionner seulement le liquidateur (4). Il suffit que le nom de celui-ci figure dans les actes de la procédure et que ces actes lui soient signifiés.

e) C'est au liquidateur qu'il appartient de toucher le montant des créances sociales ; un associé ne pourrait pas en réclamer le paiement pour sa part (5).

f) L'actif social doit être considéré comme appartenant toujours à la société et non pas aux associés par indivis (6). Aussi l'acquéreur d'un immeuble social n'est-il pas obligé de purger sur chacun des

(1) Cette solution favorable aux créanciers sociaux peut être aussi rattaché à ce que la dissolution n'a pas d'effet rétroactif. V. Cass., 2 déc. 1885, S. 1888. 1. 331 ; D. 1886. 1. 357.

(2) Cass., 18 août 1840, S. 1840. 1. 836.

(3) Cass., 3 janv. et 26 fév. 1872, D. 1872. 1. 10 et 11 ; Cass., 16 août 1880, D. 1882. 1. 80 ; Paris, 15 nov. 1889, *la Loi*, nos des 29-30 novembre 1886.

(4) Lyon, 28 fév. 1894, *la Loi*, n° du 19 janvier 1895.

(5) Cass., 27 juill. 1863, S. 1863. 1. 457 ; *J. Pal.*, 1863. 171 ; D. 1863. 1. 460. Mais cela cesse d'être vrai quand la liquidation étant terminée, des créances sont par le partage mises dans le lot de certains associés. Cass., 22 mars 1898, D. 1903. 1. 392 ; *Pand. fr.*, 1899. 7. 34.

6) Cass., 29 mai 1865, S. 1865. 1. 325 ; *J. Pal.*, 1865. 785 ; D. 1865. 1. 380.

associés, il n'a qu'à effectuer la purge sur la société ; car les associés ne peuvent pas plus hypothéquer les immeubles sociaux durant la liquidation et des hypothèques légales ou judiciaires (1) ne peuvent pas plus naître de leur chef pendant la durée de la liquidation que pendant la durée de la société, leurs droits jusqu'au partage demeurant purement mobiliers. Il est vrai que l'article 529, C. civ., dit que les actions et intérêts sont considérés comme meubles *tant que dure la société*, et la société est dissoute. Mais il faut tenir compte, pour corriger cette formule, de ce que la société dissoute est réputée durer jusqu'à la fin de la liquidation.

g) Après la mort d'un associé, l'apposition des scellés sur les valeurs sociales et leur inventaire ne peut être requise par ses représentants. V. n° 420.

h) Si parmi les associés se trouvent des mineurs ou des interdits, il peut être procédé à la vente des biens de la société, sans l'observation des formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs.

i) La mort, la faillite, l'interdiction d'un associé, survenant après la dissolution, ne font pas cesser le mandat du liquidateur. Celui-ci a pour mandant l'être moral qui survit à la dissolution et non les associés considérés individuellement.

j) Les obligations contractées pour les besoins de la liquidation, obligent la société et les associés, comme si elles avaient été contractées pendant la durée de la société (2).

k) Une société dissoute et en liquidation peut être déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire (3).

Il faut, du reste, bien remarquer que la fiction en vertu de laquelle la société est réputée durer encore pendant la liquidation, n'étant établie que pour les besoins de la liquidation, n'empêche pas que la société dissoute cesse d'exister pour l'avenir. C'est en ce

(1) Cass., 14 mars 1854, S. 1854. 1. 378 ; *J. Pal.*, 1855. 1. 235 ; D. 1854. 1. 130.

(2) Trib. comm. Seine, 23 déc. 1880, *Journal des sociétés*, 1881, p. 133.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1140.

Mais à quelle époque faut il que remonte la cessation des paiements pour que la déclaration de faillite d'une société dissoute soit possible ? V. Paris, 13 janvier 1900, *Pand. fr.*, 1902. 2. 117 ; *Revue des sociétés*, 1900, p. 215.

sens qu'on dit souvent qu'une société dissoute ne subsiste plus *que pour les besoins de sa liquidation* (1).

Par suite, aucune opération nouvelle ne peut, en principe, être faite. Les opérations nouvelles postérieures à la dissolution obligeraient seulement ceux qui les auraient faites, mais non la société (2). On peut notamment conclure de là que des opérations nouvelles ne peuvent être portées au compte-courant qu'un banquier avait ouvert à la société avant sa dissolution (3).

En outre, cette fiction prend fin avec la liquidation elle-même. Aussi faut-il déterminer à quel moment précis la liquidation est considérée comme terminée (n° 403).

366 *bis*. Mais, par cela même qu'il s'agit d'une fiction ayant un but spécial et qui, par suite, doit être écartée quand elle n'est pas nécessaire pour atteindre ce but, des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si, à certains égards, il y a lieu de tenir compte de la fiction ou de l'exclure.

Une difficulté de ce genre est relative aux droits de mutation à percevoir sur les cessions de parts sociales qui sont faites pendant la durée de la liquidation. Ces cessions sont-elles soumises au droit de mutation ordinaire établis sur les cessions de biens mobiliers ou immobiliers ou seulement au droit de 0,50 0/0 applicable aux cessions de parts sociales dans les sociétés dans lesquelles le droit des associés est mobilier, quelle que soit la nature des biens sociaux? Des décisions judiciaires ont admis qu'il y a lieu à ce dernier droit en se fondant sur la permanence de la personnalité de la société pendant la liquidation (4). Mais il y a là une erreur. Cette

(1) Cass., 27 juill. 1864, S. 1865. 1. 457; Frémery, *Études de Droit commercial*, p. 69, note 5; Thaller, *op. cit.*, n° 447.

(2) Cass., 25 août 1879, D. 1879. 1 465; *Journal des sociétés*, 1882, p. 66. V. en sens contraire: Paris, 4 fév. 1880, *Journal des socéités*, 1882, p. 582.

(3) Paris, 8 août 1870, D. 1871. 2. 7.

(4) C'est en ce sens que s'est prononcé un jugement du tribunal civil de la Seine du 6 avril 1895 (*la Loi*, n^{os} des 17-18 novembre 1895). Voici le motif principal de ce jugement :

« Attendu qu'il est aujourd'hui incontesté en droit que l'être moral qui « constitue une société commerciale continue d'exister pendant toute la « durée de la liquidation ; qu'il s'ensuit que la cession des droits d'un

personnalité ne peut être invoquée ici, parce qu'elle le serait dans un but étranger aux besoins de la liquidation (1).

On peut déduire aussi du caractère restreint de la fiction que, lorsque l'un des époux se mariant sous le régime de la communauté est associé dans une société en liquidation, les droits de cet époux doivent être traités comme mobiliers ou immobiliers, selon la nature des biens composant l'actif social (2).

366 *ter*. DROIT ÉTRANGER. — La fiction en vertu de laquelle la société est réputée durer avec sa qualité de personne civile pendant la liquidation, pour les besoins de celle-ci, a été consacrée expressément par les dispositions de plusieurs lois étrangères. La loi *belge* (art. 111) dispose : *Les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation* (3). Des lois qui ne formulent pas ce principe, contiennent des dispositions qui en sont déduites et qui, par suite, le présupposent.

En *Allemagne*, la personnalité des sociétés en nom collectif n'est pas admise ; mais l'article 156 du Code de commerce *allemand* pose la règle suivante : « Jusqu'à la fin de la liquidation, il y a lieu d'appliquer, au point de vue des rapports des anciens associés entre eux comme des rapports de la société avec les tiers, les dispositions des articles 109 à 130, qui règlent ces rapports pendant la durée de la société, en tant que le contraire ne résulte pas des dispositions sur la liquidation ou du but de celle-ci ».

367. La personne chargée de procéder aux opérations de la liquidation est appelée *liquidateur*.

Le liquidateur d'une société est nommé dans l'acte de société ou, postérieurement à la dissolution, soit par les associés, soit par la justice.

« associé dans une société en liquidation ne peut être considérée comme « la vente d'une fraction de la co-propriété indivise du fonds social, mais « comme transmission d'un meuble incorporel consistant dans la part « d'intérêt du cédant, opération soumise au droit de cinquante centimes ».

V. la note suivante.

(1) Cass., 3 janv. 1900, D. 1900. 1. 586 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 349.

(2) Thaller, *op. cit.*, n° 447 *b*. Cpr. Besançon, 25 avril 1904, *Revue des sociétés*, 1904, p. 510.

(3) Du reste, la solution était admise en Belgique avant la loi de 1873 : Bruxelles, 21 fév. 1859, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1859. 2. 133.

Il va de soi que la nomination faite dans l'acte de société exige l'accord de tous les associés ; c'est une partie du contrat.

Mais faut-il aussi l'unanimité des associés pour la nomination d'un liquidateur après la dissolution de la société ? On a soutenu que cette nomination peut se faire à la majorité (1). En faveur de cette opinion, on s'est appuyé, soit sur ce que le recours à un liquidateur est nécessaire, soit sur ce que la nomination d'un liquidateur est un acte se rattachant à la société et qui a dû être prévu dès son début (2). Nous croyons, au contraire, que l'unanimité doit être exigée (3). Il s'agit d'un contrat nouveau, d'un mandat à conférer. La nécessité de nommer un liquidateur implique bien qu'un liquidateur doit être donné à la société dissoute, même quand il y a désaccord entre les associés, non que sur ce point la majorité est souveraine.

Lorsqu'il s'agit de nommer un liquidateur, les héritiers d'un associé ne peuvent avoir qu'une voix. Il serait exorbitant et illogique qu'ils eussent plus d'influence sur la décision à prendre que n'en aurait eu leur auteur (4).

Si parmi les intéressés il y a des incapables, ce qui se présente notamment quand un des héritiers meurt laissant pour héritier un mineur, il va de soi que le représentant de l'incapable participe à la nomination du liquidateur, par cela même que ce représentant exerce tous les droits appartenant à l'incapable comme associé.

367 *bis*. Si l'accord entre les associés ne peut s'établir, il faut recourir à la justice : c'est au tribunal de commerce à nommer un liquidateur, sur la demande des intéressés. Mais, même après la nomination faite par justice, les associés, s'ils parviennent à se mettre d'accord, peuvent toujours désigner un autre liquidateur à la place du liquidateur nommé par le tribunal. V. n° 374 *bis*.

En fait, il y a auprès des tribunaux les plus importants, des personnes faisant spécialement profession de liquider les sociétés dis-

(1) Bravard et Demangeat, I, p. 430 ; Boistel, p. 261, n° 330.

(2) Bédarride, *Sociétés*, n° 491 ; P. Pont, II, n° 1971.

(3) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 442.

(4) Plusieurs lois étrangères exigent même que les héritiers d'un associé choisissent un mandataire unique. V. Codes de commerce *allemand* de 1861, art. 133 ; de 1897, art. 146 : *hongrois*, art. 108 ; Code *suisse* des obligations, art. 581.

soutes ; c'est parmi ces personnes que ces tribunaux choisissent toujours les liquidateurs. A Paris ces personnes, désignées sous le nom d'administrateurs de sociétés, forment une association ou compagnie ayant une chambre de discipline. Ces liquidateurs sont soumis au contrôle du président du tribunal de commerce (1). Leurs frais de vacation ou honoraires sont fixés par le tribunal auquel ils ont à produire leurs comptes (2). Le tribunal les astreint à constituer un fonds commun pouvant servir de garantie à leur gestion, en cas de fautes commises. Ces liquidateurs sont tout à fait distincts des syndics et liquidateurs judiciaires.

368. A défaut de nomination d'un liquidateur par les associés, et si aucun d'eux ne demande qu'il en soit nommé un par justice, tous les associés sont considérés comme liquidateurs (3) On conçoit surtout qu'il peut en être ainsi lorsque le nombre des associés est restreint, spécialement quand il y en a deux seulement (4). Mais, quand les associés sont nombreux, cela présente de trop grandes complications, pour qu'ils ne choisissent pas un ou plusieurs liquidateurs ou n'en fassent pas nommer par justice (5).

Il peut se faire que les associés aient nommé un liquidateur dans l'acte de société et que, cependant, il y ait lieu à la nomination d'un liquidateur par justice ; il en est ainsi quand les associés ne s'entendent pas à nouveau pour en choisir un après la dissolution de la société. C'est là ce qui se présente quand la société se dissout avant le terme fixé (6), soit par une convention des associés, soit en vertu d'un jugement rendu par application de l'article 1871, C. civ., et quand la société est annulée. Dans ces cas, l'hypothèse en vue de

(1) Il y a des administrateurs et liquidateurs de même genre auprès du Tribunal civil de la Seine. Celui-ci les charge notamment de la liquidation des sociétés civiles.

(2) Cpr. Lacroix, *Des administrateurs commis par justice* (1898), spécialement p. 274 et s.

(3) Ces règles se trouvent aussi dans le Code de commerce *allemand* de 1897 (art. 146).

(4-5) Le premier cas est fréquent dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, le second, dans les sociétés par actions.

(6) Lyon, 14 mai 1881, *Journal des sociétés*, 1883, 62. — P. Pont, II, n° 1940.

laquelle la nomination du liquidateur avait été faite dans l'acte social, ne se réalise pas.

369. Droit étranger. — Les règles posées par les lois étrangères sur la nomination des liquidateurs, diffèrent. Il en est qui admettent que l'unanimité des associés n'est pas nécessaire pour nommer un liquidateur ; une majorité que la loi fixe, suffit et c'est seulement quand cette majorité n'a pas été obtenue, que la nomination est faite par justice. Selon la loi *belge* sur les sociétés du 18 mai 1873 (art. 112), le liquidateur est nommé par la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social. Le Code de commerce *portugais* (art. 131) a posé la même règle. D'autres lois exigent l'unanimité des associés ; il en est ainsi des Codes de commerce *allemand* (art. 146), *hongrois* (art. 108), *italien* (art. 197, 2e alin.), *roumain* (art. 198, 2e alin.), du Code fédéral *suisse* des obligations (art. 580). — Le Code *suisse* et la loi *belge* admettent, en outre, des liquidateurs de droit. V. n° 371.

370. Les associés ou le tribunal peuvent choisir les liquidateurs parmi les anciens associés ou en dehors d'eux, désigner comme liquidateur le gérant ou une personne qui n'avait pas la gestion (1). Ils déterminent si leurs fonctions seront gratuites ou rétribuées ; ils en fixent la durée, ainsi que l'étendue des pouvoirs des liquidateurs.

371. Il n'y a pas, dans le silence de nos lois, de liquidateurs de plein droit, c'est-à-dire de personnes auxquelles la loi confère cette qualité.

Il n'en est pas ainsi en *Belgique* et en *Suisse*. D'après la loi *belge* de 1873 (art. 113) et le Code *suisse* des obligations (art. 580), le gérant de la société est liquidateur à moins que les associés n'en décident autrement ou que, sur la demande de l'un d'eux, le liquidateur ne soit nommé par justice.

372. Les créanciers ne participent pas à la nomination du liquidateur. Ils ne peuvent pas non plus former devant le tribunal de commerce une demande en nomination de liquidateur. Cela se con-

(1) Cpr. Cass , 29 mars 1904, *Pand. fr.*, 1905. 1. 44 ; *Revue des sociétés*, 1904, p. 493.

çoit ; en effet, le liquidateur est chargé de liquider dans l'intérêt, non des créanciers, mais des associés (n° 377). La société est réputée continuer à durer pour sa liquidation ; en s'occupant de la nomination des liquidateurs, les créanciers s'immisceraient dans les affaires sociales : ils ne le peuvent pas plus après la dissolution de la société que pendant sa durée. V. n° 378.

De même qu'ils ne peuvent participer à la nomination du liquidateur, les créanciers sociaux ne peuvent demander la révocation du liquidateur en fonctions.

Si les créanciers ont à se plaindre de ce que les engagements de la société envers eux ne sont pas exécutés, ils ont le droit de demander la déclaration de faillite (n° 396). Il est alors nommé un syndic qui, d'après les principes généraux de la faillite, représente notamment les créanciers et qui procède à la liquidation dans leur intérêt. V. n° 411, *sur les principales différences entre le liquidateur et le syndic*.

373. *Publicité du mode de liquidation*. — Il importe aux tiers de connaître la personne chargée d'opérer la liquidation. Aussi la loi du 24 juillet 1867 a innové heureusement sur le Code de commerce, en prescrivant (art. 61) de publier les *actes et délibérations ayant pour objet le mode de la liquidation*. Les lois étrangères contiennent des dispositions semblables. V. C. com. *allemand*, art. 142 ; *hongrois*, art. 140 ; C. *suisse* des obligations, art. 580, 3e al. (1).

A défaut de publication du mode de la liquidation, le public devrait croire que celle-ci est faite par tous les associés. Par suite, les opérations conclues avec un des associés prenant la qualité de liquidateur engageraient la société et les associés envers les tiers (2).

374. Le liquidateur nommé ne reste pas nécessairement en fonctions jusqu'à la fin de la liquidation.

Le mandat du liquidateur peut cesser par sa mort, son interdic-

(1) Le Code *suisse* des obligations ne prescrit la publicité que lorsque la représentation de la société est modifiée, c'est-à-dire lorsque le liquidateur est une autre personne que le gérant. La loi *belge* de 1873 (art. 111) se borne à prescrire de mentionner sur toutes les pièces émanées d'une société dissoute, qu'elle est en liquidation.

(2) P. Pont, II, n° 1193.

tion, sa faillite ou sa déconfiture, sa renonciation, conformément aux règles qui régissent le mandant (art. 2003, C. civ.). Au contraire, le mandat du liquidateur ne prend pas fin par les événements qui atteignent les associés (mort, faillite, etc.), quand même ce sont eux qui ont choisi le liquidateur ; ils l'ont fait, en réalité, au nom de la société, qui est le véritable mandant et qui subsiste comme être moral jusqu'à la fin de la liquidation. V. n° 367.

Si la faillite d'un associé ne met pas fin au mandat du liquidateur, il n'en est pas de même de la faillite de la société. Mais il ne faut pas conclure de là qu'il n'y a plus de liquidateur ; un nouveau liquidateur doit être nommé (1) ; il a un rôle utile, malgré l'existence d'un syndic ; le liquidateur représente la société pour l'exercice de tous les droits qui appartiennent personnellement au failli (2).

De même, quand une société dissoute, étant en état de cessation de paiements, est mise en liquidation judiciaire en vertu de la loi du 4 mars 1889, il y a, en principe, à côté du liquidateur judiciaire, un liquidateur de la société dissoute qui la représente ; seulement, le liquidateur nommé après la dissolution, conserve, en règle générale, ses fonctions (L. 4 mars 1889, art. 4, alin. 2) (3).

374 *bis*. Les liquidateurs peuvent être révoqués. Il y a à cet égard des distinctions à faire, analogues à celles qui sont faites à propos de la révocabilité du gérant.

Le liquidateur nommé par l'acte de société ne peut être révoqué qu'autant que tous les associés sont favorables à la révocation, y compris le liquidateur lui-même, s'il est associé. Alors, en effet, la nomination du liquidateur est une clause de l'acte de société. V. anal., art. 1156, C. civ., et n° 254. Mais il va de soi qu'en vertu de l'article 1184, C. civ., les parties intéressées, c'est-à-dire les associés, peuvent toujours faire révoquer par justice le liquidateur, s'il ne remplit pas bien ses obligations. Au contraire, la révocation *ad nutum* du liquidateur nommé par les associés, en dehors de l'acte

(1) Par qui ce nouveau liquidateur doit il être nommé ? Il semble qu'il ne puisse l'être par les associés en nom collectif qui sont en faillite avec la société, et que, par suite, la nomination en appartient aux syndics.

(2) Cass., 9 mai 1854, D. 1854. 1. 203.

(3) V. *Traité de droit commercial*, VIII, n° 1193.

de société, est possible. L'unanimité est nécessaire pour cette révocation, comme elle l'est pour la nomination (n° 367). Mais, du moins, le consentement du liquidateur même associé n'est pas exigé. Si cette unanimité ne peut être obtenue, il y a lieu de recourir à la justice pour faire prononcer la révocation ; il faut, pour qu'elle soit prononcée, qu'il y ait un motif légitime.

Quant au liquidateur désigné par la justice, le tribunal qui l'a nommé a seul le pouvoir de le révoquer, soit d'office, soit sur la demande des associés (1) Les associés ont, toutefois, un moyen indirect de révocation : ils peuvent toujours choisir, s'ils sont unanimes, un liquidateur qui prend la place du liquidateur nommé par justice (n^s 369).

375. Toutes les fois que le mandat du liquidateur prend fin, le remplacement se fait d'après les mêmes règles que la nomination.

376. De même que le nom du liquidateur primitif doit être publié, il y a lieu de faire connaître aux tiers, par les formalités légales de publicité, celui du liquidateur qui le remplace. La loi ne le décide pas formellement ; mais il y aurait une contradiction choquante à exiger la publication du nom du premier liquidateur (n° 373) et à exclure celle du nom du liquidateur qui le remplace. Le but de la loi ne serait point atteint.

377. DES OBLIGATIONS ET DES POUVOIRS DES LIQUIDATEURS. — Les lois et Codes étrangers, qui se sont occupés de la liquidation des sociétés, ont déterminé les pouvoirs des liquidateurs et leurs obligations. Notre Code de commerce est muet sur ce sujet, par cela même qu'il n'a pas traité de la liquidation.

Comme cela a été dit plus haut, il appartient aux associés ou au tribunal, en nommant un liquidateur, de déterminer ses obligations et ses pouvoirs. Mais il importe de les fixer, en prévision du cas fréquent où l'acte de nomination est silencieux, ou, tout au moins, incomplet sur la question.

Les obligations et les pouvoirs du liquidateur doivent, en l'absence de toutes dispositions spéciales, se déduire de sa qualité même et du

(1) V. Thaller, *op. cit.*, n° 444.

dbut dans lequel il est nommé, en tenant compte des usages du com-
merce.

Il est tout à fait arbitraire, sous le prétexte qu'il y a une certaine analogie entre l'état de liquidation d'une société d'un côté et la faillite ou l'état d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire de l'autre, de vouloir calquer les pouvoirs du liquidateur sur ceux de l'héritier bénéficiaire ou du syndic (1).

378. Le liquidateur est un mandataire. Il est choisi par les associés ou par le tribunal pour représenter la société dissoute, afin de terminer les opérations commencées, de payer les débiteurs, de faire rentrer les créances et d'obtenir ainsi l'actif net qui devra être partagé entre les associés (n° 363). Le mandat du liquidateur n'a donc pas le même but que celui du gérant qui est chargé de représenter la société pendant sa durée dans les opérations en vue desquelles elle a été constituée. Mais le liquidateur n'est, pas plus que le gérant, le mandataire des créanciers; c'est dans l'intérêt des associés que la liquidation se fait. Les créanciers profitent sans doute de ce que la liquidation est bien faite, comme les créanciers sociaux profitent de la bonne administration du gérant; il y a là un profit qui ne se réalise que par contre-coup ou indirectement. V. n° 372.

Il peut même arriver que les associés négligeant de désigner un liquidateur, des créanciers sociaux en fassent nommer un par le tribunal. Alors, les créanciers ne font qu'exercer le droit de la société, en vertu de l'article 1166, C. civ., et, par suite, ce n'est pas parce qu'ils ont provoqué la nomination du liquidateur, que celui-ci doit être considéré comme leur représentant.

379. La jurisprudence ne s'en tient pas d'une façon rigoureuse à l'idée selon laquelle le liquidateur représente la société et non les créanciers sociaux. Elle admet bien sans doute qu'il en est ainsi, en

(1) C'est, cependant, de cette sorte d'assimilation ou de rapprochement que M. Thaller déduit les règles applicables aux pouvoirs du liquidateur d'une société. V. Thaller, *op. cit.*, n° 448. Mais notre savant collègue est bien obligé de concéder que, pour les actes du liquidateur excédant ses pouvoirs ordinaires, il ne peut être question de les faire autoriser par le tribunal, par un juge commis ou par les créanciers réunis en assemblée, comme cela a lieu pour certains actes du syndic de faillite.

principe ; mais des arrêts assez nombreux ont reconnu que le liquidateur peut aussi représenter les créanciers sociaux, soit quand il a été nommé par justice avec les pouvoirs les plus étendus pour la réalisation et la répartition de l'actif (1), soit quand les créanciers ont participé au choix du liquidateur ou ont approuvé le choix qui a été fait de lui par les associés (2). Ces atténuations apportées au principe pourraient avoir des conséquences multiples ; elles auraient l'avantage incontestable d'éviter des frais et des complications de procédure résultant de ce qu'en vertu de la règle *nul ne plaide en France par procureur*, il y aurait lieu de faire figurer les noms de tous les créanciers dans les actes de procédure et de les faire signifier à chacun d'eux. Mais ces atténuations sont arbitraires et illégales ; il faut admettre sans restriction le principe selon lequel c'est seulement la société que représente le liquidateur.

Il n'y a pas, d'abord, à s'attacher à la mention d'un jugement qui confère les pouvoirs les plus étendus au liquidateur pour la réalisation et la répartition de l'actif. L'étendue des pouvoirs du liquidateur ne peut enlever aux fonctions qu'il remplit leur caractère essentiel. Comme on l'a fait observer justement, si considérables qu'on suppose les pouvoirs du liquidateur, ils ne peuvent dépasser ceux qui appartiendraient aux associés eux-mêmes, dans le cas où ceux-ci procèdent à la liquidation. Or, qui pourrait alors regarder les associés comme mandataires de leurs créanciers ? D'un autre côté, le consentement des créanciers ne peut les faire considérer comme constituant une *masse*, c'est-à-dire une association érigée en personne civile ; c'est seulement en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889) qu'il en est ainsi. On pourrait, toutefois, admettre que ceux des créanciers qui ont consenti à la nomination du liquidateur, sont représentés par celui-ci (3), à la condition de

(1-2) Lyon, 15 juill. 1873, D. 1874. 2. 209 ; Rouen, 2 août 1881, *Recueil de jurisprudence commerciale du Havre*, 1884. 2. 105.

(3) V. Rouen, 1er avril 1881, D. 1882. 2. 92 (Si les liquidateurs nommés par justice ne sont que les mandataires des associés et ne peuvent, à ce titre, et contre la volonté de ceux-ci, demander la nullité de la société, il en est autrement lorsque les créanciers ont adhéré à la liquidation organisée par le tribunal ; ils représentent alors les intérêts des tiers au même titre que ceux des associés).

figurer chacun en nom dans les procès qui les concernent, par application de la règle : *Nul ne plaide en France par procureur*.

La jurisprudence a le tort grave de ne pas toujours distinguer assez profondément la liquidation d'une société après dissolution d'une situation toute différente, la faillite et, par suite, de rapprocher le liquidateur du syndic. Cette tendance s'explique par les avantages notables que présentent beaucoup des règles de la faillite. Mais ces règles constituent, en bien des points, des dérogations au droit commun ; elles ne doivent pas, par conséquent, être étendues. V., *sur les différences qui existent entre le liquidateur et le syndic*, nº 411.

380. Le liquidateur prend possession de l'actif social et, à la fin de la liquidation, par cela même qu'il est un mandataire, il doit rendre compte de ses opérations (art. 1993, C. civ.). Pour être en état de faire les justifications nécessaires à sa décharge, il est utile qu'il remplisse certaines formalités.

Il dresse d'ordinaire un inventaire des biens de la société. A défaut de délai imparti par la loi, c'est, en cas de difficulté, aux tribunaux à apprécier si l'inventaire a été dressé dans un délai assez bref pour offrir des garanties suffisantes de fidélité et d'exactitude. D'après les usages du commerce, l'inventaire ne l'actif n'est pas dressé par devant notaire (1) et les différents éléments n'en sont pas évalués par des commissaires-priseurs ou des experts. Il suffit que l'inventaire soit dressé par le liquidateur en présence des associés et qu'il évalue les biens dont l'actif se compose.

Si le liquidateur ne dresse pas un inventaire, il court le risque d'être condamné à des dommages-intérêts au profit des intéressés qui peuvent prouver contre lui par tous les moyens la consistance et la valeur des biens sociaux.

Faut-il au nombre de ces moyens ranger la preuve par la commune renommée ? Cette question se rattache à une difficulté plus générale qui peut se formuler ainsi : la preuve par commune renommée peut-elle être admise en dehors même des cas où des disposi-

(1) Du reste, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, l'inventaire prescrit par la loi, est dressé sans l'intervention d'un notaire. V. art. 480 et 481 ; L. 4 mars 1889, art. 4.

tions légales autorisent expressément à y recourir ? Voir, par exemple, les art. 1415, 1442 et 1504, al. 3, C. civ. (1).

Il est évident que le liquidateur doit tenir des registres sur lesquels il inscrit toutes les opérations de la liquidation. Il est ainsi mis à même de rendre compte de ces opérations. Du reste, le liquidateur de profession est un agent d'affaires, partant, un commerçant (2) ; il doit donc tenir des livres comme tel en vertu des articles 8 et suiv , C. com. Mais il ne semble pas qu'on puisse astreindre le liquidateur à dresser un inventaire annuel pour chaque liquidation. La société est dissoute et les besoins de la liquidation n'exigent pas qu'on la considère comme existant encore pour exiger la confection d'un inventaire chaque année.

380 *bis*. Droit étranger. — Des lois étrangères, qui traitent de la liquidation, ont pris soin de poser sur ces points quelques règles précises.

Le Code de commerce *italien* est particulièrement complet à cet égard. D'après l'article 200 de ce Code, les liquidateurs, en entrant en fonctions, doivent, d'accord avec les gérants, dresser l'inventaire et le bilan qui sont signés par les uns et les autres et qui établissent l'état actif et passif de la société. Ils doivent tenir un registre exact, sous forme de livre-journal, de toutes les opérations relatives à la liquidation par ordre de dates. Ils doivent informer les associés, si ceux-ci le demandent, de l'état et du mode d'exécution de la liquidation. V. mêmes dispositions dans l'article 202 du Code *roumain*. Le Code de commerce *allemand* (art. 154) exige la confection d'un bilan au commencement et à la fin de de la liquidation.

381. Aucune garantie spéciale n'est exigée du liquidateur en vertu de la loi. Mais il peut en être exigé une en vertu d'une décision des associés ou du tribunal ; c'est alors une condition de la nomination. Une garantie peut être d'autant plus utile que le liquidateur a parfois entre les mains des sommes disponibles d'une certaine importance. Pour éviter les risques se rattachant à ce fait, on concevrait que les associés ou le tribunal exigeâssent que les sommes

(1) Bonnier, *Traité des preuves* (édition Larnaude), nos 241 et suiv. ; Aubry et Rau, VIII (4e édit.), § 761, note 17.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 140.

disponibles fûssent, à partir d'un certain chiffre, déposées à la Caisse des dépôts et consignations ou dans une caisse publique

Cette dernière précaution est prise expressément par le Code de commerce *italien*. D'après l'article 201, 2e alin., de ce Code, les associés peuvent exiger que les sommes disponibles soient déposées. V. la même disposition dans l'article 203 du Code de commerce *roumain*.

382. Le liquidateur a, en général, le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour mener à bonne fin la liquidation. Le principe est certain, mais l'application en offre quelques difficultés.

383. Chargé avant tout de conserver l'actif, le liquidateur peut faire tous les actes conservatoires et d'administration, spécialement pourvoir à l'entretien des immeubles, interrompre les prescriptions qui courent contre la société, prendre ou renouveler des inscriptions d'hypothèques au profit de celle-ci, en donner mainlevée quand les dettes garanties par les hypothèques sont éteintes.

384. Il peut réclamer aux tiers ce qu'ils doivent à la société et leur en donner quittance. Par cela même que la personne morale subsiste pendant la liquidation, chaque associé ne peut pas demander aux débiteurs sociaux sa part dans les créances de la société et le paiement fait à un associé pendant la liquidation, même pour sa part, est, en principe, nul (1). Le liquidateur peut payer les créanciers sociaux, régler les comptes des associés avec la société. Cela comprend notamment le pouvoir de délivrer aux associés les biens apportés par eux, mais dont ils doivent faire la reprise, et de réclamer aux associés, soit le complément de leurs mises, soit même ce qui est nécessaire pour payer les dettes sociales en sus de ces mises. Pas plus que le gérant, le liquidateur ne peut dispenser les associés de verser ce qu'ils doivent à la société (2).

(1) Cass., 27 juill. 1863, S, 1863. 1. 457 ; *J. Pal.*, 1863. 171 ; D. 1863. 1. 460. — V. aussi Bruxelles, 3 fév. 1859, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1859. 2. 11.

(2) Cpr. Cass., 15 novembre 1899, D. 1900. 1. 99 ; *Pand. fr.*, 1900. 1. 60 ; Cass., 29 mars 1904, S. et *J. Pal.*, 1905. 1. 126 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 44.

A l'occasion de ce pouvoir du liquidateur d'agir contre les associés, une difficulté se présente : le liquidateur peut-il agir contre eux sans être astreint à prouver que l'actif ne suffit pas pour le paiement des dettes sociales ? Il n'a pas ce droit, en tant qu'il voudrait obtenir des associés des sommes dépassant leurs mises. Les associés n'ont entendu évidemment faire des versements supplémentaires que si l'actif ne suffisait pas à payer les dettes. C'est au liquidateur à prouver cette insuffisance, par application des principes généraux sur la preuve (art. 1315, C. civ.).

Mais le liquidateur peut, selon nous, exiger des versements jusqu'à concurrence des mises des associés, sans avoir à prouver l'insuffisance de l'actif. Tout associé est tenu d'effectuer sa mise sans condition (art. 1845, C. civ.). Il en est ainsi pendant la durée de la société ; il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement après sa dissolution. La nécessité de la preuve qu'on imposerait au liquidateur serait une cause de lenteurs qui pourraient être très préjudiciables ; pendant le temps où des justifications seraient demandées au liquidateur, des associés deviendraient parfois insolvables. C'est au liquidateur à apprécier librement les sommes qui lui sont utiles, sauf à répartir entre les associés l'excédent restant entre ses mains (1).

384 *bis*. Le mandat même donné au liquidateur implique, à moins de clause contraire, qu'il n'a pas le pouvoir de céder l'actif tout entier de la société à une autre société ou à une autre personne. Une telle cession est exclusive de la liquidation ; elle exige le consentement de tous les associés (2).

La loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 115) dispose que les liquidateurs ne peuvent faire apport de l'avoir social dans d'autres sociétés que de l'autorisation de l'assemblée des associés, mais il suffit de

(1) Cpr. Paris (7e ch.), 9 mai 1884 ; Paris (1re ch.), 31 déc. 1884, *J. Pal.*, 1887. 1. 118 et 119 en note ; S. 1887. 2. 51.

(2) Cela se présente plutôt dans les sociétés par actions que dans les autres sociétés. Souvent, après la dissolution d'une société par actions, l'actif de cette société est apportée à une autre société créée pour le recevoir ou à une société déjà existante dont l'actif originaire est ainsi augmenté. V. nos 912 et suiv., spécialement sur le sort du passif de la société dissoute. Consult. Thaller, *op. cit.*, nos 449 à 451.

l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'actif social. V. n° 385 *bis*.

384 *ter*. Le liquidateur a le pouvoir de terminer les opérations sociales commencées et, comme il a été dit plus haut, de payer les dettes. Pour s'acquitter de sa mission à ces deux points de vue, il peut avoir besoin de se procurer de l'argent, s'il n'a point entre les mains des sommes disponibles. Que peut-il faire dans ce but ?

Il est généralement admis que le liquidateur a le pouvoir de vendre les biens mobiliers, spécialement les marchandises se trouvant en magasin (1). Il n'est même obligé de remplir pour cela aucune formalité spéciale ; la vente des meubles appartenant à la société peut être faite, selon les circonstances et les convenances, aux enchères ou à l'amiable.

Il a aussi le pouvoir de donner en gage les biens mobiliers de la société, si cela lui semble utile, notamment pour éviter les poursuites de certains créanciers (2).

385. Le liquidateur a même, selon nous, le pouvoir de vendre les immeubles (3). Cette solution est vivement discutée. La plupart des auteurs (4) et la jurisprudence (5) exigent, pour que la vente des immeubles puisse être faite par un liquidateur, qu'il ait reçu un mandat spécial des associés. Les associés, dit-on, peuvent désirer payer les dettes sociales avec leurs deniers personnels afin de conserver les immeubles. On ajoute que, d'ailleurs, il est de principe qu'un mandat spécial est nécessaire pour aliéner (art. 1988, C. civ.).

Ces arguments ne nous paraissent nullements décisifs : choisis pour faire la liquidation, les liquidateurs doivent avoir les pouvoirs nécessaires pour atteindre ce but. Il est rare que des associés aient un intérêt d'affection à conserver des immeubles apportés par eux

(1) P. Pont, II, n° 1454.

(2) Cass., 5 mars 1850, D. 1850. 1. 167 ; Paris, 17 mars 1849, S. 1849. 2. 289 ; D. 1849. 2. 76.

(3) P. Pont, II, n° 1957, *op. cit.*, n° 356.

(4) Pardessus, n° 1074 ; Bravard et Demangeat, I, p. 434 et 435 ; Boistel, n° 302 ; Thaller, *op. cit.*, n° 448, 1° et 2°.

(5) Cass., 24 juill. 1871. S. 1871. 1. 47 ; *J. Pal.*, 1871. 156 ; D. 1871. 1. 199.

ou acquis par la société. Pour ce qui est du principe de l'article 1988, C. civ., on ne peut pas l'invoquer ici ; l'article 1988, C. civ., s'applique aux aliénations de meubles comme aux aliénations d'immeubles, et personne ne conteste que, même sans mandat spécial, le liquidateur a le pouvoir d'aliéner des meubles. Du reste, le mandat du liquidateur n'est pas un mandat général, dans le sens de l'article 1988, C. civ. ; il a un but bien déterminé (1).

La vente des immeubles peut être faite par le liquidateur même à l'amiable. Sans doute, les enchères présentent pour les intéressés une garantie. Mais la nécessité des enchères ne peut être imposée sans arbitraire en dehors des cas limitativement déterminés par la loi.

385 *bis*. Droit étranger. — Les questions relatives au pouvoir de vendre les immeubles et aux formes à observer pour la vente ont été résolues par les lois étrangères. Le Code de commerce *hongrois* (art. 112, 2e alin.), le Code *suisse* des obligations (art. 582, 2e al.), les Codes de commerce *italien* (art. 203), *roumain* (art. 205), *bulgare* (art. 113, dern. alin.), admettent que le liquidateur peut vendre aux enchères et que, pour une vente de gré à gré, le consentement de tous les associés est nécessaire (2). La loi *belge* de 1873 (art. 115) admet aussi que la vente des immeubles peut être faite aux enchères par le liquidateur ; mais elle décide que la vente de gré à gré est possible avec l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social. Cette majorité peut, du reste, prendre, d'après la loi *belge*, des décisions de toute sorte se référant à la liquidation. V. nos 384 *bis* et 388.

386. Si le liquidateur a le pouvoir d'aliéner les immeubles sociaux, il a nécessairement celui de les hypothéquer (argum. art. 2124, C. civ.) (2). On l'a contesté, en disant qu'il ne saurait créer une charge nouvelle pour les associés (3). Mais cela n'est pas

(1) M. Houpin (*op. cit.*, (4e édit.), n° 208) admet que le liquidateur a le pouvoir de vendre les immeubles sociaux pour payer les dettes sociales. Aussi reconnaît-il que, comme il est difficile d'apprécier quel est le but de la vente, les tiers agissent sagement en réclamant l'autorisation des associés ou celle de justice.

(2) P. Pont, II, n° 1958.

(3) Delangle, n° 688 ; Alauzet, n° 430.

absolument exact ; il n'est pas douteux, en effet, que le liquidateur puisse constituer en gage les biens mobiliers de la société (n° 383). Il va de soi, du reste, que la validité de l'hypothèque dépend de celle de la dette pour la garantie de laquelle elle est constituée.

La loi *belge* (art. 115) admet d'autres solutions. Elle exige, pour la constitution, soit d'une hypothèque, soit même d'un gage, une décision de la moitié des associés représentant les trois quarts de l'avoir social. V. n^os^ 384 *bis* et 385 *bis*.

387. Doit-on aller jusqu'à reconnaître au liquidateur le pouvoir de faire des emprunts ? Des auteurs le lui refusent (1). Cette question ne peut, selon nous, recevoir une solution absolue. Tout dépend du but dans lequel l'emprunt est fait. Le liquidateur ne peut emprunter dans le but de faire des opérations nouvelles : cela résulte suffisamment de ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire ces opérations. Mais il doit pouvoir emprunter pour terminer des opérations commencées et en cours au moment où la société a été dissoute. Il n'y a pas de bonne raison pour ne pas lui permettre aussi d'emprunter dans le but de payer les dettes sociales. Il est possible que les biens de la société soient d'une réalisation difficile ou qu'on ait quelque peine à recouvrer des sommes qui lui sont dues. Un emprunt fait en temps utile est, dans ces circonstances, parfois un moyen d'éviter des poursuites fâcheuses ou une réalisation désastreuse.

Mais, dans l'intérêt même des sociétés en liquidation, il faut que le liquidateur puisse jouir d'un certain crédit. Aussi doit-on admettre jusqu'à preuve de la mauvaise foi du prêteur que les prêts faits au liquidateur doivent être traités comme se rattachant aux besoins de la liquidation et sont, par suite, valables. V. analog. n° 292.

388. Droit étranger. — La loi *belge* de 1873 (art. 115) repousse cette solution. Elle admet que le liquidateur ne peut emprunter qu'avec l'autorisation de la moitié des associés représentant les trois quarts de l'actif social. Il en est de même du Code de commerce *portugais*, art. 134, § 1, 2°. Au contraire, le Code de commerce *italien* (art. 203, dern. alin.) reconnaît au liquidateur le pouvoir de faire des emprunts non hypothécaires.

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 448, 2°.

389. On a parfois essayé de soutenir que le liquidateur ne peut ni souscrire des effets de commerce ni négocier ceux qui se trouvent dans le portefeuille de la société (1). On a, en ce sens, allégué que le liquidateur n'a pas le pouvoir d'emprunter ou qu'il n'a pas, en sa qualité de mandataire général, celui d'aliéner (art. 1988, C. civ.). Afin d'échapper à ces arguments, en ce qui concerne tout au moins l'endossement, on a prétendu que le liquidateur peut bien faire des endossements, mais pourvu qu'ils soient faits sans garantie (2).

Il faut aller plus loin et reconnaître au liquidateur le pouvoir d'endosser des effets de commerce, fût-ce même sans exclusion de la garantie (3). Le liquidateur est chargé de payer les dettes de la société : comment ne pourrait-il pas dans ce but souscrire, au profit des créanciers sociaux, des effets de commerce ? Quand le liquidateur a entre les mains des effets se trouvant dans le portefeuille de la société avant la dissolution ou souscrites pendant la durée de la liquidation, n'est-il pas essentiel qu'il puisse les faire escompter pour se procurer des sommes nécessaires aux besoins de cette liquidation ?

390. Droit étranger. — La plupart des lois étrangères ont pris soin de mentionner l'endossement parmi les actes que peut faire le liquidateur. V. loi *belge*, art. 114 ; Codes de commerce *italien*, art. 203, dern. alin. ; *roumain*, art. 295 ; *portugais*, art. 134-4°.

391. Le liquidateur n'a pas, comme tel, le pouvoir de procéder au partage. Le partage est une opération distincte de la liquidation ; celle-ci a seulement pour but de le préparer en déterminant l'actif net à partager. Cependant, à raison du lien qui existe entre les deux opérations, le liquidateur est souvent investi expressément du pouvoir de faire le partage après la liquidation.

Des législateurs étrangers ont même cru devoir lui conférer ce pouvoir. V. Codes de commerce *allemand*, art. 155 ; *italien*,

(1) Frémery, *op. cit.*, p. 70. V., sur la souscription d'effets de commerce, Thaller, *op. cit.*, n° 448, 3°.

(2) Alauzet, n° 430.

(3) P. Pont, II, n° 1955.

art. 208 ; *roumain*, art. 205 ; *portugais*, art. 134-5° ; *bulgare*, art. 118 et 119.

392. Le liquidateur peut représenter la société dans tous les procès concernant les affaires sociales, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse. V. loi *belge*, art. 124 ; Codes de commerce *allemand*, art. 144 ; *italien*, art. 202 ; *bulgare*, art. 113-5°.

Il a certainement le pouvoir de se désister ou d'acquiescer.

Mais le liquidateur peut-il faire même une transaction ou un compromis ? Ce sont assurément là des actes graves et dangereux. Aussi des auteurs ont-ils soutenu qu'ils ne rentrent pas dans les pouvoirs du liquidateur, à moins de clause contraire (1). Les principes posés précédemment (n^os^ 382 et suiv.) nous semblent devoir faire reconnaître au liquidateur le pouvoir de transiger et de compromettre (2) : il peut être indispensable, pour arriver à une liquidation prompte et pour éviter des frais, de recourir à une transaction ou à un compromis. Il serait singulier, du reste, que le liquidateur ne pût pas avoir recours aux voies amiables et économiques pour terminer une contestation.

393. On trouve des dispositions conférant au liquidateur le pouvoir de transiger et de compromettre dans la plupart des lois étrangères : Loi *belge*, art. 114 ; Code *suisse* des obligations, art. 582 ; Codes de commerce *italien*, art. 203 ; *bulgare*, art. 115, avant-dern. alin. (3). — Le Code *portugais* (art. 134) défend, au contraire, aux

(1) Bravard et Demangeat, I, p. 433 et 434. M. Thaller admet qu'un liquidateur ne peut transiger sans l'autorisation des associés quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur dépassant 300 francs. Il invoque en ce sens les articles 532, 535 et 572, C. com., c'est-à-dire qu'il déduit sa solution de la doctrine arbitraire qui lui fait assimiler, en principe, au point de vue de l'étendue de ces pouvoirs, le liquidateur d'une société dissoute au syndic de faillite.

(2) Bordeaux, 27 juillet 1898, *Journal des sociétés*, 1899, p. 308 ; Cass., 18 février 1903, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 191 ; Douai, 9 mars 1905, *le Droit*, n^os^ des 6 et 7 novembre 1905. — Pardessus, III, n° 1874 *bis* ; Alauzet, I, n° 287 ; P. Pont, II, n° 1959 ; Houpin, *op. cit.*, I, n° 208.

(3) Le Code de commerce *allemand* de 1861, art. 127, donnait la même solution Mais le Code de 1897 ne vise pas expressément le pouvoir du liquidateur de conclure des transactions ou des compromis ; on a considéré que cela va de soi.

liquidateurs de transiger au moins sur des questions immobilières sans une autorisation de la moitié des associés représentant les trois quarts de l'actif social.

394. Lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs, à moins de convention contraire, ils ne peuvent valablement agir qu'en commun (1). L'article 1857, C. civ., qui pose une règle différente, n'est fait que pour les gérants. L'acte, qui serait fait seulement par l'un d'eux, n'obligerait donc ni la société ni les associés. De même, en cas d'assignation signifiée à un seul des liquidateurs, la procédure serait nulle (2). V. Code de commerce *allemand* de 1861, art. 150. L'acte qui nomme plusieurs liquidateurs, pourrait leur donner le droit d'agir séparément, en exigeant seulement leur concours pour certains actes importants.

395. *Responsabilité des liquidateurs*. — Le liquidateur est responsable de ses actes envers la société et les associés conformément aux règles du mandat. Par cela même qu'il n'est pas le mandataire des créanciers sociaux, il n'a aucune responsabilité directe envers ceux-ci. Les créanciers sociaux ne peuvent atteindre le liquidateur qu'en exerçant contre lui les actions de la société, en vertu de l'article 1166, C. civ.

Des lois étrangères ont adopté une solution toute différente. Ainsi, d'après l'article 119 de la loi *belge* de 1873, « les liquidateurs sont responsables, *tant envers les tiers qu'envers les associés*, de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion » (3).

396. Comme ils sont responsables d'après les règles du mandat, les liquidateurs, comme les comandataires en général, ne sont pas solidaires, à moins d'une convention contraire (art. 1995, C. civ.) (4). Toutefois, il va de soi que, conformément aux principes

(1) Orléans, 8 mars 1905, *Pand. fr.*, 1905. 2. 254 ; *Journal des sociétés*, 1906, p. 60. V. en sens contraire, Houpin, *op. cit.*, I, n° 208. — Trib. comm. Liège, 11 fév. 1858, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1858. 2. 3.

(2) Trib. comm. Seine, 27 sept. 1883, *le Droit*, n° du 12 octobre 1883.

(3) V. Namur, *Le Code de commerce belge révisé*, II, n^os^ 1321 et 1322.

(4) Jugement arbitral, 31 mars 1860, *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1860. 1. 103.

généraux, ils sont tenus pour le tout quand il n'est pas possible de déterminer pour quelle part la faute de chacun a contribué au dommage causé.

397. Le liquidateur, en même temps qu'il est tenu des obligations du mandataire, en a les droits. Il peut se faire rembourser les avances qu'il a faites et indemniser du préjudice qu'il a pu subir à l'occasion de l'exécution de son mandat (art. 2000, C. civ.). Il a aussi le droit d'exiger la rémunération convenue ou fixée par le tribunal ; c'est ordinairement un mandataire salarié.

398. Comment le liquidateur est il payé de ces différentes créances ? Concourt-il avec les créanciers sociaux ou passe-t-il avant eux sur l'actif social ? La question ne présente de l'intérêt que dans le cas où la société est insolvable. Il va de soi que, si l'on reconnaissait que les personnes devenues créancières pendant la liquidation sont créancières de la masse des créanciers, on devrait admettre que le liquidateur doit être payé de ses honoraires ou remboursé de ses avances avec ces personnes ; mais il sera dit plus bas que cette solution est inadmissible ; il n'y a pas de masse des créanciers érigée par la loi en personne civile, comme cela a lieu en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (n° 402).

Le liquidateur est-il, du moins, créancier privilégié ? Il n'y a point de privilège spécialement établi à son profit. Aussi ne peut-il être traité comme créancier privilégié qu'autant qu'il trouve un privilège dans les principes du droit commun ; c'est ce qui a lieu lorsque les frais faits par lui sont des frais de conservation d'objets mobiliers ; il peut alors invoquer sur les biens meubles conservés par ses soins le privilège spécial de l'article 2102-3°, C. civ. (1).

Le liquidateur pourrait aussi exercer le privilège général des frais de justice de l'article 2101-1°, C. civ., pour ses honoraires ou pour les frais qui ont profité aux créanciers (2). Il n'y a pas à distinguer

(1) Trib. comm. Seine, 17 oct. 1888, *la Loi*, n° du 23 novembre 1888.

(2) Argum. Cass , 1er avril 1890, D. 1891. 1. 364. Peu importe que le liquidateur ne soit pas à considérer comme le représentant des créanciers. Car les frais de justice dans le sens de l'article 2101, 1°, C. civ. rappelé au texte sont privilégiés par quelque personne qu'ils aient été faits. Les motifs qui justifient le privilège général des frais de justice excluent toute distinction à cet égard.

entre le liquidateur nommé par les associés et le liquidateur nommé par justice. Ce serait une erreur, en s'attachant à l'expression « frais de *justice* », de restreindre le privilège au liquidateur nommé par justice. En effet, on considère comme frais de justice, au point de vue du privilège de l'article 2101-1°, C. civ., tous les frais faits dans l'intérêt des créanciers pour la conservation, la liquidation et la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix en provenant, qu'ils aient été faits dans une instance judiciaire ou à l'occasion d'opérations extra-judiciaires (1). C'est ainsi que les frais de scellés et d'inventaire sont à la charge de la succession bénéficiaire, en vertu de l'article 810, C. civ.

399. Par cela même qu'il est créancier de la société, le liquidateur peut agir non seulement contre elle, mais aussi contre les associés ; il a contre eux une action solidaire. Il en est ainsi, en principe, même lorsque le liquidateur est un associé. Sans doute, la solidarité n'existe pas dans les rapports des associés entre eux (n° 162) ; mais cela n'est pas vrai dans le cas où il s'agit de créances résultant d'actes faits par un associé en une qualité étrangère à celle de membre de la société. Toutefois, en cas de paiement d'une dette sociale, il peut être reconnu, en fait, que l'associé liquidateur a payé comme codébiteur solidaire. Dans ce cas, en vertu de l'article 1214, C. civ., le recours n'existe contre chaque associé que pour la part dans la dette dont il doit rester tenu (2). C'est à tort que certains auteurs (3) ont admis, en principe général, que le liquidateur, lorsqu'il est associé, ne peut jamais réclamer à chacun de ses coassociés qu'une part virile.

(1) Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, p. 23 et suiv.

(2) Cass., 8 janv. 1862, S. 1862. 1. 478 ; *J. Pal.*, 1862. 905 ; D. 1863. 1. 75.

(3) P. Pont, II, n° 2976. — Cet auteur nous semble attribuer à l'arrêt cité à la note précédente une portée exagérée, en l'invoquant à l'appui de son opinion selon laquelle le liquidateur associé ne peut agir contre chaque associé que pour sa part dans la dette. Cet arrêt a été rendu dans une espèce où le liquidateur voulait se faire rembourser la somme qu'il avait payée pour acquitter une dette sociale. Il s'attache à la décision rendue en fait par la Cour d'appel, selon laquelle le liquidateur avait payé la dette de la société comme associé, non en qualité de liquidateur.

400. *Effets des actes des liquidateurs.* — Par cela même que le liquidateur est le représentant de la société, les actes qu'il fait dans les limites de ses pouvoirs, obligent la société et, par suite, les associés, comme le font les actes du gérant pendant la durée de la société.

Aucune disposition de nos lois n'indiquent comment doit agir le liquidateur lorsqu'il fait une opération pour la société. En fait, il emploie souvent la raison sociale en ajoutant les mots *en liquidation*. Quelques Codes étrangers prescrivent même au liquidateur de signer en ajoutant son nom à la raison sociale antérieure, avec la mention que la société est en liquidation. V. Codes de commerce *allemand* de 1861, art. 153 ; *hongrois*, art. 114.

Il faut appliquer ici ce qui a été dit, à propos du gérant, soit du cas où la raison sociale n'a pas été employée (nrs 289 et suiv.) (1) ; soit, au contraire, du cas où il y a eu emploi de la raison sociale pour une opération faite dans son intérêt particulier (2).

401. Il résulte de ce qui vient d'être dit que les associés ou les tribunaux, en nommant un liquidateur, déterminent librement ses pouvoirs. Il leur est loisible d'étendre ou même de restreindre ceux qui habituellement appartiennent au liquidateur. Les restrictions sont opposables aux tiers, de telle sorte que les actes faits par le liquidateur contrairement à ces restrictions n'obligent ni la société ni les associés.

Telle n'est pas la règle consacrée par les Codes de commerce *allemand*, *hongrois* et *bulgare*. Ces codes ont adopté au sujet du liquidateur le système qu'ils ont admis aussi pour le gérant (n° 287) : ils déterminent les pouvoirs du liquidateur et ils déclarent sans effet à l'égard des tiers toute restriction qui y serait apportée (Codes *allemand* de 1861, art. 158 ; *hongrois*, art. 113 ; *bulgare*, article 114).

402. Les tiers, qui ont contracté avec le liquidateur agissant dans la limite de ses pouvoirs, sont des créanciers sociaux. Comme tels, ils excluent sur l'actif social les créanciers personnels des

(1) Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 82, p. 574.
(2) Chambéry, 27 déc. 1878, *le Droit*, n° du 23 avril 1879.

associés. Mais ces tiers viennent-ils en concours avec les autres créanciers sociaux, ou doivent-ils être payés par préférence à ces créanciers ? La loi ne crée pas de privilège au profit des personnes qui deviennent créancières par suite d'opérations de la liquidation. On pourrait être tenté d'appliquer ici une solution admise en matière de faillite. Les personnes qui deviennent créancières à raison d'opérations faites par le syndic ont la masse des créanciers comme débitrice et doivent, par suite, être payées par elle avant qu'elle puisse se répartir l'actif (1). De même, on pourrait penser que ceux qui contractent avec le liquidateur ont pour débitrice la masse des créanciers de la société en liquidation, qu'ils doivent donc être payés sur l'actif social avant que ces créanciers aient quoi que ce soit à y prétendre. On ne saurait assurément nier que cette solution soit conforme à l'équité ; mais les principes généraux, qui dominent la matière de la liquidation, doivent la faire écarter. Le liquidateur ne représente pas les créanciers de la société qui ne forment pas, du reste, une masse semblable à celle des créanciers d'un failli. C'est la société qui est représentée par le liquidateur ; c'est donc elle qui se trouve obligé par les actes de celui-ci. Les personnes envers lesquelles il s'engage, sont des créanciers sociaux au même titre que les personnes qui ont contracté avec la société pendant sa durée. Elles ne peuvent donc passer avant ces créanciers qu'autant que la cause de leurs créances les rend privilégiées d'après nos lois. Ainsi, ces personnes peuvent parfois invoquer le privilège spécial de conservation établi par l'article 2102-3° (2), C. civ., ou le privilège général des frais de justice (3).

La jurisprudence peut, du reste, logiquement aller jusqu'à reconnaître que les créanciers dont il s'agit ont la liquidation pour débi-

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VII, nos 556 et suiv.

(2) Dijon, 17 mars 1862, D. 1862. 2. 94 (Il s'agissait de fournitures faites au liquidateur pour maintenir en activité une usine de la société et en empêcher la dépréciation). Lyon, 11 juill. 1873, S. 1874. 2. 73 ; *J. Pal.*, 1874. 345.

(3) Cass., 1er avril 1890, D. 1891. 1. 364 ; *Pand. fr.*, 1890. 1. 276. Il est évident qu'il ne pourrait être question du privilège des frais de justice à raison des frais se rattachant à des opérations nouvelles faites par le liquidateur : Paris, 20 nov. 1894, *le Droit*, n° du 21 déc. 1894.

ıtrice dans les cas où elle reconnaît que le liquidateur représente les ɔcréanciers. V. nº 162.

403. *Fin de la liquidation.* — La liquidation finit lorsque les ꞩassociés ont reçu le compte de gestion du liquidateur. Ce n'est pas ꞩa dire, pourtant, que les créanciers sociaux perdent dès lors le droit ɔexclusif qu'ils ont sur les biens sociaux et dont on rattache la conꞩservation à la permanence de la société comme personne civile)(nº 366). Ce droit exclusif ne doit cesser que lorsque les biens ꞩsociaux ont perdu cette qualité ; ils ne la perdent que par la répartiɪtion qui en est opérée entre les associés en vertu du partage. Autreıment, le droit exclusif des créanciers sociaux disparaîtrait au ı moment où il leur est utile.

404. Quand la liquidation est terminée, aucune formalité de ı publicité n'est prescrite par la loi pour porter ce fait à la connaisꞩ sance des tiers. Il y a là une lacune évidente. Par cela même que la ꞩ société subsiste avec sa personnalité pour les besoins de la liquidaɪ tion, il serait utile que la fin de celle-ci fût rendue publique.

A raison de l'absence de publicité légale, les actes du liquidateur, ı faits même après la fin de la liquidation, obligent la société et les ꞩ associés envers les tiers de bonne foi, c'est-à-dire qui ont ignoré la ɔ clôture de la liquidation (art. 2007, C. civ.).

405. Droit étranger. — Ce qui n'a point été fait sous ce rapport par la loi française, l'a été, au contraire, par des lois étrangères. Selon l'article 101, 2e alin , de la loi *belge* de 1873, la clôture de la liquidation doit être publiée.

406. Quand la liquidation est achevée, c'est aux associés à déterminer à qui les livres et papiers de la société seront remis. S'ils ne s'entendent pas sur le choix de cette personne, elle est désignée par le tribunal. Il va de soi que les associés doivent conserver le droit de faire usage de ces livres et papiers V. analogie, article 842, C. civ. Ces règles, qu'on doit admettre en France dans le silence de nos lois, sont édictées par des lois étrangères. V. Codes de commerce *allemand*, article 157, 2e et 3e alin. ; *hongrois*, article 120 ; *italien*, article 209 ; *bulgare*, article 122.

407. Il faut se garder d'étendre à la liquidation les effets de la

faillite ou de la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 et d'assimiler le liquidateur au syndic (1). A cette idée générale se rattachent de nombreuses conséquences.

408. La liquidation d'une société ne suspend pas le droit de poursuite individuelle des créanciers. Aucune disposition n'attache cet effet spécial à la liquidation ; il ne se comprendrait que si, comme en cas de faillite, le droit d'agir collectivement pour les créanciers était conféré, soit au liquidateur, soit à une autre personne. Mais il va de soi que la liquidation est une circonstance a prendre en considération par le juge pour accorder des délais de grâce (art. 1244, C. civ.). (2). Des poursuites exercées par un ou plusieurs créanciers pourraient rendre la liquidation très difficile ou même impossible. Seulement, la concession de délais de grâce a un caractère individuel : elle est faite à l'égard de tel créancier déterminé ; la suspension du droit de poursuite individuelle qui résulte du jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire a, au contraire, un caractère collectif ; elle est admise à l'égard de tous les créanciers.

409. La liquidation ne rend pas exigibles les dettes de la société (3). Mais les créanciers à terme peuvent, tout au moins, demander à être compris dans les répartitions, pour que les sommes leur revenant soient consignées jusqu'à l'échéance. Autrement, il pourrait ne plus y avoir de quoi les payer à ce moment par cela même que le liquidateur paie les dettes sociales et que l'actif social ne se développe pas par l'exploitation (4). Les créanciers à terme ont le droit de former opposition, comme les créanciers dont les

(1) M. Thaller fait à tort cette dernière assimilation. V. Thaller, *op. cit.*, n° 448.

(2) V. tribunal de paix du IX^e^ arrondissement de Paris, 12 juin 1889 (*le Droit*, n° du 16 juin 1889). Il s'agissait dans l'espèce d'une société civile (la société du canal de Panama). Mais, au point de vue de la question dont il s'agit, Il n'y a point de motif pour distinguer entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce.

(3) V. Thaller, *op. cit.*, n° 457.

(4) Une difficulté spéciale s'élève sur les sommes que peuvent réclamer les porteurs d'obligations à primes en cas de dissolution anticipée de la société, leur débitrice. V. Thaller, *op. cit.*, n° 456. Mais comme en fait, ce sont d'ordinaire les seules sociétés par actions qui émettent des obligations de cette nature, la question sera traitée à propos de ces sociétés (V. n° 583).

créances sont échues, aux paiements à faire par le liquidateur. Analogies, art. 808, C. civ.

La liquidation ne permet même pas aux liquidateurs de payer les dettes non exigibles si, le terme ayant été stipulé dans l'intérêt des créanciers, ceux-ci ne veulent pas recevoir le paiement. Sans doute, il ne faut pas que la société soit obligée de continuer à se liquider jusqu'à l'échéance du dernier terme de ses dettes. Cela entraînerait des longueurs et des frais. Mais on peut éviter ces inconvénients par une consignation des sommes afférentes aux créances à terme dont le remboursement est refusé par les créanciers.

Ces remarques méritent d'être faites pour plusieurs raisons. D'abord, on pourrait être tenté d'admettre l'exigibilité des dettes à terme, par une assimilation erronée avec la faillite ou la liquidation judiciaire. En outre, des lois étrangères reconnaissent au liquidateur la faculté de payer les dettes non exigibles sous la déduction de l'escompte, en même temps que les dettes exigibles. Il en est ainsi spécialement de la loi *belge*. D'après l'article 117 de cette loi, les liquidateurs paieront toutes les dettes de la société, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci. Ce n'est qu'à certaines conditions déterminées par la loi qu'ils peuvent payer d'abord les dettes exigibles.

410. De même, lorsque la société en liquidation est une société d'assurance, l'assuré n'a pas les droits qui lui appartiennent, en principe, en cas de faillite de la société, d'après l'article 346, C. com. (1).

411. Tout ce qui a été dit sur la situation générale du liquidateur et sur ses pouvoirs permet de comprendre combien il importe de le distinguer du syndic de faillite.

Le syndic d'une faillite représente à la fois le failli (la société, si c'est une société qui est en faillite) et les créanciers, dans l'intérêt desquels il agit spécialement. Le liquidateur ne représente, au contraire, que la société. Aussi les règles applicables à ces deux classes

(1) V. *Pandectes belges*, v° *Assurance maritime*, n° 452 ; Jacobs, *Le Droit maritime belge*, n° 692.

V., sur l'art. 346, C. com., *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1441.

de mandataires diffèrent-elles à des points de vue multiples, spécialement aux suivants :

a) Le syndic est toujours nommé par justice (art. 462, C. com.). Le liquidateur l'est, en principe, par les associés ; à titre exceptionnel, par justice. V. n^os^ 367 et 367 *bis*.

b) La loi détermine les formalités et conditions spéciales à observer par le syndic pour les actes les plus graves (aliénation d'immeubles, transaction, etc...). Le liquidateur peut faire tous les actes sans se soumettre à aucune formalité ; seulement, il lui faut le consentement de tous les associés pour les actes ne rentrant pas dans ses pouvoirs.

c) Le syndic ne peut continuer l'exploitation du commerce sans un mandat spécial conféré par l'assemblée des créanciers (art. 532, C. com.) ; dans ce cas, les actes du syndic obligent les créanciers (art. 533, C. com.). Au contraire, le liquidateur peut continuer l'exploitation dans la mesure où cela est nécessaire pour la liquidation : il n'oblige pas les créanciers, puisqu'il n'est pas leur mandataire.

d) Le syndic ne peut payer librement les créanciers ; le dividende à payer est fixé et ordonnancé par le juge-commissaire (art. 489, C. com.). Le liquidateur paie, en principe, les créanciers sans aucune formalité spéciale.

e) Le syndic est responsable directement envers les créanciers. Le liquidateur n'a de responsabilité directe qu'envers la société ; les créanciers ne peuvent l'atteindre qu'au moyen de l'action oblique de l'article 1166, C. civ. V. n^os^ 372 et 378.

f) Les actes faits par le syndic, ne peuvent être annulés pour cause de fraude, sur la demande des créanciers, en vertu de l'article 1167, C. civ. L'action paulienne n'est pas donnée au mandant contre les actes du mandataire. Au contraire, les créanciers sociaux peuvent faire annuler pour cause de fraude les actes du liquidateur, comme ceux du gérant : c'est le représentant de leur débitrice, la société.

412. Ce n'est pas seulement du syndic que le liquidateur de société diffère, c'est aussi du liquidateur judiciaire nommé en vertu de la loi du 4 mars 1889. La nomination d'un liquidateur judiciaire, comme la déclaration de faillite, suppose la cessation des paiements de la société. Malgré son nom, il ne liquide point, en principe ; sa fonc-

tion principale consiste à assister le débiteur mis en liquidation dans les actes que celui ci n'a plus la capacité de faire seul (1). Le liquidateur judiciaire ne représente donc pas plus, en principe, la société que les créanciers sociaux. Les fonctions du liquidateur nommé à raison de la dissolution de la société et celles du liquidateur judiciaire nommé à la suite d'une cessation de paiements sont tellement différentes, qu'en principe, ces deux liquidateurs coexistent pour une même société. V. L. 4 mars 1889, art. 4, alin. 1 et ci- dessus, nº 374 (2).

C. — Du partage

413. Quand la liquidation est terminé il y a lieu de procéder au partage de l'actif. Cet actif comprend tout ce qui appartenait à la société : immeubles, meubles, marchandises non vendues pour les besoins de la liquidation, brevets d'invention, créances non recouvrées, valeurs mobilières en portefeuilles, fonds de commerce, etc. Toutes ces choses sont indivises entre les associés.

414. Nos lois se sont bornées à régler le partage des sociétés par un simple renvoi : *les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers s'appliquent au partage entre associés* (art. 1872, C. civ). Cette disposition s'applique aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles (art. 18, C. com. ; 1873, C. civ.).

On ne saurait, toutefois, se contenter de ce renvoi. Toutes les dispositions sur la forme du partage des successions et sur les obligations en résultant ne s'appliquent pas sans réserve au partage des sociétés ; pour plusieurs, il y a difficulté. En outre, il faut régler aussi les effets du partage des sociétés auxquels l'article 1872, C. civ., ne fait pas expressément allusion.

(1) Cela n'est absolument vrai que durant la période de la liquidation judiciaire où il n'est encore intervenu aucune solution. Car, lorsque la liquidation judiciaire aboutit à l'union ou à un concordat par abandon d'actif, le débiteur est dessaisi et le liquidateur judiciaire est appelé à jouer le même rôle que le syndic de faillite. V. *Traité de Droit commercial*, VIII, nºs 1100 et 1103. — Cass., 6 fév. 1899, S. et *J. Pal.*, 1899, 1. 113 (note de Ch. Lyon-Caen).

(2) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, nº 119.

414 *bis*. Il est certain que tout associé a le droit de demander le partage, conformément à l'article 815, C. civ. Seulement, à moins d'accord entre tous les associés, il doit être procédé préalablement à la liquidation qui sert à préparer le partage. Les associés doivent être considérés comme s'étant obligés les uns envers les autres à faire procéder, en cas de dissolution, à une liquidation destinée à terminer les opérations en cours et à payer les dettes sociales avant tout partage de l'actif (1).

Le droit de demander le partage subsiste, quand même l'un des associés aurait joui séparément de partie des biens de la société, s'il n'y a eu un acte de partage ou possession suffisante pour acquérir la prescription (art. 816, C. civ.).

Du reste, les associés peuvent convenir de demeurer dans l'indivision pendant un temps limité ; cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée (art. 815, al. 2, C. civ.). Elle serait réduite à cinq ans, si elle était faite pour un délai plus long. Argum. article 1660, al. 2, C. civ.

415. Le partage se fait judiciairement, soit quand parmi les associés il y a des mineurs, des interdits ou des absents, soit quand les associés majeurs et capables ne s'entendent pas sur les formes du partage (art. 838, C. civ.). S'il y a lieu à licitation d'un immeuble dans l'un de ces cas, elle ne peut être faite qu'en justice avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs ; en outre, les étrangers doivent être admis aux enchères (art. 839, C. civ.), à moins que les coassociés capables ne soient d'accord pour les écarter. Mais, en fait, le plus souvent, les ventes se font pendant la liquidation par les soins du liquidateur et, à raison de la personnalité de la société qui subsiste pour les besoins de la liquidation, il n'y a pas à remplir alors les formalités du partage judiciaire, encore que parmi les associés se trouvent des mineurs, des interdits ou des absents (N° 366).

416. En matière de succession, le législateur cherche à écarter les étrangers du partage : dans ce but, il admet le retrait successoral (art. 841, C. civ.). Faut-il reconnaître aussi la faculté aux

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 445.

associés d'écarter le tiers devenu cessionnaire des droits d'un associé en lui remboursant le prix de la cession ? On l'a soutenu en se prévalant du renvoi fait par l'article 1872 aux règles des articles 815 et suiv., C. civ. (1). Cette opinion doit être repoussée (2). La principale raison qui justifie le retrait successoral, est la sauvegarde des secrets de famille ; cette raison ne peut être invoquée en matière de sociétés (3). Les retraits sont, du reste, exceptionnels et contraires au principe de la liberté des conventions, on ne saurait les étendre. Puis, l'article 1872, C. civ., renvoie aux dispositions concernant *la forme et les effets* du partage ; le retrait successoral ne se rattache à aucun de ces deux objets.

417. Il va de soi que les créanciers des associés peuvent intervenir au partage et, dans le but d'assurer leur intervention, former opposition au partage (4). Ce droit existe en matière de succession : d'après l'article 882, C. civ., *les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence ; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais.*

418. Mais l'article 882, C. civ., contient une autre disposition, d'après laquelle, par une dérogation spéciale aux principes généraux sur l'action paulienne visée dans l'article 1167, C. civ., les créanciers d'une succession ne peuvent point, quand ils ont négligé de former opposition au partage, l'attaquer comme fait en fraude de leurs droits. Il ne faut pas admettre cette déchéance contre les créanciers non opposants d'un associé (5) ; l'article 882, C. civ.,

(1) Pardessus, III, n° 1085 ; Bravard et Demangeat, I, p. 474 et 475.

(2) Paris, 7 juill. 1836, S. 1836. 2. 458 ; *J. Pal.*, 1836, *à sa date* ; D. 1836. 2. 185. — Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 385 ; P. Pont, I, n° 783 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 348.

(3) Elle peut l'être, au contraire, selon nous, dans le partage d'une communauté entre époux. Aussi le retrait successoral doit-il être admis : Riom, 23 nov. 1849, S. 1849. 2. 85. — V., en sens contraire, arrêt de Cass. ch. civ., 12 déc. 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 257 (note de Ch. Lyon-Caen). V. aussi Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, III, n° 1340.

(4) Cass., 18 juill. 1899, S. 1900. 1. 27.

(5) Troplong (*Sociétés*, II, n° 1061) ; P. Pont, I, n° 785 ; Aubry et Rau, IV (4e édit.), p. 573 et note 6 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 350. La Cour de

consacre une exception au droit commun, l'application doit donc en être restreinte plutôt qu'étendue. L'article 1872, C. civ. renvoie bien aux dispositions du titre *Des successions*, mais seulement pour ce qui concerne le partage, ses formes, les obligations qui en dérivent ; l'article 882 se rattache sans doute à la matière du partage mais il n'est relatif à aucun de ces trois objets. En conséquence, le partage d'une société peut être attaqué pour fraude, en vertu de l'article 1167, C. civ., même par un créancier qui n'a pas formé opposition au partage.

418 *bis*. A propos du partage des successions, le Code civil (art 829 et 830) décide que l'héritier débiteur du défunt est tenu du rapport de sa dette ; le rapport se fait en moins prenant. Il y a ainsi un prélèvement au profit des cohéritiers de l'héritier débiteur qui sont de cette manière préférés aux créanciers personnels de l'héritier. Il faut admettre aussi que l'associé débiteur de la société doit, après la dissolution de celle-ci, faire le rapport de sa dette (1).

Le rapport des dettes pour l'associé se justifie à la fois par le renvoi fait par l'article 1872, C. civ., aux règles du partage des successions et par un motif rationnel. Le principe du rapport des dettes se rattache

cassation a admis cette solution : 20 nov. 1834, S. 1835. 1. 131, D. 1835. 1. 38 ; Req., 9 juill. 1866, S. 1866. 1. 361 ; *J. Pal.*, 1866. 987 , D. 1866. 1. 369 ; Cass., 28 mai 1895, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 385 (note de Ch. Lyon-Caen). — M. Demangeat (sur Bravard, I, 416 et 417) prétend que l'article 882 s'applique aux sociétés commerciales, mais à elles seules, parce que la publicité, qui doit être donnée à leur dissolution, met en demeure les créanciers de former opposition, s'ils veulent éviter que le partage ne soit fait hors de leur présence. Cette distinction est arbitraire ; de deux choses l'une : l'article 1872, C. civ , contient ou ne contient pas un renvoi implicite à l'article 882. Dans le premier cas, l'article 882 doit s'appliquer au partage de toutes les sociétés ; dans le second, il doit être écarté pour toutes. D'ailleurs, comme la publicité n'est pas prescrite dans tous les cas de dissolution, il faudrait, pour être logique dans le système de M. Demangeat, ne pas donner la solution absolue pour les sociétés commerciales et n'écarter l'article 882 que dans le cas où la publicité de la dissolution est requise (V. plus haut nos 353 et suiv.) ; V. aussi Boistel, p. 267, n° 386, dans le sens de l'application de l'article 882.

(1) Cass., 8 fév. 1882, S. 1882. 1. 224 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 533 ; D. 1882.1. 318 (l'arrêt pose très bien le principe) ; Orléans, 14 mars 1883, S. 1883. 2. 159, *J. Pal.*, 1883. 1. 827; D. 1885. 2. 25 ; Cass., 6 août 1895, S. et *J. Pal.* 1899. 1. 462.

au partage et est consacré par une disposition qui se trouve au milieu de celles qui régissent le partage. Du reste, il est naturel, lorsqu'il y a une masse à partager, que les copropriétaires débiteurs envers cette masse ne puissent rien y prétendre tant qu'ils n'ont pas exécuté leurs obligations envers elle. Les créanciers personnels d'un copropriétaire ne peuvent avoir plus de droit que lui. C'est ce qui explique que les créanciers personnels du copropriétaire (dans notre espèce, de l'associé) débiteur soient primés par les copropriétaires de celui-ci (1).

419. En l'absence de convention, à partir de quel moment courent les intérêts des sommes dues par un associé à la société ? Nous pensons que c'est à partir de la dissolution. Il est vrai que, d'après le principe général de l'article 1153, C. civ., les intérêts moratoires ne courent que du jour de la sommation de payer ; mais il est dérogé à cette règle en matière de succession : l'article 856, C. civ., fait courir à partir de l'ouverture de la succession les intérêts des sommes dont les cohéritiers doivent le rapport. D'après l'opinion la plus générale (2), consacrée par la Cour suprême (3), cette disposition s'applique au rapport des dettes comme au rapport des dons. Le rapport des dettes, étant étendu au partage des sociétés (n° 418), doit être régi, notamment au point de vue du cours des intérêts, par le même principe que dans le cas de succession, sans quoi l'on tombe dans l'arbitraire. Des auteurs (4) et la Cour de cassation (5) ont méconnu

(1) Il a été soutenu, au contraire, avec beaucoup de vigueur que le rapport des dettes n'est qu'une règle de liquidation autorisant les cohéritiers à exercer une *prise en paiement*, mais ne modifiant pas la situation des héritiers à l'égard des créanciers de leurs cohéritiers. V. A. Deschamps, *Du rapport des dettes*, 1889 (mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris et par l'Académie de législation de Toulouse). Cf. spécialement les n°s 254 et suiv. pour l'application du rapport en matière de sociétés.

(2) Guillouard, *op. cit.*, III, n° 349 ; Aubry et Rau, VI, § 627 et note 5. Demolombe (XVI, n° 462) n'applique l'article 856 qu'aux dettes qui résultent de prêts gratuits. Deschamps (*op. cit.*, n° 119) écarte l'article 856 en entier du rapport des dettes.

(3) Cass., 15 fév. 1865, S. 1865. 1. 225 ; *J. Pal.*, 1865, 537.

(4) Pont, II, n° 1984.

(5) Cass., 24 fév. 1879, S 1879. 1. 169 ; *J. Pal.*, 1879. 409 ; D. 1873. 1. 103.

cette idée en écartant l'application de l'article 856, C. civ , et en décidant que l'associé débiteur ne doit les intérêts que du jour fixé par la règle générale de l'article 1153, C. civ. (1). Cela doit d'autant plus surprendre qu'en matière de société, dans un but d'égalité, le législateur admet facilement que les intérêts courent de plein droit, comme le prouve l'article 1846, C. civ. V. n° 30.

420. Il va de soi que les articles 819 à 821, C. civ., sont inapplicables. En cas de dissolution d'une société, il ne saurait être question de l'apposition des scellés (1) ; cette mesure conservatoire est incompatible avec la continuation de la société et le maintien de la personnalité civile, même après la dissolution, pour les besoins de la liquidation. C'est une solution importante spécialement pour le cas où, parmi les associés, se trouvent des mineurs ou des interdits. V. n° 366 *g*.

421. L'article 792, C. civ., qui fait perdre à l'héritier ayant détourné un objet de la succession sa part dans l'objet détourné, ne doit pas non plus s'appliquer à l'associé qui, durant l'indivision des biens sociaux, se rend coupable du détournement de l'un d'eux. Il s'agit d'une disposition de nature pénale que, par suite, il faut interpréter restrictivement. L'article 1872, C. civ., renvoie, du reste, seulement aux règles sur le partage des successions et non pas à toutes les dispositions relatives aux successions. L'article 792, C. civ., ne concerne pas le partage et ne se trouve pas mêmedans le chapitre du titre des successions qui y est consacré (2).

Quand le législateur a voulu frapper de la déchéance de l'article 792 d'autres personnes que les héritiers, il l'a dit expressément. Ainsi l'article 1477, C. civ., dispose que l'époux, coupable d'avoir recelé ou diverti des objets de la communauté, est privé de sa part dans ces effets. Le renvoi fait par l'article 1476, C. civ., aux règles du partage des successions, n'a pas été considéré par le législateur comme rendant inutile une disposition appliquant expressément l'article 792, C. civ., au partage de la communauté.

(1) Bédarride, n°s 479 et 502 ; P. Pont, I, n° 787.

(2) Cass., 20 août 1863, S. 1865. 1. 463 ; *J. Pal.*, 1865. 1185 ; Cass., 20 janv. 1885, D. 1885. 1. 359. — Aubry et Rau, III (4e édit.), § 385; P. Pont, I, n° 787 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 348.

422. La part de chaque associé dans l'actif est proportionnelle à son apport ou déterminée par l'acte de société.

Si l'actif social se compose, outre du capital de la société fixé par les statuts, de bénéfices et de réserves non distribués, la répartition de ces bénéfices et de ces réserves se fait conformément aux clauses de l'acte de société concernant la distribution des bénéfices annuels. L'excédent, qui seul forme le capital social proprement dit, est réparti en proportion de l'apport de chacun, à moins que l'acte de société n'indique une autre règle de répartition (1). Des auteurs soutiennent, au contraire, que les apports étant acquis à la société, l'actif social doit, sans distinction, se partager entre les associés conformément aux clauses de l'acte de société concernant la répartition des bénéfices et des pertes (2). Cette doctrine ne paraît pas exacte. La part de chacun dans le fonds commun est, en principe, proportionnelle à son apport ; les bénéfices sont constitués seulement par ce qui excède le capital social formé par la réunion des apports.

422. *bis*. *Règles fiscales*. — Comme il a été dit plus haut (n° 23), un apport en société ne constitue pas, au point de vue fiscal, une aliénation, soumis à ce titre au droit de mutation mobilière ou immobilière (variant entre 2 et 7 0/0). Les apports sont frappés d'un droit proportionnel réduit à 0,20 0/0 liquidé sur le montant de chaque apport, plus le double décime, soit 0,25 0/0 (L. 28 avril 1893, art. 19).

L'acte de partage de la société est, en principe, soumis aussi à ce droit proportionnel réduit établi sur l'actif net et partagé (L. 21 avril 1893, art. 19 ; L. 22 avril 1905, art. 5 ; L. 28 février 1872, art. 4). Toutefois, les droits de mutation ordinaires sont dûs sur les biens apportés à la société et placés dans le lot d'un autre associé que celui qui a fait l'apport (3).

(1) Thaller, *op. cit.*, n° 470 ; Houpin, *op. cit.*, I, n° 127 ; Nyssens et Cabiau, *Traité des sociétés commerciales*, I, n^os^ 178 et suiv.

(2) P. Pont, *Traité des sociétés*, n° 460 ; Guillouard, *Traité des sociétés*, n^os^ 220 et 221.

(3) Cass. (ch. réun.), 22 déc. 1904, *Pand. fr.*; 1905. 6. 9 ; *Journal des sociétés*, 1905, p. 70 ; *Revue des sociétés*, 1906, p. 59 ; V. Houpin, dans le *Journal des sociétés*, 1905, p. 49 et suiv. ; Wahl, *Traité de Droit fiscal*, I, n^os^ 543 et suiv.

423. D'après l'article 826, C. civ., les héritiers peuvent, en règle générale, exiger leur part en nature des biens héréditaires. En est-il de même des associés pour les biens sociaux? La question se pose spécialement quand les biens peuvent perdre par leur partage une grande partie de leur valeur. Si l'article 826, C. civ., n'était motivé que par la valeur d'affection qu'ont parfois les biens de la succession pour les héritiers, il devrait assurément être écarté en matière de société. Mais il n'en est pas ainsi : l'article 826 se justifie par un motif purement juridique : le droit de chaque héritier porte sur chaque partie des choses indivises, aussi un copropriétaire doit-il avoir le droit d'exiger sa part en nature. On convertirait malgré lui son droit en un simple droit de créance, si on l'obligeait à se contenter d'en recevoir la valeur en argent. Le droit des associés est de la même nature que celui des cohéritiers et de tous autres copropriétaires (1). On a voulu écarter l'article 826, C. civ. et laisser aux juges un pouvoir d'appréciation, en disant que, le but de toute société étant de procurer des bénéfices, il faut procéder de la manière la plus avantageuse pour les associés, admettre le partage en nature ou la vente suivie du partage du prix, selon les circonstances (2). Cette considération ne peut prévaloir contre le renvoi fait par l'article 1872, C. civ., aux règles du partage et contre l'idée qui sert de base à l'article 826, C. civ.

Toutefois, il est évident que, si les associés procèdent à la vente du fonds de commerce, ils ne peuvent demander le partage en nature des marchandises qui s'y trouvent : les marchandises sont liées à ce fonds dont elles constituent un élément (3). Une pareille séparation ne pourrait se faire que du consentement de tous les associés (4).

Du reste, il faut reconnaître qu'on doit admettre facilement, d'après les circonstances, que la volonté des associés a été d'exclure le partage en nature.

(1) Pardessus, III. nos 1082 et 1084 ; P. Pont, I, n° 788. — Cpr. Lyon, 23 juill. 1856, S. 1858. 2. 204 ; *J. Pal*, 1858. 23 ; D. 1858. 2. 214.

(2) Bravard-Veyrières, I, p. 472 et suiv.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 239.

(4) Trib. comm. Seine, 29 déc. 1881, *la Loi*, n° du 22 janvier 1882.

424. Il y a lieu aussi, conformément au renvoi général fait par l'article 1872, C. civ., d'appliquer l'article 827, C. civ., selon lequel il doit être procédé à la vente par licitation quand les immeubles ne peuvent pas se partager commodément.

424 *bis*. Quand le partage a lieu en nature (ce qui est assez rare), on doit, par application des articles 826 et 832, C. civ., éviter de morceler les immeubles et faire entrer, autant que possible, dans chaque lot la même quantité de meubles et d'immeubles.

425. Il faut également conclure du renvoi fait par l'article 1872 aux règles sur le partage des successions et sur les obligations qui en résultent entre les héritiers ;

1° Que les associés sont garants les uns envers les autres des troubles et évictions ayant une cause antérieure au partage (art. 884, C. civ.) ;

2° Que chaque associé est tenu, proportionnellement à sa part, d'indemniser l'associé évincé du préjudice que l'éviction lui a causé et qu'en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, la portion dont il est tenu est répartie entre le garant et les autres associés solvables (art. 885, C. civ.) ;

3° Que le partage entre associés ou la licitation en tenant lieu est rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887, C. civ.) (1). Ce dernier point se trouve, du reste, confirmé par un incident des travaux préparatoires du Code civil. Dans le projet de Code, l'article 1872 excluait formellement la rescision pour cause de lésion dans le partage des sociétés Le Tribunat demanda, dans ses observations, qu'on fît disparaître cette exclusion. Il disait que « l'égalité, qui « est l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement « encore à celui d'une société dont elle constitue la nature et l'es- « sence » (2).

Sur cette observation la disposition excluant la rescision pour lésion dans le partage des sociétés a été supprimée (3) ;

4° Que les créances nées du partage sont privilégiées sur les

(1) Douai, 15 avril 1905, *Journal des sociétés*, 1906, p. 66.

(2) Locré, XIV, p. 511 ; Fenet, XIV, p. 384.

(3) Pothier (*Société*, n° 174) admettait déjà que le partage d'une société était rescindable pour lésion de plus du quart.

immeubles de la société dans les termes de l'article 2103-2°, C. civ., et que les privilèges y attachés sont soumis aux formalités de publicité prescrites par l'article 2108, C. civ., et par l'article 6, al. 2, de la loi du 23 mars 1855 ;

5° Que, conformément à l'article 883, C. civ., le partage est déclaratif et non translatif, de telle sorte que chaque associé est réputé avoir été toujours propriétaire des objets compris dans son lot et n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets compris dans les lots des autres associés.

425 *bis*. Mais à l'application de l'article 883, C. civ., en cas de partage des sociétés, se rattache une difficulté. A quelle époque remonte l'effet rétroactif du partage, ou, en d'autres termes, à partir de quel moment chaque associé est-il réputé avoir été seul propriétaire des biens placés dans son lot ou à lui adjugés sur licitation? Il est admis, par tous ceux qui, contrairement à la jurisprudence (nos 126 et 127), refusent aux sociétés civiles la personnalité, que l'effet rétroactif du partage s'y produit jusqu'au jour où le bien dont il s'agit est entré dans la société (1). Il y a, au contraire, désaccord entre les auteurs relativement au partage des sociétés formant des personnes morales, spécialement des sociétés en nom collectif. Des jurisconsultes ont soutenu que, même dans ces sociétés, la rétroactivité du partage remonte au jour où le bien est entré dans l'actif social (2). Ces auteurs allèguent que, si la société constitue une personne civile, après la dissolution « l'effet rétroactif, ne trouvant plus la personne civile, agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision ». Cette doctrine est contraire aux principes généraux et elle est contredite par la disposition de l'article 529, C. civ. D'après ces principes et d'après cette disposition, la rétroactivité ne doit se produire que jusqu'au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution (3). Aucune disposition légale n'autorise à dire que la dissolution fait considérer la personne civile comme n'ayant pas existé dans le passé. Tout au contraire, l'article 529, C. civ., en reconnaissant le

(1) Pothier, *Société*, n° 179 ; P. Pont, I, n° 794 ; Laurent, XXVI, n° 418.
(2) Troplong, *Sociétés*, II, n° 1766 ; Bédarride, II, nos 511-513.
(3) P. Pont, II, n° 1986.

caractère mobilier au droit de l'associé *tant que dure la société*, alors même que la société posséderait des immeubles, paraît bien contredire l'opinion opposée. Si cette opinion était exacte, les deux conséquences suivantes en résulteraient :

a) Les droits réels conférés par un associé sur un immeuble de la société pendant sa durée, contrairement à l'article 1860, C. civ., subsisteraient, si l'immeuble grevé était mis dans le lot de cet associé.

b) L'associé, qui se serait marié pendant la durée de la société sous le régime de la communauté, conserverait comme bien propre l'immeuble social mis dans son lot.

Ces deux solutions sont repoussées par l'article 529, C. civ., par cela même que le droit de chaque associé est considéré comme mobilier pendant la durée de la société. On doit, au contraire, déduire de l'article 529, C. civ. :

a) Que le droit réel consenti par un associé durant la société est nul, quels que puissent être les résultats du partage (1) ;

b) Que le droit d'un associé se mariant sous le régime de la communauté légale tombe dans l'actif de la communauté, alors même qu'un immeuble lui serait attribué.

Au surplus, c'est une règle générale que l'effet déclaratif du partage ne se produit pas au delà de l'époque où a commencé l'indivision. Il en est ainsi pour le partage de succession ; pourquoi en serait-il autrement pour le partage de société ?

426. Il y a même lieu de tenir compte, pour l'application de l'article 883, C. civ., de ce que la société est réputée, dans l'intérêt et pour les besoins de la liquidation, subsister avec sa personnalité. En conséquence, à l'égard des tiers ayant acquis des droits du chef de la société pendant la durée de la liquidation, on ne peut invoquer l'effet déclaratif du partage jusqu'au jour de la dissolution de la

(1) Cette solution est elle applicable à l'hypothèque constituée sur un immeuble de la société ? Cela dépend évidemment du parti que l'on prend sur la question de savoir si l'hypothèque, constituée par une personne sur un immeuble qui ne lui appartient pas, est valable pour le cas où plus tard elle en devient propriétaire. V. Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, IX, 92 *bis*, IV ; Aubry et Rau, II. (5e édit.), § 266 et note 5.

société pour les faire primer par des personnes auxquelles un associé a constitué des droits sur les biens sociaux pendant la liquidation. Ainsi, en supposant que le liquidateur ait constitué une hypothèque au profit d'un prêteur, sur un immeuble social, ce prêteur n'est pas primé par un créancier au profit duquel un associé avant antérieurement constitué une hypothèque sur un immeuble placé précisément dans son lot (1).

427. L'article 883, C. civ., est inapplicable aux bâtiments de mer faisant partie de l'actif social et grevés d'hypothèques. En effet, d'après la loi du 10 juillet 1885 (art. 17), l'hypothèque maritime constituée sur un navire indivis par un copropriétaire subsiste, quels que soient les résultats du partage.

D. — De la prescription des actions contre les associés

428. Tant qu'une société en nom collectif dure, les actions, qui peuvent être intentées, soit contre elle, soit contre les associés, sont soumises aux règles ordinaires sur la prescription ; elles ne s'éteignent donc, en principe, que par trente ans (art. 2262, C. civ.).

La dissolution de la société produit un changement important pour la durée de la prescription des actions des créanciers contre les associés. L'article 64, C. com., dispose : *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 la société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 46, et si, cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.*

Le but général de cette disposition est facile à comprendre : si les associés ne se trouvaient libérés envers les créanciers sociaux que par la prescription trentenaire, les associés, exposés durant de longues années à être poursuivis, hésiteraient à s'engager dans des opérations nouvelles, au grand détriment du commerce. Cela est assurément vrai surtout pour les sociétés en nom collectif dans les-

(1) P. Pont, II, n° 1987.

quelles les associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (1).

L'article 64, C. com., qui accorde le bénéfice de la prescription quinquennale aux associés est très bref et ne s'est pas exprimé avec une netteté suffisante. Aussi cette prescription donne-t-elle lieu à de nombreuses difficultés, spécialement en ce qui touche les sociétés auxquelles elle s'applique et les associés qui la peuvent invoquer. Ces difficultés sont d'autant plus grandes que l'article 64, C. com., n'a pas de précédents dans la législation française. La prescription de cinq ans fut admise sur la proposition d'un négociant de Paris, qui s'adressa à la commission chargée de rédiger le Code de commerce et montra la situation rigoureuse qui serait faite à un associé, exposé pendant trente ans à être recherché pour les dettes sociales, alors que ses coassociés sont peut-être insolvables et que son recours contre eux est, par suite, rendu illusoire.

429. Il n'est pas douteux que la prescription quinquennale s'applique aux sociétés en nom collectif. Les associés y sont tenus personnellement et solidairement des dettes de la société ; à raison même de la rigueur de leurs obligations, il importait d'y apporter quelque allègement en abrégeant tout au moins leur durée.

Il est certain aussi que, dans la société en commandite, la prescription de l'article 64, C. com., peut être invoquée par les commandités ; leurs obligations sont les mêmes que celles des associés en nom collectif (art. 24, C. com.). Mais les actionnaires ou les commanditaires qui, dans les sociétés anonymes et en commandite, ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, peuvent-ils aussi, quand ils ne les ont pas versées complètement, se prévaloir de la prescription de cinq ans ? Nous chercherons à démontrer plus loin, à propos des sociétés en commandite, que cette prescription n'est pas faite pour eux (n° 545). Mais la jurisprudence est fixée dans un sens contraire (2) ; elle donne à l'article 64 une portée générale, en l'appliquant aux associés tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs apports aussi bien qu'aux asso-

(1) V. Locré, XVII, p. 270 à 277 (Discussion au Conseil d'Etat).

(2) Cass., 21 juill. 1835, S. 1836. 1. 121 ; D. 1835. 1. 450 ; Cass., 24 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 427 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 116.

ciés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (1).

430. La prescription de cinq ans suppose essentiellement la dissolution de la société ; cela résulte du point de départ même que l'article 64 assigne à cette prescription (n° 439 *bis*). C'est par là que la prescription établie pour les actions contre les associés se rattache à la dissolution des sociétés.

Peu importe, du reste, qu'il y ait une dissolution complète ou simplement l'espèce de dissolution partielle résultant de la retraite ou de l'exclusion d'un associé (2). A l'égard de cet associé, la société est dissoute, bien qu'elle continue pour les autres ; il doit donc pouvoir invoquer la prescription de cinq ans. V. n° 349.

Cela s'applique naturellement aux héritiers d'un associé prédécédé quand il a été stipulé, dans l'acte de société, que la société continuerait seulement entre les associés survivants (art. 1868, C. civ.). V. n° 349.

A la dissolution il faut assimiler la nullité de la société. Pour l'avenir, la nullité produit toujours les mêmes effets que la dissolution. Ne serait-il pas, du reste, contraire au but et à l'esprit de la loi de ne soumettre qu'à la prescription de trente ans, en cas de nullité, les actions contre les associés (3) ?

Au contraire, il n'y a pas lieu à la prescription de cinq ans au profit des associés au cas de simple transformation de la société (4).

Il résulte de là qu'en cas de fusion de deux sociétés, il y a grande utilité, au point de vue de l'application de l'article 64, à rechercher si les deux sociétés sont dissoutes ou s'il n'y a dissolution que de l'une d'elles, le capital de l'autre se trouvant seulement accru. V. n° 340.

La faillite de la société ne suffit pas non plus pour donner lieu à cette prescription. Cela résulte de ce que la faillite d'une société n'en entraîne pas la dissolution (n° 325). Mais, alors même que la

(1) Nous citerons, par suite, des décisions judiciaires rendues à propos de sociétés autres que les sociétés en nom collectif.

(2) Cass., 7 juin 1830, D. *Répert. alphab.*, v° *Société*, n° 1077.

(3) Cpr. Poitiers, 18 juill. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 2. 171. V., pourtant, Paris, 14 avril 1883, S. et *J. Pal.*, 1896. 2. 171 (*en sous note*).

(4) Rennes, 31 déc. 1867, D. 1870. 2. 14.

faillite de la société aurait été précédée de sa dissolution, la prescription de cinq ans demeurerait sans application (1). On a déclaré à plusieurs reprises dans la discussion de l'article 64 au Conseil d'État que cet article ne s'applique pas au cas de faillite d'une société (2).

431. Du reste, si une dissolution totale ou partielle est une condition essentielle de l'application de l'article 64, C. com., il n'est pas, du moins, exigé que la dissolution ait été suivie d'une liquidation. L'article 64 s'applique même dans les cas exceptionnels où la dissolution a donné immédiatement lieu au partage (n° 363) (3). L'opinion contraire a, cependant, été soutenue (4), par ce motif que l'article 64 suppose, sinon expressément, du moins implicitement, l'existence d'une liquidation, en parlant des actions contre les associés *non liquidateurs*, ce qui implique qu'il y a des *liquidateurs*, par conséquent une liquidation. Mais cette disposition a uniquement pour but d'indiquer qu'au point de vue de la prescription, les associés non liquidateurs ne sont pas dans la même situation que les associés liquidateurs (n° 436).

432. *Des actions prescriptibles par cinq ans.* — La prescription quinquennale s'applique aux actions nées, au profit des tiers contre les associés, d'opérations sociales faites au cours de la société. On doit y assimiler les actions nées d'opérations motivées par la liquidation, par cela même que la société est réputée subsister pour les besoins de sa liquidation (n° 366) ; il n'y a, en ce qui concerne ces dernières actions, de question que pour le point de départ de la prescription (n° 441 *bis*).

(1) M. Ségur dit : « S'il y a faillite, l'article cesse d'être applicable ». L'*Archichancelier* s'exprima ainsi : « A la vérité, ce système ne peut con-« venir au cas où il y a faillite ; mais il est avoué que l'effet de l'article « cesse dans cette hypothèse ; la rédaction devrait s'en expliquer. » Locré, XVII, p. 276 et 277.

(2) Cass., 27 déc. 1905 ; *Pand. fr.*, 1907. 1. 21 ; *Journal des sociétés*, 1906, p. 2723 ; *Revue des sociétés*, 1906, p. 147.

(3) Cass., 15 déc. 1880, S. 1882. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 5 ; P. Pont, II, n° 2004.

(4) Merlin, *Questions de Droit*, v° *Société*, § XI, n° 2 ; Bédarride, n°s 661 et 664.

432 *bis*. L'article 64 est donc étranger : 1° aux actions des tiers contre la société elle-même ; 2° aux actions des associés les uns contre les autres (1) ; 3° aux actions de la société contre les associés ; 4° aux actions de la société contre les tiers (2) ; 5° aux actions des associés contre le liquidateur ou contre les anciens gérants de la société.

L'exclusion de la prescription abrégée pour les actions des associés entre eux a été proclamée formellement dans la discussion de l'article 64 au Conseil d'État. Regnauld de Saint-Jean-d'Angély s'y exprima ainsi : « Il importe beaucoup aux associés que leurs actions « se prolongent, parce que leurs recouvrements et les comptes « peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il faut quelque- « fois trente ans pour opérer les recouvrements ; dès lors, la « prescription entre associés ne peut être d'une moindre du- « rée (3) » (4).

L'exclusion de la prescription de cinq ans dans les rapports entre les associés concorde bien avec l'absence de solidarité dans ces mêmes rapports (n° 162).

Toutefois, l'article 64 peut être invoqué par les associés contre un autre associé qui est créancier, parce qu'il a traité avec la société, comme l'aurait pu faire un tiers. Il a précisément été dit plus haut (n° 163) qu'à raison d'actes de cette nature, la solidarité existe entre les associés ; il est naturel que la prescription abrégée, accessoire de la solidarité, l'accompagne dans ce cas comme dans tous les autres.

432 *ter*. Un associé, chargé de l'administration, est parfois responsable à raison de la violation soit de la loi ou des statuts, soit de ses fautes de gestion. La prescription de cinq ans semble devoir être inapplicable aux actions résultant de cette responsabilité. Le

(1) Rouen, 8 mars 1871, S. 1871. 2. 299 ; *J. Pal.*, 1871. 852 ; Paris, 26 avril 1877, S. 1880. 2. 331 ; *J. Pal.*, 1880. 1236 ; Dijon, 29 mars 1897, S. et *J. Pal.*, 1900. 2. 305 ; Cass., 22 mars 1905, D. 1906. 1. 206 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 312 ; *Revue des socités*, 1906, p. 8.

(2) Cass., 7 juill. 1873, D. 1874. 1. 470.

(3) Locré, XVII, p. 273 et 470.

(4) Cpr. Cass., 6 mars 1893, D. 1894. 1. 89 ; *Pand. fr.*, 1894. 1. 412.

législateur a voulu abréger la durée des obligations des associés, telles qu'elles résultent d'une façon normale du contrat de société, mais non favoriser des associés qui ont commis des fautes, en rendant plus rapide leur libération. Au reste, le gérant peut être une personne qui n'est pas associée. Il est hors de doute que, dans ce cas, les actions en responsabilité contre lui ne se prescrivent que par 30 ans à partir du jour où elles ont pris naissance. Au point de vue rationnel, on ne voit réellement pas pour quels motifs le gérant, quand il est associé, serait mieux traité au point de vue de la durée de la prescription.

433. En soumettant à la prescription de cinq ans les actions des tiers contre les associés, l'article 64 doit être considéré comme ayant compris sous le nom d'*actions* non seulement le droit d'agir en justice, mais même le droit de procéder en vertu d'un jugement à des voies d'exécution. Ainsi, quand un créancier a obtenu contre la société un jugement antérieur à la dissolution, les associés contre lesquels il est procédé à des voies d'exécution en vertu de ce jugement peuvent opposer la prescription de cinq ans (1).

On a, pourtant, soutenu que la prescription trentenaire est alors seule opposable, en disant qu'en principe général, le droit d'exécuter un jugement est soumis à la prescription trentenaire et que le mot *actions* s'applique au droit d'agir en justice, non au droit d'exécuter un jugement. Mais le mot *actions* a, dans l'article 64, C. com., un sens large ; il est, comme dans l'article 2262, C. civ., synonyme de *droits*. Au reste, avec le système contraire, on devrait admettre aussi la prescription de 30 ans dans le cas où, sans qu'il y ait eu jugement, la dette sociale étant constatée par un titre exécutoire, il peut alors être procédé à des voies d'exécution contre les associés, sans qu'il y ait exercice d'une action en justice. On arriverait ainsi à restreindre la prescription quinquennale aux dettes sociales constatées par des actes sous seings privés. Une semblable restriction ne serait assurément conforme ni au texte ni au but de l'article 64, C. com.

(1) Cass., 1er fév. 1886, S. 1886. 1. 54 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 121 ; D. 1886. 1. 70 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 360 ; Trib. civ. Seine (2e ch.), 21 déc. 1901, *Pand. fr.*, 1903. 2. 288 ; *le Droit*, n° du 12 avril 1902.

434. Des difficultés spéciales relatives à l'étendue d'application de l'article 64 s'élèvent : 1° quand le liquidateur est une personne étrangère ; 2° quand le liquidateur est un associé ; 3° quand tous les associés sont liquidateurs. Aussi est-il utile d'examiner séparément ces trois hypothèses.

435. 1° *Le liquidateur est une personne étrangère à la société.* — La prescription de cinq ans peut être invoquée par tous les associés pour se soustraire aux actions intentées contre eux par les créanciers sociaux. Au contraire, c'est à la prescription trentenaire seulement que sont soumises les actions qu'ont les créanciers contre le liquidateur pour l'obliger à les payer avec les valeurs sociales dont il est nanti. Le liquidateur est alors actionné comme représentant la société et à l'égard de celle-ci, il n'y a pas d'abréviation de la prescription (n° 432). D'ailleurs, le liquidateur, par cela même qu'il n'est poursuivi que comme représentant la société, peut échapper aux actions intentées contre lui par les créanciers sociaux, en prouvant qu'il a rendu ses comptes ou qu'il ne lui reste plus aucune partie de l'actif social entre les mains.

On a, pourtant, soutenu qu'au cas où le liquidateur est une personne étrangère à la société, la prescription de cinq ans ne peut être invoquée par les associés (1). En faveur de cette opinion, on a dit que le liquidateur est le mandataire des associés ; que, par suite, lorsque le liquidateur est un étranger, ce sont les associés qui liquident par l'entremise de celui-ci, de telle façon qu'ils doivent être tous considérés comme liquidateurs. Il y a là, à nos yeux, une véritable erreur (2). Le liquidateur représente la société et non les associés, qu'il soit désigné par eux ou par la justice. Au reste, selon une observation fort juste (3), la doctrine opposée conduirait logiquement à n'appliquer jamais l'article 64. S'il était exact de dire que l'étranger liquidateur est simplement le représentant des associés,

(1) Rouen, 24 mars 1847, S. 1847. 2. 691 ; *J. Pal.*, 1849. 2. 416 ; D. 1851. 2. 151 ; Paris, 27 mai 1856, *J. Pal*, 1858. 813 ; Paris, 26 avril 1877, S. 1880. 1. 54 ; *J. Pal.*, 1880. 1. 1236. — Bédarride, nos 665 et 666.

(2) Cass., 27 janv. 1880, S. 1880. 1. 165 ; *J. Pal*, 1880. 170. — Demangeat sur Bravard, I, p. 448, en note ; P. Pont, II, n° 2005.

(3) Demangeat sur Bravard, I, p 448, en note.

on devrait admettre que l'associé liquidateur représente aussi ses coassociés, du moins pour ce qui dépasse sa part sociale. En réalité, lorsqu'il y a un liquidateur étranger, tous les associés sont des associés non liquidateurs; dès lors, d'après les termes mêmes de l'article 64, ils peuvent se prévaloir de la prescription de cinq ans.

436. 2° *Le liquidateur est un des associés.* — Ce cas, qui est très fréquent pour les sociétés en nom collectif, donne naissance à une grave controverse.

Il est certain que, dans ce cas, les associés non liquidateurs jouissent du bénéfice de la prescription de cinq ans ; l'article 64 est formel en ce sens. Mais quelle est la situation de l'associé liquidateur? Celui-ci a une double qualité ; par suite, deux sortes d'actions existent contre lui : il est tenu des obligations de tous les associés et, en outre, des obligations qui incombent à tout liquidateur, spécialement de l'obligation de payer avec les valeurs sociales dont il est nanti. Les actions données contre lui comme liquidateur ne se prescrivent que par trente ans ; sur ce point encore, le doute n'existe pas. Mais faut-il donner la même solution pour les actions dont l'associé liquidateur est tenu comme associé ? Ne doit-on pas, au contraire, appliquer à ces dernières la prescription de cinq ans, tout comme si l'associé dont il s'agit n'était point chargé de la liquidation ?

La jurisprudence et quelques auteurs admettent, au contraire, que, sans qu'il y ait à faire de distinction entre les deux classes d'actions qui existent contre l'associé liquidateur, la prescription ordinaire de trente ans lui est seule applicable. Cette prescription est, dit-on en ce sens, la règle (art. 2262, C. civ.); un texte formel est indispensable pour l'écarter et lui substituer une prescription plus courte. Or, ce texte n'existe pas. L'article 64, C. com., déclare prescriptibles par cinq ans *toutes actions contre les associés non liquidateurs*, ce qui semble soustraire, *a contrario*, à cette prescription abrégée, *toutes actions contre les associés liquidateurs*. Si l'on fait remarquer qu'avec ce système, même les associés non liquidateurs ne seront pas libérés au bout de cinq ans, puisqu'ils seront exposés au recours en garantie du liquidateur poursuivi après ce délai on répond qu'il y a une différence entre l'action directe des créanciers contre les associés et le recours en garantie du liquidateur. Les associés, mal-

gré l'existence de ce recours, ne sont pas privés de l'avantage que la loi a voulu leur assurer, et qui est d'être exonérés des conséquences de la solidarité. L'action en garantie se divisera entre les associés, comme cela arrive dans le cas où un débiteur solidaire a dû acquitter toute la dette (art. 1214, C. civ.) (1).

Nous rejetons le système absolu de la jurisprudence qui applique la prescription trentenaire à *toutes* les actions dont sont tenus les associés liquidateurs (2).

Comme nous l'indiquons en posant la question, l'associé liquidateur a deux qualités différentes : les actions données contre lui comme liquidateur doivent naturellement se prescrire par trente ans de même que celles qui seraient données contre un liquidateur étranger ; mais, pour les actions qui existent contre l'associé liquidateur comme associé, la prescription est celle de l'article 64. Ce système est rationnel, il résulte de la double qualité des associés liquidateurs. L'article 64 n'implique nullement que toutes les actions contre les associés liquidateurs se prescrivent par trente ans. Il dit que *toutes* actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans ; il en résulte seulement, *a contrario*, que contre les associés liquidateurs *toutes* actions ne sont pas soumises à la prescription de cinq ans, autrement dit, qu'à l'égard des associés liquidateurs, certaines actions seulement se prescrivent par ce laps de temps.

Avec le système contraire, la condition des créanciers sociaux serait meilleure en présence d'un associé liquidateur que d'un liquidateur étranger. Il n'est guère rationnel que le choix fait par les associés ait une influence sur la durée du droit des créanciers. Cette doctrine empêche que les associés non liquidateurs ne soient déchargés après cinq ans de toutes les conséquences de la solidarité ; sans doute, le liquidateur obligé de payer une dette sociale après l'expiration de ce délai, ne pourrait, en principe, recourir contre

(1) En ce sens, Pardessus, III, n° 1000 ; Troplong, *Des sociétés*, II, n° 1051. — Cass., 28 mai 1872, S. 1873. 1. 149 ; *J. Pal.*, 1873. 359 ; D. 1872. 1. 247.

(2) Bravard et Demangeat, I, p. 449 et suiv. ; P. Pont, II, n° 2010 ; Thaller, *op. cit.*, n° 486.

chaque associé que pour sa part ; mais les insolvabilités devraient toujours être supportées par les associés solvables (art. 1214, al. 2, C. civ.). Aussi, le résultat de cette doctrine serait-il évidemment de détourner les associés de choisir l'un d'eux comme liquidateur, dans la crainte de prolonger la durée de leurs obligations. Cependant, le choix du liquidateur parmi les associés est fort désirable dans les sociétés en nom collectif, par cela même qu'il y a généralement peu d'associés.

436 *bis*. Quand un associé liquidateur est remplacé avant la fin de la liquidation, il est, dans notre système, libéré envers les créanciers sociaux après cinq ans depuis la dissolution de la société, s'il a rendu exactement ses comptes et ne détient plus de valeurs sociales. On devrait décider logiquement, dans l'opinion contraire, que, dans ce cas, l'associé liquidateur n'est, comme s'il avait continué ses fonctions, libéré des actions des créanciers sociaux que trente ans après la date de l'exigibilité de leurs créances.

Mais cette décision logique est évidemment fort rigoureuse. Aussi la jurisprudence qui ne reconnaît pas à l'associé liquidateur le droit d'invoquer l'article 64, C. com., apporte une atténuation à cette solution, en décidant qu'il peut s'en prévaloir quand il a rendu ses comptes et qu'il a été remplacé par un liquidateur auquel il a remis toutes les valeurs sociales. Seulement, la prescription de cinq ans ne courrait alors que du jour où le remplacement a été rendu public dans les formes légales (n° 376) (1).

Il y a là une solution absolument arbitraire dans le système que nous combattons ; elle prouve qu'il est inadmissible.

437. 3° *Tous les associés sont liquidateurs*. — Ce cas se produit, soit quand il y a une liquidation sans que personne ait été désigné comme liquidateur, soit lorsque la liquidation a été expressément confiée à tous les associés. La jurisprudence et les auteurs qui n'appliquent pas la prescription de cinq ans au profit des associés liquidateurs, sont conduits naturellement à l'écarter complètement dans cette hypothèse (2). Suivant nous, au contraire, cette prescription

(1) Cass., 8 août 1847, S. 1849. 1. 673 ; D 1849. 1. 309.

(2) V., pourtant, Trib. civ. Seine (2e ch.), 21 déc. 1901, *Pand. fr.*, 1903.

peut être invoquée par tous les associés pour les actions exercées contre eux en cette qualité.

437 *bis*. D'ailleurs, l'exclusion de la prescription de cinq ans pour les associés liquidateurs suppose nécessairement qu'il y a une liquidation. Aussi la Chambre des requêtes a-t-elle pu, sans se mettre en contradiction avec l'opinion dominante, admettre cette prescription dans un cas où il n'y avait pas eu de liquidation (n° 363) et où les héritiers de l'associé prédécédé qui l'invoquaient n'avaient eu en mains aucune portion de l'actif social (1).

438 Il a été supposé jusqu'ici que des créanciers sociaux agissent contre les associés, sans qu'aucune partie de l'actif ait été distribuée à ceux-ci, ce qui est le cas normal. Il se peut qu'au contraire, une portion de l'actif social soit répartie entre les associés avant que les créanciers sociaux soient désintéressés. Deux questions se posent alors : 1° les créanciers sociaux non payés ont-ils une action directe contre les associés à raison de cette indue répartition ? 2° cette action directe, si elle existe, est-elle soumise à la prescription quinquennale de l'article 64 ?

Les créanciers doivent avoir une action directe contre les associés qui ont contracté l'obligation de faire leurs apports non seulement envers la société, mais encore envers les personnes avec lesquelles le gérant pourra contracter. Les créanciers auraient contre eux une

2. 288 ; *le Droit*, n° du 12 avril 1902. Voici l'un des motifs de ce jugement très bien rendu :

« Attendu, que si de B. a été, concurremment avec ses deux autres « associés, nommé liquidateur de la Société, ce n'est pas en cette qualité « et sur les biens sociaux qu'il est actuellement poursuivi, mais comme « membre de la société en nom collectif et, à ce titre, tenu sur ses biens « personnels des dettes sociales ; que les dispositions de l'article 64, qui ne « concernent que les associés liquidateurs, lui sont, dès lors, inapplicables « dans la cause ».

(1) Cass., 15 déc. 1880, S. 1882. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 5 ; D. 1882. 2. 393 ; Paris (3e ch.), 19 décembre 1903, *la Loi*, n° du 23 mai 1904. Dans l'espèce du dernier arrêt, un associé avait bien été nommé liquidateur, mais il n'en avait jamais, en réalité, exercé les fonctions, car la société ne possédait d'autre actif qu'un mobilier de peu de valeur ; un procès-verbal de carence avait même été dressé. Cependant, les appelants prétendaient que cet associé ne pouvait leur opposer que la prescription de trente ans.

action directe pour les obliger à réaliser leurs apports (1) ; ils doivent avoir aussi une action directe, quand ces apports ont été restitués aux associés avant l'extinction complète de toutes les dettes sociales. Il y a eu là une restitution indue qui n'a pu libérer les associés envers les créanciers.

Cette action directe qui existe contre les associés, n'est pas soumise à la prescription de cinq ans, mais à la prescription trentenaire. La prescription abrégée n'a, selon nous, d'autre objet que d'atténuer les rigueurs de l'obligation personnelle et solidaire (nº 429). Dans l'espèce, ce n'est pas cette obligation qui est invoquée ; les créanciers se prévalent du droit de se faire payer sur le fonds social dont une partie a été restituée aux associés contre lesquels l'action est exercée.

Le délai de trente ans court à partir de l'échéance de chaque créance. Pour le point de départ de la prescription comme pour le délai même de cette prescription, le droit commun s'applique. Il n'autorise point à faire partir la prescription du jour de la dissolution comme cela a lieu, en principe, pour la prescription de cinq ans, en vertu de l'article 64 (nº 439 *bis*).

Sur l'un et l'autre points, la doctrine que nous défendons a été combattue. On a nié l'existence d'une action directe contre les associés apportionnés de valeurs sociales et on a soutenu que, s'il y a une action directe pour les créanciers, elle est soumise à la prescription de cinq ans.

Pour écarter l'action directe, on a dit qu'il n'y a pas de cause à l'obligation des associés envers les créanciers et que, par suite, ils ne peuvent être atteints qu'en vertu de l'article 1166, C. civ. Les créanciers ont une action contre le liquidateur en faute, celui-ci a un recours contre les associés et c'est ce recours seul que les créanciers sociaux peuvent exercer. On oublie dans cette opinion le

(1) La question de savoir si les créanciers sociaux ont une action directe contre les associés pour les contraindre à réaliser leurs apports n'offre de difficulté qu'à l'égard des associés (commanditaires ou actionnaires) qui ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports. Aussi cette question sera-t-elle examinée à propos de la société en commandite. V. nºs 473-475.

mandat donné au gérant par les associés de les obliger envers les tiers. D'ailleurs, dans une situation analogue, l'action directe est admise par le Code civil. Quaud un héritier bénéficiaire a payé des légataires avant les créanciers, ceux-ci ont une action directe contre les légataires pour les obliger à rembourser ce qu'ils ont reçu indûment (art. 809, C. civ.) Les légataires ne doivent rien recevoir avant le paiement intégral de toutes les dettes héréditaires. De même, les associés ne doivent rien recevoir des biens de la société, tant que les créanciers de celle-ci ne sont pas désintéressés.

On a soutenu aussi, avec la Cour de cassation (1), que la prescription de cinq ans s'appliquerait aux actions des créanciers contre les associés non liquidateurs pour la restitution des sommes qu'ils ont indûment reçues sur l'actif social, comme aux actions ayant pour but de les contraindre à l'exécution de leurs obligations personnelles contractées comme associés. On prétend déduire cette solution de la généralité des termes de l'article 64, qui parle de *toutes* actions. Seulement, dans cette doctrine, on admet que l'associé liquidateur peut être actionné pendant trente ans pour s'être à tort dessaisi des valeurs sociales entre les mains des associés, qu'il a un recours contre ceux-ci et que les créanciers peuvent, en vertu de l'article 1166, C. civ., exercer, du chef de l'associé liquidateur, cette action récursoire contre les associés.

Cette opinion méconnaît, selon nous, la portée de l'article 64 destiné seulement, nous le répétons, à atténuer la rigueur de l'obligation personnelle et solidaire. Au reste, elle est combattue par des auteurs qui appliquent l'article 64 même aux associés tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises (2). — V. n° 440 *bis*.

438 *bis*. Ce qui vient d'être dit s'appliquerait, selon nous, au cas où des associés n'auraient pas, lors de la dissolution, effectué leurs apports. Les actions données pour la réalisation de ces apports ne seraient pas soumises à la prescription de cinq ans. Cette prescription a seulement pour but d'atténuer la rigueur de l'obligation personnelle et solidaire (n° 428). — Mais cette solution n'est pas admise

(1) Cass., 27 janv. 1873, S. 1873. 1. 433 ; *J. Pal.*, 1873. 1121.
(2) P. Pont, II, n° 2009.

communément ; les auteurs et la jurisprudence donnent une portée très générale à l'article 64, C. com., et l'appliquent même aux actions qui ne tendent pas à obtenir contre les associés une condamnation dépassant le montant de leurs apports.

439. La prescription de cinq ans est établie par faveur pour les associés. Aussi ceux-ci peuvent-ils non seulement n'invoquer aucune prescription, mais encore en opposer une autre, s'ils y trouvent avantage. Cela se présente facilement pour les créances soumises, à raison de leur nature, à une prescription de moins de cinq ans. Cela peut se présenter aussi même pour des créances prescriptibles par plus de cinq ans, notamment par trente ans. Il suffit pour cela de supposer qu'au moment de la dissolution de la société, des dettes sociales soumises à la prescription trentenaire étaient exigibles depuis plus de vingt-cinq ans ; la prescription de trente ans se trouve alors accomplie avant celle de cinq ans.

439 *bis*. Point de départ de la prescription de cinq ans. — Il a été dit plus haut (n° 430) que l'article 64, C. com., s'applique dans les cas de dissolution ou de nullité de la société, de retraite ou d'exclusion d un associé. Le point de départ du délai de la prescription doit être fixé dans chacun de ces cas.

440. 1° *Dissolution*. — Il va de soi que la prescription court du jour même de la dissolution, lorsque la société est dissoute par une cause qui ne donne pas lieu à la publicité légale (n° 354). Cela s'appliquerait notamment au cas de dissolution de la société par l'expiration du terme convenu, si l'acte de société indiquant ce terme a été dûment publié, au cas de mort d'un associé (1), etc.

Au contraire, quand la dissolution, à raison de sa cause, doit être rendue publique dans les formes légales (n° 355), la prescription ne court que du jour où les formalités de publicité ont été accomplies. L'article 64 n'est pas clair à cet égard ; il semblerait même faire courir le délai de la prescription du jour de la dissolution. Mais cette solution serait inique ; il est naturel d'exiger que les créanciers soient avertis, dans les formes légales, de la dissolution qui soumet

(1) Poitiers, 18 juill. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896 2. 171.

leurs droits à une courte prescription, lorsque la loi elle-même n'admet pas que les tiers connaissent la dissolution sans ces formalités (1).

Faute de publicité, la prescription quinquennale, n'ayant plus de point de départ, ne pourrait être invoquée (2). On ne serait pas admis même à prouver, à l'égard des créanciers, qu'ils ont connu en fait la dissolution (n° 359).

441. 2° *Nullité*. — Les mêmes règles doivent être admises sur le point de départ de la prescription en cas de nullité de la société. Si donc l'on reconnaît (n° 356) que les jugements prononçant la dissolution d'une société doivent être rendus publics en vertu de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867, il faut donner la même solution pour les jugements de nullité. Par suite, quand la société est annulée, le délai de cinq ans ne court que du jour où les formalités de publicité ont été remplies.

441 *bis*. Les principes qui viennent d'être posés sont évidemment inapplicables aux actions nées d'opérations faites pour les besoins de la liquidation (n° 432). En faisant courir pour elles la prescription de cinq ans du jour de la dissolution ou de la publicité légale qui lui a été donnée, on violerait la règle selon laquelle un droit ne peut se prescrire avant d'être né. Le plus simple paraît être de fixer le point de départ de la prescription de ces actions au jour de la clôture de la liquidation (3). Cette clôture est l'équivalent de la dissolution de la société pour les opérations faites pendant la durée de celle-ci.

441 *ter*. Il a été dit plus haut (n° 438) que la jurisprudence avec certains auteurs applique la prescription de cinq ans même à l'action en restitution des sommes indûment réparties entre les associés

(1) Cass., 24 nov. 1845, S. 1846. 1. 133 ; *J. Pal.*, 1845. 2. 673 ; D. 1846. 1. 23. — P. Pont, II, n° 2014.

(2) Le tribunal de commerce de la Seine a, dans un jugement du 14 janvier 1901 (*la Loi*, n° du 1er mai 1901), fait une application de la règle posée au texte. Il a décidé que, si le numéro du journal dans lequel a été faite l'insertion de l'acte de dissolution, n'a pas été enregistré dans les trois mois de la date de cette insertion conformément aux articles 56 et 61 de la loi du 24 juillet 1867, la prescription de cinq ans ne peut pas courir au profit des associés.

(3) P. Pont, II, n° 2017.

avant le paiement des créanciers sociaux. Les partisans de cette opinion sont embarrassées au sujet du point de départ à assigner, dans ce cas spécial, à la prescription abrégée. Doit-elle courir, soit du jour de la dissolution ou de la publication de la dissolution selon les distinctions faites plus haut (n° 440), soit du jour de la répartition irrégulière (1) ? Cette dernière solution est conforme aux principes généraux du droit : une action ne peut commencer à se prescrire avant d'être née.

442. 3° *Exclusion, retraite d'un associé*. — Ces événements constituent, à l'égard de l'associé exclu ou se retirant, une sorte de dissolution partielle ou relative ; aussi applique-t-on au profit de cet associé la prescription de cinq ans. Le point de départ est naturellement le jour où il y a eu, dans les formes légales, publication de la retraite ou de l'exclusion V. n° 202 *e*.

443. Les points de départ assignés à la prescription quinquennale supposent qu'il n'existe aucune cause de suspension. En d'autres termes, cette prescription court au plus tôt à compter de la dissolution ou de l'accomplissement des formalités légales de publicité. Elle peut ne courir, pour certaines créances, que d'une date postérieure ; c'est là ce qui a lieu quand il existe une cause de suspension (n° 444), ou encore quand il s'agit de créances nées d'opérations faites pendant la liquidation (n° 441 *bis*).

443 *bis. Interruption de la prescription*. — La prescription de cinq ans peut, d'après l'article 64 lui-même, être interrompue par des poursuites judiciaires. Il n'est pas douteux qu'il y a là une disposition purement énonciative, que toutes les autres causes ordinaires d'interruption, saisie, commandement, reconnaissance expresse ou tacite de dette (art. 2244, 2245, 2248, C. civ.) (2), doivent être admises.

Mais à l'égard de qui l'acte interruptif doit-il avoir lieu pour produire ses effets contre tous les associés ? Il suffit qu'il y ait un acte d'interruption à l'égard du liquidateur ou d'un associé. Le

(1) Labbé, note sur l'arrêt du 27 janvier 1873 de la Chambre des requêtes, S. 1873. 1. 433 ; *J. Pal.*, 1873. 1121.

(2) Cass., 19 janv. 1859, S. 1860. 1. 565 ; *J. Pal.*, 1859. 351 ; D. 1859. 1. 72.

liquidateur est constitué mandataire de la société ; il la représente après sa dissolution comme le gérant pendant sa durée. En conséquance, les actes interruptifs faits contre le liquidateur doivent produire leurs effets contre les associés, comme les actes interruptifs faits contre le gérant. Quant aux associés, ils sont débiteurs solidaires et, comme il y a solidarité parfaite entre eux (n° 279), l'article 1206, C. civ., leur est naturellement applicable.

Ce qui vient d'être dit est vrai pour le cas de retraite ou d'exclusion d'un associé en ce qui concerne cet associé, comme pour le cas de dissolution. Seulement, dans ces deux cas, il n'y a pas de liquidateur.

Quand un acte interruptif est invoqué, il faut déterminer s'il y a eu une simple interruption ou une interruption avec novation. Dans la première hypothèse, la presciption de cinq ans recommence à courir. Dans la seconde, la nouvelle prescription qui court est celle de trente ans. Analogie, article 189, C. com. (1).

444. Suspension de la prescription. — Il n'est pas question, dans l'article 64, de la suspension de la prescription ; on ne doit pas en conclure que toutes les causes de suspension sont écartées. Il y a lieu d'admettre celles qui s'appliquent, dans notre législation, aux courtes prescriptions. Ainsi, il n'y a pas sans doute suspension de la prescription de l'article 64 à raison de l'incapacité des créanciers (minorité, interdiction) (2) ; ces causes de suspension n'atteignent pas les courtes prescriptions (art. 2278, C. civ.). Au contraire, pour les créances à terme ou sous condition, la

(1) V. sur l'article 189, C. com . spécialement au point de vue des cas où il y a, soit simple interruption, soit novation, *Traité de Droit commercial*, IV, n° 440.

(2) Lors de la discussion de l'article 64 au Conseil d'Etat, Réal demanda si la prescription de cinq ans courait contre les mineurs. L'Archichancelier Cambacérès dit que : « de droit commun, la prescription est suspendue pendant la minorité, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*, mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe ». — Il y avait là une erreur évidente consistant à appliquer la cause de suspension dérivant de la minorité du créancier même à une courte prescription. V. art. 2278, C. civ.

prescription ne court que du jour de l'arrivée du terme ou de la condition quand elle est postérieure à la dissolution de la société. La suspension dérivant du terme ou de la condition (art. 2257, C. civ.). s'applique aux courtes prescriptions comme aux autres.

445. DISPOSITIONS DES LOIS ÉTRANGÈRES RELATIVES A LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉ. — On trouve, dans les lois étrangères, des dispositions qui, comme l'article 64 du Code de commerce français, ont pour but de réduire la durée de la prescription en matière de société. La prescription abrégée admise par ces lois, est de cinq ans comme celle de la loi française ; mais il s'en faut que toutes les lois consacrent exactement le système de notre Code.

Les Codes de commerce *allemand* et *hongrois*, ainsi que le Code *suisse* des obligations, adoptent des règles qui se rapprochent beaucoup de celles du Code de 1807.

Le Code de commerce *allemand* (art. 159 et 160) admet la prescription de cinq ans pour les actions existant contre un associé à raison d'obligations de la société. Il ne fait pas de distinction entre les associés liquidateurs et les associés non liquidateurs. Il assigne comme point de départ à cette prescription l'inscription, dans le registre du commerce, de la dissolution de la société, de la retraite ou de l'exclusion d'un associé. Toutefois, pour les créances devenues seulement exigibles après cette inscription, la prescription ne court que du jour de l'exigibilité de chacune d'elles. S'il existe un actif social indivis, la prescription de cinq ans ne peut être opposée au créancier qui ne demande à être payé que sur l'actif social. Le Code allemand exclut expressément la suspension de la prescription à l'égard des incapables. Il admet, au contraire, l'interruption ; mais, en ce qui la concerne, il pose des règles un peu spéciales et contraires à celles que nous avons admises pour le Droit français. Selon l'article 148 du Code allemand, la prescription en faveur d'un associé faisant partie de la société au moment de sa dissolution, n'est pas interrompue par des actes faits contre un autre associé ; mais elle est interrompue par des actes faits contre les liquidateurs. En cas de retraite ou d'exclusion d'un associé, la

prescription n'est pas interrompue à son égard par des actes faits, soit contre la société qui continue de subsister, soit contre un autre associé. V. n° 443 *bis*.

Des dispositions identiques se trouvent dans le Code *hongrois* (art. 121 à 124) et dans le Code *suisse* des obligations art. 585 à 589). Le Code *hongrois* n'admet, comme cause d'interruption, que l'exercice d'une action en justice. Le Code *suisse* (art. 585, 2e alin.) indique expressément que la prescription abrégée n'est pas applicable aux actions des associés les uns contre les autres. Il écarte aussi cette prescription à l'égard de l'associé qui a repris la suite des affaires en passant à son compte l'actif et le passif (art. 585, 2e alin.).

La loi *belge* du 18 mai 1873 a profondément modifié sur plusieurs points les dispositions du Code de commerce français et a donné à la prescription de cinq ans une extension qu'elle n'a pas en France, en Allemagne, en Hongrie, en Suisse. L'article 127 de la loi *belge* déclare prescrites par cinq ans toutes actions contre les associés, sans distinguer entre ceux qui ne sont pas liquidateurs et ceux auxquels cette qualité appartient. Il assigne comme point de départ à cette prescription la publication de la retraite de l'associé dont il s'agit, ou celle d'un acte de dissolution de la société, ou le terme contractuel de la société. La prescription de cinq ans est également admise pour toutes actions contre les liquidateurs actionnés en cette qualité comme détenant l'actif social à partir de la publication de la clôture de la liquidation. Elle est aussi appliquée à toutes actions contre les gérants et liquidateurs pour faits de leur mandat à partir de ces faits.

Les Codes de commerce *italien*, *roumain* et *portugais* ont, plus encore que la loi *belge*, donné une grande étendue à la prescription abrégée et modifié complètement le point de départ admis par le Code français.

Le Code *italien* s'est occupé, dans le livre IV, de la durée des actions en matière commerciale. Cette durée est de dix ans, quand le Code de commerce ou d'autres lois n'établissent pas une prescription plus courte (art. 915). Le Code italien en admet précisément une plus courte en matière de sociétés. Les actions dérivant du

contrat de société ou des opérations sociales, sont prescrites par cinq ans, pourvu que l'acte de société ait été régulièrement publié (art. 919-1°). Il résulte bien de là que cette prescription s'applique aux actions des associés entre eux comme aux actions des tiers contre les associés ; ce sont les premières actions qui dérivent du contrat de société. Il n'y a pas non plus à distinguer entre les actions intentées contre les associés et les actions intentées contre la société. La prescription court du jour de l'échéance de l'obligation ou du jour de la publication de l'acte de dissolution, si l'obligation n'est pas alors encore échue. D'après le Code italien (art. 103), la dissolution de la société avant le terme convenu n'a d'effet envers les tiers qu'un mois après la publication de l'acte de dissolution aussi, dans ce cas, la prescription ne court qu'à partir de l'expiration de ce dernier délai. Pour les actions dérivant de la liquidation de la société, la prescription court à partir de l'approbation du bilan final dressé par les liquidateurs.

Les Codes de commerce *roumain* (art. 941) et *portugais* (art. 150) reproduisent textuellement ces règles.

Section II. — De la société en commandite (1)

446. La société en nom collectif, grâce à la responsabilité illimitée et solidaire des associés, peut jouir d'un certain crédit. Elle ne saurait, pourtant, convenir aux affaires importantes ; elle ne peut réunir ni de nombreux associés, ni des capitaux considérables. Elle exige, en effet, une confiance très grande des associés les uns dans les autres : par le fait du gérant, tous les associés sont obligés sur tous leurs biens et l'insolvabilité de l'un d'eux retombe, par suite de la solidarité, sur les autres (art. 1214, 2e alin., C. civ.). Ce n'est pas tout : celui qui entre dans une société en nom collectif devient commerçant ; il est exposé, par suite, aux risques de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

La société en commandite remédie en partie à ces inconvénients

(1) C. com., art. 23 à 28 ; L. 24 juill. 1867, art. 1 à 20 ; Consult. Renaud, *Das Recht der Commanditgesellschaften* (Leipzig, 1881).

de la société en nom collectif ; avec elle, des personnes peuvent avoir la chance de réaliser des bénéfices illimités, sans courir de grands risques et sans devenir commerçants.

447. En effet, la société en commandite, et c'est par là qu'elle diffère essentiellement de la société en nom collectif, comprend deux classes d'associés : les uns, appelés *commanditès*, sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, tandis que la responsabilité des autres, appelés *commanditaires*, est limitée à l'apport de chacun d'eux. Cette société permet particulièrement l'alliance du capital et du travail. Grâce à elle, d'un côté, le capitaliste, en devenant associé en qualité de commanditaire, peut tirer de son argent des bénéfices illimités sans risquer de perdre plus que la somme qu'il consent à exposer ; d'un autre côté, celui qui n'a que sa capacité et son habileté peut, sans fortune personnelle, tirer profit de son travail, au moyen des capitaux que lui fournissent des coassociés.

448. La société en commandite ne vient pas du Droit romain (1) ; on y trouve seulement des sociétés qu'on peut rapprocher de la commandite, mais qui avaient un objet tout spécial. Les impôts étaient, on le sait, affermés à des sociétés (*societates vectigalium*). Il paraît résulter des textes qu'à la tête de chacunes de ces sociétés étaient des associés (*mancipes*), qui contractaient avec l'État et lui donnaient les garanties exigées. A côté d'eux étaient des associés (*publicani*), qui fournissaient des capitaux et n'étaient obligés que jusqu'à concurrence du montant de ceux-ci (2).

449. L'origine de la société en commandite se trouve dans le *contrat de commande* (*commanda*, *accommanda*, *commandita*), contrat qui prit naissance au x^e^ ou au xi^e^ siècle sur les côtes de la Méditerrannée (3). Par ce contrat une personne confiait à un marchand ou à un marin un capital en argent ou en marchandises, pour

(1) Achilles Renaud, *Das Recht der Commanditgesellschaften*, p. 13.

(2) Baron, *Pandekten*, § 303, p. 516.

(3) V. sur les origines de la société en commandite, Silberschmidt, *Die commanda in ihrer fruehesten Entwickelung bis zum XIII. Jahrhundert*, Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts* (3^e^ édition), p. 245 à 271 ; Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite* (*Annales de Droit commercial*, 1895, p. 10 et suiv.; 1896, p. 49 et suiv.; 1897, p. 29 et suiv.).

le faire fructifier en achetant, en vendant et en revendant au besoin. Cette personne se réservait une part dans les bénéfices des opérations et ne courait d'autres risques que de perdre le fond de la commande, c'est-à-dire le capital.

Le nom de ce contrat vient de *commendare*, qui signifie confier, déposer, donner mandat. Comme cela arrive souvent, l'origine latine de la dénomination ne doit pas faire croire à l'origine romaine de l'institution (nº 448). Les parties apparaissent sous les noms variés — pour celui qui faisait remise du capital, de *commendator*, *accommendator*, *capitaneus*, *commendans*, — pour celui qui recevait le capital, de *commandatarius*, *commandarius*, *accommandatarius*.

La pratique du contrat de commande fut d'abord spéciale au commerce de mer, puis elle s'étendit au commerce de terre. Souvent, des personnes remettaient leurs capitaux à des négociants qui se chargeaient de les employer dans un commerce, avec convention que les bailleurs de fonds ne seraient pas tenus des dettes au-delà de leurs mises. Ces bailleurs de fonds n'étaient pas commerçants ; ils restaient inconnus ; le gérant faisait les opérations en son nom.

Le contrat de commande tenait à la fois de la nature du louage de services et de la société. La partie tenue sur tous ces biens et jouant le rôle de gérant, n'apportait jamais que son industrie ; mais elle se trouvait rémunérée par une part dans les bénéfices. Il ne faut donc pas confondre avec le contrat de commande le contrat désigné parfois sous le nom de *implicita* ; le gérant n'y avait pas droit à une part dans les bénéfices, mais à une somme fixe.

450. Le contrat de commande donna l'idée de former de véritables sociétés ayant pour objet une branche de commerce et dans lesquelles il y avait un ou plusieurs associés tenus indéfiniment des dettes sociales et d'autres tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises (1). Les premiers fournissaient parfois, outre leur industrie, des capitaux comme les seconds.

La société en commandite se répandit beaucoup ; on a pu dire

(1) V. Max Weber, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften*, p. 45 et suiv.

que c'était la société du moyen-âge et du début des temps modernes. Deux causes principales contribuèrent à son développement : l'interdiction du prêt à intérêt admise en vertu du Droit canonique et la défense faite au gens de qualité de se livrer à des opérations commerciales. La commandite donnait aux capitalistes un moyen de faire valoir leurs capitaux qu'ils ne pouvaient pas, d'après la doctrine canonique adoptée par le Droit civil, placer à intérêt. Les gens de qualité pouvaient, grâce à la commandite, s'intéresser, sans déroger, dans les opérations commerciales (1). Jousse (*Introduction au titre IV de l'Ordonnance de 1673*) dit : « Le plus souvent, ces sortes de sociétés se font avec des personnes qui ne sont point négociants par état et quelquefois même avec des officiers et des personnes de distinction. »

451. L'Ordonnance de 1673 est la première loi qui s'est occupée de la société en commandite. Elle distinguait expressément (titre IV, art. 1) la *société générale* qui n'est autre que la *société en nom collectif* (n° 146) et la société en commandite ; puis, elle indiquait que *les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à la concurrence de leur part*. La société en commandite n'avait pas de raison sociale ; le gérant devait faire les opérations sociales sous son nom personnel. Cependant, dans l'usage, la société en commandite recevait souvent une raison sociale. L'acte de société n'était, soumis à la publicité qu'autant que les commanditaires étaient des commerçants, un extrait de cet acte devait être enregistré au greffe de la juridiction consulaire et inséré dans un tableau exposé en lieu public (titre IV, art. 2) ; l'extrait (art. 3) devait indiquer les noms des associés, même des commanditaires. Jousse, sur l'article 2 du titre IV de l'Ordonnance, explique fort bien qu'autrement, on aurait détruit l'usage des sociétés en commandite dont les associés ne veulent pas le plus souvent être connus.

452. Le Code de commerce de 1807 a beaucoup innové en matière de société en commandite. Les innovations ont été les suivantes :

a) Cette société a une raison sociale, comme la société en nom collectif (art. 23, 2e alin., C. com.).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 38.

b) Il y a deux espèces de commandites, la commandite simple ou par intérêts, qui se rapproche surtout de la société en commandite de l'Ordonnance de 1673, et la société en commandite par actions, qui offre une grande analogie avec la société anonyme (art. 23 et 38, C. com.).

c) La société en commandite est toujours soumise, comme toutes les sociétés de commerce autres que les sociétés en participation, à des formalités de publicité.

453. A l'exemple du Code français les législations étrangères admettent, en général, la société en commandite et en reconnaissent deux espèces. Toutefois, la commandite a été pendant longtemps inconnue en *Grande Bretagne*. La loi y admettait seulement depuis 1867 une combinaison spéciale qui a, avec la commandite; une certaine analogie. D'après la loi du 20 août 1867 (art. 4 à 9) (1), il peut être stipulé que les administrateurs d'une société à responsabilité limitée seront tenus sur tous leurs biens. Cette stipulation peut résulter des statuts ou d'une modification qui y est apportée postérieurement. En fait, on n'use presque jamais de cette faculté. Les idées anglaises ont été pendant longtemps défavorables au mélange dans une même société de la responsabilité limitée et de la responsabilité illimitée, tandis qu'au contraire, les sociétés en commandite simple sont assez répandues dans les Etats-Unis d'Amérique; elles y sont connues depuis longtemps sous le nom de *limited partnerships*. Un changement dans les idées se produit en Grande-Bretagne. Une loi de 1907 s'occupe spécialement sous ce nom de *limited partnerships* de sociétés qui correspondent aux sociétés en commandite simple du continent. 7 Edw. 7, ch. 24, *Limited partnerships AA*, 1907 (2) (3).

Le Code de commerce *hongrois* est le seul Code du continent

(1) XXX et XXI, Victoria, chap. 131.

(2) On sait que, dans quelques Etats de l'Union, l'influence de la législation française a été grande et est durable.

(3) Dans ces sociétés on distingue deux classes d'associés, il y a un ou plusieurs *general partners*, qui correspondent aux commandites et un ou plusieurs *limited partners*, qui correspondent aux commanditaires.

qui n'admet qu'une seule espèce de commandite, la société en commandite par intérêts (1).

454. La société en commandite a reçu de nos jours de nouveaux et grands développements. Sans doute le prêt à intérêt n'est plus défendu ; mais il y a là une forme de société qui convient spécialement bien aux inventeurs et à toutes les personnes douées d'une capacité particulière, jouissant d'une certaine considération et manquant de capitaux. Par la commandite ces personnes s'en procurent plus facilement parfois que par des emprunts et elles ont l'avantage de pouvoir gérer l'entreprise avec une grande indépendance, par cela même que la loi restreint les droits des commanditaires (art. 27 et 28, C. com.) V. nos 485 et suiv.

455 Les deux sortes de sociétés en commandite (*commandite par intérêts* ou *simple commandite* et *commandite par actions*) ont des caractères communs, à raison desquels elles sont, sous certains rapports, régies par des règles semblables. Chacune d'elles a aussi quelques caractères propres ; ils expliquent que le législateur les ait soumises, sous d'autres rapports, à des règles quelque peu divergentes.

Par suite, il sera traité distinctement : 1° *des règles communes aux deux espèces de commandite* ; 2° *de la commandite simple ou par intérêts* 3° *de la commandite par actions.*

La commandite simple se rapproche de la société en nom collectif par cela même que, comme celle-ci, elle est une société par intérêts (2). La commandite par actions a des liens intimes avec la société anonyme : ce sont là les deux grandes espèces de sociétés par actions reconnues par notre législation Un grand nombre de règles légales sont communes à ces deux sortes de sociétés. Aussi ne sera-t-il parlé spécialement de la société en commandite par actions

(1) V., pour les motifs de l'exclusion, dans le Code de commerce *hongrois,* de la société en commandite par actions, n° 674 *bis.*

(2) D'après la loi anglaise de 1907 sur les *limited partnerships,* ces sociétés sont, en principe, régies par les règles qui s'appliquent aux *partnerships* simples qui correspondent à nos sociétés en nom collectif. V. article 7, *Limited partnerships act,* 1907.

pque dans la partie de ce traité consacrée aux sociétés par actions. V. nos 973 et suiv.

1° De la commandite en général.

A. — *Caractères généraux de toute société en commandite.*

456. On peut, sous l'empire du Code de 1807, définir la société en commandite : *une société par laquelle plusieurs personnes conviennent de faire le commerce sous une raison sociale, en acceptant, les unes une responsabilité limitée au montant de leurs apports, les autres une responsabilité illimitée et solidaire* (art. 23, C. com.).

Il peut n'y avoir qu'un seul associé responsable indéfiniment et, dans ce cas, il ne saurait évidemment être question de solidarité. On peut dire, avec l'article 24, C. com., que, lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard et société en commandite à l'égard des autres associés (1). Il n'y a pas, pour cela, deux sociétés juxtaposées, mais une société unique comprenant deux catégories d'associés tenus différemment des dettes sociales. On dit quelquefois, en faisant allusion à ces deux classes d'associés, qu'il y a dans la société en commandite deux éléments : l'un personnel, représenté par les commandités, l'autre réel, représenté par les commanditaires. C'est à raison de ces deux éléments qu'on avait proposé, lors de la discussion du projet de Code de commerce au Conseil d'État, d'appeler la société en commandite *société mixte*. On a pensé avec raison qu'il n'y avait aucune utilité à changer un nom consacré depuis longtemps par l'usage ; un nom nouveau aurait pu introduire en erreur, faire croire à tort à l'existence d'une espèce nouvelle de société.

Les associés tenus personnellement sont les *commandités*. On

(1) Beaucoup de lois étrangères expriment, comme le Code français (art. 24), l'idée qu'entre les commandités il y a une société en nom collectif. V. loi *belge* de 1873, art. 20 ; C. *hongrois*, art. 125. 2e alin. ; C. *italien*, art. 115 ; C. *roumain*, art. 115 ; C. *espagnol*, art. 148, 2e alin. ; C. *portugais*, art. 200. Le Code de commerce *allemand* de 1861 (art. 150, 2e alin.), contenait la même disposition.

les appelait anciennement aussi *complimentaires*, parce que c'est parmi eux que sont choisis les gérants, de telle sorte qu'ils font pour ainsi dire les honneurs de la maison.

Dans l'usage, on emploie parfois le mot *gérants* comme synonyme de *commandités* ; cela vient de ce que souvent il y a un seul commandité qui est seul gérant ou un nombre fort restreint de commandités qui tous sont gérants. Toutefois, cela n'est pas rigoureusement exact ; car il se peut que les commandités ne soient pas tous gérants, même qu'aucun d'eux ne soit gérant, c'est là ce qui a lieu dans le cas fort rare où la gérance est confiée à un tiers (1) (n° 485).

On applique aux commandités la disposition de l'article 1859, 1er alin., C. civ., d'après laquelle chaque associé n'est considéré comme ayant reçu le pouvoir de gérer les affaires sociales qu'autant qu'il n'y a pas de clause contraire.

Les associés tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises sont appelés *commanditaires* ou *bailleurs de fonds* (art. 23 et 75, C. com.). Cette dernière expression est amphibologique ; elle sert parfois aussi à désigner des prêteurs : les commanditaires sont des associés, non des prêteurs (nos 465 et suiv.).

457. Dans la commandite, il y a deux exceptions aux principes généraux du droit. D'abord, la situation de tous les associés n'est pas identique. Ensuite, par dérogation à la règle : *qui s'oblige oblige le sien* (art. 2092, C. civ.), les commanditaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises. Aussi l'on ne présume pas l'existence d'une commandite ; quand les parties constituent une société de commerce sans s'exprimer sur sa nature, elle est en nom collectif (2) (n° 150).

D'ailleurs, il va de soi qu'il n'y a pas de termes sacramentels. C'est

(1) Une application de l'idée indiquée au texte relative à la distinction à faire entre les deux qualités de commanditaire et de gérant est faite lorsqu'un commandité ayant la gestion donne sa démission de gérant. Il reste, néanmoins, tenu personnellement des dettes sociales en qualité de commandité. Cass., 29 décembre 1897, *Pand. fr.*, 1898. 1. 237 ; *Journal des sociétés*, 1898, p. 211.

(2) Tribunal civil de Tunis (2e ch.), 13 avril 1889, *la Loi*, n° du 24 mai 1889.

au juge, en cas de difficulté, à rechercher quelle a été la volonté des parties. Il pourrait décider qu'une société qualifiée de commandite, n'en a pas les caractères ou, au contraire, qu'une société qui n'a pas reçu des parties cette qualification, est, en réalité, une société en commandite. Il y a là une question d'interprétation sur laquelle les juges du fond sont souverains. Mais, conformément aux principes généraux qui déterminent ses pouvoirs, la Cour de cassation peut et doit examiner si, en admettant comme constants tous les faits énoncés dans une décision judiciaire, la qualification légale donnée à la société est exacte.

458. Au principe général qui vient d'être posé, il y a des exceptions sur la portée desquelles il importe de ne pas se méprendre. Deux sortes de sociétés semblent être, soit à moins de convention contraire, soit même nécessairement, des sociétés en commandite ; mais il s'en faut qu'elles aient tous les caractères de ces sociétés.

a) Les sociétés constituées pour faire la course, s'il n'y a pas de convention contraire, sont réputées en commandite, d'après l'arrêté du 2 prairial an XI (art. 1). Cette disposition ne peut plus avoir qu'une application très restreinte. La course a été supprimée par la Déclaration de Paris du 16 avril 1856. Seulement, des navires de commerce pourraient encore être armés en course dans une guerre, soit contre un des États n'ayant pas adhéré sur ce point à cette Déclaration (Espagne, États-Unis d'Amérique, Mexique, etc...) (1), soit contre un État qui délivrerait des lettres de marque, bien qu'y ayant donné son adhésion.

Malgré la qualification que lui donne l'arrêté de l'an XI, une société formée pour faire la course, est loin d'avoir les caractères propres de la commandite. En effet, le gérant, comme les commanditaires, n'est tenu que jusqu'à concurrence du cautionnement que doit fournir toute personne qui réclame la délivrance de lettres de marque. En outre, les commanditaires ne sont pas exclus de la ges-

(1) L'*Espagne* et le *Mexique* ont fait connaître, à la seconde Conférence de la paix tenue à la Haye en 1907, leur intention d'adhérer à la Déclaration de Paris de 1856.

tion, comme ils le sont généralement dans les commandites, en vertu des articles 27 et 28, C. com. (nº 485) (1).

b) Les sociétés constituées pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agents de change, comprennent nécessairement deux classes d'associés. Aux termes de l'article 75, C. com , modifié par la loi du 2 juillet 1862, *les agents de change près les Bourses pourvues d'un parquet pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur. Ces bailleurs de fonds ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils auront engagés.* — Ces sociétés ressemblent aux commandites, en ce qu'elles comprennent deux classes d'associés. Mais on exagérerait en les assimilant absolument à des sociétés en commandite. Sous des rapports importants, les sociétés dont il s'agit ne sont pas régies par les règles des commandites. Ainsi : 1º il n'y a pas de raison sociale ; l'agent de change titulaire fait les opérations en son nom, tout comme s'il n'avait pas d'associés ; 2º une seule personne peut être tenue *in infinitum*, le titulaire de l'office ; 3º la part *minima* de celui-ci est fixée par la loi même : elle est du quart de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement (art. 75, C. com) ; 4º l'application des articles 27 et 28, C. com., à ces sociétés est fort douteuse. Le rapporteur de la loi du 2 juillet 1862, qui a autorisé les agents de change près les Bourses pourvues d'un parquet, à s'adjoindre des bailleurs de fonds, s'exprimait ainsi dans son rapport au Corps législatif :

« Sans doute, cette société ne rentre pas dans le cadre des trois ou « quatre sociétés définies ou réglées par le Code de commerce. Mais « la loi peut toujours, suivant le besoin, créer des sociétés nou- « velles ; celle-ci sera une société *sui generis* spéciale pour un objet « spécial. Elle aura ses règles propres qui seront avouées par la « raison et l'expérience (2). »

458 *bis*. Une société en commandite a ordinairement cette nature

(1) Arthur Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime*, II, nº 316.

(2) V., sur les sociétés formées pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agents de change, *Traité de Droit commercial*, IV, nºs 876 à 879.

dès le moment de sa création. Il n'en est pas toujours ainsi. Une société se transforme parfois en commandite par suite d'une cause postérieure. C'est là ce qui se présente dans une société en nom collectif, soit quand il est convenu qu'un associé ne sera plus désormais tenu que jusqu'à concurrence de sa mise (n° 205 *c*), ce qui le transforme en commanditaire ; soit quand il est stipulé que les héritiers d'un associé en nom collectif seront considérés comme des commanditaires (n° 314), de telle sorte que le prédécès d'un associé modifie la nature de la société. L'existence d'une commandite se trouve dans le dernier cas, qui est très fréquent, soumise à une condition, le prédécès de l'associé désigné.

459. Il résulte de ce qui vient d'etre dit que les caractères généraux, qui se rencontrent dans les deux espèces de commandites, sont : *a*) la division des associés en deux classes, les commandités et les commanditaires ; *b*) l'existence d'une raison sociale.

Le second de ces caractères n'est pas, toutefois, exclusivement propre à la commandite ; il se trouve aussi dans la société en nom collectif. Comme la remarque en a été faite précédemment (n° 149), la raison sociale existe dans des sociétés de personnes ou sociétés dans lesquelles il y a des associés tenus sur tous leurs biens, par opposition aux sociétés anonymes dans lesquelles aucun associé n'est tenu au delà de sa mise

460. *a*) Il peut y avoir, et c'est là le cas visé par l'article 23, C. com., plusieurs commandités et plusieurs commanditaires. Mais rien n'empêche qu'il y ait seulement un associé de chacune de ces catégories. Toutefois, en fait, dans la commandite par actions, il y a toujours pluralité de commanditaires ; le nombre même en est souvent très grand (n° 463), comme dans la société anonyme.

461. *b*) L'article 23, C. Com., dispose que 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 ; il en était, du moins, ainsi d'après l'Ordonnance de 1673, mais non pans l'usage (n° 451).

462. La raison sociale d'une commandite ne peut comprendre, comme celle d'une société en nom collectif, des noms de personnes étrangères à la société. Mais on ne peut pas y insérer le nom de

tout associé ; le nom d'un commanditaire ne peut y figurer (art. 23, dern. alin. et art. 25, C. com.) ; les tiers pourraient autrement croire qu'il est commandité.

Le tiers ou le commanditaire qui laisserait introduire son nom dans la raison sociale serait exposé à être tenu personnellement et solidairement des dettes sociales, comme s'il était commandité (n° 153).

Il va, du reste, de soi que, dans le cas qui vient d'être supposé, la responsabilité illimitée du commanditaire n'existe qu'à l'égard des tiers. Celui-ci a un recours contre les commandités pour l'excédent de ce qu'il a dû payer aux créanciers sociaux sur sa mise (n° 452 *bis*).

462 *bis*. Beaucoup de Codes étrangers ont pris soin de prévoir le cas où un commanditaire laisse insérer son nom dans la raison sociale et de déclarer qu'il est alors obligé comme s'il était commandité. V. Code de commerce *hongrois*, art. 142 ; *italien*, art. 114, dern. alin ; *roumain*, art, 114, dern. alin. ; code *suisse* des obligations, art. 600 ; Codes de commerce *espagnol*, art. 147, 2e alin. ; *portugais*, art. 202 (1). La plupart de ces dispositions indiquent que la responsabilité illimitée existe seulement à l'égard des tiers.

463. De même que dans la société en nom collectif, on forme parfois la raison sociale, dans la société en commandite, en ajoutant au nom d'un ou de plusieurs commandités les mots « et compagnie » (n° 151). Mais, quand il y a un seul commandité, la raison sociale peut-elle être formée du nom de celui-ci avec l'adjonction des mots « et compagnie » ? On pourrait croire que cela n'est pas possible ; une raison sociale ainsi conçue semble de nature à induire les tiers en erreur, en leur faisant croire qu'à côté du commandité dont le nom figure dans la raison sociale, il y en a, au moins, un autre. Cette considération spécieuse ne saurait empêcher la formation d'une raison sociale telle que celle qui vient d'être supposée.

(1) D'après le Code de commerce *allemand* (art. 19, al. 4) le nom d'un commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale *(gemeinschaftliche Firma)*. Mais le Code de 1897 n'admet plus, comme celui de 1861 (art. 168) que le commanditaire qui a laissé violer cette prohibition, est tenu personnellement des dettes sociales.

Sans l'insertion des mots *et compagnie*, il n'y aurait pas, en réalité, de raison sociale ; on ne pourrait pas distinguer, par un signe en quelque sorte matériel, les actes faits par le commandité agissant pour son compte des actes faits par lui pour le compte de la société. Du reste, les déclarations faites dans les travaux préparatoires du Code de commerce ne peuvent pas laisser subsister un doute sérieux sur ce point. La question a été prévue et il a été indiqué que, par les formalités de publicité, les tiers sont mis à même de savoir si le commandité dont le nom figure dans la raison sociale a ou n'a pas à côté de lui d'autres associés obligés personnellement (1).

463 *bis*. Comme dans la société en nom collectif, la raison sociale est de la nature, non de l'essence de la société. L'absence d'une raison sociale n'empêcherait pas de traiter la société comme une société en commandite, si, en fait, il y avait des associés tenus personnellement des dettes sociales et d'autres associés obligés seulement jusqu'à concurrence de leurs mises (n° 451).

B. — *Droits et obligations des commanditaires et des commandités*

464. Les commanditaires et les commandités ont sans doute des caractères communs ; ce sont des associés. Mais ni leurs droits ni leurs obligations ne sont identiques. Ainsi qu'il a été dit plus haut (n° 456), les commandités sont traités comme des associés en nom collectif (art. 24, C. com.). Les commandités sont donc tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (art. 24, C. com.). L'obligation qu'ils contractent d'effectuer leurs mises, est certainement commerciale ; de plus, ils sont commerçants. Enfin, il n'est pas contestable que les créanciers sociaux ont contre les commandités une action directe.

465. Les commanditaires ont, tant au point de vue de leurs droits que de leurs obligations, une situation très différente de celle des commandités.

Le commanditaire a une certaine analogie avec un prêteur d'argent ; comme celui-ci, il fournit d'ordinaire des fonds à la

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, II, p. 124.

société. C'est même là ce qui le fait appeler parfois *bailleur de fonds* (n° 456). Mais il y a entre le commanditaire et le prêteur d'une somme d'argent une différence profonde : le commanditaire est un associé, tandis que le prêteur est un simple créancier. A cette différence on peut rattacher notamment les conséquences suivantes :

a) Le prêteur a, en principe, droit aux intérêts de la somme prêtée, quels que soient les résultats bons ou mauvais des opérations de la société qui a fait l'emprunt (1). Le commanditaire, comme, du reste, le commandité, a droit à une part dans les bénéfices qui sont essentiellement variables.

b) Pendant la durée de la société, le prêteur touche les intérêts qui lui sont dûs avant que le commanditaire puisse prétendre à une part quelconque dans les bénéfices ; car il n'y a de bénéfices qu'une fois les dettes payées, et, parmi les dettes de la société, se trouve l'obligation de payer des intérêts à ses prêteurs.

c) Après la dissolution de la société ou en cas de faillite, le prêteur est payé avec les autres créanciers sur le fonds social. Le commanditaire, par cela même qu'il est associé, ne peut rien réclamer sur le fonds social tant que les dettes de la société n'ont pas été intégralement acquittées ; parmi ces dettes se trouvent celles de la société envers ses prêteurs (2) (3).

Ces différences mêmes expliquent comment celui qui veut se livrer à des opérations de commerce peut avoir un plus grand intérêt à rechercher des commanditaires que des prêteurs. Il n'a rien à payer à un commanditaire à défaut de bénéfices, tandis que le prêteur a droit, en principe, à l'intérêt de la somme prêtée, de quelque façon que tournent les affaires de la société. Elles expliquent aussi

(1) Cela n'est vrai qu'en principe. Car il peut être stipulé qu'un prêteur aura droit à une part dans les bénéfices.

(2) Amiens, 26 mai 1906, *le Droit*, n° du 12 octobre 1906. – Un commanditaire ne pourrait même passer avant les créanciers sociaux en se prévalant d'une garantie réelle qui lui aurait été consentie notamment de la constitution en gage du fonds de commerce. Il n'y aurait là qu'un moyen employé pour le faire échapper aux conséquences que doit avoir, pour lui, sa qualité d'associé. Trib. comm. Seine, 6 juillet 1901, *la Loi*, n°s des 29 30-31 août 1901.

(3) Thaller, *op. cit*, n° 322.

pour quelles raisons des personnes peuvent être plus disposées à devenir prêteurs que commanditaires ou à l'inverse : le prêteur est plus assuré de recouvrer l'argent prêté que le commanditaire ne l'est de rentrer dans sa mise lors de la dissolution de la société ; le prêteur a, d'ordinaire, un revenu fixe, tandis que le commanditaire a un revenu variable.

466. Il peut être parfois difficile de distinguer le prêteur du commanditaire. La difficulté était d'autant plus grande, avant la suppression de la limitation du tour de l'intérêt conventionnel en matière commerciale (loi du 12 janvier 1886), qu'on cherchait parfois à dissimuler un prêt usuraire sous l'apparence d'une commandite. Il faut évidemment, selon la règle ordinaire d'interprétation des conventions, examiner plutôt le fond des choses que les termes employés. Il y a lieu de s'attacher, en général, aux conditions constitutives de toute société (nos 13 et suiv.) et de rechercher si elles sont réunies dans les rapports entre celui dont la qualité est en litige et la société ou celui qui a géré. Ainsi, il y a prêt et non commandite, quand même celui qui a versé une somme dans une entreprise a droit à une part dans les bénéfices, s'il n'a pas à participer aux pertes (1), si la somme est stipulée remboursable, soit à une époque fixe (2), soit à volonté (3). On conçoit que, pour décider qu'il y a prêt et non commandite, on tienne compte, à titre d'élément de fait, de ce que l'opération n'a pas été constatée par écrit, comme doit l'être le contrat de société (4).

467. Le commanditaire doit verser sa mise aux dates fixées par avance ou quand le versement lui en est demandé (5). V. n° 468.

(1) Grenoble, 29 janv. 1870, S. 1870. 2. 217 ; *J. Pal.*, 1870. 900 ; D. 1871. 2. 76 ; Cass., 8 janv. 1872, *J. Pal.*, 1872. 56 ; D. 1872. 1. 194.

(2) V. les arrêts cités à la note précédente.

(3) Trib. comm. Seine, 6 mai 1882, *la Loi*, n° du 25 mai 1882.

(4) Paris (4e ch.), 27 fév. 1886, *la Loi*, n° du 25 août 1886.

(5) Il va de soi que, si un commanditaire qui est commerçant à raison de la profession exercée par lui à titre personnel, est déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, les sommes dues par lui à titre d'apport deviennent exigibles (art. 444, C. com. ; art. 8, L., 4 mars 1889. Mais la faillite ou la liquidation judiciaire de la société rend-elle exigible les versements à faire par les commanditaires qui ne sont ni en faillite ni en liquidation

Il est tenu des pertes jusqu'à concurrence de cette mise et non au delà. Telle est, du moins, la règle générale ; mais elle n'est pas absolue. Il y a commandite dès que certains associés ne sont pas tenus sur tous leurs biens. Rien n'empêcherait qu'ils ne fûssent tenus, si telle était la convention, jusqu'à concurrence d'une somme limitée, mais dépassant leurs mises (1). Cette convention mérite d'autant plus d'être admise qu'elle modifie les règles ordinaires de la commandite, relatives à l'étendue de l'obligation des commanditaires, dans un sens favorable aux droits des créanciers sociaux.

D'ailleurs, la limitation apportée à l'obligation du commanditaire peut disparaître dans deux cas : 1° quand un commanditaire laisse insérer son nom dans la raison sociale (n° 462) ; 2° quand un commanditaire fait des actes de gestion (n^os^ 500 et suiv).

467 *bis*. Le capital de la commandite est entièrement engagé à l'égard des tiers. Aussi le passif est-il prélevé sur le capital social pour payer les dettes de la société. Ce prélèvement peut avoir pour résultat de faire subir à un commanditaire une part contributive supérieure à celle que l'acte de société détermine. Pour l'excédent, le commanditaire a un recours contre les autres associés (2).

468. L'apport peut consister pour les commanditaires comme pour les commandités, soit en argent (3), soit en tous autres objets (n^os^ 14 et suiv.). Toutefois, par cela même qu'un commanditaire ne peut faire d'acte de gestion (art. 27 et 28, C. com.), il n'est pas possible qu'il fasse un apport en industrie.

L'évaluation des apports en nature, c'est-à-dire consistant en

judiciaire ? La jurisprudence résout cette question par l'affirmative. Cette opinion est très contestable. V. sur ce point, *Traité de droit commercial*, VIII, n° 1175.

(1) Namur, *op. cit.*, n° 903.

(2) Cass., 25 juin 1902, S. et *J. Pal.*, 1904. 1. 188 ; D. 1902. 1. 395 ; *Pand. fr.*, 1903. 1. 355 ; V. Thaller, *op. cit.*, n° 391 ; *Revue des sociétés*, 1902, p. 424.

(3) Le Code de commerce suppose que les commanditaires font des apports en argent, ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent. Car l'article 24, C. comm. qualifie les commanditaires de simples *bailleurs de fonds* et l'article 26, C. comm., dispose que les commanditaires ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence des *fonds* qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société.

aurte chose que de l'argent, se fait librement dans les sociétés en commandite simple comme dans les sociétés en nom collectif ; elle est soumise, au contraire, dans les commandites par actions, à des conditions et à des formalités spéciales (nos 708 et suiv.).

Les commanditaires, comme tous autres associés, qui ne font pas à l'époque fixée un versement en numéraire, sont tenus de plein droit de payer des intérêts moratoires et peuvent, en outre, être condamnés à des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1846, C. civ. (n° 30).

469. A l'occasion de l'obligation du commanditaire de réaliser l'apport promis, deux questions générales se sont présentées : 1° l'obligation du commanditaire est-elle civile ou commerciale ? 2° n'existe-t-elle qu'à l'égard des commandités et de la société ou existe-elle aussi *directement* envers les créanciers sociaux ?

Ces deux questions ont d'autant plus d'importance qu'elles se posent à la fois dans les sociétés en commandite simple ou par actions pour les commanditaires et dans les sociétés anonymes pour tous les associés (actionnaires) dont aucun n'est tenu des dettes sociales au delà de sa mise (1), et qu'elles doivent certainement être résolues de la même manière dans ces différentes espèces de sociétés.

Ces deux questions doivent être examinées successivement.

470. *L'obligation d'un commanditaire est-elle civile ou commerciale* (2) ?

Cette question avait, au point de vue de la contrainte par corps, un intérêt pratique qui a disparu avec l'abolition de cette voie d'exécution en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867. En effet, antérieurement à cette loi, la contrainte par corps, admise pour toutes les dettes commerciales de 200 francs au moins, ne l'était que pour les dettes civiles déterminées par les lois (art 2063, C. civ.), de telle sorte que la contrainte par corps n'était possible contre un commanditaire que si son obligation était commerciale.

(1) Aussi citerons-nous indifféremment, au sujet de ces deux questions, des décisions judiciaires rendues à propos, soit de sociétés en commandite, soit de sociétés anonymes.

(2) Cette question a été posée, mais non résolue, dans le tome Ier de notre *Traité*, n° 182 *bis*, à propos des actes de commerce.

Mais il est encore utile de déterminer le caractère de l'obligation du commanditaire à différents points de vue :

a. L'action de versement du montant de la commandite n'est de la compétence du tribunal de commerce que si l'obligation du commanditaire est commerciale (1).

b. Si l'engagement du commanditaire est civil, le taux des intérêts qu'il doit à raison du retard à verser sa mise est de 4 0/0. Ce taux est de 5 0/0 si cet engagement est commercial. (L. 3 septembre 1807 ; L. 7 avril 1900).

c. Les interdictions de faire le commerce applicables aux fonctionnaires et officiers publics mettent ou non obstacle à ce qu'ils s'engagent dans une société en qualité de commanditaire selon qu'on admet que l'obligation du commanditaire est commerciale ou civile.

d. Si l'obligation du commanditaire est commerciale, il doit avoir, dans le cas où il la contracte en son nom, la capacité, et dans le cas où il la contracte pour autrui, le pouvoir de faire un acte de commerce. Il résulte de là que, si l'obligation est commerciale, un mineur n'est capable de la contracter que sous les conditions fixées par l'article 2, C. com., et que son tuteur n'a pas le pouvoir de la contracter en son nom, fût-il muni de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal civil ; un tuteur ne peut pas faire des actes de commerce pour son pupille (2). V. n° 470 *bis* et note 1 de la page 388.

L'obligation du commanditaire est civile, a-t-on dit (3). En effet,

(1) La question ne se pose à ce point de vue qu'en ce qui concerne l'action des créanciers sociaux contre le commanditaire (n° 473). Car il va de soi que le tribunal de commerce est compétent pour connaitre de l'action de la société contre celui-ci, en vertu de l'article 631, 2°. C. com. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 365.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n°s 222 et 236.

(3) L'exigence d'un écrit pour la preuve de la société en commandite fait qu'il n'y a pas, en général, au point de vue de la preuve, intérêt à déterminer la nature civile ou commerciale de l'obligation du commanditaire. V. Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), n° 334. Mais une question spéciale s'élève à cet égard dans les sociétés par actions au sujet des souscriptions des commanditaires faites en dehors de l'acte de société. V. n° 687. Lyon, 7 fév. 1850, S. 1850. 2. 369 ; Dijon, 20 mars 1851, S. 1851. 2.

l'acte par lequel le commanditaire s'oblige n'est pas comprise dans l'énumération des actes de commerce faite par les articles 632 et suiv., C. com. Sans doute, les sommes à verser par le commanditaire doivent être employées dans des opérations de commerce ; mais cela ne saurait suffire pour rendre commerciale l'obligation de faire les versements. C'est ainsi que celui qui promet d'effectuer un prêt ne fait pas un acte de commerce à raison de ce que l'emprunteur destine la somme promise à un emploi commercial. Du reste, la commandite a notamment pour utilité d'associer les capitaux civils aux spéculations du commerce ; il serait contraire à l'esprit de la législation de soumettre les commanditaires à la compétence des tribunaux de commerce, comme il l'aurait été, de les soumettre, avant la loi du 22 juillet 1867, à la contrainte par corps.

La grande majorité des arrêts (1) et beaucoup d'auteurs (2) reconnaissent, au contraire, que l'obligation du commanditaire est commerciale. C'est cette opinion qui, selon nous, doit être adoptée. Les objections faites par les partisans de l'opinion opposée ne tiennent pas compte de la différence profonde qui existe entre un commanditaire et un prêteur. Les opérations auxquelles doit être employée une somme prêtée, n'intéressent pas directement le prêteur ; quels qu'en soient les résultats, celui-ci a toujours, en principe, les mêmes droits. Au contraire, le commanditaire est directement intéressé dans les opérations sociales ; c'est, en définitive, pour son compte qu'elles sont faites ; le gérant est mandataire des commanditaires : il oblige chacun d'eux, au moins jusqu'à concurrence de sa mise. N'est-il pas, d'ailleurs, naturel que les tiers auxquels on annonce dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux, *les valeurs à four-*

764 ; Dijon, 4 août 1857, S. 1858. 2. 195 ; *Pand. fr. chr.* ; Angers, 18 janv. 1865, D. 1865. 2. 61 ; Paris, 24 janv. 1874, S. 1876. 2. 5 ; *J. Pal.*, 1876. 82 ; D. 1876. 2. 216. — Pardessus, n° 1509 ; Alauzet, I, n° 303 ; Paul Pont, *Revue de législation*, XX, p. 364 et 365 ; Paul Pont, *Traité des sociétés*, t. II, n° 1424 ; Thaller, *op. cit.* (3e édit.), nos 333 à 335.

(1) Cass., 13 août 1856, D. 1856. 1. 343 ; Cass., 15 juill. 1863, D. 1865. 1. 347 ; Bourges, 26 déc. 1870, D. 1872. 2. 222 ; Paris, 22 mai 1884, D. 1885. 2. 177.

(2) Molinier, *op. cit.*, nos 491 et 566 ; Vavasseur, n° 321 ; Bravard et Demangeat, I, p. 245 à 248.

nir par les commanditaires (loi 24 juillet 1867, art. 57), comptent qu'ils auront à leur disposition les moyens d'action admis en matière commerciale pour obtenir la réalisation des obligations des commanditaires ?

470 *bis*. La jurisprudence qui a, comme cela vient d'être constaté, reconnu généralement le caractère commercial de l'obligation du commanditaire, n'a pas, du moins, toujours tiré des conséquences parfaitement logiques et exactes de cette solution. Ainsi, des décisions judiciaires ont admis que le tuteur d'un mineur peut valablement souscrire des actions pour le compte de son pupille (1).

471. Si l'on peut discuter sur la nature civile ou commerciale de de l'obligation du commanditaire, on n'a jamais, du moins, contesté que les commanditaires ne sont pas des commerçants. On ne saurait, en effet, dire d'eux qu'ils font des actes de commerce leur profession habituelle (art. 2, C. com.). La qualité de commanditaire n'impliquant point l'exercice d'une profession. Aussi les commanditaires n'ont-ils jamais été soumis à la patente. V. L. 1er brumaire an VII, art. 25 ; L. 15 juillet 1880, art. 17-4°.

472. Il ne faut pas confondre la question relative à la nature civile ou commerciale de l'obligation du commanditaire (ou de l'actionnaire) avec la question de savoir si l'achat d'une part de commandite (ou d'une action) est un acte de commerce. L'achat dont il s'agit est, en principe, régi, au point de vue son de caractère, par les règles générales concernant tous les achats ; il n'est donc commercial que lorsqu'il est fait pour revendre. Il en est du moins ainsi lorsque l'achat s'applique à une part d'intérêt ou à une action dont la libération est complète. Mais il semble impossible de refuser le caractère commercial à l'achat, n'eut-il pas lieu pour revendre, quand il n'y a pas libération complète, si l'on admet avec nous que l'obligation du commanditaire est commerciale. V. n° 470 (2).

(1) Paris, 22 mai 1885 (4e ch.), et 15 janv. 1885 (2e ch.), *J. Pal.*, 1885. 1. 562 et 570 ; S. 1885. 2. 97 et 101, et la note Ch. Lyon-Caen ; D 1885. 2. 177. — Sur la question, Buchère, *Annales de Droit commercial*, 1888, p. 157 et suiv V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 256 et Thaller. *op. cit.* (3e édit.), n° 335.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, n° 108.

473. *Envers qui les commanditaires sont-ils tenus du versement de leurs mises ?* Ils le sont d'abord certainement envers la société, dont l'action est exercée par le gérant pendant la durée de la société ou par le liquidateur après la dissolution. Le sont-ils aussi envers les créanciers sociaux ? Ceux-ci, qui, en vertu de l'article 1166, C. civ., peuvent exercer l'action de la société, ont-ils, en outre, de leur chef, une action directe contre les commanditaires ? La question présente un intérêt pratique à plusieurs points de vue.

Elle en avait un incontestable avant la loi du 17 juillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé pour les contestations entre associés (1). Si les créenciers sociaux, en réclamant le versement des mises, ne faisaient qu'exercer l'action de la société, cette action devait être portée devant des arbitres ; si, au contraire, les créanciers pouvaient agir de leur chef, les tribunaux civils ou les tribunaux de commerce étaient compétents, selon qu'on reconnaissait le caractère civil ou commercial à l'obligation des commanditaires (n° 470) (2). Cet intérêt pratique de la question a disparu ; elle offre encore de l'intérêt à d'autres points de vue. Si les créanciers ont l'action directe, les commanditaires ne peuvent pas leur opposer les exceptions et moyens de défense qu'ils auraient contre la société. Ils ne peuvent notamment pas se prévaloir, pour échapper à la condamnation, des fraudes pratiquées contre eux par le gérant pour obtenir leurs souscriptions (3). Grâce à l'action directe, les commanditaires ne pourraient pas non plus opposer aux créanciers la nullité pour défaut de publicité, puisque cette nullité ne peut être opposée par les associés aux tiers (n° 475) (4).

On a soutenu que les créanciers ne doivent pas avoir l'action directe (5). Ils ne sont pas même censés, a-t-on dit, connaître les

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 365 et 515.

(2) Paris, 6 déc. 1850, D. 1851. 2. 20.

(3) Cass., 10 fév. 1868, D. 1868. 1. 378.

(4) Il faut faire remarquer que, si les créanciers n'ont contre les commanditaires que l'action oblique de l'article 1166, C. civ., elle est certainement de la compétence du tribunal de commerce, en vertu de l'article 631, 2°, C. comm., tandis que la compétence du tribunal de commerce est contestée pour l'action directe (n° 470).

(5) Molinier, *op. cit.*, n° 547 ; Delangle, *op. cit.*, n° 276.

commanditaires dont les noms ne figurent pas dans l'extrait de l'acte social publié dans les journaux. Le gérant a bien reçu des commanditaires le mandat d'employer leurs fonds dans l'intérêt de la société, mais non point de les obliger envers les tiers. On a fait enfin remarquer que cette doctrine était celle de l'ancien Droit français (1), et rien ne prouve, dit-on, que le Code l'ait abandonnée.

Les créanciers sociaux ont, selon nous, une action directe contre les commanditaires ; c'est l'opinion qui a triomphé en jurisprudence (2). On ne saurait invoquer en sens opposé l'ancien Droit ; la commandite n'a plus le même caractère qu'autrefois. Pour nos anciens auteurs, c'était un simple contrat qui ne se révélait pas aux tiers ; elle n'avait pas de raison sociale et n'était soumise à des formalités de publicité qu'autant que les commanditaires étaient des commerçants. V. nos 449 et 450. Aujourd'hui, la société en commandite est une personne morale qui se révèle aux tiers par une raison sociale ; elle est soumise à une publicité légale ; l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux, doit spécialement mentionner les sommes à fournir par les commanditaires. Ceux-ci donnent mandat au gérant de faire les opérations sociales et, par suite, de les obliger, mais seulement jusqu'à concurrence du montant de leurs mises. En définitive, les obligations des commanditaires existent à l'égard des mêmes personnes que celles des commandités, elles ne diffèrent que quant à leur étendue.

474. En fait, les créanciers sociaux ne songent à agir contre les commanditaires qu'après soit la dissolution, soit la faillite ou la liquidation judiciaire de la société ; l'action est, dans le cas de faillite, exercée par le syndic comme représentant la masse de ces créanciers. Mais ce n'est point à dire que l'action directe ne puisse être,

(1) Pothier, *Traité du Contrat de société*, nos 63 et 102.

(2) Cass., 28 fév. 1844, S. 1844. 1. 692 ; D. 1844. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1844. 2. 644 ; Cass., 25 juin 1846, S. 1846. 1. 777 ; *J. Pal.*, 1846. 2. 488 ; D. 1846. 1. 308 ; Cass., 6 nov. 1865, S. 1866. 1. 109 ; *J. Pal*, 1866. 275 ; D. 1865. 1. 479 ; Aix, 13 août 1860, S. 1861. 2. 147 ; *J. Pal.*, 1861. 746 ; Lyon, 2 fév. 1864, S. 1865. 2. 259 ; *J. Pal.*, 1865. 1015. — P. Pont, *op. cit.*, II, no 1450 ; *Revue de législation*, t. XX, p. 352 ; *Revue critique de législation*, t. I, p. 390 et suiv. ; Pardessus, III, no 1034 ; Vavasseur, no 326 ; Thaller, *op. cit.*, (3e édit.), no 417.

comme on l'a prétendu (1), exercée qu'après soit une déclaration de faillite ou un jugement de liquidation judiciaire, soit la dissolution de la société. Rien, en droit, ne s'oppose à l'exercice de l'action directe contre les commanditaires durant la société et avant toute déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire ; ces événements et la dissolution ne peuvent pas faire naître des droits nouveaux au profit des créanciers sociaux, ils donnent lieu seulement à l'exercice de droits préexistants.

On ne doit pas exiger une discussion préalable de l'actif réalisé ; les mises faites ou à faire constituent également des éléments de l'actif social. Sur ce dernier point, du reste, la solution doit être la même, qu'on admette l'action directe au profit des créanciers sociaux ou qu'on les réduise à l'action oblique de l'article 1166, C. civ.

475. On a cru trouver à la question de l'action directe un intérêt qui n'existe point en réalité. On a prétendu que, si l'action directe est admise, les commanditaires ne peuvent pas opposer aux créanciers la compensation de ce qui leur est dû par la société, tandis que ce moyen serait admissible contre l'action oblique (2). Il y a là une erreur. Que l'on accorde ou non l'action directe aux créanciers sociaux, les commanditaires ne peuvent être poursuivis que dans les limites de ce qu'ils doivent à la société au moment où ils sont actionnés. V. analogie, articles 1753 et 1798, C. civ. Quand un commanditaire a versé sa mise, il n'est pas douteux, quelle que soit la nature de l'action exercée contre lui, qu'il peut opposer le paiement aux créanciers. Il doit pouvoir se prévaloir de la compensation comme du paiement, celle-ci est un paiement abrégé proprement dit (3), à moins, bien entendu, qu'il n'y ait à la compensation un obstacle provenant des principes généraux du droit ; c'est là ce qui peut se produire au cas de déclaration de faillite de la société (4).

476. Droit étranger. — Comment les deux questions de la

(1) Troplong, *Société*, nos 83 et suiv. ; Alauzet, n° 159.

(2) Troplong, *op. cit.*, n° 842.

(3) Cass., 4 mars 1867, D. 1867. 1. 425. — P. Pont, t. II, n° 1451 ; Namur, *op. cit.*, n° 902.

(4) Cass., 8 fév. 1845, S. 1845. 1. 590 ; D. 1845. 1. 248.

nature civile ou commerciale de l'obligation des commanditaires et de l'action directe sont-elles tranchées dans les législations étrangères ?

En *Belgique*, la première question n'est pas résolue par la loi ; aussi est-elle discutée comme elle l'est en France (1). La jurisprudence est favorable au caractère commercial de l'obligation du commanditaire ou de l'actionnaire (2). La seconde question est tranchée par la loi du 18 mai 1873 ; une modification apportée à la disposition de l'article 26, C. com., reproduite dans l'article 21, 1er alin., de la loi *belge* du 18 mai 1873, implique l'admission de cette action directe au moins dans les commandites par intérêts (3). Seulement, il y a lieu de tenir compte de l'article 122 de la loi du 18 mai 1873, d'après lequel « aucun jugement à raison d'engagements de la « société portant condamnation personnelle des associés en com- « mandite simple ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation « contre la société ». L'action directe est, au contraire, refusée aux créanciers dans les sociétés anonymes et en commandite par actions (4).

Le Code *suisse* des obligations (art. 603) ne donne pas à la question relative à l'action directe une solution simple. Toute action directe est refusée aux créanciers de la société contre le commanditaire, tant qu'elle subsiste. Au contraire, l'action directe est admise après la dissolution pour le montant de la commandite qui n'a pas été versé ou qui a été retiré ; seulement, dans le cas où c'est la faillite qui a amené la dissolution, les sommes ainsi obtenues sont versées à la masse. — Le Code *suisse* des obligations n'avait point à s'occuper du caractère civil ou commercial de l'obligation du commanditaire ; en effet, ce Code (c'est là un de ses caractères spéciaux) ne distingue pas les actes de commerce des actes civils.

En *Allemagne*, la question de l'action directe est résolue dans un

(1) V., *pour la commercialité*, Namur, *op. cit.*, II, nos 904 et 905 ; *contre la commercialité*, Guillery, nos 411 et 412.

(2) Bruxelles, 26 fév. 1872, *Pasicrisie*, 1872. 2. 124 ; Gand, 11 déc. 1873, *Pasicrisie*, 1874. 2. 39.

(3) Namur, *op. cit.*, t. II, n° 902 ; Guillery, t. II, nos 422 et suiv.

(4) V., loi *belge* de 1873, art. 123, 3e alin. et art. 76. — Namur, II, n° 1330. — Liège, 20 mars 1886, *Pasicrisie*, 1886. 2. 177.

sens affirmatif (1). Mais on discute sur le point de savoir si les commanditaires sont à considérer comme des commerçants (2).

477. Les mises des commanditaires forment le gage des créanciers sociaux, qui ont d'autant plus le droit de compter sur elles que le montant de ces mises doit être indiqué dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux (L. 24 juillet 1867, art. 57). Aussi les commanditaires ne peuvent-ils être dispensés, ni en tout, ni en partie, d'effectuer leurs versements ; par la même raison, les commanditaires ne peuvent reprendre tout ou partie des sommes déjà versées par eux. Malgré toute convention intervenue dans ce sens entre les associés, les créanciers de la société ont le droit de contraindre les commanditaires, soit à effectuer l'intégralité des versements qu'ils se sont engagés à faire, soit à verser à nouveau le montant des mises dont la restitution leur a été indûment faite (3).

478. Cette règle, qui résulte suffisamment en France des principes généraux relatifs à la commandite, est consacrée expressément par les dispositions de plusieurs Codes étrangers. V. C. de commerce *allemand*, art. 172, 3e alin. ; *hongrois*, art. 139, 2e alin. ; loi anglaise (*limited partneistips act*, art. 4).

479. Il faut, toutefois, combiner la règle qui vient d'être posée avec la faculté pour les associés de réduire le capital social. Cette faculté implique que l'on peut, en observant toutes les conditions et formalités prescrites pour la réduction du capital, rembourser, en tout ou en partie, leurs mises aux commanditaires. Cette réduction est plus fréquente dans les sociétés en commandite par actions que dans les sociétés en commandite simple.

(1) Lehmann, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 66, p. 345. Sous l'empire du Code de commerce de 1861, la question était discutée, mais généralement résolue dans le sens de l'action directe. V. Hahn, *Commentar zum allgemeinen deutschen Haddelsgesetzbuch*, sur l'article 165, §12; Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, I, § 89, p. 638 ; Endemann, *Das deutsche Handelsrecht*, § 57, p. 274.

(2) V. pour l'affirmative, Lehmann, *op. cit.*, § 15, p. 67 ; Seligmann, *Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten* (1896) ; pour la négative, Staub, *op. cit.*, § 1, *Anm.* 8.

(3) Cass., 18 fév. 1868, S. 1868. 1. 241 ; *J. Pal.*, 1868. 689 ; D. 1868. 1. 503 ; Req., 14 déc. 1869, S. 1870. 1. 166 ; *J. Pal.*, 1870. 387 ; D. 1870. 1. 179.

480. On peut faire des applications nombreuses des principes qui viennent d'être posés. Les suivantes méritent d'être citées :

a) Si le gérant d'une société en commandite consentait à la retraite d'un ou de plusieurs commanditaires, ceux-ci demeureraient, néanmoins, tenus de faire leurs versements (1).

b) Le gérant ou le liquidateur ne peut annuler des souscriptions et rembourser à des commanditaires des acomptes versés par eux (2).

481. A ces principes se rattachent plusieurs questions importantes :

1° Les commanditaires sont-ils tenus de restituer les dividendes fictifs ou dividendes qui ne correspondent pas à des bénéfices réels? Des dividendes fictifs ne peuvent être distribués qu'en remboursant aux commanditaires qui les ont reçus une partie du capital formé par leurs mises. Cette question a été tranchée expressément par la loi pour les commandites par actions (3) (art. 10, L. 24 juillet 1867). On peut se demander de quelle manière elle doit l'être pour les commandites simples.

2° Il est parfois stipulé dans l'acte de société que les commanditaires auront droit à un intérêt fixe de leurs mises, même en l'absence de bénéfices. Ne doit-on pas dire que, les intérêts ne pouvant alors être pris que sur le capital, cette clause est, par suite, nulle et oblige les commanditaires à restituer les intérêts reçus par eux en l'absence de bénéfices? Cette question se pose surtout dans les commandites par actions et dans les sociétés anonymes dont les statuts contiennent souvent la clause dont il s'agit (4).

La première de ces questions est examinée plus loin (n° 539) à propos des commandites par intérêts ; la seconde, qui doit recevoir

(1) Cass., 12 avril 1842, S. 1842. 1. 417 ; *J. Pal.*, 1842. 1. 545.

(2) Paris, 16 janv. 1862, D. 1862. 2. 184.

(3) Et pour les sociétés anonymes. V. L. 24 juillet 1867, art 45, dern. alin.

(4) La raison de la plus grande fréquence dans les sociétés par actions de la clause dont il s'agit est que c'est surtout ces sociétés dont l'objet exige des travaux préalables souvent très longs durant lesquels la société ne peut pas réaliser de bénéfices, de telle façon qu'à défaut de cette clause, les actionnaires ne touchent aucun revenu pour les mises qu'ils ont effectuées.

certainement la même solution dans toutes les sociétés, l'est à propos des sociétés anonymes et des commandites par actions. V. nos 552-555.

3° Dans les commandites par actions, comme, du reste, dans les sociétés anonymes, il arrive parfois que le représentant de la société achète des actions de la société elle-même. Ne doit-on pas voir dans cet achat, quand le prix en est payé avec le capital social, un remboursement fait aux commanditaires dont les actions ont été ainsi achetées ? V. nos 880-887.

482. La nullité ne frappe pas seulement toute combinaison par laquelle leurs mises sont restituées, en totalité ou en partie, à des commanditaires, mais aussi toute convention par laquelle un commanditaire serait autorisé à se libérer en versant autre chose que la mise qu'il s'est engagé à effectuer. L'objet de l'obligation d'un commanditaire ne peut pas être plus modifié que l'étendue de cette obligation. Ainsi, un commanditaire tenu de verser, d'après l'acte de société, une somme d'argent, ne pourrait pas se libérer en faisant apport d'un immeuble, d'un brevet d'invention, etc... En d'autres termes, la dation en paiement (art. 1238, C. civ.) n'est pas admissible en cette matière. Les tiers ont le droit de compter que l'obligation de chaque commanditaire sera exécutée, à tous les points de vue, telle qu'elle a été déterminée dans l'acte de société.

483. Ce qui vient d'être dit de la dation en paiement est également vrai de la novation par changement d'objet ; ainsi, le gérant ne peut consentir à libérer un commanditaire de l'obligation de verser une mise en argent par cela seul qu'il s'oblige à opérer un apport en nature.

484. Souvent, surtout dans les commandites par actions (1), les versements ne se font pas intégralement en une fois. L'acte de société fixe les époques auxquelles ils doivent être opérés ou stipule qu'ils seront réclamés au fur et à mesure des besoins de la société. Il est conforme à la fois à l'équité et à l'intention probable des parties que des versements égaux soient réclamés aux commanditaires. Mais il se peut que, parmi eux, il y ait des insolvables ; les commanditaires

(1) Comme, du reste, dans les sociétés anonymes.

solvables ont-ils (jusqu'à concurrence du montant de leur apports) à supporter les parts de ceux-ci ? L'affirmative doit, selon nous, être admise. Il ne paraît pas possible, bien qu'on ait essayé de soutenir le contraire, de déduire cette solution de la solidarité qui existerait entre les commanditaires. Aucun texte ne fait allusion à cette solidarité et il semble bien que le principe selon lequel, en matière commerciale, la solidarité se présume, n'ait jamais été posé que pour des débiteurs tenus sur tous leurs biens. Mais chaque commanditaire s'est obligé à verser sa mise ; l'obligation de chacun est indépendante de celle des autres. Sans doute, pour les raisons indiquées plus haut, les versements doivent être demandés pour des portions égales aux commanditaires ; mais on ne voit pas pourquoi, si certains commanditaires ne paient pas, il ne serait pas demandé d'autant plus aux autres dans les limites de leurs mises (1).

C. — *Administration de la société en commandite.*

485. Les commandités sont, en principe, tous gérants de la société, à moins que la gestion n'ait été confiée exclusivement, soit à l'un ou plusieurs d'entre eux, soit même à des tiers (art. 1859, C. civ.). Il n'y a aucune disposition légale ni aucune règle générale de droit obligeant à ne pas choisir le gérant en dehors des commandités. La seule prohibition, qui existe en matière de société en commandite, est celle d'après laquelle le gérant ne peut être choisi parmi les commanditaires, et les motifs de cette prohibition n'existent pas pour les personnes étrangères à la société (art. 27, C. com.). V. n° 487.

486. On applique à la gestion des commandites, au point de vue des pouvoirs du gérant, des effets de ses actes, des conditions exigées pour que la société et les associés soient obligés, les mêmes règles qu'à la société en nom collectif. V. n^os^ 269 et suiv. ; n^os^ 275 et suiv.

Le gérant est-il révocable *ad nutum* par les commanditaires ?

(1) V., sur la question, note de M. Labbé dans le *Recueil* de Sirey, 1887, I, p. 25.

Cette question se rattache quelque peu à la règle selon laquelle les commanditaires ne peuvent pas être choisis comme gérants ni même faire accidentellement des actes de gestion (art. 27, C. com.). Elle sera examinée plus loin. V. n° 506.

486 *bis*. C'est spécialement à propos de la société en commandite qu'il a été soutenu que le gérant, se confondant, pour ainsi dire, avec la société elle-même, ne peut pas commettre un abus de confiance au préjudice de celle-ci. Nous avons examiné la question plus haut (n° 297 et les notes) et nous avons admis que le gérant d'une société en nom collectif, malgré l'étendue de ses pouvoirs et parfois l'irrévocabilité dont il jouit, est un mandataire qui, comme tel, peut commettre un abus de confiance. La même solution doit être, par identité de motifs, adoptée pour le gérant d'une société en commandite.

487. Les commanditaires ne peuvent être gérants, ni même faire des actes isolés de gestion. S'il en était autrement, les tiers pourraient être trompés ; ils prendraient facilement les commanditaires pour des commandités et compteraient, par suite, sur leur responsabilité illimitée. Ce motif n'est assurément pas suffisant pour justifier d'une façon complète la prohibition. Il n'est pas seulement défendu aux commanditaires de faire des actes de gestion en leur nom ; il leur est défendu d'en faire même en vertu d'une procuration du gérant (art. 27, C. com.)(1) ; dans ce dernier cas, les tiers ne peuvent être induits en erreur sur la qualité réelle des commanditaires agissant ainsi. S'il est défendu aux commanditaires de faire des actes de gestion même en vertu d'une procuration, c'est, surtout que, comme leur responsabilité est limitée, tandis qu'aucune restriction n'est apportée aux bénéfices qu'ils peuvent tirer des opérations sociales, ils pourraient trop facilement se laisser entraîner à des opérations hasardeuses. C'est donc à la fois dans l'intérêt de la société et dans celui des tiers qu'il est interdit aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion.

(1) Dans le projet de Code de commerce, l'article 17 (correspondant à l'art. 27) disposait : « L'associé commanditaire ne peut concourir « comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concer- « nant la société. »

Ces motifs sont sans application aux personnes étrangères à la société ; si elles ne supportent pas les pertes, elles n'ont aucun droit dans les bénéfices ; aussi le gérant peut-il être choisi parmi elles.

Quelle est l'étendue de la prohibition selon laquelle un commanditaire ne peut pas faire d'actes de gestion ? Quelle en est la sanction ? Les articles 27 et 28, C. com., résolvent, tout au moins en partie, ces deux questions. Ils ont subit des modifications résultant d'une loi du 6 mai 1863 : d'abord, la portée et les limites de la prohibition ont été plus nettement fixées par cette loi ; puis, c'est là ce qu'il y a de plus important, la sanction de la défense faite aux commanditaires, qui était d'une excessive rigueur, a été atténuée.

488. Il y a des actes qui sont à considérer comme des actes de gestion ou d'immixtion et qui, par suite, sont interdits aux commanditaires, tandis que d'autres, n'ayant pas ce caractère, peuvent être régulièrement faits par eux. La distinction entre ces deux classes d'actes est parfois difficile à faire ; l'un des buts des modifications apportées par la loi du 6 mai 1863 au texte de l'article 27, C. com., a été de faire disparaître quelques-unes de ces difficultés.

489. On peut dire d'une façon générale que les actes de gestion comprennent certainement ceux par lesquels celui qui agit se propose d'obliger la société envers les tiers ou d'obliger les tiers envers la société. Mais des difficultés s'élèvent sur les caractères que doivent avoir des actes pour être considérés comme des actes de gestion dans le sens des articles 27 et 28. V. n° 495.

490. Il faut tenir compte de ce que les commanditaires sont des associés. Comme tels, ils ont le droit de contrôler les opérations des gérants, d'empêcher la violation des statuts, d'examiner les comptes. En d'autres termes, ils ont un droit de surveillance dont l'exercice est même obligatoirement organisé en vertu de la loi pour les sociétés en commandite par actions (L. 24 juillet 1867, art. 5). L'article 28, 2e alin., dispose formellement que *les actes de contrôle et de surveillance n'engagent point l'associé commanditaire*. Cette disposition insérée par la loi du 6 mai 1863, n'a fait qu'énoncer une règle déjà admise, en fait, antérieurement.

491. Les commanditaires peuvent aussi donner des avis et des conseils (art. 27, dern. alin., C. com.). En leur reconnaissant expressément ce droit, on a voulu, en 1863, rassurer les commanditaires et leur donner une pleine sécurité, quand ils cherchent à éclairer le gérant de leurs conseils.

492. On avait soutenu, avant la loi du 6 mai 1863, qu'un commanditaire ne devait même pas être employé de la société. L'ancien article 27 disposait, en effet : « L'associé commanditaire ne peut faire « aucun acte de gestion, *ni être employé pour les affaires* « *de la société*, même en vertu de procuration. » On a retranché en 1863, dans l'article 27, les mots qui paraissaient interdire au commanditaire d'être employé dans les affaires de la société. Il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'un commanditaire soit employé de la société (1), il n'y a que des avantages à cela. D'un côté, en général, il ne se fait pas passer, en agissant ainsi, comme gérant et il n'exerce pas sur la direction des affaires sociales une influence prépondérante. D'un autre côté, les employés qui sont intéressés dans les affaires d'une société sont d'ordinaire les plus actifs et les plus dévoués ; c'est même pour cela que parfois, on fait de la prise d'une part d'intérêt une condition de l'admission d'une personne en qualité d'employé d'une société.

Toutefois, la qualité d'employé ne saurait faire écarter complètement l'interdiction de l'article 27 ; l'employé qui, en fait, jouerait le rôle de gérant, contreviendrait à la loi.

493. Il est évident aussi qu'un commanditaire peut, pour son compte personnel, faire avec la société les opérations qu'un tiers pourrait faire avec elle. Il peut donc vendre à la société des marchandises, lui en acheter, faire avec elle des opérations de banque, etc... Il n'y a pas là d'actes d'immixtion. Dans des cas de cette espèce, le commanditaire agit comme le ferait une personne absolument étrangère à la société. Un avis du Conseil d'Etat du 29 avril 1809 a consacré, du reste, cette solution. D'après cet avis, « les articles 27 et 28 ne s'appliquent pas aux transactions com- « merciales que la maison commanditée peut faire pour son compte

(1) Bordeaux, 10 mai 1899, S. et *J. Pal.*, 1901. 2. 94 ; D. 1900. 2. 158.

« avec le commanditaire, et, réciproquement, le commanditaire avec « la maison commanditée, comme avec toute autre maison de « commerce ».

494. Par application de ce qui vient d'être dit, rien n'empêche qu'un commanditaire agisse comme commissionnaire pour la société, c'est-à-dire fasse des opérations en son nom personnel pour celle-ci.

495. Est-ce à cela que doivent se borner les actes permis aux commanditaires ? La jurisprudence ne l'admet pas ; elle consacre sur ce point une théorie spéciale consistant à distinguer entre *les actes de gestion intérieure* et *les actes de gestion extérieure*. Dans cette théorie, tout ce qui est exigé, c'est que les commanditaires s'abstiennent de faire avec des tiers des actes pouvant faire croire qu'ils ont la direction des affaires sociales ; mais les tiers ne sauraient se prévaloir contre les commanditaires des actes accomplis par eux dans leurs rapports avec les commandités (1). Ce système est fondé principalement sur l'avis précité du Conseil d'Etat du 29 avril 1809 approuvé le 17 mai (n° 493). On lit dans cet avis que « les articles 27 et 28, C. com., ne sont applicables qu'aux actes « que les associés commanditaires font, *en représentant*, *comme « gérants*, *la maison commanditée*, même par procuration ». La distinction que ce système implique a été, dans une certaine mesure, imposée par les faits, tout au moins dans les commandites par actions. Avec ce système on peut prendre, en réservant des droits spéciaux aux commanditaires, des garanties contre l'omnipotence des gérants, dont la responsabilité personnelle ne signifie rien en présence de l'énormité des opérations entreprises par les commandites par actions.

Cette doctrine est assurément ingénieuse. On peut douter qu'elle soit bien conforme au texte et à l'esprit de la loi ; l'article 27 ne fait aucune distinction de ce genre. Il est, en outre, certain que cette disposition n'a pas eu en vue le seul intérêt des tiers ; ce qui le prouve, c'est qu'elle défend aux commanditaires de faire des actes

(1) Cass., 21 déc. 1863, D. 1864. 1. 156. V. Thaller, *op. cit.*, nos 402 et 403.

de gestion, *même en vertu de procuration* (n° 88). Au reste, les partisans de ce système ne méconnaissent pas qu'avec lui, on n'évite pas des difficultés d'application (1).

496. En ce qui nous concerne, nous croyons que, sans s'attacher à la distinction entre les actes de gestion intérieure et les actes de gestion extérieure, les commanditaires ne doivent faire, ni des actes pouvant faire croire aux tiers qu'ils sont commandités, ni même tous autres actes purement intérieurs impliquant qu'ils ont une influence décisive sur la marche des affaires sociales. La double portée attribuée ainsi à la prohibition de l'article 27, C. com., est bien en concordance avec le double motif qui la justifie (n° 487).

Ainsi, les commanditaires peuvent, sans courir aucun risque, autoriser le gérant à faire des actes qui ne sont pas compris dans ses pouvoirs (2), prendre, sur la demande du gérant, une délibération favorable à un acte qu'il a le pouvoir de faire, mais par lequel il craint d'encourir une responsabilité envers eux (3) ; on peut aussi stipuler que, pour certains actes, l'avis ou l'autorisation des commanditaires sera requis (4). Mais il ne faut pas que l'intervention des commanditaires soient si fréquente qu'on puisse dire qu'en réalité, ils se sont emparés de l'administration.

497. En définitive, il est impossible de poser à cet égard des règles absolues. On ne peut qu'indiquer des idées générales de nature à guider les tribunaux. C'est aux juges du fond à décider si un acte constitue ou non un acte d'immixtion donnant lieu à l'application des articles 27 et 28, C. com. (5).

498. Les personnes qui ont intérêt à prouver les cas d'immixtion d'un commanditaire, peuvent en faire la preuve par tous les moyens possibles, spécialement par témoins. Non seulement on est ici en matière commerciale où toutes les preuves sont, en principe,

(1) P. Pont, t. II, n° 1461.

(2) Paris, 4 janv. 1844, S. 1844. 2. 71 ; Trib. comm. Seine, 7 janv. 1887, *la Loi*, n° du 21 janvier 1887.

(3) Lyon, 5 août 1843, S. 1844. 2. 311 ; D. 1843. 2. 176.

(4) Rouen, 9 juin 1875, D. 1875. 2 207. — Houpin, *op. cit.*, n° 241.

(5) Cass., 6 fév. 1843, D. 1843.1. 129 ; Ch. civ. rej., 24 mai 1859, S. 1859. 1. 918 ; *J. Pal.*, 1860. 169 ; D. 1859. 1. 242.

admises (art. 109, C. com.) ; mais encore la preuve testimoniale n'est jamais exclue, même en matière civile, pour les tiers auxquels on ne peut reprocher de n'avoir pas fait dresser un écrit. Au reste, Berlier avait proposé au Conseil d'Etat, un amendement déclarant admissible de la preuve testimoniale ; cet amendement fut écarté comme inutile (1).

499. La prohibition de la loi vise évidemment une société actuellement existante et n'a point d'application à une société dissoute. En conséquence, un commanditaire peut être choisi comme liquidateur et, en cette qualité, terminer les opérations sociales en cours lors de la dissolution dans la mesure où il est loisible à un liquidateur de le faire (2). V. n^os^ 382 et suiv.

500. Il va de soi, d'ailleurs, que celui qui a, en qualité de commanditaire, une part d'intérêt ou des actions, peut, s'il est en même temps commandité, faire tous les actes de gestion et même être désigné comme gérant. Dès l'instant où celui qui gère est tenu des dettes sociales sur tous ses biens, le but de la loi est atteint, les motifs de la prohibition n'existent plus. La solution mérite d'être spécialement indiquée ; il est fréquent que certaines personnes réunissent ainsi les deux qualités de commanditaire et de commandité (3).

501. La prohibition de l'article 27, C. com., est commune aux deux espèces de commandites. Mais, en fait, l'application en est plus difficile aux commandites par actions qu'aux commandites par intérêts. Cela tient à la fois au nombre parfois très grand des commanditaires dans les commandites par actions et à l'impossibilité où l'on est de les connaître, lorsque les actions sont au porteur. Cela peut expliquer que, dans plusieurs législations étrangères, la prohibition est restreinte aux commandites par intérêts (n° 508).

502. *Sanction de la défense faite aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion.* — La défense faite aux commanditaires par

(1) Locré, *Législation de la France*, t. XVII, p. 197 et 198.

(2) Cass., 17 avril 1843. S. 1843. 1. 595.

(3) Cela se présente souvent dans les commandites par actions. Car les statuts y stipulent fréquemment que le gérant devra, avoir comme commanditaire, un certain nombre d'actions. V. n° 999 et suiv.

l'article 27, C. com., était sanctionnée d'une façon très sévère. D'après l'article 28 ancien, le commanditaire contrevenant était tenu personnellement et solidairement des dettes sociales, sans distinction entre les dettes résultant des actes auxquels il avait participé et toutes les autres dettes antérieures ou postérieures à ces actes.

Cette sanction rigoureuse dépassait le but. Aussi, effrayés même de sa sévérité, les juges admettaient parfois difficilement qu'un acte d'un commanditaire constituât une immixtion.

503. La loi du 6 mai 1863 a beaucoup atténué cette sanction. D'après l'article 28, alin. 1, modifié par cette loi, *en cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut, suivant le nombre et la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.*

Il résulte de cette disposition que l'immixtion rend nécessairement le commanditaire obligé personnellement pour l'acte de gestion fait par lui ; seulement, selon le nombre et la gravité de ses actes, le tribunal peut le déclarer tenu personnellement, soit de toutes les dettes, soit seulement d'une ou plusieurs dettes de la société. L'obligation personnelle et solidaire pour tous les actes de la société n'est plus une conséquence nécessaire de la violation de l'article 27, comme elle l'était avant la loi du 6 mai 1863.

Les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si les actes de gestion ont une importance suffisante pour rendre un commanditaire responsable personnellement de toutes les dettes sociales (1).

504. Quelles personnes peuvent se prévaloir de la violation de l'article 27, C. com., pour faire déclarer un commanditaire personnellement responsable ? Les tiers c'est-à-dire les créanciers sociaux en ont certainement le droit (2).

C'est particulièrement en cas de faillite que l'article 28 est invo-

(1) Cass., 10 juillet 1900, S. et *J. Pal*, 1901. 1. 173 ; D. 1901. 1. 436 ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 517.

(2) Orléans, 23 janv. 1861. 2. 160.

qué contre des commanditaires par le syndic qui agit comme représentant les créanciers de la société. Aussi échappe-t-on aux difficultés que ferait naître le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée (art. 1351, C. civ.), si les créanciers invoquaient individuellement les dispositions des articles 27 et 28, C. com.

Mais le droit de faire déclarer un commanditaire personnellement et solidairement responsable doit, selon nous, être reconnu aussi aux commandités (1). L'opinion contraire est, pourtant, généralement adoptée (2). On dit en sa faveur que la prohibition de l'article 27, C. com., est édictée dans l'intérêt du commerce, c'est-à-dire des tiers, et l'on prétend que les expressions de l'article 28 sont favorables à cette solution. Cette doctrine méconnaît les motifs qui servent de base à l'article 27 ; il a été édicté aussi bien dans l'intérêt de la société et des associés que dans celui des tiers (n° 487).

Dans l'opinion que nous combattons, on admet notamment que le liquidateur d'une société en commandite, par cela même qu'il représente la société et non les créanciers sociaux, n'a pas qualité pour faire décider qu'un commanditaire doit être tenu personnellement et solidairement des dettes sociales pour s'être immiscé dans la gestion (3). Nous admettons naturellement la solution opposée.

505. A cette question s'en rattache une autre : le commanditaire a-t-il un recours contre les commandités à raison de ce qu'il a dû payer au-delà de sa mise ? Le recours est admis dans l'opinion selon laquelle les tiers seuls peuvent invoquer les articles 27 et 28, C. com. On fait, en effet, remarquer qu'aucune fraude n'est possible à l'égard des associés. On oublie toujours que c'est notamment dans l'intérêt de la société et des associés eux-mêmes que les actes de gestion ont été interdits aux commanditaires (n° 487) (4). Du reste,

(1) Delangle, nos 412 et suiv.; Bravard-Veyrières et Demangeat, I, p. 249, note 2 ; P. Pont, t. II, n° 1472.

(2) Lyon, 27 mai 1859, S. 1860. 2. 16 ; *J. Pal.*, 1860. 856 ; *Pand. fr. chr.* ; Caen, 29 mai 1864, S. 1865. 2. 33 ; *J. Pal.*, 1865. 217 ; D. 1865. 2. 192 ; Paris, 6 juill. 1865, S. 1866. 2. 219, *J. Pal.*, 1866. 835 ; D. 1866. 5. 443. — Pardessus, III, n° 1038 ; Molinier, p. 505 ; Alauzet, n° 325.

(3) Trib. comm. Seine, 21 fév. 1888, *le Droit*, nos des 12 et 13 mars 1888.

(4) M. Thaller adopte cette doctrine, bien qu'il soit partisan de la dis-

il serait exorbitant qu'un commanditaire pût faire retomber sur d'autres personnes une violation de la loi qu'il a commise et profiter ainsi du bénéfice d'une situation à laquelle il a implicitement renoncé. On pourrait seulement, à la rigueur, admettre le recours du commanditaire contre un gérant qui, par des manœuvres, l'aurait déterminé à faire des actes de gestion (1).

506. Le commanditaire qui est tenu personnellement en vertu de l'article 28, C. com., est-il commerçant et peut-il, par suite, être déclaré en faillite ou mis en liquidation judiciaire, à raison soit de la faillite ou de la liquidation judiciaire de la société, soit de sa propre cessation de paiements ?

Avant la loi du 6 mai 1863, la question se posait dans tous les cas où un commanditaire était tenu personnellement à raison d'actes de gestion ; il était alors tenu de toutes les dettes sociales. Beaucoup d'auteurs décidaient que le commanditaire était commerçant dans ce cas et qu'il pouvait, par conséquent, être déclaré en faillite (2). Ils disaient que le commanditaire qui contrevenait à l'article 27, C. com., était en quelque sorte déchu de sa qualité et devait être traité comme un commandité déguisé (3).

Depuis la loi du 6 mai 1863, la question ne peut pas se poser lorsqu'un commanditaire n'est tenu personnellement que d'un certain nombre des dettes sociales. Elle s'élève au contraire, encore quand il est tenu de toutes les dettes de la société.

On a prétendu qu'alors, le commanditaire doit être considéré comme commandité et que, par suite, il est commerçant et peut être déclaré en faillite.

Cette solution doit être repoussée. On ajoute à la loi une rigueur nouvelle en admettant une assimilation absolue qui ne saurait s'appuyer sur aucun texte. Une distinction s'impose. La responsabilité

tinction entre les actes de gestion intérieure et les actes de gestion extérieure. V. Thaller, *op. cit.*, n°404.

(1) V. les arrêts et les auteurs cités

(2) Molinier, n° 504 ; Bravard et Demangeat, t. I, p. 249 à 251 ; Bédarride, t. I, n° 262 ; Delangle, *Revue étrangère et française de législation*, t. X, p. 89. V., en sens contraire, Pardessus, n° 1037 ; Troplong, n° 438.

(3) P. Pont, t. II, n° 1173.

personnelle de toutes les dettes sociales n'a pas cette conséquence nécessaire de faire considérer le commanditaire comme commerçant (1). Il se peut en effet, qu'il ait fait des actes de gestion assez nombreux pour le faire déclarer personnellement responsable, mais non pour autoriser à dire qu'il fait des actes de commerce sa profession habituelle dans les termes de l'article 1, C. com.

507. L'article 28 statue seulement sur les effets des actes de gestion à l'égard du commanditaire qui les a faits ; il ne se prononce pas sur la question de savoir si ces actes obligent la société envers les tiers ; c'est là une question toute différente. Il ne peut pas plus dépendre d'un commanditaire que de tout autre associé d'obliger la société. Pour qu'il puisse le faire, il faut qu'il ait reçu mandat ou que l'acte fait au nom de la société ait profité à celle-ci. On applique donc simplement ici les règles relatives au cas où des opérations ont été faites par un associé non gérant. V. article 1864, C. civ. et plus haut, n° 294 (2).

De même, il n'est point question dans le Code de commerce de la responsabilité que peut encourir envers la société et les autres associés un commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion, à raison de fautes par lui commises. Aussi y a-t-il lieu d'appliquer à cette responsabilité les règles du droit commun (3).

508. Droit étranger. — La défense faite aux commanditaires de faire des actes de gestion est fondée sur des motifs tellement rationnels qu'on la retrouve dans toute les législations. Mais la prohibition n'a pas partout la même étendue ni la même sanction.

Il y a des lois qui, comme le Code de commerce français, soit dans les commandites simples, soit dans les commandites par actions, défendent au commanditaire de faire des actes de gestion même en vertu de procuration. Tels sont les Codes de commerce *italien* (art. 148), *roumain* (art. 118), *espagnol* (art. 143, dern. alin.).

(1) V. Thaller, *op. cit.*, n° 403.

(2) Bravard Veyrières et Demangeat, *op. cit.*, I, p. 248 et 249.

(3) Cass., 25 octobre 1898, S. et. *J. Pal.*, 1900. 1. 410, D. 1898. 1. 565 ; *Pand. fr.*, 1899. 1. 139 ; *Journal des sociétés*, 1899, p. 298 ; *Revue des sociétés*, 1899, p. 222.

En *Belgique*, la prohibition existe bien, comme en France, dans les deux espèces de sociétés en commandite ; mais l'étendue en est plus restreinte dans la commandite par actions. En effet, dans la commandite par intérêts, l'associé commanditaire ne peut, *même en vertu de procuration*, faire aucun acte de gestion, tandis que, dans la commandite par actions, un commanditaire peut, comme mandataire du gérant, agir sous la raison sociale, en prenant soin de faire connaître sa qualité. Cpr. articles 22 et 81, 2e alin., loi *belge* du 18 mai 1873 (1).

En *Allemagne* et en *Autriche*, la prohibition ne s'applique que dans les sociétés en commandite par intérêts ; elle n'existe pas dans les sociétés en commandite par actions (pour l'*Allemagne*, art. 164 et 170, C. com. *allemand* ; pour l'*Autriche*, C. com., art. 167 et 196 3e alin.). En *Hongrie*, la prohibition existe dans la société en commandite simple C. com. *hongrois* (art. 141, 3e alin.), seule admise à l'exclusion de la société en commandite par action, par le Code de commerce *hongrois* (nos 453 et 674 *bis*).

D'après plusieurs Codes, la prohibition est sans application au cas où le commanditaire a déclaré agir par procuration. Ces Codes prennent en considération l'intérêt des tiers, non celui des associés et de la société. Il en est ainsi des Codes de commerce *allemand* (art. 170), *hongrois* (art. 141), *portugais* (art. 203), du Code *suisse* des obligagations (art 198).

Au point de vue de la sanction de la prohibition, des codes graduent la responsabilité du commanditaire selon le nombre et la gravité des actes de gestion. comme le fait l'article 28 du Code français, modifié par la loi du 6 mai 1863. V. la loi *belge* du 18 mai 1873, article 23. Quelques Codes admettent sans doute que le commanditaire, qui fait des actes de gestion, est tenu à raison de ces actes sur tous ses biens, mais décident que, pour les autres actes auxquels il n'a pas participé, il reste tenu seulement jusqu'à concurrence de ses apports : Code *allemand* (art. 167) ; Code *hongrois* (art. 141).

Le Code *italien* (art. 118) et le Code *roumain* (art. 118) déclarent

(1) Namur, *op. cit.*, n° 1202.

en principe, comme le faisait l'article 28 du Code français avant la loi du 6 mai 1863, que le commanditaire qui fait un acte de gestion est tenu personnellement et solidairement de toutes les dettes de la société. Mais, selon ces Codes, dans le cas spécial où le commanditaire a fait un acte de gestion en vertu d'une procuration s'appliquant à cet acte seul, il n'est tenu personnellement et solidairement que des obligations en résultant.

Selon la loi anglaise de 1907 sur les *limited partnerships* (art. 6), un associé à responsabilité limitée (*limited partner*) ne doit pas participer à la gestion des affaires sociales ni avoir le pouvoir d'obliger la société. S'il participe à la gestion, il est tenu de toutes les dettes sociales contractées pendant qu'il y prenait part comme s'il était associé à responsabilité illimitée.

La question de savoir si la responsabilité illimitée du commanditaire existe, en cas d'immixtion, à l'égard des tiers seulement ou même à l'égard des commandités, n'est pas tranchée par toutes les lois. Elle l'est, du moins, par quelques-unes. Ainsi, la loi *belge* de 1873 (art. 23) n'admet expressément la responsabilité personnelle et solidaire qu'envers les tiers. Il en est de même des Codes de commerce *italien* (art. 118) et *roumain* (art. 118).

508 *bis*. Le gérant d'une société en commandite est-il révocable au gré des commanditaires? Le gérant d'une société en commandite est presque toujours nommé dans les statuts. C'est d'ordinaire lui qui a l'idée de constituer la société et qui fait appel à des commanditaires (1). Aussi, en principe, le gérant d'une commandite ne peut pas être révoqué librement par les autres associés; il faut, pour que la révocation ait lieu, que tous, y compris le gérant lui-même, y consentent (art. 1857, 2e alin., C. civ.). La révocation peut, du reste, bien entendu être prononcée par un jugement pour des causes légitimes laissées à l'appréciation des tribunaux (fraudes, fautes graves, par exemple) (art. 1184, 1856-2° et 1871, C. civ.). V. n° 254.

En principe, le gérant a un rôle tellement important dans la

(1) La loi du 24 juillet 1867 fait jouer aux gérants de la société en commandite par actions les rôles que jouent les fondateurs de la société anonyme.

société en commandite que sa révocation entraîne la dissolution de la société (1).

509. Ces règles sont souvent écartées par des dispositions des statuts. On insère dans les statuts des clauses stipulant, soit que la révocation judiciaire du gérant sera possible sans qu'elle entraîne la dissolution de la société (2), soit que la révocation par les autres associés pourra avoir lieu pour des causes déterminées (3). On va même jusqu'à convenir quel e gérant pourra être révoqué *ad nutum* par ses coassociés (4). Toutes ces clauses ont été déclarées valables par la jurisprudence (5). Elles ne sont pas, en effet, absolument contraires aux articles 27 et 28, C. com., en ce qu'elles n'impliquent pas des actes de gestion extérieure de la part des commanditaires. Mais elles sont, spécialement la dernière, quelque peu en opposition avec l'esprit général de la société en commandite. L'attribution de la gérance à une personne déterminée est une considération déterminante du contrat. Le gérant doit être indépendant ; ces clauses le mettent sous l'autorité plus ou moins directe des commanditaires.

Ces clauses étaient devenues fréquentes sous l'empire du Code de commerce, avant la loi du 24 juillet 1867, spécialement dans les sociétés en commandite par actions. On recourait alors à cette forme de société, de préférence à celle de la société anonyme, pour n'avoir pas besoin de l'autorisation préalable du gouvernement prescrite par l'ancien article 37, C. com. ; mais on voulait, pourtant, que le gérant n'eût pas plus d'indépendance que les administrateurs d'une société anonyme qui sont essentiellement révocables *ad nutem* par les actionnaires (6). V. nos 670 et 1002.

(1) Il en est, en principe, de même de la démission du gérant, Lyon, 14 janvier 1905, *Revue des sociétés*, 1906, p. 286.

(2) Paris, 28 fév. 1850, S. 1850. 2. 447 ; Req., 9 mai 1860, S. 1860. 1. 621.

(3) Cass., 9 mai 1859, S. 1860. 1. 442 ; *J. Pal.*, 1860. 670.

(4) Paris, 11 nov. 1848, S. 1848. 2. 687 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 28 avril 1863, S. 1863. 1. 383 ; *J. Pal.*, 1864. 48 ; Req., 25 nov. 1872, S. 1873. 1. 385 ; *J. Pal.*, 1873. 951.

(5) V. les arrêts cités dans les trois notes précédentes.

(6) V. Ch. Beudant, *Des sociétés commerciales, des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867* (*Revue critique de législation et de jurisprudence* XXXI, p. 416, nos 15 et 16).

2° De la société en commandite simple ou par intérêts

510. La société en commandite simple ou par intérêts était la seule forme de commandite connue dans l'ancien Droit et, par suite, réglée par l'Ordonnance de 1673 (nos 451 et 452). Elle était employée notamment par les nobles qui voulaient réaliser des bénéfices commerciaux sans déroger (1) et par les capitalistes que gênait l'interdiction du prêt à intérêt.

Cette forme de société est beaucoup moins répandue que la société en nom collectif (2), dont elle a en partie les inconvénients, notamment en ce qui touche les causes de dissolution (n° 542), sans avoir les avantages des commandites par actions et des sociétés anonymes.

511. La commandite simple se rapproche, en beaucoup de points, de la société en nom collectif, par cela même que c'est aussi une société par intérêts, dans laquelle, à ce titre, la considération des personnes joue un rôle prépondérant (3). Mais la présence, à côté d'associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (*commandités*), d'associés tenus seulement jusqu'à concurrence de

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 38.

(2) Nous ne pouvons donner ici la statistique annuelle des sociétés en commandite simple pour les années antérieures à 1879. De 1866 à 1880, par une singularité vraiment inexplicable, la statistique de l'administration de la justice civile indiquait le nombre total des actes de sociétés en commandite déposés aux greffes des tribunaux de commerce sans distinguer entre les deux espèces de commandites. La moyenne des commandites simples a été de 1841 à 1845 de 367, de 1846 à 1850 de 368, de 1851 à 1855 de 486, de 1856 à 1860 de 591, de 1861 à 1865 de 590. Le nombre moyen des commandites simples et par actions a été pour 1866 à 1870 de 509, pour 1871 à 1875 de 374, pour 1876 à 1880 de 372. Le nombre des commandites simples constituées en 1881 a été de 312 ; en 1882 de 443 ; en 1883 de 385 ; en 1884 de 354 ; en 1885 de 668 ; en 1886 de 710 ; en 1887 de 641 ; en 1888 de 664 ; en 1889 et en 1890 de 757 ; en 1891 de 745 ; en 1892 de 814 ; en 1893 de 822 ; en 1894 de 865 ; en 1895 de 831 ; en 1896 de 934 ; en 1897 de 952 ; en 1898 de 965 ; en 1899 de 1005 ; en 1900 de 970 ; en 1901 de 988 ; en 1902 de 1003 ; en 1903 de 1051 ; en 1904 de 1111.

(3) Le Code de commerce *allemand* dispose dans l'article 161, 2e alin. ; « A moins de dispositions contraire, la société en commandite simple est « régie par les règles applicables à la société en nom collectif ».

leurs mises (*commanditaires*), entraîne, sous des rapports multiples, l'application de règles spéciales, soit aux commandites simples, soit aux deux espèces de commandites.

Afin de mieux faire ressortir les ressemblances et surtout les différences qui existent entre la société en nom collectif et la société en commandite par intérêts, nous suivrons, pour exposer les règles de la commandite simple, l'ordre dans lequel nous avons exposé celles de la société en nom collectif (n° 148). Il sera donc successivement traité : I. *Des caractères distinctifs de la société en commandite simple* ; — II. *De la constitution de la société en commandite simple* ; — III. *Du fonctionnement de la société en commandite simple* ; — IV. *Des causes de dissolution. De la liquidation et du partage. De la prescription des actions contre les associés.*

I. — *Des caractères distinctifs de la société en commandite simple.*

512. Les carctères distinctifs de toute société en commandite, par opposition aux autres sociétés, ont été indiqués dans la partie consacrée aux règles communes aux deux espèces de sociétés en commandite (n^os^ 456 et suiv.). Il s'agit maintenant de déterminer le *criterium* de la distinction entre les deux espèces de commandites.

L'intérêt pratique de cette distinction se présente spécialement aux points de vue suivants :

a) La loi du 24 juillet 1867 (art. 1^er^ à 21) soumet la constitution et le fonctionnement des sociétés en commandite par actions à de nombreuses règles restrictives, qui ne s'appliquent pas aux commandites simples, pour lesquelles aucune règle de ce genre n'a été édictée. V. notamment n° 533 (1).

b) Les formalités de publicité ne sont pas absolument les mêmes pour les deux sortes de commandites. V. L. 24 juillet 1867, arti- 55 et suiv.

c) Les causes de dissolution ne sont pas identiques : il y a, pour la commandite simple, des causes de dissolution se rattachant à la

(1) Cass., 27 janv. 1880, S. 1880 1. 12 ; *J. Pal.*, 1880. 265 ; D. 1880. 1. 247. V. n° 513.

personne des commanditaires qui ne peuvent atteidre une commandite par actions. V. n° 542.

d) L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières s'applique aux actions et aux parts des commandités dans les sociétés en commandite par actions ; les parts d'intérêt des commanditaires y sont seules soumises dans les commandites simples, les parts des commandités y échappent. L. 29 juin 1872, art. 1er ; L. 1er décembre 1875. V. n° 915.

e) Pour assurer la perception de l'impôt sur le revenu et des différents impôts spéciaux qui frappent les actions, les sociétés en commandite par actions sont soumises à un contrôle de l'administration de l'enregistrement chargée de la perception de l'impôt. Ce contrôle n'existe pas pour les commandites par intérêts (1).

f) La taxe annuelle de mainmorte représentant les droits de transmission entre-vifs et par décès est due par les sociétés en commandite par actions ; elle ne l'est pas par les sociétés en commandite simple. L. 31 mars 1903, article 2 (2) (3).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 292.

(2) Les articles 2 et 3 de la loi du budget du 31 mars 1903 sont ainsi conçu :

Article 2. — La taxe annuelle représentative des droits de transmission entre-vifs et par décès, établie par la loi du 20 février 1849, est due par toutes les collectivités qui ont une existence propre et qui subsistent indépendamment des mutations qui peuvent se produire dans le personnel, *à l'exception des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple.*

Article 3. — Cette taxe sera calculée, à partir du 1er janvier 1903, à raison de cent douze centimes et demi par franc du principal de la contribution foncière des propriétés bâties et soixante dix centimes par franc du principal de la contribution foncière des propriétés non bâties. Elle continuera a être soumise aux décimes auxquels sont assujettis les droits d'enregistrement.

(3) Les cessions d'actions sont soumises à un droit proportionnel de 0 fr. 50 pour 100 francs du prix (L. 23 juin 1857 : L. 16 septembre 1871, art. 21 ; L. 29 juin 1892) sans addition de décimes. On a soutenu pendant longtemps que, pour les cessions de parts d'intérêt, le droit était de 2 0/0 (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, n° 1). Mais la jurisprudence a fini par appliquer le droit de 0 fr. 50 0/0 sans décimes même aux cessions de parts d'intérêt. Cass. ch. réun., 29 décembre 1868, S. 1869. 1. 133 ; *J. Pal.*, 1869. 301 ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 27 avril 1906, S. et *J. Pal.*,

Le premier point de vue est assurément le plus important de ceux auxquels la distinction des deux espèces de sociétés en commandite doit être faite. Sans une règle précise permettant de distinguer les deux espèces de commandites, on arriverait à présenter des commandites par actions comme constituant des commandites par intérêts et à les soustraire ainsi au régime de la loi du 24 juillet 1867.

513 Par cela même que, dans la commandite par intérêts, les parts sociales des commanditaires sont des *intérêts* et qu'elles sont des *actions* dans les commandites par actions, la question, qui vient d'être posée, revient à celle de savoir quel est le caractère distinctif de l'*action* et de l'*intérêt*. Elle a donné naissance à des systèmes assez divers et a été soulevée surtout depuis qu'elle présente un intérêt fiscal considérable au point de vue l'impôt sur le revenu (n° 512 *d* et *e*) (1). Des commandites par actions ont essayé de se transformer en commandites simples pour échapper à certaines règles fiscales gênantes, et, pour décider si la transformation était ou non réelle, les tribunaux ont dû se prononcer sur la différence essentielle de l'intérêt et de l'action ; c'est ainsi que la question a été, à plusieurs reprises, portée devant la Cour de cassation (2). Le législateur s'est jusqu'ici refusé à la résoudre expressément (3).

1907. 1. 241 (note de M. Albert Wahl) ; *Pand. fr.*, 1906. 6. 44. Cette jurisprudence a fait disparaître un point de vue auxquels la distinction entre les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions présentait un intérêt pratique.

(1) Elle l'a été à propos de l'application de la loi du 31 mars 1903 (art. 2) qui exempte de la taxe de mainmorte (note 2 de la page 412) les sociétés en commandites par intérêts. Arrêté du Conseil de préfecture de la Somme du 5 décembre 1904 (*La réforme économique*, n° du 12 mars 1905).

(2) V, sur la jurisprudence la note 2 de la page 420.

(3) Lors de la discussion au Sénat du projet de loi sur les sociétés qui était destiné à remplacer la loi du 24 juillet 1867, la commission du Sénat et après elle, le Sénat ont refusé d'adopter une définition précise de l'action.

Le rapport fait au Sénat par M. Bozérian expose les différents systèmes relatifs à la définition de l'action et n'en adopte aucun. Il y est déclaré que la majorité de la commission n'a pas jugé utile de formuler une opinion sur ce point et a craint que les fondateurs des sociétés n'arrivâssent à imaginer des combinaisons qui ne rentreraient pas dans les termes de la

514. Dans un sens large, le mot *intérêt* désigne parfois la part d'un associé dans une société quelconque et comprend ainsi même l'action (art 33, C. com.). Mais le plus souvent, en matière de société, quand il s'agit de parts sociales, l'*intérêt* est opposé à l'action ; cette opposition, indiquée dans l'article 529, C. civ., dans l'article 91, al. 3, C. com. et dans l'article 1er de la loi du 1er décembre 1875, se fait surtout en matière de société en commandite.

515. Le mot *action* désigne tantôt les droits de l'associé qu'on appelle actionnaire, tantôt le titre ou l'écrit qui lui est délivré pour constater ces droits. Quand on recherche la différence qu'il y a entre l'intérêt et l'action, on prend évidemment le mot dans sa première acception (1). Du reste, on ne délivre pas d'ordinaire de titre spécial à l'associé qui a une part d'intérêt.

516. Il va tout d'abord de soi qu'on ne saurait se contenter de dire avec quelques jurisconsultes : l'intérêt est la part d'un associé dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, tandis que l'action est la part d'un associé dans les sociétés en commandite par actions ou anonymes. Il y a là un cercle vicieux. Il s'agit de savoir, quand notre question s'élève, quelle est la nature d'une société, et la réponse ne peut être faite qu'autant qu'on est fixé sur les caractères distinctifs de l'action par opposition à l'intérêt.

Il est évident aussi qu'il n'y a pas à s'attacher à la dénomination employée dans les statuts de la société (2). Les parts d'associés sont

définition et, par suite, à éluder les prescriptions de la loi. — Dans la séance du Sénat du 29 novembre 1884, M Batbie insista pour qu'on s'expliquât. M. Bozérian, rapporteur, refusa l'insertion d'une définition dans la loi, mais il fit, cependant, une déclaration indiquant l'opinion de la commission : « Maintenant qu'est-ce qu'une action ? J'ai déclaré, non « seulement en mon non personnel, mais encore au nom de la commis- « sion, que, pour nous, l'action, c'est le titre représentatif de l'intérêt. — « La définition n'est pas dans la loi, soit : mais elle est dans la prati- « que. » V. la note 1 ci-après. — Le Sénat, sur ces observations, repoussa un amendement de M. Batbie.

(1) L'observation contenue au nº 515 montre l'erreur commise par la commission sénatoriale et par son regretté rapporteur, quand, comme cela a été expliqué à la note de la page 3 précédente, pour donner une idée précise de l'action, ils admettaient que, sous ce nom, on désigne le titre constatant les droits de l'associé.

(2) Un arrêt de rejet de la Chambre civile du 8 juillet 1868 (D. 1868. 1.

des intérêts ou des actions d'après leurs caractères intrinsèques, non d'après la dénomination qu'il a plu aux fondateurs de la société de leur donner. Autrement, les parties arriveraient, en employant une expression ou l'autre, à échapper à des règles qui, pourtant, ont un caractère impératif certain ; ainsi, elles éviteraient l'application de la loi du 24 juillet 1867 et la surveillance de l'administration de l'enregistrement concernant les divers impôts auxquels sont soumises les sociétés par actions. V. n° 512.

517. Trois opinions plus ou moins spécieuses ont été soutenues.

D'après l'une la part d'un associé constitue un intérêt, quand il est tenu des dettes sociales sur ses biens personnels ; c'est, au contraire, une action quand il n'est obligé que jusqu'à concurrence de sa mise (1).

Cette doctrine n'est point exacte ; elle reconnaît comme trait distinctif de l'intérêt un caractère qu'il a sans doute le plus souvent, mais qu'il n'a point toujours. Dans les commandites simples, les parts des commanditaires sont des intérêts, et, cependant, ces associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports (art. 26, C. com.).

518. Dans une autre opinion, c'est au mode de transmission des parts d'associés qu'il faudrait s'attacher Ces parts sont-elles *négociables,* c'est-à-dire se transmettent-elles par la simple tradition du titre qui constate les droits des associés, par l'endossement ou par une déclaration de transfert sur les registres de la société (2) ?

480) paraît contraire à cette doctrine. Il reconnait que la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions a pu être déclarée inapplicable à une société en commandite, par cela seul que les associés avaient déclaré expressément dans les statuts qu'ils entendaient ne point former une société par actions.

(1) Demolombe, IX, n° 411 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Cours de Code civil*, II, p. 23.

(2) Ces modes de transmission sont parfois qualifiés *de modes commerciaux* de transmission. On dit des droits qui se transmettent ainsi, qu'ils sont transmissibles par *les voies commerciales*. L'origine de ces expressions vient de ce que ces modes expéditifs et peu coûteux de transmissions opposés à la cession faite dans les formes de l'article 1690, C. civ., ont été inventés pour les droits de nature commerciale. Mais, aujourd'hui, ils peuvent être appliqués même en matière civile. V. *Traité de Droit commercial,* III, n° 98.

Ce sont des actions. Si ces formes rapides de transmission ne leur sont point applicables, ce sont des intérêts, alors même qu'elles seraient *cessibles*, c'est-à-dire transmissibles dans les formes de l'article 1690, C. civ. (1) (2). On fait notamment remarquer en faveur de cette doctrine que c'est à propos des actions que le Code de commerce parle de transmission par voie de tradition ou de transfert (art. 35 et 36, C. com.).

Cette opinion ne peut pas être admise. Elle impliquerait que les formes de transmission rapide du transfert, de l'endossement, de la tradition ne conviennent qu'à certaines espèces de droits. Or, il n'en est rien ; ces formes peuvent être efficacement employées pour la transmission des droits de toute nature, dès l'instant que le titre qui les constate est nominatif, à ordre ou au porteur (3) D'ailleurs, il résulte de plusieurs dispositions de nos lois commerciales que des intérêts peuvent être *négociables* et qu'à l'inverse, la *négociabilité* des actions est parfois impossible, sans que portant elles perdent leur caractère. L'article 91, al. 3, C. com. (modifié par la loi du 23 mai 1863) parle de la manière de constituer en gage *tes 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, déclare (art. 25) que ces dispositions ne s'appliquent pas *aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'article 1690 du Code civil*. Enfin, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés n'admet la négociabilité des actions correspondant à des apports en espèces qu'après le versement du quart (art. 1er et 24) et des actions d'apport que deux ans après la constitution de la société (art 3 et 24) (4) ; il est incontes-

(1) Paris (2e ch.), 22 nov. 1890, *Revue des sociétés*, 1891, p. 86 ; Paris, 30 déc. 1890, *Annales de Droit commercial*, 1891, p. 53. Vavasseur, *Du caractère distinctif de l'action de l'intérêt* (*Revue des sociétés*, 1889, p. 608 et *le Droit*, nos des 7-8 oct. 1889).

(2) La distinction entre la *cessibilité* et la *négociabilité* ou la *cession* et la *négociation* est faite par nos lois à différents point de vue. V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 727 et suiv.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, no 98.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 727 et suiv.

table, pourtant, que les parts des associés constituent des actions avant même qu'il ait été satisfait à ces conditions.

519. Dans une troisième opinion, c'est l'égalité des actions qui les distinguerait des intérêts ; l'action serait toujours du même chiffre pour tous les associés (de vingt-cinq, de cent, de cinq cents francs, par exemple), tandis que l'intérêt serait d'une quotité différente pour chaque associé, l'un ayant un intérêt de 1/15, l'autre de 1/36 par exemple (1). On invoque en faveur de cette opinion l'article 34, C. com., selon lequel *le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale* (2). Cette doctrine est encore moins satisfaisante que les deux précédentes. Il est vrai que les sociétés par actions divisent presque toujours leur capital en parts égales. Cette égalité a des avantages pratiques très grands : elle facilite notamment la répartition des bénéfices sociaux entre les actionnaires, une simple division suffit pour fixer la part de bénéfice ou *dividende* à distribuer pour chaque action dès qu'on connaît le total des bénéfices à répartir ; elle permet aussi de connaître facilement, à l'aide d'une simple multiplication, le prix de vente d'un nombre quelconque d'actions, par cela seul qu'on connaît le prix d'une action. Mais il n'y a là rien d'absolu ; il arrive parfois que les actions sont d'inégale valeur, tandis qu'au contraire, les parts d'intérêts sont égales. Ainsi, l'on rencontre des actions inégales, spécialement dans les sociétés de mines. Les actions inégales ne sont pas, en général, des actions d'une somme fixe, mais des *actions de quotité* (L. 5 juin 1850, art. 14). La faculté de diviser le capital en actions inégales a, du reste, été formellement reconnue

(1) Demante, *Cours analytique de Code civil*, II, p. 421.

(2) Le texte de l'article 34, C. com. ici reproduit est le texte modifié par la loi du 16 novembre 1903. Le texte ancien ne visait que la société anonyme, en disposant : *le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une égale valeur*. Mais, même avant la loi du 16 novembre 1903, cette disposition s'appliquait aux sociétés en commandite par actions. Le changement de rédaction de l'article 34, C. com., n'a aucune influence pour la solution de la question relative au criterium de la distinction entre l'action et l'intérêt.

par le gouvernement dans la discussion de la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867 (1).

520. Suivant nous, ce qui, en règle générale, distingue l'*action* de l'*intérêt*, c'est la *cessibilité* (2) : quand les parts d'associés peuvent être, sans le consentement de tous les associés, transmises à des tiers qui prennent entièrement la place des cédants, ce sont des actions, que la transmission soit possible par tradition ou transfert ou qu'elle ne puisse se faire qu'en observant les formalités de l'article 1690, C. civ. ; dans le cas contraire, ce sont des intérêts. Ce point de vue est confirmé par le Code de commerce et par une pratique constante Le Code paraît bien considérer la cessibilité comme un caractère inhérent aux actions, puisque c'est en parlant de la société anonyme qu'il indique les formes au moins les plus ordinaires de la transmission des actions (art. 35 et 36, C. com.). Dans l'usage, on délivre à chaque actionnaire un titre qui constate ses droits et qui facilite les cessions. La transmissibilité à volonté, en quelque forme que les transmissions aient lieu, implique que la considération des personnes n'a pas joué de rôle, que ce sont des sociétés de capitaux.

La cessibilité constitue un grand avantage pour les actionnaires. Mais elle permet des spéculations et c'est par suite de la cessibilité,

(1) La question de savoir si la disposition de l'article 34, C. com., qui parle de l'égalité des actions, est impérative, fut posée lors de la discussion de la loi du 24 juillet 1867. M. Rouher, dans la séance du Corps législatif du 9 juin 1867, s'est exprimé ainsi : « Parmi les prescriptions légales se trouve l'article 34 qui dit que le capital sera dévisé en actions de valeur égale ; c'est la formule simple, à l'aide de laquelle le capital est formé et divisé. Cette disposition de l'article est elle impérative ? Est-elle obligatoire ? Est-ce une règle dont la violation entrainerait l'annulation de l'acte social ? Je dois dire qu'en l'état actuel des choses, en dehors même des questions de sociétés coopératives, rien dans la législation, rien dans la doctrine, rien dans la jurisprudence ne donne, à cette prescription de l'article 34, l'importance d'un texte impératif. » M. Forcade de la Roqnette avait fait, dans la séance du 4 juin précédent, une déclaration dans le même sens : « Les formes indiquées par le Code de commerce ne sont que des « moyens destinés à favoriser la répartition des actions et ne touchent pas « au fond des choses. »

(2) Dissertation de M. Ch. Beudant en note d'un arrêt des Chambres réunies du 29 déc. 1868, D. 1869. 1. 73.

qu'une société par actions intéresse le crédit public. Elle explique en partie la réglementation spéciale à laquelle les sociétés par actions sont soumises. Il faut, toutefois, reconnaître que les formes commerciales de transmission (tradition, endossement, transfert), à raison de leur rapidité, se prêtent plus aisément à des opérations répétées et, par suite, à des spéculations parfois excessives.

A l'appui de notre doctrine, on peut citer les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 (art. 2 et 3), qui défendent la *négociation* des actions pendant un certain temps ; elles sont *cessibles* seulement durant ce délai et, pourtant, personne ne doute que, même pendant cette période, ce sont des actions (n° 518).

Il ne faudrait pas, toutefois, s'attacher à la cessibilité d'une manière absolue comme on a proposé de le faire (1). Il arrive souvent que les statuts sociaux n'autorisent la cession des parts d'associés que sous certaines restrictions : ainsi, il peut être stipulé qu'un seul des associés pourra céder sa part et à son fils seulement ou à certains parents déterminés, ou bien que tous pourront céder leurs parts, mais avec l'agrément de leurs coassociés. Dans des cas de ce genre, il y a bien cessibilité et, cependant, il serait difficile de dire qu'il y a là des actions. Celles-ci supposent, en effet, des sociétés où l'on a pris en considération non la personne des associés, mais leurs apports : les clauses que nous avons citées, impliquent qu'on a tenu compte des personnes.

Un intérêt peut être cessible. L'article 1861, C. civ., applicable aux sociétés en nom collectif, dispose qu'un associé ne peut pas sans le consentement de ces associés, associer une tierce personne à la société. Mais cette prohibition n'est pas absolue : il peut être convenu que les parts seront cessibles ; pourtant, la société ne change pas, pour cela, nécessairement de nature, elle ne devient pas une société par actions. La preuve péremptoire s'en trouve dans les articles 57 et 61 de la loi du 24 juillet 1867. Ces articles, reproduisant en ce point les anciens articles 42 et 47 C. com., prescrivent de rendre publics les *changements* d'associés. Assurément, il ne peut s'agir ici d'ac-

(1) Batbie, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXXIV, p. 328 et suiv. et p. 413 et suiv.

tionnaires, car les actionnaires ne figurent pas dans les extraits publiés dans les journaux. V. aussi au n° 518 l'argument tiré de l'article 91, al. 3, C. com.

Pour résoudre les difficultés qui peuvent se présenter sur la nature des parts d'associés et, partant, sur celle de la société, quand la cessibilité ou l'incessibilité de ces parts n'est pas illimitée, il est impossible de poser une règle absolue. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a lieu de rechercher si la cession des parts d'associés a été considérée comme quelque chose d'exceptionnel ou, au contraire, comme un acte normal et ordinaire Dans le premier cas, ce sont des *intérêts* ; dans le second cas, ce sont des *actions* (1).

Ainsi, l'on peut admettre que les parts des associés sont des actions alors même qu'un droit d'opposition aux cessions a été conféré au conseil d'administration ou que ce conseil doit donner son agrément aux cessions, s'il ressort des circonstances ou des clauses de l'acte de société que la volonté des parties a été que, sauf exception, les cessions pûssent avoir lieu librement (2). La délivrance de titres distincts des statuts pour constater les droits de chaque associé est de nature à faire naître cette présomption. Il en est de même du grand nombre des commanditaires : il paraît, en effet, exclusif de l'*intuitus personæ* (3).

Mais on ne saurait s'attacher, pour prouver qu'une société est en commandite par actions, à ce que la mort d'un commanditaire ne doit pas, selon les statuts, en entraîner la dissolution. La transmis-

(1) Ch. Beudant, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXXIV, p. 135 et suiv. L'article de M. Beudant intitulé, *Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de société*, a suscité une réponse de M. Batbie (voir la note précédente) suivie d'une réplique de M. Beudant (même revue, XXXIV, p. 402 et suiv.). V. Paul Pont, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, I, n° 599. Cpr. Cass., 22 fév. 1892, *Revue des sociétés*, 1892, p. 179.

(2) Cass., 27 mars 1878, D. 1878. 1. 308 ; S. 1878. 1. 277 ; *J. Pal.*, 1878. 686 ; Cass., 13 mars 1882, D. 1883. 2. 83 ; S. 1863. 1. 327 ; *J. Pal.*, 1883. 786 ; Cass., 14 mai 1898, S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 397 ; Cass., 29 octobre 1902, D. 1904. 1. 49 ; *Pand. fr.*, 1904. 1. 128.

(3) Dans l'espèce à l'occasion de laquelle a été rendu l'arrêt de la Chambre civile du 10 août 1887 cité à la note 2 de la page 421, il y avait 949 parts et 129 commanditaires.

sibilité de la qualité d'associé n'est pas, en effet, incompatible avec l'existence d'une société par intérêts, comme le prouve, du reste, l'article 1868, C. civ., applicable notamment aux sociétés en nom collectif. V. nos 311 et suiv.

521. La jurisprudence, après avoir quelque peu hésité, s'est, si l'on en excepte quelques décisions isolées de Cours d'appel (1), fixée dans le sens de l'opinion que nous soutenons. Elle admet qu'en principe, l'action est une part d'associé considérée comme normalement cessible, alors même que la cession serait soumise aux formalités de l'article 1690, C. civ. (2).

522. Droit étranger. — La question des caractères distinctifs de l'action par opposition à l'intérêt n'est, en général, pas plus résolue expressément par les lois étrangères que par la loi française. En *Belgique*, on admet généralement que la cessibilité distingue l'action de la part d'intérêt et que la commandite par intérêts est une société formée *cum intuitu personæ* même quant aux commanditaires (3). Mais il est reconnu par la loi du 18 mai 1873 (art. 24) qu'au moins à titre exceptionnel, la cession d'une part d'intérêt en commandite est possible en vertu d'une clause des statuts ou d'une convention

(1) V. Paris (7e ch.), 22 nov. 1890 ; Paris (2e ch.), 30 nov. 1890, *Revue des sociétés*, 1891, p. 86 et 95.

(2) Cass., 2 août 1886, S. 1887. 1. 329 ; *J. Pal.*, 1887. 788 ; D. 1887. 1. 167 ; *Pand. fr.*, 1886. 1. 226 ; Cass., 9 fév. 1887, S. 1888. 1. 177 ; *J. Pal.*, 1888 407 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 94 ; Cass., 5 nov. 1888, S. 1889. 1. 437 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 1071 ; D. 1889. 1. 453 ; *Pand. fr.*, 1889. 6. 18 ; Trib. comm. Seine, 16 novembre 1904, *Journal des sociétés*, 1905, p. 516. — La Chambre civile a admis qu'une société en commandite par actions s'était bien transformée en commandite simple, alors qu'aucun titre spécial et séparé n'avait été délivré à chaque associé et que la cession n'était possible que du consentement des gérants constitués mandataires des autres associés : Ch. civ. rej , 10 août 1887, S. 1889. 1. 33 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 52 ; D. 1887. 1. 440 ; *Pand. fr.*, 1887. 5. 64 (V. les conclusions de M. l'avocat général Desjardins). Cependant un arrêt de la Cour de Paris du 30 décembre 1891, *Revue des sociétés*, 1891, p. 95, paraît s'attacher à la négociabilité pour distinguer l'action de l'intérêt.

(3) Namur, *op. cit.*, II, n° 928 ; Guillery, *Les sociétés commerciales en Belgique*, II, nos 465 et 468.

V. un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 19 mai 1894 (*Revue des sociétés*, 1895, p. 52), qui paraît s'attacher à la forme de la transmission pour distinguer l'action de l'intérêt.

postérieure. Seulement, alors la cession ne peut être faite qu'en observant les formes de l'article 1690, C. civ. ; cela implique que les formes des titres au porteur, nominatifs et à ordre sont réservées aux actions. V. art. 24, L. 18 mai 1873 (1).

En *Allemagne*, la cessibilité est aussi, en principe, le caractère propre de l'action (art. 222, 2e alin., C. de com. *allemand*). Mais il est, pourtant, admis que des restrictions peuvent être apportées à cette cessibilité, que, spécialement il est possible de stipuler que les actions nominatives ne pourront être cédées sans le consentement de la société. Ces actions ne peuvent pas donner lieu aux mêmes spéculations excessives que celle dont la cession est entièrement libre. C'est pour cette raison sans doute que, pour ces actions, le minimum de valeur est de 200 marks, tandis qu'il est de 1000 marks pour les actions cessibles à volonté (art. 180 et 320, C com. *allemand*).

II. — *De la constitution de la société en commandite simple*

523. La constitution de la commandite simple exige les mêmes conditions de preuve et de forme que celle de la société en nom collectif ; il faut donc : 1° qu'un écrit soit dressé pour constater la formation de la société et les règles qui la régiront ; 2° que des formalités de publicité soient remplies pour faire connaître aux tiers la création et le mode de fonctionnement de la société. V. n° 167 (2).

Mais, à l'occasion de chacune de ces conditions, quelques observations spéciales aux commandites simples doivent être présentées.

(1) Namur, *op. cit.*, II, n° 929 ; Guillery, *op. cit.*, II, n° 467.

(2) Les lois étrangères, qui veuleut que la société en nom collectif soit constatée par écrit, ont la même exigence pour la commandite simple : L. *belge* du 18 mai 1873, art. 4, 1er alin.; C. *italien*, art. 87, 1er alin.; C. *roumain*, art. 88, 1er alin.; C. *portugais*, art. 113, 1er alin. Dans les pays étrangers, au contraire, où un écrit n'est pas requis pour les sociétés en nom collectif (n° 168), il n'est pas non plus exigé qu'il en soit dressé un pour les sociétés en commandite simple. V. art. 105, Code com. *allemand* : art. 125, 3e alin., C. com. *hongrois*. La loi *anglaise* de 1907 exige une constatation par écrit des principales clauses du contrat de société pour la *limited partnership*.

524. Quand l'acte de société est sous seings privés, il y a lieu de dresser autant d'exemplaires qu'il y a de commanditaires et de commandités ; c'est une application toute naturelle des articles 1325, C. civ., et 39, C. com. On a contesté cette solution, en soutenant que, dans une société en commandite simple, il n'existe que deux intérêts contraires en présence et qu'en conséquence, deux exemplaires de l'acte sous seings privés, l'un pour les commanditaires, l'autre pour les commandités, doivent suffire (1).

Il y a là, selon nous, une erreur : il faut autant d'originaux de l'acte sous seings privés que d'associés, parce que chacun d'eux a un intérêt distinct (2). Pour les commandités, cela résulte de ce que la loi déclare que ce sont des associés en nom collectif (art. 23, C. com.). Quant aux commanditaires, ils peuvent non seulement avoir des intérêts collectifs contraires à ceux des commandités, mais encore avoir des intérêts contraires entre eux ; on conçoit notamment qu'ils aient des contestations les uns avec les autres au sujet des versements à faire par certains d'entre eux ou des bénéfices à répartir entre eux.

Il est vrai que, pour la commandite par actions, la loi du 24 juillet 1867 (art. 1) n'exige que deux exemplaires de l'acte sous seings privés contenant les statuts. Mais il y a là une dérogation spéciale aux principes qui s'explique par deux raisons. L'application de la règle à cette société serait parfois gênante à raison du grand nombre de commanditaires. Ce n'est pas tout : un exemplaire doit être déposé chez un notaire et reste ainsi à la disposition de tous les intéressés qui peuvent s'en faire délivrer des expéditions (L. 24 juillet 1867, art. 1, alin. 3 et 4). Ces deux raisons ne se présentent point dans la commandite par intérêts.

525. Les formalités de publicité sont les mêmes que pour la société en nom collectif ; elles consistent exclusivement dans un dépôt de l'acte de société fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce et dans la publication d'un extrait de cet acte. Il n'y a aucune formalité de publicité permanente. V. nos 191 et suiv.

(1) Bravard-Veyrières, I, p. 233 et 234 ; Houpin, *op. cit.*, I, n° 218.
(2) Demangeat sur Bravard, I, note 1 de la page 234.

Toutefois, il convient de relever deux différences relatives, soit aux personnes qui ont à remplir les formalités de publicité, soit aux mentions à insérer dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux.

Dans la société en nom collectif, l'obligation de remplir les formalités de publicité pèse sur tous les associés et ils doivent tous signer l'extrait de l'acte de société sous seings privés à publier dans les journaux (L. 24 juillet 1867, art. 60). Dans les sociétés en commandite, les gérants seuls sont tenus de remplir les formalités de publicité et ont à signer l'extrait. Aussi les gérants sont-ils seuls, à l'exclusion des autres associés, responsables des irrégularités commises dans l'accomplissement de ces formalités (1).

Les mentions, que doit contenir l'extrait publié dans les journaux, ne sont pas exactement les mêmes que pour une société en nom collectif.

Pour les sociétés en commandite simple, l'extrait doit contenir, d'après les articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 :

1. *Les noms des commandités, à l'exclusion de ceux des commanditaires*. On a pensé qu'avec la publicité des noms des commanditaires, l'un des buts de la commandite serait manqué : une personne ne pourrait pas, en qualité de commanditaire, réaliser des bénéfices commerciaux sans se faire connaître. Du reste, par cela même que les commanditaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises, la connaissance de leurs noms, pour pouvoir apprécier leur solvabilité, est moins utile aux tiers. Il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'elle leur serait inutile. D'abord, quand les apports ne sont pas réalisés, il y a intérêt à connaître les personnes qui doivent les effectuer, afin de savoir si elles sont ou non solvables et de pouvoir, au besoin, les poursuivre. Puis, la connaissance de ces personnes est encore utile à raison de ce que la commandite peut être dissoute par suite de causes personnelles aux commanditaires. Cpr. n° 525.

2. La *raison sociale ;*

(1) Cass., 16 novembre 1887, *Pand. fr.*, 1888. 1. 245 ; *le Droit*, n° du 4 février 1888.

3. Le *siège social* ;,

4. Les *associés* (ou les *tiers*) (1) *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. La *date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce* ;

9. La *nature de la société*.

526. Droit étranger. — Les lois étrangères, comme la loi française, traitent, au point de vue des formalités de publicité, les commandites simples de la même manière que les sociétés en nom collectif, tandis que, sous ce rapport, comme sous un très grand nombre d'autres, les commandites par actions sont assimilées aux sociétés anonymes.

Il est à remarquer que beaucoup de lois étrangères exigent, dans les formalités de publicité, l'indication des noms des commanditaires aussi bien que celle des noms des commandités. Il en est ainsi des Codes de commerce *allemand*, art. 162 ; *hongrois*, art. 126-2° ; *italien*, art. 88-1° et 90 ; *roumain*, art. 89-1° et 95, et du Code fédéral *suisse* des obligations, art. 591 et 592. Seulement, le Code *allemand* n'exige la mention des noms des commanditaires et du montant de leurs mises que sur le registre du commerce, mais non dans l'extrait publié par les journaux (art. 162, alin. 2) (2). D'après le Code *hongrois* (art. 116, dern. alin.), ces indications inscrites sur les registres ne sont insérées dans les journaux que sur la demande des intéressés.

La loi *belge* sur les sociétés du 18 mai 1873 (art. 7) a admis sur ce point spécial une règle qui diffère à la fois de celle des lois

(1) V. n° 198.

(2) C'est, en définitive, le système de la loi française. En effet, les noms des commanditaires se trouvent nécessairement dans l'acte de société déposé aux greffes ; c'est seulement dans l'extrait de cet acte publié dans les journaux que les noms des commanditaires ne figurent point.

étrangères qui viennent d'être mentionnées et de celle de la loi française. En effet, la loi *belge* ne prescrit l'indication des noms des commanditaires que lorsqu'ils ont des valeurs à fournir à la société, de telle façon qu'un commanditaire peut demeurer incommu, mais seulement à la condition de verser immédiatement dans la caisse sociale la somme jusqu'à concurrence de laquelle il s'oblige (1). V. n° 525.

La loi *anglaise* ne soumet à aucune formalité de publicite les *partnerships* dans lesquelles la responsabilité de tous les associés est illimitée et solidaire. Jusqu'en 1907, on ne connaissait en Angleterre de formalités légales de publicité que pour les *companies* comptant au moins sept associés et jouissant de la personnalité civile. La loi de 1907 sur les *limited partnerships* exige l'enregistrement de ces sociétés dans les bureaux spéciaux de Londres, d'Edimbourg et de Dublin pour l'enregistrement des *Companies*. L'acte à enregistrer signé des associés doit indiquer la raison sociale, l'objet de la société, le siège social, les noms des associés, la date à laquelle la société commeneera à fonctionner, la nature de la société et les associés dont la responsabilité est limitée, la somme à laquelle la limitation est admise et le mode de libération en argent ou autrement. (7 Edw. 7, cap. 24, art. 8).

527. La sanction des formalités de publicité est la même que pour les sociétés en nom collectif. V. n^{os} 209 et suiv.

Il importe seulement de poser, à propos de la commandite simple, une règle applicable, du reste, à toutes les sociétés dans lesquelles des associés ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises. Les intéressés auxquels la loi confère le droit de demander la nullité pour défaut de publicité, peuvent, à leur gré, l'invoquer ou ne pas s'en prévaloir. Mais ils n'ont pas un troisième parti à prendre : ils ne peuvent transformer la société, en faisant considérer les commanditaires comme des associés en nom collectif tenus comme tels personnellement et solidairement des dettes sociales (2). Dès l'instant où ils poursuivent les commandi-

(1) Namur, *op. cit.*, II. p. 30, 5° et 6°.

(2) Cass., 28 fév. 1859, S. 1860. 1. 157 ; *J. Pal.*, 1860. 627 ; D. 1859. 1. 108 ; Bordeaux, 10 mai 1899, S. et *J. Pal.*, 1901. 2. 96, D. 1900. 2. 158.

taires, les intéressés reconnaissent l'existence d'un acte de société et ils ne peuvent en laisser de côté les clauses qui leur sont défavorables pour poursuivre les commanditaires au delà de leurs apports. Ils diviseraient ainsi ce qui ne peut pas être divisé (1).

527 *bis. Droit étranger.* — En *Allemagne*, le Code de commerce (art. 176) admet que si les opérations sociales commencent avant l'inscription de la société au registre du commerce, les commanditaires sont tenus des obligations de la société contractées jusqu'à l'inscription, comme s'ils étaient des commandités, à moins que les créanciers ne connaissent leur qualité de commanditaires. En *Grande-Bretagne*, la limitation de la responsabilité de certains associés est subordonnée à l'enregistrement. A défaut de cette formalité de publicité, la société est traitée comme une *partnership* ordinaire et, par suite, tous les associés sont considérés comme des *general partners*, c'est-à-dire comme des associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales.

III. — *Du fonctionnement de la société en commandite simple*

528. *Date de la constitution de la société.* — Les associés peuvent fixer à leur gré la date à laquelle la société commencera à exister et à fonctionner ; le Code de commerce n'exige pas plus de conditions spéciales pour la constitution des commandites simples que pour celle des sociétés en nom collectif (n° 245). Les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, qui font dépendre la constitution des commandites par actions de nombreuses conditions, sont donc sans application aux commandites simples (n° 512). La société commence à l'époque même du contrat, s'il ne désigne une autre époque, comme la société en nom collectif, par application de l'article 1843, C. civ.

529. La constitution et le fonctionnement de la société font naître des rapports, soit entre les associés, soit entre eux et les tiers avec lesquels la société contracte. Il va être traité de ces deux espèces de rapports.

(1) Il y a là une sorte d'application de l'idée exprimée dans l'adage *quod produco non reprobo*.

a) Des rapports des associés entre eux

530. La répartition des bénéfices et des pertes entre les commanditaires et les commandités est régie par les articles 1853 à 1855, C. civ. V. nos 38 et suiv. et nº 247.

Les dispositions des lois étrangères qui allouent aux associés en nom collectif un certain intérêt de leurs mises, s'appliquent aux deux classes d'associés dans la commandite simple : Codes de commerce *allemand*, art. 163 ; *hongrois*, art. 136 ; Code *suisse* des obligations, art 594, alin. 2. — V. nº 248.

En France, l'allocation d'un intérêt aux commanditaires même en l'absence de bénéfices donne lieu à des difficultés qui seront examinées à propos des sociétés par actions, parce qu'il y a là une clause surtout fréquente dans les statuts des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes. V. nº 553.

531. Les commandités ne peuvent pas faire pour eux-mêmes des opérations semblables à celles que la société a pour objet ou devenir membres d'une société se livrant aux mêmes opérations, dans la mesure où cette interdiction existe pour les associés en nom collectif (nº 249). Mais cette interdiction ne peut pas exister pour les commanditaires, par cela même qu'on ne saurait concevoir qu'ils fassent des apports en industrie (nº 468) ; de tels apports supposent, en effet, des associés qui participent à la gestion, ce qui est défendu aux commanditaires (art. 27 et 28, C. com.). V. nos 487 et suiv.

Les Codes étrangers, qui ont pris soin de s'occuper avec quelque détail de l'interdiction dont il s'agit pour les associés en nom collectif et, par suite, pour les commandités, la déclarent inapplicable aux commanditaires. V. Codes de commerce *allemand*, article 165 ; *hongrois*, article 134 ; *italien*, article 116 (*a contrario*) ; *roumain*, article 116 (*a contrario*).

532. Des gérants. — En ce qui concerne le mode de nomination, la révocation, les pouvoirs des gérants, l'interdiction faite aux commanditaires d'accepter la gestion ou même de faire accidentellement des actes de gestion, les principes posés à propos de la com-

mandite en général (nos 485 à 509), s'appliquent sans restriction à la commandite simple.

533. Du droit de surveillance des commanditaires (1). — Si les commanditaires ne peuvent être gérants ni s'immiscer dans la gestion, ils ont, du moins, le droit de surveiller celle-ci (n° 490) en leur qualité d'associés. Une disposition insérée en 1863 dans l'article 28, C. com., a même pris le soin d'indiquer que *les actes de contrôle et de surveillance n'engagent pas personnellement le commanditaire*, à la différence des actes de gestion. La loi du 27 juillet 1867 (art. 5) exige même, dans les commandites par actions, la constitution d'un conseil de surveillance composé de commanditaires ; elle détermine les pouvoirs et la responsabilité des membres de ce conseil. Au contraire, dans les commandites simples, aucune disposition légale ne s'occupe de la surveillance. Aussi les statuts des sociétés peuvent-ils en laisser le soin à tous les commanditaires ou le confier à l'un ou à certains d'entre eux (2) ou même à un tiers. Souvent, le petit nombre des commanditaires explique qu'on puisse adopter le premier parti sans inconvénient.

Quand il y a des commandités non gérants le choix des personnes chargées de la surveillance peut être confié à ces commandités en même temps qu'aux commanditaires.

Si les statuts sont muets sur les actes que les commanditaires auront le droit de faire pour exercer leur surveillance sur la gestion, il appartient aux tribunaux, en cas de contestation, de déterminer les pouvoirs des commanditaires qui consistent dans un droit d'examen des livres, des papiers de la société, des bilans et des inventaires. C'est aussi aux tribunaux à déterminer, en cas de contestations à quelle époque les commanditaires peuvent se faire communiquer les livres et papiers de la société, de façon à ce que leur contrôle ne dégénère pas en tracasserie. Le droit des commanditaires doit pouvoir s'exercer au moins une fois par an, à l'époque

(1) Demogue, *Du droit de contrôle du commanditaire dans la commandite par intérêts* (1901, Extrait des *Annales de Droit commercial*) ; Thaller, *op. cit.*, n° 406.

(2) Cass., 27 janv. 1880, S. 1880. 1. 121 ; *J. Pal.*, 1880. 265, D. 1880. 1. 247.

où se distribuent les dividendes. Il faut qu'ils puissent examiner quels sont les bénéfices réels acquis à la société.

Ce droit de surveillance des commanditaires a un caractère personnel qui doit leur faire refuser la faculté de choisir un mandataire pour son exercice (1). Mais il doit leur être permis de se faire assister par un expert s'ils n'ont pas eux-mêmes les connaissances techniques pour faire des recherches éclairées dans la comptabilité de la société. En cas de difficulté sur ce point, c'est aux tribunaux à apprécier si l'assistance d'un expert est vraiment utile aux commanditaires qui le réclament.

534. Les pouvoirs et la responsabilité des membres du conseil de surveillance, quand il en est constitué un, ne sont pas régis par la loi du 24 juillet 1867, mais par les principes généraux du droit (2).

De là résulte une conséquence pratique importante au point de vue des personnes qui peuvent agir en responsabilité contre les membres du conseil de surveillance d'une commandite simple.

Dans les commandites par actions, le conseil de surveillance, déclaré obligatoire par la loi, est chargé de surveiller les opérations sociales comme mandataire des actionnaires, et les membres de ce conseil sont, à ce titre, responsables de leurs fautes envers leurs mandants. Ce n'est pas tout ; les membres du conseil de surveillance sont aussi investis de leur mission dans l'intérêt des créanciers sociaux. Aussi peuvent-ils être déclarés responsables envers ceux-ci (n° 1018) (3). Cette double responsabilité procède de la loi et ne peut être ni supprimée ni restreinte par une convention préalable.

Dans les commandites simples, les membres du conseil de surveillance n'encourent, au moins en principe, de responsabilité

(1) V., en sens contraire, Trib. comm. Seine, 6 déc. 1889, *Revue des sociétés*, 1890, p. 241, *le Droit*, n° du 8 déc. 1889.

(2) V. Cass., 27 janvier 1880, S. 1880. 1. 121 ; *J. Pal.*, 1880. 265 ; D. 1880. 1. 247. — Trop souvent les commissaires chargés de la surveillance n'exercent pas sérieusement leurs pouvoirs. V. Bordeaux, 3 juillet 1895, *Journal des sociétés* ; 1896, p. 229.

(3) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1537.

qu'envers la société dont ils sont les mandataires. Leur responsabilité, qui dérive seulement du mandat qu'ils ont reçu, peut être restreinte ou même supprimée. — Ils ne sont pas plus responsables envers les tiers qu'un mandataire quelconque n'encourt de responsabilité envers eux à raison des fautes qu'il commet dans l'exécution de son mandat (1). Il n'en est, toutefois, ainsi que sauf convention contraire. Si les membres du conseil de surveillance s'étaient obligés à exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt des créanciers sociaux, ceux-ci pourraient invoquer leur responsabilité en cas de faute. On pourrait voir là une stipulation faite pour autrui au profit des créanciers sociaux. Du reste, il va de soi que les créanciers sociaux peuvent toujours exercer, en vertu de l'article 1166, C. civ., les droits de la société, leur débitrice, contre les membres du conseil de surveillance.

Quand la surveillance a été confiée, en vertu de l'acte de société, soit à un ou à plusieurs commanditaires, soit à un tiers, le droit de surveillance des commanditaires n'existe plus (2). Mais cela ne porte pas atteinte au droit de ceux-ci de demander communication des livres et papiers de la société s'ils allèguent soit que les personnes désignées n'exercent pas bien leurs attributions, soit que des vérifications spéciales soient nécessaires pour l'exercice d'une action en justice (3). Autrement, le droit des commanditaires à cet égard serait inefficace.

535. Droit étranger. — Des lois étrangères, sans prescrire plus que le Code de commerce français la constitution d'un conseil

(1) Paris, 20 mai 1879, S. 1879. 1. 209 ; *J. Pal.*, 1879, 825 ; Cass., 27 janv. 1880, S. 1880. 1. 121 ; *J. Pal.*, 1880. 265. D 1880. 1. 247 (cet arrêt rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 20 mai 1879). Ces principes étaient appliqués aux conseils de surveillance des commandites par actions, alors que la constitution de ces conseils y était facultative (avant la loi du 17 juillet 1856), comme elle l'est restée dans les commandites simples : P. Pont, II, n° 1628 ; *Revue de législation et de jurisprudence*, XXVI, p. 6 et 7.

(2) V. Douai, 16 décembre 1897, *Journal des sociétés*, 1899, p. 351 ; Trib. comm. Seine, 1er décembre 1902, *la Loi*, n° du 16 décembre 1902.

(3) Cpr. ce qui a été dit, à propos des sociétés en commandite par actions, *Traité de Droit commercial*, I, n° 291.

de surveillance dans les commandites simples, ont, pourtant, pris le soin de déterminer les actes que peuvent faire les commanditaires en vertu de leur pouvoir de surveillance. D'après l'article 166 du Code de commerce *allemand*, tout commanditaire a le droit de réclamer une copie du bilan annuel et d'en constater l'exactitude en examinant les livres et les papiers. Il ne peut pas comme un associé en nom collectif ou un commandité, venir à tout moment au siège social, y examiner les livres et papiers de la société (art. 118). Pourtant, les tribunaux peuvent, pour des motifs graves, sur la demande d'un commanditaire, ordonner qu'on lui communiquera un bilan ou d'autres renseignements avec les livres et les papiers. Des dispositions semblables se trouvent dans l'article 135 du Code de commerce *hongrois*. — D'après le Code fédéral *suisse* des obligations, dans les commandites simples, comme dans les sociétés en nom collectif (Cpr. article 594 et 541), « tout associé, encore qu'il ne soit « pas administrateur, a le droit de se renseigner personnellement « sur la marche des affaires sociales, de prendre connaissance des « livres et des pièces concernant la société et de dresser, d'après « ces données et, pour son usage particulier, un état sommaire de « la situation financière de la société. Toute clause contraire est « nulle ». Le Code de commerce *espagnol* (art. 150) décide que, « si le contrat de société ne contient aucune disposition sur ce « point, le bilan de la société sera obligatoirement communiqué aux « commanditaires à la fin de chaque année, en mettant à leur dis- « position pendant quinze jours au moins les pièces et documents « nécessaires pour pouvoir vérifier et juger les opérations ». D'après la loi anglaise de 1907 sur les *limited partnerships* (art. 6), l'associé à responsabilité limitée peut, à toute époque, par lui-même ou par un mandataire, examiner les livres de la société, contrôler l'état des affaires de celles-ci et en délibérer avec les autres associés.

536. DE LA CESSION DES PARTS DES COMMANDITÉS OU DES COMMANDITAIRES. — Les commandités, comme les associés en nom collectif, ne peuvent se substituer par voie de cession d'autres personnes dans la société sans le consentement de leurs co-associés (art. 1861, C. civ.). Ils peuvent seulement, même sans ce consen-

tement, céder les bénéfices pécuniaires dépendant de leurs parts à des tiers qui ne prennent pas leur place dans la société (1). V. nos 270 à 272.

Les mêmes solutions doivent être admises pour les commanditaires. Sans doute, ils ne sont pas tenus au delà de leurs mises, à la différence des associés en nom collectif et des commandités. Mais la considération des personnes des commanditaires n'en a pas moins un rôle prépondérant dans la formation de la société. A raison de ce rôle même, un commanditaire ne peut, par voie de cession, se substituer à une autre personne dans la société sans que tous les coassociés y consentent. C'est précisément là le caractère essentiel qui distingue la commandite simple de la commandite par actions. V. n° 520.

Ces solutions sont aussi admises pour les commanditaires, comme pour les commandités, dans les pays étrangers (2).

536 *bis*. Dans les cas où une cession est faite, soit par un commanditaire, soit par un commandité, il y a lieu de remplir les formalités de l'article 1690, C. civ. C'est là une déduction du caractère de créance que nous avons reconnu plus haut (nos 141 et 142) au droit d'un associé dans les sociétés de commerce. Il n'en serait autrement que s'il avait été délivré aux associés des titres à ordre ou nominatifs (3). Mais ce dernier cas est peu pratique. Par cela même que les parts sociales ne sont cessibles dans une commandite

(1) Trib. civ. Seine, 13 nov. 1894, *le Droit*, n° du 11 janvier 1895.

(2) V. pour l'*Allemagne*, Renaud, *Das Recht der Commanditgesellschaften*, p. 203 et suiv.; pour la *Belgique*, Namur, II, n° 928 ; pour la *Suisse*, art, 594 et 542 du Code fédéral des obligations ; pour l'*Italie*, Vidari *Corso di diritto commerciale*, II, n° 725. D'après la loi *anglaise* de 1907 (art. 6), un nouvel associé peut être introduit dans la société avec le consentement des associés à responsabilité limitée.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 97. Nous ne supposons pas la délivrance de titres au porteur. Cette forme de titres est incompatible avec le caractère distinctif que nous reconnaissons à la commandite simple. Dès l'instant où il consiste, en principe, dans la non-cessibilité des parts sociales, on ne peut supposer que la société remette aux associés des titres dont la forme implique qu'elle consent, par avance, à toutes les cessions qui pourront être faites, ce qui exclue la considération des personnes.

simple que dans des cas exceptionnels, ou il n'est pas délivré aux associés de titres distincts de l'acte même de société ou ces titres sont à personne dénommée (1).

537. Le caractère personnel de la commandite simple à l'égard des deux classes d'associés qui la composent a pour conséquence de restreindre les droits de leurs créanciers personnels dans les mêmes limites que ceux des associés en nom collectif. V. nº 263 Ce caractère influe également sur les causes de dissolution de la société. V. nº 542.

b) Des rapports des commandités et des commanditaires avec les tiers

538. Toutes les règles, posées pour la société en nom collectif en ce qui concerne les effets des engagements sociaux, et les cas dans lesquels les engagements ont ce caractère, s'appliquent à la société commandite simple (nºs 27 et suiv). — Il y a seulement lieu de tenir compte de ce que les commanditaires ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises ; mais, dans cette mesure, le droit, pour les créanciers sociaux, d'agir contre les commanditaires, s'exerce dans les mêmes conditions que celui de ces créanciers contre des associés en nom collectif.

538 *bis*. Au reste, si le commanditaire doit être tenu des dettes sociales au moins jusqu'à concurrence de sa mise, rien n'empêche de donner à son obligation plus d'étendue, en stipulant dans les statuts qu'il en sera tenu jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, supérieure à sa mise (2) ; cette stipulation est favorable aux tiers.

On a, pourtant, soutenu que cette stipulation est nulle, en ce sens que tout associé dont la responsabilité dépasse la mise d'après les statuts, doit être réputé associé en nom collectif et tenu, comme tel, personnellement et solidairement (3). On se prévaut en ce sens de

(1) La loi *belge* du 18 mai 1873 exclut les titres au porteur, nominatifs et à ordre dans les commandites simples ; car elle dispose (art. 24) que « la cession des parts ou intérêts que le contrat autorise, ne peut « être faite que d'après les formes du Droit civil ». V. Namur, *op. cit.*, II, p. 112.

(2) Namur, *op. cit.*, II, nº 903.

(3) Delangle, nº 274 ; Bédarride, nº 247.

la disposition de l'article 26, C. com., selon lequel *l'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société*. Mais cette disposition ne fait qu'indiquer la règle ordinairement applicable. Il faut la combiner avec l'article 1855, C. civ., qui permet toute stipulation ne faisant pas descendre la responsabilité des associés au-dessous du montant de leurs mises. Il serait, du reste, singulier de prohiber une stipulation qui offre pour les tiers plus d'avantage que celle qu'a prévue le Code de commerce (1).

539. Des dividendes fictifs. — En vertu d'un principe général commun aux deux espèces de commandites, le gérant ne peut restituer à des commanditaires tout ou partie de leurs mises (nos 477 et suiv). Cette restitution laisserait intacte l'obligation des commanditaires et, par suite, les tiers auraient le droit d'agir contre eux pour les contraindre à verser à nouveau les sommes qui auraient été ainsi restituées.

Ce principe doit-il conduire à accorder aux tiers créanciers une action en répétition des *dividendes fictifs* ou des sommes distribuées à titre de dividendes et ne correspondant pas à des bénéfices réels ? L'affirmative ne saurait être contestée lorsqu'il y a eu mauvaise foi des commanditaires, c'est-à-dire lorsque ceux-ci ont su que les sommes qu'ils recevaient ne correspondaient pas à des bénéfices réels. Mais la question peut être discutée quand ils n'ont pas eu connaissance de la fraude et ont cru, par suite, recevoir une portion des bénéfices réalisés.

La difficulté a été résolue pour les commandites par actions et pour les sociétés anonymes. C'est, en effet, à l'occasion de ces sociétés qu'elle s'était surtout présentée. Cela se comprend. La cessibilité des actions fait que beaucoup de personnes ont intérêt, pour faire

(1) Le Code *suisse* des obligations (art 602) admet que le commanditaire, qui a déclaré à des tiers, par circulaire ou autrement, une commandite plus élevée que celle qu'indiquent les statuts, est obligé jusqu'à concurrence de la somme déclarée. Cette solution devrait être aussi admise en France. La loi *anglaise* de 1907 (art. 6) admet que les associés à responsabilité limitée sont tenus jusqu'à concurrence de la somme en valeur fixée.

croire à la prospérité de la société et amener ainsi une hausse du prix des actions, à la distribution de dividendes dépassant les bénéfices. D'après la loi du 24 juillet 1867 (art. 10 et 45), la répétition n'est admise dans les sociétés par actions qu'en cas de mauvaise foi des actionnaires.

Cette disposition, qui exclut la répétition en cas de bonne foi des actionnaires, n'est pas plus susceptible d'extension aux commandites simples que les autres dispositions de la loi du 24 juillet 1867 concernant les commandites par actions (n° 512). La même règle ne peut être adoptée pour les commandites simples qu'autant qu'elle est conforme aux principes généraux du droit.

On a soutenu que ces principes conduisent à admettre la répétition même contre des associés de bonne foi. Les dividendes fictifs, dit-on, sont des sommes prélevées sur le capital social ; en les distribuant aux commanditaires, on leur restitue leurs mises jusqu'à concurrence des sommes ainsi distribuées. Si on leur laissait ces prétendus dividendes, on méconnaîtrait la règle incontestée selon laquelle on ne peut rendre aux commanditaires les sommes qu'ils ont versées à titre d'apports. Par cela même qu'il s'agit là de portions du capital social, on ne saurait appliquer, au profit des commanditaires, les dispositions du Code civil (art. 549 et 550, C. civ.), qui attribuent les fruits au possesseur de bonne foi. Du reste, les commanditaires, s'ils n'ont commis aucune fraude, ont, du moins, à se reprocher d'avoir choisi un gérant assez négligent ou assez malhonnête pour employer une portion du capital social à la distribution de dividendes fictifs. Il n'y a, au contraire, aucun reproche à faire aux créanciers. Avant la loi du 24 juillet 1867, la question, non tranchée légalement même pour les sociétés par actions, y était généralement résolue en ce sens par la jurisprudence (1). Elle a continué à recevoir cette même solution, depuis la loi de 1867, dans les commandites simples (2).

(1) Cass., 26 nov. 1861, D. 1862. 1. 166 ; S. 1862. 1. 189 ; *J. Pal.*, 1862. 1169 ; Req., 15 nov. 1869, D. 1871. 1. 311 ; S. 1879. 1. 216 ; *J. Pal.*, 1870. 532 ; Cass., 3 août 1875, S. 1875. 1. 425 ; *J. Pal.*, 1875. 1062. V. en sens opposé, Aix, 22 juill. 1862, D. 1862. 2. 148 ; Alger, 24 mars 1867, S. 1867. 2. 287 ; *J. Pal.*, 1867. 1008.

(2) Cass., 22 juin 1880, S. 1882. 1. 425 ; *J. Pal.*, 1882. 1047 ; *Pand. fr.*

Les principes généraux du droit nous semblent vouloir, au contraire, que les commanditaires de bonne foi ne soient pas tenus de restituer les dividendes fictifs. Ces dividendes sont sans doute, pour la société, une partie de son capital, mais, pour ceux qui les reçoivent, ce sont des revenus, des fruits civils. Les commanditaires sont de véritables possesseurs de bonne foi, pouvant comme tels invoquer les articles 549 et 550, C. civ. En les obligeant à restituer des sommes qu'ils ont cru constituer de véritables dividendes et qu'ils ont pu employer à leurs besoins, on pourrait causer leur ruine.

539 *bis*. L'obligation de restituer les dividendes fictifs, dont sont tenus les commanditaires qui les ont reçus, tout au moins en cas de mauvaise foi, n'a d'autre limite que le montant même des sommes ainsi indûment perçues. Il peut excéder le montant de la mise des commanditaires ; ceux-ci n'ont assurément pas le droit de se prévaloir à cet égard de leur responsabilité limitée. Celle-ci ne s'applique qu'aux obligations résultant des opérations sociales.

539 *ter*. L'obligation de restituer les dividendes fictifs est, pour le commanditaire, une obligation commerciale. Par suite, l'action en restitution est de la compétence du tribunal de commerce et les intérêts moratoires que peuvent devoir les commanditaires tenus de la restitution, sont les intérêts au taux commercial de 5 0/0 (1). V. n° 292.

540. L'action répétition des dividendes fictifs, dans les cas où elle est admise, est soumise à la prescription de trente ans. Ce délai court du jour où chaque commanditaire a reçu les dividendes qu'il doit rendre ; c'est, en effet, à partir de ce moment seulement que l'obligation de restituer existe pour lui et est exigible (2).

chr. ; Cass., 21 juill. 1884, S. 1886. 1. 291 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 108 (voir les motifs de l'arrêt) ; *Pand. fr. chr.* ; Cass., 1er juill. 1896, S. et *J. Pal.*, 1897. 1. 452 ; D 1898. 1. 435 ; Limoges, 2 juill. 1897, S. et *J. Pal.*, sous Cass., 1901. 1. 512, D. 1898. 2. 353 ; Orléans, 15 janv. 1898, D. 1903. 5. 697 ; 1901. 2. 65 ; Cass., 7 nov. 1899, S. et *J Pal.*, 1901. 1. 5137 (note de M. Albert Wahl) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321. — Vavasseur, *op. cit.*, nos 629 et 638 ; Boistel, *op. cit.*, n° 613 ; Deloison, *Traité des sociétés*, n° 227 ; Thaller, *op. cit.*, n° 382 ; Houpin, *op. cit.*, n° 237.

(1) Cass., 7 nov. 1899, D. 1900. 1. 369 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321.

(2) Dans les sociétés en commandite par actions, la loi du 24 juillet 1867

On pourrait être tenté d'appliquer à l'action en répétition la prescription quinquennale, en invoquant, soit l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867, soit l'article 2277, C. civ. Ce serait là une erreur.

L'article 2277, C. civ., s'appliqne bien au profit des sociétés pour les dividendes dûs aux associés, parce qu'il s'agit de *sommes payables à des époques périodiques*, mais les dividendes fictifs dont les commanditaires doivent la restitution, n'ont pas assurément ce dernier caractère.

L'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 soumet l'action dont il s'agit à la prescription de cinq ans dans les sociétés par actions. Cette disposition déroge au droit commun et, comme telle, ne peut être étendue par analogie aux commandites simples. C'est là sans doute une différence injustifiable tenant seulement à ce qu'il n'y a pas en France une loi unique sur les sociétés.

541. Droit étranger. — Des lois étrangères plus complètes que notre Code de commerce, se sont occupées de la question pour les commandites simples ; elles ne lui ont pas toutes donné la même solution.

La loi *belge* du 18 mars 1873 (art. 21, al. 2) admet que « l'associé « commanditaire peut être contraint par les tiers de rapporter les « intérêts et dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés « sur les bénéfices réels de la société ». Seulement, « s'il y a « fraude, mauvaise foi ou négligence grave de la part du gérant, le « commanditaire pourra le poursuivre en paiement de ce qu'il aura « dû restituer » (1). Le Code de commerce *allemand* (art. 172, dern. alin.) admet, au contraire, que le commanditaire n'est pas tenu de rapporter les intérêts et les bénéfices qu'il a touchés de

(art. 10) déroge dans un but de simplification, aux principes généraux du droit : elle fait courir, pour tous les actionnaires, à quelque époque que chacun ait reçu les dividendes fictifs, *du jour fixé pour la distribution des dividendes*. Par cela même qu'il y a là une dérogation aux principes, ce point de départ ne saurait être admis pour la prescription de l'action en restitution des dividendes fictifs dans les sociétés en commandite simple auxquelles la loi du 24 juillet 1867 est étrangère.

(1) Namur, *Le Code de commerce belge revisé*, II, nos 906 et suiv.; Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, II, nos 430 et suiv.

bonne foi sur la base d'un inventaire dressé de bonne foi. Cette disposition se retrouve dans l'article 139, dern. alin., du Code de commerce *hongrois*, dans l'article 117, alin. 2, des Codes *italien* et *roumain*. Le Code de commerce *portugais* (art. 294) décide que les commanditaires ne peuvent être contraints de rapporter les dividendes qu'ils ont touchés, sauf les cas de dol et de fraude.

IV. — *De la dissolution. — De la liquidation — Du partage. — De la prescription des actions contre les commandités et contre les commanditaires.*

542. A. De la dissolution de la commandite simple. — Les causes de dissolution des sociétés en nom collectif étrangères à la personne des associés, entraînent également la dissolution des sociétés en commandite simple : il en est ainsi de l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée (nos 301 et suiv.), de la consommation de la négociation (n° 306), de l'extinction de la chose (nos 307 et suiv.), de la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de n'être plus en société (nos 327 et suiv.), de l'inexécution par un associé de ses obligations (nos 332 et suiv.).

Les causes de dissolution tenant à la personne (mort, interdiction, déconfiture, mise en liquidation judiciaire) entraînent certainement la dissolution des sociétés en commandite, lorsqu'elles se produisent dans la personne d'un commandité ; c'est une des nombreuses conséquences de l'idée selon laquelle, pour les commandités, la société est en nom collectif.

Doit-on aussi admettre que ces causes tenant à la personne entraînent la dissolution, lorsqu'elles atteignent un commanditaire? On l'a nié (1). Mais cette solution est généralement repoussée ; elle ne serait exacte que si, pour les commanditaires, la commandite simple était une société de capitaux. Il n'en est point ainsi : la considération des personnes joue un rôle dans cette société même à l'égard des commanditaires. Ils sont liés personnellement à la société, puisque, conformément à la règle de l'article 1861.

(1) Alauzet, I. n° 237.

C. civ., un commanditaire ne peut, par voie de cession, se substituer une autre personne sans le consentement de tous les associés (n° 536). En conséquence, la mort, la déconfiture, la faillite, la mise en liquidation judiciaire, l'interdiction d'un commanditaire entraînent la dissolution de la société (1).

Seulement, en fait, à raison du caractère passif joué par les commanditaires, on comprend que souvent il soit usé dans les statuts de la faculté laissée par l'article 1868, C civ., de stipuler que la société en commandite continuera avec les héritiers du prédécédé ou entre les survivants. Il a été même remarqué plus haut (n° 314) que souvent, il est stipulé qu'une société en nom collectif se transformera, à la mort d'un associé, en société en commandite simple, de telle façon que les héritiers de cet associé seront des commanditaires.

543. Droit étranger. — Les dispositions des lois étrangères relatives à l'influence, sur la durée de la commandite simple, des faits se rapportant à la personne des commanditaires sont divergentes. Le Code de commerce *allemand* (art. 1707) n'admet pas que la dissolution résulte de la mort ou de l'interdiction d'un commanditaire, mais il reconnaît cet effet à la faillite (2). Le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 611, 2e al.) décide que la société n'est pas dissoute par la mort, la faillite ou l'interdiction d'un commanditaire. Le Code de commerce *portugais* (art. 120) consacre la même règle. En *Belgique*, les causes de dissolution des commandites ne sont pas spécialement énumérées par la loi et des auteurs écartent généralement la dissolution pour des causes tenant à la persoune des commanditaires (3). En *Grande-Bretagne*, la *limited partnership* n'est pas dissoute par la mort d'un associé à responsabilité limitée et un associé de cette espèce ne peut dissoudre la société par sa volonté (*limited partnerships act*, 1907, art. 6).

(1) Pardessus, III, nos 1057 et 1066 ; Bravard et Demangeat, I, p. 413 et 414 ; P. Pont, *op. cit.*, II, nos 1895 et 1607 ; Thaller, *op. cit.*, n° 329.

(2) Makower, *Das allegemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, p. 204 ; Gareis et Fuschsberger, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, p. 301.

(3) Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, II, n° 471.

544. De la liquidation et du partage. — Toutes les règles posées précédemment à propos de la liquidation (nos 363 et suiv.) et du partage (nos 413 et suiv.) des sociétés en nom collectif s'appliquent au partage et à la liquidation des sociétés en commandite simple. Il importe seulement de remarquer que, malgré la dissolution de la société, la clause des statuts qui restreint au montant de leurs mises les obligations des commanditaires, continue de s'appliquer aux actes faits par le liquidateur pour les besoins de la liquidation. Les tiers devenus créanciers par suite des opérations faites par les liquidateurs, ne peuvent donc prétendre que les commanditaires sont tenus envers eux personnellement et solidairement comme s'ils étaient associés en nom collectif. Pendant la durée de la liquidation, la société est réputée subsister avec tous ses caractères pour les opérations relatives à cette liquidation. Cpr. n° 366.

545. De la prescription des actions contre les commanditaires et contre les commandités. — Dans les sociétés en nom collectif, les associés peuvent invoquer contre les tiers, après la dissolution de la société, la prescription de cinq ans établie par l'article 64, C. com. (nos 426 et suiv.). Cette prescription abrégée s'applique certainement au profit des commandités. Les commanditaires ont-ils aussi le droit de s'en prévaloir ? La question se pose quand, lors de la dissolution de la société, des commanditaires n'ont pas effectué leurs mises, si l'on admet (n° 473), que les créanciers sociaux ont, dans ce cas, une action directe contre eux. Cette question a d'autant plus d'importance qu'elle n'est pas spéciale aux commandites simples : elle s'élève dans les mêmes termes, quand il s'agit d'autres sociétés, pour les associés qui ne sont pas tenus au delà de leurs mises, c'est-à-dire pour les commanditaires dans les commandites par actions et pour les actionnaires des sociétés anonymes (n° 429).

La jurisprudence (1) et, avec elle, de nombreux auteurs (2) se

(1) Cass., 21 juillet 1835, S. 1836. 1. 121; D. 1835. 1. 450 ; Cass., 24 nov., 1845, S. 1846. 1. 134 ; 9 fév. 1864, D. 1864. 1. 137 ; Cass., 24 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 497; *Journal des sociétés*, 1895, p. 168. — Cpr. Cass., 15 déc. 1880, S. 1882. 1. 5 ; *J. Pal.*, 1882. 1. 5 ; D. 1882. 1. 393.

(2) Pont, *op. cit.*, II, n° 2007 ; Boistel, n° 390, p. 268 et 269 ; Alauzet,

prononcent en faveur de la prescription quinquennale. A l'appui de cette opinion, on invoque l'absence de toute distinction faite par l'article 64, C. com., entre les associés tenus personnellement et les associés dont la responsabilité est limitée. On prétend même trouver des arguments dans la loi du 24 juillet 1867. Cette loi paraît, dit-on, admettre que la prescription abrégée s'applique au profit même des associés qui ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises. Elle fait durer précisément cinq ans, à partir du jour de leur retraite, les actions données contre les associés dans les sociétés à capital variable qui sont fréquemment des sociétés par actions (art. 52, L. de 1867), et, pour expliquer cette disposition, l'on a dit, dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, qu'il y avait une sorte de dissolution pour l'associé se retirant et que, dès lors, il était naturel de lui appliquer la prescription édictée par l'article 64, C. com. On ajoute aussi que l'article 10 de la même loi soumet à la prescription de cinq ans l'action en répétition des dividendes fictifs accordée aux créanciers contre les actionnaires (n° 540). Cette hypothèse est, pourtant, particulièrement défavorable, puisque les dividendes fictifs ne peuvent être répétés par les créanciers qu'en cas de mauvaise foi ou de négligence très grave des actionnaires.

Nous ne saurions souscrire à cette doctrine ; pour nous, la prescription de cinq ans doit rester étrangère aux associés obligés seulement jusqu'à concurrence de leurs apports, spécialement aux commanditaires dans les commandites simples (1). En conséquence, les créanciers conservent leurs droits contre eux pendant trente ans à partir du jour, soit de l'exigibilité des créances, soit seulement de celle des mises, si celle-ci est antérieure en date à la première.

Il est vrai que l'article 64 parle des associés sans faire aucune distinction. Mais il nous paraît résulter avec évidence des travaux préparatoires du Code de commerce que le seul but du législateur a été de tempérer les rigueurs de l'obligation personnelle et solidaire ;

n° 438 ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 463 ; Alb. Wahl, note dans le *Recueil* de Sirey et dans le *Journal du Palais*, 1895. 1. 498 ; Houpin, *op. cit.*, I, n° 231.

(1) Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, I, 2e éd., p. 455 et suiv., en note.

les motifs de la loi doivent donc faire admettre une distinction qui n'y est pas formulée expressément. La prescription de cinq ans fut admise sur la proposition d'un négociant de Paris qui s'adressa à la commission chargée de rédiger le Code de commerce et montra la situation rigoureuse qui serait faite à un associé exposé pendant trente ans à être recherché pour les dettes sociales, alors que ses coassociés sont peut-être devenus insolvables et que son recours contre eux serait, par suite, illusoire. Dans la discussion au Conseil d'État, il fut toujours question de l'action solidaire des créanciers (1) et Locré (2) constate, dans le procès-verbal des délibérations du Conseil d'État, que « le Conseil adopte : 1° que LA SOLIDARITÉ des « associés n'aura pas, après la dissolution de la société, la durée « que lui assigne le droit commun ».

L'argument tiré des articles 10 et 52 de la loi du 24 juillet 1867 n'est nullement probant. Il paraît résulter du passage des travaux préparatoires de cette loi invoqué dans le sens de l'opinion opposée, que le législateur de 1867 attribuait la portée la plus large à l'article 64, C. com. Mais la question n'est résolue par aucun article de la loi de 1867, et les auteurs de cette loi n'ont pas pu, par une interprétation donnée en passant, pour motiver une disposition légale, modifier le sens que les rédacteurs du Code de 1807 ont entendu attribuer à l'article 64.

D'ailleurs, en se plaçant au point de vue rationnel, on ne voit guère quel motif aurait pu déterminer le législateur à admettre la libération après cinq ans des associés qui, comme les commanditaires, ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant de leurs mises. La responsabilité de ces associés ainsi restreinte n'a rien de rigoureux. Il y aurait, selon nous, une véritable contradiction dans notre législation si elle consacrait la prescription de cinq ans même au profit des commanditaires, alors que certainement, elle s'en tient à la prescription ordinaire de trente ans dans les sociétés civiles (3)

(1) Dans la séance du 17 février 1807 où l'article 64 fut discuté, Regnauld de Saint Jean-d'Angély dit que chaque associé a intérêt à ce que l'action *solidaire* qui résulte de la société, ne se prolonge pas pendant trente ans. V. Locré, *Législation de la France*, XVII, p. 271.

(2) Locré, *op. cit.*, XVII, p. 277.

(3) Nous parlons des sociétés civiles qui n'ont pas revêtu une des formes

où les associés sont, sinon obligés solidairement (art. 1862), du moins tenus sur tous leurs biens.

546. Droit étranger. — De nombreuses lois étrangères ont résolu expressément la question en déclarant la prescription abrégée applicable aux associés dans toutes les sociétés de commerce. V. loi *belge* du 18 mai 1873, article 127; Codes de commerce *allemand*, article 1612, alin. 2; *hongrois*, article 146; *italien*, article 919-1°; *roumain*, article 941; *portugais*, article 150. V. n° 445.

Section III. — Des sociétés par actions (1)

Sociétés anonymes. — Sociétés en commandite par actions.

546 *bis*. — La société en commandite simple peut permettre de réunir plus de personnes et plus de capitaux que la société en nom collectif. Ces deux formes de sociétés sont, cependant, également impropres aux grandes entreprises qui exigent des capitaux énormes et doivent se poursuivre pendant de longues années. Elles se constituent *cum intuitu personæ*; par suite, la mort, l'interdiction, la faillite d'un de leurs membres en entraînent, en principe, la dissolution (art. 1865, 3° et 4°, C. civ.). Puis, la règle, qui défend à un associé de se substituer quelqu'un dans ses droits et ses obligations sans le consentement de ses coassociés (art. 1861, C. civ.), s'y

commerciales. Car, pour celles qui revêtent une de ces formes, il s'élève une controverse sur le point de savoir si les associés ou les commandités eux-mêmes sont protégés, à raison même de la forme de la société, par la prescription de cinq ans. Il va de soi que cette question ne se pose qu'à l'occasion des sociétés civiles, soit en nom collectif, soit en commandite simple. Car, d'après l'article 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893 les sociétés par actions sont des sociétés commerciales quel que soit leur objet, c'est-à-dire alors même que cet objet est civil.

(1) L'expression collective de sociétés par actions employée pour désigner les deux grandes espèces de sociétés par actions ne se trouve que dans un très petit nombre de dispositions de nos lois. V. article 34 (modifié par la loi du 16 novembre 1903), C. com.

applique pleinement. On voit donc que la société est exposée à une dissolution soudaine. En outre, beaucoup de personnes ne sont pas tentées de mettre dans une entreprise des capitaux, dont elles peuvent avoir besoin d'un moment à l'autre, pour acquérir des droits qu'elles ne pourront pas facilement aliéner. Il ne faut donc pas s'étonner qu'on ait cherché à éviter ce double inconvénient; on y est parvenu dans les sociétés par actions dont le Code de commerce reconnaît deux espèces distinctes : la *société en commandite par actions* et la *société anonyme*.

Dans la commandite par actions, il y a, comme dans la commandite simple, deux classes d'associés, les commandités tenus personnellement et solidairement des obligations sociales, les commanditaires obligés seulement dans la limite de leurs apports. Dans les sociétés anonymes, tous les associés sont dans cette dernière situation.

Lorsqu'une de ces deux sociétés se forme, le projet en est souvent arrêté, soit par un certain nombre de fondateurs qui ne répartissent pas les parts sociales (ou actions) entre eux seuls, mais en prennent seulement un certain nombre et, pour constituer le capital social, font appel au public, soit par un seul fondateur auquel l'acte de société rédigé par ses soins attribue des actions et qui s'adresse aussi au public dans ce but. Tout individu peut ainsi devenir associé en apportant la mise fixée ; ce qu'on considère, ce sont les capitaux apportés par chacun et non sa personne ; la plupart du temps les associés ne se connaissent même pas. Aussi les événements tels que la mort ou la faillite qui frappent un commanditaire dans la société en commandite par actions, ou, dans une société anonyme, un associé quelconque, n'ont-ils aucune influence sur sa durée. De plus, les associés peuvent rentrer dans leurs capitaux, sinon en reprenant directement leurs mises (1), du moins en vendant leurs parts à d'autres qui viennent prendre leur place et leurs droits dans la société.

Il peut se faire sans doute aussi, et c'est là un cas devenu très fréquent depuis quelques années, que toutes les parts sociales

(1) Cela se peut dans toutes les sociétés à capital variable. V. L. 24 juillet 1867, art. 48 et suiv.

soient réparties entre les personnes qui participent à l'acte de société, comme cela a lieu dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple. Mais, dans ce cas, comme dans le précédent, la considération des personnes ne jouant aucun rôle, les événements qui atteignent l'une d'elles n'ont aucune influence sur la durée de la société et chaque associé peut se substituer d'autres personnes par voie de cession.

Il y a donc une différence très grande entre les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, d'un côté, et les sociétés en commandite par actions ou anonymes, de l'autre. On l'exprime parfois brièvement, en appelant les premières *sociétés de personnes*, et les secondes *sociétés de capitaux ;* plus souvent encore, on oppose les *sociétés par intérêts* aux *sociétés par actions* (1) V. nos 513 et suiv.

547. Les règles applicables aux deux espèces de sociétés par actions concordent sur certains points et diffèrent sur d'autres ; les différences ont été en diminuant depuis la mise en vigueur du Code de commerce, qui soumettait ces deux espèces de sociétés à deux régimes légaux tout différents (n° 668).

Parmi les différences faites par nos lois entre les deux grandes espèces de sociétés par actions, les unes tiennent à ce que, dans la commandite par actions, il y a un élément personnel représenté par les commandités, élément qui n'existe point dans la société anonyme ; les autres diffiérences ne paraissent pas pouvoir s'expliquer rationnellement (2).

Dans une société par actions, que ce soit une commandite ou une société anonyme, les droits et les obligations de l'actionnaire ont des caractères communs. Les droits de chaque actionnaire sont constatés par des titres tout à fait distincts de l'acte de société, qui revêtent le plus souvent soit la forme nominative, soit la forme au porteur (3). Aussi convient-il d'étudier les *actions* en elles-mêmes

(1) V. note 1 de la page 444.

(2) En *Allemagne*, le Code de commerce de 1897 a supprimé beaucoup de différences arbitraires que le Code de 1861 consacrait entre les deux sortes de sociétés par actions.

(3) Les titres d'actions peuvent être aussi, soit à ordre, soit à personne dénommée. V. n° 520.

avant de parler de la constitution et du fonctionnement des sociétés auxquelles elles se rattachent.

Des actions on doit rapprocher les *obligations* qui se présentent très fréquemment dans les sociétés par actions ; les obligations ont un caractère juridique tout différent de celui des actions, puisqu'il s'agit de créances résultant d'un prêt et non de parts d'associés ; mais les titres d'actions et les titres d'obligation revêtent les mêmes formes ; les actions et les obligations sont, par suite, soumises à des règles semblables en ce qui concerne leurs modes de transmission ; les mêmes règles les régissent aussi au point de vue soit des impôts qui les grèvent, soit des conséquences de la dépossession des titres. Cela suffit pour expliquer qu'on réunisse dans une même division les explications qui concernent les actions et les obligations.

Aux sociétés par actions se rattachent aussi des droits dont la création est devenue très fréquente et qu'on appelle *parts de fondateur* ou *parts bénéficiaires*. Les droits des porteurs de ces parts sont aussi constatés par des titres revêtant les mêmes formes que les titres d'actions. La nature juridique des *parts de fondateurs* ou *parts bénéficiaires* est l'objet de vives controverses. V. n° 560 *bis*.

548. Ces indications rendent suffisamment compte de l'ordre que nous suivrons :

A. — Généralités. Des actions. Des obligations. Des parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Titres nominatifs et titres au porteur (*Modes de transmission, impôts, dépossession.*)

B. — Historique de la législation des sociétés par actions.

C. — Des sociétés anonymes.

D. — Des sociétés en commandites par actions.

A. — Généralités.

Des actions. Des obligations. Des parts de fondateur ou *parts bénéficiaires. Des titres nominatifs et des titres au porteur.*

549. Les caractères distinctifs de l'*action* (1), par opposition à

(1) L'action s'appelle en allemand, *Aktie*, en anglais, *share* qu'on rem-

l'*intérêt* dans les sociétés, ne sont pas nettement indiqués par nos lois, ce qui a soulevé une vive controverse (nos 514 et suiv.). Il a été admis plus haut (no 520 que l'action est une part d'associé cessible à volonté, à raison de ce que la considération des personnes n'a pas joué de rôle dans la formation de la société.

550. Les actionnaires ont des droits et sont en même temps tenus de certaines obligations. Ces droits et ces obligations se déduisent aisément de la définition même de l'action.

551. — Les droits des actionnaires sont au nombre de quatre :

a) Le droit de prendre dans les bénéfices nets de la société une part proportionnelle au nombre de leurs actions. C'est cette part qui est désignée dans l'usage, sous le nom de *dividende ;* ce nom vient de ce que les bénéfices sociaux *doivent être divisés* entre les actionnaires.

b) Le droit à une partie de l'actif social. Lors de la dissolution de la société, après avoir payé les dettes sociales, on rembourse, s'il est possible, aux actionnaires le capital de leurs actions ; puis le surplus, s'il y en a un, est réparti entre eux au prorata du nombre de leurs actions. Ce surplus constitue les bénéfices.

Parfois, le remboursement des actions commence même pendant la durée de la société : les statuts stipulent que chaque année, une portion des bénéfices sera employée à rembourser un certain nombre d'actions. Ce remboursement est appelé *amortissement ;* c'est une sage mesure de précaution que les statuts des sociétés prennent souvent, mais que la loi n'impose pas. Le capital fixe des sociétés (machines, voitures, maisons, etc.) se détériore par l'usage et diminue de valeur ; sans l'amortissement, il y aurait à craindre que le fonds social ne suffit pas à rembourser les actionnaires à la fin de la société. Il arrive même que l'objet de la société cesse d'exister lors de sa dissolution, c'est là ce qui se présente quand la société a pour objet l'exploitation d'une concession temporaire à l'expiration de laquelle la société doit prendre fin.

place souvent en Amérique par le mot *stock*, en italien *azione*, en espagnol *accion*. V. Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, II, p. 172, § 14.

L'amortissement n'implique nullement une diminution du capital ; car il se fait à l'aide d'un prélèvement opéré sur les bénéfices annuels. L'amortissement peut, du reste, s'effectuer de deux manières : tantôt (et c'est là le cas le plus fréquent) les actions à amortir chaque année sont déterminées par voie de tirage au sort ; tantôt à l'aide des bénéfices prélevés, la société achète des actions qui sont annulées. Ce second procédé offre un avantage : il est moins coûteux que le premier quand le cours des actions est au-dessous du pair. Par cela même, il ne peut pas toujours être pratiqué (1).

c) Le droit de prendre part aux assemblées générales des actionnaires, appelées soit à remplir certaines formalités préalables à la constitution de la société (*assemblées constitutives*), soit à examiner périodiquement les comptes des administrateurs et gérants et à fixer le dividende (*assemblées ordinaires*), soit à voter sur les modifications proposées aux statuts (*assemblées extraordinaires*).

d) Le droit pour chaque actionnaire de céder sa part à des tiers et de se les substituer ainsi dans la société sans le consentement des autres actionnaires. Les formes de la transmission varient avec la forme même du titre de l'actionnaire.

De ces quatre droits, le premier et le quatrième sont seuls essentiels. L'actionnaire est un associé et, sans le droit de participer aux bénéfices, une personne n'a pas cette qualité. Le défaut de cessibilité d'une part sociale enlève à celle-ci le caractère d'action, tout en laissant la qualité d'associé à celui à qui elle appartient (n° 520).

Il y a des actionnaires qui n'ont pas le second des droits mentionnés, celui de prendre une partie de l'actif social : tels sont les porteurs d'*actions industrielles*. On peut aussi mentionner les porteurs de *parts de fondateurs* ou *bénéficiaires* si l'on admet que ces parts sont des actions d'un genre spécial, V. n^os^ 560 à 560 *ter*.

Il y a presque toujours, dans les sociétés par actions de quelque importance, des actionnaires qui n'ont pas le droit de participer aux assemblées générales. Afin d'éviter que ces assemblées ne

(1) En outre, il sera expliqué plus loin (n° 560) que les droits de l'actionnaire dont l'action est amortie ne disparaissent complètement que quand on pratique le second précédé.

soient trop nombreuses et, par suite, tumultueuses, les statuts exigent souvent qu'un actionnaire ait un nombre minimum d'actions pour prendre part aux assemblées générales (L. 24 juillet 1867, art. 27, 1er alin.) (1). Ceux qui n'ont pas au moins le chiffre d'actions fixé sont ainsi privés du droit de participer aux assemblées d'actionnaires (2).

552. Les droits qui viennent d'être énumérées (nº 551) sont-ils les seuls qui appartiennent aux actionnaires? N'ont-ils pas, en outre, droit aux intérêts de la somme qui constitue leur mise dans la société? La négative est certaine dans le silence des statuts. Elle se déduit logiquement de ce que les actionnaires sont des associés, non des prêteurs. Mais une clause des statuts peut-elle licitement conférer aux actionnaires le droit de percevoir les intérêts de leurs mises?

Il est incontestable qu'il peut être valablement dit dans les statuts que, sans attendre l'inventaire, les actionnaires percevront chaque année les intérêts de leurs mises à un certain taux à charge de les imputer sur les dividendes. Les intérêts ne sont alors, en quelque sorte que les dividendes payés par provision, sous la condition qu'il y aura des bénéficices ; ils sont rapportables, s'il est constaté que des bénéfices n'ont pas été réalisés (3).

Cette stipulation est très fréquente (4); elle est utile à plusieurs points de vue : d'abord, on ne veut pas faire attendre les actionnai-

(1) Toutefois, la loi du 24 juillet 1867 (art. 27, al. 2) n'admet pas que, dans les sociétés anonymes, le droit de participer aux assemblées générales *constitutives* puisse être enlevé à certains actionnaires. V. la note suivante.

(2) DROIT ÉTRANGER. — Des lois étrangères sont plus libérales à l'égard des petits actionnaires. Dans plusieurs pays, tout actionnaire n'eût-il qu'une action, a le droit de participer aux assemblées, nonobstant toute stipulation contraire. V., notamment, Code *allemand*, art. 252 et 320, 3e alin.; *italien*, art. 164 ; Code fédéral *suisse* des obligations, art. 640. Il est vrai que la possibilité de proportionner le nombre des voix de chaque actionnaire au nombre de ces actions place, quand il en est fait usage, même dans ces pays, les petits actionnaires dans une situation d'infériorité par rapport aux gros actionnaires.

(3) V. Cass., 15 janv. 1862, S. 1862. 1. 133.

(4) Elle existe dans nos six grandes compagnies de chemin de fer.

res jusqu'à ce que les bénéfices de l'année écoulée puissent être fixés, ce qui exige la clôture de toutes les écritures et la confection de l'inventaire et du bilan.

Puis, il peut y avoir, quand l'amortissement par voie de tirage au sort fonctionne pendant la durée de la société, des actionnaires qui ont droit seulement à une part dans les bénéfices, sans tenir compte de l'intérêt de leurs mises, tandis que d'autres ont droit en sus à cet intérêt (n° 560). On dit souvent que, dans les sociétés où les statuts renferment une stipulation de ce genre, il y a, pour les actions, un *coupon d'intérêt* et un *coupon de dividende*. Ces expressions viennent du mode de constatation du paiement des intérêts et dividendes dans le cas, tout au moins, où les titres d'actions sont au porteur. V. n° 602.

553. Mais peut-on, allant plus loin, stipuler dans les statuts que des intérêts à un certain taux seront payés aux actionnaires, *même en l'absence de bénéfices* (1) ? La question présente une grande importance pratique : si la clause dont il s'agit n'est pas valable, les intérêts distribués en l'absence de bénéfices, constituent des dividendes fictifs. Le paiement des intérêts aurait alors les conséquences civiles qu'a la distribution de ces dividendes. (L. 24 juillet 1867, art. 10 et 45 dern. alin.) (2).

Des auteurs (3) et quelques rares décisions judiciaires assez

(1) Cette question, comme nous l'avons dit (n° 481-2°), peut se poser aussi pour les commanditaires dans les commandites simples. V. du reste, Paris, 1er juin 1876, 9 août 1877, S. 1878. 2 225 ; *J. Pal.*, 1878. 966. Mais, en fait, elle se présente surtout dans les commandites par actions et dans les sociétés anonymes ; c'est pour cela même que nous l'examinons à l'occasion de celles-ci.

(2) La loi de 1867 (art. 15 et 45) punit des peines de l'escroquerie les gérants ou administrateurs qui distribuent des dividendes fictifs en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux. On n'a jamais admis l'application de ces dispositions au cas de paiement d'intérêts en vertu d'une clause des statuts. Le paiement d'intérêts n'implique, en effet, ni la confection d'un inventaire, ni la mauvaise foi de ceux qui les paient. Cpr. Trib. correct. de Nevers, 21 juin 1888, *le Droit*, n° du 1er juillet 1888.

(3) Bédarride, I, n° 224 ; Demangeat sur Bravard, I, p. 372 et suiv., *en note* ; Demangeat, dissertation dans le *Recueil de Sirey*, 1881. 1. 257 et dans le *Journal du Palais*, 1881. 619 ; Rivière, *Commentaire de la loi du*

anciennes (1) ont admis que cette clause est nulle. Elle aurait, dit-on, si elle était permise, pour conséquence de faire traiter les actionnaires comme des prêteurs, alors que ce sont des associés. Les intérêts sont, du reste, les produits d'un capital qui peut être exigé et qu'ils n'entament pas ; le paiement d'intérêts aux actionnaires en l'absence de bénéfices entame le capital social qui doit, en principe, demeurer immuable. En effet, quand il n'y a pas de bénéfices, c'est sur le capital social que sont prises les sommes nécessaires au paiement des intérêts ; on viole ainsi la règle qui prohibe la restitution totale ou partielle du capital versé par les actionnaires (2).

La validité de la clause doit, au contraire, être admise, comme elle l'est par la jurisprudence (3). Elle ne viole aucun principe de droit et elle est rendue presque nécessaire par des considérations pratiques très puissantes. On ne voit pas pourquoi la rémunération du capital à un certain taux fixé par les statuts ne serait pas considérée comme une sorte de charge de l'entreprise à supporter, quels que soient les résultats des opérations annuelles de la société. Sans doute, en acquittant cette charge, la société réduit son capital par cela même qu'à défaut de bénéfices, elle prend sur celui-ci les inté-

24 juillet 1867, n° 104, p. 144 ; Boistel, n° 295 ; Ch. Beudant, note dans le *Recueil de Dalloz*, 1867. 1. 193. V. aussi de Courcy, *Les sociétés anonymes*, p. 156 et suiv.

(1) Orléans, 20 déc. 1860, S. 1861. 2. 289 ; *J. Pal.*, 1861. 1032 ; Trib. comm. Seine, 27 oct. 1858 et Marseille, 30 mai 1859, D. 1859. 3. 24 et 68.

(2) Nous avons posé cette règle précédemment pour les commanditaires (nos 477 à 481). Elle s'applique aussi de la même manière aux actionnaires dans les sociétés anonymes.

(3) Caen, 16 août 1864, D. 1865. 2. 192 ; S. 1865. 2. 33 ; *J. Pal.*, 1865. 217 ; Angers, 18 janv. 1865, D. 1865. 2. 67 ; Cass., 8 mai 1867, D. 1867. 1. 193 ; S. 1867. 1. 253 ; *J. Pal.*, 1867. 642 ; Cass., 6 mai 1868, D. 1869. 1. 232 ; S. 1868. 1. 243 ; *J. Pal.*, 1868. 612 ; Cass., 8 mars 1881, S. 1881. 1. 257 ; *J. Pal.*, 1881. 619 ; *Pand. fr. chr.* ; Rouen, 15 juin 1882, Paris, 5 déc. 1882 (arrêt rendu après renvoi). S. 1883. 2. 92 ; *J. Pal.*, 1883. 562. — Troplong, *Sociétés*, nos 191 et 192 ; Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n° 92 ; Vavasseur, *op. cit.*, n° 658 ; P. Pont, II, n° 1456 ; Labbé, *Recueil de Sirey*, 1878. 2. 225 et *J. Pal.*, 1878. 966 ; Pannier, *Revue pratique de Droit français*, 1881, p. 474 et suiv. V. note 4 de la page 456.

rèts. Mais cette objection n'est pas décisive : aucune disposition légale ne restreint la faculté de réduire le capital social, pourvu que la réduction se fasse conformément aux statuts. V. nos 875 et suiv.

Du reste, il est des sociétés qui ne peuvent commencer à fonctionner qu'après l'accomplissement des travaux de longue durée, telles sont les sociétés constituées pour la construction et l'exploitation des chemins de fer ou des canaux. Pour ces sociétés, il s'écoule un temps assez long avant que des bénéfices soient possibles. Aussi peu de capitalistes consentiraient-ils à en devenir actionnaires, s'ils n'avaient la certitude de toucher, chaque année, une somme fixe pour rémunération de leurs mises.

Cette dernière considération pourrait faire penser qu'on ne doit valider la clause que pour la période consacrée aux travaux préalables. Des lois étrangères nombreuses le décident ainsi (n° 555) ; mais, en l'absence de tout texte légal consacrant en France une distinction entre la période préparatoire et la période d'activité de la société, il serait arbitraire de déclarer la clause dont il s'agit valable pour la première et nulle pour la seconde.

554. Quelque légale qu'elle soit, la stipulation d'intérêts en l'absence des bénéfices peut avoir de graves inconvénients, il en est ainsi lorsque les intérêts stipulés sont à un taux élevé ou quand la période préparatoire, durant laquelle ils doivent être pris nécessairement sur le capital, se prolonge. La société peut alors être réduite à commencer ses opérations avec un capital détruit ou, tout au moins, fortement entamé par le service de ces intérêts ; certaines sociétés ont même dû emprunter pour subvenir à cette charge. Aussi, dans les projets de réforme de nos lois sur les sociétés, on a proposé de ne pas admettre de stipulations d'intérêts de cette nature dépassant un taux fixé par la loi elle-même, de ne l'autoriser que pour la période des travaux préparatoires et encore pourvu que celle-ci ne se prolonge pas au delà d'un certain délai à fixer par les statuts dans les limites d'un maximum légal (1).

(1) Le projet de loi sur les sociétés, adopté par le Sénat le 29 novembre 1884, contenait un article 29 ainsi conçu :

« Les statuts peuvent déclarer que des intérêts seront payés aux action-

555. Droit étranger. — Dans un grand nombre d'États étrangers, la question a été prévue et résolue par des dispositions formelles. Nulle part la stipulation d'intérêts au profit des actionnaires n'a été admise d'une manière absolue : les restrictions diffèrent quelque peu selon les pays ; mais partout, il est décidé que cette stipulation n'est valable que pour la période de premier établissement.

En *Allemagne*, dans les deux espèces de sociétés par actions (art. 215, 2e alin. et 329 2e alin.), les actionnaires ne peuvent avoir droit à des intérêts, en l'absence de bénéfices qu'autant que la durée de la période des travaux préalable est indiqué par les statuts. Ces intérêts sont appelés dans l'usage *Bauzinsen* (intérêts de construction) (1). D'après le code de commerce *hongrois* (art. 165), dans la société anonyme qui est la seule société par actions reconnue par ce Code, il peut être convenu aussi que des intérêts seront payés aux actionnaires durant la période d'établissement, sans que la durée

« naires, même en l'absence de bénéfices, sous les conditions suivantes :
« 1° que le taux des intérêts ne puisse pas dépasser 5 p. 100 des sommes
« versées ; 2° que ce prélèvement ne puisse avoir lieu que pendant la
« période de premier établissement, dont le terme est fixé par les statuts,
« sans pouvoir être dépassé ; 3° que cette clause des statuts soit rendue
« publique.

« Aucune répétition d'intérêts ne peut être exercée que s'il a été con-
« trevenu aux dispositions qui précèdent.

« L'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par
« cinq ans à compter du jour fixé pour le paiement des intérêts. »

Le projet de loi sur les sociétés par actions déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 ne contient aucune disposition sur la question.

Le Congrès international des sociétés par actions réuni à Paris en 1889 a adopté sur la question une résolution (XVII) ainsi conçue :

« En principe, la société ne peut distribuer des intérêts aux actionnaires
« que sur les bénéfices réalisés.

« Mais les statuts peuvent spécifier que, dans la période de premier éta-
« blissement, dont ils déterminent la durée, des intérêts de 3 p. 100 au
« maximum pourront être distribués aux actionnaires.

« Le total des intérêts touchés par les actionnaires pendant la période de
« premier établissement ne pourra jamais représenter plus de 15 p. 100 du
« capital. »

(1) Le Code de commerce *allemand* de 1861 admettait la stipulation d'intérêts pour la période de construction dans les sociétés anonymes (art, 287) non dans les sociétés en commandite par actions (art. 197).

en soit fixée par les statuts. Le Code *suisse* des obligations (art. 630) et le Code de commerce *bulgare* (art. 173 et 219) admettent, pour les deux sortes de sociétés par actions, la règle consacrée par le Code de commerce allemand. Les Code de commerce *italien* (art. 181), *roumain* (art. 183) et *portugais* (art. 192) admettent également, sans distinguer entre les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, que des intérêts peuvent être stipulés au profit des actionnaires, quand un certain temps est nécessaire pour la constitution de l'objet social, sans que ce délai puisse dépasser trois ans et que l'intérêt puisse être supérieur à 5 0/0. Ces trois derniers Codes indiquent expressément que ces intérêts, considérés comme des frais d'administration, restent à la charge des bilans postérieurs qui accuseront des dividendes réels.

556. Si l'on admet, avec la jurisprudence française que nous approuvons, la validité de la stipulation d'intérêts, on a à résoudre deux questions dont l'une concerne les cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, tandis que l'autre est relative à la publicité à donner à la clause dont il s'agit.

Les actionnaires peuvent exiger de la société le paiement d'intérêts en l'absence de bénéfices, quand telle est la stipulation des statuts; lorsqu'ils en ont touché, ils ne peuvent être tenus de les restituer aux créanciers. Mais, si la société est déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire, les actionnaires peuvent ils réclamer les intérêts de leurs mises en concourant avec les créanciers sociaux?

Cette prétention a été élevée. On a pu faire valoir en sa faveur qu'en vertu de la stipulation allouant aux actionnaires un intérêt même en l'absence de bénéfices, ceux-ci sont créanciers de cet intérêt et doivent avoir le droit de concourir avec tous les autres créanciers de la société.

Cette prétention n'est pas admissible. Les actionnaires sont débiteurs du passif social jusqu'à concurrence du montant de leurs mises. La stipulation d'un intérêt de leurs mises ne modifie pas à cet égard leur situation. Obligés de payer les créanciers sociaux jusqu'à concurrence du montant de leur apports, les actionnaires ne peuvent concourir avec eux pour toucher des intérêts par le paiement

desquels ils recouvreraient une partie de leurs apports au préjudice des créanciers (1).

Mais rien n'empêche, si la clause des statuts est assez large pour cela, qu'on admette que les intérêts sont dûs même après la dissolution de la société pendant la durée de sa liquidation, pourvu que les actionnaires ne les réclament pas au préjudice des créanciers sociaux (2).

557. La clause relative aux intérêts doit-elle être insérée dans l'extrait de l'acte de société qui, pour les sociétés par actions, comme pour les sociétés par intérêts, est publié dans les journaux ?

La jurisprudence le nie. Elle se fonde sur ce que le paiement des intérêts est une charge sociale faisant partie des frais généraux et qu'aucune disposition spéciale ne soumet à la publicité la clause relative à cette charge (3).

Cette clause doit, au contraire, selon nous, être rendue publique (4). Pour l'établir, il n'est même pas besoin de démontrer que l'énumération, faite par les articles 57 et 58 de la loi du 24 juillet

(1) Paris, 14 août 1868, D. 1868. 5. 377.

(2) Cass., 28 juill. 1896, *Pand. fr.*, 1897. 1. 294 ; *Revue des sociétés*, 1896, p. 486. V. Paris, 4 déc. 1899, D. 1900. 2. 271 ; *Revue des sociétés*, 1890, p. 112 (Dans l'espèce du dernier arrêt, il s'agissait d'une société en nom collectif. Mais la question à résoudre est la même quelle que soit la nature de la société.

(3) Cass., 8 mai 1867, D. 1867. 1. 193 ; S. 1867. 1. 253 ; *J. Pal.*, 1867. 642 ; Paris, 9 août 1877, S. 1878. 2. 225 ; *J. Pal.*, 1878. 966 ; D. 1879. 2. 193. V. la note suivante.

(4) P. Pont, II, n° 1100 ; Vavasseur, 1, n° 1017 ; Labbé, note dans le *Recueil de Sirey*, 1878. 2. 225 ; *J. Pal.*, 1878. 966. V. dans ce sens, Trib. civil d'Avesnes jugeant commercialement, 14 mai 1891, *Pand. fr.*, 1892. 2. 111 : *la Loi*, n° du 6 juill. 1891.

La jurisprudence parait se départir sur cette question de publicité de sa fermeté primitive. Un arrêt de la Chambre civile (Cass., 7 nov. 1899, S. et *J. Pal.*, 1901. 1. 513 ; D. 1900. 1. 369 (note de M. Thaller) ; *Pand. fr.*, 1901. 1. 321 : *Revue des sociétés*, 1900, p. 262) a admis que la clause relative aux intérêts doit être publiée, à peine de nullité, quand l'acte de société n'indique pas expressément que les intérêts à payer même en l'absence de bénéfices seront compris dans les frais généraux. Cet arrêt, qui manque, quelque peu de netteté, parait aller même jusqu'à nier la validité de la clause publiée quand l'acte de société ne comprend pas expressément les intérêts parmi les frais généraux.

1867, des mentions à insérer dans l'extrait de l'acte de société n'est pas limitative, et qu'il faut y ajouter toutes les indications que les tiers ont intérêt à connaître (n° 199). Il suffit de rappeler que le capital social sur lequel ils ont le droit de compter, doit être indiqué ; ce capital ne serait qu'imparfaitement connu si l'on ne mentionnait pas une stipulation qui peut avoir pour conséquence d'entraîner la réduction graduelle du capital.

Au reste, le défaut de publication de la clause relative aux intérêts à toucher par les actionnaires n'entraîne pas la nullité de la société ; il permet seulement aux intéressés de faire considérer cette clause comme nulle à leur égard. Il y a là une application d'un principe admis à propos de la publicité des sociétés en nom collectif ; l'omission, dans l'extrait publié par les journaux, d'une mention exigée par la loi, donne aux intéressés le droit de réclamer la nullité de cette mention, mais non celle de la société elle-même. Toutefois, cela cesse d'être exact quand il s'agit de la nullité invoquée entre les associés (n° 213).

558. *Actions de priorité, actions privilégiées, actions de préférence* (1) (2). — Le principe admis dans les sociétés par actions est l'égalité des droits attachés à chaque action, notamment sur les bénéfices et sur l'actif social après leur dissolution. Mais pendant la durée de ces sociétés cette égalité n'est pas obligatoire. Il peut être créé plusieurs catégories d'actions dont les unes donnent aux actionnaires des droits qui ne sont pas attachés aux autres. Ainsi, certaines actions peuvent conférer un droit d'antériorité soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux. Des avantages variés d'une autre sorte peuvent être conférés à une catégorie d'actions, par exemple le droit à une plus grande part dans les dividendes, un droit de vote plus fort dans les assemblées générales, le

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Decugis, *Des actions de priorité* (2e éd.) ; Lecourtier, *Commentaire de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité ;* Houpin, dans le *Journal des notaires et des avocats*, n° du 24 février 1904.

(2) Les actions de priorité sont appelées en allemand *Prioritaets-Aktien*, en italien *azioni di priorità*, en anglais *preference shares, preferred stock, guaranteed shares*.

droit de souscrire aux actions nouvelles de préférence à tous autres en cas d'augmentation du capital social (1).

Ce sont ces actions plus avantageuses que les autres qui sont désignées sous les noms d'*actions de priorité* (art. 34, C. com., modifié par la loi du 16 novembre 1903), ou d'*actions privilégiées*, ou d'*actions de préférence*. Ces trois expressions sont synonymes.

558 *bis*. Les actions de priorité sont expressément admises par les dispositions de la loi du 16 novembre 1903 modifiant et complétant l'article 34, C. com. (2), mais ces actions étaient licites antérieurement à cette loi (3).

(1) V., sur les différents avantages pouvant être attribués aux actions de priorité, Houpin, *op. cit.*, II, nos 1399 à 1413.

(2) L'article 34, C. com., avait déjà été modifié et complété par la loi du 9 juillet 1902 qu'a remplacée celle du 16 novembre 1903. Les dispositions de la dernière précisent mieux le caractère propre des actions de priorité. En outre, tandis que la loi de 1902 ne visait expressément que *les sociétés anonymes*, la loi de 1903 vise aussi les sociétés en commandite par actions, en employant les expressions *dans toute société par actions*.

(3) Voici les raisons qui devaient faire admettre les actions de priorités ou privilégiés.

D'abord, la loi du 24 juillet 1867 (art. 4) s'occupe des *avantages particuliers* (nos 708 et suiv.). Les actions privilégiés sont précisément des actions jouissant de certains avantages particuliers.

Puis, aucune disposition légale n'exige que les associés soient traités également au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes. La loi laisse, au contraire, aux intéressés la plus grande liberté pour régler cette répartition (art. 1854, C. civ.), pourvu que la totalité des bénéfices ne soit pas donnée à un associé ou qu'un associé ne soit pas dispensé de contribuer aux pertes jusqu'à concurrence au moins de sa mise (art. 1855, C. civ.). V. nos 38 et suiv.

On ne pouvait invoquer contre le caractère licite des actions de priorité la disposition de l'ancien article 34, C. com., selon laquelle « *le capital de « la société anonyme se divise en actions d'une valeur égale* ». Il n'y avait pas là une disposition impérative (no 519) et, l'eût-elle été qu'elle n'aurait pas entraîné l'exclusion des actions de priorité. L'article 34, C com., visait l'égalité des actions au point de vue du capital *nominal* : il ne faisait aucune allusion à l'égalité des droits des actionnaires. Les différences existant entre leurs droits ont de l'influence sur le prix des actions, non sur le capital nominal de celles-ci qui peut toujours être le même pour toutes.

Le nouvel article 34, C. com. (modifié par la loi du 16 novembre 1903) est formel sur le dernier point. Il dispose, dans le premier alinéa : *le capi-*

La création d'actions de priorité peut être utile ou avantageuse dans des cas d'une grande variété (1). Mais jusqu'aux lois de 1902 et de 1903 modifiant l'article 34, C. com., ces actions étaient assez rares en France. La raison en était que, pour la création de ces actions, le consentement unanime des actionnaires était nécessaire d'après les principes généraux qui régissent les pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires (n° 866). Le nouvel article 34, C. com., rend la création des actions de priorité beaucoup plus facile en la faisant rentrer dans les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires, à moins que le pouvoir d'en créer ne leur soit expressément enlevé par l'acte de société.

558 *ter*. Les actions de priorité ont la même nature juridique que les actions ordinaires. Aussi comprennent-elles les mêmes droits que celles-ci, spécialement quant au droit de vote dans les assemblées d'actionnaires, sauf les dérogations expresses (art. 34 nouveau, C. com.).

Dans le cas fréquent où un droit de préférence dans les bénéfices ou dans l'actif social est attaché à ces actions de priorité, elles se rapprochent quelque peu des obligations, sans, pourtant, se confondre avec elles ; les actions de priorité tiennent dans ce cas le milieu entre les actions ordinaires et les obligations. V. n° 563 *bis*.

559. *Obligations des actionnaires*. — Les actionnaires, comme les autres associés, n'ont pas seulement des droits ; ils sont tenus

tal social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale

Voir, sur les actions de priorité, pour la période antérieure aux lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 : Paris, 10 janv. 1867, D. 1869. 2. 239 ; Paris, 19 avril 1875, D. 1875. 3. 161 ; S. 1876. 2. 113 ; *J. Pal.*, 1876. 467 : *Pand. fr. chr.*; Paris, 28 mai 1884, D. 1886. 2. 177. — P. Pont, II, n° 1385 ; Vavasseur, *op. cit.*, n^os^ 137, 473, 530. V., pour la jurisprudence *italienne*, les nombreux arrêts rendus dans l'affaire des actions privilégiées des chemins de fer romains : Cour de cassation de Florence, 11 fév. 1884 ; Cour d'appel de Venise, 1^er^ déc. 1884, *Revue des sociétés*, 1885, p. 439 ; Cour de cassation de Florence, 10 déc. 1885, *Revue des sociétés*, 1885, p. 283.

(1) V. Houpin, *De l'usage des actions de priorité* (*Journal des sociétés*, 1905, p. 241 et suiv.); Houpin, *Traité des sociétés* (4^e^ édit.), II, n^os^ 1414 à 1421.

d'obligations, dont la principale est de réaliser leurs apports. Ceux-ci, selon les cas, consistent en numéraire ou en objets autres que de l'argent ; on donne, dans le dernier cas, aux mises des actionnaires le nom d'*apports en nature*, et aux actions appartenant à ceux qui les font, le nom d'*actions d'apport* (n° 15). Ces actions sont soumises à des règles spéciales (L. 24 juillet 1867, art. 3 modifié par la loi du 1er août 1893). V. nos 708 et suiv., 732 et suiv.

Les actions, qui correspondent à des mises en espèces, ne sont pas toujours libérées immédiatement. La loi n'exige la libération intégrale, avant la constitution de la société et le commencement des opérations sociales, que pour les actions de 25 francs ; pour les autres, en principe, la libération d'un quart du montant de chaque action (L. 24 juillet 1867, art. 1er modifié par la loi du 1er août 1893 et 24). Le restant à verser est réclamé aux actionnaires, soit aux époques déterminées à l'avance par les statuts, soit à des époques indéterminées, au fur et à mesure des besoins de la société.

L'obligation des actionnaires de faire les versements en espèces ou de réaliser l'apport en nature est-elle commerciale ? Existe-t-elle non seulement au profit de la société, mais directement envers les tiers ? Ces deux questions ont été examinées pour les commanditaires dans les deux espèces de commandites (nos 470 à 472 et 473 à 476). Elles se posent dans les mêmes termes pour les actionnaires des sociétés anonymes et doivent être résolues pour eux de la même manière que pour les commanditaires, c'est-à-dire dans le sens de la commercialité (1) et de l'obligation directe des actionnaires envers les créanciers sociaux.

On applique aux actionnaires, comme à tous les autres associés, la disposition exceptionnelle de l'article 1846, al. 2, C. civ., de telle façon que les intérêts des versements à faire courent, par dérogation à l'article 1153, C. civ., de plein droit à la charge des actionnaires en retard à partir du jour où ils auraient dû être opérés et que, par dérogation au même article, les actionnaires en retard

(1) V. Bruxelles (4e ch.), 6 déc. 1890, *Revue pratique des sociétés*, 1891, p. 100 — V., pour la non-commercialité, un article inséré dans cette Revue belge, 1891, p. 237 et suiv.

peuvent être condamnés à des dommages-intérêts, en sus de l'intérêt au taux légal (n° 30).

Mais, à propos des actionnaires, s'élève, quand il s'agit des versements à faire, une question d'une grande importance pratique : les actions, étant essentiellement cessibles, ont été souvent l'objet de plusieurs cessions successives entre le jour de la constitution de la société et le moment où des versements sont réclamés.

Les droits attachés aux actions appartiennent exclusivement aux actionnaires actuels. L'obligation de libérer les actions ne pèse-t-elle aussi que sur ces actionnaires ? Les versements ne peuvent-ils pas, au contraire, être réclamés, soit aux actionnaires actuels, soit aux souscripteurs originaires, soit à tous ceux entre les mains desquels les actions ont passé (cessionnaires intermédiaires) ? Cette importante question qui a reçu, en France même, des solutions différentes selon les époques, est résolue actuellement par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 1er août 1893. V. nos 739 et suiv.

560. *Diverses espèces d'actions.* — Par cela même que les actions correspondent parfois à des mises de sortes différentes et qu'elles ne confèrent pas toutes aux actionnaires les mêmes droits, on peut en distinguer différentes espèces.

Il y a parfois des actions *de priorité*, *privilégiées* ou *de préférence* et des actions *ordinaires* (1). V. nos 558 et suiv.

Il peut y avoir des *actions de capital* ou *de numéraire* et des *actions d'apport* : le montant des premières est à verser en argent : les secondes correspondent à des apports en nature (nos 15 et 558). Du reste, les mêmes droits sont compris dans les unes et les autres. Les *actions d'apport* sont aussi appelées parfois *actions de fondation*, parce qu'elles sont le plus souvent attribuées à des fondateurs de la société. Des règles spéciales régissent l'évaluation des apports en nature et la négociation des actions d'apport (L. 24 juillet 1867, art. 3 et 4). V. nos 708 et suiv., 732 et suiv.

Des actions appelées *actions industrielles* sont une variété des

(1) On oppose parfois les actions de ces deux classes les unes aux autres, en Allemagne en se servant des mots *Stammaktien* et *Prioritaetsaktien*, en Grande Bretagne en employant les mots *common stock* et *preference shares*.

actions d'apport. On donne ce nom aux actions attribuées aux associés qui apportent leur industrie (1). Comme ils n'ont pas contribué à la formation du capital social, ils n'ont droit qu'à une part dans les dividendes, mais non à une fraction du capital social, à moins de clause contraire.

A côté des actions qui correspondent exclusivement soit à des apports, en numéraire, soit à des apports en espèces, il en est qui correspondent pour partie à des apports en numéraire et pour partie à des apports en nature. On peut appeler ces dernières actions *actions mixtes*. V. nos 703.

Il y a parfois dans une société des *actions de capital* et des *actions de jouissance*. Cela se présente quand les statuts stipulent qu'on prélèvera chaque année une portion des bénéfices pour amortir un certain nombre d'actions désignées par la voie du sort (n° 551 *b*). Les actionnaires qui reçoivent ainsi le montant de leurs mises sur les bénéfices, par conséquent sans que le capital social soit en rien réduit, ne peuvent pas être privés de tous droits dans la société ; ils sont toujours associés, mais, à la place de leur actions primitives, ils reçoivent des *actions de jouissance* (2). Ces actions participent à la répartition des dividendes, mais, lors de la dissolution de la société, elles n'ont de droit sur le fonds social qu'après que tous les actionnaires ont reçu le montant de leurs mises. De plus, pendant la durée de la société, ces actions sont privées du coupon d'intérêt (n° 552). A tous autres égards, spécialement, au point de vue de la participation aux assemblées générales, les actions de jouissance confèrent les mêmes droits que les actions du capital (3).

(1) Il a été expliqué plus haut (n° 468) que, dans la société en commandite, on ne peut concevoir qu'un apport en industrie soit fait par un simple commanditaire, à raison de ce qu'il est interdit aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion (art. 27 et 28, C. com.).

(2) V., dans les *Juristische Blaetter*, 1881, n° 34, un article sur les actions de jouissance (*Genusscheine*) dans le Droit autrichien ; Klemperer, *Die rechtliche Natur der Genusscheine* (1898).

(3) Les actions de jouissance peuvent-elles être déposées par les administrateurs d'une société anonyme en garantie de leur gestion comme les actions de capital ? V. nos 815 et suiv. et l'étude de M. Bouvier Bangillon citée à la note 1 de la page 463.

On oppose aux *actions de jouissance* les *actions de capital* qui, n'ayant pas été remboursées, confèrent aux actionnaires le droit à la fois aux intérêts et aux dividendes.

Il va de soi que les actions de jouissance n'existent pas quand l'amortissement se fait au moyen de l'achat d'actions qui sont annulées (n° 551) : les actionnaires qui ont vendu leurs actions, n'ont plus aucun droit dans la société.

Des difficultés ont été soulevées à l'occasion des actions de jouissance. On a fait remarquer qu'il est singulier que des personnes auxquelles leurs mises ont été remboursées, demeurent actionnaires, alors que ce remboursement les met à l'abri des pertes. En présence de cette observation, des explications très diverses et très ingénieuses ont été présentées pour rendre compte de ce que sont les actions de jouissance (1).

En réalité, les choses se passent très simplement et peuvent s'expliquer sans qu'il ait besoin de recourir à aucune construction spéciale. Lorsque l'amortissement des actions fonctionne par voie de tirage au sort, comme c'est le cas ordinaire, les mises qui correspondent aux actions amorties, restent dans la société dont le capital demeure intact. Seulement, la société prélève sur les bénéfices une somme nécessaire pour remettre aux actionnaires dont les actions sont désignées par le sort une somme égale au montant de celle-ci. Si la société distribuait les dividendes sans faire aucun prélèvement de ce genre, tout actionnaire pourrait mettre de coté chaque année une portion du dividende reçu par lui pour reconstituer sa mise au bout d'un certain nombre d'années. La société fait, quand l'amortissement fonctionne, ce que les actionnaires laissés à eux-mêmes pourraient faire (2).

(1) Paul Maria, *Etude sur les actions de puissance et l'amortissement du capital dans les sociétés par actions* (1905) ; Jules Valéry, *Les actions de jouissance* (1906) ; Thaller, *A propos des actions de jouissance* (dans le *Journal des sociétés*, 1906, p. 481) ; Bouvier-Bangillon, dans le *Journal des sociétés*, 1905, p. 526 et suiv.; 1906, p. 145 et suiv. ; Georges Ripert, *Quelques mots sur la nature juridique de l'amortissement des actions* (*Annales de Droit commercial*, 1907, pag. 372 à 378.

(2) Les actionnaires laissés à eux-mêmes arriveraient plus difficilement au but, parce que les prélèvements faits par un actionnaire sur les divi-

Lors de la dissolution de la société, des situations diverses peuvent se présenter. Il se peut : 1° que toutes les actions soient amorties ; 2° que quelques-unes seulement le soient et qu'avant tout partage, on prenne sur l'actif social de quoi remettre pour chacune des actions non amorties, une somme égale au capital nominal de celle-ci ; 3° qu'un certain nombre d'actions ayant été amorties pendant la durée de la société, l'actif social existant lors de la dissolution ne suffise pas pour amortir les autres actions avant le partage. Dans ce dernier cas, les porteurs des actions non amorties sont sans doute moins bien traités que ceux dont les actions ont été amorties pendant la durée de la société. Mais il y a là une inégalité qui n'est contraire à aucun principe de droit et dont ceux qui la subissent n'ont point à se plaindre ; elle est le résultat de ce que pour la détermination des actions à amortir les statuts s'en sont remis au sort qui, par essence, favorise les uns et est défavorable aux autres.

560 *bis. Parts de fondateurs ou parts bénéficiaires* (1). — Il arrive souvent, surtout depuis la loi du 1er août 1893, que, dans le but de rémunérer les fondateurs des services qu'ils ont rendus pour la création de la société, on leur attribue un tant pour cent dans les bénéfices. Presque toujours, il est stipulé, sans que cela, du reste, ait rien de nécessaire qu'ils ne peuvent participer aux bénéfices qu'après le prélèvement fait sur ceux-ci d'une somme suffisante pour assurer aux actionnaires un certain revenu. Ils n'ont aucun droit sur l'actif

dendes d'une action ne peuvent être que d'une somme restreinte dont le placement est difficile ou impossible.

(1) Lecouturier, *Traité des parts de fondateurs* (1903) ; J. Valery, *Les parts de fondateurs* (1904). On dit en anglais *founders shares*.

Origine des parts de fondateur. Les parts de fondateur paraissent devoir leur origine à la Compagnie du Canal de Suez. Des capitalistes ayant fourni les fonds nécessaires aux études préliminaires, M. de Lesseps leur attribua, à titre de rémunération, 20 p. 100 des bénéfices nets à réaliser. Les parts qui étaient au nombre de 100, furent divisées en dixièmes, ce qui en porta le nombre à mille ; ces dixièmes furent divisés en centièmes, de telle sorte qu'il y a 100.000 parts de fondateur. Chaque part reçoit 1 franc pour chaque million de bénéfices nets. La part vaut aujourd'hui 2.000 francs au cours de la Bourse, ce qui implique 2.000.000 pour la part de fondateur originaire.

social lui-même lors de la dissolution de la société et des clauses devenues de style leur interdisent de contrôler les comptes et de participer aux assemblées générales. Les droits ainsi limités sont appelés *parts de fondateurs* à raison de la qualité même des personnes auxquelles ils sont d'ordinaire attribués (1) ou *parts bénéficiaires* (2) ; il leur est habituellement délivré, pour constater leurs droits, des titres nominatifs ou au porteur.

Le caractère licite des parts de fondateurs n'est pas douteux (3). Mais une vive controverse s'élève au sujet de leur nature juridique : constituent-elles des actions ?

On a soutenu que ces parts de fondateur sont de simples créances à revenu éventuels contre la société (4). On a fait en ce sens remarquer que le nom d'action n'est, ni dans l'usage, ni dans les statuts, donné aux parts de fondateurs. Puis, on s'est prévalu de ce que les porteurs de ces parts ne contribuent pas par des apports à la formation

(1) On emploie parfois aussi l'expression de *parts de fondateurs* pour désigner des droits semblables conférés à d'autres personnes qu'à des fondateurs. On en attribue ainsi, par exemple, aux souscripteurs d'un certain nombre d'actions (Paris, 19 avril 1886 et 4 juin 1885, *Journal des sociétés*, 1887, p. 17 et 193) ou aux anciens actionnaires, en cas d'émission d'actions nouvelles, afin qu'ils soient mieux traités que les actionnaires nouveaux : Trib. comm. Seine, 20 juill. 1884, *Journal des sociétés*, 1885, p. 363. V. Neymarck, *Revue des sociétés*, 1887, p. 160 à 164. V. la note suivante.

(2) Ce dernier nom convient mieux quand les parts dont il s'agit sont attribuées à d'autres qu'à des fondateurs. V. la note précédente.

(3) Le projet de loi sur les sociétés, adopté par le Sénat, le 29 novembre 1884, admettait expressément la légalité des parts de fondateurs. L'article 8 de ce projet était ainsi conçu : « Les avantages consentis aux fondateurs « ou à toute autre personne peuvent être représentés par des titres cessi- « bles ou négociables. Ces titres ne donnent droit qu'à une part dans les « bénéfices lesquels, sauf stipulation centraire, sont calculés après prélè- « vement de cinq pour cent au profit des actions. »

(4) Rousseau, *Questions nouvelles sur les sociétés*, p. 159, *Etude sur les parts de fondateurs* ; Deloison, *Traité des sociétés*, II, n° 325 ; Wahl, *Les parts de fondateurs* et note dans le *Recueil de Sirey* et le *Journal du Palais*, 1898. 289 ; Arthuys, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897, p. 273. — Lyon, 22 février 1900, *Revue des sociétés*, 1900, p. 333 ; Lyon, 12 novembre 1900, S. et *J. Pal.*, 1902. 2. 6. La conséquence tirée de cette doctrine est que les parts de fondateurs sont négociables avant l'époque à laquelle le sont soit les actions d'apport soit même les actions de numéraire. V. note 1 de la page 407.

du capital social et n'ont, lors de la dissolution de la société, aucun droit dans le fonds social. Enfin, on n'a pas manqué de constater qu'ils ne participent pas aux assemblées générales d'actionnaires.

Selon nous, au contraire, les parts de fondateur sont des actions (1) ; il faut, pour déterminer la nature d'un droit, le considérer en lui-même, sans s'attacher au nom, parfois inexact ou arbitraire qui lui est donné. Sans doute, les parts de fondateurs ne correspondent pas à un apport contribuant à former le capital social ; mais ceux auxquels elles sont attribués, n'en font pas moins un apport, en ce sens que, par leurs services, ils procurent à la société un avantage pécuniaire. Il y a des apports dont l'admission n'est pas douteuse et qui se font dans ces conditions, ce sont les apports en industrie. Quant au droit au partage du fonds social, il n'est pas de l'essence de l'action. Les seuls droits, sans lesquels l'action ne se conçoit pas, sont ceux de toucher des dividendes et de se substituer des tiers par voie de cession. Il a été dit plus haut que souvent, les actionnaires qui n'ont pas un certain nombre d'actions, sont exclus des assemblées générales (n° 551) et que des actions, comme les actions industrielles, ne confèrent aucun droit sur le fonds social (n° 559). Ceux à qui des parts de fondateurs sont attribués, ont bien les deux droits qui caractérisent l'action, ils participent aux bénéfices et peuvent céder ce droit à leur gré. Il serait d'autant plus singulier de les considérer comme étrangers à la société, qu'ils ont contribué par leurs démarches et souvent par leurs avances à la création de celle-ci. Quant au droit de participation aux assemblées d'actionnaires, les statuts le refusent, par une clause de style, aux porteurs de parts de fondateurs. Mais, si ces parts constituent des

(1) Cass. req. rej., 16 nov. 1904, S. et *J. Pal.*, 1906. 1. 49 ; D. 1906. 1. 49 ; *Pand. fr.*, 1905. 6. 24 ; *Journal des sociétés*, 1905, p. 114. Cet arrêt tranche une question fiscale, mais les motifs sont conçus en termes tellement généraux qu'il semble bien en résulter que la Chambre des requêtes considère, à tous égards, les parts de fondateur comme constituant des actions. Thaller, *Revue critique de législat. et de jurisprud.*, 1881, p. 534 ; 1887, p. 220 ; Bousquet, *Journal des sociétés*, 1885, p. 748 et suiv. ; Chavegrin, note dans le *Recueil de Sirey*, 1889. 1. 417 et suiv., dans le *Journal du Palais*, 1889. 1. 1036 ; Valéry, note dans *Recueil de Dalloz*, 1895. 1. 297. Cpr. Paris, 19 juin 1885, S. 1889. 1. 421 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 1036.

actions, le droit y serait attaché en l'absence de la clause dont il s'agit. On ne peut pas même supprimer, au profit des porteurs de ces parts, le droit spécial de groupement que l'article 27 de la loi de 1867 modifie par la loi du 1er août 1893, confère, nonobstant toute clause contraire, aux actionnaires.

La détermination de la nature juridique des parts de fondateur présente un intérêt pratique à plusieurs points de vue. Si ce sont des actions, elles sont soumises aux règles spéciales de la loi du 24 juillet 1867 (art. 3 et 4) relatives aux actions d'apport. Ces règles sont sans application aux parts de fondateurs, si ce sont de simples créances (1). En outre, comme cela vient d'être indiqué, la question est importante, quant au droit des porteurs de ces parts de participer aux assemblées générales d'actionnaires.

Au surplus, une troisième opinion a été soutenue sur la détermination de la nature des parts de fondateur. On a prétendu qu'il y a là non des actions, mais des parts d'associés (2). La raison principale invoquée en ce sens, est qu'il n'y a pas d'action sans un apport. Cette raison se rattache à un point de départ dont l'inexactitude a été démontrée plus haut : les porteurs de parts de fondateurs ne contribuent pas à augmenter le capital social, mais ce n'est pas là l'effet nécessaire d'un apport. Du reste, si l'idée invoquée était exacte, elle le serait pour tout associé en général et non spécialement pour l'actionnaire, de telle façon que logiquement l'argument invoqué devrait conduire à admettre que le porteur d'une part de fondateur n'est pas un associé, mais un simple créancier.

560 *ter*. A l'occasion des parts de fondateurs, une question spéciale s'est présentée à plusieurs reprises. Il est certain que les porteurs de ces parts doivent compter qu'ils toucheront la portion dans les bénéfices, qui leur est attribuée, jusqu'à la dissolution de la société. Leur attente n'est pas trompée quand la société parvient au

(1) L'une des causes de la grande faveur dont jouissent les parts de fondateur provient précisément de ce qu'on cherche, en les faisant considérer comme des créances, à les faire échapper aux dispositions restrictives de la loi du 24 juillet 1867 modifiée par la loi du 1er août 1893 concernant l'époque à partir de laquelle sont négociables les actions d'apport.

(2) Houpin, *Journal des sociétés*, 1894, p. 184 et *Traité des sociétés civiles et commerciales* (4e édit.), I, n° 371.

terme normal de sa durée. Mais il arrive parfois que l'assemblée des actionnaires décide la dissolution avant, l'arrivée de ce terme, comme le suppose l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867. Il n'est pas douteux que les porteurs de parts de fondateur ont, comme tous autres intéressés, le droit de faire annuler la délibération de l'assemblée des actionnaires, si elle est irrégulière en la forme ou si elle dépasse les pouvoirs qui lui appartiennent.

Mais les porteurs des parts de fondateurs peuvent-ils se plaindre d'une dissolution anticipée qui leur préjudicie et réclamer, par suite, des dommages-intérêts, encore que l'assemblée ait délibéré régulièrement et dans les limites de ses pouvoirs ?

Le droit des porteurs de parts de fondateur à des dommages-intérêts existe quand la dissolution anticipée a été admise par l'assemblée générale sans des motifs suffisants. Les fondateurs ont droit à une part dans les bénéfices pendant toute la durée assignée à la société par les statuts. Ils tiennent ce droit d'un contrat en vertu duquel ils doivent, au lieu de toucher un capital une fois payé, prendre une part dans les bénéfices : ce droit ne peut être restreint par suite d'une dissolution décidée sans motifs légitimes parmi lesquels on peut ranger la circonstance que la société ne fait plus de bénéfices et est même exposée à des pertes dans l'avenir (1).

Du reste des difficultes du même genre (2) peuvent s'élever toutes les fois que l'assemblée des actionnaires apporte aux statuts des

(1) Cass., 29 fév. 1888 (note de M. Chavegrin), S. 1889 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 1036 ; *Pand. fr.*, 1889. 1. 224 ; Cass., 4 juill. 1893, S. et *J. Pal* . 1893. 1. 373 ; *Pand. fr.*, 1895. 1. 46 ; V. aussi Cass., 13 juin 1898, D. 1899. 1. 553 (note de M. Thaller) ; S. et *J. Pal.*, 1899. 1. 67 : *Pand. fr.*, 1899. 1. 167 ; *Journal des sociétés*, 1899, p. 151 ; Cass., 9 mars 1903, S. et *J. Pal.*, 1906. 1. 17 (note de M. Wahl) ; *Pand. fr.*, 1904. 1. 183 ; Cass., 24 mars 1903, S. et *J. Pal.*, 1906. 1. 129 ; D. 1904. 1. 481 (note de M. Percerou) ; *Revue des sociétés*, 1903, p. 322 ; *Journal des sociétés*, 1903, p. 345 ; Cass., 20 nov. 1905, S. et *J. Pal.*, 1906. 1. 223. V. Houpin, dans le *Journal des sociétés*, 1899, p. 145 et suiv.

(2) Une question analogue à celle qui se pose en cas de dissolution anticipée, se présente notamment en cas de fusion votée par l'assemblée des actionnaires de la société à laquelle se rattachent les parts de fondateur. V. Lyon, 21 novembre 1903, *Journal des sociétés*, 1904, p. 421 ; *Revue des sociétés*, 1905, p. 68.

modifications qui nuisent aux porteurs de parts de fondateur. V. nos 864 et suiv. (1).

560 *quater*. *Actions de primes*. — Il ne faut pas confondre avec les *parts de fondateur* des actions désignées d'ordinaire sous le nom *d'actions de primes*. Elles ne s'en rapprochent qu'en ce que les unes et les autres sont le plus souvent attribuées à des fondateurs ; mais, à la différence des *parts de fondateurs*, les *actions de primes* confèrent le droit de prendre une part, non seulement dans les bénéfices, mais aussi dans le capital social. La légalité des actions de primes est très douteuse, ainsi que cela sera expliqué à propos des conditions exigées par la loi du 24 juillet 1867 pour la constitution des sociétés par actions. V. n° 690.

561. *Nature de l'action*. — A part la cessibilité qui résulte de ce que la société n'a pas été formée *cum intuitu personarum*, l'action n'a pas une autre nature qu'une part d'intérêt dans une société de commerce. En conséquence, l'action doit être considérée, conformément à ce qui a été expliqué plus haut (nos 141 et 142), comme un droit de créance, tout au moins jusqu'au partage de l'actif social.

Il y a lieu de conclure de là notamment : 1° que la cession et la constitution en gage des actions exigent l'accomplissement des formalités de l'article 1690, C. civ., soit quand les titres sont à personne dénommée, c'est-à-dire n'affectent pas les formes à ordre,

(1) Le grand nombre des parts de fondateur, les questions qui s'élèvent à leur occasion rendraient très utile l'intervention du législateur pour édicter quelques règles sur les principaux points.

Le projet de loi de 1903-1906 sur les sociétés par actions reconnaît la légitimité des parts de fondateur en décidant, dans un alinéa ajouté à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, que « les avantages consentis aux « fondateurs ou à toute autre personne peuvent être représentés par des titres « négociables qui ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices ».

Une disposition insérée par le même projet dans l'article 3 de la loi de 1867, déclare que les parts de fondateur ou bénéficiaires ainsi définies peuvent être négociés à partir de la constitution de la société, ce qui exclue leur assimilation à des actions d'apport.

Ce n'est pas tout, un projet de loi déposé aux mêmes dates organise des assemblées générales des porteurs de parts de fondateur. C'est le même projet qui organise des assemblées générales d'obligataires. V. note 1 de la page 511.

nominatives ou au porteur, soit pour les actions de numéraire quand la société n'est pas encore constituée, soit, enfin, pour les actions d'apport quand, deux ans n'étant pas écoulés depuis la constitution de la société, la négociation, c'est-à-dire la transmission par endossement, par transfert ou par la tradition, en est prohibée par la loi (L. 24 juillet 1867, art. 2 et art. 3).

562 Des obligations (1). — Le capital des sociétés par actions (capital social) est avant tout formé de la réunion des mises des premiers actionnaires. Mais, par suite du développement de ses affaires ou des pertes qu'elle a éprouvées, une société a souvent besoin d'augmenter ses ressources. Elle peut, dans ce but, employer deux moyens principaux : augmenter le capital social ce qui a lieu par voie de création d'actions nouvelles (2) ou recourir à l'emprunt.

Comme la somme empruntée par une société par actions est, en général, considérable, souvent on ne s'adresse pas, pour l'obtenir, à une ou à plusieurs personnes déterminées par avance. On procède comme on le fait habituellement pour l'émission d'actions : on divise la somme à emprunter en une grande quantité de parts égales et on appelle toute personne qui le voudra bien à prêter une ou plusieurs fois la somme représentant une de ces parts (3).

On appelle *obligation* les droits qui appartiennent aux prêteurs à la suite d'un emprunt ainsi émis. Un titre est délivré à chaque *obligataire* pour constater ses droits. Dans la pratique, c'est souvent au titre que le nom d'*obligation* est donné, de même qu'on appelle fréquemment *action* le titre constatant les droits de l'actionnaire (n° 515) (4).

(1) On dit en *anglais*, *debentures* ; en *allemand*, *Schuldverschreibungen*, en *italien*, *obbligazioni*.

(2) V., sur l'augmentation du capital des sociétés par actions, nos 868 à 874 et 1018.

(3) Il arrive aussi que, toutes ces parts étant prises par une seule personne ou par une seule société financière, celle-ci en fait l'émission c'est-à-dire appelle toute personne à prendre une ou plusieurs de ces parts. La personne ou la société dont il s'agit, vend, en réalité, alors les *parts de l'empruut*.

(4) Les mots *action* et *obligation* ont donc l'un et l'autre deux sens différents.

Les personnes qui veulent devenir obligataires, ne versent pas toujours immédiatement le montant intégral de la somme qu'elles prêtent. Elles doivent parfois en verser une partie et s'obliger à verser le restant en un ou plusieurs termes à des époques fixées à l'avance. Il y a là quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les souscripteurs d'actions (nº 559). Seulement, le montant des obligations est toujours exigé, tandis que le montant des actions ne l'est parfois qu'en partie (1). Cela tient à ce qu'une société n'emprunte que lorsqu'elle a besoin d'argent, tandis que le capital d'une société, constituant parfois, spécialement dans les sociétés d'assurances et dans les sociétés de crédit, un capital de garantie, n'est pas utile, en totalité ou en partie, pour le fonctionnement normal de la société (2).

L'acte par lequel une personne s'engage, pour avoir une ou plusieurs obligations, à verser les sommes nécessaires à cet effet, est la *souscription* ; c'est une promesse de prêt.

La souscription implique adhésion de la part du souscripteur aux diverses conditions de l'emprunt indiquées habituellement dans un cahier des charges ou dans un prospectus. Cela ne s'applique pas seulement aux avantages divers stipulés au profit des obligataires, mais aussi aux clauses accessoires, comme l'est celle qui attribue compétence à un tribunal déterminé pour toutes les contestations s'élevant entre les obligataires et la société.

Quand une société par actions a emprunté par voie d'émission d'obligations, à côté du *capital-actions* fourni par les actionnaires, il y a le *capital-obligations* fourni par les prêteurs ou obligataires. Ce capital n'augmente pas le capital social, par cela même qu'il est exigible et que la société ne le reçoit des obligataires qu'à la charge de le rembourser.

563. Les obligations ont une analogie évidente avec les actions :

(1-2) Il y avait même des sociétés anonyme d'assurances sur la vie dans lesquelles aucun versement n'avait été fait sur les actions, alors que ces sociétés étaient soumises à l'autorisation préalable, c'est-à-dire avant la loi du 17 mars 1905. Depuis que cette loi est en vigueur, la constitution des sociétés anonymes d'assurances sur la vie est soumise à la loi du 24 juillet 1867 et, dès lors, leurs actions doivent être libérées dans la mesure que cette loi détermine.

elles constituent des meubles incorporels ou droits mobiliers, compris dans l'usage sous le nom de *valeurs mobilières* (1). Comme les actions, les obligations procurent, en principe, des revenus périodiques, sont cessibles à volonté, sont constatées par des titres identiques en la forme, se transmettant, par suite, de la même manière et soumis aux mêmes impôts. Les formalités 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 (2) (L. 30 janvier 1907 *portant fixation du budget de 1907*, art. 3 ; D. 27 février 1907).

Ces ressemblances, sur lesquelles il sera insisté plus loin (nos 595 et suiv.), sont secondaires. Il y a entre les obligations et les actions des différences notables qui dérivent toutes d'une idée fondamentale : *l'action est une part d'associé, l'obligation est une créance résultant d'un prêt fractionné en un grand nombre de parts* ; en d'autres termes, *l'actionnaire est un associé, l'obligataire un prêteur*, dont les droits se rattachent à un emprunt dont le montant est divisé en un certain nombre de parts égales.

De là découlent notamment les différences suivantes :

a) Les actions supposent l'existence d'une société. Il n'en est pas de même des obligations. Ainsi, l'État, les départements, les communes empruntent sous forme d'obligations : les grandes villes de France émettent des obligations ; les rentes 3 0/0 amortissables émises par l'État depuis 1878 ne sont, malgré le nom qui leur est donné, que des obligations, le capital en est, en effet, exigible (3).

(1) Les obligations sont donc à ranger, si l'on veut employer les expressions du Code civil, parmi *les meubles par la détermination de la loi* (art. 529, C. civ.). Il s'agit bien *d'obligations ayant pour objet des sommes exigibles*.

(2) Ces formalités de publicité sont prescrites, du reste, pour tous les titres de quelque nature qu'ils soient des sociétés, par conséquent pour les parts de fondateur ou bénéficiaires. V. Albert Wahl, *De la publicité des placemente de titres suivant la loi du 30 janvier 1907* ; Pottier, *Des émissions et introductions financières*.

(3) Chaque année le sort détermine les séries de rentes amortissables à rembourser avec une prime, comme les obligations à rembourser chaque année sont d'ordinaire déterminées par voie de tirage au sort. La rente

ce qui est contraire à l'essence de la rente (art. 529 et 1909, C. civ.) (1).

b) Les obligations doivent recevoir l'intérêt qui leur a été promis avant qu'il y ait des bénéfices nets à distribuer aux actionnaires à titre de dividendes (2).

c) Les actionnaires, étant des associés, n'ont droit, lors de la dissolution de la société, à une part dans l'actif social que quand tous les créanciers de la société sont désintéressés, et parmi ces créanciers figurent naturellement les obligataires. On exprime parfois cette idée en disant que *le capital-actions sert de gage au capital-obligations* (3).

d) L'action produit des revenus essentiellement variables, puisque leur montant dépend de celui des bénéfices nets de la société. Au contraire, en principe, l'obligation donne droit à des revenus invariables qui sont les intérêts de la somme prêtée par l'obligataire (4). Aussi le prix (cours) des obligations est-il soumis, en général, à des variations moins fréquentes et moins importantes

3 p. 0/0 amortissable a été en quelque sorte calquée sur les obligations des compagnies de chemins de fer. V. la note suivante.

(1) Le nom de *rente*, appliquée à la rente dite amortissable, qui, au point de vue juridique, est inexact, a été employé à raison de la grande et légitime confiance dont les rentes sur l'Etat sont l'objet en France. On a craint que des valeurs nouvelles portant un nom différent, n'eûssent pas, par cela seul, la même faveur auprès du public. On a voulu aussi que les privilèges dont jouissent les rentes sur l'Etat, l'exemption d'impôts et l'insaisissabilité, s'appliquâssent naturellement aux valeurs nouvelles créées par l'Etat.

(2-3) Ce qui est dit au texte (*b* et *c*) n'est pas vrai seulement des obligations, mais de toutes les créances qui existent contre la société.

C'est en faisant allusion aux deux points indiqués qu'en *Allemagne*, les obligations reçoivent souvent le nom de *Prioritaetsobligationen*. V. Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, II, p. 480.

(4) Il est possible que les obligations confèrent le droit de participer aux bénéfices sans être transformées, par cela, en actions. V. n° .

Consulter sur les cas où il est assez souvent créé des obligations de cette sorte, Lecouturier, dans le *Journal des sociétés*, 1903, p. 438.

Si les obligations émises par les sociétés sont toujours productives d'intérêt, il n'en est pas de même des obligations émises par les départements ou par les villes. Parfois, ces dernières obligations ne produisant pas d'intérêts, le seul avantage sur lequel comptent les obligataires consiste dans la prime de remboursement. V. n° 576.

que celui des actions qui change avec l'importance des bénéfices (*dividendes*). Par suite, les obligations sont d'ordinaire des *valeurs de placement*, tandis que les actions sont plus souvent des *valeurs de spéculation*.

Les obligations donnent souvent droit à des avantages pécuniaires en sus des intérêts des sommes prêtées ; à ces avantages appelés *primes* et *lots* se rattachent des difficultés d'ordre juridique dont il sera parlé plus loin (nos 570 et suiv.).

e) L'amortissement des actions n'est pas une nécessité, c'est souvent une mesure de prudence (n° 551 *b*). L'amortissement ou remboursement des obligations est de l'essence des obligations, par cela même que ce sont des créances exigibles.

f) L'amortissement d'une action à l'aide de prélèvements opérés sur les bénéfices ne désintéresse pas complètement l'actionnaire : son action *de capital*, transformée en *action de jouissance*, continue de lui donner droit aux dividendes (n° 560), tandis que l'extinction complète de tous les droits de l'obligataire résulte de son remboursement (1).

g) Les actionnaires participent, à l'exclusion des obligataires, à l'administration des affaires sociales. Aussi les actionnaires, non les obligataires, font partie de l'assemblée générale qui, dans les sociétés par actions, délibère sur ces affaires. — Il y a bien deux pays, la *Belgique* et le *Portugal*, où les obligataires ont entrée à l'assemblée générale des actionnaires ; mais ils n'y ont que voix *consultative*. V. loi *belge* du 18 mai 1873, art. 70, et Code de commerce *portugais* de 1888, art. 185 (2).

(1) Il a été expliqué qu'il y a, pour les actions, un autre mode d'amortissement consistant dans l'achat, à l'aide d'une portion des bénéfices, d'un certain nombre d'actions qui sont ensuite annulées par la société (nos 551 et 560). Il est évident que ce procédé peut également être employé pour l'amortissement des obligations. Il y a avantage, pour la société, à acheter à l'aide d'une portion des bénéfices, des obligations qu'elle annulle ensuite, quand le cours des obligations est au-dessous du pair.

(2) Une proposition de loi déposée à la Chambre des députés le 28 avril 1894 (n° 507) par M. Calvinhac, avait pour but de conférer aux obligataires le droit de prendre une certaine part à l'administration des sociétés, en leur attribuant notamment voix consultative dans les assemblées d'actionnaires.

h) Les administrateurs ou gérants représentent la société et, par contre-coup, les actionnaires ; mais les obligataires ne sont pas représentés par eux (1). Ils n'ont pas non plus de représentant spécial, ce qui peut-être, à raison surtout de la règle *nul ne plaide en France par procureur*, une cause de complications quand, à raison de questions d'intérêt commun, les obligataires en grand nombre veulent actionner la société.

i) Les obligataires peuvent, comme tous les créanciers, demander la déclaration de faillite de la société, leur débitrice. Les actionnaires n'ont pas ce droit (2) (3). V., sur la nature de l'engagement des souscripteurs d'obligations, n° 655.

563 *bis*. Ce qui a été dit sur les différences qui séparent les obligations des actions, permet de comparer les *obligations* avec les *actions de priorité* (n^os^ 558 et suiv.). Il y a une certaine analogie entre elles ; elle consiste en ce que souvent, les dividendes à payer aux porteurs des actions de priorité sont prélevés avant la distribution de dividendes aux porteurs d'actions ordinaires ; les porteurs d'actions de priorité ont aussi parfois le droit de prendre leurs parts dans l'actif social avant que les autres actionnaires aient rien à y prétendre. Cependant, les actions de priorité et les obligations doivent être distinguées. Les actions de priorité ne confèrent un droit de préférence qu'à l'égard des autres actions (actions ordinaires), mais les actions de priorité sont traitées comme des actions ordinaires dans leurs rapports avec les obligations. Les obligataires sont donc payés de leurs intérêts avant que les porteurs d'actions de priorité puissent prétendre à aucun dividende ; ils excluent aussi sur le fonds social tous les actionnaires, même les porteurs d'actions de priorité.

564. L'obligataire, en souscrivant, contracte un engagement quand il ne verse pas immédiatement toute la somme prêtée et il acquiert des droits contre la société obligée envers lui. On peut ainsi considérer la souscription à des obligations comme constituant un contrat synallagmatique (4).

(1) Paris, 22 juin 1886, *le Droit*, n° du 3 juillet 1886.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1161.

(3) V. d'autres différences entre les *actions* et les *obligations* dans les n^os^ 565 et 568.

(4) Il en est de même de la souscription à des actions. V. n° 686.

Des questions multiples se rattachent à l'engagement de l'obligataire et à ses droits dont l'énumération a seulement été donnée précédemment (n° 562). Beaucoup de ces questions sont semblables à celles qui se posent pour les actions mais n'ont été résolues que pour celles-ci par nos lois. Le législateur français qui, dans la loi du 24 juillet 1867, s'est occupé fort en détail des actions, a, jusqu'ici (1), gardé un silence complet sur les obligations (2). Cela s'explique par deux raisons principales. D'abord, en 1867, lors de la confection de la loi sur les sociétés, les obligations étaient infiniment moins nombreuses qu'elles ne le sont devenues depuis (3). Puis, les obligations n'avaient pas été la cause de fraudes comme l'avaient été les actions, et les dispositions légales concernant les actions ont pour but principal de prévenir ces fraudes.

La différence profonde existant, quant à leur nature, entre les actions et les obligations, empêche qu'on ne puisse appliquer, par analogie, aux obligations des dispositions légales qui visent seulement les actions.

L'expérience a démontré que le législateur français a eu tort de laisser de côté les obligations. En fait, l'émission des obligations a engendré des fraudes multiples et les questions litigieuses qui s'y rapportent sont nombreuses et parfois difficiles. Aussi les lois étrangères récentes ont-elles généralement consacré, à propos des sociétés, des dispositions aux obligations. — V. loi *belge* du 18 mai 1873 sur les sociétés (art. 68 à 70) ; Codes de commerce *italien* (art. 171 à 175), *roumain* (art. 173 à 177), *portugais* (art. 195 à 198), *bulgare* (art. 272 à 276), *japonais* (art. 199 à 207).

(1) Nous disions que *jusqu'ici* notre législation a conservé le silence sur les obligations, parce que des projets et des propositions de lois peuvent faire croire que cette lacune sera comblée dans un avenir plus ou moins prochain.

(2) Il n'y a que quelques dispositions sur les obligations dans les lois fiscales et des dispositions spéciales dans la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways (art. 18 et 39).

(3) Il a été, depuis 1867, créé un très grand nombre d'obligations par les compagnies de chemins de fer d'intérêt général et d'intérêt local ainsi que par des compagnies industrielles de toutes sortes. En fait, les sociétés de crédit se procurent les sommes dont elles ont besoin à l'aide d'autres procédés que l'émission d'obligations.

565. L'engagement de l'obligataire relatif à la somme à verser par lui, à la différence de celui de l'actionnaire (n° 559), est certainement civil, comme l'est celui de toute personne qui s'oblige à prêter de l'argent à une autre. Il n'en est autrement que pour un banquier qui fait, en s'engageant ainsi (1), un acte de son commerce.

Les souscripteurs d'obligations, à la différence des souscripteurs d'actions (n° 559), ne sont obligés directement à faire les versements qu'envers la société, non envers les créanciers sociaux. Ceux-ci n'ont donc le droit d'agir contre les souscripteurs d'obligations que par l'action oblique, en vertu de l'article 1166, C. civ., en exerçant les droits de la société.

566. Quand une société émet des actions, les souscripteurs ne sont liés que sous la condition que le capital entier sera souscrit (2). Cela résulte des articles 1 et 24 de la loi du 24 juillet 1867, selon lesquels une société par actions n'est constituée que lorsqu'il y a souscription du capital social entier.

Faut-il appliquer la même règle à la souscription d'obligations ? Si on l'applique, au cas où la souscription aux obligations n'est pas entièrement couverte, c'est-à-dire n'atteint pas le chiffre annoncé comme constituant la somme à emprunter, les souscripteurs sont déliés et peuvent, par suite, réclamer le remboursement des sommes qu'ils ont versées.

La question ne se pose évidemment que lorsque le prospectus ou le cahier des charges ne l'a pas prévue. Car, en matière d'obligations, il n'y a pas de disposition légale impérative exigeant la souscription intégrale, comme il en existe une pour les actions.

Il nous paraît conforme à l'intention probable des parties de supposer qu'elles ont voulu faire dépendre leur engagement de la souscription totale (3). Il faut tenir compte de ce que, dans le cas d'ouverture d'une souscription à des obligations, le montant total de l'emprunt est indiqué avec la mention du nombre des obligations à

(1) V., analogie, sur l'ouverture de crédit, *Traité de Droit commercial*, IV, nos 709 et suiv.

(2) Cette condition de la souscription intégrale est admise même, pour le capital nouveau à souscrire, en cas d'augmentation du capital social originaire. V. n° 870.

(3) Trib. civ. Seine, 26 juillet 1885, *la Loi*, n° du 30 oct. 1885.

émettre, de telle sorte que chaque obligataire souscrit, pour une ou plusieurs parts ou obligations, non à un emprunt quelconque, mais à un emprunt d'une somme totale déterminée, par exemple de cinq cent mille francs ou d'un million.

567. Les obligations, comme les actions, sont cessibles ou négociables. La cession ou négociation des obligations en est possible dès qu'elles ont été souscrites. Aucune disposition légale n'exige, pour leur négociabilité, à la différence de ce qui est admis par la loi pour les actions, qu'elles soient libérées d'une certaine quotité.

Des obligations peuvent donc être cédées ou négociées avant qu'elles soient libérées. Aussi se présente-t-il pour les obligations une question semblable à celle qui se pose pour les actions cédées ou négociées avant qu'elles ne soient entièrement libérées : les souscripteurs originaires restent-ils tenus malgré la cession qu'ils ont faite de leurs obligations ? Les cessionnaires qui les ont cédées eux-mêmes continuent-ils à être obligés? Le complément des versements ne peut-il être, au contraire, réclamé qu'aux titulaires actuels d'obligations ?

La loi qui a tranché cette importante question pour les actions (L. 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893, art. 3 et 24), a gardé le silence sur la question semblable qui se présente pour les obligations. Il y aura lieu de rechercher comment elle doit être résolue pour celles-ci (1) quand nous aurons examiné la solution qui lui a été donnée par la loi pour les actions (n° 768).

568. Les obligataires en retard pour faire les versements, ne sont, d'après le droit commun (art. 1153, C. civ.), tenus de payer les intérêts moratoires (2) qu'à partir du jour de la sommation de payer (3) et ne peuvent être condamnés à des dommages-intérêts en sus (4). L'article 1846, alin. 1, C. civ., qui vise l'associé en retard de verser sa mise (nos 30 et 60), ne peut être étendu, par ana-

(1) V. de Chauveron, *Des obligations non libérées*.

(2) A raison de la nature civile de l'engagement des obligataires (n° 565), les intérêts moratoires sont dûs au taux civil de 4 p. 0/0.

(3) Cpr. Trib. civ. Seine, 21 juill. 1885, *la Loi*, n° du 30 oct. 1885.

(4) V., pourtant, Cass., 11 juill. 1895, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 329 ; *Journal des sociétés*, 1895, p. 487.

logie, au souscripteur d'obligations, par cela même qu'il est un prêteur, non un associé. Seulement, il peut être stipulé que les obligataires en retard devront des intérêts moratoires de plein droit, non qu'ils seront tenus en sus de dommages-intérêts. Cette dernière stipulation serait contraire à la loi limitative du taux de l'intérêt, demeurée en vigueur pour les dettes civiles (L. 3 septembre 1907, L. 12 janvier 1886).

568 *bis*. Les souscripteurs sont-ils tenus d'opérer les versements restant à faire, bien que la société ait été déclarée en faillite ou mise en liquidation judiciaire, si c'est une société de commerce, ou qu'elle soit en déconfiture, si c'est une société civile ? La question présente un grand intérêt et pour les souscripteurs d'obligations et pour les créanciers de la société. Si les souscripteurs doivent dans ces circonstances opérer les versements, ils éprouvent une perte, puisqu'ils ne touchent pas les intérêts de leur argent et qu'ils ne reçoivent qu'un dividende pour le montant de leurs obligations. Mais les autres créanciers ont un grand avantage à ce que les souscripteurs ne retiennent pas le montant de leurs souscriptions ; l'actif qui sert de gage aux créanciers en est augmenté. La jurisprudence dispense les obligataires des versements (1), en se fondant surtout sur ce que la faillite, la mise en liquidation judiciaire ou la déconfiture entraînant la déchéance du terme, les obligataires auraient le droit de réclamer immédiatement ce qu'ils verseraient. Nous ne croyons pas cette opinion exacte. Elle méconnaît l'intérêt des créanciers autres que les obligataires ; elle ne serait juste que si les événements dont il s'agit entraînaient la résolution des contrats faits par le débiteur.

569. *Des intérêts dûs aux obligataires*. — L'intérêt stipulé au profit des obligataires peut-il être d'un taux quelconque ? Avant la loi du 12 janvier 1886, qui a admis la liberté de l'intérêt en matière de commerce, cette question était agitée pour les obligations émises soit par les sociétés commerciales, soit par les sociétés civiles. Depuis la loi du 12 janvier 1886, elle ne peut plus l'être que pour

(1) Trib. civ. Seine, 26 juill. 1889 et 6 déc. 1889, *Revue des sociétés*, 1889, p. 509 et 1890, p. 427. Cpr. 6 janv. 1885, 2 fév. 1887, 10 mai 1887, S. 1888. 1. 57 ; *Pand. fr.*, 1887. 1 257.

les obligations émises par les sociétés de commerce antérieurement à cette loi ou pour les obligations émises par les sociétés civiles même postérieurement.

Pour ne pas appliquer les lois limitatives du taux de l'intérêt (L. 3 septembre 1807, L. 19 décembre 1850) aux obligations émises par les sociétés et remboursables en un long terme par voie de tirage au sort, on a allégué que l'emprunt fait de cette façon est un prêt aléatoire. C'est la solution de la jurisprudence et c'est sur cet argument qu'elle se fonde (2).

Il y a là une solution inexacte déduite d'une fausse conception de ce qui fait le caractere aléatoire du prêt. Il est certain que le prêt aléatoire échappe à la limitation légale du taux de l'intérêt. Ce principe a toujours été appliqué aux intérêts du prêt à la grosse (1) et aux arrérages des rentes viagères (art. 1976, C. civ.). Mais qu'est-ce qu'un prêt aléatoire ? Ce n'est pas, comme on peut l'entendre parfois dans l'usage, un prêt dans lequel le prêteur court des risques particulièrement grands à raison de l'insolvabilité possible de l'emprunteur. C'est un prêt dans lequel la créance du prêteur peut cesser d'exister en tout ou en partie, par suite de la réalisation d'un événement incertain (2). Le prêt fait par les obligataires n'a pas de caractère aléatoire, en ce dernier sens qui est le seul juridique ; les obligataires sont seulement exposés à perdre, par suite des mauvaises affaires de la société d'autant plus à redouter parfois que la période du remboursement est plus longue (n° 570). Mais les mauvaises affaires produisent un obstacle de fait à l'exercice des droits des obligataires, elles ne font pas disparaître la créance elle-même.

(2) Douai, 24 janv. 1873, S. 1873. 2. 244 ; *J. Pal.*, 1873. 1056 ; D. 1874. 2. 203 ; Lyon, 8 août 1873, S. 1874. 2. 105 ; *J. Pal.*, 1874, 473 ; Cass., 18 avril 1883, S. 1883. 1. 361 ; *J. Pal.*, 1883, 929 (note de Ch. Lyon-Caen) ; D. 1884. 1. 25.

(1) V., sur les intérêts, dans le prêt à la grosse, *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1535. Ce principe a été aussi admis en Droit romain, sauf, cependant, à l'époque de Justinien. V. L. 5, Dig. XXII, 2, *De nautico fœnore* ; L. 26, Code, IV, 32.

(2) P. Pont, *Petits contrats*, I, n° 285 ; Aubry et Rau (4e édit.), IV, § 396, p. 608, texte et note 32.

La solution que nous adoptons est bien conforme au principe qui sert de base aux lois limitatives du taux de l'intérêt. Le législateur qui n'admet pas la liberté en cette matière, ne veut pas que l'intérêt soit proportionné, au moins au delà d'un certain taux, aux chances d'insolvabilité que court le créancier. On conçoit qu'il déroge à cette règle quand le risque est celui de la perte même de la créance, c'est là un cas bien tranché. Mais on ne concevrait pas que la liberté de l'intérêt fût admise, par cela seul que les risques d'insolvabilité sont exceptionnels ; on ouvrirait autrement la porte à des solutions arbitraires. Le départ entre les cas où il en est ainsi et ceux où les risques sont normaux serait impossible à fixer d'une façon précise (1).

570. Du remboursement ou amortissement. Des primes et des lots. — Les obligations ne sont pas remboursables d'ordinaire toutes ensemble et à une même date, mais elles doivent être toutes remboursées en un certain nombre d'années, en 50, 75, 99 ans, par exemple et, dans l'usage, un tirage au sort opéré par les représentants de la société détermine, une ou plusieurs fois chaque année, les obligations à rembourser. Ainsi, l'on peut dire que les créances de chacun des obligataires sont à terme incertain (2).

La somme à rembourser est, en principe, comme dans tout prêt, la somme prêtée elle-même. Mais souvent, afin d'attirer plus sûrement les capitalistes à souscrire des obligations, des avantages pécuniaires spéciaux leur sont accordés en dehors du paiement des intérêts ; ces avantages sont les *primes* et les *lots* (3).

La société s'engage souvent à rembourser, pour chacune des obligations, une somme supérieure à celle qui a été versée, mais égale pour toutes. Dans ce cas, la somme versé est le *taux d'émission ;* la différence entre le *taux d'émission* et la somme à rembourser est la

(1) Dans le système actuellement seul pratiqué, le taux del'intérêt est fixe pendant toute la durée du service de l'emprunt. Un savant et ingénieur financier a proposé un système d'obligations à intérêts progressifs. V. Neymarck, dans la *Revue des sociétés*, 1905, p. 47 et suiv.; p. 466 et suiv.

(2) V. note 3 de la page 493.

(3) V. sur toutes les questions se rapportant aux obligations à primes ou à lots, Henri Lévy-Ulmann, *Des obligations à primes et à lots*, (1895).

prime appelée parfois *prime de remboursement* ou *prime d'amortissement*. La somme à rembourser est appelée soit *capital nominal* parce qu'elle ne correspond pas à un versement réellement opéré soit *pair*, Ainsi, des obligations sont émises moyennant un versement de 450 fr. et sont toutes remboursables, dans un ordre fixé par le sort, à 500 fr. La somme de 450 fr. est le *taux d'émission ;* celle de 500 fr. le *capital nominal* ou le *pair* de chaque obligation et *la prime* est de 50 fr. Le cours des obligations est *au pair*, *au dessus* ou *au dessous du pair*, selon que le prix d'achat des obligations est égal, supérieur ou inférieur au capital nominal ou pair.

Il va de soi que les obligataires dont les obligations sortent aux tirages au sort des premières années du délai sur lequel se répartissent les remboursements, sont, en principe, plus favorisés que ceux dont les numéros ne sortent que dans les dernières années(1). Mais, matériellement, tout au moins, la somme remboursée pour chaque obligation est la même.

Le *lot* se distingue nettement de la *prime*. C'est un avantage attribué, non pas à toutes les obligations, mais à celles que la voie du sort déterminera à l'exclusion des autres. Il consiste dans une somme plus ou moins importante à payer aux porteurs de ces obligations. Ainsi, les porteurs d'obligations dont les numéros sortent les premiers aux tirages qui se font une ou plusieurs fois par année, ont droit à une somme de 100.000 fr., de 50.000, de 10.000 fr., par exemple. Ces dernières sommes sont des lots, non des primes. Les lots, à la différence des primes, créent des inégalités entre les obligataires quant à la somme qui leur est payée, par cela même qu'ils ne sont pas gagnés pour toutes les obligations.

On conçoit que des primes ou des lots soient, à l'exclusion les uns des autres, stipulés au profit des obligataires. Il y a des obli-

(1) L'idée émise au texte n'est pas toujours exacte. Car, lorsque le taux de l'intérêt s'abaisse, les obligations ont un certain avantage à n'être pas remboursés ; ils ne pourraient tirer de la somme remboursée, en la plaçant à nouveau, qu'un intérêt inférieur à celui qu'ils en tiraient avant le remboursement. C'est même là ce qui explique que, durant les dernières années, des sociétés ont cherché à rembourser toutes leurs obligations avec primes avant les dates fixées, tandis que les obligataires ont souvent résisté à ce remboursement anticipé. V. nº 579.

gations à primes sans lots, telles sont celles des compagnies de chemins de fer (1). Mais, souvent, les lots réservés à quelques obligations n'excluent pas les primes pour les autres. Ainsi, les obligations de la société du Crédit foncier de France sont à la fois à primes et à lots (2).

571. Les sociétés qui ont émis des obligations, ont de ce chef à supporter deux charges ; elles doivent chaque année : 1° payer les intérêts dûs aux obligataires ; 2° pourvoir à l'amortissement des obligations à rembourser. Cet amortissement comprend les primes et les lots, quand des avantages de cette sorte sont attachés aux obligations.

La loi, par cela même qu'elle garde le silence sur la question, laisse aux sociétés la faculté de répartir l'amortissement des obligations comme bon leur semble. Ainsi, il peut se faire que le nombre des obligations à amortir durant les premières années qui suivent l'emprunt, soit plus grand que durant les suivantes ou qu'au contraire, le nombre aille en augmentant progressivement ou que, chaque année, le nombre des obligations à amortir soit le même.

Le procédé le plus simple et le meilleur est celui qui consiste à affecter chaque année une même somme à ce service des emprunts comprenant à la fois les intérêts et l'amortissement. Avec ce procédé le nombre des obligations amorties annuellement va en augmentant ; en effet, la somme à consacrer chaque année au paiement des intérêts diminue à mesure que des obligations sont amorties et ainsi, une somme plus forte peut être consacrée à l'amortissement, sans que l'annuité totale consacrée au service de l'emprunt soit, pour cela, augmentée.

La *loi belge* du 18 mai 1873 sur les sociétés (art. 68) rend le dernier procédé obligatoire, en disposant que « le montant de « l'annuité comprenant l'amortissement et les intérêts doit être le « même pour toute la durée de l'emprunt (3) ». V. n° 578.

(1) Les rentes 3 p. 0/0 amortissables sur l'Etat français ne sont, en réalité, que des obligations à primes. V. n° 563 *a*.

(2) Il en est de même des obligations de la Ville de Paris.

Il faut consulter les cahiers des charges des emprunts, pour savoir si le capital nominal doit être ou non remboursée en sus du lot.

(3) Namur, *op. cit.*, II, n°s 1158 et 1160 ; Guillery, II, n° 815.

572. La création d'obligations à primes ou à lots a donné naissance à deux difficultés légales célèbres. 1° L'émission de ces obligations n'est-elle pas contraire à la loi du 3 septembre 1807 qui limite le taux de l'intérêt ? 2° Viole-t-elle la loi du 21 mai 1836 qui prohibe les loteries ?

La question relative à la loi du 3 septembre 1807 ne peut plus se poser, en ce qui concerne les obligations émises, depuis la loi du 12 janvier 1886, par les sociétés de commerce, par cela même que cette dernière loi a rendu l'intérêt conventionnel libre en matière de commerce, Mais, comme cette loi ne dispose que pour l'avenir, la question pourrait encore s'élever pour les obligations à primes émises antérieurement. La question se présente encore pour les sociétés civiles, puisqu'en matière civile, la loi du 3 septembre 1807 qui fixe à 5 0/0 le maximum de l'intérêt conventionnel, n'a point été modifiée (1). Cpr. n° 569.

L'intérêt de la controverse est grand. L'émission d'obligations à primes ou à lots, si elle est contraire à la loi de 1807 ou à celle de 1836, ne peut avoir lieu licitement qu'en vertu d'une loi spéciale. Sinon, ceux qui procèdent à une émission de cette nature, sont passibles des peines édictées par ces lois contre l'usure ou contre l'émission d'une loterie prohibée et les obligataires ne peuvent réclamer ni les primes ni les lots promis.

573. On a soutenu que l'émission d'obligations à primes constitue une violation de la loi du 3 septembre 1807 (2) et a, par conséquent, le caractère usuraire, dès l'instant où, en réunissant la prime ou le lot au montant des intérêts, on constate que les obligataires ont touché plus de 5 0/0 (3) ou de 6 0/0 (4) des sommes par eux prêtées. On a dit en ce sens que les obligataires sont des prê-

(1) Ce cas ne peut se présenter que fort rarement. Car l'émission d'obligations n'est guère faite que par des sociétés par actions, et les sociétés par actions constituées depuis la loi du 1er août 1893 sont des sociétés de commerce, quel que soit leur objet (art, 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867).

(2) P. Pont, *Petits contrats*, I, n° 286, sur l'article 1907, C. civ.

(3) Cas d'emprunt fait par une société civile.

(4) Cas d'emprunt fait par une société de commerce avant la loi du 12 janvier 1886.

teurs, que, comme tels, ils ne peuvent toucher un intérêt supérieur au taux maximun fixé par la loi.

Selon nous, la prime (ou le lot) réunie à l'intérêt annuel peut donner aux obligations une rémunération dépassant le taux légal de l'intérêt, sans que, par cela même, la loi de 1807 soit violée. Nous sommes d'accord, au moins en principe à cet égard, avec la jurisprudence (1). Mais nous ne saurions invoquer l'argument le plus ordinaire sur lequel se fondent les arrêts et les jugements, quand ils allèguent que l'emprunt est aléatoire à raison du long délai sur lequel les remboursements sont répartis et de l'emploi du tirage au sort pour déterminer les obligations à rembourser. Il a été dit précédemment (n° 569) que le prêt aléatoire est seulement le prêt dans lequel un événement futur et incertain, en se réalisant, entraîne l'extinction de la créance du prêteur et que le prêt dont il s'agit ici est bien un prêt dans lequel souvent les obligataires courent de grands risques, sans qu'aucun événement puisse entraîner la perte de la créance elle-même.

Si les emprunts à primes et à lots ne sont pas usuraires, en principe, c'est que les motifs de la loi limitative du taux de l'intérêt ne s'y appliquent pas, en général. Le législateur a voulu protéger l'emprunteur. Il est, par suite, naturel de rechercher, non ce que reçoit le prêteur, mais ce que paie l'emprunteur à titre d'intérêt. Or, quand les obligations sont émises avec primes ou avec lots, l'intérêt payé aux obligataires est, en général, inférieur au taux maximum fixé par la loi. La société conserve la différence pour l'employer aux affaires sociales ou la capitaliser : elle peut ainsi constituer les sommes nécessaires aux primes et aux lots, sans avoir en définitive, à payer plus que si elle servait intégralement aux obligataires l'intérêt à 6 0/0 de leurs versements.

Mais ce motif même implique que l'on ne saurait décider, comme le fait la jurisprudence, en alléguant le caractère aléatoire de l'opération, que l'emprunt n'est jamais usuraire. Il l'est, selon nous, quand

(1) Douai, 24 janv. 1873, S. 1873, S. 1873. 2. 244 ; *J. Pal.*, 1873. 1056 ; Lyon, 8 août 1873, S. 1874. 2. 105 ; *J. Pal.*, 1874. 473 ; Trib. comm. Seine, 20 janv. 1882, *le Droit*, n° du 21 juin 1882.

l'écart entre le taux d'émission et le capital nominal est tel qu'en réunissant les primes au montant de l'intérêt ou en tenant compte de l'importance des lots, la société supporte pour la totalité de l'emprunt une charge dépassant le taux maximum de l'intérêt du capital versé.

Il y a là une recherche qui peut être difficile pour les tribunaux (1). Grâce à la loi du 12 janvier 1886, le nombre des cas où elle doit être faite, a été beaucoup réduit (n° 572).

574. Les émissions d'emprunts à lots ou à primes ne constituent-elles pas des loteries et ne sont-elles pas, par suite, prohibées en vertu de la loi du 21 mai 1836 ?

Cette loi décide que *les loteries de toute espèce sont prohibées* (art. 1) ; puis, donnant au mot *loterie* un sens très compréhensif, elle répute loteries et interdit comme telles (art. 2)... *généralement toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.*

L'émission d'obligations à lots a bien les caractères de ces opérations réputées loteries (2), mais il n'en est pas de même de l'émission des obligations à primes (3).

Dans une loterie, il y a des personnes en nombre limité qui réalisent un gain souvent même très important. En matière d'obligations à primes, tous les obligataires réalisent un gain et sont remboursés pour une même somme (4). On peut bien dire sans doute dans un sens large qu'il y a une opération aléatoire, parce que les dates de remboursement sont fixées par voie de tirage au sort. Mais ces tirages fixent seulement les époques où le gain résultant des primes est réalisé pour chaque obligation (5). Ainsi, l'émission

(1) Quand l'intérêt à lui seul atteint le taux maximum, le caractère usuraire de l'opération n'est pas douteux pour nous. La jurisprudence, au contraire, la considère comme licite. V. n° 569.

(2-3) Ch. crim., 14 janv. 1876, S. 1876. 1. 433 ; *J. Pal.*, 1876. 1091 : D. 1876. 1. 185.

(4-5) Mais il faut reconnaître que le gain des obligataires peut varier beaucoup selon que le remboursement se fait au début ou à la fin de la période d'amortissement. D'un côté, il est plus avantageux pour un créancier d'être remboursé plus tôt. D'un autre côté, l'élévation du cours des valeurs mobilières qui correspond à une diminution du taux de l'intérêt de

d'obligations à primes n'a pas les inconvénients moraux que présentent la loterie en surexcitant le désir du gain et en procurant la richesse sans travail. En fait, du reste, la prime n'a qu'une importance restreinte, elle ne constitue jamais, comme le lot, une fortune pour celui auquel elle échoit.

575. La solution qui vient d'être admise doit-elle être maintenue même dans le cas où les obligations à primes ne produisent pas d'intérêts annuels (n° 576 *in fine*), mais procurent seulement l'avantage d'un remboursement supérieur aux taux d'émission ? On a soutenu qu'en pareil cas, l'absence d'un intérêt payé aux obligataires prouve qu'il n'y a pas eu un véritable placement (1). Mais en revanche, on a prétendu que l'émission d'obligations à lots elle-même est licite lorsque l'intérêt servi pour le capital prêté est supérieur à la portion des bénéfices réservés pour être distribués en lots par voie de tirage au sort (2). Cette opinion est séduisante (3) et peut être défendue au point de vue législatif (4). Elle ne saurait être admise dans le silence de nos lois. Qu'importe, quand il s'agit de primes, que les obligataires n'aient pas droit à un intérêt ? l'égalité des primes doit faire exclure l'idée de loterie (n° 573). Qu'importe, qu'il y ait un intérêt payé aux obligataires lorsqu'il s'agit de lots ? Malgré cet intérêt, l'opération réunit les caractères de celles que la loi du 21 mai 1836 (art. 2) répute des loteries.

576. Des émissions d'obligations à lots ont été à diverses reprises autorisées par le législateur pour écarter d'une façon certaine

d'argent, restreint le bénéfice résultant du remboursement avec prime, à raison de ce que l'obligataire est obligé d'employer une somme plus forte, supérieure à la somme remboursée pour conserver un revenu égal à celui qu'il tirait de l'obligation.

(1-2) Cette doctrine paraît avoir été celle du gouvernement sous le second Empire. V. ci-après, note 3, p. 488. Nons nous y étions ralliés dans la première édition de cet ouvrage publiée sous le titre de *Précis de Droit commercial*, I, n° 378, p. 186.

(3) Elle a été consacrée par la Cour de Paris dans un arrêt du 25 mars 1870, S. 1870. 2. 313 ; *J. Pal.*, 1870. 1166 ; *Pand. fr. chr.* Cet arrêt admet qu'il y a loterie dans l'émission d'obligations émises à 87 francs et remboursables toutes en 60 ans à 150 francs, mais non productives d'intérêt.

(4) V. ci-après, note 3, p. 488.

l'application qu'on aurait dû y faire de la loi du 21 mai 1836 (1). Il en a été ainsi pour le Crédit foncier de France (2), en 1868 pour un emprunt de la Compagnie du canal de Suez (3), en 1888 pour un emprunt de la Compagnie du canal de Panama (4).

Les lois qui autorisent des émissions d'obligations à lots, indiquent d'ordinaire le taux de l'intérêt qui devra être attaché à chaque obligation, la somme annuelle à affecter aux lots, le délai du remboursement etc..., c'est-à-dire les principales conditions de l'emprunt.

Les émissions d'obligations à lots ou à primes sans intérêts sont rares. Une loi a autorisé les villes de Tourcoing et de Roubaix à émettre des obligations avec lots sans intérêts (5). Une autorisation semblable a été donné au liquidateur de la Compagnie du canal de Panama par la loi du 15 juillet 1889, afin qu'à l'aide du produit des obligations émises avec lots et primes, il pût se procurer les sommes nécessaires à la conservation des travaux du canal inachevé (6).

577. Si l'on admet que l'émission d'obligations à lots est une loterie tombant sous le coup de la loi du 21 mai 1836 et si l'émission d'obligations de cette nature a été autorisée, on a à se prononcer sur le caractère des ventes de ces obligations (7). Ces obli-

(1) Il est à souhaiter que ces lois d'autorisation soient très rares. Elles ont un grand inconvénient ; sans doute il est toujours soigneusement déclaré que l'Etat n'est pas garand de l'emprunt ainsi autorisé ; mais, à défaut de garantie réelle ou pécuniaire, il y a, tout au moins, là une sorte de garantie morale donnée par l'Etat.

(2) Décret-Loi du 28 mars 1852, article 1-2° et D. 21 déc. 1853.

(3) L. 4 juillet 1868. — A l'occasion de cette loi, on discuta sur le point de savoir si l'emprunt à lots constitue une loterie. L'opinion du gouvernement était négative. Il admettait que la loi de 1836 est étrangère au cas où les lots se rattachent à un placement sérieux. V. Duvergier, *Collection complète des lois*, 1868, p. 232 et suiv. Mais il avait proposé le projet de loi portant autorisation, afin d'écarter la controverse qui a toujours divisé les jurisconsultes sur la question.

(4) L. 8 juin 1888.

(5) L. 16 juillet 1860.

(6) V. dans l'*Économiste français*, (n° du 8 mars 1890) un article de H. Martin, intitulé : *Le système des valeurs à lots*.

(7) Ce qui est dit des obligations à lots serait vrai aussi des obliga-

gations à lots sont assurément dans le commerce et, par suite, peuvent être vendues, comme les obligations auxquelles ne sont pas attachées des chances de lots. Mais, à raison même de ces chances, les vendeurs recourent parfois à des combinaisons diverses pour y faire participer un grand nombre de personnes et attirer les acheteurs. Ces combinaisons sont licites, pourvu qu'elles ne modifient pas les conditions dans lesquelles l'émission des obligations a été autorisée. Ainsi, la vente de ces obligations à une ou à plusieurs personnes, de façon à ce que les acheteurs acquièrent en même temps le droit aux intérêts et le droit aux lots, est licite. Peu importe même que le prix doive être payé en un nombre de termes plus ou moins grand et qu'il excède le cours de la Bourse ; ce cours n'est pas obligatoire. Ces ventes avec prix payable par fractions, appelées parfois dans l'usage *ventes à tempérament de valeurs à lots*, peuvent sans doute donner lieu à des abus, en attirant trop aisément des acheteurs peu fortunés qui paient un prix excessif. A défaut de loi spéciale, le principe de la liberté des conventions s'appliquait à ces ventes (1). Une loi du 12 mai 1900 qui a pour *objet de réprimer les abus commis en matière de ventes de valeurs de bourse*, a réglementé ces ventes (2). Elle s'applique, en fait, surtout aux ventes d'obligations à primes ou à lots. Dans plusieurs Etats étrangers, une loi analogue existe même pour les ventes de toutes les choses mobilières moyennant un prix payable par parties (3).

Il ne faut pas oublier que les lois qui autorisent les valeurs à lots,

tions à primes si l'on admettait que l'émission d'obligations à primes constitue également une loterie dans le sens de la loi de 1836.

(1) Cass. crim., 29 janv. 1887, S. 1887. 1. 238 ; *J. Pal.*, 1887. 1. 558 ; D. 1887. 1. 463 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 317 ; Cass., 8 juin 1888, D. 1888. 489 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 302. — Léchopié, *De la vente à crédit des valeurs à lots* (*Revue des sociétés*, 1885. p. 433 et suiv.). V., pourtant, Mack, *De la négociation à crédit des valeurs à lots.*

(2) V., sur la loi du 12 mai 1900, *Traité de Droit commercial*, IV, n° 999 *bis*.

(3) V. Loi *allemande* du 16 mai 1894 sur les ventes à tempérament (*Abzahlungsgeschaefte*) (*Annuaire de législation étrangère* 1895, p. 226 et suiv.) et loi *autrichienne* du 27 avril 1896 sur les ventes à tempérament (*Ratengeschaefte*) (*Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 248 et suiv.).

fixent les taux d'émission, le capital des titres, le montant et le nombre des lots, les autres avantages promis aux souscripteurs (intérêt à un certain taux). Toute personne qui offre au public des opérations sur des valeurs à lots dont l'émission même a été régulièrement autorisée, organise une loterie dans le sens de l'article 2 de la loi du 21 mai 1836, si elle modifie les conditions essentielles dans lesquelles l'émission a été permise. Etablir une loterie, ce n'est pas seulement créer une loterie nouvelle, c'est aussi offrir au public la possibilité de prendre part à une loterie préexistante dûment autorisée, mais après avoir modifié les conditions approuvées par l'autorité compétente. Aussi a-t-il été justement admis qu'il y a organisation d'une loterie non autorisée quand les chances de lots sont séparées du droit aux intérêts définitivement ou pendant un certains temps (1) ou quand des avantages spéciaux sont ajoutés par le vendeur aux chances de gains inhérentes aux obligations (2).

Mais des difficultés assez nombreuses s'élèvent sur le point de savoir si, dans certains cas, il y a réellement séparation du droit aux intérêts et du droit aux chances de lots. Elles se présentent notamment à l'occasion des mises en vente d'obligations à lots faites par des établissements de crédit avec stipulation que l'établissement les reprendra après le tirage pour un prix différent ou avec stipulation qu'après le tirage, l'acheteur pourra se délier du contrat en abandonnant une portion du prix déjà payé par lui. Une vente faite dans ces conditions a été parfois considérée comme équivalant à la vente d'un billet de loterie dont le montant est égal à la différence entre le prix de la vente et le prix du rachat ou à la somme dont l'abandon est possible. Des poursuites correctionnelles ont parfois été exercées à raison de ces opérations. Elles nous semblent

(1) Cass. crim., 10 février 1866, S. 1866. 1. 340 ; *J. Pal.*, 1866. 913 ; D. 1866. 1 281 ; Cass. crim., 29 janv. 1887, S. 1887. 1. 238 ; 9 déc. 1887. D. 1888. 1. 492 ; *Pand. fr.*, 1888. 1. 317.

(2) Cass. crim., 24 mars 1886, S. 1866. 1. 340 ; *J. Pal.*, 1866. 914; Cass., 8 juill. 1882, S. 1883. 1. 233 ; *J. Pal.*, 1883. 549 ; D. 1883. 1. 89 ; *Pand. fr. chr.*; Limoges, 1er mai 1884, S. 1885. 2. 32 ; *J. Pal.*, 1885. 208 ; Nancy, 1er avril 1886, D. 1886. 2. 231 ; Nancy, 1er déc. 1886, S. 1887. 2. 54 ; *J. Pal.*, 1887. 1. 331. — Consulter, sur les différentes combinaisons adoptées dans les ventes d'obligations à lots, H. Lévy-Ullman, *op. cit.*, nos 226 à 275.

licites ; elles constituent soit une vente et une revente, soit une vente avec faculté de dédit équivalant à une vente à prime (1).

578. Droit étranger (2). — Des lois étrangères assez nombreuses ont résolu la question de la légalité des emprunts à primes et à lots sans s'accorder sur la solution à lui donner.

En *Allemagne*, en *Autriche* et en *Hongrie*, les emprunts à lots ne sont pas, en principe, admis. D'après la loi *allemande* du 8 juin 1871 (3), il ne peut être émis des obligations *à lots* qu'en vertu d'une loi de l'Empire et pour les emprunts faits par l'Empire ou par État allemand. Cette loi ne vise que les obligations *au porteur*, elle est donc sans application aux obligations nominatives. En *Autriche*, l'émission d'obligations à lots ne peut, selon une loi du 28 mars 1899 (4), avoir lieu qu'en vertu d'une loi et dans un but d'intérêt public. Une loi *hongroise* de la même année (loi IX) (5) pose la même règle.

La législation *belge* n'admet pas les *lots*, elle les prohibe implicitement par cela même qu'elle exige que toutes les obligations soient remboursées pour la même somme, mais elle autorise les emprunts *à primes* faits par les sociétés par actions, pourvu qu'ils réunissent un certain nombre de conditions. D'après la loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 68), les obligations émises par les sociétés et remboursables à un taux supérieur au prix d'émission, doivent rapporter 3 p. 100 d'intérêt au moins, être toutes remboursables pour la même somme, puis, le montant de l'annuité comprenant les intérêts et l'amortissement, doit être le même pendant toute la durée de

(1) V., cependant, jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 22 juin 1899, *Pand. fr.*, 1899. 2. 265 ; (*La Loi*, n° du 27 juin 1899).

(2) M. Kostaki Epureano a publié une intéressante étude sur les emprunts à primes et à lots au point de vue moral, financier et légal. Cette étude a paru en roumain et en français dans le journal roumain, *Curierul financiar*, nos 39 à 43 de 1884. V. aussi Henri Lévy-Ullman, *Des obligations à primes et à lots*.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1872, p. 267 et 268 (traduction de M. Lederlin).

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 327 (traduction de M. Louis Thévenet).

(5) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 384.

l'emprunt (1). Le Code de commerce *japonais* (art. 202) veut aussi, quand la somme à rembourser dépasse le taux d'émission, que cette somme soit la même pour toutes les obligations.

579. Le remboursement des obligations avec ou sans primes, avec ou sans lots, a lieu aux époques fixées par avance dans le cahier des charges de l'emprunt, de façon à ce que toutes soient remboursées dans le délai fixé pour l'amortissement complet de l'emprunt. La société peut vouloir se libérer antérieurement ; elle y a quelquefois grand avantage. Le taux de l'intérêt de l'argent va en s'abaissant d'une façon continue. Une société trouve parfois trop élevé l'intérêt qu'elle paie aux obligataires et elle aurait profit à les rembourser avec des sommes qu'elle emprunterait à un intérêt moins élevé. Elle veut alors avancer le remboursement. Le plus souvent, elle laisse, dans ce cas, aux obligataires la faculté d'échanger leurs obligations primitives contre d'autres obligations produisant un intérêt moins élevé que celui qu'ils recevaient précédemment. C'est l'opération connue sous le nom de *conversion*. Une société a-t-elle donc le droit d'imposer le remboursement anticipé des obligations (2) ?

On ne saurait, pour résoudre cette question, se prévaloir des conversions de rentes faites à diverses époques par l'État et dont la

(1) Les questions relatives aux obligations à primes et à lots avaient été résolues par le projet de loi sur les sociétés adopté par le Sénat le 29 novembre 1884. Ce projet admettait un système presque semblable à celui de la loi *belge* : d'après l'article 75 de ce projet de loi, « les sociétés ne peuvent « émettre d'obliga- tions remboursables par voie de tirage au sort à un « taux supérieur au prix d'émission qu'à la condition que ces obligations « rapportent 3 p. 100 d'intérêt au moins et que toutes soient remboursa- « bles pour la même somme ».

Le Congrès des sociétés par actions tenus à Paris en 1889 s'est borné à émettre l'avis que les obligations peuvent être remboursables à un taux supérieur à celui de l'émission.

Le projet de loi sur les obligations (art. 1) déposé à la Chambre des députés en 1903 et 1906 admet aussi les obligations à primes, à l'exclusion des obligations à lots.

(2) Il est évident que la possibilité d'une conversion implique le droit de remboursement anticipé. Car, en cas de conversion, l'option est laissée aux obligataires entre le remboursement au pair de leurs obligations ou la remise d'obligations nouvelles.

légalité n'est pas contestable (1). Les rentes auxquelles les conversions se sont appliquées, sont perpétuelles, et les rentes perpétuelles sont, d'après le Code civil (art. 530 et 1911), essentiellement rachetables, c'est-à-dire que le capital peut en être remboursé par le débirentier, nonobstant toute convention contraire (2).

Les obligations des sociétés sont des créances exigibles à terme (3). Aussi faut-il appliquer aux obligations émises par les sociétés les règles générales sur le paiement anticipé des dettes à terme. Ces règles sont les mêmes en matière commerciale qu'en matière civile (4) ; mais elles laissent une certaine place à l'interprétation et, par suite, il y a désaccord sur le point de savoir si le remboursement anticipé des obligations peut être imposé aux obligataires. Le doute n'existe qu'autant qu'aucune clause n'admet ou n'exclut expressément, dans les conditions de l'emprunt, le remboursement anticipé, car il n'y a, en cette matière, aucune règle impérative (5).

(1) V. Raphaël-Georges Lévy, *Des conversions de rentes*.

(2) Mais les rentes 3 p. 100 amortissables sur l'État étant de véritables obligations à primes, la question du remboursement anticipé pourrait être posée pour elles, si, lors de la création de ces rentes, il n'avait été entendu qu'elles ne seraient pas convertibles, ce qui exclut la possibilité d'un amortissement anticipé. On lit dans l'exposé des motifs du projet de loi en vertu duquel la rente 3 p. 100 amortissable a été créée : « La seule différence qui pourra subsister entre cette rente nouvelle et les autres rentes « émises par l'État, c'est que les rentes 3, 4, 4 1/2 et 5 p. 100 sont rachetables, remboursables et convertibles, tandis que la nouvelle rente sera « amortissable par tirages annuels, mais ne sera pas convertible. » Cependant, au mois de juillet 1897, on avait répandu le bruit qu'un projet de conversion de la rente 3 p. 100 amortissable allait être déposé par le Ministre des finances.

(3) Le terme est *certain*, quand on se place au point de vue de la société débitrice qui rembourse chaque année un nombre d'obligations fixé par avance. Le terme est *incertain*, quand on se place au point de vue des obligataires. Ils ne savent pas par avance l'époque précise où leurs obligations seront remboursées ; cela dépend des tirages au sort. Il y n'a du reste, là qu'une distinction purement théorique.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 37.

(5) Pour les obligations du Crédit foncier de France, le droit de se libérer par anticipation est consacré expressément par le décret sur les sociétés de crédit foncier du 28 février 1852 (art. 10). V. Trib. civ. Seine, 15 février 1893, *Pand. fr.*, 1893. 2. 345 *le Droit*, n° du 18 février 1893 ; Trib. comm. Seine, 27 juin 1898 (*la Loi*, n° du 12 juillet 1898). Il y a aussi

On a soutenu que le remboursement anticipé peut être imposé aux obligataires, en invoquant la règle selon laquelle le terme est réputé stipulé en faveur du débiteur, qui, par suite, a la faculté d'y renoncer (art. 1187, C. civ.) (1). Mais cette solution n'est pas exacte ; le remboursement anticipé n'est pas d'ordinaire possible, selon nous, contre la volonté des obligataires (2). La règle qu'on invoque n'est pas absolue ; l'article 1187, C. civ., lui-même y apporte des restrictions ; il indique qu'elle doit être écartée quand il résulte de la stipulation ou des circonstances que le terme a été aussi stipulé dans l'intérêt du créancier. Or, le plus souvent, dans les emprunts faits par les sociétés par voie d'émission d'obligations, les circonstances sont de nature à prouver qu'il en est ainsi. Le remboursement réparti sur un grand nombre d'années doit se faire par parties successives à des époques fixes que détermine un tableau d'amortissement presque toujours reproduit sur les titres d'obligations. Un intérêt est attaché aux obligations. Les obligataires ont, en présence de l'abaissement du taux de l'intérêt qui semble se produire en vertu d'une sorte de loi naturelle et de l'élévation du cours des obligations

des obligations des grandes compagnies de chemins de fer qui ont été stipulés non remboursables par anticipation.

(1) Bordeaux, 21 août 1877, S. 1880. 1. 109 ; *J. Pal.*, 1880. 245. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en reconnaissant que la Cour de Bordeaux avait pu juger souverainement que le terme n'avait pas été stipulé dans l'intérêt du créancier. — V. Cass., 29 juill. 1879, S. 1880. 1. 109 ; *J. Pal.*, 1880. 245 ; Cour de Bruxelles, 18 fév. 1888, *Pandectes belges périodiques*, nos 572 à 575. V., dans la *Revue pratique des sociétés*, 1890, p. 215 et suiv., un article de M. de Brabandère, intitulé *Du remboursement anticipatif des obligations à primes*. — On peut lire sur la question une thèse de doctorat de M. Siegfried Freund soutenue devant la Faculté de droit de Berlin en 1888, sous le titre suivant : *Vorzeitige Rückzahlung und einseitige Conversion von verzinslichen Anlehn*.

(2) Nancy, 10 juill. 1882, D. 1883 2. 165 ; S. 1883. 2. 237 ; *J. Pal.*, 1883. 1208 ; Toulouse, 7 déc. 1897, S. et *J. Pal.*, 1898. 2. 78 ; Trib. comm. Bruxelles, 20 fév. 1888, *Pandectes belges périodiques*, n° 576 ; Tribunal fédéral suisse, 1er mars 1890, *le Droit financier*, 1891, p. 155 et suiv. ; S. 1891. 4. 1 ; *J. Pal.*, 1891. 2. 1. Il s'agissait, dans l'espèce sur laquelle a statué le tribunal suisse, d'un emprunt fait par le canton du Valais. Le tribunal a refusé d'admettre le remboursement. V. aussi Cour d'appel de Bruxelles, 26 avril 1893, S. et *J. Pal.*, 1896. 4. 14 ; Trib. cantonal de Vaud, 16 mai 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 4. 6.

au-dessus du pair, le plus grand avantage à ne pas être remboursés avant terme. Il est à penser que les obligataires ont entendu que le terme obligerait la société débitrice elle-même (1).

Du reste, la question de savoir si le remboursement anticipé est possible est une question de fait qui, comme telle, échappe à la Cour de cassation (2).

580. Le remboursement anticipé, quand il est possible, s'opère très aisément quand il s'agit soit d'obligations remboursables au taux d'émission, soit d'obligations à primes. A moins de convention contraire, toutes les obligations doivent alors être remboursées au chiffre fixé. Mais l'existence de lots attachés aux obligations crée un embarras résultant de ce que certaines obligations à déterminer par voie de tirage au sort, échelonnées sur un grand nombre d'années, devaient jouir de ces avantages pécuniaires spéciaux. Il va de soi qu'à moins de clause formelle contraire (3), le remboursement anticipé ne saurait priver les obligataires des chances de gain des lots. Pour respecter ces chances, on peut procéder de différentes façons. Ainsi l'on peut opérer immédia-

(1) Beaucoup d'auteurs estiment, du reste, que, dans tout prêt à intérêt ou, tout au moins, dans le prêt à intérêt fait à long terme, le remboursement anticipé n'est jamais possible, contrairement à la volonté du prêteur. V. dans le premier sens, Aubry et Rau, IV (4e édit.), § 303, p 90, note 21 ; Larombière, *Traité des obligations*, II, art. 1187, n° 5 ; Colmet de Santerre, V. n° 110 *bis*. D'autres sont d'avis que la solution à donner en matière de prêt à intérêt doit, conformément à l'article 1187, C. civ., dépendre des circonstances : Demolombe, XXXV, n° 628.

(2) Cass , 21 avril 1896, S, et *J. Pal.*, 1897. 1. 481 ; *Pand. fr.*, 1896. 1. 325. Il s'agissait dans l'espèce du remboursement anticipé des obligations 5 p. 100 de la Compagnie des chemins de fer de l'Est que le Tribunal civil de la Seine et la Cour d'appel de Paris s'étaient refusés à admettre.

A ce propos il importe de remarquer que le remboursement anticipé des obligations des six grandes compagnies des chemins de fer intéresse l'Etat lui-même. Ce remboursement a lieu dans un but de conversion, pour diminuer la charge de l'intérêt et la diminution de cette charge, en restreignant les dépenses des compagnies, réduit les sommes à avancer par l'Etat à titre de garantie d'intérêt.

(3) Une clause de ce genre a été insérée dans le cahier des charges de l'emprunt fait en 1886 par la ville de Paris. Celle-ci a, en 1898, fait usage de la faculté qui lui était aussi réservée dans le but d'arriver à une conversion.

tement tous les tirages, sauf aux obligataires favorisés par le sort à ne toucher les lots qui leur sont échus qu'aux époques où ils auraient dû être payés sans le remboursement anticipé. On conçoit aussi qu'on délivre aux obligataires des titres spéciaux pour les lots qui leur sont échus : ils ont alors l'avantage de pouvoir les faire escompter (1) soit par d'autres personnes, soit, s'il le veut bien, par le débiteur lui-même.

Mais, de quelque manière qu'on s'y prenne, les tirages anticipés, en faisant connaître par avance les obligations qui bénéficient de lots, peuvent être la cause de grandes difficultés au point de vue du règlement des intérêts privés de ceux qui ont des droits sur les obligations (2).

581. Les dettes de la société qui a émis des obligations, peuvent devenir exigibles en vertu des principes généraux du droit. Il en est ainsi en cas de faillite ou de mise en liquidation judiciaire de la société, si elle est commerciale, ou de déconfiture de la société, si elle est civile (art. 1188, C. civ., art. 444, C. com, ; art. 8, L. 4 mars 1889). L'application de ce principe aux obligations n'offre aucune difficulté, lorsque les obligations sont remboursables au taux d'émission. Il va de soi que c'est pour le montant des sommes versées par eux et exigibles que les obligataires, comme tous autres créanciers, peuvent se présenter (3). Mais, lorsqu'il s'agit d'obligations à primes (et ce sont de beaucoup les plus nombreuses), une

(1) Les villes d'Anvers et de Bruxelles ont procédé de cette façon. V. *Economiste français*, n° du 30 octobre 1886, p. 359 et 360.

Un projet de remboursement anticipé des obligations d'un certain nombre d'emprunts de la ville de Paris, conçu de la même façon, a été écarté par le Conseil municipal (séance des 13 et 15 mai 1891), sans, du reste, que l'on ait objecté que le remboursement n'était pas légalement possible. V. la note ci-après.

(2) V. sur ce point un intéressant article de M. Edmond Villey, inséré dans *la Loi* (n° du 30 mai 1891) sous le titre suivant : *Les obligations de la ville de Paris peuvent-elles être converties ?*

(3) Nos lois n'admettent pas, comme certaines lois étrangères, que les créanciers dont les créances à terme sont ainsi rendues exigibles, ne peuvent se présenter dans la faillite ou la liquidation judiciaire qu'en faisant subir à leurs créances certaines déductions. V. *Traité de Droit commercial*, VII, n° 259 *bis*.

grave question se pose : les obligataires peuvent-ils demander à être colloqués pour le capital nominal de leurs obligations ? Ainsi, des obligations ont été émises à 400 francs et sont remboursables à 500 francs, La collocation doit-elle être de 500 francs pour chaque obligation ? Si elle n'est pas de 500 francs, doit-elle être seulement du taux d'émission, 400 francs ? La question offre un grand intérêt, soit pour les autres créanciers, soit pour la société et pour les actionnaires. Moins le taux de la collocation est élevé, plus le dividende des autres créanciers s'élève et plus il y a de chance qu'il reste à la société un excédent d'actif à distribuer entre les actionnaires.

On a vainement essayé de soutenir que la collocation ne doit être égale qu'au taux d'émission. Telle est bien sans doute, pour chaque obligation, la somme réellement prêtée ; mais, à moins de ne pas reconnaître la validité des émissions d'obligations à primes, on ne saurait dire que c'est aussi la somme due, et l'on ne peut faire abstraction de cette somme pour déterminer le montant de la collocation.

Des partisans de ce système ont été jusqu'à soutenir que, lorsqu'on se trouve en présence d'obligataires autres que les obligataires originaires, ayant, par suite, acheté leurs obligations, la collocation doit avoir lieu pour le prix d'achat seulement, s'il est inférieur au taux d'émission. Mais cela serait contraire à l'idée élémentaire selon laquelle les droits du cessionnaire d'une créance quant au montant de la somme qu'il a le droit d'exiger du débiteur, sont indépendants du montant du prix de la cession. En limitant les droits des obligataires au prix d'achat des obligations de chacun, on admettrait une sorte de retrait nouveau en dehors de ceux qu'ont établis nos lois (art. 841, 1408, 2e alin,, 1699 à 1701, C. civ.) (1).

(1) Les retraits, en ayant pour effet, quand ils sont exercés, l'éviction du cessionnaire retrayé, portent atteinte au principe de la liberté des conventions. Aussi ne doit-on pas admettre un retrait en dehors de ceux que que consacrent des dispositions légales. Les dispositions qui admettent des retraits, ne sont même pas susceptibles d'extension d'un cas à un autre. V. nº 496.

Ce système est avec raison repoussé par la jurisprudence (1). Le débat n'existe réellement qu'entre deux opinions, l'une qui admet la collocation pour le capital nominal (500 francs dans l'espèce indiquée), l'autre qui l'admet pour le taux d'émission augmenté d'une certaine somme, dont on a à fixer les bases, somme destinée à représenter la valeur que les primes de remboursement donnent aux obligations en sus du taux d'émission.

On prétend que les obligations doivent être colloquées pour le capital nominal (500 francs). La faillite, la liquidation judiciaire, la déconfiture rendent, dit-on, exigibles les dettes à terme (art. 1188, C. civ. ;. art. 444, C. com. ; art. 8, L. 4 mai 1889). Quelle somme peut alors être exigée à raison de ces dettes ? La somme due. Or, la somme due par la société, c'est le capital nominal de chaque obligation que la société s'est engagée à payer. Quelques décisions judiciaires (2) et quelques auteurs (3) ont adopté cette opinion.

Le système de la collocation pour le capital nominal n'est pas admissible. Ses partisans font abstraction de la nature spéciale de l'opération qui intervient lorsque des obligations sont émises avec primes. Sans doute, la société s'engage à rembourser toutes les obligations à un chiffre supérieur au taux d'émission. Mais elle stipule pour le remboursement un délai généralement assez long. Ce terme a un caractère particulier, il constitue une condition du remboursement avec primes ; celles-ci se forment d'ordinaire à l'aide des retenues opérées par la société sur les intérêts payés aux obligataires, retenues qui sont capitalisées ou plus souvent employées dans les affaires sociales (n° 573). La faillite et la liquidation judiciaire empêchent la formation des primes par cela même que ces événements mettent obstacle à la continuation du paiement des intérêts aux obligataires. On peut dire, sous ce rapport, qu'il y a pour la société une dette con-

(1) Un seul arrêt l'a admis : Lyon, 8 août 1873, S. 1874. 2 105 ; *J. Pal.*, 1874. 473.

(2) Lyon, 8 août 1873, D. 1874. 2. 201 ; S. 1874. 2. 205 ; *J. Pal.*, 1874. 473 (il s'agissait de la déconfiture d'une société civile) ; Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, D. 1874. 2. 203 ; *Journ. des trib. de commerce*, 1875, n° 9298.

(3) Regnault et Valframbert, *Du droit des obligataires sur le prix du rachat des chemins de fer*, p. 13 et suiv.

ditionnelle plutôt qu'une dette à terme, et l'on sait que la faillite ou la déconfiture qui rend exigibles les dettes à terme, n'a aucun effet quant aux dettes sous condition (1).

En cas de faillite ou de liquidation judiciaire, une objection directe à opposer à la prétention des obligataires réclamant leur collocation pour le capital nominal se tire de l'article 445, C. com., et de l'article 8 de la loi du 4 mars 1889 d'après lesquels, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur, le jugement déclaratif arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque. La prime n'est autre chose qu'un supplément de rémunération du prêt. Pour les obligations non encore remboursées lors de la déclaration de faillite, elle correspond aux intérêts à courir ; elle ne peut donc être réclamée, puisque les intérêts qu'elle est destinée à augmenter, ne peuvent l'être eux-mêmes (2)

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que les obligataires, en cas soit de faillite ou de liquidation judiciaire, soit de déconfiture de la société débitrice, ne doivent pas être colloqués pour le capital nominal, ni pour le taux d'émission, mais bien pour le taux d'émission augmenté d'une somme représentative de ce dont chaque obligation vaut en plus à raison de la prime de remboursement qui y est attachée. Il est juste que les obligataires soient indemnisés du préjudice que leur fait éprouver l'inexécution du contrat.

Mais, en adoptant ce principe, on n'est pas au bout des difficultés. Il reste, en effet, à déterminer quelle règle doit servir à fixer la somme supplémentaire due à titre d'indemnité et pour laquelle chaque obligation doit être colloquée en sus du taux d'émission. Des systèmes divers ont été proposés sur ce point.

On a prétendu que les obligataires ont droit au montant du taux

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VII, nos 258 et 258 *bis*.

(2) V. une très intéressante brochure de M. Lecourtois publiée en 1881 : *Le remboursement anticipé des obligations des compagnies de chemins de fer*. Cpr. Boistel, n° 934 ; Alauzet, VI, n° 2486. — C'est dans le sens de l'opinion qui repousse la collocation pour le capital nominal que se prononce la jurisprudence. V. les arrêts cités à la note suivante.

d'émission augmenté de la différence entre l'intérêt réellement payé et le maximum de l'intérêt conventionnel qui aurait pu être stipulé (1). On fait valoir en faveur de cette doctrine qu'entre les obligataires et la société il y a un double contrat : un prêt dont la faillite entraîne l'exigibilité et une convention de capitalisation qui ne peut se réaliser et qui, se trouvant rompue par le fait du débiteur, ouvre au créancier une action en dommages-intérêts. Or, le préjudice éprouvé est égal à la différence dont il s'agit ; les obligataires avaient consenti à recevoir un intérêt inférieur pour que l'excédent capitalisé servît à constituer les primes. Ile n'ont touché que l'intérêt convenu et les primes ne leur sont pas payées.

Plusieurs objections graves peuvent être faites à ce système que la jurisprudence semble avoir abandonné. Il est arbitraire de fixer invariablement à la différence entre le taux réel de l'intérêt payé et le maximum de l'intérêt conventionnel la somme retenue chaque année pour la capitalisation qui sert à constituer les primes. Selon les cas, la retenue peut être plus forte ou moins forte. Du reste, ce système ne se conçoit même plus quand il s'agit d'obligations émises par une société de commerce depuis que la loi du 12 janvier 1886 a admis la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale.

Plusieurs décisions judiciaires ont adopté un système assez compliqué (2). Elles veulent traiter également tous les obligataires : dans ce but, il faudrait rechercher le moment où il y aurait eu autant d'obligations remboursées que d'obligations à rembourser et chaque obligataire serait colloqué pour le taux d'émission augmenté de la valeur de la prime à ce temps moyen où les chances de remboursemont sont égales.

Ce système ne tient pas compte de ce que si, pour des sommes importantes, la capitalisation produit des résultats certains à raison de la possibilité de les placer, la capitalisation ne peut, au contraire, servir à la constitution de la prime pour des sommes minimes allouées à chaque obligataire.

(1) Paris, 23 mai 1862, D. 1863. 1. 350 ; S. 1862. 2. 237 ; V. Cass., 2 août 1863, D. 1863. 1. 349 ; S. 1863. 1. 428 ; *J. Pal.*, 1863. 1129 ; *Pand. fr. chr.*

(2) Paris, 28 janv. 1879, S. 1879. 2. 52 ; *J. Pal.*, 1879. 231.

D'après un troisième système (1), les obligataires doivent être colloqués, en sus du taux d'émission, pour les fractions d'intérêts antérieurement réservées dans le but de former les primes et pour une somme représentative de l'accroissement proportionnel de la valeur des obligations.

En reconnaissant la supériorité de ce dernier système sur tous ceux qui ont été proposés, nous croyons que, dans le silence de nos lois, les tribunaux doivent apprécier *ex æquo et bono* le supplément à ajouter au capital d'émission, d'après le taux de l'intérêt, le temps écoulé depuis l'émission et le temps restant à courir jusqu'à l'expiration de la période de remboursement, sans qu'on puisse poser des règles précises sur ce point (2).

Tant que le législateur n'interviendra pas, comme il devrait le faire (n° 582), pour résoudre cette question, il est vraisemblable que l'unité ne se fera pas dans la jurisprudence. La Cour de cassation ne pourra pas contribuer à l'établir ; car elle reconnaît avec raison que la question de savoir de quelle somme doit être augmenté le taux d'émission des obligations pour la collocation des obligataires est une question à trancher souverainement par les juges du fait (3). Cela résulte bien du caractère d'indemnité reconnu à cette somme supplémentaire.

581 *bis*. Il se peut qu'après le paiement de toutes les dettes de la société il existe un reliquat. Dans ce cas, il y a lieu de décider si les obligataires qui n'ont pas reçu le montant nominal de leurs obligations peuvent réclamer sur ce reliquat un complément. L'article 445, C. com., ne peut pas, à ce point de vue, être invoqué contre la prétention des obligataires. Car, si les intérêts des dettes du failli ou du liquidé cessent de courir à partir du jugement déclaratif, ce n'est qu'*à l'égard de la masse*, et la masse ne peut avoir à souffrir de la solution favorable aux obligataires, par cela même que tous les créanciers qui la composent sont désintéressés.

(1) Paris, 15 mai 1878, S. 1883. 1. 218 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 253.

(2) Paris, 5 décembre 1901, *Journal des sociétés*, 1902, p. 175 ; *Revue des sociétés*, 1902. 211.

(3) Cass., 10 août 1863, D. 1863. 1. 349 ; S. 1863. 1. 428 ; *J. Pal.*, 1863. 1129 ; *Pand. fr. chr.*

582. *Droit étranger*. — Les difficultés qui s'élèvent en France relativement aux droits des obligataires en cas de faillite ou de déconfiture de la société débitrice, ont été tranchées par la loi belge du 18 mai 1873 (art. 69), qui dispose : « Les obligations ne seront admises au passif que pour une somme totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, au taux de 5 0/0, les annuités d'intérêt et d'amortissement qui restent à échoir. Chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient de ce capital divisé par le nombre des obligations non encore éteintes » (1) (2).

583. Des événements qui mettent fin à l'existence d'une société avant le terme assigné par les statuts à sa durée, peuvent survenir sans qu'il y ait faillite, liquidation judiciaire ou déconfiture. Il en est ainsi de la dissolution anticipée de la société votée par les actionnaires ou encore de la cession qu'une compagnie de chemins de fer fait de ses lignes à l'État, au département ou à la commune qui les lui a concédées. Il y a lieu alors, comme dans les cas de faillite, de liquidation judiciaire et de déconfiture, de déterminer les droits des obligataires. Seulement, la question qui, lorsqu'il y a faillite, liquidation judiciaire ou déconfiture, n'a guère d'importance qu'au point de vue des rapports des obligataires avec les autres créanciers, en présente dans les hypothèses dont il s'agit quant aux rapports des obligataires avec les actionnaires, par cela même que le passif n'est pas d'ordinaire alors supérieur à l'actif.

(1) Guillery, *op. cit.*, II, nos 828 à 831 ; Namur, II, nos 1168 à 1170.

(2) Le projet de loi adopté par le Sénat français, le 29 novembre 1884, avait admis le système de la loi belge avec une seule modification consistant en ce qu'il devait être tenu compte, en principe, du taux réel de l'emprunt. L'article 76 de ce projet était ainsi conçu : « En cas de liquidation « ou de faillite, ces obligations sont admises au passif pour une somme « totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, « au taux réel de l'intérêt de l'emprunt, les annuités d'intérêt et d'amor« tissement qui restent à courir. Chaque obligation sera admise pour une « somme égale au quotient obtenu en divisant ce capital par le nombre « des obligations non encore éteintes. — Toutefois, dans le cas où les « obligations comprises dans une même série ne sont pas émises à des con« ditions identiques, le taux de l'escompte des annuités à échoir est fixé à « 5 p. 100. »

Les obligataires peuvent-ils, en pareil cas, demander qu'une somme suffisante pour assurer l'amortissement régulier des obligations soit placée? On l'a soutenu, en argumentant principalement de l'article 1978, C. civ. (1). Mais cet article concerne exclusivement la constitution de rente viagère et la disposition s'en explique uniquement par le refus fait par la loi au crédirentier des droits qui, d'ordinaire, appartiennent au créancier non payé, spécialement du droit de résolution. L'article 1978, C. civ., ne peut être étendu, par analogie, aux obligataires qui ont le bénéfice du droit commun (2). On viole la convention intervenue entre la société et les obligataires, en leur permettant d'exiger des garanties qui ne leur ont pas été promises.

Seulement, il reste à déterminer quelle doit être la situation faite aux obligataires d'après les principes du droit commun.

On peut se demander si les obligataires peuvent exiger le remboursement immédiat et quelle somme ils ont le droit de réclamer.

La liquidation de la société avant le terme normal de sa durée ou la cession faite à l'État ou à une autre société des lignes ferrées que la première société exploite, entraîne, prétend-on, pour la société débitrice, déchéance du terme (3). Sans doute, a-t-on dit en ce sens, on suppose bien, en posant la question, qu'il n'y a ni faillite, ni liquidation judiciaire, ni déconfiture, mais ce ne sont pas là les seules causes qui font perdre le bénéfice du terme. La diminution des sûretés promises a le même effet (art. 1188, C. civ.).

Nous ne pensons pas qu'en principe, les faits supposés suffisent à entraîner la déchéance du terme. Celle-ci n'est encourue pour diminution des sûretés promises qu'au profit des créanciers auxquels des garanties spéciales ont été accordées, non pour les créanciers purement chirographaires qui jouissent seulement du droit de gage général établi par les articles 2092 et 2093. C. civ. C'est dans cette catégorie que rentrent habituellement les obligataires.

Sans s'embarrasser de l'article 1188, C. civ., la Cour de cassa-

(1) Caen, 16 août 1882, S. 1883. 2. 115 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 681.

(2) Cass., 18 avril 1883, S. 1883. 1. 361 et 441 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 929 et 1121.

(3) Trib. civ. Seine, 20 nov. 1888, *Gazette du Palais*, 1889. 1. 28. — Lechopié, dans la *Revue des sociétés*, 1885, p. 213.

tion a décidé que la cessation de la société est incompatible avec l'amortissement qui suppose des opérations sociales faisant réaliser des bénéfices permettant de le faire fonctionner. Elle ajoute que la liquidation doit être temporaire et qu'avec le système contraire, elle devrait se continuer pendant tout le temps, souvent fort long, nécessaire au remboursement de toutes les obligations. Elle en conclut que les obligataires ne peuvent que réclamer la déchéance du terme ou la résiliation du contrat (1).

Il y a là assurément des considérations pratiques puissantes ; mais elles ne sauraient être suffisantes pour permettre aux sociétés de méconnaître les stipulations du contrat qui les lie envers les obligataires.

Dans le système que nous repoussons, il faut fixer la somme que les obligataires peuvent réclamer. C'est une question analogue à celle qui se pose dans les cas de faillite et de déconfiture.

On a soutenu que les obligataires n'ont droit qu'au remboursement au taux d'émission augmenté d'une indemnité représentative de la valeur que le droit aux primes ajoute aux obligations, comme dans le cas de faillite ou de déconfiture (2).

On paraît dans cette doctrine assimiler des hypothèses qui sont, sous certains rapports, très différentes. La liquidation et la cession à l'Etat, au département, à la commune, sont des faits volontaires, à la différence de la faillite ou de la déconfiture. Il n'est pas admissible que la société débitrice restreigne sa dette par sa volonté. Dès l'instant où il y a un actif suffisant pour rembourser les obligations avec primes, les obligataires peuvent demander qu'il serve à faire fonctionner l'amortissement ou qu'on les rembourse immédiatement dans les conditions requises (3).

(1) Cass., 2 fév. 1887 et 10 mai 1887, D. 1887. 1. 97 et 334 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 257.

(2) Paris, 17 mars 1883, D. 1884. 2. 100 ; Rennes, 25 juill. 1887, D. 1888. 2. 153.

(3) Lyon, 13 mars 1900, D. 1900. 2. 329 ; *Journal des sociétés*, 1901, p. 16 ; *Revue des sociétés*, 1906, p. 269 ; Paris, 5 déc. 1901, *Journal des sociétés*, 1902, p. 211 ; *Revue des sociétés*, 1902, p. 175 ; Cass., 20 juill. 1904 (2 arrêts), S. et *J. Pal.*, 1906. 1. 25 ; D. 1906. 1 516 ; *Pand. fr.*, 1905. 1. 187 ; *Journal des sociétés*, 1905, p. 28 ; *Revue des sociétés*, 1905, p. 10 et 58. V. Lecourtois, dans la *France judiciaire*, 1881, p. 372.

583 *bis*. Des difficultés analogues à celles qui viennent d'être examinées à propos des obligations à *primes* peuvent s'élever lorsqu'il s'agit d'obligations à *lots*.

L'embarras spécial provient, dans ce dernier cas, de ce qu'on ne connaît pas, tant que les tirages au sort échelonnés pendant toute la période d'amortissement n'ont pas eu lieu, les bénéficiaires des lots.

On a soutenu, et c'est là un système équitable, qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, il y a lieu de procéder immédiatement à tous les tirages qui restent à faire.

Alors, les obligataires favorisés par le sort n'ont qu'à produire pour le montant de leurs lots (1). V. n° 580.

583 *ter*. Il ne faut pas confondre avec le cas prévu (n^os^ 583 et 583 *bis*) qui est celui où il y a encore des tirages à opérer, le cas où il y a, lors du jugement de faillite ou de liquidation judiciaire, des tirages en retard. Il va de soi qu'alors, il y a lieu de faire procéder à ces tirages et que les obligataires peuvent produire à la faillite ou à la liquidation judiciaire pour le capital nominal de leurs obligations ou pour la valeur intégrale des lots, selon qu'ils ont droit à des primes ou à des lots (2).

Telle est évidemment aussi la situation des obligataires dont les numéros d'obligations sont sortis à des tirages antérieurs à la faillite ou à la liquidation judiciaire.

584. Les obligataires sont, en principe, comme les autres créanciers, des créanciers chirographaires, ils concourent donc avec tous les créanciers de cette catégorie, quelles que soient les causes des créances de ceux-ci. Par application de ce principe, quand il y a eu plusieurs émissions d'obligations faites à des dates successives, les obligataires des différentes émissions viennent en concours sur le prix des biens de la société et les obligataires de toutes les émissions snbissent le concours de tous les créanciers chirographaires quelle que soit la cause de leurs créances.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1171.
(2) Douai, 24 janv. 1873, D. 1874. 2. 203.

Mais, conformément au droit commun, des garanties peuvent être constituées au profit des obligataires. La société peut donner un gage, constituer une hypothèque, fournir un cautionnement à des obligataires d'une émission, pour leur donner un avantage soit sur d'autres obligataires, soit sur les créanciers sociaux, en général.

La constitution de ces différentes sûretés n'est régie par aucune règle spéciale quand elles sont consenties à des obligataires. Aussi, pour que des obligataires aient un droit opposable aux tiers, il faut que l'hypothèque soit inscrite, que les choses constituées en gage soient mises en possession d'une personne représentant les obligataires, que les formalités destinées à établir le gage à l'égard des tiers soient remplies (art. 2074 et 2075, C. civ.; art. 91, C. com.; L. 1er mars 1893) (1).

Une simple convention ne peut donner à des obligations le caractère d'obligations de priorité, c'est-à-dire primant les autres créances, spécialement les autres obligations émises par la société (2), soit sur des biens sociaux, soit sur les bénéfices réalisés ; il y aurait là création d'un droit de préférence non reconnue par nos lois (3).

Une constitution de gage au profit des obligataires présente des difficultés pratiques à raison de la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste (art. 2076, C. civ., et 92, C. com.) et de la transmission des obligations qui passent de mains en mains. Cette constitution de gage ne peut guère avoir lieu que si l'on désigne un tiers qui détient l'objet du gage pour le compte des obligataires. Mais, depuis la loi du 1er mars 1898 qui se contente, pour la constitution en gage d'un fonds de commerce, d'une inscription au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel il est exploité (4), il est facile de concevoir que l'établissement commercial ou industriel soit constitué en gage au profit des obligataires de celui-ci.

(1) Paris, 2 fév. 1888, *Revue des sociétés*, 1888, p. 191.

(2) V. *Revue des sociétés*, 1889, p. 33.

(3) On peut concevoir qu'une loi spéciale déroge, pour certaines obligations, au droit commun. V. dans l'*Economiste français*. nº du 11 avril 1885, l'article intitulé : *Des gages spéciaux pour les obligations de chemins de fer*

(4) V. *Traité de Droit commercial*, III, nº 285 *bis*.

585. Les hypothèques constituées au profit des obligataires ne sont pas aussi nombreuses en France qu'elles le sont dans d'autres pays. Une notable partie des obligations sont émises par les compagnies de chemins de fer, et les lignes ferrées faisant partie du domaine public de l'Etat, des départements ou des communes, (L. 15 juillet 1845, art. 1), ne peuvent pas, par cela même, être hypothéquées (1).

Quand les immeubles de la société sont susceptibles d'hypothèques, des difficultés assez nombreuses s'élèvent à l'occasion de la constitution et de la publicité de celles-ci. Ces difficultés pourraient se présenter aussi à propos, soit des hypothèques établies sur les navires d'une société en vertu de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, soit de la constitution en gage du fonds de commerce (2).

586. L'acte de société conférant aux gérants ou administrateurs le pouvoir de constituer des hypothèques même immobilières (3) peut être un acte sous seings privés et il en est de même de l'acte constatant, pendant la durée de la société, la délibération des actionnaires conférant aux gérants ou administrateurs ce pouvoir qu'ils ne tenaient pas des statuts (4) (L. 24 juillet 1867, article 69 ajouté par la loi du 1er août 1893).

587. Il arrive souvent que des actionnaires n'interviennent pas en personne à une assemblée générale et donnent mandat à d'autres personnes de les représenter en qualité de mandataires. Leur man-

(1) Aucoc, *Conférence sur l'administration et le droit administratif*, III, nos 1443 et suiv. V., sur les obligations hypothécaires Wahl, dans le *Journal des sociétés*, 1898, p. 193, 241, 269, 337, 385 et suiv.; Houpin, dans le *Journal des notaires et des avocats*, 1877, p. 641 et suiv.

(2) Le gage d'un fonds de commerce n'est guère autre chose, depuis la loi 1er mars 1898, qu'une hypothèque. V. *Traité de Droit commercial*, III, no 285².

(3) Les solutions données au texte et dont la première n'est admise qu'en vertu de la loi du 1er août 1893 (art. 68), ont toujours été exactes et incontestables pour l'hypothèque maritime, par cela même qu'elle peut être constituée par acte sous seings privés (L. 10 juillet 1885, art. 2).

(4) Avant la loi du 1er août 1893, un acte notarié était nécessaire. V. Cass., 29 juin 1881, S. 1883. 1. 218 ; *J. Pal.*, 1883. 523 ; Cass., 23 déc. 1885, S. 1886. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1886. 353 ; *Pand. fr. chr.*

dat peut être, en principe, donné par acte sous seings privés. Depuis la loi du 1er août 1893, l'intervention des notaires est inutile quand il s'agit d'une assemblée d'actionnaires devant conférer le pouvoir de constituer une hypothèque immobilière (1).

588. Il faut, pour que l'hypothèque constitue une garantie qui attire les souscripteurs, qu'elle soit constituée avant la souscription des obligations. Mais c'est seulement après que des obligations ont été souscrites qu'il existe des créanciers auxquels l'hypothèque doit profiter. Aussi, à l'acte notarié qui contient la constitution d'hypothèque, le représentant de la société débitrice figure seul ; les obligataires n'existant point encore, n'y peuvent intervenir. Ils n'acceptent la garantie réelle qui leur est offerte que dans les actes ou bulletins de souscription qui sont toujours sous seings privés. On pourrait, par suite, faire observer que l'article 2127, C. civ., est violé, que la constitution d'hypothèque n'a pas eu lieu, en réalité, par acte notarié. Cette objection ne serait pas fondée. La présence d'un notaire est requise dans l'intérêt du débiteur qui constitue l'hypothèque, non dans celle du créancier qui l'obtient. Le débiteur est éclairé sur les suites de l'opération qu'il fait, par cela seul que l'acte dans lequel il manifeste sa volonté, est notarié (2).

589. La dette à garantir n'existe point encore au moment où l'hypothèque qui doit y être attachée est constituée, c'est une dette future, mais cela n'a pas d'importance (3). Une hypotèque peut être constituée pour une dette même future. C'est là ce qui a toujours été admis (4) et est constamment appliqué en matière d'ouverture de crédit (5) : le crédité constitue une hypothèque au profit du créditeur avant que la réalisation de l'ouverture de crédit ait même commencé.

(1) Avant la loi de 1893, il y avait là une question controversée. V., pour la nécessité d'un acte notarié, Douai, 20 déc. 1883, S. 1886. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1886. 353 ; contre la nécessité d'un acte notarié, Cass., 23 déc. 1885, S. 1886. 1. 145 ; *J. Pal.*, 1886. 353 (cet arrêt casse l'arrêt précité de la Cour de Douai).

(2) V., en ce sens, Labbé, *Recueil de Sirey*, 1879. 2. 313, et *Journal du Palais*, 1879. 1252.

(3) V., pourtant, Trib. civ. Seine, 22 avril 1886, *Journal des sociétés*, 1888, p. 502 et les doutes émis par Houpin, I (4e édit.), n° 422.

(4) L. 5, Marcien, Dig., *De pignoribus et hypothecis* (XX, 1).

(5) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 729.

590. Le caractère futur de la dette de la société, avant que l'emprunt ne soit couvert, ne saurait non plus mettre obstacle à ce que l'hypothèque soit valablement *inscrite*. Une inscription peut être prise pour une dette future. C'est bien là ce qu'admet la jurisprudence quand, aussi en matière d'ouverture de crédit, elle reconnaît avec raison que l'hypothèque consentie par le crédité peut être inscrite avant la réalisation du crédit et prend rang dès le jour de la date de l'inscription (1).

591. Une inscription est prise ordinairement par le créancier lui-même ou par son mandataire. Les choses peuvent se passer ainsi dans le cas où l'inscription doit être prise seulement après que la souscription aux obligations est terminée ; les obligataires peuvent alors charger un mandataire de prendre l'inscription à leur profit (2). Mais il y a avantage à ce que l'inscription soit opérée dès que la souscription est ouverte, pour assurer aux futurs obligataires un rang certain auquel ne pourraient nuire des hypothèques établies par la société avant la clôture de la souscription et pour mettre l'hypothèque à l'abri des aliénations d'immeubles sociaux suivies de transcription (L. 23 mars 1855, art. 3). Par qui est-il possible que l'inscription soit opérée au profit de créanciers qui n'existent pas encore ? Elle peut, selon nous, l'être par une personne quelconque se portant gérant d'affaires des futurs obligataires et il est naturel que ce rôle soit rempli par une personne désignée par l'assemblée des actionnaires qui autorise l'emprunt. Un tiers est admis à requérir, même sans mandat, par conséquent, en qualité de gérant d'affaires, une inscription hypothécaire dans l'intérêt d'autrui (3).

592. Que l'hypothèque soit inscrite avant ou même après la clôture de la souscription, il semble impossible de se conformer aux dispositions de l'article 2148, C. civ., et de l'article 3 de la loi du

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nº 729. Cass., 8 mars 1852, S. 1855. 1. 314 ; *J. Pal.*, 1853. 1. 364 ; Rouen, 3 août 1864, S. 1866. 2. 127 ; *J. Pal.*, 1866. 577.

(2) S'il y a une association formée entre les obligataires, l'inscription peut être prise par le gérant de cette association. V. nº 593 *bis*.

(3) Cass., 20 oct. 1894, S. et *J. Pal.*, 1897. 1. 489 ; D. 189, 1 ; P. Pont, *Traité des privilèges et des hypotgèques*, II, nºs 934 et 936 ; Aubry et Rau, III (5e édition), § 270, texte et note 17.

10 juillet 1885, en ce qui concerne les mentions à insérer dans les inscriptions (1). D'après ces articles, l'inscription doit indiquer le nom du créancier hypothécaire. La multiplicité des obligataires est un obstacle à ce que leurs noms soient mentionnés ; la mention de leurs noms est même, en fait, impossible tant que la souscription n'est pas close, puisqu'on ne sait point alors quelles personnes deviendront obligataires. Bien plus, la mention des noms des obligataires est impossible à toute époque pour ceux dont les titres sont au porteur. Mais qu'importe ! Toutes les mentions à insérer dans les inscriptions hypotécaires ne sont pas exigées à peine de nullité. Il n'en est ainsi que des mentions substantielles, c'est-à-dire sans lesquelles l'inscription ne peut pas atteindre complètement son but qui est la publicité de l'hypothèque. Le nom du créancier n'est pas au nombre de ces mentions (2). Il faut que le nom de celui au profit de qui l'hypothèque est établie, soit indiqué, pour que les notifications se référant à l'hypothèque, spécialement les notifications à fin de purge, puissent lui être faites (art. 2183, C. civ. ; art. 18, L. 10 juillet 1885). Si l'inscription contient le nom d'une personne quelconque à laquelle les notifications peuvent être faites avec le même effet que si elle avait la qualité de créancier, le but de la loi est atteint. Le cahier des charges de l'emprunt peut indiquer cette personne dont le nom est à insérer dans l'inscription ; il peut aussi être réservé aux obligataires de la désigner et alors, le nom de celle-ci est à indiquer en marge de l'inscription (3) (4).

593. Les obligataires ont des intérêts communs à défendre contre la société, contre les actionnaires, contre les administrateurs de

(1) Pour les mentions à insérer dans l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce, il n'y a jusqu'ici aucune disposition dans nos lois.

(2) V. Labbé, note sous un arrêt de la Cour d'Aix, 8 avril 1878, S. 1879. 2. 313 ; *J. Pal.*, 1879. 1248.

(3) V., dans le sens de ces solutions, Cass., 20 oct. 1897, S. et *J. Pal.*, 1897. 1. 489.

(4) Des objections analogues à celles indiquées ici ont été faites pour exclure la transmission de l'hypothèque attachée à un titre à ordre aux porteurs successifs de ce titre. Elles sont condamnées par la loi même (Loi du 10 juillet 1885, art. 12). V. *Traité de Droit commercial*, V. n° 129.

la société ou contre les personnes chargées de la surveillance des opérations sociales. Ils peuvent avoir des inscriptions à prendre ou à renouveler, des transactions à conclure, des procès à intenter, à intervenir et à voter, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, à l'assemblée du concordat de la société, etc...

La loi française n'a pas, jusqu'ici organisé une représentation collective des obligataires (1).

Ce que la loi n'a pas fait peut l'être par la convention. Parfois, les obligataires choisissent un mandataire, ou même il est stipulé dans le cahier des charges de l'emprunt que telle personne désignée ou à désigner par les obligataires, représentera ceux-ci quand ils auront à défendre des intérêts collectifs. Cette représentation a lieu sans dificulté lorsqu'il s'agit d'actes étrangers à une instance judiciaire.

Mais comment le représentant des obligataires peut-il jouer pour eux, dans un procès, le rôle de demandeur ou de défendeur, alors qu'en vertu de la règle, *nul ne plaide en France par procureur*, les noms de tous les obligataires doivent être indiqués dans les actes de procédure et que ces actes doivent être signifiés à chacun d'eux ? Les obligataires sont parfois en nombre considérable, et, souvent, l'existence de titres au porteur empêche qu'on ne les connaisse tous. La représentation en justice est-elle donc rendue ainsi impossible, en fait, à l'égard des obligataires non désignés ? Une

(1) Le projet de loi déposé à la Chambre des députés le 4 juillet 1903 et le 18 juin 1906, organise des assemblées d'obligataires prenant des décisions à la majorité.

Le système de ce projet de loi se rapproche beaucoup de celui de la loi *allemande* du 4 décembre 1899. Cette loi intitulée *Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen*, est traduite avec notice et notes dans l'*Annuaire de législation étrangère*, de 1900, p. 178 et suiv. (traduct. de Ch. Lyon-Caen). V. une étude sur cette loi de Ch. Lyon-Caen dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901, p. 12 et suiv. V., dans le même *Bulletin*, Etude sur les droits communs des porteurs d'obligations en *Grande-Bretagne*, p. 241 et suiv.; en *Belgique*, p. 288 et suiv.; en *France*, p. 307 et suiv.

En *Autriche*, la représensation collective des oBligataires est organisée par les lois du 24 avril 1874 et du 5 décembre 1877. V. une étude parue dans les *Juristiche Blaetter* de Vienne, 1891, nos 1 à 4.

solution absolue ne doit pas être admise. L'impossibilité existe seulement, soit lorsque le procès est engagé au nom des obligataires contre un adversaire autre que la société, soit même lorsque le procès est engagé contre la société, si celle-ci n'a pas consenti à la désignation du représentant des obligataires. Mais si le procès est engagé avec la société et si elle a consenti à la nomination de ce représentant, elle ne peut se prévaloir de l'irrégularité des actes de procédure pour violation de la règle, *nul ne plaide en France par procureur* (1). Cette règle ancienne et surannée n'est pas, en effet, une règle d'ordre public : les tiers peuvent renoncer à l'invoquer à l'occasion d'un procès intenté contre eux ou même en vue de procès futurs (2).

593 *bis*. Les obligataires ne se contentent pas parfois de la désignation d'un mandataire ; ils s'associent pour la défense de leurs intérêts communs. Ce n'est pas là une société de commerce ; les actes qui devront être faits dans l'intérêt commun ne sont pas des actes de commerce. Ce n'est même pas une société civile (3) dans le sens de l'article 1832, C. civ. (4). Le but des obligataires en s'associant n'est pas, en effet, de réaliser des bénéfices, mais de faire, commodément et à moins de frais que s'ils restaient isolés, des actes relatif à leurs obligations. Il y a là une *association* dans le sens de la loi du 1er juillet 1901. Par cela seul que les formalités exigées pour qu'elle constitue une association déclarée sont remplies, elle jouit de la petite personnalité civile, qui lui permet d'ester en justice, ce qui fait échapper aux inconvénients pratiques de la règle, *nul ne plaide en France par procureur* (L. 1er juillet 1901, art. 6). V. nº 593.

(1) Cass., 19 fév. 1884, S. 1886. 1. 69 ; *J. Pal.*, 1886. 1. 147.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 422 ; II, nº 139.

(3) Cependant, on parle souvent de société civile d'obligataires. V. notamment Paris, 31 juillet 1905, *Pand. fr.*, 1906. 2. 75 ; *Journal des sociétés*, 1906, p. 68 ; *Revue des sociétés*, 1906, p. 193. On se sert aussi de l'expression peu précise de *syndicat d'obligataires*.

(4) Lyon, 6 mai 1886, *Revue des sociétés*, 1886, p. 594. Labbé, note dans le *Recueil de Sirey*, 1879. 2. 313, et dans le *Journal du Palais*, 1879. 1. 149.

Il a été admis par l'Administration de l'enregistrement que la formation d'une association des obligataires n'est pas sujette au droit perçus sur les constitutions de sociétés.

594. *Rapport entre le capital-obligations et le capital-actions.*— Il a été dit plus haut (n° 563 *b*) que le capital-actions sert de gage au capital-obligations. C'est là même ce qui constitue la garantie naturelle des obligataires, la seule, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme et qu'aucune sûreté spéciale (hypothèque, gage, etc.) n'a été accordée aux obligataires (1).

Cependant, la loi française n'établit pas, en principe, un maximum au delà duquel les sociétés par actions ne peuvent pas émettre d'obligations. Cela a donné lieu parfois à abus, particulièrement, à une époque antérieure à la loi du 11 juin 1880, dans les sociétés de chemins de fer d'intérêt local. Profitant de la faveur dont les obligations, surtout celles des compagnies de chemins de fer, jouissent auprès du public comme valeurs de placement, des sociétés de ce genre ont émis des obligations pour des sommes dépassant parfois notablement le capital-actions.

Le Conseil d'Etat, pour éviter ces abus, avait pris l'habitude d'insérer dans les décrets portant concession de chemins de fer d'intérêt local des dispositions limitant la faculté pour les sociétés concessionnaires d'émettre des obligations (2). La loi du 11 juin 1880 (art. 18 et 39) sur *les chemins de fer d'intérêt local et les tramways* a consacré, avec quelques modifications, pour les sociétés de chemins de fer d'intérêt local et de tramways, les règles ainsi insérées dans un grand nombre de décrets de concession (3).

(1) Le droit des obligataires sur le capital-actions est, en principe, leur unique garantie. Mais il est évident que, comme tous créanciers, les obligataires sont mieux assurés du service des obligations de la part de la société quand celle-ci réalise des bénéfices importants. V. n° 594.

(2) Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, III, no 1299.

(3) Voici les dispositions de la loi du 11 juin 1880. L'article 18 de cette loi est ainsi conçu :

Aucune émission d'obligations, pour les entreprises prévues par la présente loi, ne pourra avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation donnée par le Ministre des travaux publics, après avis du Ministre des finances. — Il ne pourra être émis d'obligations pour une somme supérieure au montant du capital actions, qui sera fixé à la moitié au moins de la dépense jugée nécessaire pour le complet établissement et la mise en exploitation de la voie ferrée. Le capital-actions devra être effectivement versé, sans qu'il

Ces règles sont inapplicables aux compagnies de chemins de fer d'intérêt général. Seulement, en vertu des conventions financières faites avec les grandes compagnies, l'émission des obligations par elles est subordonnée à l'autorisation du Ministre des travaux publics qui ne peut être donnée que sur l'avis du Ministre des Finances. En fait, le capital-obligations dépasse d'une façon notable le capital-actions pour les six grandes compagnies (1). Cela n'a pas d'inconvénient : le revenu des lignes et souvent la garantie d'intérêt de l'Etat assurent le service des intérêts et de l'amortissement, malgré le peu d'importance relative du capital-actions.

Jusqu'ici, en France, on a résisté à l'admission de toute règle générale fixe sur le rapport à maintenir entre les obligations et le capital actions (2). On a pensé, avec raison, que ce rapport peut varier selon l'objet des sociétés et l'étendue de leur crédit, comme le montre l'exemple des compagnies de chemins de fer. Il serait à

puisse être tenu compte des actions libérées ou à libérer autrement qu'en argent. — Aucune émission d'obligations ne doit être autorisée avant que les quatre cinquièmes du capital-actions aient été versés et employés en achat de terrains, approvisionnements sur place ou en dépôt de cautionnement. — Toutefois, les concessionnaires pourront être autorisés à émettre des obligations lorsque la totalité du capital-actions aura été versée et qu'il est dûment justifié que plus de la moitié de ce capital actions a été employée dans les termes du paragraphe précédent ; mais les fonds provenant de ces émissions anticipées devront être déposés à la Caisse des dépôts et consignations et ne pourront être mis à la disposition des concessionnaires que sur l'autorisation formelle du Ministre des travaux publics. — Les dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 du présent article ne seront pas applicables dans le cas où la concession serait faite à une compagnie déjà concessionnaire d'autres chemins de fer en exploitation, si le ministre des travaux publics reconnait que les revenus nets de ces chemins sont suffisants pour assurer l'acquittement des charges résultant des obligations à émettre. V. Aucoc, *op. cit* , III, n° 1694.

(1) V. *Statistique des chemins de fer français.* Les chiffres varient sans cesse par suite de l'amortissement des actions et des obligations ainsi que de l'émission d'obligations nouvelles. V. *Les grandes compagnies de chemins de fer en 1898*, par Ch. Gomel (*Economiste français*, n° du 24 juin 1899).

(2) Le projet de loi adopté par le Sénat le 29 novembre 1884 et les projets déposés à la Chambre des députés le 4 juillet 1903 et le 18 juin 1906 ne contiennent à cet égard aucune disposition, sans doute pour le motif indiqué au texte.

craindre qu'une règle fixe et invariable n'empêchât des sociétés par actions de se procurer par voie d'émission d'obligations les capitaux qui peuvent leur être indispensables (1).

594 *bis. Droit étranger.* — Dans plusieurs Etats étrangers, les lois nouvelles ont, au contraire, limité par des dispositions générales la faculté pour les sociétés par actions d'émettre des obligations.

La loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 68, 3e alin.) admet que le montant des obligations *à primes* ne peut dépasser le capital social versé (2). Les Codes de commerce, *italien* (art. 171, 1er alin.), *roumain* (art. 173, 1er alin.), *portugais* (art. 196) et *japonais* (art. 200) défendent d'émettre des obligations pour une somme supérieure au capital versé et existant encore d'après le dernier bilan approuvé. Mais les deux premiers de ces Codes (art. 171, 2e alin. et art. 173, 2e alin.) apportent une exception à cette règle : ils admettent l'émission d'obligations même pour une somme plus forte, quand l'excédent est garanti par des titres nominatifs émis par l'Etat, par les départements ou par les communes, dont l'échéance correspond à celle des obligations et qui sont déposés à la Caisse des dépôts et consignations, pour y rester jusqu'au remboursement des obligations.

595. A côté des différences notables dérivant de leur nature juridique différente qui existent entre les obligations et les actions, on peut signaler entre ces deux sortes de valeurs mobilières des ressemblances importantes.

a) Les unes et les autres sont indivisibles :

b) Les titres délivrés aux obligataires et aux actionnaires pour constater leurs droits, revêtent les mêmes formes et se transmettent, par suite, de la même manière.

c) Les actions et les obligations sont soumises, sauf quelques différences secondaires, aux mêmes impôts.

d) Les actionnaires et les obligataires dépossédés de leurs titres

(1) On peut, du reste, faire remarquer que la faculté d'emprunter autrement que par voie d'émission d'obligations n'est, dans les sociétés par actions, limitée par aucune loi.

(2) Guillery, *op. cit.*, II, nos 818 à 827.

sans leur volonté, par suite de vol, de perte, d'abus de confiance, etc..., ont à remplir les mêmes formalités, quand ils veulent exercer leurs droits contre la société ou empêcher la négociation de leurs titres, qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations.

e) Les obligations et les actions à amortir sont désignées également d'ordinaire par voie de tirage au sort (1), et ce mode d'amortissement donne lieu, pour les unes et pour les autres, à la même difficulté tranchée par l'article 70 de la loi du 24 juillet 1867 (addition de la loi du 1er août 1893) quand le paiement des intérêts et des dividendes a continué, alors que le capital de l'action ou de l'obligation est devenu exigible.

596. *Indivisibilité des actions et des obligations.* — Les actions et les obligations (ou coupures d'actions et d'obligations) sont indivisibles. C'est là une règle qui est posée d'ordinaire dans les statuts, mais qui, en vertu de l'usage, est admise même quand elle n'est pas expressément stipulée.

La règle de l'indivisibilité des actions ou des obligations ne signifie nullement qu'une action ou une obligation ne peut pas appartenir à plusieurs personnes (2). Ce cas peut se présenter, notamment quand une succession dans laquelle sont comprises des actions ou des obligations est dévolue à plusieurs héritiers, quand des actions ou des obligations sont achetées en commun par plusieurs personnes. Mais c'est précisément dans des cas de ce genre que le principe de l'indivisibilité des actions ou des obligations reçoit son application.

La règle de l'indivisibilité veut dire que chaque action ou chaque obligation est une division qui n'est pas elle-même susceptible de subdivision (3). Cette règle se déduit de considérations pratiques :

(1) Pour les obligations, comme pour les actions, l'amortissement peut se faire par voie d'achat suivi de l'annulation des obligations achetées. Ce mode de procéder est avantageux quand le cours des actions ou des obligations est au-dessous du capital nominal.

(2) Trib. comm. Seine, 7 octobre 1899, *le Droit*, n° du 8 novembre 1899. Le jugement reconnait que des actions peuvent être achetées par plusieurs personnes et devenir indivises entre les acheteurs et que l'achat d'actions par une société ne les rend pas indivises entre les associés.

(3) Cela n'est vrai qu'autant que les statuts n'en décident pas autrement. Car il y a parfois des *coupures* ou *coupons d'actions*. V. art. 1er,

la division des actions entre les héritiers d'un actionnaire ou d'un obligataire compliquerait extrêmement la situation de la société. 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 le paiement de la part qui lui revient dans les dividendes ou intérêts; ils doivent s'entendre pour se faire délivrer un seul titre et pour faire toucher en une seule fois par une personne le montant des dividendes ou intérêts. Le même principe doit conduire à décider que, quand l'action ou l'obligation n'est pas libérée, la société peut refuser de recevoir d'un héritier de l'actionnaire sa part dans les versements restant à faire et exiger que tous s'entendent pour faire ensemble un versement intégral. Il y a là une obligation indivisible *solutione*. De même, si un actionnaire ou un obligataire a, ce qui est licite, vendu une action ou une obligation à plusieurs personnes, les acheteurs doivent s'entendre pour agir à l'égard de la société comme si l'action ou l'obligation appartenait à une seule personne.

Le principe de l'indivisibilité des actions est posé expressément par des lois étrangères, spécialement par la loi *belge* du 18 mai 1873 (art. 37, dern. alin.) et par le Code de commerce *allemand* (art. 179).

596 *bis*. On comprend que ce principe offre quelques inconvénients pour des actionnaires lorsque le prix des actions est élevé, comme cela arrive spécialement dans les grandes compagnies d'assurances (1). Le principe de l'indivisibilité met obstacle, sinon à des

1er alin., L. 24 juillet 1867; art. 34 (modifié par la loi du 9 novembre 1903), C. com.

Il peut y avoir aussi des *coupures* ou *coupons d'obligations*. Il en existe notamment pour les obligations de certains emprunts de la Ville de Paris, et il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas créé pour les obligations des sociétés.

Quand il y a des *coupures* ou *coupons* d'actions ou d'obligations, le principe de l'indivisibilité s'applique en ce sens que la seule division possible des actions ou des obligations consiste dans les *coupures* ou *coupons* dont il s'agit.

(1) Ainsi, voici les prix des actions des principales compagnies d'assurances sur la vie, à la date du 22 août 1907 : pour la *compagnie d'assurances générales sur la vie*, 28.500 fr. ; pour la *Nationale*, 26.700 fr.; pour le *Phénix*, 32.500 fr.

ventes de parties d'actions, du moins à la réclamation de titres distincts pour chaque acheteur (n° 596). Il y a là une cause de grande gêne pour ceux qui sont co-propriétaires d'actions ou d'obligations.

En *Grande-Bretagne*, il est paré à cet inconvénient. La loi anglaise admet, pour les actions, l'opération désignée par la loi sous le nom de *conversion of shares into stock*.

Il s'agit d'une combinaison ingénieuse toute spéciale qu'autorise la loi anglaise de 1862 sur les sociétés (art. 28 et 29 et *shedule* I, art. 23, 24 et 25). Voici en quoi elle consiste :

La loi *anglaise* admet que les titres d'actions peuvent être, soit nominatifs, soit au porteur (*share warrants to bearer*), quand ils sont intégralement libérés. En principe, l'actionnaire auquel appartiennent plusieurs actions, ne peut céder moins d'une action ou d'un multiple d'une action. Les actions ne sont pas divisibles. Mais il peut être dérogé à cette règle par une clause des statuts portant que les actions libérées pourront être converties en *stock* (*conversion into stock*). En vertu de cette clause, tout actionnaire a le droit de demander à la société la délivrance d'un certificat attestant qu'il est propriétaire d'actions pour un capital (*stock*) montant à telle somme, par exemple à 1.000 livres sterling, soit 25.000 francs (250 actions de 100 livres sterling chacune). Pourvu de ce titre, l'actionnaire peut céder à des tiers toute portion du montant du capital représenté par ses actions. Il détermine à son gré, selon ses convenances, l'importance de ces coupures ; peu importe qu'elles ne correspondent pas à la valeur d'une action ou de plusieurs actions. Le cédant et chacun des cessionnaires ont droit à un certificat attestant qu'il est inscrit nominativement sur les livres de la société pour telle somme de *stock*, s'ils ne préfèrent avoir des titres au porteur pour les sommes auxquelles ils ont droit.

Les divers détenteurs de *stocks* ont le droit de participer aux dividendes de la société en proportion de la quantité de *stock* qu'ils possèdent. Ils ont aussi le droit de prendre part aux assemblées des actionnaires dans la même proportion. Mais, sauf en ce qui concerne les dividendes, aucun privilège ou avantage attaché aux actions n'est conféré par une fraction du *stock* qui, évaluée en actions, ne conférerait pas les mêmes privilèges ou avantages. Cela s'applique

notamment au nombre de voix donné dans les assemblées d'actionnaires.

Du reste, il peut être revenu sur la conversion des actions en *stock* ; celui-ci peut se convertir en actions (loi de 1900, art. 29).

597. TITRES NOMINATIFS (1) ET TITRES AU PORTEUR (2) (3). — Pour faciliter la cession des actions et des obligations, on délivre généralement à chaque actionnaire et à chaque obligataire des titres qui, distincts de l'acte de société contenant les statuts (4), sont destinés à constater les droits de chacun. Souvent, c'est à ces titres, non aux droits des actionnaires ou des obligataires, que, dans le langage usuel, on donne le nom d'actions ou d'obligations (n° 515) (5). Ces titres ont des formes diverses dont l'influence est décisive sur les formes de transmission; en fait, presque tous les titres d'actions ou d'obligations sont des titres au porteur ou des titres nominatifs.

Les titres d'actions ou d'obligations peuvent aussi être à ordre (6). Ils sont alors transmissibles par voie d'endossement : cette dernière formalité est plus simple que le transfert exigé pour un titre nominatif et offre plus de sécurité que la tradition pour un titre au porteur, puisqu'un faux est nécessaire pour s'attribuer indû-

(1) On appelle les titres nominatifs d'actions, en allemand, *Namensaktien* ; en italien, *azioni nominative*.

(2) On appelle les titres d'actions au porteurs, en allemand, *Inhaberaktien, Aktien in blanco* ; en anglais, *share warrants to bearer* ; en italien, *azioni al portative*.

(3) V. Kusenberg, *Die Rechtseigenart der Aktienurkunde* (Strasbourg, 1903).

(4) Dans les sociétés par intérêts, on se borne à remettre à chaque associé un exemplaire de l'acte de société sous-seings privés (art. 1325, C. civ.; art. 39, C. com.), ou une expédition de l'acte de société notarié.

(5) On dit en allemand, *Aktie, Aktientitel, Aktiendokument* ; en anglais, *share-certificate, share-warrant, stock-certificate* ; en italien, *titolo delle azione*.

(6) Aucun texte n'autorise à donner la forme à ordre aux titres d'actions ou d'obligations. Mais on peut leur donner cette forme, si l'on admet avec la jurisprudence approuvée par nous, que cette forme n'est pas exclusivement réservée aux titres que la loi déter-mine. V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 98.

ment la propriété du titre. Au point de vue fiscal, les titres d'actions ou d'obligations à ordre sont assimilés aux titres au porteur, comme tous les titres dont la transmission peut s'opérer sans un transfert sur les registres de la société (n° 611).

Il est possible aussi qu'un titre d'action ou d'obligation ne revête aucune des trois formes qui viennent d'être indiquées. Cela n'est pas douteux pour les obligations. Cela peut aussi se présenter pour les actions, si l'on admet avec la jurisprudence que ce n'est pas la *négociabilité*, mais la *cessibilité* à volonté des parts sociales qui caractérise, en principe, les actions (nos 518 et suiv.). La cession des actions n'est alors parfaite à l'égard des tiers que par la signification faite à la société ou par l'acceptation émanant d'elle dans un acte authentique (art. 1690, C. civ.). Ces formalités ne sont nécessaires que si l'on reconnaît, avec nous, que les actions sont des créances (nos 149 et suiv. et n° 607).

Comme les actions et les obligations sont presque toutes *nominatives* ou *au porteur*, il ne sera parlé que de ces deux formes de titres, les seules, du reste, dont fasse mention, pour les actions, le Code de commerce (art. 35 et 36) (1) (2).

598. Un titre d'action ou d'obligation est au porteur, quand il ne contient pas le nom de l'actionnaire ou de l'obligataire, de telle sorte que toute personne qui l'a entre les mains, *qui en est porteur*, doit, en principe, être considérée par la société comme actionnaire ou obligataire.

Un titre est, au contraire, nominatif, quand le nom du titulaire est mentionné sur le titre et sur les registres de la société, de telle

(1) Article 35, C. com., *L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur*... Article 36, C. com., *La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société*...

(2) Dans le chapitre VII de la 4e partie consacré aux *Bourses de commerce*, nous traiterons de la nature des titres au porteur et nominatifs et nous rechercherons les motifs de quelques-unes des règles spéciales qui les régissent. V., sur ces sujets que nous visons seulement ici, Wahl, *Traité des titres au porteur* ; Henri Minard, *Du titre nominatif, nature et fonctionnement* ; M. Lévy-Ullmann, *Essai sur les titres nominatifs et sur la responsabilité des agents de change et des débiteurs dans la transmission de ces titres* (1897).

sorte que celui dont le nom est inscrit sur ces registres est seul considéré comme actionnaire ou obligataire.

599. Il y a, en fait, des titres nominatifs dans toutes les sociétés, il n'y a pas toujours des titres au porteur. Ces derniers titres, par suite de la facilité extrême avec laquelle ils circulent sans qu'aucune trace des personnes entre les mains desquelles ils ont passé ne subsiste, se prêtent spécialement aux abus de la spéculation. Aussi, pour les actions, l'émission de titres au porteur n'est permise que sous certaines conditions relatives à la libération des actions (L. 24 juillet 1867, art. 3).

Il y a des sociétés qui n'admettent, du reste, que les titres nominatifs; c'est ainsi que les actions de la *Banque de France* et celles du *Crédit foncier de France,* d'après leurs statuts, et que les actions des sociétés à capital variable d'après une disposition légale (L. 24 juillet 1867, art. 50), ne peuvent revêtir que cette forme.

On concevrait, à l'inverse, au moins en théorie, que la forme au porteur fût seule admise, parce que la société veut éviter les responsabilités qu'entraîneraient pour elle les transferts faits par des incapables ou par des personnes auxquelles n'appartenaient pas les actions ou les obligations. Mais il paraît bien résulter de l'article 8 de la loi du 23 juin 1857 que, dans notre législation, les titres au porteur ne peuvent pas exister seuls dans une société et que, par suite, tout actionnaire peut demander la conversion de son titre au porteur en titre nominatif (1).

600. Chaque actionnaire ou obligataire, quand la société admet des titres nominatifs et des titres au porteur, peut, en principe, librement choisir entre ces deux espèces de formes ; il peut même, en général, selon ses convenances, changer un titre au porteur contre un titre nominatif ou à l'inverse. Ce changement dans la forme des titres est une opération fréquente ; on l'appelle *conversion* V. nº 608.

(1) **Mais** ce qui est dit au texte ne s'applique pas aux titres émis par des personnes morales publiques. La comptabilité compliquée dont les titres nominatifs exigent la tenue explique que parfois les titres au porteur soient seuls admis. Ainsi, les titres d'obligations de la Ville de Paris étaient tous au porteur avant 1873. V. note 2 de la page 523.

Ces principes souffrent des exceptions. Par exemple, les titres appartenant aux mineurs non émancipés ou à des interdits doivent être nominatifs et le tuteur doit faire convertir ceux qui seraient au porteur (L. 27 février 1880, art. 5) (1) (2).

601. La distinction entre les titres nominatifs d'actions ou d'obligations et les titres au porteur présente un grand intérêt sous plusieurs rapports. Elle en offre au point de vue : 1° du remboursement du capital ; 2° du mode de transmission ; 3° des impôts ; 4° de la situation faite à l'actionnaire ou à l'obligataire dépossédé de son titre sans sa volonté (perte, vol, abus de confiance, etc.).

602. La distinction entre les deux sortes de titres n'a pas, en général, d'utilité quant aux personnes qui peuvent valablement recevoir les intérêts ou les dividendes. Ils sont d'ordinaire payables au porteur même quand il s'agit de titres nominatifs, c'est-à-dire que la personne qui se présente pour recevoir, n'a pas à justifier qu'elle est la titulaire du titre ou qu'elle a reçu mandat du titulaire (3).

Seulement, dans les usages, le paiement des intérêts et dividendes ne se constate pas de la même manière pour les deux espèces de titres. Aux titres au porteur sont attachés de petits bons appelés *coupons* qui peuvent en être séparés. Chaque coupon correspond à une échéance ; il suffit de remettre aux bureaux de la société un coupon détaché du titre pour toucher les intérêts ou les dividendes échus. Les titres nominatifs ne sont pas munis de coupons ; pour toucher les intérêts ou les dividendes, il faut présenter ces titres eux-mêmes aux bureaux de la société ; un timbre est apposé sur ces titres pour constater le paiement.

Le mot *coupons* est parfois pris dans un autre sens : il désigne,

(1) Il est aussi d'ordinaire exigé que les titres appartenant à des établissements publics ou d'utilité publique soient nominatifs.

(2) L'article 2 de la loi du 27 février 1880 indique les formalités et précautions spéciales exigées dans le cas où des titres appartenant à des mineurs ne peuvent être, d'après leur nature, qu'au porteur.

(3) Il n'y a là qu'un usage qui n'a rien d'obligatoire. — Les dividendes des actions de la Banque de France qui, d'après les statuts sont toutes nominatives (n° 599), ne peuvent être touchées que soit par le titulaire soit par une personne justifiant d'un mandat de celui-ci.

non les bons séparables attachés au titre au porteur et correspondant chacun à une échéance, mais les sommes à toucher à une échéance à titre d'intérêts ou de dividendes. Le mot *coupons* peut en cette acception s'employer à l'occasion de titres nominatifs comme de titres au porteur (1).

Il y a parfois aussi des *titres mixtes* qui participent à la fois de la nature des titres au porteur et des titres nominatifs. Les titres mixtes portent le nom du titulaire et se transmettent comme les titres nominatifs, mais, comme les titres au porteur, ils sont munis de coupons qu'on détache aux diverses échéances (2).

603. Une différence est faite, d'après des usages constants, au point de vue du remboursement du capital, entre les titres au porteur et les titres nominatifs, auxquels sont assimilés les titres mixtes : toute personne munie d'un titre au porteur peut recevoir le capital devenu exigible, le titulaire seul d'un titre nominatif ou une personne ayant reçu mandat de lui a le droit de le toucher.

Mais cette différence n'est pas essentielle, elle résulte des usages, non de la nature même du titre ou de dispositions légales ; c'est surtout quant au mode de transmission que les deux classes de titres diffèrent.

604. *Modes de transmission des titres au porteur et des titres nominatifs.* — Aux termes de l'article 35, C. com., la cession des titres au porteur s'opère par la tradition.

Il faut se garder, quand on veut avoir des idées parfaitement exactes, de prendre cette disposition à la lettre. Les actions ou obligations au porteur n'échappent point à la règle de notre législation

(1) C'est en ce second sens qu'on parle du montant des coupons de tel ou tel mois, des coupons d'intérêts et de dividendes à propos des actions de capital et de jouissance (n° 552).

Dans le langage de la Bourse, on dit : *le coupon est détaché*, pour indiquer que la somme formant le montant des intérêts ou des dividendes à échoir prochainement ou récemment échue appartient aux vendeurs et non aux acheteurs des actions ou des obligations.

(2) Il existe des titres mixtes pour les rentes sur l'Etat. Les titres d'obligations de la ville de Paris, d'après les règles actuellement admises par celle-ci, ne peuvent être que *mixtes* ou au porteur. V. note 1 de la page 521.

suivant laquelle la propriété se transmet par la seule convention dès l'instant où la chose dont il s'agit est individualisée (art. 1138, C. civ.) ; mais, les titres au porteur étant assimilés aux meubles corporels, on leur applique le principe de l'article 2279, C. civ. : *en matière de meubles possession vaut titre*. Aussi, quoique la propriété d'un titre au porteur soit transmise par l'effet de la seule convention, la situation de l'acquéreur d'un titre de ce genre est fort précaire tant qu'il n'en a pas reçu la tradition. A défaut de cette tradition, il ne peut se faire considérer comme actionnaire ou obligataire à l'égard de la société ou des tiers en général. Si le même titre déjà vendu est vendu par la même personne une seconde fois et livré à un possesseur de bonne foi, celui-ci est préféré, encore que son acquisition soit la seconde en date (art. 1141 C. civ.). En outre, la société peut refuser de laisser exercer les droits inhérents aux actions et aux obligations par un cessionnaire de titre au porteur qui n'en a pas reçu tradition.

L'application aux titres d'actions et obligations au porteur, soit de l'article 1138, C. civ., soit de l'article 2279, C. civ., est restreinte par une raison de fait ou par un motif de droit. Les achats et ventes portent d'ordinaire sur des actions ou des obligations d'une certaine espèce, sans détermination individuelle des titres vendus ou achetés (1), et, par suite, la transmission de propriété ne peut se produire qu'après que cette détermination ou individualisation a été faite. Elle suffit, du moins, sans qu'il y ait eu tradition, pour que la propriété soit transmise (2).

Les articles 2279 et 2280, C. civ., ne sont plus, depuis la loi du 15 juin 1872, applicables sans restriction aux actions et aux obligations au porteur. Sous les conditions que fixe cette loi, l'application, aux titres au porteur d'actions et d'obligations, des articles 2279 et 2280, C. civ., est écartée (n^os^ 626 et suivants).

605. Pour les titres nominatifs, la cession, d'après l'article 36,

(1) Le décret du 7 octobre 1890 rendu pour l'exécution de l'article 90, C. com., dispose dans l'article 46 : *Les négociations ne portent que sur des quantités, sans aucune spécification, par voie d'indication ou autrement, des titres négociés.*

(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 96.

C. com., s'en opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres de la société et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir (1). A propos des effets du transfert, il y a lieu de faire une observation identique à celle qui vient d'être faite (n° 604) pour la tradition des titres au porteur. Entre le cédant et le cessionnaire, la propriété de l'action ou de l'obligation est transmise par le seul effet de la convention ou au moment de la détermination des titres vendus ; mais, à l'égard des tiers, la déclaration de transfert est une condition essentielle de la transmission (2). Par suite, entre deux personnes qui auraient acquis du même titulaire un titre nominatif, celle-là serait préférée au profit de laquelle une déclaration de transfert aurait été faite en premier lieu, et la société pourrait se refuser à laisser exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire par une personne au profit de laquelle une déclaration de transfert n'aurait pas été opérée. Celui qui a cédé un titre nominatif pourrait donc causer un préjudice au cessionnaire en ne faisant pas de déclaration de transfert ; pour l'éviter, dans le cas où un refus se produirait, le cessionnaire devrait obtenir contre le cédant un jugement qui tiendrait lieu de la déclaration de transfert et qui serait mentionné sur les registres de la société.

Une autre conséquence peut être tirée de ce que le transfert n'est exigé qu'à l'égard des tiers. Quand une action nominative non libérée a été cédée sans qu'il y ait transfert, la société a le droit de réclamer les versements à faire au cédant qui, à l'égard de celle-ci, est à considérer comme étant demeuré actionnaire ; mais, le cédant peut se faire rembourser par le cessionnaire qui ne saurait opposer au cédant que la cession n'est pas parfaite à défaut de transfert : entre le cédant et le cessionnaire la transmission est opérée indépendamment de la déclaration de transfert (3).

(1) En fait, les sociétés n'ont pas d'ordinaire de registres de transfert préparés à l'avance. Les déclarations de transfert se font sur des feuilles séparées qu'on réunit ensuite ensemble pour en former des registres.

(2) Trib. civ. Lille, 27 nov. 1902 ; *Pand. fr.*, 1903. 2. 249 ; *le Droit*, n° du 10 janv. 1903 ; *Revue des sociétés*, 1904, p. 447 ; *Journal des sociétés*, 1905, p. 361. — Bruxelles, 7 déc. 1885, *Journal des tribunaux*, n^os^ des 24 déc. 1885 et 31 janv. 1886.

(3) Cette solution a été admise par l'arrêt de la Cour de Bruxelles cité à la note précédente.

606. Le transfert qui a pour but, comme cela vient d'être supposé, de transférer la propriété du titre et de rendre ainsi le cessionnaire actionnaire ou obligataire à la place du cédant, est parfois appelé *transfert réel*. On l'oppose aux *transferts de forme*, *d'ordre et de garantie*.

Le *transfert de forme* est celui qui a lieu toutes les fois qu'un transfert est nécessaire à la suite d'une transmission opérée autrement que par vente. Ainsi, il y a transfert de forme à la suite du décès du titulaire d'actions ou d'obligations nominatives qui laisse des héritiers *ab intestat*, en cas de legs ou de donation de titres nominatifs, de constitution de dot comprenant des titres de cette nature (1).

Le *transfert d'ordre* se rattache à la règle d'après laquelle les agents de change sont tenus au secret envers leurs clients (D. 7 octobre 1890, art. 40). Pour que le client vendeur et le client acheteur ne se connaissent pas, le premier n'est pas appelé à faire directement une déclaration de transfert au profit du second ; le client vendeur consent un transfert au profit de son agent de change, celui-ci fait à son tour un transfert au profit de l'acheteur. Le transfert intermédiaire est appelé *transfert d'ordre*. Ce transfert est provisoire ; mais il ne conserve ce caractère (D. 7 octobre 1890, art. 49) que pendant dix jours ; après ce délai, les transferts sont considérés comme définitivement opérés au nom de l'agent de change. Ces règles présentent une grande importance pratique ; il en résulte : 1° que le droit de mutation n'est pas dû tant que le transfert conserve son caractère provisoire ; 2° que, quand il s'agit d'actions non libérées, l'agent de change, qui a, dans les dix jours, fait connaître à la société le nom de l'acheteur, ne peut être tenu de compléter les versements à faire sur les titres non libérés comme cessionnaire, tandis que, s'il a laissé s'écouler le délai de dix jours, il est traité comme tel (2).

Les transferts *d'ordre* et même les transferts *réels* sont devenus

(1) Le transfert qui a lieu dans ces cas, est aussi parfois appelé *mutation*. Cela montre bien que l'expression *transfert de forme* est peu satisfaisante ; il correspond bien à une mutation.

(2) Paris, 5 mai 1883, D. 1884. 2. 9.

relativement rares ; la raison en est que les agents de change ne se livrent entre eux que des titres au porteur (D. 7 octobre 1890, art. 47). Aussi, quand un actionnaire ou un obligataire ayant des titres nominatifs veut vendre ses actions ou ses obligations, il doit les faire convertir en titres au porteur. Si l'acheteur veut avoir un titre nominatif, il fait à son tour opérer une nouvelle conversion (1).

Le transfert d'ordre ne se pratique d'ordinaire que pour les titres qui doivent nécessairement être nominatifs en vertu de la loi (L. 24 juillet 1867, art. 3) ou des statuts de la société (n° 599).

Enfin, lorsqu'un titre nominatif est donné en gage, la constitution de gage peut être faite au moyen d'un transfert opéré à titre de garantie (art. 91, al. 3, C. com.) (2) (3).

607. Il a été indiqué (n° 597) que les titres peuvent être à ordre et qu'alors, ils sont transmissibles par endossement. Il arrive parfois qu'on combine l'inscription du transfert sur les registres de la société avec l'endossement, en obligeant les cessionnaires à faire viser l'endossement par les administrateurs de la société qui en font mention sur les registres. De cette manière, on connaît le mouvement des actions et les noms des actionnaires, sans que le cédant ait à apposer sa signature sur les registres de la société.

608. De la conversion. — Il ne faut pas confondre avec le transfert des titres nominatifs la *conversion* qui a été mentionnée plus haut (n° 600). Cette opération consiste dans un changement de forme du titre ; il peut y avoir conversion soit d'un titre nominatif en titre au porteur soit d'un titre au porteur en titre nominatif.

La conversion intervient souvent à l'occasion d'une aliénation (n° 606) ; mais elle n'en implique pas nécessairement une, il peut y avoir là un simple changement fait, sur la demande d'un actionnaire

(1) Cette manière d'opérer est très profitable à l'Etat au point de vue fiscal (n° 612).

(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 273.

(3) V., sur la matière du transfert, G. Duvert, *Traité du contentieux des transferts* ; Bézard-Falgas, *Traité théorique et pratique du contentieux du transfert d'actions et d'obligations nominatives* (1905).

ou d'un obligataire, pour des motifs de pure convenance (nº 606). Pourtant, sous deux rapports, la conversion des titres est, en droit, traitée comme un acte d'aliénation :

1° La conversion donne lieu à la perception d'un droit de mutation, comme le transfert. Les raisons fiscales de cette assimilation seront indiquées plus loin (nº 612).

2° La conversion en titres au porteur de titres nominatifs appartenant à un incapable est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres. Cette règle, posée par la loi du 27 février 1880 (art. 10), paraît s'appliquer à tous les incapables, bien que cette loi ne soit relative, dans la plupart de ses dispositions, qu'aux mineurs et aux interdits (1). Elle se justifie aisément ; sans doute, la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur n'est pas un acte d'aliénation, par cette conversion aucun droit ne sort du patrimoine de celui qui la fait opérer, la forme du titre constatant son droit est seule changée, mais cette conversion pourrait, si elle n'était, au point de vue de la capacité, assimilée à une aliénation, être un moyen facile pour l'incapable ou pour son représentant d'aliéner des actions ou des obligations, en livrant les titres au porteur à des tiers de bonne foi que protégerait la règle, en matière de meubles possession vaut titre (2).

609. Des impôts sur les actions et sur les obligations (3).

(1) V., pourtant, en sens contraire, Trib. civ. Seine, 18 juin 1907, *le Droit*, nº du 31 août 1907. Ce jugement décide que la conversion de titres nominatifs en titres au porteur n'est qu'un acte d'administration à propos de titres appartenant à un prodigue.

(2) Avant la loi du 27 février 1880, la question de savoir si, pour la conversion de titres nominatifs en titres au porteur, il fallait la capacité ou le pouvoir de les aliéner, était controversée. La jurisprudence admettait la négative : Cass., 4 août 1873, S. 1873. 1. 441 ; *J. Pal.*, 1873. 1134 (conversion par le tuteur) ; Cass., 13 juin 1876, D. 1878. 1. 181 (femme séparée de biens). V. en sens contraire, note de Ch. Lyon-Caen, sous un arrêt de la Cour de Paris du 12 juill. 1869, S. 1869. 2. 321 ; *J. Pal.*, 1869. 1268.

Mais il n'a jamais été contestable que la conversion d'actions ou d'obligations au porteur en actions ou en obligations nominatives n'est pas un acte d'aliénation.

(3) V., sur cette importante matière fiscale les ouvrages suivants : Demasure, *Etude du régime fiscal des sociétés et des établissements publics* (1884) ;

— Les actions et les obligations sont grevées des mêmes impôts que les autres biens quand ils sont compris dans des successions (1), dans des legs, dans des donations entre vifs, dans des constitutions de dot. Mais il existe aussi pour elles trois impôts spéciaux (2) : 1° l'impôt du timbre ; 2° le droit de transmission pour les actions ou obligations nominatives ou la taxe annuelle pour les actions ou obligations au porteur ; 3° l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

L'impôt du timbre et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières sont identiques quant à leur quotité et à leur mode de perception, que les titres soient nominatifs ou au porteur.

L'impôt sur le revenu n'est pas spécial aux sociétés par actions ; il est, sauf une importante restriction (nos 615 et 622), perçu à l'occasion des sociétés en commandite simple, mais il ne s'applique pas dans les sociétés en nom collectif (L. 1er décembre 1875 et L. 12 avril 1893, art. 36) (3).

L'introduction de ces impôts dans notre législation n'est pas de date très ancienne ; il importe d'en rappeler l'histoire.

610. *Impôt du timbre.* — La loi du 22 frimaire an VII (art. 66, § 2-6°) soumettait à un droit proportionnel de 50 centimes par 100 francs *les cessions d'actions et coupons d'actions mobilières des compagnies et sociétés d'actionnaires*. Cette disposition était rigoureuse en ce qu'elle frappait toute cession ; elle était en même temps inefficace en ce qu'elle établissait un *droit d'acte* auquel on pouvait échapper facilement grâce aux procédés habituels de transmission

Primot, *Traité théorique et pratique des taxes fiscales établies sur les valeurs mobilières* ; Demante, *Principes de l'enregistrement*, 4e édition, II, nos 506 et suiv. (1890) ; Albert Wahl, *Traité de Droit fiscal* (1903).

(1) V. ce qui est dit au n° 613 *bis* d'une taxe annuelle spéciale proposée pour remplacer, en ce qui concerne les titres au porteur, le droit de mutation par succession.

(2) Ces impôts s'appliquent, selon l'opinion générale, aux parts de fondateur. V. Trib. civ. Seine, 16 mars 1894, *le Droit*, n° du 2 mai 1894. Cpr. Cass., 10 juin 1874, S. 1874. 1. 455.

(3) Avant la loi du 1er décembre 1875 et la loi du budget du 12 avril 1893 (art. 36), l'impôt sur le revenu s'appliquait aussi dans les sociétés en nom collectif.

(transfert, tradition). La loi du 5 juin 1850 eut pour but de modérer l'impôt et d'en assurer la perception en le transformant en un droit de timbre. A partir du 1er janvier 1851, les *actions* ont été soumises à un droit de timbre de 50 centimes (60 centimes avec les décimes) par 100 francs du capital nominal pour les sociétés d'une durée n'excédant pas 10 ans et de 1 franc pour les autres (art. 14 et suiv.). Pour les *obligations*, le droit de timbre est toujours de 1 p. 100 du montant du titre (1 fr. 20 avec les décimes) (art. 27) (1).

Au lieu de payer immédiatement le droit, les sociétés peuvent contracter un abonnement et payer annuellement 6 centimes pour 100 francs de capital (art. 22 et 31, L. 5 juin 1850 et art. 3, L. 30 mars 1872). L'abonnement est contracté pour la durée de la société, en ce qui concerne les actions et, pour celle des titres, en ce qui touche les obligations.

En fait, les sociétés usent toutes de cette faculté d'abonnement. Il est à remarquer que, pour le droit de timbre, à la différence de ce qui a lieu pour le droit de transmission et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, l'on ne tient compte ni du prix de vente des actions ou des obligations, ni du montant de leurs revenus. Le droit de timbre se calcule sur le capital nominal ; à défaut de capital nominal, il se calcule sur le capital réel dont la valeur est déterminée par une déclaration estimative des parties (L. 5 juin 1850, art. 27).

Dans l'usage, le droit de timbre est payé par la société, sans qu'elle se le fasse rembourser par les actionnaires ou par les obligataires en déduisant le montant sur les dividendes et intérêts à leur payer (2).

(1) Les obligations du Crédit foncier de France ne sont pas assimilées aux obligations des autres sociétés au point de vue du droit de timbre. Elles sont favorisées : le droit de timbre est, pour elles, de 50 centimes par 1.000 francs, comme pour les effets de commerce (L. 8 juillet 1852, art. 29) ; l'abonnement annuel est de 5 centimes par 1.000 francs (L. 30 mars 1872, art. 1er). On a parfois réclamé l'application du droit commun au Crédit foncier. V. discours de F. Faure dans la séance de la Chambre des députés du 10 novembre 1886.

(2) Il en est autrement pour le droit de transmission et pour l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Les sociétés abonnées sont dispensées de payer, *pour les actions*, leur abonnement annuel, soit quand elles sont mises en liquidation, soit quand, pendant les deux dernières années, elles n'ont payé ni dividendes ni intérêts. La même dispense n'existe pas pour les obligations (1). Cela paraît résulter de ce que l'article 24 de la loi du 5 juin 1850 qui établit la dispense, est placé dans le chapitre de cette loi concernant les actions et non visé dans le chapitre consacré aux obligations (art. 32) parmi les dispositions applicables à celles-ci.

611. *Droit de transmission et taxe annuelle.* — Moyennant le droit de timbre qu'elle établissait, la loi du 5 juin 1850 dispensait les cessions de titres de tout droit et de toute formalité d'enregistrement (art. 15). La dispense n'a pas été de longue durée : la loi de finances du 23 juin 1857, tout en maintenant le droit de timbre, a grevé d'un droit de transmission les cessions à titre onéreux (2) d'actions et d'obligations. La quotité de ce droit a varié depuis 1857, mais la base n'en a pas changé.

Pour les titres *nominatifs* transmissibles seulement par voie de transfert sur les registres de la société, le droit de mutation se perçoit lors du transfert réel.

Pour les titres *au porteur* ou *transmissibles autrement que par un transfert*, par exemple, au porteur ou à ordre (nº 197) (3), l'on ne pouvait songer à percevoir un droit sur les cessions, qui s'opèrent très facilement sans qu'aucune constatation soit possible. Aussi, pour ces titres, le droit de transmission est-il représenté par une taxe annuelle (4) dont la société fait l'avance et qu'elle recouvre sur les actionnaires et les obligataires par voie de retenue sur les dividendes et sur les intérêts (art. 7).

(1) Cass. ch. réun., 27 déc. 1877, S. 1878. 1. 215 ; *J. Pal.*, 1878. 354 ; D. 1878. 1. 354 ; *Pand. fr. chr.*

(2) Pour les cessions à titre gratuit d'actions ou d'obligations, le droit de mutation est le même que pour les cessions de la même nature portant sur d'autres choses.

(3) V. Primot, *op. cit.*, nº 342.

(4) Les mêmes impôts ont été appliqués par la loi du 16 septembre 1871 aux obligations des départements, des communes, des établissements publics et du Crédit foncier de France.

Pour les titres nominatifs, le droit de transmission a pour base le prix de la cession (L. 23 juin 1857, art. 6). La taxe annuelle se calcule sur le capital des titres évalué d'après leur cours moyen pendant l'année précédente (art. 6).

Dans les Bourses françaises, le cours officiel des actions non libérées (autres, toutefois, que celles des sociétés d'assurances) est coté sans déduction des sommes non encore versées ; ainsi, des actions de 500 francs, libérées de moitié, sont cotées 600 francs quand elles sont en hausse de cent francs, bien qu'il n'y ait à payer que 350 francs pour en acheter une. Jusqu'en 1872, cette cote servait de base à la perception du droit de transmission et de la taxe annuelle. Ce procédé était rigoureux et le paraissait surtout depuis l'augmentation de la quotité des droits. 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 entièrement libérés.

La loi du 23 juin 1857 fixait le droit de transmission à 20 centimes et la taxe annuelle à 12 centimes par 100 francs. Actuellement, depuis la loi du 29 juin 1872, le droit de transmission est de 50 centimes et la taxe annuelle de 20 centimes, sans qu'il y ait à ajouter de décimes (1).

612. Bien que la conversion d'un titre au porteur en titre nominatif ou celle d'un titre nominatif en titre au porteur ne soit pas un acte d'aliénation (n° 600), la conversion est passible du droit de transmission (L. 23 juin 1857, art. 9) (2). Le but du législateur a été d'éviter par là qu'on pût échapper à l'impôt, en déguisant une cession sous l'apparence d'une conversion : le titulaire d'un titre nominatif aurait pu le faire convertir en un titre au porteur en allé-

(1) Il y a eu des tâtonnements pour la quotité de la taxe annuelle, qui d'abord fixée à 15 centimes en 1871, a été élevée à 25 centimes par une loi du 30 mars 1872, puis ramenée à 20 centimes par une loi du 29 juin 1872 : c'est cette dernière loi qui a affranchi des décimes le droit de transmission et la taxe annuelle. On voulait ne pas surcharger les titres qui étaient, en vertu de cette même loi du 29 juin 1872, grevés d'un nouvel impôt annuel, la taxe sur le revenu des valeurs mobilières.

(2) V. Houpin, *De la conversion des titres nominatifs*, dans le *Journal des sociétés*, 1904, p. 193 et suiv.

guant qu'il n'y avait qu'une conversion, alors que son but aurait été d'en opérer la cession à une autre personne ou, à l'inverse l'actionnaire ou l'obligataire aurait pu, acquérant un titre au porteur, le faire convertir en titre nominatif et, dissimulant la cession, ne pas payer le droit de transmission. Cpr. n° 608, 2°.

613. Il résulte de ce qui vient d'être dit une conséquence pratique importante et favorable pour le Trésor public. Quand, à la suite d'une cession, il y a immédiatement, soit transfert réel, soit transfert d'ordre suivi d'un transfert réel, un droit de transmission unique est dû. Mais, comme il a été dit plus haut (n° 606), par cela même que les agents de change ne négocient, en principe, que des titres au porteur, la personne qui veut vendre une action ou une obligation doit, si son titre est nominatif, le faire préalablement convertir en titre au porteur. Cette conversion donne lieu à la perception d'un premier droit de transmission. Si l'acheteur désire avoir un titre nominatif, une nouvelle conversion est nécessaire et un second droit de transmission est perçu à son occasion.

613 *bis*. Dans les déclarations de succession, les titres au porteur sont souvent dissimulés et échappent ainsi aux droits de mutation. Aussi a-t-on proposé de remplacer ces droits, comme le droit de mutation entre-vifs sur les cessions à titre onéreux, par une taxe annuelle établie sur les titres au porteur (1). Cette idée n'a pas été adoptée et paraît définitivement abandonnée. Ce nouvel impôt grèverait lourdement les actions et les obligations qui sont déjà très imposées. Il est de plus difficile de l'établir sans injustice : alors que les droits de succession varient avec la qualité du successible, le droit en question serait uniforme par cela même qu'on ne peut par avance connaître le degré de parenté des héritiers qui seront appelés à recueillir la succession d'une personne actuellement vivante (2).

(1) Proposition faite à la Chambre des députés en 1886 par M. Fernand, Faure, ancien Député, actuellement professeur à la Faculté de Droit de Paris et Directeur honoraire général de l'enregistrement et des domaines, lors de la discussion du budget de 1887. V. le discours de l'auteur de cette proposition dans la séance du 11 novembre 1886.

(2) V. dans le *Journal des Débats*, n° du 17 novembre 1886, un article critique de M. Jules Dietz.

La difficulté que présenterait l'application de ce système, a augmenté

614. *Impôt sur le revenu des valeurs mobilières* (1). — Les tentatives réitérées faites en France devant les Chambres pour y introduire l'impôt sur le revenu en général ou sur le revenu tel qu'il fonctionne notamment en Prusse et en Angleterre, n'ont pas jusqu'ici réussi (2). Il existe seulement un impôt spécial sur certains revenus. La loi du 29 juin 1872, qu'ont modifiée les lois du 26 décembre 1890 et du 25 février 1901 ont créé un nouvel impôt connu sous le nom de *taxe* ou *impôt sur le revenu des valeurs mobilières*. Il consiste dans une taxe annuelle de 4 p. 100 perçue sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature et des parts d'intérêt, ainsi que sur les intérêts des obligations et des emprunts des sociétés (3).

Une loi du 21 juin 1875 (art. 5) a complété la loi du 29 juin 1872 en déclarant soumis à la taxe sur le revenu les lots et primes de remboursement payés aux obligataires (n° 625). Cette extension de l'impôt sur le revenu se justifie par cette considération que les primes et lots sont des avantages pécuniaires attachés aux obligations à joindre aux intérêts et sont même payés d'ordinaire à l'aide des intérêts retenus par les sociétés (n° 573).

On peut dire qu'ainsi, la taxe a trois objets distincts : *a*) Les revenus (dividendes et intérêts) des actions ou part d'intérêts ; depuis que l'impôt de mutation sur les successions est devenu progressif (L. 25 février 1901). Car on ne peut connaître par avance l'importance des parts héréditaires dans une succession qui n'est pas encore ouverte.

(1) Ouvrages à consulter : Besson, *Traité pratique de la taxe sur le revenu des valeurs mobilières* (1887). V. aussi les ouvrages cités à la note 3 de la page 528.

(2) La création d'un impôt général et progressif sur le revenu figure depuis longtemps dans le programme du parti républicain radical. Un projet de loi dû à M. Caillaux, Ministre des finances, est actuellement en discussion à la Chambre des députés (janvier 1908).

L'impôt spécial sur le revenu des valeurs mobilières n'est pas progressif, mais proportionnel. De plus, il n'a aucun des inconvénients qu'on peut reprocher à l'impôt général sur le revenu : il se perçoit sans donner lieu à aucune recherche inquisitoriale.

(3) La loi de finances du 26 décembre 1890 a porté à 4 p. 100 l'impôt sur le revenu, qui, d'après la loi du 29 juin 1872, était de 3 p. 100.

De plus, la taxe établie sur les lots attachés aux obligations a été portée de 4 p. 100 à 8 p. 100 par la loi du 25 février 1901 (art. 20).

b) Les intérêts des emprunts et obligations ; *c*) Les primes et les lots.

Pour chacun de ces trois objets principaux de l'impôt sur le revenu, il y a à déterminer : à quelles sociétés s'applique la loi, quelles valeurs donnent lieu à la taxe et comment est déterminé le revenu de ces valeurs.

615. *Revenus (dividendes et intérêts des actions et parts d'intérêts).* — La taxe de 4 p. 100 ne pèse pas seulement sur les revenus des actions dans les sociétés anonymes et en commandite par actions, elle porte aussi sur les intérêts et les bénéfices annuels des parts d'intérêts en commandite dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions (L. 29 juin 1872, art. 1). Selon une loi du 1er décembre 1875, elle ne s'applique pas, au contraire, aux parts d'intérêt dans les sociétés commerciales en nom collectif et, dans les commandites simples, elle n'atteint que les produits du capital de la commandite (1). Aussi est-il très important, à ce point de vue, de distinguer la commandite par intérêts de la commandite par actions (nº 512).

Il résulte des termes de la loi du 1er décembre 1875, qu'elle ne concerne que les sociétés de commerce ; en conséquence, dans les sociétés civiles, qui empruntent la forme des sociétés en nom collectif ou en commandite simple (2), les revenus des parts d'intérêt des associés en nom collectif et des commandités sont soumis à l'impôt de 4 p. 100 sur le revenu (3).

616. La taxe sur le revenu frappe : *les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits et bénéfices annuels des actions de*

(1) Sous l'empire de la loi de 1872, l'Administration de l'enregistrement avait tout d'abord, pendant 3 ans, admis ces solutions ; en 1875, elle rejeta toute distinction et fit consacrer sa nouvelle doctrine par la Cour de cassation (Voy. 4 arrêts du 23 août 1875, S. 1875. 1. 141 ; D. 1875. 1. 347). Sur les réclamations du commerce, le législateur intervint. Dans les sociétés en nom collectif, le capital est en voie de formation et les bénéfices sont principalement des produits du travail des associés.

(2) Nous supposons au texte qu'il est admis que les sociétés en commandite simple ayant pour objet des opérations civiles ne sont pas des sociétés de commerce. Mais il y a là une solution contestée d'une question qui se rattache à l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867.

(3) Cass., 18 nov. 1878, D. 1879. 1. 229.

toute nature, des parts d'intérêt et commandites dans les sociétés. Il s'agit des *produits*, c'est-à-dire des revenus que les associés perçoivent comme fruits des capitaux par eux engagés dans les sociétés. C'est la *distribution* de ces produits qui donne lieu à la perception de l'impôt.

Cette distribution peut se prouver par tous les documents, spécialement par les délibérations des conseils d'administration, ou des assemblées d'actionnaires fixant le montant du dividende (n° 617).

La mise en réserve des bénéfices n'étant pas une distribution ne fait pas percevoir la taxe sur le revenu. Mais il en est autrement de la répartition des réserves entre les associés.

617. La détermination du revenu imposable se fait différemment selon qu'il s'agit d'actions ou de parts d'intérêt. Voici la distinction que fait, à cet égard, l'article 2 de la loi du 29 juin 1872 :

Le revenu est déterminé, pour les *actions*, par le dividende fixé d'après les délibérations des assemblées générales d'actionnaires ou des conseils d'administration, les comptes-rendus ou, à leur défaut, tous autres documents analogues.

Il l'est, pour les *parts d'intérêt et commandites*, par les délibérations des conseils d'administration des intéressés, ou, à défaut de délibération, à raison de 5 p. 100, soit du prix moyen des cessions de parts d'intérêt consenties pendant l'année précédente et dûment enregistrées, soit du montant du capital social ou de la commandite, lorsqu'il n'existe pas de cession.

618. Les comptes-rendus et les extraits des délibérations doivent être déposés au bureau de l'enregistrement dans les vingt jours de leur date. A défaut de ce dépôt, les représentants de la société pourraient être condamnés aux amendes édictées par la loi pour défaut de production des documents prescrits et de paiement de la taxe. Mais, si la preuve de l'existence de ces documents n'est pas faite, la taxe est seulement exigible sur 5 p. 100 du capital (1)..

619. La détermination du revenu à raison de 5 p. 100 constitue un forfait, en ce sens que l'administration ne pourrait pas réclamer plus, même en prouvant que les bénéfices distribués ont dépassé

(1) Demasure, *op. cit.*, n° 220.

5 p. 100 et que la société ne pourrait prétendre payer moins en prouvant que les bénéfices n'ont pas atteint ce taux. Mais faut-il aller jusqu'à décider que la taxe est due à raison de 5 p. 100, alors même qu'il serait prouvé qu'il n'y a pas eu de bénéfices pendant l'année ? On l'a soutenu en se prévalant de l'idée même de forfait. Il y a là une exagération. Il ne saurait être question d'impôt sur le revenu, quand le revenu n'existe pas. Dans ce cas, l'impôt, s'il était dû, frapperait en réalité le capital. Le forfait de 5 p. 100 a été admis pour éviter les investigations gênantes de l'administration. On n'y ouvre pas la porte en réservant à la société la preuve de l'absence de bénéfices (1).

620. Le capital auquel on s'attache pour établir l'assiette de l'impôt quand il est perçu à forfait sur les 5 p. 100, est le capital social originaire de la société tel qu'il est fixé par les statuts. Il n'y a pas à s'inquiéter, soit de la plus-value ou de la moins-value du capital, soit de la perte d'une partie de celui-ci (2). La solution opposée risquerait de donner lieu aux investigations et aux difficultés que le forfait a précisément pour but d'éviter.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit tenu compte des augmentations ou des réductions du capital social régulièrement opérées en vertu de délibérations de l'assemblée des actionnaires (3).

621. La taxe de 4 p. 100 est une charge de l'actionnaire ou de l'obligataire (L. 29 juin 1872, art. 1, 2 et 3). Seulement, le montant en est avancé par la société, sauf son recours contre les actionnaires et les obligataires. Ce recours s'exerce par voie de retenue sur les dividendes ou les intérêts payés par la société. Mais il est parfois convenu que la société renonce par avance à son recours et conservera, par conséquent, l'impôt à sa charge ; une partie des bénéfices est alors employée à l'acquitter. Il y a là un produit accessoire à ajouter aux dividendes distribués pour servir d'assiette à la taxe de 4 p. 100 (4).

(1) Cass , 15 avril 1886, D. 1886. 1 ; *Pand. fr.*, 1887. 1. 24 ; Demasure, *op. cit.*, p. 221.

(2) Cass , 18 nov. 1878, D. 1879. 1. 229.

(3) Demasure, *op. cit.*, n° 222.

(4) Cass., 6 juill. 1880, D. 1880. 1. 393 ; Cass., 5 décembre 1899, *Pand.*

622. *Arrérages et intérêts annuels des emprunts et des obligations.* — Les emprunts et obligations des sociétés anonymes et en commandite donnent lieu à l'impôt de 4 p. 100. Mais il ne frappe pas les intérêts des emprunts faits par les sociétés en nom collectif (L. 28 avril 1893, art 36) (1).

623. Les valeurs donnant lieu à la taxe sont les obligations, telles qu'elles ont été définies précédemment (n° 562) par opposition aux actions et aux parts d'intérêt. Mais les sociétés n'empruntent pas toujours par voie d'émission d'obligations ; elles font parfois des emprunts dans les mêmes conditions que les particuliers. Ainsi, il arrive qu'une société emprunte à une ou plusieurs personnes déterminées et que l'acte d'emprunt qui est passé par devant notaires, contient une constitution d'hypothèque. La jurisprudence reconnaît qu'il y a lieu à l'impôt sur le revenu pour toutes les opérations à l'aide desquelles une société fait appel au crédit pour se procurer les capitaux qui lui sont utiles, par conséquent, pour des emprunts

fr., 1900. 6. 21 ; *Revue des sociétés*, 1900, p. 131 ; *Journal des sociétés*, 1900, p. 208.

(1) Avant la loi du 28 avril 1893, il y avait discussion sur le point de savoir si les intérêts des emprunts faits par les sociétés en nom collectif étaient soumis à l'impôt sur le revenu.

La jurisprudence admettait l'application de cet impôt, V. Trib. de Béthune, 28 déc. 1877, D. 1878. 5. 171. Elle se fondait sur ce que la loi du 1er décembre 1875 n'avait exclu l'impôt que sur les bénéfices distribués aux associés dans ces sociétés On ajoutait en faveur de cette solution que les prêteurs qui ne courent pas les risques des opérations sociales, sont moins dignes de la faveur du législateur que des associés.

Des arguments décisifs devaient, selon nous, faire écarter l'impôt sur le revenu quant aux intérêts des emprunts faits par des sociétés en nom collectif. Il est peu probable que le législateur qui n'avait pas voulu grever les produits du travail des associés en nom collectif, eût voulu apporter une entrave à leur crédit. Il est vrai que la loi du 1er décembre 1875 (art. 1er, alin. 3) ne créait d'exception, dans les sociétés en nom collectif, que relativement aux produits des parts d'intérêt ; mais l'exception n'était pas nécessaire pour les intérêts des emprunts. En effet, la loi du 29 juin 1872 ne soumet à l'impôt sur le revenu que les intérêts des emprunts des sociétés par actions. Cela résulte bien du texte même de l'article 1er de cette loi : l'article 1er 2° vise les intérêts des emprunts des *sociétés ci-dessus désignées,* et l'article 1er-1° ne parle que des sociétés par actions ; c'est l'article 1er 3° qui est relatif aux sociétés par intérêts.

hypothécaires (1), pour des emprunts faits sous forme d'ouverture de crédit (2), pour des avances sur titres faites à une société (3). Cette solution s'appuie exclusivement sur ce que, dans l'article 1er-2° de la loi du 29 juin 1872, le mot emprunts qui est accolé au mot obligations demeurerait sans aucune portée, si l'impôt sur le revenu était appliqué à l'intérêt des obligations, à l'exclusion de l'intérêt des emprunts faits dans les formes ordinaires.

Cette doctrine est très contestable. Rien ne prouve qu'il y ait là autre chose qu'une simple redondance. Du reste, au point de vue rationnel, si l'on comprend que l'impôt spécial sur le revenu atteigne les intérêts des obligations émises par les sociétés, on ne conçoit pas qu'il frappe ceux des emprunts ordinaires faits par elles, alors que les intérêts des emprunts faits par les simples particuliers ne sont pas atteints par la loi fiscale. On établit ainsi entre les sociétés de commerce et les individus commerçants, une profonde différence que rien ne semble justifier (4).

L'impôt de 4 p. 100 sur le revenu s'applique-t-il à l'escompte dans le cas où il s'agit d'une société autre qu'une société en nom collectif qui a fait escompter des effets de commerce ? La solution à donner à cette question dépend de la nature qu'on attribue à l'escompte. L'impôt sur le revenu n'est dû que s'il y a là un emprunt, non s'il y a là une cession de créance à terme (5).

La question est tranchée en ce qui concerne l'escompte des warrants ; *la loi du 29 juin 1872 n'est pas applicable aux avances*

(1) Cass., 8 nov. 1880, D. 1881. 1. 87 ; Cass., 28 août 1882, D. 1883. 1. 423 ; Cass., 15 nov. 1893, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 193 ; *Pand. fr.*, 1895. 6. 9 ; Cass. (ch. réunies), 27 mars 1901, *Pand. fr.*, 1901. 6. 40 ; *Journal des sociétés*, 1901, p. 297. — Besson, *op. cit*, nos 172 et suiv. ; Primot, *op. cit.*, nos 715 et suiv.

(2) Cass., 3 décembre 1901, *Pand. fr.*, 1904. 6. 47 ; *Journal des sociétés*, 1902, p. 251.

(3) Cass., 29 oct. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 193 ; *Pand. fr.*, 1894. 6. 33.

(4) Demasure, *op. cit.*, n° 230.

(5) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 702.

La jurisprudence est favorable à la seconde solution et exclut, par suite, l'impôt sur le revenu : Cass., 29 oct. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 195 ; *Pand. fr.*, 1894. 6. 33.

faites aux sociétés au moyen d'endossements de warrants (loi du budget du 21 décembre 1895, art. 31) (1).

624. Quelque large portée qu'on donne aux termes de la loi du 29 juin 1872, on ne saurait aller jusqu'à appliquer la taxe de 4 p. 100 sur le revenu aux intérêts des sommes dont les sociétés de crédit reçoivent le dépôt. Cette solution a une très grande importance pour les sociétés de crédit qui reçoivent des dépôts irréguliers avec ou sans compte-courants (2).

Cela donne un intérêt pratique, au point de vue fiscal, à la distinction entre le prêt et le dépôt irrégulier. Il est difficile de déterminer le *criterium* de cette distinction. On peut dire d'une façon générale qu'il faut prendre en considération le but des parties. Ont-elles voulu faire fructifier leurs capitaux? il y a prêt. Ont-elles voulu seulement assurer la garde des choses ou sommes remises? il y a dépôt. Seulement, à quels signes extérieurs peut-on reconnaître le but des parties? D'ordinaire, sans doute, les sommes prêtées sont remboursables à une époque fixe avant laquelle elles ne peuvent être exigées, tandis que les sommes déposées sont exigibles à toute réquisition. Cpr. art. 1185 et 1944, C. civ. Mais cette distinction n'a rien d'essentiel; il se peut qu'une somme prêtée soit exigible à toute réquisition du prêteur, et, à l'inverse, qu'une somme déposée ne le soit qu'à partir d'un terme fixé. Il faut rechercher si la remise de la somme a été faite pour rendre service à celui qui la remet ou à celui qui la reçoit. Dans le premier cas, il y a dépôt, dans le second, prêt. D'ordinaire, l'intérêt est, par cela même, moins élevé dans le dépôt que dans le prêt. Par suite, on comprend que le taux de l'intérêt soit pris en considération, lorsqu'il s'agit de décider s'il y a prêt ou dépôt (3).

(1) Avant cette loi, la Cour de cassation admettait qu'il y avait lieu à l'impôt sur le revenu, à l'occasion du premier endossement d'un warrant, mais non à l'occasion des endossements ultérieurs : Cass., 29 oct. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 195 ; *Pand. fr.*, 1894. 6. 33.

(2) V. Trib. civ. Senlis, 5 mars 1903, *Gazette du Palais*, n° du 20 mars 1903.

(3) Cass., 2 déc. 1890, S. 1891. 1. 273; *J. Pal.*, 1891. 1. 647 (Note de M. Albert Wahl) ; *Pand. fr.*, 1891. 6. 35 ; Cass., 29 oct. 1894, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 196 ; *Pand. fr.*, 1894. 6. 33.

624 *bis*. Les impôts spéciaux dont il vient d'être parlé, s'appliquent à toutes les valeurs mobilières françaises (1). La rente sur l'Etat français y est seule soustraite. Cela en augmente le revenu, contribue à la faire rechercher avec plus de faveur et permet à l'Etat, en cas d'emprunt, de fixer à une somme plus élevée le taux d'émission.

Cette exemption fiscale a été consacrée par la loi du 9 vendémiaire an VI pour le 3 p. 100 consolidé. Le principe posé par cette loi, a été étendue à toutes les rentes sur l'Etat émises postérieurement. Toutefois, l'exemption n'est plus aussi absolue qu'à l'origine : les transmissions par donations entre vifs (L. 28 juillet 1836) et les mutations par décès (L. 25 mai 1850, art. 7) de rentes sur l'Etat, ont été soumises aux mêmes droits que celles des autres biens (2).

625. *Primes et lots*. — La taxe de 4 p. 100 frappe les primes : la valeur soumise à l'impôt est déterminée par la somme remboursée et le prix d'émission (L. 21 juin 1875, art. 5). Les lots, qui étaient soumis aussi, pour leur montant, à la même taxe, sont, en vertu de la loi du 25 février 1901 (art. 20) soumis à une taxe de 8 p. 100.

626. De la dépossession involontaire des titres. Perte, vol, etc. (3). — Le propriétaire de titres d'actions ou d'obligations peut en être dépossédé sans sa volonté à la suite d'une perte, d'un vol, d'un abus de confiance, d'une escroquerie, etc. Quelle est, en pareil cas, sa situation ? A quelles conditions peut-il toucher de la société les intérêts ou les dividendes, se faire rembourser le capital devenu exigible, réclamer la délivrance d'un nouveau titre (duplicata) ? N'est-il pas exposé à ce que le titre dont il a été dépossédé,

(1) V., pour les valeurs mobilières étrangères.

(2) Il est question de faire disparaître l'exemption fiscale dont jouissent les rentes sur l'Etat, spécialement à propos de l'établissement d'un impôt général sur le revenu.

(3) Le Gost, *Traité théorique et pratique sur les titres au porteur perdus, volés, détruits*, etc., *et les moyens d'en recouvrer la possession et la jouissance* (1880) ; Garassus, *De la revendication des titres au porteur perdus ou volés* (1902) ; Bézard-Falgas, *Le contentieux des oppositions sur titres d'actions ou d'obligations* (*Saisie des titres, titres perdus ou volés*) (1907).

passe entre les mains d'un tiers-acquéreur de bonne foi contre lequel la revendication ne sera plus possible en vertu de l'article 2279, C. civ. ? Ne peut-il prendre des mesures pour ne pas être ainsi dépouillé ? Ces questions, dont les unes concernent les rapports des actionnaires ou des obligataires dépossédés de leurs titres avec la société, dont les autres sont relatives aux rapports de ceux-ci avec les tiers-acquéreurs, ne sont pas résolues de la même manière pour les titres nominatifs ou mixtes (1) et pour les titres au porteur.

627. *Titres nominatifs et titres mixtes.* — La situation du propriétaire d'un titre nominatif, qui s'en trouve dépossédé sans sa volonté, est très simple. Il n'a qu'à faire le plus promptement possible, entre les mains des représentants de la société, opposition au paiement des intérêts ou dividendes et au remboursement du capital, afin d'éviter qu'un tiers ne se présente pour exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire qui peuvent, en principe, être exercés par tout porteur (n° 602) ; dès qu'il a justifié de ses droits, le véritable titulaire dépossédé peut exiger le paiement des intérêts et dividendes échus, se faire rembourser le capital devenu exigible, réclamer un titre nouveau. La société n'a pas à craindre de subir un préjudice ; si le titulaire se faisait par fraude considérer comme ayant perdu son titre après l'avoir cédé, elle ne serait pas tenue de payer une seconde fois le cessionnaire, car la société est un tiers pour qui la cession n'existe pas tant que le transfert n'a pas été opéré (n° 605). Le propriétaire dépossédé peut aussi se faire délivrer un duplicata lui tenant lieu de son titre primitif (2).

Cela ne s'applique pas seulement aux titres nominatifs proprement dits, mais aussi aux titres mixtes, par cela même que ces titres sont des titres nominatifs munis seulement de coupons au porteur. Toutefois, comme les titres mixtes sont pourvus de coupons qui peuvent en être détachés et qui sont payables au porteur, le propriétaire dépossédé d'un titre mixte y compris les coupons, doit, pour pouvoir toucher ceux-ci, remplir les formalités prescrites par la loi de 1872 au cas de perte de coupons. V. n° 641.

(1) A ce point de vue, les titres mixtes sont traités comme les titres nominatifs. V. n° 627.

(2) Trib. comm. Seine, 14 fév. 1853, S. 1853. 2. 250.

Ces solutions ne tranchent pas d'autres questions, très importantes aussi dans la pratique ; si celui qui a trouvé, volé ou détourné un titre nominatif, est parvenu à le vendre et que le transfert en ait été opéré, quels sont les droits du titulaire dépossédé sans sa volonté ? A-t-il le droit de revendiquer l'action ou l'obligation contre le titulaire actuel au profit duquel le transfert a été opéré ou d'actionner en responsabilité soit la société qui a admis le transfert sur ses registres, soit l'agent de change qui a certifié à tort l'identité du cédant? Ces questions qui se rattachent à la nature des titres nominatifs et à celle du transfert, seront examinées à propos des Bourses et des agents de change (1).

628. *Titres au porteur*. — Quant il s'agit d'un titre au porteur, la condition de l'actionnaire ou de l'obligataire dépossédé n'est pas aussi bonne ; elle est actuellement réglée par une loi du 15 juin 1872 (modifiée par la loi du 8 février 1902). Il est, néanmoins, très utile de connaître la législation antérieure : d'abord, on peut ainsi se rendre compte des importantes innovations de la loi de 1872 ; de plus, cette législation reste applicable quand les formalités prescrites par la loi de 1872, pour que le bénéfice de cette loi puisse être invoqué, n'ont pas été remplies (art. 14, L. 15 juin 1872) (2).

629. Avant la loi du 15 juin 1872, il n'y avait dans nos lois aucune disposition spéciale relative aux conséquences de la dépossession des titres au porteur ; aussi la jurisprudence avait-elle dû, pour les régler, se référer aux principes généraux du droit.

Dans les rapports entre le propriétaire dépossédé et les tiers possesseurs, on appliquait, par suite, sans restriction les articles 2279 et 2280, C. civ., en se fondant sur ce que les droits constatés par des titres au porteur sont traités comme des choses mobilières corporelles. Ainsi, en principe, la revendication n'était pas admise contre un tiers acquéreur de bonne foi (3). Il en était autrement quand cette dépossession provenait d'une perte ou d'un vol, mais

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 946 et suiv.

(2) Angers, 3 déc. 1873, S. 1874. 2. 84 , *J. Pal.*, 1874. 449 ; Req., 14 juill. 1874, S. 1875. 1. 23 ; *J. Pal.*, 1875. 35 ; *Pand. fr. chr.*

(3) Cass., 15 avril 1863, S. 1863, 1. 387 ; Paris, 19 déc. 1871, S. 1871. 2. 274 ; *J. Pal.*, 1871. 859.

non dans les cas d'escroquerie et d'abus de confiance non visés par l'article 2279, 2e alin. (1). La revendication ne durait alors que trois ans ; en outre, le revendiquant, pour se faire restituer son titre, devait rembourser au possesseur le prix payé par lui, s'il l'avait acheté dans une Bourse ou d'un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280) (2).

Les tiers dépossédés, pour empêcher leurs titres de parvenir à des acquéreurs de bonne foi, faisaient ordinairement entre les mains des agents de change opposition à la négociation des titres dont ils indiquaient les numéros. Si cette négociation avait lieu malgré l'opposition, l'article 2279 ne s'en appliquait pas moins au profit des acquéreurs, mais la responsabilité de l'agent de change était engagée. Les tribunaux pouvaient le condamner à indemniser le propriétaire dépossédé.

Par cela même que les articles 2279 et 2280, C. civ., ne s'appli-

(1) De là l'intérêt qu'il peut y avoir à rechercher si certains faits constituent un vol ou une escroquerie. Trib. civ. Seine, 12 novembre 1900, *le Droit financier*, n° du 20 avril 1901.

(2) D'après l'article 2280, C. civ., si le possesseur de la chose volée ou perdue l'a achetée *dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles*, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant le prix qu'elle a coûté. Cela s'applique tout naturellement aux titres achetés dans une Bourse ; mais que décider pour les négociations opérées chez un banquier ou chez un changeur ?

Nous pensons que l'article 2280, C. civ., peut être invoqué par celui qui a acheté le titre d'un changeur ou d'un banquier, mais non par le changeur qui achète un titre. Celui qui achète d'un changeur ou d'un banquier achète d'un marchand vendant des choses pareilles. On ne peut dire la même chose du banquier ou du changeur lui-même qui, dans son propre magasin, achète d'une autre personne. V. *dans notre sens, sur le premier point*, Paris, 5 mai 1876, S. 1877. 2. 171 ; *Pand. fr. chr.* : Paris, 8 avril 1878, *le Droit*, n° du 23 mai 1878. — Le Gost, *op. cit.*, nos 62 et suiv. — *En sens contraire*, Paris, 9 nov. 1864, D. 1865. 2. 54 : S. 1864. 2. 382 ; Paris, 15 janv. 1885, D. 1885. 2. 216. — Aubry et Rau, II (5e édit.), § 183, note 14. — V. *dans notre sens, sur le second point*, Paris, 6 juill. 1864, D. 1865. 2. 53 : Paris, 9 nov. 1864, D. 1865. 2. 54 ; S. 1864. 2. 382 ; Cass., 21 nov. 1877, S. 1878. 1. 407 ; *J. Pal.*, 1878. 1065 ; *Pand. fr. chr.* — Le Gost, n° 56 ; Laurent, XXXII, n° 590.

V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 999.

quent qu'aux acquéreurs de bonne foi, la revendication des titres au porteur était possible pendant 30 ans contre les acquéreurs de mauvaise foi. Celle-ci consiste dans la connaissance du défaut de droit chez le vendeur ; il appartient aux juges de décider librement si la mauvaise foi est établie. Ils pouvaient en trouver la preuve dans les oppositions faites ou dans les publications insérées dans les journaux ; mais il n'y avait pas de règle absolue à cet égard, par cela même que c'était une pure question de fait.

629 *bis*. — Tout ce qui vient d'être dit est relatif seulement aux rapports entre le porteur dépossédé et les tiers acquéreurs. Les rapports entre le propriétaire dépossédé et la société qui avait émis le titre étaient plus difficiles à régler.

Les sociétés soutinrent pendant longtemps que le porteur dépossédé ne pouvait exiger d'elles ni le paiement des intérêts ou dividendes ni le remboursement du capital devenu exigible, ni la délivrance d'un duplicata du titre : elles disaient qu'un tiers possesseur de bonne foi pouvait toujours se présenter et qu'elles ne voulaient pas être exposées à payer deux fois ; elles ajoutaient qu'elles ne devaient qu'au titre, c'est-à-dire à la personne quelconque qui se présente étant porteur du titre pour exercer les droits y attachés.

Ces prétentions étaient exorbitantes et fondées sur des raisons inexactes. Si elles eussent été admises, la disparition des titres au porteur aurait été pour les sociétés, une source de benéfices. En disant qu'elles ne devaient qu'au tiire, elles méconnaissaient cette idée que le titre n'est pas le droit lui-même, qu'il en constitue seulement la preuve. Sans doute, il ne fallait pas que les sociétés fûssent exposées à payer deux fois, mais dès l'instant qu'on ne laissait les actionnaires et les obligataires exercer leurs droits contre elles qu'en prenant toutes les précautions pour empêcher que les sociétés n'éprouvâssent pas une perte de ce chef, elles ne pouvaient pas légitimement se plaindre.

C'est en s'inspirant de ces idées que la difficulté avait été résolue par une jurisprudence constante relativement au paiement des intérêts et des dividendes. Pour arriver à les toucher, le porteur dépossédé faisait notifier à la société débitrice opposition à ce paiement : puis, en justifiant de son droit, il faisait déposer les intérêts et divi-

dendes échus à la Caisse des dêpôts et consignations et il pouvait les toucher cinq ans après leur échéance (1). La société n'avait pas à redouter les réclamations d'un tiers possesseur de bonne foi ; car à celui qui se serait présenté postérieurement la société aurait pu opposer la prescription (art. 2277, C. civ.).

Des Cours d'appel avaient admis une règle semblable pour le paiement du capital devenu exigible ; elles décidaient que le porteur dépossédé pouvait, en justifiant de son droit, faire déposer le capital à la Caisse des dépôts et consignations et le toucher trente ans après la date de son exigibilité (2). Pour justifier cette solution, on invoquait les mêmes arguments que pour les revenus, on disait qu'au bout de trente ans, le propriétaire dépossédé pouvait toucher le capital, sans que la société eût à craindre d'avoir à payer une seconde fois, puisque le possesseur de bonne foi, qui se présenterait par extraordinaire, serait repoussé par la prescription (art. 2262, C. civ.). Cette raison n'était pas décisive, parce que la prescription trentenaire peut être suspendue, et qu'ainsi, plus de trente ans après l'exigibilité du titre, il est possible qu'une réclamation dont il y a lieu de tenir compte, se produire.

Le propriétaire dépossédé peut désirer vendre son action ou son obligation et, pour cela un duplicata de son titre lui est indispensable. La jurisprudence refusait, en général, au propriétaire dépossédé le droit d'exiger un duplicata de son titre (3) : autrement, la société disait-on, eût été exposée à se trouver en présence à la fois du porteur du duplicata et du possesseur de bonne foi du titre originaire ; aucune prescription n'aurait été opposable à ce dernier, au moins du chef des intérêts et dividendes à venir, puisque la prescription ne court qu'à partir de l'échéance (art. 2257, C. civ.).

De tous côtés, on réclamait depuis longtemps (4) une réglemen-

(1) Paris, 27 fév. 1854, S. 1854. 2. 355 ; Paris, 13 mai 1865, S. 1865. 2. 153.

(2) Paris, 21 juill. 1856, *J. Pal.*, 1858. 1095.

(3) Paris, 24 juill. 1857, S. 1857. 2. 636. V. les arrêts cités à la note 1, p. 468.

(4) Le Sénat du second Empire avait été saisi à plusieurs reprises de pétitions à cet égard. V. *Moniteur Universel*, nos du 3 juillet 1862 et du 5 avril 1863.

tation plus favorable de la situation du porteur dépossédé. Les nombreuses pertes de titres survenues en 1870-1871, par suite des événements de la guerre étrangère et de la Commune (1), déterminèrent le gouvernement à présenter sur la matière un projet de loi (2), qui est devenu la loi du 15 juin 1872. L'expérience a fait apercevoir des lacunes ou des défauts de cette loi ; elles ont été comblées ou corrigées par la loi du 8 février 1902 (3).

630. La loi du 15 juin 1872 a touché à la fois aux rapports du porteur dépossédé avec le débiteur (4) et aux rapports du porteur dépossédé avec les tiers acquéreurs. Elle a modifié, aux points de vue suivants, les règles que la jurisprudence antérieure admettait, en l'absence de dispositions spéciales, en vertu des principes généraux du droit : *a*) la loi du 15 juin 1872 abrège les délais après lesquels le porteur dépossédé peut toucher les intérêts et les dividendes échus ; *b*) elle abrège aussi ceux après lesquels il a le droit de se faire payer le capital devenu exigible ; *c*) elle reconnaît que le porteur peut se faire délivrer un duplicata de son titre ; *d*) par dérogation à l'article 2279, C. civ., elle accorde au porteur dépossédé la revendication même contre un possesseur de bonne foi, quand celui-ci n'a acquis qu'après l'accomplissement de certaines formalités destinées à empêcher la négociation du titre ; *e*) par dérogation à l'article 2280, C. civ., elle n'impose jamais au revendiquant, en

(1) Une loi toute spéciale du 19 mai 1871, applicable à tous les biens, meubles ou immeubles, avait écarté l'application des articles 2279, 2280 et 2265, C. civ., aux biens soustraits pendant la Commune. Mais cette loi ne donnait pas le moyen de recouvrer les titres au porteur soustraits.

(2) Exposé des motifs dans le *Journal Officiel* du 13 août 1871, Rapport de M. Grivart dans le *Journal Officiel* du 11 mai 1872.

(3) Le projet de la loi du 8 février 1902 a été déposé au Sénat le 21 décembre 1900. Le rapport de M. Grivart, déjà rapporteur de la loi du 15 juin 1872, l'a été le 19 mars 1901. Le projet a été discuté et adopté par le Sénat dans ses séances du 24 mai et du 20 juin 1901. Le rapport de M. Cruppi à la Chambre des députés a été déposé le 29 novembre 1901.

(4) Nous employons l'expression générale *débiteurs*, parce que la loi du 15 juin 1872 s'applique, sauf dérogations (n° 644) a toutes les valeurs mobilières, à celles qui sont émises par les personnes morales publiques (départements, villes, Chambres de commerce, etc...), comme à celles qui sont émises par des sociétés.

quelque lieu que le tiers acquéreur ait acheté les titres, l'obligation d'en rembourser le prix à celui-ci.

Les trois premiers points (*a*, *b* et *c*), concernent les rapports du propriétaire dépossédé avec l'établissement débiteur, les deux derniers (*d* et *e*) les rapports de ce propriétaire avec les tiers acquéreurs de bonne foi.

631. *Formalités à remplir*. — Celui qui prétend avoir été dépossédé sans sa volonté d'un titre au porteur doit, avant tout s'il veut profiter des dispositions de la loi du 15 juin 1872 modifiée par la loi du 8 février 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 à 11), l'autre à l'établissement débiteur, afin d'empêcher que celui-ci ne paie au tiers porteur qui pourrait se présenter, soit les intérêts ou les dividendes arrivant à échéance, soit le capital devenu exigible.

L'acte d'opposition signifié au syndicat des agents de change doit énoncer le nombre, la nature, la valeur nominale et s'il y a lieu, la série des titres. Elle doit contenir réquisition sous la condition de paiement du coût, de publier dans la forme déterminée par la loi, les numéros des titres dont le propriétaire prétend avoir été dépossédé. L'opposition doit aussi énoncer, autant que possible : 1° l'époque et le lieu où le porteur en est devenu propriétaire et le mode de son acquisition ; 2° l'époque et le lieu où il a reçu des derniers intérêts ou dividendes ; 3° les circonstances qui ont accompagné la dépossession ; 4° enfin une élection de domicile à Paris (art. 1) (1).

Afin de permettre au propriétaire dépossédé de retrouver les numéros de ses titres, la loi de 1872 (art. 13) prescrit aux agents de change de mentionner au dos des bordereaux d'achat les numéros des titres qu'ils livrent et d'inscrire sur un livre spécial les

(1) Les premières énonciations sont obligatoires, parce que, sans elles, on ne verrait pas exactement de quels titres il s'agit. Aussi le défaut ou l'inexactitude de ces énonciations peut faire considérer l'opposition comme non avenue V. n° 640.

On lit dans le rapport fait par M. Grivart à l'Assemblée nationale : « L'exploit contenant l'opposition devra désigner d'une manière précise « par leurs numéros d'ordre les titres qui en sont l'objet. C'est là une « énonciation essentielle. Quels effets pourrait produire une opposition qui

numéros des titres qu'ils achètent ou qu'ils vendent. Ils perçoivent, pour la mention faite sur les bordereaux, une rémunération de 5 centimes par titre (décrets du 17 avril 1873 (art. 11) et du 8 mai 1902 (art. 2).

L'acte d'opposition signifiée à l'établissement débiteur doit contenir toutes 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 instrumentaire de la quittance délivrée par le syndicat des agents de change du coût de la publication à faire par les soins de celui-ci (1). Il est fait dans l'acte élection de domicile dans la commune du siège de l'établissement débiteur (L. 15 juin 1872 modifiée par la loi du 8 février 1902, art. 2).

Ainsi, un lien est établi entre l'opposition faite à l'établissement débiteur et l'opposition faite au syndicat des agents de change de Paris. Ce lien créé par la loi du 8 février 1902, n'existait pas d'après la loi originaire du 15 juin 1872. Aussi arrivait-il qu'il n'y avait d'opposition formée qu'à l'établissement débiteur. Cela présentait de gros inconvénients. D'abord l'acheteur, surpris par l'opposition faite à l'établissement débiteur, devait, pour toucher les intérêts et dividendes et, s'il y avait lieu, le capital, obtenir une mainlevée qui devait lui être accordée, par cela même qu'à défaut d'opposition au syndicat des agents de change de Paris, l'acheteur était, en principe, protégé contre la revendication, en vertu de l'article 2279, C. civ. Puis, l'opposant était parfois trompé ; il s'était imaginé que l'opposition faite à l'établissement débiteur était suffisante pour le protéger même contre les négociations de titres au porteur faites au profit de tiers.

La loi du 8 février 1902 fait disparaître ces inconvénients : en

« ne déterminerait pas dans leur individualité les titres qu'on veut « atteindre ? D'autres énonciations sont demandées ; elles seront très « utiles pour contrôler la nécessité de la déclaration de l'opposant et, au « besoin, pour diriger les recherches de la justice. Mais elles sont de « telle nature qu'il n'était pas possible de les imposer d'une manière « rigoureuse. »

(1) *Cette quittance soumise au seul droit de timbre de dix centimes s'il y échet, est dispensé d'enregistrement* (L. 15 juin 1872 modifiée par la loi du 8 février 1902, art. 1er).

exigeant que l'opposition soit faite en premier lieu au syndicat des agents de change de Paris et que l'opposition faite à l'établissement débiteur se réfère à la précédente. On peut espérer qu'en outre, les frais occasionnés par cette double opposition mettront quelque peu obstacle aux oppositions formées à la légère ou de mauvaise foi. V. n° 632.

632. Les oppositions ainsi formées peuvent ne pas être contredites par un tiers possesseur des titres prétendant en être propriétaire ou, au contraire, un tiers peut y contredire. Dans le premier cas, il n'y a à régler que les rapports de l'opposant avec l'établissement débiteur. Dans le second cas, il y a à régler les rapports de l'opposant avec le contradicteur, c'est-à-dire à déterminer qui doit être considéré comme propriétaire.

632 *bis*. Au point de vue de ses rapports avec l'établissement débiteur, 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 de son titre pour le négocier.

632 *ter*. L'opposition notifiée à la société débitrice, ne confère pas, par elle seule, à l'opposant ces différents droits ; il est à craindre, en effet, que l'opposant n'ait pas réellement été propriétaire des titres qu'il a cédés antérieurement ou que ceux-ci soient passés avant toute opposition entre les mains d'un possesseur de bonne foi. Le seul effet que produise immédiatement l'opposition est purement négatif : elle met obstacle au paiement, soit des intérêts et des dividendes, soit du capital devenu exigible; la société qui paierait un tiers porteur, nonobstant l'opposition, serait exposée à payer une seconde fois l'opposant (art. 1242, C. civ.).

L'effet de l'opposition faite à l'établissement débiteur, subsiste jusqu'à ce que mainlevée en ait été donnée par l'opposant ou ordonnée par justice ou jusqu'à ce qu'une déclaration ait été faite par le syndicat des agents de change, à l'établissement débiteur de la radiation de l'inscription du numéro du titre au Bulletin officiel des oppositions (art. 2, avant-dern. al.). Il y a là une application de la règle introduite par la loi du 8 février 1902 selon laquelle

l'opposition à l'établissement débiteur est liée à l'opposition au syndicat des agents de change qu'elle présuppose (1).

633. Si, avant que la société débitrice ne se soit libérée, il se présente un tiers porteur des titres frappés d'opposition, la société doit provisoirement retenir ces titres contre un récépissé remis au tiers porteur. Elle doit, de plus, avertir l'opposant, par lettre chargée, de la présentation du titre, en lui faisant connaître le nom et l'adresse du tiers porteur. C'est au tribunal à décider à qui de l'opposant ou du tiers porteur les titres appartiennent. Les effets de l'opposition sont suspendus jusque-là. (L. 15 juin 1872, art. 10).

Il ne suffit pas, pour que ces règles s'appliquent, qu'un tiers présente des coupons, s'il ne soutient pas en même temps que les titres lui appartiennent. Celui qui présente des coupons peut très bien ne prétendre aucun droit ni sur le titre ni même sur des coupons à échoir plus tard. On ne voit pas pourquoi la présentation de coupons à elle seule suspendrait les effets de l'opposition sur le titre et sur les coupons postérieurs (2).

Mais l'obligation de retenir les titres frappés d'opposition n'est imposée par la loi qu'à l'établissement débiteur. Elle ne saurait sans arbitraire être étendue aux intermédiaires quelconques, fût-ce aux agents de change, qui s'aperçoivent que les titres qui leur ont été transmis sont frappés d'opposition (3). Ces personnes peuvent, afin de se faire délivrer d'autres titres semblables, les restituer à ceux dont ils les tiennent sans encourir aucune responsabilité.

634. L'opposant ne peut exiger le paiement des intérêts ou des dividendes qu'à des conditions multiples :

1. Il faut 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 (art. 3). Il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait contradiction, qu'un coupon du titre

(1) V. L. du 15 juin 1872, article 11 nouveau et D. 8 mai 1902.

(2) *De la contradiction à l'opposition du propriétaire dépossédé*, par J. Hubbard, dans *le Droit*, nos des 6 et 7 mars 1884. — Consult., Paris, 6 mai 1884, *le Droit*, n° du 21 août 1884 ; Paris, 5 avril 1887, D. 1887. 2. 213. — Déloison, *op. cit.*, nos 563, 603 et suiv.

(3) Paris, 30 janvier 1882, *Journal des valeurs mobilières*, 1882, p. 400.

soit présenté à l'encaissement par un tiers quelconque (1). V. n° 633.

2. Durant cette année, deux termes d'intérêts ou de dividendes doivent avoir été mis en distribution (2), ou, s'il s'agit de titres à l'égard desquels il y a eu cessation de distributions périodiques, il faut que trois ans se soient écoulés sans que l'opposition ait été contredite dans le terme sus indiqué (art. 3 modifié par la loi du 8 février 1902) (3).

3. L'opposant doit obtenir du président du tribunal civil de son domicile l'autorisation de toucher les intérêts et dividendes à mesure de leur exigibilité (art. 3). Le président a un pouvoir discrétionnaire ; il examine les circonstances et tient notamment compte de l'honorabilité de l'opposant. Si le président du tribunal civil rejette la demande d'autorisation, l'opposant a le droit de saisir par voie de requête le tribunal lui-même, celui-ci statue après avoir entendu le ministère public, le jugement tient lieu de l'ordonnance d'autorisation, si l'ordonnance, qui avait refusé cette autorisation, est infirmée (4).

(1) La loi du 8 février 1902 a, sur ce point, confirmé la jurisprudence qui s'étant formée sur l'article 3 de la loi du 15 juin 1972 qui se bornait à disposer : « lorsqu'il se sera écoulé une année depuis l'opposition sans « qu'elle ait été contredite », sans indiquer l'objet de la contradiction.

(2) Les motifs de cette condition sont très bien indiqués dans le rapport fait par M. Grivart à l'Assemblée nationale sur la loi du 17 février 1872 :

« L'opposition, qui n'est que l'affirmation d'une partie intéressée, ne cons-
« titue pas une peuve, et on ne saurait, sans méconnaître les principes
« les plus rationnels et les plus constants, en faire la base de l'exercice
« d'un droit dès l'instant où elle se produit ; mais, lorsqu'il s'est écoulé
« une année depuis la déclaration du propriétaire dépossédé et que, durant
« cette sorte de temps d'épreuve imposé à sa sincérité, les titres adirés,
« perdus ou détruits, n'ont pas été présentés à l'établissement débiteur,
« bien qu'ils y fussent provoqués par la mise en distribution de deux
« termes au moins de dividendes ou d'intérêt, on ne peut contester que le
« bien fondé de l'opposition acquiert une sérieuse vraisemblance. »

(3) Ce cas spécial n'était pas prévu par la loi du 15 juin 1872.

(4) Ce jugement est, selon nous, susceptible d'appel. Sans doute, dans notre législation, il n'y a jamais que deux degrés de juridiction, et l'on pourrait être porté à dire qu'ils sont épuisés, puisqu'il a déjà été statué successivement par le président du tribunal civil et par le tribunal lui-même. Mais ce principe ne s'applique qu'aux décisions contentieuses ; et l'ordonnance qui refuse l'autorisation, n'a pas un caractère contentieux.

4. Alors même que les deux conditions précédentes sont remplies, il est à craindre qu'un tiers porteur de bonne foi, invoquant l'article 2279, C. civ., ne se présente pour toucher les intérêts ou les dividendes. Il est prudent que, dans cette prévision, l'opposant donne une garantie assurant son paiement au tiers porteur éventuel. Cette garantie est une caution solvable dont l'engagement s'applique au montant des annuités exigibles et à une valeur double de la dernière annuité échue (art. 4). L'opposant peut, s'il le préfère, exiger le dépôt des intérêts et dividendes à la Caisse des Consignations, à mesure de leur échéance. A défaut de caution, l'opposant est admis aussi à fournir un nantissement en rentes sur l'Etat, par application de l'article 2041, C. civ. La durée de l'engagement de la caution ou du nantissement est de deux ans à partir de l'autorisation, ce qui fait trois ans à partir de la date de l'opposition. C'est aussi après ce délai que l'opposant peut retirer les sommes déposées à la Caisse des Consignations (art. 4). Ce délai écoulé sans que l'opposition ait été contredite, il est très probable qu'aucun tiers porteur ne se présentera (1).

635. L'opposant peut aussi, sous les mêmes conditions, toucher le capital de son titre devenu exigible. S'il s'agit d'un titre non productif de revenus, le délai qui doit-être écoulé depuis la date de l'opposition est porté d'un an à trois ans (art. 3 modifié par la loi du 8 février 1902 (2). La caution doit alors être donnée pour le capital, si l'opposant ne préfère exiger qu'il soit déposé à la Caisse des Dépôts et Consignations. La caution n'est déchargée à cet égard que

(1) Voici ce que dit sur l'effet de l'expiration du délai de trois ans sans que l'opposition ait été contredite, M. Grivart dans son rapport à l'Assemblée nationale : « Si les trois années s'écoulent sans que l'opposition ait été « contredite, ce qui suppose que durant cette période les titres qu'elle « frappe n'ont pas été présentés à paiement malgré l'interpellation pério- « dique qui résultait de l'échéance des intérêts ou dividendes, on ne peut « méconnaître que les présomptions en faveur de la sincérité de la décla- « ration de l'opposant se sont accrues au point de devenir décisives... La « caution sera donc déchargée. »

(2) Ce cas n'était pas prévu par la loi du 15 juin 1872. Aussi cette loi était considérée comme non applicable aux titres non productifs de revenus. V. n° 645.

lorsqu'il s'est écoulé dix ans après l'époque de l'exigibilité et cinq ans au moins à partir de l'autorisation sans que l'opposition ait été contredite par un tiers se prétendant propriétaire du titre frappé d'opposition (art. 5). S'il y a eu dépôt, l'opposant ne peut retirer qu'après ces délais de la Caisse des Dépôts et Consignations le capital déposé. Cette différence entre la durée de l'obligation de la caution ou la durée du dépôt pour le capital et pour les intérêts ou dividendes provient de ce qu'on demande assez régulièrement le paiement de ces dernières sommes, tandis que souvent les porteurs de titres, dans l'ignorance de l'exigibilité du capital, tardent longtemps à le réclamer. Il faut donc qu'un temps relativement assez long se soit écoulé sans réclamation d'un tiers porteur pour le capital devenu exigible, pour qu'il soit vraisemblable qu'aucun ne se présentera.

636. Lorsque ces diverses conditions sont remplies, la société, en payant l'opposant, est libérée (art. 9, L. 15 juin 1872, art. 1240, C. civ.) ; les tiers porteurs, qui se présenteraient postérieurement, n'auraient d'action que contre l'opposant et contre la caution, s'ils agissaient avant sa libération ou sur les rentes déposées en nantissement ou sur les sommes déposées à la Caisse des Dépôts et Consignations ; car la société n'a payé qu'après l'accomplissement de toutes les formalités légales, et il y a presque toujours une négligence à reprocher au tiers porteur, qui survient après un temps assez long. C'est donc celui-ci et non la société qui supporte l'insolvabilité de l'opposant et de sa caution. Du reste, il est très rare qu'un tiers porteur de bonne foi survienne après les délais légaux ; ils sont assez longs et la loi du 15 juin 1872 a pris des précautions pour empêcher la négociation de titres au porteur frappés d'opposition. V. n^os^ 637 et suiv.

637. *Délivrance d'un duplicata*. — Quand le capital d'une action ou d'une obligation n'est pas encore devenu exigible, le porteur dépossédé peut désirer avoir un duplicata de son titre ; il est possible, en effet, qu'il veuille vendre ses actions ou ses obligations, et leur négociation est impossible sans le titre qui prouve l'existence de ses droits ; mais, d'un autre côté, il serait dangereux pour la société débitrice que deux exemplaires du même titre fussent laissés dans la circulation : on pourrait la considérer comme étant

obligée envers les deux porteurs différents de ces titres. Aussi la jurisprudence refusait-elle au porteur dépossédé le droit d'obtenir la délivrance d'un duplicata (n° 629). La loi du 15 juin 1872 modifiée par la loi du 8 février 1902, admet ce droit, en subordonnant son exercice à des conditions multiples destinées surtout à faire que, quand elles sont remplies, il y ait presque certitude qu'un tiers ne se présentera pas et à empêcher ainsi que la délivrance d'un duplicata ne cause un préjudice à la société.

Pour que le porteur dépossédé puisse exiger un duplicata, il faut (art. 15) :

a) Qu'il se soit écoulé 10 ans depuis l'autorisation obtenue du président du tribunal civil par l'opposant sans que personne se soit présenté pour toucher les revenus du titre, ce qui fait un délai de onze ans après la date de l'opposition ;

b) Que, pendant ce délai, l'opposition n'ait pas été contredite par une personne se disant propriétaire du titre ;

c) Que l'opposant paie les frais occasionnés par le duplicata ;

d) Que le numéro du titre frappé d'opposition ait été publié dans le *Bulletin des Oppositions* jusqu'au jour où le duplicata est réclamé par l'opposant ;

e) Que, de plus, l'opposant paie à l'avance la publication faite dans ce bulletin (2), 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 en ce qui concerne les titres ne portant aucun coupon (art. 15, modifié par la loi du 8 février 1902).

Sans doute, après ce délai, la transmission du titre à un tiers de bonne foi serait encore possible, mais elle est bien peu présumable ; après un aussi long temps, le titre ancien sera dépouillé de ses coupons, et cette circonstance doit éveiller la défiance des acquéreurs.

(1) Trib. civ. Seine (5e ch.), 22 juin 1883, *la Loi,* n° du 21 nov. 1883.

(2) Conformément à l'article 15, alinéa 6 de la loi du 15 juin 1872 modifié par la loi du 8 février 1902, un décret du 8 mai 1902 a fixé le coût de la somme à payer au syndicat des agents de change de Paris pour la publication supplémentaire au delà de dix ans.

Dès que toutes ces conditions sont remplies, 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 et indiquant qu'il est délivré en double. Ce titre confère les mêmes droits que le premier, qui est frappé de déchéance et est négociable dans les mêmes conditions. Le tiers porteur qui représenterait le titre primitif après la remise du duplicata à l'opposant, n'aurait plus qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre l'opposant, si l'opposition avait été faite sans droit (art. 15).

637 *bis. Perte ou vol de coupons.* — Il a été supposé jusqu'ici que la dépossession s'applique à un titre au porteur ; il peut se faire qu'elle ait pour objet des coupons détachés du titre au porteur ou mixte. Il s'agit alors le plus souvent de sommes peu importantes, la fraude est moins à craindre que pour les titres eux-mêmes. Aussi la loi du 15 juin 1872 (art. 8) autorise-t-elle l'opposant à réclamer le montant de ses coupons de la société débitrice après trois ans à compter de l'échéance et de l'opposition, sans que l'autorisation de justice soit nécessaire et sans que l'opposant soit astreint à fournir une garantie quelconque.

Le législateur ayant eu pour but de faciliter le paiement des coupons à l'opposant, il est incontestable que, si celui-ci voulait les toucher un an après l'opposition, il pourrait le faire, mais alors, il devrait obtenir l'autorisation de la justice et fournir une garantie, comme s'il s'agissait de la perte du titre lui-même (nos 631 et suiv.).

D'ailleurs, comme les coupons des titres au porteur ne sont pas l'objet de négociations, à la différence des titres dont ces coupons sont détachés, il n'y a pas lieu, pour les coupons, à la notification au syndicat des agents de change, ni à l'insertion au *Bulletin* quotidien des oppositions. Le porteur dépossédé de coupons détachés d'un titre n'est tenu que de l'opposition à l'établissement débiteur (art. 2, dern. alin.).

638. Quand, à la suite de la perte ou du vol de coupons, il n'a pas été formé d'opposition, le porteur dépossédé peut-il les revendiquer pendant les trois ans ? On a soutenu que la revendication doit être

refusée, parce que les coupons sont assimilables à la monnaie courante qui, certainement, ne peut être revendiquée (1). Cette opinion n'est pas admissible. L'article 2280, 1er alin., C. civ., autorise, par exception, la revendication des choses mobilières en cas de perte ou de vol (2). Les coupons sont des choses mobilières ; ils peuvent sans doute servir à opérer des paiements, mais ce n'est pas là l'usage normal qu'on en fait. Les titres au porteur eux-mêmes peuvent, à l'occasion, servir aussi à faire des paiements. Cela n'empêche pas que la revendication en ait toujours été admise dans les cas déterminés, soit par la loi du 15 juin 1872, soit par les articles 2279 et 2280, C. civ. Il n'en pourrait être autrement pour les coupons qu'en vertu d'une disposition légale expresse, comme il en existe une dans le Code *suisse* des obligations (208-1°).

639. *Revendication des titres au porteur contre les tiers acquéreurs.* — Les modifications apportées au droit commun par la loi du 15 juin 1872 en ce qui concerne les rapports du porteur dépossédé avec les tiers sont plus notables que celles qui sont relatives à ses rapports avec la société débitrice. Sous des conditions spéciales que cette loi détermine, le tiers porteur dépossédé peut, par dérogation aux articles 2279 et 2280, C. civ., revendiquer les titres contre les possesseurs de bonne foi, et cela sans avoir jamais à restituer le prix d'achat payé par ceux-ci. Le système de la loi de 1872 à cet égard (3) protège le tiers porteur, mais il peut nuire et il nuit à la circulation des titres au porteur (4).

(1) Trib. civ. Seine, 6 janv. 1874, *le Droit*, n° du 12 mars 1874.

(2) Paris, 23 déc. 1858, S. 1859. 2. 25 ; Trib. civ. Seine, 21 juin 1873 et 19 mai 1874, *le Droit*, n°s des 25 août 1873 et 25 juin 1874 ; Trib. civ. Seine (7e ch.), 2 déc. 1887, *la Loi*, n° du 10 fév. 1888. — Buchère, *Traité des valeurs mobilières*, n° 855 ; Deloison, *Traité des valeurs mobilières*, n° 263 ; Wahl, *Traité des titres au porteur*, n° 1543.

(3) Les dispositions de la loi sur ce point sont dûes en grande partie à M. Leveillé, actuellement professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris. V. l'exposé des motifs de la loi du 15 juin 1872.

(4) V., dans le n° de l'*Economiste français* du 9 octobre 1897, un article de M. Hubert-Valleroux intitulé : *La loi sur les titres perdus, ses abus.*

C'est le dommage causé à la libre circulation des titres au porteur et, par suite, au crédit, par le système de la loi française qui fait que ce système n'a été jusqu'ici admis que dans peu de pays étrangers. V. n° 650.

640. Il va de soi que, comme avant la loi du 15 juin 1872, le porteur dépossédé peut, même sans avoir formé d'opposition, revendiquer contre le tiers possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire contre celui qui a trouvé le titre perdu et l'a conservé ou qui l'a volé ou qui l'a acheté sciemment de l'une de ces personnes. Cette revendication ne peut être paralysée que par la prescription de trente ans (art. 2262, C. civ.).

Mais la loi nouvelle innove en permettant au propriétaire dépossédé de revendiquer même contre les tiers possesseurs de bonne foi.

Afin de pouvoir, au besoin, revendiquer les titres, même contre un tiers possesseur de bonne foi, le propriétaire dépossédé doit, comme il a été dit plus haut (n° 631), former une opposition au syndicat des agents de change de Paris. Il en est ainsi même quand la dépossession a eu lieu dans un département ou dans un pays étranger ; Paris est le centre où se négocient en France de beaucoup le plus grand nombre de valeurs mobilières.

Cette opposition, qu'on appelle souvent *opposition à négociation* en visant son but, contient, outre les énonciations mentionnées précédemment (n° 631), réquisition de faire publier les numéros des titres (art. 11). Cette publication est faite, un jour franc au plus tard après l'opposition, dans un journal spécial publié par la Compagnie des agents de change de Paris et dont la loi du 15 juin 1872 a prescrit la création. Ce journal est le *Bulletin officiel des oppositions*. Un règlement d'administration publique du 6 avril 1873, rendu en vertu de l'article 11 de la loi du 15 juin 1872, a réglé tout ce qui concerne la publication de ce bulletin.

Toutes les personnes s'occupant de la négociation des titres au porteur, peuvent par ce journal connaître quels sont les titres frappés d'opposition (1).

(1) On peut s'abonner au *Bulletin officiel des oppositions* ou en acheter des numéros. D'après le décret du 10 avril 1873 (art. 8, 9 et 10), le syndicat des agents de change est tenu de donner à tout requérant communication gratuite, mais sans déplacement, des numéros du bulletin dont le tirage est épuisé. En outre, l'opposant et les tiers porteurs de titres frappés d'opposition ou leurs ayants-cause peuvent obtenir, moyennant un droit

Toute négociation faite à la Bourse ou même hors de la Bourse, postérieurement au jour où le bulletin spécial est parvenu ou a pu parvenir par la voie de la poste dans le lieu où elle a été faite, est considérée comme non avenue à l'égard de l'opposant, qui peut revendiquer son titre (art. 12). Il faut donc, pour déterminer l'effet de la négociation d'un titre au porteur qui a été l'objet d'une opposition, savoir si la négociation a été *antérieure* ou *postérieure* à l'époque où le premier numéro du bulletin contenant le numéro du titre a pu arriver dans l'endroit où la négociation a eu lieu.

La négociation a-t-elle été *antérieure* ? Comme l'opposition n'était pas alors portée à la connaissance du public par le *Bulletin officiel des oppositions*, on applique les règles des articles 2279 et 2280, C. civ. ; en conséquence, la négociation est valable et, sauf dans les cas de perte ou de vol (1), le possesseur de bonne foi est à l'abri de la revendication (2). En outre, le propriétaire revendiquant ne peut se faire rendre le titre qu'en remboursant au possesseur actuel du titre volé ou perdu le prix d'achat si le titre a été acheté dans une Bourse ou d'un marchand vendant des choses pareilles (n° 629). 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* (3), *il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2279 et 2280 du Code civil.*

Au contraire, *la négociation a-t-elle été 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 ?* Cette négociation est sans effet vis-à-vis de l'opposant (art. 12). Celui-ci n'est pas limité, pour sa

de un franc en sus du timbre, une copie certifiée ou un extrait des actes d'opposition ou de mainlevée qui les intéressent. Enfin, toute personne, moyennant un droit de 50 centimes, peut obtenir l'indication du nom et du domicile de l'opposant ainsi que de la date de l'opposition.

(1) Non, dans les autres cas de dépossession involontaire, spécialement dans les cas d'abus de confiance et d'escroquerie.

(2) Buchère, *op. cit.*, n° 1026 ; Deloison, *op. cit.*, n^os^ 615 et 616.

(3) Les expressions de la loi de 1872 sont ici quelque peu inexactes. On ne considère pas la publication au *Bulletin*, mais bien le jour où le *Bulletin* contenant le numéro du titre frappé d'opposition est parvenue ou aurait pu parvenir, par la voie de la poste, dans le lieu où la négociation a été faite.

revendication, dans le délai de trois ans, en cas de perte ou de vol : il ne peut être arrêté que par la prescription trentenaire. En outre, il n'a pas à restituer au tiers acquéreur évincé le prix de la négociation dans le cas où le titre a été acheté dans une Bourse ou d'un marchand vendant des choses pareilles.

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. Ce cas peut se présenter même sans qu'il y ait aucune fraude de la part de l'opposant. Ainsi, il peut se faire qu'une personne, trouvant sur les livres ou sur les papiers d'un défunt mention de numéros de titres au porteur et ne retrouvant pas les titres, forme opposition en s'imaginant qu'ils ont été perdus ou volés, alors que le défunt les a vendus régulièrement, sans qu'il ait conservé trace de la vente.

640 *bis*. Il pourrait se faire qu'une première négociation ayant eu lieu avant la publication de l'opposition, une seconde fût faite postérieurement. Le dernier acheteur ne pourrait pas être évincé en pareil cas ; il aurait le droit d'invoquer les articles 2279 et 2280, C. civ. La raison en est simple : l'acheteur actionné en revendication aurait le droit d'appeler en garantie son vendeur ; celui-ci, en se prévalant de la date de la cession à lui faite, repousserait la revendication. Il n'y a aucun motif pour ne pas autoriser le dernier acheteur à se prévaloir de la date de l'acquisition de son auteur sans appeler celui-ci en cause. Cette solution est conforme au principe d'après lequel l'acheteur succède à tous les droits de son vendeur. Une seconde aliénation ne peut pas faire renaître au profit de l'opposant un droit de propriété que l'opposant avait perdu contre l'auteur de celui-ci. Le rapport, fait à l'Assemblée nationale sur la loi du 15 juin 1872, est formel sur ce point. On y lit le passage suivant : « Le tiers porteur sera bien entendu fondé à exercer tous les droits « de son cédant ; et, si ce dernier, tiers-acquéreur lui-même, avait « acheté les titres avant la publication de l'opposition, son cession- « naire, bien que n'ayant traité qu'à une époque où l'opposition « pouvait être connue, n'en sera pas moins recevable à combattre « l'action des revendiquants au même titre que son vendeur l'aurait « été lui-même ».

640 *ter*. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit qu'il y a une importance capitale, pour l'application de la loi, à déterminer le moment précis où l'on peut dire qu'il y a *négociation*. Sur ce point, à défaut de dispositions légales, une vive controverse s'élevait sous l'empire de la loi du 15 juin 1872, avant la loi du 8 février 1902.

Il importe, pour comprendre la difficulté et la solution que la loi du 8 février 1902 lui a donnée, d'indiquer comment se négocient d'ordinaire les valeurs de bourse et de rappeler les principes relatifs à la transmission de la propriété applicables à ces valeurs comme à toutes autres choses.

Une personne charge un agent de change de vendre un ou plusieurs titres d'une certaine espèce, tandis qu'une autre charge un agent de change d'acheter un égal nombre de titres de la même sorte. Les deux agents de change concluent en leur nom entr'eux la vente sans que leurs clients y interviennent. L'opération ne porte pas sur des titres individuellement déterminés (1). Ils ne sont individualisés qu'après la vente. L'agent de change vendeur les reçoit de son client et les livre à son confrère acheteur. Celui-ci les remet à son client qui l'a chargé de l'achat. Il y a donc un mandat de vendre et un mandat d'acheter, puis une vente conclue entre deux agents de change et, enfin trois livraisons successives, l'une du client vendeur à son agent de change, l'autre de l'agent vendeur à l'agent acheteur et enfin une dernière de celui-ci à son client.

La propriété des titres n'est pas transmise au client qui a donné l'ordre d'achat du moment de la conclusion du marché entre les deux agents, par cela même qu'ils ne porte que sur des quantités. La transmission de propriété n'est opérée que de l'instant où les titres ont été individualisés, c'est-à-dire attribués à son client par l'agent de change acheteur. Cette attribution peut résulter d'une simple passation d'écriture, c'est-à-dire de l'indication faite sur les

(1) Le Décret du 7 octobre 1890, rendu pour l'exécution de l'article 90 du Code de commerce, dispose dans l'article 46 : *Les négociations ne portent que sur des quantités, sans aucune spécification, par voie d'indication de numéros ou autrement, des titres négociés*. V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 941.

registres de cet agent de change que tels titres déterminés sont désignés pour être attribués à tel client dénommé. Il n'est pas nécessaire, pour que la propriété soit acquise au client, que la tradition effective des titres lui ait été faite. Selon les principes généraux du droit, l'individualisation de la chose vendue par un moyen quelconque quand elle est faite même avant la tradition, suffit pour qu'il y ait transmission de propriété (1). La tradition ou livraison n'est en définitive, que le mode d'individualisation le plus simple et le plus incontestable (2).

Avant la loi du 8 février 1902, différentes solutions étaient défendues sur le point de savoir en quel sens il y avait *négociation* dans le sens de la loi du 15 juin 1872.

Nous avions soutenu qu'il n'y avait *négociation* qu'au moment où, la vente ayant été conclue par les deux agents de change, les titres avaient été individualisés par l'agent de change acheteur (3). Des décisions judiciaires avaient été rendues en ce sens (4). Quelques-unes avaient méconnu les principes rappelés plus haut, en exigeant que la tradition des titres eût été faite au client acheteur. Mais on soutenait, dans une doctrine toute différente, qu'il y avait négociation au sens de la loi du 15 juin 1872 par cela seul que le titres livrés par le client vendeur avaient été inscrits sur ses livres par l'agent de change chargé de la vente.

C'est cette dernière solution qu'a consacrée la loi du 8 février 1902. L'article 13, 3e alin. nouveau, de la loi du 15 juin 1872 dispose : *la négociation qui rend sans effet toute publication postérieure de*

(1) V. *Traité de Droit commercial*, III, nos 96 et suiv.

(2) Un souvenir vague des principes du Droit romain et de l'ancien Droit français contribue souvent à faire dire à tort que, lorsqu'il s'agit de choses déterminées seulement *in genere*, la tradition est nécessaire pour la translation de la propriété. Cette erreur a été commise même dans les travaux préparatoires du Code civil. V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 96.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, II (3e édit.), n° 638.

(4) Cass., 17 déc. 1878, S. 1880. 1 49 ; *J. Pal.*, 1880, 1 113 ; D. 1879. 1. 287. V. aussi Trib. civ. Seine (5e ch.), 23 fév. 1883, *Journal des valeurs mobilières*, 1884, p. 428. — Alb. Wahl, *op. cit.*, II, n° 1519 ; Deloison, *op. cit.*, n° 921 ; consult. Labbé, *Recueil de Sirey*, 1880. 1. 49 ; *J. Pal.*, 1880. 1. 113.

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. L'agent de change vendeur n'a qu'à consulter le *Bulletin des oppositions* au moment où son client lui remet les titres à vendre.

Une certaine atténuation est apportée à cette règle pour le cas où la publication de l'opposition, bien que postérieure à l'inscription des titres vendus pour compte du donneur d'ordre et livrés par lui, survient avant la livraison et l'attribution au donneur d'ordre ou à l'agent de change acheteur. Dans ce cas, la revendication est admise, mais ce qui en diminue l'avantage, c'est que *l'opposant peut, sur la demande de mainlevée formée par l'agent de change ou par tout autre ayant-droit, réclamer les titres contre remboursement du prix, par application de l'article 2280 du Code civil* (art. 13 nouveau, 4e alin.).

Toutes ces dispositions donnent une grande importance à la détermination de la date à laquelle les agents de change reçoivent des donneurs d'ordre vendeurs les titres à vendre. Aussi la loi prescrit-elle aux agents de change de tenir des livres sur lesquels ils inscrivent les numéros des titres qu'ils achètent ou qu'ils vendent (L. 25 juin 1872, art. 13). Un décret du 8 mai 1902 indique comment ces livres doivent être tenus et quelles sont les mentions à y inscrire.

Il importe de prévoir le cas où la négociation de titres au porteur dont est chargé un agent de change, est faite par voie d'application, celui où la négociation est faite par d'autres intermédiaires que des agents de change et, enfin, celui où la négociation a lieu directement, c'est-à-dire sans aucun intermédiaire, entre le vendeur et l'acheteur. Ces cas ne sont pas visés expressément par la loi du 15 juin 1872. Quand la négociation se fait par voie d'application, avec recours à un agent de change, la disposition de l'article 13, 3e alin. de la loi du 15 juin 1872 est applicable. Quand la négocia-

(1) Trib. civ. Seine (5e ch.), 12 mai 1883, *Revue des sociétés*, 1884, p. 94 ; Paris, 26 juill. 1895 ; Trib. civ. Seine, 4 déc. 1895, S. 1897. 2. 305 et suiv.

tion a lieu par d'autres intermédiaires que des agents de change, l'article 13, 3e al. constituant une disposition exceptionnelle ne peut être étendue par analogie ; aussi la négociation n'est parfaite qu'à partir du moment où les titres sont acquis au client acheteur. C'est aussi le moment de l'acquisition réalisée qui doit être pris en considération quand il y a eu une négociation directe.

641. Les dispositions relatives à la nullité des négociations ne s'appliquent pas seulement aux ventes des titres postérieurs à la publication des numéros au *Bulletin*, mais aux constitutions de gage qui en seraient faites (1).

642. Il va de soi qu'une opposition irrégulière qui ne permet pas de bien connaître le titre qu'on a voulu en frapper étant nulle, il faut assimiler le cas où une opposition irrégulière a été formée à celui où il n'y a pas d'opposition. Par suite, le propriétaire dépossédé ne peut pas alors, en dehors des cas de perte ou de vol régis par l'article 2280, C. civ., revendiquer les titres en arguant de la nullité des négociations (2). Mais il peut s'en prendre, s'il y a lieu, à l'huissier par la faute duquel l'irrégularité a été commise (3) ou parfois agir en responsabilité dans les termes qui seront indiqués ci-après (nos 657 et suiv.).

641 *bis*. Les oppositions formées en vertu de la loi du 15 juin 1872 sont nombreuses et elles sont parfois mal fondées : l'opposant les forme par erreur ou de mauvaise foi ou bien elles sont faites tardivement d'après les articles 12 et 13, 3e alinéa de la loi. Il importe, dans l'intérêt de la libre circulation des titres au porteur, que la mainlevée des oppositions puisse être obtenue à l'aide d'une procédure rapide et peu coûteuse. Ainsi, l'opposition étant promptement levée, la négociation n'en est plus entravée et les per-

(1) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 292 et note de Ch. Lyon-Caen sous un arrêt de la Cour de Douai du 20 juin 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 2. 162. Les difficultés qui se sont présentées pour l'application de la loi du 15 juin 1872 aux négociations de titres faites en pays étranger (V. les nos 655 et 656 et les décisions judiciaires citées en note), se sont souvent élevées à l'occasion, non de ventes, mais de constitutions de gage.

(2) Trib. civ. Seine (6e ch.), 10 août 1887, *Pand. fr.*, 1889. 2. 274 ; *le Droit*, n° du 21 sept. 1887.

(3) Trib. civ. Seine (5e ch.), 22 juin 1883, *la Loi*, n° du 21 novembre 1883.

sonnes peu fortunées ne sont pas détournées par la crainte de frais occasionnés par l'instance de demander la mainlevée d'une opposition. Aussi la loi du 8 février 1902 a-t-elle organisé une procédure spéciale de mainlevée (art. 17 et 18 ajoutés à la loi du 15 juin 1872) (1).

642. *A quel cas s'applique la loi du 15 juin 1872.* — D'après l'article 1, la loi concerne le propriétaire de titres au porteur *qui en est dépossédé par quelque événement que ce soit*. Il s'agit évidemment du cas de dépossession involontaire, c'est-à-dire opérée à l'insu ou contre la volonté du propriétaire (2). En conséquence la loi s'applique quand il y a eu perte ou vol d'un titre au porteur, quand il a été disposé d'un titre au porteur par suite d'un abus de confiance commis par un mandataire ou par un dépositaire, quand le propriétaire d'un titre au porteur a été déterminé par une escroquerie à remettre à une autre personne un titre au porteur. La généralité des expressions de la loi comprendrait même le cas de destruction ; il faut, cependant, l'en exclure. Cela résulte du rapport de la commission de l'Assemblée nationale ; ce rapport constate que ce cas est régi par l'article 1348-4°, C. civ., qui protège suffisamment le propriétaire dépossédé. La commission de l'Assemblée nationale rejeta, pour cette raison, un amendement déclarant que le propriétaire qui prouverait la destruction de son titre, en obtiendrait aussitôt un duplicata. Il a été entendu dans la discussion que, par application de l'article 1348-4°, C. civ., la preuve de la destruction du titre peut être faite par tous les moyens et que, cette preuve étant faite, un duplicata du titre doit être immédiatement délivré au propriétaire du titre détruit et que celui-ci peut exercer sans aucune condition spéciale tous les droits qui y sont attachés (perception des intérêts et dividendes et, s'il y a lieu, réclamation du capital devenu exigible) (3).

(1) Les articles 17 et 18 nouveaux ajoutés à la loi de 1872 ne réglant que des questions de compétence et de procédure, s'appliquent aux oppositions même antérieures à la loi du 8 février 1902. Trib. civ. Seine (référé), le 26 avril 1904, *Revue des sociétés*, 1905, p. 172.

(2) Trib. civ. Seine (3e ch.), 23 fév. 1884, *le Droit*, nos des 21-22 juillet 1884.

(3) Le Gost, *op. cit.*, n° 192, p. 136 et suiv.

Il va de soi que, si le fait de la destruction ne peut pas être prouvé d'une façon suffisamment certaine, le propriétaire privé de son titre a pour unique ressource de recourir au bénéfice de la loi du 15 juin 1872.

642 *bis*. La loi du 15 juin 1872 demeure absolument étrangère au cas d'une vente de titres au porteur faite par un incapable. L'article 1er de cette loi parle du propriétaire de titres au porteur *qui en est dépossédé par quelque événement que ce soit*. Il vise ainsi la dépossession qui a lieu sans la volonté des propriétaires des titres.

Quand une vente de titres au porteur a été faite par un incapable, une action en nullité prescriptible par dix ans (art. 1304 C. civ.) peut sans doute être exercée contre l'acheteur. Mais aucune action n'est donnée contre le sous-acheteur, alors même qu'une opposition aurait été formée au syndicat des agents de change de Paris. Une telle opposition ne peut produire d'effets que dans les cas par lesquels la loi de 1872 l'a prescrite (1). Le sous-acheteur est protégé, quand il est de bonne foi, par l'article 2279, C. civ.

643. *Quels titres au porteurs sont régis par la loi du 15 juin 1872*. — La loi régit, en principe, tous les titres au porteur susceptibles d'être négociés dans les bourses par l'entremise des agents de change qu'on appelle ordinairement des valeurs de Bourse. Peu importe que ces titres soient émis par des sociétés, par des départements, des communes ou des établissements publics. Le texte de l'article 16, 1er alin., de la loi de 1872 ne parle que des titres des trois dernières catégories ; mais il en est ainsi seulement parce qu'on a pensé que quelque doute pourrait naître de l'emploi presque continuel fait par les autres dispositions de la loi, des mots *établissement débiteur*, qui, à la rigueur, ne s'appliquent pas bien à des départements ou à des communes.

Deux exceptions restreignant la portée de la loi quant aux titres auxquels elle s'applique, sont consacrées expressément par l'article 16 : 1° pour les billets émis par la Banque de France et par des

(1) V. Thaller, *op. cit*, n° 918.

V., sur la question de la responsabilité de l'agent de change qui a négocié des titres au porteur appartenant à un incapable, *Traité de Droit commercial*, III, n° 946.

établissements légalement autorisés ; 2° pour les rentes et autres titres au porteur émis par l'Etat

La règle et les exceptions doivent être examinées séparément.

644. Il résulte bien des formalités prescrites par la loi qu'il s'agit seulement de valeurs de Bourse (n° 643). Autrement, on ne concevrait pas qu'il y eût une opposition à négociation faite au syndicat des agents de change près la Bourse de Paris, qui est même essentielle d'après l'article 2 de la loi de 1872 modifié par la loi du 3 février 1902.

Peu importe, du reste, que les titres dont il s'agit soient ou non admis à la cote officielle de la Bourse ; la loi ne fait aucune distinction à cet égard. D'ailleurs, comme les titres non cotés peuvent être exceptionnellement négociés par des agents de change, on s'explique l'opposition notifiée au syndicat des agents de change de Paris même pour ces titres.

Les titres au porteur non productifs de revenu ne sont pas non plus soustraits à l'application de la loi. Des dispositions spéciales régissent seulement ces titres. V. L. 15 juin 1872, art. 3, 2e alinéa nouveau (1).

645. Dès l'instant où le titre est au porteur au moment de l'opposition, la loi de 1872 reçoit son application. La conversion du titre au porteur en titre nominatif ne met donc aucun obstacle à la revendication du propriétaire dépossédé. C'est par inadvertance

(1) Avant la loi du 8 février 1902, il était généralement reconnu que la loi de 1872 était sans application aux titres ne produisant pas de revenus, que ces titres étaient régis par les règles du droit commun telles qu'elles s'appliquaient à tous les titres au porteur avant la loi de 1872, (nos 628 et 629). Trib civ. Seine, 18 mai 1898, *le Droit financier*, 1899, p. 197. Il s'agissait, dans l'espèce, des *bons de la garantie foncière*. La même solution devait être admise pour les obligations de quelques villes qui ne sont pas productives d'intérêts (n° 576), pour les bons des Expositions universelles de 1878 et de 1889.

Mais il résulte des dispositions de la loi du 8 février 1902 modifiant celle du 15 juin 1872 que, depuis la mise en rigueur de la loi de 1902, la loi spéciale s'applique même aux titres au porteur ne donnant pas droit à des intérêts ou dividendes. L'article 3, 2e alin., modifié par la loi de 1902 vise expressément les titres de cette sorte.

qu'on a pu soutenir le système contraire (1) ; on oublie, en le défendant, que les agents de change ne négocient que des titres au porteur (Décret du 7 octobre 1890, art. 47 (2), de telle sorte que c'est à l'acheteur à en faire opérer la conversion en titres nominatifs, si cela lui convient. Avec la doctrine que nous écartons, l'acheteur n'aurait qu'à faire opérer cette conversion pour échapper à la revendication. La loi du 15 juin 1872 pourrait ainsi être réduite à néant.

A l'inverse, dès l'instant où le titre est au porteur lors de l'opposition, peu importe qu'il ait été nominatif au moment même où le fait de dépossession involontaire s'est produit. La date de la dépossession par rapport à celle de l'opposition ou de la négociation n'est prise, à aucun point de vue, en considération par la loi.

646. La règle implique que la loi du 15 juin 1872 est sans application aux chèques au porteur, aux billets au porteur, aux connaissements et aux polices d'assurance revêtant cette forme, aux reconnaissances du Mont-de-Piété (3), etc. Ce ne sont pas des valeurs de bourse.

Par suite, les articles 2279 et 2280 C. civ. sont applicables sans restriction à ces titres ; le propriétaire, s'il en est dépossédé, ne peut plus les revendiquer contre les tiers possesseurs de bonne foi, sauf en cas de perte ou de vol. Mais, d'après le droit commun, il peut être formé opposition entre les mains du débiteur, afin qu'il ne se dessaisisse pas des fonds ou des marchandises au risque de payer deux fois, comme cela avait lieu, du reste, pour les valeurs de Bourse au porteur elles-mêmes avant la loi du 15 juin 1872 (n° 629 *bis*).

647. L'article 16, 1er alin., indique expressément que les dispositions de la loi de 1872 ne sont pas applicables aux billets émis par la Banque de France ou par des établissements légalement autorisés, tels que la Banque de l'Algérie et les banques coloniales.

(1) Wahl, *op. cit.*, II, n° 1526, p. 316.

(2) Aussi, sauf quand il s'agit de valeurs qui ne peuvent être que nominatives, les agents de change mentionnent toujours au dos du bordereau les numéros des titres livrés à leur client acheteur, par application de l'article 13 de la loi du 15 juin 1872. V. ci-dessus, n° 631.

(3) V., cependant, en sens contraire, pour les reconnaissances du Mont-de-Piété, Paris, 12 août 1876, *le Droit*, n° du 5 oct. 1876.

Cela a été indiqué pour éviter toute incertitude. Mais il n'y a pas là une exception véritable à la règle et cela allait de soi. Car les billets de banque ne sont pas assurément des valeurs de bourse. Du reste, il y aurait les plus graves inconvénients à ce qu'il en fut autrement ; les billets de banque tiennent lieu de la monnaie ; il faut qu'ils circulent avec la même facilité qu'elle. Des oppositions frappant ces billets empêcheraient que ce but ne fût atteint.

Cette dernière raison doit même faire exclure la revendication des billets de banque qu'une personne voudrait exercer en vertu de l'article 2280 C. civ., dans les cas de perte ou de vol (1) (2).

648. Mais c'est, au contraire, par suite d'une véritable exception que les rentes sur l'Etat et les autres titres au porteur émis par l'Etat ne sont pas soumis à la loi de 1872, comme le décide l'article 16, 1er alin. de cette loi. Les rentes sur l'Etat sont des valeurs de bourse.

Des raisons spéciales expliquent cette exception. Les rentes sur l'Etat ne sont passibles d'aucune opposition (L. 8 nivôse an VI, art. 4, et L. 22 floréal an VII, art. 7 (3). Sans doute, on aurait pu apporter une dérogation à cette règle pour le cas de dépossession de titres de rentes au porteur, mais cette dérogation aurait eu de graves inconvénients. Ainsi, le Trésor a pu autoriser sans crainte les porteurs de ses rentes à se faire payer dans toutes les caisses publiques, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'opposition ; si on les en rendait passibles, le Trésor pourrait retirer ce bénéfice aux rentiers, afin de ne pas encourir de responsabilité du chef de ses agents qui ne tiendraient pas compte des oppositions.

Toutefois, la loi de 1872 a, par une disposition spéciale, quelque

(1) Le Code *suisse* des obligations (art. 208-1°) admet expressément cette solution. V. en sens contraire, A Wahl, *op. cit.*, II, nos 1541 et 1542.

(2) En cas de *destruction* d'un billet de banque, le propriétaire peut-il, en vertu de l'article 1348-4°, C. civ., prouver que le billet portant tel numéro a été détruit et en réclamer le montant à la Banque ? V. *pour l'affirmative, Traité de Droit commercial*, IV, nos 766 et 767 et Alger, 4 mars 1865, S. 1865. 2. 255 ; D. 1866. 2. 248 ; *pour la négative,* Cass., 8 juill. 1867, S. 1867. 1. 31 ; D. 1867. 1. 280 ; *Pand. fr. chr.*

(3) V., sur la partie du principe consacré par ces lois, *Traité de Droit commercial*, VII, n° 245.

peu amélioré la situation des porteurs de rentes sur l'Etat dépossédées. En fait, le Trésor consent à prendre officieusement note des déclarations qui lui sont adressées par les personnes qui prétendent avoir été dépossédées de titres de rentes sur l'Etat ; il leur délivre même un duplicata, moyennant le dépôt de valeurs nominatives ou d'une somme égale au capital du titre augmenté de cinq années d'arrérages. Seulement, les rentes sur l'Etat étant imprescriptibles, cette sorte de cautionnement était, avant 1872, retenue à perpétuité par le Trésor. L'article 16, 2e alin., de la loi du 15 juin 1872, déclare que dorénavant, le cautionnement sera restitué, si, dans les *vingt ans*, les tiers porteurs n'ont formé aucune demande, soit pour les arrérages, soit pour le capital. Le Trésor est alors définitivement libéré envers les porteurs des titres originaires, qui n'ont plus qu'une action contre celui qui a obtenu la délivrance du duplicata.

Ce qui vient d'être dit ne concerne que les rapports avec le Trésor public des personnes ayant des rentes sur l'Etat ; les motifs donnés pour exclure l'application de la loi de 1872 ne concernent que ces rapports. Mais le texte de l'article 16, 1er alin., est conçu en termes tellement généraux que les dispositions de la loi de 1872 doivent être écartées quand il s'agit de rentes sur l'Etat, même au point de vue des rapports des propriétaires dépossédés avec les tiers acquéreurs ; les titres de rente sur l'Etat au porteur sont ainsi demeurés régis sans restriction par les articles 2279 et 2280, C. civ. (1).

Aux rentes sur l'Etat l'article 16, 1er alin., assimile, pour leur déclarer la loi de 1872 inapplicable, les autres titres au porteur émis par l'Etat, tels sont les bons du Trésor public.

649. La loi de 1872 régit assurément les titres français négociés en France. S'applique-t-elle aux titres français ou étrangers négociés en pays étranger ? S'applique-t-elle aux titres étrangers négociés en France? En d'autres termes la *nationalité* du titre et le pays de la négociation jouent-ils un rôle pour l'application de la loi de 1872? Ces questions internationales d'une grande importance pratique donnent

(1) V., pourtant, de Folleville. *De la possession des meubles*, p. 664 et 665. Cet auteur s'attache aux motifs de la loi, en faisant complète abstraction du texte.

naissance à des conflits de lois ; elles sont examinées plus loin (n^os^ 651 à 656). Il est utile, avant de les résoudre, de donner quelques notions sur les règles des législations étrangères concernant la protection des propriétaires de titres au porteur dépossédés.

650. Droit étranger. — La diversité des lois est grande sur la situation faite au propriétaire de titres au porteur dépossédé. Si, dans tous les pays, il a le moyen, sous des conditions variées, d'arriver à exercer ses droits à l'encontre du débiteur, il s'en faut que l'on ait généralement suivi l'exemple de la loi française en permettant la revendication des titres au porteur contre les tiers possesseurs de bonne foi. Tout au contraire, si l'on excepte l'*Espagne* et la *Roumanie*, on peut remarquer que les législateurs étrangers ont été préoccupés de ne pas entraver la circulation des titres au porteur, en admettant qu'ils peuvent être revendiqués contre les tiers acquéreurs.

Nous parlerons successivement des règles adoptées dans les pays qui ont subi l'influence de la loi française de 1872 et de celles qui le sont dans les principaux pays où cette influence ne s'est pas fait sentir. Pour chacun d'eux, il est nécessaire de distinguer les rapports du propriétaire dépossédé avec la société débitrice et ses rapports avec les tiers acquéreurs.

A. Le Code de commerce *espagnol* de 1885 a consacré une section (art. 547 à 566) à la dépossession des titres au porteur (1). Avec des différences de détail, qui sont loin d'être toujours simples et heureuses, ces dispositions reproduisent les règles contenues dans la loi française de 1872. L'opposition à paiement suppose, sauf une notable exception, une décision préalable du tribunal qui est notifiée à l'établissement débiteur (art. 548 et 549). La nécessité d'une procédure judiciaire préalable à l'opposition peut occasionner une perte de temps fâcheuse ; il est possible que des négociations surviennent dans l'intervalle (2). La publication n'est pas faite dans un journal spécial, mais dans la *Gazette de Madrid*, dans le *Bulle-*

(1) V. *Code de commerce espagnol*, traduit par H Prudhomme, p. 163-168.

(2) La nécessité d'une procédure préalable peut, par contre, avoir l'avantage de diminuer le nombre des oppositions mal fondés.

tin officiel de la province et dans le *Journal officiel des annonces*. L'opposition à négociation a lieu à la Chambre syndicale des agents de change ; mais elle est réputée non avenue si, dans un délai de neuf jours, elle n'a pas été confirmée par une décision de justice. Ces règles reçoivent exception quand le propriétaire dépossédé a acquis les titres en Bourse et qu'il produit un certificat de l'agent de change par l'intermédiaire de qui il les a achetés ; dans ce cas, les oppositions sont faites sans décision judiciaire préalable et il suffit qu'elles soient confirmées par justice dans le mois (art. 565).

La portée de ces dispositions est très étendue : elles s'appliquent même aux titres au porteur émis par des particuliers (art. 548, 5°) et aux titres étrangers (art. 548, 2° et 3°).

En *Roumanie*, une loi du 18 janvier 1883 a été faite sur la matière (1). Elle contient quelques dispositions qui méritent d'attirer l'attention. Afin d'éviter les oppositions trop nombreuses, ceux qui de mauvaise foi en forment sans fondement peuvent être punis d'emprisonnement et d'amende (art. 18). L'opposition à négociation n'a pas, d'après la loi roumaine, comme d'après la loi française et le Code espagnol, des effets restreints aux négociations postérieures à la publication de l'opposition. Les négociations postérieures à ces négociations sont nulles au regard de l'opposant. Si les négociations antérieures ne sont pas frappées de nullité, du moins l'opposant est admis, en cas de perte ou de vol, à revendiquer pendant dix ans à partir de la publication de l'opposition, à charge de rembourser le prix au tiers acquéreur de bonne foi, pourvu que la négociation ait été faite par un agent de change ou par un banquier (art. 20). Il n'y a pas non plus, selon la loi roumaine, de Bulletin spécial pour les oppositions : les publications se font dans le Moniteur officiel et dans deux journaux paraissant, l'un au lieu du domicile de l'opposant, l'autre au lieu du domicile du débiteur.

B. En *Allemagne*, jusqu'au Code de commerce de 1861, la question de la revendication des titres au porteur contre les tiers acquéreurs était résolue par les lois de chaque Etat. Les unes admettaient

(1) *Annuaire de législation étrangère* de 1884, p. 701 et suiv. (Traduction de M. Petroni).

sans restriction la règle, *en matière de meubles possession vaut titre* ; les autres ne l'appliquaient qu'à l'acquéreur à titre onéreux ou y faisaient exception en autorisant la revendication pendant un certain temps dans les cas de perte ou de vol. Le Code de commerce *allemand* de 1861 avait posé des règles devenues applicables dans l'Allemagne entière. L'article 307 de ce Code excluait la revendication des titres au porteur contre les acquéreurs de bonne foi même dans les cas de perte ou de vol, tandis qu'elle était admise exceptionnellement dans ces deux cas pour les meubles corporels. Cette disposition s'appliquait même au cas où l'aliénateur des titres au porteur n'était pas commerçant.

Le Code de commerce *allemand* de 1897 contient sur ce sujet des dispositions nouvelles qui dérogent aux règles générales du Code civil de 1896. D'après le Code *civil allemand* (art. 932), l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire des meubles corporels acquis d'une personne qui n'en avait pas la propriété. L'acquéreur n'est pas de bonne foi quand il sait qu'il contracte avec un non-propriétaire ou quand il l'ignore par suite d'une négligence grave. Le possesseur de bonne foi n'est pas protégé contre la revendication quand il s'agit de choses volées ou perdues. Toutefois, cette exception à la règle ne s'applique ni aux espèces monnayées ni aux titres au porteur. Le Code *de commerce allemand* contient, dans les articles 366 et 367, des dispositions qui se rattachent aux règles du Code civil applicables, du reste, dans le commerce. D'après l'article 367, en cas d'aliénation faite par un commerçant de choses de son commerce, il y a bonne foi de l'acquéreur non seulement quand il croit avoir affaire au propriétaire, mais encore quand il croit contracter avec une personne ayant le pouvoir d'aliéner pour le propriétaire. L'article 368 édicte des règles particulières pour le cas où des titres au porteur perdus ou dont le porteur a été dépossédé sont acquis par un commerçant qui fait des opérations de banque ou de change. Il a été reconnu à maintes reprises par la jurisprudence allemande que le banquier ou le changeur est tenu, a raison de sa profession, de prendre connaissance des avis de la police relatifs aux titres perdus ou volés et qu'il peut être considéré comme ayant commis une négligence grave pour n'en avoir pas tenu

compte, ce qui rend la revendication admissible contre lui. Mais il n'y avait pas d'organes de publicité déterminés pour contenir ces sortes d'avis. Les journaux auxquels on recourt n'ont qu'une publicité limitée à un certain territoire et les banquiers ne savent quelles feuilles ils ont à consulter. Le Code de 1897 a, pour remédier à ces inconvénients, eu recours à un organe central, en imitant quelque peu, à cet égard, le système de la loi française du 15 juin 1872. Selon l'article 367, dans le cas où un titre au porteur dont le propriétaire a été dépossédé, est vendu à un commerçant qui fait le commerce de banque ou de change, sa bonne foi est considérée comme n'existant pas quand, au moment de l'aliénation, le fait de la dépossession du titre était publié dans le *Reichs-Anzeiger* et qu'un an ne s'est pas écoulé depuis cette publication, à moins que, par suite de circonstances spéciales, l'acquéreur ne connût ni ne pût connaître cette publication. Ces dispositions ne s'appliquent, du reste, ni aux coupons d'intérêts et de dividendes dont l'échéance ne tombe pas au delà du premier terme de paiement qui suit l'aliénation (1), ni aux billets de banque, ni aux autres titres au porteur non productifs d'intérêts payables à vue.

Cependant, en dehors même de ces dispositions, le propriétaire dépossédé n'est pas privé de toute protection : on admet l'annulation (*Amortisation*) des titres au porteur. Celui qui prétend avoir été dépossédé d'un titre au porteur peut formuler une demande en annulation ou caducité de ce titre et en délivrance d'un titre nouveau. Le porteur inconnu est invité, par une sommation rendue publique, à faire valoir ses droits dans un certain délai sous peine d'annulation de son titre et de délivrance d'un duplicata au réclamant. Si un possesseur de bonne foi se présente dans le délai fixé, il obtient gain de cause. Il y a là une application spéciale de la procédure provocatoire (*Aufgebots-Verfahren*). Le Code de procédure civile allemand (art. 1004 à 1018) règle cette procédure spéciale (2).

(1) V. Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts* (4e édition), p 151 et 152. La présentation à un banquier ou à un changeur de coupons à des échéances postérieures à celle qui suit l'aliénation doit, du reste, d'après les usages, provoquer des soupçons de sa part.

(2) Les dispositions indiquées sont celles du Code de procédure civile

En *Grande-Bretagne*, selon le *common law* (droit coutumier), les titres au porteur ne sont pas susceptibles de revendication contre les possesseurs de bonne foi ; le droit coutumier n'admettait même pas que le propriétaire dépossédé pût arriver à exercer ses droits contre le débiteur. Mais la jurisprudence a peu à peu dérogé à cette règle rigoureuse fondée sur ce qu'en matière de titres au porteur, les droits du propriétaire sont réputés faire corps avec le titre même. Celui qui prétend avoir été dépossédé d'un titre au porteur est admis, moyennant un cautionnement, à exiger les intérêts ou les dividendes et le capital, parfois même à se faire délivrer un nouveau titre. Il a seulement à établir qu'il a acquis le titre et qu'il en a été privé sans sa volonté. Conformément aux idées anglaises, il n'y a pas en cette matière de délais invariables et fixés par avance.

En *Italie*, le droit de revendication contre les tiers est plus restreint pour les titres au porteur que pour les meubles corporels. Le Code civil de 1865 (art. 707 à 709), qui consacre les règles des articles 2279 et 2280 du Code civil français, admet la revendication contre les tiers possesseurs de bonne foi, en cas de perte ou de vol. Le Code de commerce de 1882 (art. 57) exclut la revendication des titres au porteur contre toutes personnes autres que celles qui ont trouvé ou volé les titres ou qui les ont acquis de mauvaise foi. Mais une grande incertitude règne sur les droits du propriétaire dépossédé à l'égard du débiteur. Le Code de commerce *italien* (art. 56), prévoyant le cas de destruction d'un titre au porteur, accorde au propriétaire de ce titre le droit de réclamer un duplicata, en laissant aux tribunaux le soin de déterminer les garanties à fournir. Mais il n'y a pas de disposition légale sur la situation du propriétaire qui est dépossédé, sans qu'il y ait destruction de son titre. Aussi discute-t-on sur le point de savoir si l'article 56 du Code de commerce *italien* doit être appliqué, par analogie au cas de dépossession ; la jurisprudence tend à refuser tout droit au porteur dépossédé.

La *Belgique* n'a pas de loi spéciale sur la matière. Les arti-

allemand de 1877) révisé par la loi du 17 mai 1898. Le Code de procédure civile dans sa forme nouvelle est entré en vigueur le 1er janvier 1900 avec le Code civil de 1896 et le Code de commerce de 1897.

cles 2279 et 2280 du Code civil sont appliqués aux titres au porteur (1). Sur les rapports du propriétaire dépossédé avec le débiteur, la jurisprudence belge est généralement très rigoureuse : quelques décisions ont admis les mêmes solutions que la jurisprudence française avant la loi du 15 juin 1872 ; d'autres refusent tout droit à celui qui ne représente pas son titre (2).

En *Suisse*, le Code fédéral des obligations (art. 206 à 208) exclut la revendication des titres au porteur contre les possesseurs de bonne foi, sauf dans les cas de vol et de perte où il peuvent être revendiqués pendant cinq ans. Toute revendication est écartée pour les coupons échus (art. 208-1°). Du reste, à l'imitation des lois *allemandes*, le Code des obligations, dans un titre consacré spécialement aux titres au porteur (art. 846 à 858), organise une procédure d'annulation de ces titres pour le propriétaire dépossédé. Cette procédure ne s'applique, ni aux billets de banques ni aux titres au porteur analogues émis en grande quantité, payables à vue et représentant par eux-mêmes une valeur déterminée, tels que les bons de caisse de l'Etat et des communes (art. 858).

Il est des pays, spécialement dans l'Amérique du centre et dans l'Amérique du Sud, dans lesquels le principe du Droit romain qui admettait la revendication des meubles comme des immeubles, sauf au possesseur à se défendre par la prescription acquisitive, est encore adopté et appliqué aux meubles corporels. Dans ces pays, la revendication des titres au porteur est admise même contre les possesseurs de bonne foi.

651. Questions internationales. Conflits de lois. — La diversité des lois relatives à la dépossession des titres au porteur fait naître des conflits de lois qui ont été visés précédemment

(1) Bruxelles, 9 août 1886, *Pasicrisie belge*, 1886. 2. 402.

(2) Les tentatives faites à plusieurs reprises en *Belgique* pour la confection d'une loi analogue à la loi française de 1872, ont échoué. V. un projet déposé à la Chambre des représentants le 19 décembre 1876. Consult. *Annales de Droit commercial*, 1886, p. 17 et 128. On a prétendu, mais à tort, que des clauses insérées dans les statuts suffisaient pour combler les lacunes de la législation. V. *Revue pratique des sociétés*, 1890, p. 17 et 159.

(n° 649). Il est hors de doute que la loi du 15 juin 1872 peut être invoquée par des étrangers comme par des Français, contre des étrangers comme contre des Français. Il ne s'agit pas là d'une matière relative à l'état et à la capacité des personnes. Mais, si la nationalité des parties intéressées n'est la cause d'aucune difficulté, le pays dans lequel les titres sont négociés et la nationalité des valeurs (valeurs françaises ou étrangères) (1) donnent naissance à plusieurs questions délicates. Elles sont au nombre de trois principales :

1° *La loi du 15 juin 1872 s'applique-t-elle aux titres étrangers négociés en France ?*

2° *La loi du 15 juin 1872 s'applique-t-elle aux titres français négociés en pays étranger ?*

3° *La loi du 15 juin 1872 s'applique-t-elle aux titres étrangers négociés en pays étranger ?*

652. Avant d'entrer dans l'examen de chacune de ces questions, il importe de ne pas se méprendre sur leur portée. Il est une partie des dispositions de la loi de 1872 qui certainement ne régit pas les titres étrangers ; ce sont celles qui concernent les rapports du propriétaire dépossédé avec l'établissement débiteur (2). La démonstration est aisée. La loi française a obligé sous certaines conditions les sociétés françaises à payer au porteur dépossédé les intérêts ou dividendes, à lui rembourser le capital devenu exigible, à lui délivrer même un duplicata. Elle a pu imposer aux sociétés françaises ces obligations sans injustice, parce qu'elle avait le pouvoir d'assurer la libération de ces sociétés envers les tiers porteurs qui peu-

(1) Il est généralement facile de déterminer ce que nous appelons au texte la nationalité des valeurs mobilières. Il en est ainsi d'une façon absolue pour les valeurs émises par les Etats et par les personnes morales publiques. Il ne peut y avoir d'embarras que pour les valeurs émises par les sociétés. Sans doute, il est évident que les valeurs mobilières sont françaises ou étrangères selon que la société débitrice est elle-même française ou étrangère. Mais des difficultés s'élèvent sur le point de savoir quel est le critérium de la distinction entre les deux grandes classes de sociétés. V, nos 1162 et suiv.

(2) Trib. civ. Seine, 3 juin 1890, *Pand. fr*., 1890. 2. 161 ; *le Droit*, n° du 16 juin 1890.

vent survenir dans l'avenir et de mettre ainsi les sociétés à l'abri de tout préjudice pécuniaire. Mais la loi française, n'ayant pas le pouvoir d'assurer la libération des sociétés étrangères à l'égard des tiers-porteurs, commettrait une véritable iniquité en obligeant ces sociétés à laisser exercer contre elles au porteur dépossédé les droits attachés à son titre.

Il n'y a pas non plus à prendre en considération le pays dans lequel s'est produit le fait de la dépossession. Du reste, parfois le propriétaire dépossédé ignore lui-même dans quel pays il a été dépouillé de son titre au porteur.

Il va de soi également que l'application des dispositions de la loi de 1872 touchant aux rapports du propriétaire dépossédé avec la société débitrice est indépendante du pays dans lequel les titres dont il s'agit ont été négociés : elles régissent les titres français, n'eussent-ils jamais été négociés qu'en pays étranger, et elles ne régissent pas les titres étrangers, quand même ils n'auraient été l'objet de négociations que sur le territoire français.

Si tout le monde est d'accord sur ces divers points, il y a, au contraire, controverse sur le point de savoir si les dispositions de la loi du 15 juin 1872 qui concernent les rapports du propriétaire dépossédé avec les tiers et qui dérogent aux articles 2279 et 2280, C. civ., s'appliquent, soit à des titres étrangers négociés en France, soit à des titres français négociés à l'étranger, soit, enfin, à des titres étrangers négociés en pays étranger.

653. *Titres étrangers négociés en France.* — D'après une opinion que nous avions soutenue (1) et qu'ont adoptée seulement quelques rares décisions judiciaires (2), les titres étrangers, fûssent-ils négociés en France, échappent à la loi de 1872, pour être soumis simplement et sans restriction aux articles 2279 et 2280, C. civ. En faveur de cette opinion, on fait valoir que, par cela même que les dispositions de la loi de 1872 relatives à l'opposition à paiement ne s'appliquent pas aux titres au porteur étrangers, on ne doit pas pouvoir leur appliquer les dispositions de cette loi concernant

(1) *Précis de Droit commercial*, I, n° 394.

(2) Trib. civ. Seine, 5 juin 1878, *le Droit*, n° du 21 juin 1878.

l'opposition à négociation. La loi du 15 juin 1872 ne peut pas, dit-on, être ainsi divisée.

Les partisans de cette opinion reconnaissent que le syndicat des agents de change de Paris reçoit les oppositions sur les titres étrangers ; mais il y a là, disent-ils, un simple fait. Du reste, rien n'empêche de prendre en considération l'opposition formée à l'occasion d'un titre étranger, pour constater la négligence ou même la mauvaise foi de l'agent de change qui l a négocié et le déclarer, par suite, responsable envers le tiers dépossédé de son titre et, à ce point de vue, tout au moins, l'opposition peut être utile, même en ce qui concerne les titres au porteur étrangers.

Nous estimons, au contraire, avec la jurisprudence (1), que les dispositions de la loi de 1872 sur l'opposition à négociation et sur la revendication des titres au porteur s'appliquent aux titres même étrangers, dès l'instant où la négociation qui suit l'opposition est faite sur le territoire français. Il n'y a point de lien intime entre les deux ordres de dispositions de la loi de 1872, si bien qu'une opposition à négociation peut être faite sans opposition à paiement (2). La loi de 1872, en tant qu'elle prévient les négociations faites au préjudice du porteur dépossédé, est une loi de police et de sûreté dans le sens de l'article 3 du Code civil. Aussi cette loi doit-elle s'appliquer aux négociations de tous titres au porteur faites sur le territoire national, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

(1) Paris, 21 août 1882, S. 1883. 2. 117 ; *J. Pal.* 1883. 1. 684 ; Req. 13 fév. 1884, S. 1884. 1. 225. *J. Pal.* 1884. 1. 540; D. 1884. 1. 265 ; *Pand. fr. chr.* ; Trib. civ. Lyon, 8 août 1865, *la Loi*, n° des 16-17 nov. 1885 ; Aix, 15 mars 1887, *Pand. fr.* 1887. 2. 88 ; *la Loi*, n° du 8 mai 1887 ; Cpr. Trib. d'Amsterdam, *Journ. du Droit internat. privé*, 1887. p. 246. — Le Gost, *op. cit.*, n° 280 ; Buchère *op. cit.*, n° 947 ; Deloison, *op. cit.*, n° 697 ; Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 594 ; Lepelletier, dans le *Journal du Droit international privé*, 1884, p. 29 ; Crépon, *De la négociation des effets publics et autres*, nos 152 et suiv. ; Vincent, dans le *Journal du Droit international privé*, 1886, p. 676.

(2) D'après la loi du 8 février 1902, l'opposition à paiement présuppose nécessairement l'opposition à négociation (n° 632) ; mais il n'y a aucun obstacle à ce que la seconde soit faite sans la première. Il n'en était pas ainsi avant la loi de 1902 ; les deux oppositions étaient absolument indépendantes.

654. Les dispositions de la loi du 15 juin 1872 s'appliquent même aux titres étrangers déclarés insaisissables par leur loi nationale, comme cela arrive parfois pour les fonds d'État. Il est évident que l'article 16, alin. 1, de la loi de 1872, en parlant des rentes sur l'État, n'a visé que les rentes sur l'État français. Du reste, d'après les principes généraux du droit, la question de savoir si un bien est saisissable ou non doit être résolue à l'aide de la loi du pays où il se trouve (*lex rei sitæ*) au moment où il s'agit de le saisir. La loi étrangère qui déclare insaisissables des fonds d'État, est donc sans application en France pour les titres qui se trouvent sur notre territoire (1) (2).

655. *Titres français négociés en pays étranger*. — La question qui s'élève pour ces titres tient au pays dans lequel ils ont été négociés pour la première fois après l'opposition à négociation et la publication faite au *Bulletin officiel des oppositions*. Une jurisprudence constante décide que cette circonstance est indifférente et que, malgré elle, dès l'instant où les titres sont français, l'opposition à négociation, avec toutes les conséquences que la loi du 15 juin 1872 y attache, est possible (3). On invoque, en faveur de cette opinion, l'absence de toute distinction dans le texte de la loi de 1872. Puis, on fait observer que s'agissant de choses incorporelles, d'actions, d'obligations, etc., on doit les considérer, par une fiction généralement admise dans le Droit international privé, comme se trouvant toujours dans le pays du domicile du débiteur. Or, ici le débiteur est une société ayant son siège en France. Par suite, ces actions et ces obligations, en quelque pays que se trouvent les titres, sont réputées être sur notre territoire, ce qui rend

(1) Cass. 13 fév. 1884, S. 1884. 1225 ; *J. Pal.* 1884. 1. 540 ; D. 1884. 1. 265 ; *Pand. fr. chr.* — V. Lepelletier dans le *Journal du Droit international privé*, 1884, p. 32 et suiv.

(2) *Traité de Droit commercial*, VIII, nos 1277 à 1279.

(3) Trib. civ. Seine, 2 juill. 1879, Trib. civ. Seine, 2 fév. 1883, *Journal du Droit international privé*, 1880, p. 196 et 1883, p. 623 ; Trib. civ. Seine, 8 août 1885, *le Droit*, n° du 23 août 1885 ; Trib. civ. Seine, 6 août 1885, *la Loi*, n° du 22 déc. 1885 ; Trib. civ. Seine, 28 déc. 1885, *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 681. — Crépon, *op. cit.*, p. 757 ; Vincent, dans le *Journ. du Droit internat. privé*, 1886, p. 675 ; 1888, p. 345.

la loi française applicable aux négociations de titres français, fûssent-elles opérées dans un pays étranger dont la législation, à la différence de la loi française, n'admet pas la revendication des titres au porteur contre les acquéreurs de bonne foi. Enfin, on n'a pas manqué de faire valoir des considérations pratiques. La loi de 1872 est, dit-on, une loi de police et de sûreté (n° 653) ; elle n'atteindrait pas son but si l'on en restreignait l'application aux négociations de titres au porteur faites sur le territoire français. En effet, il suffirait à un voleur d'aller négocier les titres volés dans un pays étranger, pour que ces titres payés entre les mains d'un posesseur de bonne foi échappâssent à la revendication. Les sages précautions prises dans l'intérêt du porteur dépossédé par la loi de 1872, deviendraient ainsi lettre morte.

Cette doctrine doit être repoussée. Elle n'est nullement conforme au texte de la loi de 1872 et elle est contraire aux principes du Droit international privé. La loi de 1872 est inapplicable aux titres français négociés en pays étranger (1); cette loi ne fait pas sans doute expressément de distinction fondée sur le pays dans lequel a eu lieu la négociation. Mais qu'importe ! Il est vraisemblable que l'attention des rédacteurs de la loi n'a pas été attirée sur la question à laquelle personne ne songeait avant que la loi fût entrée en vigueur. Quand la loi de 1872 (art. 12) parle de la nullité de la négociation postérieure au moment où le *Bulletin officiel des oppositions* est arrivé ou a pu arriver par la voie de la poste dans le lieu où elle a été opérée, il n'est pas probable qu'elle se réfère à un pays étranger dans lequel le titre a été négocié. On ne peut supposer raisonnablement que, dans tous les pays, le *Bulletin* est reçu par des abonnés.

Dans le silence de la loi spéciale du 15 juin 1872, il y a lieu de s'en référer aux principes généraux du Droit international privé. Or, les principes conduisent à admettre une distinction que le texte de cette loi ne fait pas. Les titres au porteur sont traités comme des choses mobilières corporelles ; c'est même là ce qui leur faisait appliquer les articles 2279 et 2280, C. civ., avant la loi de 1872

(1) Le Gost, *op. cit.*, n° 275, p. 210 ; Wahl, *Traité des titres au porteur*, p. 347 et suiv. Cpr. de Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes* I, p. 136 à 140.

(n° 629), et les leur fait encore appliquer, lorsque les formalités prescrites par cette loi n'ont pas été remplies par le porteur dépossédé (n° 628). Or, les meubles corporels sont régis par la loi du pays où ils se trouvent (*lex rei sitæ*), quand il s'agit de déterminer les conditions exigées pour les acquérir et de décider, par suite, qui en est propriétaire. Les partisans du système contraire oublient ces principes élémentaires. Ils rappellent qu'on applique d'ordinaire aux droits ou choses incorporelles la loi du pays du débiteur. Cela n'est pas contestable, mais cesse d'être vrai lorsque les droits sont constatés par des titres au porteur. Il y a alors une certaine identification du droit avec le titre qui rend applicables les règles relatives aux choses mobilières corporelles. D'ailleurs, la jurisprudence tombe dans une singulière contradiction. S'agit-il de valeurs étrangères négociées en France ? Elle applique la loi française à raison du pays de la négociation, en faisant abstraction du pays du siège de la société débitrice. S'agit-il de titres français négociés à l'étranger ? Elle applique encore la loi française à raison du pays du siège de la société en faisant abstraction du pays de la négociation. Il importerait d'adopter un principe unique et de ne pas l'appliquer ou l'écarter selon les cas.

Il ne faut pas méconnaître que le système de la jurisprudence donne une efficacité plus sérieuse que le nôtre à la loi du 15 juin 1872 ; mais il est exorbitant de vouloir faire d'une loi nationale une sorte de loi universelle. Cela n'est pas, d'ailleurs, sans inconvénient pratique. Le placement et la circulation des valeurs mobilières françaises dans les pays étrangers en sont rendus plus difficiles ; ceux qui pourraient s'en rendre acquéreurs hésitent à le faire dans la crainte d'être évincés, malgré leur bonne foi, en vertu de la loi du 15 juin 1872.

655 *bis*. *Titres étrangers négociés à l'étranger*. — L'extranéité du titre et celle du pays de la négociation sont réunies ici pour faire écarter l'application de la loi française de 1872. Il s'est, pourtant, trouvé des tribunaux qui l'ont déclarée applicable même dans cette hypothèse (1). Ce que nous avons dit (n° 655) suffit pour réfuter cette

(1) Trib. civ. Seine (2e ch.), 15 juill. 1885, *Journal du Droit internatio-*

doctrine : elle ne peut même invoquer l'argument spécieux tiré du domicile du débiteur ; elle s'explique, sans se justifier, par le désir immodéré d'étendre à tous les cas l'application de la loi de 1872, afin de rendre efficace et sérieuse la protection légale des propriétaires dépossédés de leurs titres au porteur.

656. *Tentatives d'unification des lois.* — La restriction au territoire national des lois protectrices du propriétaire dépossédé, quelque conforme qu'elle soit aux principes, empêche ces lois d'atteindre leur but ; elle donne aux voleurs de titres au porteur un moyen facile de s'y soustraire en écoulant les titres sur les marchés étrangers. La jurisprudence française même, qui repousse le caractère territorial de la loi de 1872, ne fait pas disparaître les inconvénients de la diversité des lois. Le propriétaire dépossédé n'a pas toujours, en fait, la possibilité de réclamer l'application de la loi de 1872 devant nos tribunaux ; le tiers possesseur peut, en effet, se trouver en pays étranger avec les titres qu'il a acquis ; et les tribunaux étrangers n'admettent pas l'application de la loi de 1872 à des titres négociés en pays étranger (1). Aussi des efforts, qui jusqu'ici n'ont pas abouti, ont-ils été faits à plusieurs reprises pour arriver à une législation uniforme, internationale, selon l'expression usitée (2). A défaut d'une telle législation dont la confection se heurte

nal privé, 1885, p. 458 ; Trib. civ. Seine, 17 novembre 1890, *Journal du Droit international privé*, 1895, p. 129 ; Trib. civ. Seine, 10 janv. 1898, *même journal*, 1893, p. 596.

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

(2) *Projet de l'Association pour la réforme et la codification du droit des gens* (1878, 1880). — Le Congrès des valeurs mobilières qui s'est tenu à l'occasion de l'Exposition universelle de 1900 a, sur la proposition d'un des auteurs de ce traité, émis le vœu suivant : « Le Congrès des valeurs « mobilières émet le vœu qu'une entente internationale intervienne pour « assurer, d'après des règles uniformes, la protection des propriétaires « dépossédés et charge le bureau du Congrès de poursuivre la réalisation « de ce vœu ». V., dans le numéro du Journal *le Siècle* du 24 octobre 1907, l'article de M. Yves Guyot, intitulé *le Droit financier international et les valeurs mobilières*. — Cette question a été mise à l'étude par l'Institut de Droit international, dans sa session de Hambourg (septembre 1891). Mais cette association paraît renoncer à l'exa- miner, pour s'occuper seulement d'adopter des règles à recommander aux divers Etats pour la solu-

à de grandes difficultés en présence des idées divergentes qui dominent dans les différents pays, il serait du moins fort utile que les États s'entendissent pour arriver à résoudre à l'aide de règles communes les conflits de lois qui s'élèvent à l'occasion de la dépossession involontaire des titres au porteur. L'Institut de Droit international a adopté sur cette matière, dans sa session de Gand de 1906, des résolutions qui sont ainsi conçues (2) :

L'Institut de Droit international recommande aux Etats l'adoption des règles suivantes pour la solution des conflits de lois en matière de dépossession involontaire (perte, vol, etc.) des titres au porteur :

I. La loi du pays du débiteur (Etat, province, société, etc.) doit être appliqué pour déterminer à quelles conditions le propriétaire dépossédé d'un titre au porteur peut se faire payer les intérêts, arrérages et dividendes, toucher le capital devenu exigible, obtenir un duplicata du titre dont le propriétaire est privé.

II. Les titres au porteur, à quelque pays se rattache le débiteur qui les a émis, ne peuvent pas être revendiqués par le propriétaire dépossédé dès l'instant où ils ont été l'objet d'une négociation dans un pays où la revendication des titres au porteur est exclue, alors même que, soit au moment de la dépossession, soit au moment de l'exercice de l'action en revendication, ils se trouveraient dans un pays où la revendication des titres au porteur est admise.

Les titres au porteur peuvent, au contraire, être revendiqués par le propriétaire dépossédé quand ils ont été l'objet d'une transmission dans un pays où la revendication est admise, alors même qu'ils se trouveraient, au moment de la revendication, dans un pays où elle est exclue, tant qu'ils n'ont pas été l'objet d'une acquisition régulière.

tion des conflits de lois qui s'élèvent en cette matière. V. Buchère, *Un projet de réglementation internationale sur lestitres au porteur* (*la Loi*, n° du 13 juillet 1884).

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit international* (session de Gand 1906), p. 401 à 442. V. Compte rendu des résolutions de l'Institut de Droit international, par Gabriel Odier, dans la *Semaine judiciaire* de Genève, 1907, p. 481 à 486 ; von Bur, *internationale Rechtsverhaeltnisse bei in Verlust geratkenen Inhaberpepiere* (*Bank-Archiv.*, 1907, n° 13, 164 à 167).

A ces résolutions, l'Institut de Droit international a ajouté le vœu suivant :

L'Institut de Droit international émet le vœu :

I. Que l'admission à la cote des titres étrangers ne soit prononcée dans les divers pays qu'après que les intéressés ont fait connaître à l'autorité compétente pour prononcer cette admission les mesures légales admises pour protéger les propriétaires de titres au porteur contre la dépossession involontaire de ces titres ;

Qu'après l'admission prononcée, les dispositions légales relatives à cette matière soient publiées.

II. Que des règles uniformes tendant à concilier les intérêts des propriétaires dépossédés et ceux des porteurs de bonne foi, soient établies par des conventions internationales ou par les lois des divers pays.

657. *Questions de responsabilité et de recours.* — L'application de la loi du 15 juin 1872 donne lieu à des questions de recours et de responsabilité que la loi a en partie tranchées.

Deux questions principales se posent :

1° L'acheteur, évincé par suite de l'opposition formée en temps utile par le propriétaire dépossédé, a-t-il un recours contre celui dont il tient les titres ?

2° Le propriétaire dépossédé a-t-il une action en responsabilité contre les intermédiaires (agents de change, changeurs, banquiers, etc.) entre les mains desquels les titres ont passé ?

658. *Recours de l'acheteur évincé.* — 1° Lorsque l'opposition a été faite et publiée en temps utile, le client acheteur peut ou refuser de recevoir les titres ou réclamer à son agent de change, soit de nouveaux titres, soit leur valeur. L'agent de change acheteur peut recourir contre son confrère dont il tient les titres, celui-ci contre le client vendeur et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on atteigne la personne qui, la première, a mis les titres en circulation depuis la dépossession involontaire du propriétaire.

A ce point de vue, l'opposition faite individuellement à un agent de change (1) est assimilée à l'opposition faite au syndicat des agents

(1) Ce cas, très fréquent avant la loi du 15 juin 1872 (n° 629), est devenu très rare depuis cette loi.

de change de Paris suivie de la publication au *Bulletin officiel des oppositions* (art. 12, L. 15 juin 1872).

Il va de soi qu'on doit aussi traiter de la même manière le cas où, en l'absence de toute opposition, il y aurait mauvaise foi de la part de l'agent de change, c'est-à-dire connivence entre lui et un de ses clients ou de ses confrères (art. 12, L. juin 1872).

L'action du client contre son agent de change dérive du mandat ; en l'exerçant, le demandeur se plaint de ce que celui-ci n'a pas été exécuté, puisque son agent de change lui attribue des titres qu'il ne pourra pas conserver. L'action des agents de change l'un contre l'autre est une action en garantie pour éviction.

En dehors de ces trois cas d'opposition formée au syndicat des agents de change de Paris, d'opposition individuelle notifiée à l'agent de change acheteur et de mauvaise foi de celui-ci (1), l'acheteur évincé d'un titre au porteur n'a pas de recours contre son agent de change. En conséquence, s'il y a, en vertu des articles 2279 et 2280, C. civ., revendication, dans les trois ans à compter de la perte ou du vol, de titres au porteur, alors qu'il n'y a pas d'opposition ou qu'il y a eu une opposition irrégulière (n° 639), l'agent de change acheteur n'est soumis à aucun recours de la part de son client. Au reste, celui-ci a, en vertu de l'article 2280, C. civ., le droit de retenir les titres tant que le prix d'achat ne lui en est pas remboursé, puisqu'ils ont été acheté en Bourse. Seulement, par suite de la hausse survenue entre l'achat et l'éviction, il peut se trouver privé d'un gain sur lequel il comptait.

Lorsque des recours successivement exercés amènent, en définitive, la condamnation du client vendeur, celui-ci éprouve un préjudice. Il ne peut s'en prendre à son agent de change en lui reprochant de n'avoir pas consulté le *Bulletin officiel des oppositions* avant de s'être chargé de la négociation. Il y a là une vérification à laquelle

(1) Trib. comm. Seine, 12 juin 1904, *Revue des sociétés*, 1905, p. 274. Il n'y a pas à distinguer entre le cas où il s'agit de titres admis à la cote officielle et de titres non admis à la cote négociés par les agents du change. Trib. comm. Seine, 8 juin 1904, *la Loi*, n° du 6 juillet 1904.

les agents de change procèdent souvent en fait, mais à laquelle aucune disposition légale ne les astreint (1).

Ces règles, contenues dans l'article 12 de la loi du 15 juin 1872, ne sont faites, d'après les termes mêmes de cette disposition, que pour les agents de change, dont le législateur a voulu déterminer et limiter la responsabilité. Elles sont étrangères au cas où les négociations se font par des changeurs ou d'autres intermédiaires. A défaut de disposition spéciale pour eux, les principes du droit commun leur sont seuls applicables. Aussi les intermédiaires autres que les agents de change peuvent-ils être déclarés responsables, en dehors même du cas d'opposition antérieure ou de connivence, toutes les fois qu'il y a une imprudence ou une négligence à leur reprocher. C'est là ce qui pourrait être admis en fait par les tribunaux, notamment si un intermédiaire autre qu'un agent de change avait négligé de prendre des renseignements sur la personne qui lui a vendu les titres ou avait dû concevoir quelque soupçon par suite soit du bas prix pour lequel la vente lui en a été faite, soit du nombre même des titres à vendre en disproportion avec la situation du client (2).

659. 2° *Responsabilité à l'égard du propriétaire dépossédé.* — Le propriétaire dépossédé n'a pas seulement le droit de revendiquer ses titres au porteur, soit quand il a fait opposition en temps utile conformément à la loi du 15 juin 1872, soit dans les trois ans de la perte ou du vol en vertu des articles 2279 et 2280, C. civ. ; il peut encore parfois agir en indemnité contre les intermédiaires, agents de change ou autres, qui n'ont pas les titres entre les mains. Cette action en responsabilité peut être cumulée avec la revendication, si la restitution des titres ne suffit pas pour rendre indemne le propriétaire dépossédé. Celui-ci a surtout grand avantage a pouvoir agir en responsabilité, quand l'exercice de la revendication n'est pas possible, en fait, à raison de ce que le détenteur actuel des titres ne peut pas être retrouvé.

L'action en responsabilité suppose une faute de la part du défen-

(1) V., pourtant, Trib. comm. Seine, 1er mai 1885, *la Loi*, n° du 23 mai 1885.

(2) Trib. civ. Seine, 2 juillet 1898, *Revue des sociétés*, 1899, p. 423.

deur. Quand doit-il être considéré comme étant en faute? L'article 12, dernier alin., sert à résoudre cette question comme celle des recours (n° 658, 1°) entre les personnes intéressés dans les négociations des titres.

L'article 12, dernier alin., ne s'occupe de la question que pour les agents de change, en la laissant pour tous autres intermédiaires sous l'empire des règles du droit commun.

L'action en responsabilité n'est possible contre un agent de change que lorsqu'il y a preuve de sa mauvaise foi ou lorsqu'une opposition lui avait été signifié personnellement ou publiée dans le *Bulletin des oppositions*. Le propriétaire dépossédé ne devrait donc pas réussir dans une action en responsabilité exercée contre un agent de change si, en l'absence de toute opposition, le demandeur ne reprochait à celui-ci qu'une négligence (1).

Mais, pour les intermédiaires autres que les agents de change, aucune restriction n'est apportée à leur responsabilité envers le propriétaire dépossédé telle qu'elle résulte des règles du droit commun. On pourrait donc soutenir, en dehors du cas de mauvaise foi et en l'absence de toute opposition, qu'un changeur, un banquier, etc., est responsable à raison de l'imprudence grave qu'il a commise en achetant des titres au porteur dont le propriétaire avait été dépossédé (2). Ce droit est très important pour ce dernier quand la bonne foi du tiers possesseur empêche la revendication.

660. En restreignant la responsabilité des agents de change, le législateur a voulu à la fois éviter les contestations sur l'existence d'une faute à leur charge et ne pas leur imposer des recherches qui seraient de nature à entraver les transactions ou, tout au moins, à les rendre moins rapides. Ces considérations n'ont pas été admises à l'égard des autres intermédiaires, parce qu'on s'est aperçu que trop souvent c'est à eux qu'on recourt de préférence pour la négociation des titres dont le propriétaire a été dépossédé sans sa volonté.

(1) Le tribunal civil de Lyon, dans un jugement du 31 mai 1887, a admis la solution contraire (*Messager de Paris*, n° du 18 juillet 1889). Il y a là une erreur de droit certaine.

(2) Cpr. Trib. comm. Seine, 23 mars 1888, *la Loi*, n° du 8 avril 1888.

661. *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 obligation ou une action, l'obligataire ou l'actionnaire peut toucher le capital exigible à la date fixée. S'il est payé, il va de soi que les intérêts ou les dividendes cessent de courir depuis cette date. Mais il n'en est pas toujours ainsi : il arrive parfois que le remboursement n'est pas réclamé à cette date et que la société (ou plus généralement le débiteur) continue à payer les intérêts ou les dividendes pendant un temps plus ou moins long. Cela ne se présente guère pour les titres nominatifs, parce que les sociétés prennent sinon toujours, au moins souvent, le soin d'avertir par des lettres individuelles les titulaires d'actions ou d'obligations que les numéros de leurs valeurs ont été désignées par le sort pour être remboursées à partir de telle date déterminée. Cela se présente surtout pour les titres au porteur : en ce qui concerne les porteurs qui sont nécessairement inconnus, un avis individuel est impossible ; il faut se contenter d'une publicité par voie d'affichage ou d'insertion dans les journaux. Quand on s'aperçoit que le capital de l'action ou de l'obligation est exigible et que, pourtant, les intérêts ou les dividendes ont continué à être payés depuis la date de l'exigibilité, la société élève ordinairement la prétention de déduire du capital à payer le montant des intérêts ou des dividendes payés après le jour fixé pour le remboursement. Il est possible que le service de ces revenus ait continué pendant un temps assez long pour que le montant en atteigne le capital dû ou même le dépasse. Si la prétention de la société était fondée, il faudrait alors décider qu'elle est entièrement libérée ou même que l'obligataire ou l'actionnaire doit lui restituer l'excédent des sommes reçues sur le capital.

Doit-on donc admettre que la société a, dans ces circonstances, le droit de se faire rendre les intérêts ou les dividendes payés par elle et de les déduire du capital qu'elle doit ?

Cette question, qui n'était pas tranchée par un texte légal jusqu'à la loi du 1er août 1893, a été résolue par cette loi dans une disposition qui forme le nouvel article 70 ajouté à la loi du 24 juillet 1867.

La jurisprudence, admettait que les paiements d'intérêts ou de dividendes faits après l'époque fixée pour le remboursement sont des paiements indûs et décidait, en conséquence, qu'il y avait lieu à répétition au profit de la société, sans distinguer même selon qu'il avait été ou non stipulé que les actions ou les obligations cesseraient d'être productives de revenus du jour qu'elles seraient remboursables (1). Cette solution était très critiquable tant au point de vue législatif qu'à celui de l'interpétation des lois en vigueur (2). L'article 70 ajouté à la loi du 24 juillet 1867 résout la question dans un sens opposé à la jurisprudence antérieure, en disposant : *dans le cas où les sociétés ont continué à payer 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* (3).

661 *bis*. En posant la nouvelle règle, l'article 70 n'indique pas si elle est impérative et exclut, par suite, toute convention contraire. Dans le silence de la loi, il paraît impossible de considérer cette disposition comme impérative : les conventions sont, en principe, libres (ar. 1134, C. civ.). On peut donc stipuler dans les statuts des sociétés, dans les cahiers des charges des emprunts, dans les bordereaux dressés pour la perception des intérêts et des dividendes, que ceux-ci seront soumis à répétition s'ils ont été payés indûment après l'époque fixée pour le remboursement du capital. V. n° 662.

661 *ter*. La disposition de l'article 70 ne concerne que les titres émis par les sociétés, comme le prouve l'insertion de cette disposition dans la loi du 24 juillet 1867. En fait, les seules sociétés qui émettent des titres remboursables par voie de tirage au sort, sont les sociétés par actions. Si, par hasard, il était émis des titres de cette sorte par des sociétés en nom collectif ou en commandite simple, même par des sociétés civiles régies par le Code civil, l'arti-

(1-2) V. l'exposé de la controverse, ci-dessous, note 2 de la page 591.

(3) Cette disposition est la reproduction de l'article 31 du projet de loi sur les sociétés voté par le Sénat le 29 novembre 1884.

Le Congrès international des sociétés par actions tenu à Paris en 1889 avait admis la même règle (résolution XXIX). *Compte rendu sténographique du Congrès international des sociétés par actions*, p. 317.

cle 70, qui ne fait pas de distinction, devrait leur être appliqué. A ce point de vue, l'article 70 peut être rangé parmi les dispositions communes à toutes les sociétés.

Mais cette disposition est sans application aux obligations de l'Etat, des départements et des villes. En ce qui concerne celles-ci, la question ancienne subsiste et la jurisprudence peut ne pas varier, sans qu'il y ait une violation de l'article 70 de la loi de 1867 (2).

(1) D'après la loi du 1er août 1893, l'article 70 est rangé avec plusieurs autres sous la rubrique *dispositions diverses*. Du reste, dans la loi du 24 juillet 1867, il y a des dispositions communes à toutes les sociétés. V. notamment articles 55 et suiv. et article 69 ajouté à la loi de 1867 en vertu de la loi du 1er août 1893.

(2) Aussi nous croyons utile d'examiner ici la question pour les titres émis par les personnes morales publiques. Elle se pose pour eux dans les mêmes termes qu'avant la loi du 1er août 1893, elle se posait même pour les titres des sociétés.

Cette question peut se présenter dans deux cas différents.

1° Aucune stipulation n'a été faite relativement à la cessation du cours des intérêts ou des arrérages en prévision de la sortie des numéros au tirage.

2° Il a été stipulé que, du jour où les titres seraient remboursables, les intérêts ou les arrérages cesseraient d'être dûs. Le plus souvent cette stipulation est faite : ainsi, il est indiqué dans le cahier des charges de l'emprunt que les obligations ou les rentes seront improductives du jour où le capital sera exigible ; cette stipulation est reproduite sur chaque titre et l'on fait même quelquefois signer par toute personne qui reçoit les intérêts ou les arrérages, une déclaration d'après laquelle elle a vérifié les listes de tirage et devra restituer les intérêts qui seraient payés sur des titres amortis.

Ces deux cas doivent être examinés successivement.

1° *Absence de stipulation*. — On a soutenu que les intérêts payés peuvent être réclamés. Les intérêts, dit-on, cessent de courir à la date fixée pour le remboursement. Par suite, s'ils sont payés, c'est là le résultat d'une erreur et le débiteur a l'action en répétition de l'indû en vertu des articles 1376 et suiv., C. civ., ce qui lui permet de déduire le montant des revenus indûment perçus quand le capital lui est réclamé.

Il est vrai qu'aucune stipulation n'a admis la cessation du cours des intérêts, mais on doit présumer que telle a été l'intention des parties. La personne morale débitrice compte, en effet, que chaque année elle n'aura plus à payer les intérêts ou les arrérages d'un certain nombre de titres et c'est d'après l'extinction graduelle de cette charge calculée à l'avance que le nombre des titres à amortir annuellement est fixé, de telle façon que le nombre des titres à amortir chaque année va en augmentant à raison de

661 *quater*. Bien plus, la règle nouvelle ne s'applique pas aux titres émis par toutes les sociétés, mais seulement par les sociétés françaises. Quand des intérêts ou des dividendes ont été payés indûment à des actionnaires ou à des obligataires d'une société

ce que le service des intérêts a dû cesser pour les titres amortis précédemment. Comment peut-on supposer que l'Etat, le département ou la commune a laissé dépendre de la diligence plus ou moins grande des obligataires l'importance des fonds disponibles à affecter à l'amortissement ?

Les partisans de cette opinion ajoutent que, du reste, elle est d'autant plus équitable qu'il y a eu une faute de la part de l'obligataire qui, avant de toucher les intérêts, n'a pas vérifié avec soin les listes des tirages. Enfin, ils font valoir qu'autrement, il faudrait que les débiteurs conservâssent toujours indisponible une somme parfois très importante destinée à rembourser à première réquisition les obligataires en retard qui, venant à constater l'exigibilité du capital, se présenteraient pour le réclamer.

Nous croyons, au contraire, qu'en l'absence de toute stipulation, les intérêts payés restent acquis aux obligataires qui les ont reçus : Justice de paix du IX^e^ arrondissement de Paris, 25 août 1886, *Journal du Droit international privé*, 1889, p. 289. On pourrait citer dans le même sens les rares décisions judiciaires, qui ont admis que, malgré une convention formelle, les intérêts payés le sont valablement. Guillard, dans la *Revue pratique de Droit français*, 1860, p. 401 et suiv. ; Montagnon, *De la continuation du service des intérêts après amortissement d'une obligation* (*Annales de Droit commercial*, 1887, p. 75 et suiv.) ; J. Vavasseur, *Revue des sociétés*, 1889, p. 473 à 478 ; E. Chavegrin, *Recueil de Sirey*, 1891. 1. 7; *J. Pal.* 1891. 1. 29. Ces citations se réfèrent même aux titres émis par des sociétés, par cela même qu'elles sont relatives à des études antérieures à 1893 et qu'avant la loi du 1^er^ août 1893, la question n'était pas résolue même pour les titres émis par des sociétés.

Quand un prêt est productif d'intérêts, la seule arrivée du terme ne suffit pas pour qu'ils cessent de courir à la charge de l'emprunteur. Cela s'applique directement aux obligations qui correspondent à un emprunt. Le fonctionnement de l'amortissement suppose sans doute que chaque année les intérêts cessent de courir pour un nombre déterminé d'obligations. Mais cela implique seulement que toute personne civile doit faire en sorte que ses employés chargés de payer les intérêts, vérifient avec soin si les titres pour lesquels ils sont réclamés ne portent pas des numéros déjà sortis antérieurement à un tirage au sort.

Il est d'autant plus naturel de ne pas arrêter le cours des intérêts que, pour les obligations, la date de l'exigibilité, pour les actionnaires, celle de l'amortissement n'est pas fixée par avance ; le capital en devient exigible à un terme incertain que le sort détermine, de telle sorte que les

étrangère, la loi du pays de cette société doit seule être consultée pour savoir si la répétition en est ou n'en est pas possible. Il ne servirait de rien qu'un tribunal français refusât la répétition si, dans

obligataires et les actionnaires peuvent ignorer qu'ils ont droit à ce remboursement. Les formalités de publicité ne sont pas toujours suffisantes pour avertir les intéressés (publication des listes des numéros sortis à l'aide d'affiches ou d'insertions dans les journaux). Les erreurs qu'ils peuvent commettre, sont, bien qu'on en dise, plus excusables que celles du débiteur dont les employés ont entre les mains, au moment du paiement des coupons, toutes les listes des tirages. Il n'est pas à redouter que les débiteurs soient, comme on l'allègue, pris au dépourvu, par la nécessité de rembourser beaucoup d'obligations. Les obligataires en retard ne sont d'ordinaire qu'en petit nombre et les débiteurs ont presque toujours des sommes disponibles suffisantes pour ces éventualités. Du reste, il est exorbitant de dispenser un débiteur de payer les intérêts d'un capital dont il a eu l'avantage de conserver la jouissance. On peut légitimement craindre que la doctrine contraire n'encourage la négligence et l'on a parfois même prétendu que des débiteurs ne se livraient à aucune vérification pour conserver la chance de réaliser ainsi un gain.

2° *Stipulation expresse.* — Il est évident que, dans le cas usuel où il a été stipulé que les intérêts cesseraient de courir à partir du tirage ou d'une date fixe postérieure, les obligataires ne peuvent pas dire qu'ils comptaient sur la rémunération de leur capital jusqu'au remboursement effectif ; mais il y a alors à décider si cette stipulation est valable. La jurisprudence en admet la validité et, par suite, la nécessité pour l'obligataire de subir la déduction des intérêts indûment payés. Bordeaux, 21 août 1879, S. 1880. 1. 109 ; *J. Pal.* 1880. 1. 245 ; Cass. 26 juill. 1879, S. 1880. 1. 109 ; *J. Pal.* 1880. 1. 245 ; D. 1880, 1. 88 ; Rennes, 16 nov. 1885, S. 1891. 1. 17 ; *J. Pal.* 1861. 1. 36 ; Trib. civ. Seine, 26 janv. 1886, *le Droit*, n° du 1er février 1889 ; Cass. 18 mai 1889, S. 1891. 1. 17 ; *J. Pal.* 1891. 1. 25. — J. Vavasseur, *Revue des sociétés*, 1889, p. 473 à 478.

Il nous est impossible d'adhérer à cette solution sans restriction. Elle est en contradiction avec le principe incontesté selon lequel on ne peut par avance se décharger des conséquences de son dol et de ses fautes lourdes. On ne saurait nier que le débiteur qui continue le paiement des intérêts, commet un acte dolosif, s'il le fait sciemment, une faute, s'il le fait par négligence. Cette négligence peut être légère, elle peut aussi constituer une faute lourde. Ainsi, la faute est légère si le coupon d'intérêts d'une seule échéance est payé à tort, elle devient lourde si les coupons d'intérêts de nombreuses échéances sont acquittés successivement. La faute est également lourde, lorsqu'il s'agit de titres nominatifs ou mixtes, parce que les noms des titulaires figurant sur les registres de transfert, il est facile de leur donner un avis individuel (n° 661).

La doctrine que nous repoussons ferait sans doute elle-même une excep-

le pays de la société, le remboursement du capital n'est admis que sous déduction des revenus payés après l'époque où le capital était remboursable.

662. La disposition de l'article 70 a réalisé un incontestable progrès en excluant la possibilité de la répétition, mais elle est critiquable à plusieurs points de vue. Voici les critiques principales qu'elle nous semble mériter.

a) L'article 70 n'exclue pas la convention contraire aussi est-il à craindre qu'elle ne devienne de style, de telle façon qu'en fait, la répétition soit presque toujours admise (n° 661 *bis*) (1).

b) Il est fâcheux que l'on n'ait pas cherché à faire disparaître le mal pour les titres émis par l'Etat, les départements et les communes et les autres personnes morales publiques.

c) Il aurait été particulièrement désirable qu'on trouvât (ce qui offre des difficultés) le moyen d'appliquer la règle nouvelle aux valeurs mobilières étrangères. C'est surtout pour ces valeurs que le paiement des revenus a lieu souvent assez longtemps après que le capital est devenu remboursable. Les listes de tirages de ces

tion pour le cas de dol ; mais celui-ci est bien difficile à prouver. Elle tendrait donc au moins à encourager la négligence des débiteurs, en leur fournissant en quelque sorte un moyen de libération à peu de frais.

Selon nous, la convention ne saurait produire l'effet de faire cesser le cours des intérêts et d'en autoriser la déduction dès l'instant où il y a dol ou faute lourde à avoir continué le paiement des intérêts.

Trib. comm. Nantes, 4 janv. 1885 (ce jugement a été confirmé par l'arrêt de la Cour de Rennes du 16 novembre 1885 mentionné plus haut). — Montagnon, *op. cit.*, dans les *Annales de Droit commercial*, 1887, p. 85 et suiv. ; Ernest Chavegrin, *Recueil de Sirey*, 1891. 1. 17 : *J. Pal*, 1891. 1. 25.

(1) En combattant devant le Sénat (séance du 3 juillet 1893) l'amendement devenu l'article 70 de la loi du 24 juillet 1867, le commissaire du gouvernement, M. Falcimaigne, alors directeur des Affaires civiles au ministère de la Justice, actuellement conseiller à la Cour de cassation, a très bien indiqué que la disposition proposée ne servirait à rien si l'on ne prohibait la convention contraire : « Si vous voulez arriver à un résultat « utile, il faudrait ajouter à l'amendement ces mots ; nonobstant toute « stipulation contraire ». Cette addition n'a pas été faite. — La prohibition de la clause contraire se trouve dans la résolution votée en 1889 par le *Congrès international des sociétés par actions*.

valeurs ne reçoivent, en effet, en France, qu'une publicité plus restreinte que les listes de tirages des valeurs françaises (1).

663. L'ignorance où restent plus ou moins longtemps les intéressés du tirage au sort de leurs titres, fait que parfois, des obligations ou des actions qui devraient être amorties en vertu de ce tirage, sont l'objet d'une ou plusieurs ventes avant que le fait du tirage ne soit connu. Cela donne naissance à des difficultés qui ne concernent pas la société, comme celle qui a été examinée aux numéros précédents, mais qui s'élèvent entre les vendeurs et les acheteurs ou les intermédiaires, spécialement les agents de change. Aussi, pour ne pas sortir de notre sujet, nous renvoyons l'étude de ces difficultés au chapitre consacré aux *Bourses de commerce*, dans lequel les questions relatives aux obligations des agents de change seront examinées (2).

664. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS, POUR LES INTÉRESSÉS, DES TITRES AU PORTEUR ET DES TITRES NOMINATIFS. — Dans les sociétés qui admettent à la fois des titres nominatifs et des titres au porteur (ce sont de beaucoup les plus nombreuses), les actionnaires

(1) La Chambre des députés avait pris en considération, le 22 mars 1890, une proposition de loi, suivie même d'un rapport favorable, qui était plus complète que l'article 70 nouveau de la loi du 24 juillet 1867.

Cette proposition de loi reproduisait en grande partie les règles suggérées dans une pétition adressée à la Chambre des députés par un syndicat professionnel, *l'Union des banquiers des départements* Voici le texte de la proposition arrêtée par la commission de la Chambre :

« Art. 1er. — Dans le cas où les intérêts, arrérages ou dividendes d'obli-
« gations, d'actions ou de toutes autres valeurs mobilières remboursables
« par voie de tirage au sort, sans en excepter les valeurs émises par
« l'Etat, les villes ou les départements, ont continué à être payés, la répé-
« tition des sommes payées à ce titre ne peut avoir lieu plus de six mois
« après le paiement du premier coupon qui suit le tirage, et cela malgré
« toute convention contraire.

« Art. 2. — Quand il s'agit de titres étraugers, le représentant de la
« société, de la ville, de la province, de l'Etat, chargé en France du ser-
« vice des coupons, est responsable envers le porteur de titres à raison des
« paiements d'intérêts, arrérages ou dividendes faits plus de six mois
« après le paiement du premier coupon qui suit le tirage. Cette respon-
« sabilité s'applique malgré toute stipulation contraire. »

(2) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 949 et 950.

et les obligataires ont, dès qu'il n'y a pas d'obstacle légal (1), le choix entre ces deux formes de titres et peuvent même, par la conversion, substituer l'une à l'autre (L. 28 juin 1857, art. 8). Aussi pose-t-on souvent la question de savoir laquelle de ces deux formes offre plus d'avantages pour les propriétaires de titres. Cette question toute pratique ne peut pas recevoir une solution unique et absolue.

Les titres nominatifs et les titres au porteur ont les uns et les autres des avantages et des inconvénients spéciaux. En outre, selon le but que se propose l'acheteur de titres, l'une ou l'autre de ces formes est préférable.

La dépossession de titres au porteur a, même depuis la loi du 15 juin 1872, des inconvénients que n'offre pas celle des titres nominatifs. Celui qui est dépossédé involontairement de titres au porteur a toujours à craindre que, ses titres ayant été négociés au profit d'un tiers de bonne foi avant toute opposition à négociation, la revendication n'en soit impossible ou qu'elle ne puisse avoir lieu qu'à charge de rembourser le prix d'achat à l'acquéreur (art. 2279 et 2280, C. civ.). En tous les cas, il risque d'avoir à attendre plusieurs années pour toucher les intérêts ou dividendes et le capital ainsi que pour obtenir un duplicata (L. 15 juin 1878).

Au point de vue du crédit, au contraire, le titre au porteur est préférable. Il est plus facilement accepté comme gage par les établissements de crédit (2) ; il n'est pas besoin d'en opérer le transfert au créancier gagiste ; la remise de la main à la main suffit.

La préférence doit encore être donnée au titre au porteur pour la facilité du paiement des coupons. Le titulaire d'un titre nominatif qui ne peut pas ou ne veut pas toucher lui-même les intérêts ou les

(1) Un obstacle légal résulte pour les titres d'actions de ce que la loi n'admet, pour eux, la forme au porteur qu'après leur libération intégrale (L. 24 juillet 1867, art. 3 modifié par la loi du 1er août 1893).

(2) Une loi du 25 juillet 1891 a autorisé le Mont-de-Piété de Paris à prêter sur nantissement de valeurs *au porteur* seulement, jusqu'à concurrence de 500 francs au plus. Cette faculté peut être étendue aux Monts-de-Piété des départements, par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique. V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 323 *bis*.

dividendes, doit remettre son titre à une autre personne, puisque le paiement des revenus se constate par des timbres apposés sur le titre. En pareil cas, le propriétaire d'un titre au porteur n'a qu'à remettre les coupons à encaisser. Du reste, cet inconvénient pratique des titres nominatifs peut être évité dans les sociétés qui admettent les titres mixtes. Ces titres sont assimilés aux titres nominatifs et traités comme eux, sauf qu'ils sont munis de coupons qui peuvent être séparés du titre, comme les coupons des titres au porteur (n° 602).

Au point de vue fiscal, l'acheteur d'une action ou d'une obligation est intéressé à choisir un titre d'une espèce ou de l'autre, selon qu'il veut faire un placement durable ou qu'il a en vue une spéculation. — Veut-il faire un placement ? Il doit préférer un titre nominatif à raison de ce que le revenu net en est supérieur à celui d'un titre au porteur similaire. En effet, la société débitrice n'a à déduire du revenu du titre nominatif que l'impôt de 4 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières dont elle a fait l'avance à l'État (L. 29 juin 1872, art. 3) ; tandis que, sur le revenu d'un titre au porteur, il y a à déduire, outre cet impôt de 4 0/0, la taxe annuelle de vingt centimes 0/0 représentative du droit de transmission (L. 23 juin 1857, art. 6 et 7). Celui qui, faisant un placement, doit, selon toute probabilité, garder ses titres longtemps, a intérêt, pour toucher un revenu plus élevé, à choisir la forme nominative. Il est vrai qu'avec elle, il y a à acquitter un droit de mutation ou de conversion actuellement de 50 centimes pour 100 francs. Mais ce sacrifice, une fois fait, est, au bout de quelques années, inférieur à celui qui résulte du double impôt retenu sur les revenus des titres au porteur. — L'acheteur veut-il, au contraire, spéculer ? Il préfèrera un titre au porteur : d'abord, il n'aura pas à acquitter le droit de transmission ; puis, s'il revend son titre au bout de peu de temps, peut-être n'aura-t-il pas à toucher de revenus, ce qui le dispensera aussi de l'impôt sur le revenu et de la taxe annuelle que les actionnaires et les obligataires n'acquittent que par voie de retenue opérée par l'établissement débiteur qui a fait l'avance à l'État, au moment où des revenus leur sont payés.

Une autre considération, qui n'a rien de légal ni de moral, déter-

même trop souvent le choix de la forme au porteur. On se propose d'éviter par là les droits de mutation par succession (1), en dissimulant à l'Administration de l'enregistrement l'existence des titres (2). Mais des dispositions légales diverses insérées dans les lois annuelles de finances sont de nature à rendre ces fraudes commises au préjudice de l'État beaucoup moins fréquentes. V. L. 25 février 1901, art. 15 ; L. 30 mars 1903, art. 7 ; L. 30 décembre 1903, art. 3.

B. — Historique de la législation relative aux sociétés par actions (3)

665. Les sociétés par actions, telles que nous les connaissons, ne remontent pas à l'Antiquité. Les sociétés anonymes apparaissent à la fin du Moyen-Age en Italie et les sociétés en commandite par actions sont une création du Code de commerce français de 1807. Sans doute, on trouve avant ces époques des sociétés dans lesquelles tous les associés ou quelques-uns n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises et dans lesquelles les parts de ces associés étaient transmissibles par succession et cessibles entre-vifs. Mais ces sociétés n'avaient d'ordinaire que des buts tout spéciaux, telles étaient à Rome les sociétés de publicains (*societates vectigalium*) (n° 448) et, au Moyen-Age, les associations ayant pour objet le

(1) Ces abus expliquent une proposition d'ordre fiscal mentionnée plus haut, n° 613 *bis*.

(2) La forme au porteur permet aussi trop souvent aux actionnaires et aux obligataires de dissimuler leur fortune à leurs créanciers, ce qui est très fâcheux pour ceux-ci, surtout depuis la suppression par la loi du 22 juillet 1867 de la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

(3) Troplong, *Traité du contrat de sociétés* (Introduction) ; Renaud, *Recht des Aktiengesellschaften*, § 1-3 ; K. Lehmann, *Geschichtliche Entwickelung des Aktienrechts bis zum Code de commerce* (1895) ; Weber, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter* (1889) ; K. Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, I, p. 4 à 98 (1898) ; Thaller, *Des sociétés par actions dans l'ancienne France* (*Annales de Droit commercial*, XV) ; Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts* (3te *Auflage*), p. 290 à 298.

plus souvent l'exploitation des mines ou le commerce des armements. De plus, une étude détaillée de ces sociétés fait apercevoir des différences parfois assez notables entre les règles qui les régissaient et celles qui s'appliquent aux sociétés par actions de nos jours (1).

L'apparition tardive des sociétés par actions s'explique facilement. A Rome, le recours à des esclaves pour faire le commerce suffisait en général, avec la constitution des pécules, pour permettre aux citoyens de se livrer à des opérations commerciales sans s'obliger au delà des biens qu'ils consentaient à exposer ; de plus, avant la fin du Moyen-Age, les développements du commerce et de l'industrie n'étaient pas assez grands pour que, d'ordinaire, les sociétés par intérêts n'aient pas suffi pour satisfaire à tous les besoins.

En Italie, les premières sociétés anonymes furent des sociétés de banque formées entre les fermiers des impôts ; telle a été la banque de Gênes, fondée en 1407 et dissoute en 1799. C'est en Hollande, après l'Italie, qu'on trouve les premières sociétés anonymes ; telle fut la société hollandaise des Indes orientales, fondée le 20 mars 1602, et dissoute en 1795, sur le modèle de laquelle fut réorganisée en Angleterre la société anglaise des Indes orientales dont la création remontait à 1599.

666. Les sociétés dans lesquelles les associés n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises et pouvaient céder leurs parts à volonté, n'apparaissent pas en France sous le nom de sociétés anonymes ; ce nom était réservé aux sociétés auxquelles correspondent les sociétés en participation du droit actuel. V. n° 1053.

Les sociétés dont il s'agit n'étaient régies, ni par l'Ordonnance de 1673, ni par aucune loi générale. Le roi seul, par des édits individuels, autorisait la création de sociétés dans lesquelles les associés n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports et où les parts d'associés étaient cessibles ; on désignait généralement ces sociétés sous le nom de *compagnies* (2). Chaque édit contenait les

(1) Dans beaucoup de ces sociétés, la responsabilité des associés n'était limitée qu'en ce sens qu'un associé pouvait se soustraire à toute obligation en abandonnant sa part sociale à ses coassociés.

(2) Ce mot n'a pas aujourd'hui de signification bien précise. Il est

règles particulières applicables à la société dont il s'agissait ; le plus souvent, l'autorité royale avait un certain droit d'intervention dans les affaires de la société. En outre, fréquemment cet édit ne se bornait pas à autoriser la création d'une société, il lui conférait un monopole. Cette pratique était conforme aux idées de l'ancien régime, le droit y était souvent reconnu sous forme de privilège ; ainsi, les inventeurs, les écrivains, n'étaient protégés qu'à la condition d'avoir obtenu un privilège royal. Pourtant, il y eut, en France, même avant la Révolution, quelques sociétés par actions créées sans intervention du pouvoir royal. Ainsi, en 1750, fut créée la société par actions appelée *Chambre d'assurances de Paris* qui ajouta elle-même à son nom la qualification suivante : *établie en corps de compagnie particulière par acte d'association* (1).

Ces compagnies avaient, en général, pour but le commerce maritime et la colonisation (2). Dès le règne de Louis XIII furent constituées avec l'autorisation royale les compagnies de Saint-Christophe et de la Nouvelle-France, qui ne tardèrent pas à tomber. Sous la puissante influence de Colbert (3), se formèrent deux des compagnies les plus célèbres de l'ancien régime, celle des Indes occidentales et celle des Indes orientales, dont le roi et Colbert fournirent une partie des capitaux ; d'autres compagnies par actions eurent pour but de faire le commerce en Afrique. Le mouvement se conti-

employé par certaines dispositions légales comme synonyme du mot société (art. 529, C civ.). Dans l'usage, on appelle compagnies plutôt que sociétés, des sociétés anonymes d'une grande importance ; ainsi, l'on dit plutôt compagnie que société de chemins de fer, compagnie que société d'assurances.

(1) Savary, *Dictionnaire universel de commerce*, p. 1210 et suiv. Ce dictionnaire n'a pas pour auteur Jacques Savary, rédacteur de l'ordonnance de 1673, qui mourut en 1690 (*Traité de Droit commercial*, I, n° 30, mais Jacques Savary des Brulons, son fils, V. P. Viollet, *Histoire du Droit civil français*, p. 222.

(2) V. Paul Leroy-Beaulieu, *Histoire de la colonisation chez les peuples modernes* ; Léon Deschamps, *Histoire de la question coloniale en France*, spécialement p. 75 et suiv.

(3). V. *Annales de l'École des sciences politiques*, octobre 1886, étude de M. Pigeonneau sur l'action coloniale de Colbert ; Léon Deschamps, *op. cit.*, p. 144 et suiv.

nua au XVIII^e^ siècle : les compagnies de Saint-Domingue, du Canada, de la baie d'Hudson furent autorisées par Louis XV. C'est à cette époque que la célèbre banque de Law fut constituée en société par actions ; elle acquit notamment le privilège de la compagnie des Indes orientales et fut chargée des fermes générales du royaume. Les actions de cette compagnie eurent d'abord un prodigieux succès ; elles montèrent à plus de vingt fois leur valeur. Cette prospérité factice, due à l'agiotage, ne fut pas de longue durée ; la banque de Law s'écroula, et les désastres produits par elle discréditèrent momentanément les sociétés par actions qui n'apparurent que comme un moyen de pratiquer des spéculations frauduleuses (1).

667. — Après la proclamation de la liberté de l'industrie par la loi du 2 mars 1791 (2), de nombreuses compagnies se formèrent en France. Ces compagnies se livrèrent à l'agiotage ; leurs titres contribuèrent à la dépréciation des assignats, La Convention considéra les sociétés par actions comme des instruments de spéculation portant atteinte au crédit public ; un décret des 26-29 germinal an II supprima les compagnies existantes et défendit d'en former dans l'avenir, sous quelque prétexte et sous quelque nom que ce fût. Un décret du 24 août 1793 avait déjà supprimé toutes associations dont le capital reposait sur des actions au porteur, sur des effets négociables ou sur des inscriptions susceptibles d'être transférées ; mais il admettait dans l'avenir la formation de sociétés de ce genre avec une autorisation législative. Adoptant des idées plus justes, le Directoire abrogea, deux ans après, le décret de germinal an II par la loi du 30 brumaire an IV. Cette loi, en permettant la constitution des sociétés par actions, ne posait aucune règle sur leur organisation et leur fonctionnement. Aussi les tribunaux rendirent-ils parfois des décisions tout à fait exorbitantes (3) ; il a notamment été admis que les actionnaires étaient tenus personnellement et solidairement (4).

(1) V. Thiers, *Histoire de Law*.
(2) *Traité de Droit commercial*, I, n° 41.
(3) Molinier, p. 349 et 350.
(4) Vincens, I, p. 328.

668. Les rédacteurs du Code de commerce comblèrent cette lacune.

Le projet de Code reconnaissait, à côté de la société en nom collectif et de la société en commandite. la société par actions, et dans le but d'éviter autant que possible les fraudes auxquelles ce genre de société peut donner lieu, le projet exigeait, pour la formation de toute société par actions, l'autorisation préalable du gouvernement. Ce projet souleva les réclamations des tribunaux et des chambres de commerce ; ils ne protestaient pas contre l'idée de soumettre à l'autorisation gouvernementale les sociétés qui correspondaient aux compagnies de l'ancien régime ; mais, pour eux, cette autorisation, étant destinée à suppléer au défaut de garantie résultant pour les tiers de ce qu'aucun associé n'est tenu dans ces sociétés au delà de sa mise, ne devait pas être prescrite pour les sociétés dans lesquelles il y avait des gérants personnellement et solidairement responsables. Les tribunaux et les chambres de commerce demandaient donc que le législateur distinguât deux classes de sociétés par actions, les unes autorisées, les autres libres ; c'est cette distinction que le Code de commerce a définitivement consacrée : il reconnaît des sociétés par actions dans lesquelles il n'y a que des actionnaires (*sociétés anonymes*), puis des sociétés dans lesquelles il y à la fois des associés personnellement responsables et des actionnaires (*commandites par actions*). Les premières étaient soumises à l'autorisation gouvernementale ; les secondes pouvaient se former librement (art. 37 et 38, C. com.) ; le Code de 1807 ne consacrait même aucune règle restrictive spéciale ni pour la constitution ni pour le fonctionnement des sociétés en commandite par actions.

669. L'autorisation nécessaire aux sociétés anonymes était donnée dans les formes prescrites pour les règlements d'administration publique, c'est-à-dire par décret rendu sur l'avis du Conseil d'Etat (art 37, C. com.). Celui-ci recevait communication du projet de statuts de la future société ; il pouvait émettre l'avis qu'il y avait lieu de les approuver en autorisant la société, de ne l'autoriser qu'après modification des statuts sur certains points qu'il indiquait ou de refuser l'autorisation.

Le gouvernement n'avait pas à motiver sa décision. Il pouvait

refuser l'autorisation à raison de l'objet de la société jugé dangereux, du peu d'honorabilité des fondateurs, de leur crédit politique restreint, des vices ou des lacunes des statuts ou de tout autre motif. Aussi le décret qui rejetait une demande d'autorisation ne pouvait-il être l'objet d'un recours devant le Conseil d'État (1).

Le Code ne contenant que quelques règles très sommaires sur les caractères légaux des sociétés anonymes (art. 29 à 36), sur la forme de l'acte constitutif qui devait être authentique (art. 40) (2) et sur la publicité à lui donner (art. 45) (3), le gouvernement avait toute liberté pour exiger ou non l'insertion dans les statuts des clauses que bon lui semblait, en tenant compte de l'importance du capital, de la nature des opérations sociales et de toutes autres circonstances laissées à son appréciation (4). En fait, seulement, le Conseil d'Etat avait adopté une jurisprudence en vertu de laqelle il exigeait ou il rejetait toujours ou presque toujours certaines clauses.

Le gouvernement pouvait retirer l'autorisation qu'il avait donnée, c'est ce qui arrivait parfois lorsqu'une société autorisée violait ses statuts. Pour certaines sociétés, le gouvernement nommait des censeurs chargés d'en surveiller la marche.

L'autorisation, nécessaire pour la création de la société, l'était aussi, comme la logique l'érigeait, pour toutes les modifications apportées aux statuts.

670. La liberté complète laissée aux sociétés en commandite par actions ne pouvait se justifier logiquement en présence de l'autorisation préalable et de la surveillance auxquelles étaient soumises les

(1) V., au contraire, le système introduit par la loi du 17 mars 1905 pour les sociétés d'assurances sur la vie, art 3 de cette loi.

(2) On expliquait cette exigence spéciale aux sociétés anonymes en disant que l'approbation gouvernementale ne devrait intervenir qu'à propos d'un acte dont la sincérité n'était pas douteuse.

(3) Les statuts des sociétés anonymes devaient être publiés en entier (art. 45. C. com.), tandis que les statuts des autres sociétés n'étaient publiés que par voie d'extrait (art. 42, C. com).

(4) Cela mérite d'être remarqué à raison de ce que, dans plusieurs Etats où l'autorisation préalable était exigée pour les sociétés anonymes ou pour les sociétés en commandite par actions, les Codes eux-mêmes posaient de nombreuses règles restrictives auxquelles toutes ces sociétés devaient se soumettre. V. n° 674 *bis*.

sociétés anonymes. De deux choses l'une : on devait admettre l'autorisation et la surveillance pour les deux espèces de sociétés par actions ou les repousser pour toutes les deux ; c'est ce qu'admettait, du reste, le projet du Code de commerce de 1807 (n° 668) et c'est ce qu'on a bien compris dans plusieurs pays voisins (n° 674 *bis*). Les rédacteurs du Code de 1807 avaient sans doute été touchés de ce que, dans les sociétés en commandite par actions, il y a des commandités dont la responsabilité solidaire et personnelle est une garantie pour les tiers. Mais cette garantie n'est pas sérieuse ; dès que les opérations d'une société en commandite prennent un certain développement, les obligations sociales deviennent assez considérables pour dépasser de beaucoup les fortunes individuelles même les plus grandes.

Les vices du système du Code de commerce à cet égard se sont, du reste, bien vite fait jour après sa promulgation (1). Chacune des deux formes de sociétés par actions a son utilité et sa raison d'être. La société anonyme convient aux entreprises de longue durée exigeant de grands capitaux, mais dont il n'importe pas que la direction soit confiée à une personne jouissant d'un grand crédit personnel ou d'une réputation spéciale grâce à son habileté. En effet, la société anonyme n'a pas de raison sociale et le pouvoir souverain y appartient aux actionnaires qui, dans leurs assemblées, prennent sur les questions sociales des décisions à la majorité, qui, notamment, nomment et révoquent à leur gré les administrateurs. La forme de la commandite par actions est plutôt faite pour les sociétés qui reposent sur le crédit et la réputation d'une personne qui en est gérant et dont le nom forme la raison sociale. En principe, ce gérant est irrévocable, et sa mort entraîne la dissolution de la société. Les actionnaires ne peuvent s'immiscer dans la gestion (art. 27 et 28, C. com.).

En fait, des sociétés en commandite par actions étaient souvent

(1) On consultera avec intérêts sur les inconvénients du système du Code de commerce un article de notre regretté collègue M. Ch. Beudant, intitulé : *Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867* et inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXXI (1868), p. 404 et suiv.

constituées dans des cas où il aurait été naturel de créer des sociétés anonymes ; on adoptait alors la forme en commandite dans le seul but de se passer de l'autorisation du gouvernement. Les sociétés, usant de ce subterfuge légal, n'étaient nécessairement pas celles qui étaient fondées par les hommes les plus honnêtes et qui présentaient les chances de prospérité les plus sérieuses. Aussi cette forme de société donna-t-elle lieu à des fraudes si nombreuses et si scandaleuses, qu'en 1838, le législateur essaya d'intervenir. Le gouvernement, recourant à un moyen radical, proposa un projet de loi supprimant la commandite par actions. La commission de la Chambre des députés pensa que l'adoption de ce projet pouvait nuire au développement de l'esprit d'association, qu'il valait mieux réglementer que supprimer l'exercice du droit de diviser en actions le capital des sociétés en commandite ; elle substitua donc au projet du gouvernement une proposition de loi qui réglait les conditions de la constitution et du fonctionnement de ces sociétés. Le rapport n'ayant pas pu être discuté pendant la session, le projet fut oublié.

671. Cependant, l'idée de réglementer la société en commandite par actions n'était pas perdue ; elle devait reparaître et obtenir un succès définitif. Les abus auxquels la commandite par actions donna lieu, spécialement dans les années de spéculation effrénée qui suivirent le coup d'Etat de décembre 1851, semblèrent réclamer l'intervention du législateur ; elle se manifesta par la loi du 17 juillet 1856. Cette loi soumit la constitution et le fonctionnement des sociétés en commandite par actions à une réglementation minutieuse et sévère. On prétendit même que l'esprit d'entreprise s'en trouvait découragé et que, sous bien des rapports, la liberté avait été plutôt supprimée que réglée. La loi du 24 juillet 1867 a, dans une certaine mesure, fait droit à ces plaintes ; elle a consacré son titre 1^er^ (art. 1 à 20) aux commandites par actions, en abrogeant la loi du 17 juillet 1856. Pour ces sociétés, le système de la réglementation légale a été ainsi substitué à la liberté absolue qu'admettait le Code de commerce.

672. La partie de notre législation concernant les sociétés anonymes a également subi des modifications très graves depuis 1807.

Le système de l'autorisation préalable avait soulevé de vives et

légitimes critiques. Il n'est pas dans le rôle de l'Etat d'intervenir dans la création et dans le fonctionnement des sociétés pour défendre les intérêts des particuliers, associés ou créanciers sociaux. C'est à ceux-ci à prendre eux-mêmes les précautions nécessaires pour ne pas être victimes des fraudes pratiquées trop souvent par les fondateurs et les administrateurs des sociétés. L'intervention de l'Etat a, en cette matière, des inconvénients qui augmentent avec le nombre des demandes d'autorisation. L'examen des statuts et de l'honorabilité des fondateurs ne peut être très sérieux quand ces demandes se multiplient. Cependant, les intéressés sont disposés à compter sur le soin avec lequel le gouvernement a examiné les statuts et a apprécié les chances de succès de l'entreprise ; ils s'endorment dans une fausse confiance. Puis, quand ils s'aperçoivent des fautes commises à leur préjudice, ils s'en prennent au gouvernement qui encourt au moins une responsabilité morale.

Une loi du 23 mai 1863 modifia partiellement le système du Code, moins pour donner satisfaction aux critiques qui précèdent que pour permettre au commerce français de lutter à armes égales avec le commerce anglais. Une convention, conclue le 30 avril 1862 entre la France et l'Angleterre, donnait aux sociétés anglaises le droit d'agir en France ; or, en Angleterre, les sociétés par actions correspondant à nos sociétés anonymes, pouvaient se former librement (n° 674 *ter*) Le maintien de la nécessité de l'autorisation préalable aurait donc placé notre commerce dans une situation d'infériorité. Toutefois, le législateur de 1863 procéda avec timidité et ne dispensa de l'autorisation gouvernementale que les sociétés anonyme dont le capital n'excédait pas 20 millions. Ces sociétés, ainsi formées sans autorisation du gouvernement, étaient appelées *sociétés à responsabilité limitée* (1) ; elles étaient soumises, pour leur organisation et leur fonctionnement, à une série de règles restrictives qui avaient pour but de suppléer à la garantie de l'intervention gouvernementale et qui étaient analogues à celles que la loi de 1856 établissait pour les commandites par actions. Le nom donné à ces sociétés

(1) En *Allemagne* et en *Autriche* un nom correspondant *Gesellschaften mit beschraenkter Haftung* est donné à des sociétés d'un genre tout spécial et qui n'ont pas leur analogue en France. V. n^os^ 674 *bis* et 675.

n'était pas très heureux et ne les caractérisait pas suffisamment, puisque la responsabilité des associés était également limitée dans les sociétés anonymes soumises à l'autorisation préalable. On avait proposé de les appeler *sociétés anonymes libres*, ce qui aurait été clair ; on craignit de nuire à ces sociétés en indiquant par leur dénomination même que le gouvernement était étranger à leur formation.

Il y a donc eu, en réalité, à partir de la loi du 23 mai 1863, deux espèces de sociétés anonymes, les unes constituées avec l'autorisation du gouvernement, les autres constituées librement et soumises aux prescriptions de la loi nouvelle. La distinction, qui tenait au chiffre du capital social, n'était pas très rationnelle et le législateur lui-même avait indiqué qu'il faisait seulement un essai. Il compléta sa réforme par la loi du 24 juillet 1867 qui supprima le système de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes quel qu'en fut le capital et qui ne l'avait laissé subsister que pour certaines sociétés paraissant offrir des dangers particuliers à raison du caractère aléatoire et de la longueur de leurs opérations (sociétés d'assurances sur la vie).

La loi de 1867, qui a abrogé la loi de 1863, n'a pas laissé aux sociétés anonymes la liberté de se constituer et de fonctionner comme elles l'entendent ; dans l'intérêt des actionnaires et des tiers, elle leur a imposé des règles (art. 21 à 47) qui, par la force des choses, ressemblent beaucoup à celles que cette même loi admet pour les commandites par actions. Le régime légal des deux espèces de sociétés par actions est ainsi devenu le même, en ce sens qu'elles ne sont ni les unes ni les autres soumises à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement, mais qu'elles ne jouissent que d'une liberté réglementée par la loi.

673. Droit étranger. — Le régime légal des sociétés par actions a subi dans la plupart des pays les mêmes modifications qu'en France. D'abord, dans les pays où la commandite par actions est admise, une réglementation légale lui est appliquée. Puis, la suppression de l'autorisation préalable et de la surveillance du gouvernement a eu lieu successivement dans presque tous les Etats,

conformément à l'exemple donné par la France et la Grande-Bretagne. Il ne sera pas inutile de présenter le tableau des pays où cette réforme a été opérée et de ceux où le régime de l'autorisation existe encore.

L'autorisation préalable a cessé d'exister non seulement en *Grande-Bretagne* et en *France*, mais en *Allemagne*, en *Belgique*, en *Hongrie*, en *Italie*, en *Suisse*, en *Espagne*, en *Portugal*, en *Suède*, en *Bulgarie*, au *Mexique*, au *Brésil*; elle subsiste encore avec des caractères différents en *Autriche*, en *Hollande*, en *Roumanie*, en *Russie*, au *Chili*, dans la *République Argentine*. Il faut, toutefois, remarquer que nulle part, jusqu'ici, on n'a accordé aux sociétés anonymes une liberté complète semblable à celles dont jouissent les sociétés en nom collectif et en commandite simple. On a pensé que la garantie résultant de l'autorisation préalable et de la surveillance administrative devait être remplacée par un ensemble de règles légales sur la constitution et le fonctionnement des sociétés anonymes. Une réglementation, analogue est admise pour les commandites par actions.

La réglementation légale des sociétés par actions diffère selon les pays, elle est plus ou moins rigoureuse, plus ou moins minutieuse. Les plus notables différences qui existent à cet égard, seront mentionnées à propos de l'étude que nous ferons de la loi française (1).

674. *Pays dans lesquels l'autorisation préalable a été supprimée.* — Dans quelles circonstances et à quelle époque l'autorisation préalable a-t-elle été supprimée dans chacun de ces Etats ? Telle est la question que nous devons résoudre. Bien que la *Grande-Bretagne* soit le pays d'où est parti le mouvement réformateur, nous parlerons d'elle en dernier lieu et nous la placerons à part. La réforme qui y a

(1) Actuellement, les deux législations le moins restrictives sont celles de la *Grande-Bretagne* et de l'*Espagne*. Mais, dans le premier de ces pays, il y a une réaction favorable à une réglementation analogue à celle qui est admise dans les pays du continent. Cette réaction s'est manifestée à la suite de nombreux *bills* présentés pendant plusieurs années par la loi de 1900 qu'a modifiée dans un sens encore plus restrictif une loi de 1907 (7 Edw. 7, ch. 50). V. n° 674 *ter*.

été opérée ne peut être comprise que par un exposé préalable de l'histoire de la législation anglaise ; cette histoire est assez compliquée à raison de ce que le législateur anglais n'abandonne que peu à peu, par des réformes partielles et successives, les principes du droit primitif. V. nº 674 *ter*.

674 *bis*. *Allemagne*. — Le Code de commerce allemand de 1861 (anciens art. 173 et 208) exigeait l'autorisation préalable pour les deux espèces de sociétés par actions. Il consacrait ainsi cette idée fort juste que, dans une bonne législation, la société anonyme et la société en commandite par actions doivent être soumises au même régime légal. Le système du Code allemand ne se distinguait pas qu'à ce point de vue de celui du Code français ; à la différence de celui-ci le Code allemand posait de nombreuses règles sur la constitution et le fonctionnement des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, auxquelles le gouvernement ne pouvait les dispenser de se soumettre.

Toutefois, la règle posée par le Code allemand n'était pas absolue. Il laissait aux Etats particuliers le droit d'écarter l'autorisation préalable, soit pour les deux sortes de sociétés par actions, soit pour l'une d'elles. Il avait été fait un usage très varié de cette faculté. L'autorisation préalable avait été mise complètement de côté à Brême, à Hambourg, à Lubeck, dans le grand-duché de Bade, dans les royaumes de Saxe et de Wurtemberg. Elle n'avait été écartée que pour les commandites par actions en Prusse, à Francfort, dans la Hesse électorale, etc... Cet état de choses subsista jusqu'à la loi du 11 juin 1870. Cette loi dont la plupart des dispositions furent insérées dans le Code de commerce, supprima l'autorisation préalable pour les deux espèces de sociétés par actions ; faite pour la Confédération de l'Allemagne du Nord, elle a été étendue à l'Empire d'Allemagne entier.

La loi du 11 juin 1870 ne s'était pas bornée à supprimer l'autorisation préalable ; elle avait aussi modifié en de nombreux points les règles sur la constitution et le fonctionnement de ces sociétés. Les modifications n'avaient pas toujours été heureuses : les dispositions étaient ou trop rigoureuses ou insuffisantes. Une nouvelle loi du

18 juillet 1884 sur les sociétés par actions, dont les dispositions avaient été insérées dans le Code de commerce de 1861, a modifié les règles admises en 1870 (1). Enfin le Code de commerce *allemand* de 1897, entré en vigueur le 1er janvier 1900, a modifié, en quelques points, les dispositions venant de la loi de 1884 (2).

Il y a, toutefois, encore des sociétés qui sont soumises à l'autorisation préalable, spécialement les sociétés d'assurances (L. 12 mai 1901) (3).

A côté de la commandite par actions et de la société anonyme, une loi du 20 avril 1892 a introduit en *Allemagne* les sociétés connues sous le nom de sociétés à responsabilité limitée (*Gesellschaften mit beschrænkter Haftung*) (4). Dans ces sociétés, comme leur nom l'indique, la responsabilité des associés est limitée à leur mises, sans qu'elles soient soumises à la réglementation rigoureuse et compliquée qui s'applique aux sociétés anonymes. La loi prend seulement des précautions pour que ces sociétés ne donnent pas lieu aux spéculations auxquelles donnent naissance les sociétés anonymes. Elles conviennent très bien aux petites entreprises et à des cas spéciaux, comme au cas d'une société formée entre héritiers auxquels un établissement est dévolu et qui ne peuvent pas se charger eux-mêmes de la gestion, au cas d'un établissement abandonné par un débiteur à ses créanciers qui veulent l'exploiter à leur profit. Ce genre de société a en Allemagne un grand succès. Aussi a-t-il été introduit, par imitation en Autriche en 1906. V. 675.

(1) V. *Annuaire de législation étrangère* de 1885, p. 98 et suiv. (notice et analyse de Jules Dietz).

(2) Robert Esser, *Die Neugestaltung der Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des mit dem 1. Januar 1900 in Kraft tretenden Handelsgesetbuche ;* Bauer, *Das Aktiengesetz in der Fassung des neuen Handelsgesetzbuches* vom 10 mai 1897.

(3) V. la traduction de la loi du 12 mai 1901 par Cosmao-Dumanoir dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1902, p. 86 et suiv. — V. Paul Alexander-Katz, *Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen*, vom 12. mai 1901 ; Naundorff. *Private Versicherungsunternehmungen.*

(4) V. la traduction de cette loi par Ch. Lyon-Caen, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1893, p. 150 et suiv. — Staub, *Commentar zum Gesetzte betreffend die Gesellschaften mit beschraenkter Haftung* (1903).

Belgique. — Les sociétés par actions ont été régies par le Code français de 1807 sans aucun changement jusqu'en 1873 ; par suite, les sociétés anonymes étaient soumises à l'autorisation préalable du gouvernement, tandis que les commandites par actions étaient entièrement libres. La loi du 18 mai 1873 sur les sociétés (1), qui fera partie du Code de commerce belge revisé, a supprimé l'autorisation préalable et soumis à de nombreuses règles préventives et répressives les sociétés par actions. Quelques modifications ont été apportées à la loi de 1873 par une loi du 22 mai 1886 (2).

Italie. — Le Code de commerce italien de 1865, comme le Code de commerce allemand, exigeait l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions (3). Le gouvernement italien usa même tout d'abord avec une très grande rigueur du droit de surveillance qui lui appartenait. Il avait poussé à cet égard les choses si loin qu'il jugea nécessaire, après quelques années, de modifier ses pratiques et de se montrer moins exigeant. Un décret du 30 décembre 1865 avait créé dans chaque province des fonctionnaires chargés d'exercer sur les sociétés par actions une surveillance continue. Ceux-ci exercèrent leurs fonctions avec une telle rigueur qu'ils suscitèrent des plaintes. Un décret du 5 septembre 1869 restreignit leurs pouvoirs, en décidant que, dorénavant, ces fonctionnaires n'auraient à intervenir que sur la demande des intéressés et dans le cas où l'on reprocherait aux administrateurs, soit des violations des statuts, soit des indications fausses dans les actes publiés par eux. Le Code de 1882 a supprimé

(1) *Annuaire de législation étrangère,* 1874, p. 336 et suiv. Un des meilleurs ouvrages consacrés à cette loi est celui de M. Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, 3 vol. in-8. V. aussi Beltjens, *Des sociétés commerciales*, II (1899) ; de Vos et van Meenen, *Commentaire des lois du 18 mai 1873 et du 22 mai 1886 sur les sociétés commerciales* (1899). V. une étude de M. Vavasseur sur cette loi dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1875, p. 141 et suiv.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1887, p. 470 et suiv. (notice et notes de Ch. Lyon-Caen).

(3) A la différence du Code français de 1807, le Code de commerce italien de 1865 contenait toute une réglementation pour les deux sortes de sociétés par actions.

l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement, en les remplaçant par une réglementation légale (1).

Espagne. — La même réforme y fut faite dès 1869. Le Code de commerce espagnol de 1829 exigeait que les sociétés anonymes fûssent autorisées par le tribunal de commerce ; celles qui voulaient obtenir un monopole, avaient seules besoin d'une autorisation royale. La loi du 19 octobre 1869, a supprimé l'autorisation préalable et le Code espagnol de 1885 ne l'a point rétablie ; c'est un des Codes qui laissent la plus grande liberté aux sociétés par actions. Il est quelque peu compliqué ; les règles qu'il pose varient dans une certaine mesure avec l'objet de la société, c'est ainsi qu'il distingue les sociétés de crédit, de travaux publics, de chemins de fer, etc.

Suisse. — Les lois suisses variaient selon les cantons. Le Code fédéral des obligations a unifié les règles admises en cette matière ; il repousse l'autorisation préalable, mais réglemente les sociétés par actions, comme les lois des autres Etats (art. 612 à 677). Une loi fédérale du 25 juin 1885 organise un contrôle spécial sur les entreprises d'assurances (2).

Hongrie. — Le Code de commerce de 1875 n'admet pas l'autorisation préalable ; il l'a remplacée par une réglementation empruntée en grande partie à la loi allemande du 11 juin 1870 (3). Ce Code ne reconnaît pas d'autre société par actions que la société anonyme. Le législateur hongrois a constaté que, dans les pays où la commandite par actions est admise, on n'a guère dans le passé adopté cette forme de société que pour échapper à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement applicables aux sociétés anonymes ; il a cru en pouvoir conclure que, là où l'autorisation préalable n'est pas requise pour les sociétés anonymes, la commandite par actions n'a pas d'utilité.

(1) *Annuaire de législation étrangère* de 1883, p. 641 et suiv. (notice et analyse de Louis Renault).

Manara, *Delle società e delle associazoni commerciali.*

(2) Oscar von Waldkirch, *Die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungs Unternehmungen nach dem Bundesgesetze vom 25 : juni 1885* (1892).

(3) Lœw, *das ungarische Handelsgesetz* (1900).

Portugal. — Le Code de commerce de 1888 n'admet pas l'autorisation préalable ; il se borne à établir une réglementation analogue à celle qu'ont consacrée les lois antérieures des autres Etats. Mais l'autorisation préalable a été rétablie pour les sociétés de banque en 1894 (1).

Suède. — Une loi du 6 octobre 1848 sur les sociétés anonymes les soumettait à l'autorisation royale. Cette loi est remplacée par la loi du 18 juin 1895, qui a supprimé la nécessité de l'autorisation (2).

Bulgarie. — Le Code de commerce *bulgare* de 1897 (art. 148 à 218) réglemente les sociétés anonymes, sans les soumettre à l'autorisation préalable.

Serbie. — Une loi du 10/22 décembre 1896 rédigée sous l'influence de la législation allemande, est relative aux sociétés anonymes (3).

Mexique. — Le Code de commerce mexicain de 1890 (art. 163 à 225), qui reproduit en grande partie une loi du 18 avril 1888, adopte le système de la réglementation légale substitué à celui de l'autorisation préalable.

Brésil. — Une loi du 4 novembre 1882 a supprimé l'autorisation préalable (4). Elle a été modifiée par un décret du 17 janvier 1890 dans quelques-unes de ses dispositions.

Japon. — Le Code de commerce *japonais* de 1899 a adopté le système de la réglementation légale.

674 *ter. Grande-Bretagne.* — C'est seulement de nos jours qu'il a été fait des lois sur les sociétés ; jusqu'au XIX^e^ siècle, cette matière était, comme, du reste, la plupart des matières commerciales,

(1) V. *Annuaire de législation étrangère*, 1895, p. 460.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 602 et suiv. L'autorisation du gouvernement est, toutefois, requise pour qu'une société anonyme puisse émettre des actions au porteur ou avoir des administrateurs étrangers.

(3) V. *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, L, p. 605 et suiv. V. *Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 686.

(4) V. dans l'*Annuaire de législation étrangère* de 1883 la traduction de cette loi précédée d'une notice historique.

régie presque exclusivement par le droit coutumier (*common law*). Celui-ci reconnaissait trois principes fondamentaux :

a) Les associés doivent être tenus des dettes sociales personnellement et solidairement. En d'autres termes, la coutume n'admettait pas la responsabilité limitée.

b) Un associé ne peut pas, sans le consentement de ses coassociés, se substituer par voie de cession une autre personne dans la société.

c) Comme les personnes morales (*corporations*) ne peuvent être créées sans l'autorisation du législateur, les sociétés ne constituent pas des personnes civiles distinctes des associés.

Les sociétés auxquelles ces règles coutumières s'appliquent, sont des *sociétés de personnes* dans le sens où nous avons pris cette expression (n° 100) ; à raison des deux premières règles, elles peuvent être rapprochées de nos sociétés en nom collectif. On les désigne ordinairement sous le nom de *partnerships*, bien que parfois le mot *partnerships* soit pris dans le sens large du mot français société.

Les *partnerships* ont été régis par la coutume jusqu'en 1890 (1), où une loi, qui ne fait guère, du reste, que consacrer les règles coutumières, a été faite pour elles. Cette loi est intitulée : *Partnerships Act*, 1890 (53 et 54 Vict., ch. 39) (2).

Les sociétés soumises au trois grandes règles du droit coutumier ne pouvaient convenir aux grandes entreprises. Aussi des lois conféraient-elles parfois à certaines sociétés la personnalité civile ; elles admettaient la responsabilité des associés limitée au montant de leurs apports et la cessibilité de leurs parts sociales. Les lois qui intervenaient dans ce but, sont appelées *acts of incorporation*, à raison même de la personnalité qu'elles attribuaient aux sociétés ; souvent elles conféraient en même temps aux sociétés un monopole (3). Les sociétés ainsi autorisées par des lois sont désignées

(1) Lindley, *On Partnerships and Companies* (2 vol. in-8) ; Buckley, *On the Companies Acts* (1 vol. in-8).

(2) V., sur cette loi, Pollock, *Digest of the law of Partnership* (1890).

(3) Une des plus anciennes et des plus célèbres corporations de commerce est la Compagnie des Indes qui, fondée en 1579, n'a pris fin qu'en

sous les noms de *trading corporations* (corporations ou personnes morales de commerce), *regulated corporations* (parce que leurs statuts étaient soumis au Parlement), *public partnerships* par opposition aux *private partnerships* (1).

La procédure ayant pour but l'obtention d'une loi d'incorporation était longue et coûteuse. Le pouvoir de conférer la personnalité civile avec la limitation de la responsabilité et la possibilité d'émettre des actions transférables à volonté fut accordé à la Couronne : il intervenait alors des chartes royales d'incorporation (*royal charters*). Dès 1826, les sociétés qui s'étaient soumises à des conditions très simples, purent ester en justice par un représentant. En 1844, une réforme plus importante fut faite. Une loi de cette année admit que les sociétés seraient considérées comme des personnes morales, que les associés pourraient céder leurs parts à volonté, sans qu'une loi ou une charte royale fût nécessaire ; il suffisait que les statuts eûssent été enregistrés dans des formes déterminées. Aussi dit-on de ces sociétés qu'elles étaient *incorporated by registration*, en les opposant aux sociétés *incorporated by special Acts of Parliament* et *by Royal Charters*, Le bénéfice de la loi de 1844 avait été refusé aux sociétés de banque, pour lesquelles une loi ou une charte royale demeura, par suite, nécessaire. Au reste, pour toutes les sociétés, même après 1844, l'intervention du législateur ou du gouvernement resta indispensable pour limiter la responsabilité des associés. Ce dernier principe ne fut abandonné que par une loi de 1855 qui admit que, dans les sociétés de banque et d'assurances, l'enregistrement des statuts serait aussi suffisant pour que les associés pûssent jouir du bénéfice de la responsabilité limitée. Une loi de 1857 accorda la personnalité civile aux sociétés de banque enregistrées, sans y admettre la limitation de la responsabilité des associés. Cet avantage ne leur fut reconnu qu'en 1858, de telle façon qu'à cette 1858, lorsque le gouvernement des Indes a été transféré à la Couronne. Une grande société de date plus récente (1711) a été la Compagnie des mers du Sud (*South Sea Company*). Cette société, qui eut quelques années de prospérité, dut disparaître par suite de l'opposition faite par le roi d'Espagne, Philippe V, au commerce des Anglais dans les mers du Sud.

(1) Voir note 1, p. 617.

dernière date, dans les associés d'assurances seules, la responsabilité limitée supposait une loi ou une charte royale. Toutes ces lois diverses ont été remplacées par une grande loi de 1862 (*Companies Act*) (1), qui a consacré définitivement, pour toutes les sociétés, le principe selon lequel, sans aucune autorisation spéciale, à charge seulement de faire enregistrer les statuts et d'observer quelques conditions très simples, une société peut former une personne civile, avoir des parts d'associés cessibles à volonté et admettre la responsabilité limitée des associés.

On en est ainsi arrivé à distinguer les sociétés dont les statuts ont été enregistrés et qui jouissent de ces avantages, qu'on appelle parfois *companies*, et les sociétés non enregistrées, demeurées soumises aux règles coutumières et auxquelles on réserve le nom de *partnerships*. Les premières sont parfois appelées *joint stock companies* (sociétés à capitaux unis).

La portée d'application de la loi de 1862 est toute spéciale. Une distinction tripartite est à faire : certaines sociétés ne peuvent pas bénéficier de la loi ; d'autres peuvent à leur gré s'y soumettre ou non ; enfin, d'autres sont nécessairement régies par elle.

Les sociétés de moins de sept personnes sont tout à fait soustraites à la loi de 1862; elles ne jouissent d'aucun des avantages qu'elle consacre et ne sont pas soumises aux règles restrictives qu'elle pose. On n'a voulu déroger aux anciens principes du *common law* que pour les sociétés d'une certaine importance.

Quant aux sociétés de sept personnes au moins, elles sont, selon les cas, nécessairement soumises à la loi de 1862 ou ont la faculté de s'y soumettre.

Toute société de banque de plus de dix personnes, si elle n'est pas autorisée par une loi ou par une charte royale, doit être enregistrée conformément à la loi de 1862. Il en est de même des sociétés ayant tous autres objets, quand elles comptent plus de vingt associés.

Par suite, les sociétés de banque comptant de sept à dix associés et les autres sociétés, en comptant de sept à vingt, peuvent ou rester de simples *partnerships* ou se soumettre à la loi de 1862.

(1) 25 et 26 Victoria, ch. 139, 211 articles.

La loi de 1862 ne s'applique pas seulement aux sociétés qui correspondent à nos sociétés anonymes. La règle, est, en effet, aujourd'hui dans le Royaume-Uni que toute société qui veut constituer une personne civile, doit se soumettre à cette loi, si elle n'est pas autorisée par une loi spéciale (*act of incorporation*) ou par une charte royale.

La loi de 1862 s'applique ainsi, selon les cas, soit à des sociétés à responsabilité limitée, soit à des sociétés à responsabilité illimitée. Les premières et les secondes sont de plusieurs espèces. On distingue deux sortes de sociétés à responsabilité limitée : les unes, selon les expressions consacrées, sont limitées par actions (*limited by shares*) ; les autres sont limitées par garantie (*limited by guarantee*). Dans les sociétés limitées par actions, le montant de l'action fixe la limite de la responsabilité de l'actionnaire. Dans les sociétés limitées par garantie, les associés sont, en cas de liquidation, tenus de payer les dettes sociales jusqu'à concurrence d'une certaine somme fixée par avance.

Quant aux sociétés à responsabilité illimitée, elles peuvent avoir ou non un capital divisé en actions. Pendant longtemps, un grand nombre de sociétés de banque ont été des sociétés par actions à responsabilité illimitée.

Parmi ces différentes sociétés, c'est la société à responsabilité limitée par actions qui correspond aux sociétés anonymes du continent. La société en commandite par actions n'est pas connue en Grande-Bretagne (1). Toutefois, une loi de 1867 (2), qui a modifié en plusieurs points la grande loi de 1862 sur les sociétés, a autorisé une combinaison qui a avec la commandite une grande analogie. Il peut, selon cette loi, être stipulé dans les statuts que les administrateurs d'une société à responsabilité limitée par actions seront tenus indéfiniment des dettes sociales.

Les principes de la loi de 1862 n'ont pas été changés ; mais ses dispositions ont reçu de nombreuses modifications par plu-

(1) Il a été dit plus haut (n° 453) qu'une loi de 1907 admet, sous le nom de *limited partnerships* des sociétés en commandite simple.

(2) 30 et 31 Victoria, ch. 131.

sieurs lois successives (1). Une des plus importantes de ces lois date de 1900 (2) ; elle a soumis les sociétés à une réglementation plus sévère que les lois antérieures, de telle sorte que la législation anglaise se rapproche de celles du continent. Une loi de 1907 a confirmé et complété le système réglementaire de la loi de 1900.

Dans les possessions et colonies anglaises, il y a des lois spéciales à chacune ; elles sont imitées des lois de la métropole (3).

674 *quater. Etats-Unis d'Amérique.* — Il n'y pas de loi fédérale sur la matière des sociétés. Celle-ci est régie par le droit coutumier (*common law*) auquel dérogent de très nombreuses lois des divers Etats de l'Union (4). Celles-ci ont subi généralement l'influence de la législation anglaise.

675. *Pays dans lesquels l'autorisation préalable existe encore.* — *Hollande.* Le Code hollandais de 1838 (art. 36 et 37) soumet les sociétés anonymes à l'autorisation préalable du gouvernement, mais les pouvoirs de celui-ci sont très restreints : l'autorisation doit être accordée dès que l'objet de la société n'est pas contraire à l'ordre public et que l'acte de société ne contient pas de dispositions contraires à la loi, de telle sorte qu'il n'y a à examiner ni les chances de succès de l'entreprise ni l'honorabilité des fondateurs.

Autriche. — Les règles du Code de commerce allemand de 1861 n'ont été introduites qu'avec quelques modifications. L'autorisation du gouvernement est requise pour les sociétés anonymes (art. 208) et pour les sociétés en commandite par actions (5).

(1-2) Les principales de ces lois sont les suivantes, outre la loi citée à la note précédente : 42 et 43 Victoria, ch. 76 ; 53 et 54 Victoria, ch. 63 ; 53 et 54 Victoria, ch. 64 ; 63 et 64, Victoria, ch. 48 ; 7 Edw. 7, ch. 50

BIBLIOGRAPHIE. — Lindley, *A treatise on the law of companies* (1902) ; Buckley, *On the companies acts* (1902) ; Palmer, *Company law* (1901). V. spécialement, Schirmeister, *Die englische Aktionnovelle vom 8. August 1900* (Berlin, 1901) ; dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1901, p. 17 et suiv., traduction de la loi anglaise de 1900 par Ch. Lyon-Caen.

(3) V. pour les Indes anglaises, *The indiun Companies act.*

(4) V. Cook, *A Treatise on Stock and Stockholders* (1894), p. 935-993 ; Stimson, *American statute Law* (II) ; Clark, *Handbook of the law of private corporations* (1897) ; Taylor, *Law of private corporatione* (1902).

(5) Landauer, *Das œsteereichische Aktienrecht* (1900). Selon l'objet de la société dont il s'agit, l'autorisation est donnée par l'Empereur ou par les

Il a été souvent question de supprimer l'autorisation préalable ; des projets de loi qui datent de 1875 et de 1882 n'ont pas pu aboutir (1).

Une ordonnance ministérielle du 20 septembre 1899 a déterminé les conditions multiples dont la réunion est exigée pour que les sociétés anonymes puissent être autorisées (2).

Une loi du 6 mars 1906 a introduit, en *Autriche*, les sociétés à responsabilité limitée, à l'imitation de la loi allemande du 20 avril 1898 (3).

Roumanie. — Le Code roumain de 1887 admet la nécessité de l'autorisation préalable pour les deux sortes de sociétés par actions. Seulement, le droit d'autorisation est conféré au tribunal civil, qui statue après avis de la chambre de commerce et sauf faculté d'appel pour les fondateurs et pour le ministère public. L'examen du tribunal ne porte pas seulement sur l'accomplissement des formalités légales, mais aussi sur l'utilité de l'entreprise, la moralité des fondateurs et administrateurs, etc. (art. 138).

Chili. — Le Code de commerce de 1865 subordonne à l'autorisation du gouvernement (art. 427) les sociétés anonymes qu'il réglemente.

Russie. Finlande. — Les sociétés anonymes ne peuvent se constituer sans autorisation du gouvernement (art. 2139 à 2198 de la partie du tome I du *Svod* (4). — L'autorisation préalable a été aussi conservée en Finlande (5).

ministres compétents. L'article 174 *a* énumère les sociétés pour lesquelles, à raison de leur objet, l'autorisation impériale est exigée. Cette distinction s'applique aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes (art. 174 *a* et 208 *a*).

(1) V., sur le projet de 1882, une étude de Ch. Lyon-Caen, insérée dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1882, p. 332 et suiv.

(2) V. l'analyse de ce règlement par Ch. Lyon-Caen dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1900, p. 346 et suiv. V., dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, Keyssner, L, p. 111 et s.

(3) Milan Skerlj, *Das gesetz vom 16. März 1906 über Gesellschaften mit beschraenkter Haftung* ; Gruenhut, *Die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung nach œsterreichischem Recht* (1906).

(4-5) V. *Code de commerce russe* traduit et annoté par Tchernow, p. 25 et suiv. V aussi Mallieux, *La société anonyme d'après le Droit civil russe* (1902).

République Argentine. — Le Code de commerce de 1889 contient de très nombreuses règles sur les sociétés anonymes. Il ne supprime pas l'autorisation préalable du gouvernement ; mais, à l'imitation du Code de commerce hollandais, il décide que le pouvoir exécutif accordera l'autorisation toutes les fois que la fondation, l'organisation et les statuts de la société sont conformes aux dispositions du Code et que son objet n'est pas contraire à l'ordre public (art. 318, dern. alin.).

Principauté de Monaco. — Une ordonnance du 5 mars 1895 maintient l'autorisation préalable du Prince pour les deux espèces de sociétés par actions (1).

676. La suppression de l'autorisation préalable a eu des résultats analogues dans tous les Etats, spécialement en France et en Prusse. On peut les résumer de la façon suivante :

Les sociétés par actions, pouvant se constituer plus facilement, se sont multipliées dans de notables proportions, ce qui certainement a été favorable au développement du commerce et de l'industrie. En France, où l'on préférait trop souvent la commandite par actions, pour se soustraire à l'autorisation du gouvernement, les sociétés en commandite par actions ont diminué de nombre, tandis que les sociétés anonymes sont devenues beaucoup plus nombreuses (2).

Mais un projet de loi supprime l'autorisation préalable et réglemente les sociétés anonymes. V. sur ce projet Boehm. *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht*, 1899, p. 177 et suiv.

Un règlement impérial du 21 décembre 1901 s'est occupé spécialement des assemblées générales d'actionnaires et de l'administration des sociétés anonymes. V. Traduction de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1902, p. 440 et suiv.

Loi finlandaise du 2 mai 1895 sur les sociétés anonymes (*Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 726 et suiv.).

(1) V. *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 418 et suiv.

(2) Nous croyons intéressant de donner quelques chiffres pour la France et pour la Prusse.

France. — Le nombre *moyen* des commandites par actions constituées a été, pour 1841 à 1845, de 141 ; pour 1846 à 1850, de 220 ; pour 1851 à 1855, de 288 ; pour 1856 à 1860, de 212 ; *pour 1861 à 1865, de 116.* De 1866 à 1880 inclusivement, la statistique officielle ne donne plus que le

A l'époque où était admis le régime de l'autorisation préalable, on ne constituait guère des sociétés anonymes que pour des entreprises d'une très grande importance. Les gouvernements exigeaient presque toujours, du reste, un capital considérable, en partant de l'idée que, pour les petites opérations, il était naturel qu'on constituât des sociétés en nom collectif ou en commandite. Depuis la suppression de l'autorisation préalable, des sociétés anonymes sont constituées parfois pour des entreprises d'une importauce restreinte ; aussi le capital moyen des sociétés s'est-il notablement abaissé (1).

nombre des deux sortes de commandites sans distinguer entre elles. La moyenne a été, pour 1866 à 1870, de 509 ; pour 1871 à 1875, de 374 ; pour 1876 à 1880, de 37?. De 1881 à 1885, la moyenne des commandites par actions a été de 119. En 1886, il a été créé seulement 91 sociétés de cette nature, 94 en 1887, 52 en 1888, 80 en 1889 ; 70 en 1890 ; 84 en 1891 ; 63 en 1892 ; 61 en 1893 ; 60 en 1894 ; 66 en 1895.

Si les sociétés en commandite par actions ont diminué graduellement de nombre, il y a eu une augmentation progressive des sociétés anonymes, sauf à quelques époques de crises commerciales. La moyenne des sociétés anonymes constituées a été, pour 1841 à 1845, de 24 ; pour 1846 à 1850, de 16 ; pour 1851 à 1855, de 22 ; pour 1856 à 1860, de 12 ; *pour 1861 à 1865, de 16 ;* pour 1866 à 1870, de 126 ; pour 1871 à 1875, de 202 ; pour 1876 à 1880, de 419 ; pour 1880, à 1885, de 577. En 1886, il a été constitué 319 sociétés anonymes ; en 1887, 295 ; en 1888, 324 ; en 1889, 324 ; en 1890, 374 ; en 1891, 446 ; en 1892, 425 ; en 1893, 401 : en 1894, 403 ; en 1895, 423 ; en 1896, 510 ; en 1897, 561 ; en 1898, 841 ; en 1899, 1042 ; en 1900, 895 ; en 1901, 723 ; en 1902, 663 ; en 1903, 601 ; en 1904, 638.

Prusse. — En 1871, lors de la suppression de l'autorisation préalable il existait 203 sociétés anonymes. Dès 1871, en une seule année, il en a été créé un nombre égal (203). Ces créations de sociétés anonymes ont été de 478 en 1872 et de 162 en 1873, soit 843 en 3 ans, plus de quatre fois le nombre des sociétés anonymes qui existaient en 1871, lors de la réforme.

(1) Malheureusement, nous ne pouvons pas donner de chiffres à cet égard pour la France. Jusqu'en 1888, la statistique judiciaire faisait connaître le nombre et la nature des sociétés constituées chaque année, mais non l'importance du capital social. Il y avait là une fâcheuse lacune qu'on a voulu combler dans les statistiques suivantes. Mais elle n'a pas été comblée, en réalité. Car la statistique de la justice civile et commerciale, pour indiquer l'importance du capital des sociétés constituées chaque année, ne distingue pas les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes à capital variable des sociétés anonymes à capital fixe.

Ainsi, l'on ne peut, d'après cette statistique officielle, connaître l'impor-

Il n'est pas contestable que, depuis la supression de l'autorisation préalable, les fraudes pratiquées au préjudice des actionnaires et des créanciers des sociétés se soient multipliées et que la variété de ces fraudes est devenue plus grande. Mais, pour apprécier ce résultat fâcheux, il faut tenir compte de ce que le nombre des sociétés anonymes a, par suite même de la réforme, augmenté dans des proportions énormes.

676 *bis*. Quoi qu'il en soit, dans aucun des pays où l'autorisation préalable a été supprimée, il n'a été question d'une façon sérieuse de la rétablir (1). Deux problèmes d'ordre législatif n'ont, toutefois, pas cessé d'être agités; le second surtout a une grande importance pratique.

a) D'abord, on a soutenu que les législations se sont, en réglementant les sociétés par actions, engagées dans une fausse voie. Sans doute, le système de la réglementation légale évite les principaux inconvénients du système de l'autorisation préalable : avec cette réglementation, la constitution des sociétés par actions n'est pas inopportunément retardée par suite du grand nombre de demandes d'autorisation et des lenteurs de la procédure administrative ; de plus, avec elle, le gouvernement n'encourt aucune responsabilité morale. Mais la réglementation légale a, dit-on, l'inconvénient d'entraîner les intéressés à s'endormir dans une fausse confiance : ils croient facilement que les dispositions de la loi suffisent pour sauvegarder leurs intérêts en prévenant les fraudes ou les abus; trop souvent, ils s'aperçoivent après coup à leurs dépens qu'ils se sont trompés. Aussi certaines personnes prétendent qu'il n'y aurait qu'un bon système légal, celui qui laisserait aux sociétés par actions

tance du capital des sociétés anonymes, et les chiffres donnés sont assez notablement inférieurs au capital des sociétés anonymes à capital fixe, à raison de ce que le capital originaire des sociétés à capital variable ne peut être supérieur à 200,000 francs (L. 24 juillet 1867).

Pour la Prusse, nous avons des chiffres intéressants à recueillir. Le capital des sociétés anonymes antérieures en 1871 était, en moyenne, pour chacune, de 10.798.000 marcks. En 1871, il s'est abaissé à 4 millions et à 2 millions dès 1872 et 1873.

(1) V., pourtant, un article de la *Gazette des tribunaux*, n° du 12 février 1886.

la même liberté qu'aux sociétés par intérêts, en se bornant à les soumettre à une large publicité et à édicter des peines contre quelques fraudes spécialement fréquentes dans ces sociétés (1).

Il est difficile, selon nous, de donner des arguments de principe très sérieux contre ce système. L'avenir lui est réservé ; c'est aux intéressés à sauvegarder eux-mêmes leurs intérêts par leur diligence, par la surveillance qu'ils exercent sur les statuts, sur les fondateurs et les administrateurs des sociétés par actions. Ce qui est du domaine des intérêts particuliers doit échapper à l'intervention du législateur procédant par voie de dispositions impératives ou prohibitives comme à celle du gouvernement. Mais, dans l'état d'ignorance et trop souvent d'indifférence où sont les intéressés, il serait dangereux actuellement d'admettre la liberté complète des sociétés par actions. Des abus graves ne tarderaient pas à se produire, les fraudes se multiplieraient et, par réaction, on en reviendrait à un système de réglementation légale plus sévère que le système actuel ou même à l'autorisation préalable. Du reste, aucune loi jusqu'ici n'a admis le système de la liberté complète.

b) Aussi le problème législatif qui seul actuellement a un grand intérêt pratique, consiste à rechercher quelle est la meilleure réglementation légale des sociétés par actions. Ce problème est difficile, car il faut, sans supprimer ni restreindre outre mesure la liberté, prévenir autant que possible les abus et les fraudes auxquels si facilement les sociétés par actions donnent naissance. Ce problème n'a pas, depuis une trentaine d'années, cessé d'être à l'ordre du jour dans tous les pays (n^os^ 67 et 677).

Il ne faut, du reste, point oublier que, si les sociétés par actions ont, par suite des fraudes trop fréquentes qui s'y rattachent, causé de nombreuses ruines, elles seules ont permis de mener à bien les grandes entreprises de notre époque. Il y a là un instrument excellent et indispensable ; on en abuse malheureusement souvent : *corruptio optimi pessima*.

677. Par suite même du système admis en France depuis 1856

(1) Des propositions de loi consacrant ces idées ont parfois été déposées dans les Chambres. V. dans ce sens, Emile Ollivier, *De la liberté des sociétés, à propos de l'Union générale* (1882).

pour les sociétés en commandite par actions, depuis 1867 pour les sociétés anonymes, il faut, pour connaître le régime auquel elles sont soumises, étudier les règles posées par la loi sur la constitution et sur le fonctionnement de chacune de ces deux espèces de sociétés. Le but de ces règles, nous l'avons dit, est surtout de prévenir et, au besoin, de réprimer les fraudes auxquelles les sociétés par actions donnent lieu de la part des fondateurs et des administrateurs au préjudice des actionnaires et des créanciers sociaux. Il est incontestable que ce but est loin d'être toujours atteint. C'est là même ce qui explique les nombreuses lois successives faites sur la matière depuis une quarantaine d'années dans la plupart des Etats. Les fraudes que le législateur a en vue ne sont pas toujours à beaucoup près déjouées et quand elles le sont, les fondateurs de sociétés en inventent d'autres en vue desquelles de nouvelles lois sont faites (1). V. n° 5.

678. Les règles spéciales de la loi de 1867 sont généralement les mêmes pour les deux sortes de sociétés par actions. Cependant, il y a quelques différences parfois assez importantes, les unes sont rationnelles ; elles tiennent à l'existence d'un élément personnel dans les commandites par actions ; les autres sont arbitraires et peuvent être justement critiquées ; le législateur de 1867 ne s'est pas toujours assez efforcé de soumettre les deux sortes de sociétés par actions à des règles identiques (2). Quoi qu'il en soit, ces différences sont assez notables pour qu'il soit nécessaire de traiter séparément des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions.

Le législateur de 1867 a consacré le titre I de la loi (art. 1 à 20)

(1) On peut appliquer aux fraudes commises en matière de sociétés par actions les paroles de Tacite relatives aux fraudes qui, à Rome, avaient pour but de tourner les lois limitatives du taux de l'intérêt ; *Multis legibus obviam itum fraudibus, quæ, toties repressæ, miras per artes sursum oriebantur*. V. Tacite, *Annales*, livre VI, chapitre XXII.

(2) En *Allemagne*, le Code de commerce de 1861, même après les modifications de 1870 et de 1884, contenait des dispositions établissant des différences assez nombreuses et importantes entre les deux sortes de sociétés par actions ; elles ont presque toutes disparu dans le Code de commerce de 1897.

aux sociétés en commandite par actions et le titre II (art. 21 à 47) aux sociétés anonymes, de telle sorte que, pour ces dernières la loi se borne à faire de simples renvois. Cet ordre s'expliquait par deux raisons : d'abord, pour les commandites par actions, on avait une base, la loi du 17 juillet 1856 qu'il s'agissait seulement de modifier ; puis, en 1867, les sociétés en commandite par actions étaient beaucoup plus nombreuses que les sociétés anonymes. De ces deux raisons, la première n'avait qu'une valeur tout accidentelle ; la seconde a cessé d'exister : la forme anonyme s'est répandue et a été adoptée par toutes les sociétés constituées pour de grandes entreprises. Une loi bien faite doit aujourd'hui organiser d'abord la société anonyme, qui est, par excellence, la société par actions, et ensuite indiquer les modifications nécessitées par l'existence d'un élément personnel dans la commandite (1). Aussi adopterons-nous un ordre inverse de celui de la loi de 1867, en nous occupant en premier lieu des sociétés anonymes.

(1) Tel était l'ordre suivi dans le projet de loi voté par le Sénat en 1884. Les articles 1 à 45 étaient consacrés aux sociétés anonymes ; d'après l'article 46, « les dispositions du titre précédent sont applicables aux sociétés en commandite par actions, sous les exceptions et les modifications qui suivent ». Cf. articles 47-54. Le projet soumis à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 respecte, au contraire, l'ordre de la loi du 24 juillet 1867. Cela tient à ce que ce dernier projet a pour but non, de remplacer la loi de 1867, mais seulement d'en combler les principales lacunes et d'en corriger les plus graves défauts. V. rapport de M. Rodolphe Rousseau fait au nom de la Commission exparlementaire.

Le Code de commerce *allemand* de 1861 traitait des sociétés en commandite par actions (art 173 à 206) avant de s'occuper des sociétés anonymes (art. 207 à 248). Le Code de 1897 a renversé cet ordre ; il s'occupe d'abord des sociétés anonymes (art. 178 à 319), puis des sociétés en commandite par actions (art. 320 à 334).

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R F IMPRIMÉS

FIN DU TOME SECOND (1re *partie*).

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME SECOND (1re *partie*).

TROISIÈME PARTIE

Des sociétés commerciales

Pages

PRÉLIMINAIRES 1

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SOCIÉTÉS. 15

CHAPITRE II

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES. . . . 144

Sect. 1. — *De la société en nom collectif* 144

I. – Caractères distinctifs 146

II. — Constitution 159

III. — Fonctionnement 223

A. Rapports des associés entre eux 224

B. Rapports des associés et de la société avec les tiers. 242

IV. — Dissolution, liquidation et partage. Prescription . . 261

A. Causes et effets de la dissolution. 261

B. De la liquidation 305

C. Du partage. 339

D. De la prescription des actions contre les associés. . 350

Sect. 2. *De la société en commandite* 369

1. De la commandite en général 375

A. Caractères généraux. 375

B. Droits et obligations des commanditaires et des commandités 381

C. Administration de la commandite 396

Pages

2. De la société en commandite simple ou par intérêts . . 410

I. — Caractères distinctifs 411
II. — Constitution 422
III. — Fonctionnement 427
a) Rapports des associés entre eux 428
b) Rapports des commandités et des commanditaires avec les tiers 434
IV. — Dissolution, liquidation et partage. Prescription. 439

Sect. 3. — *Des sociétés par actions* 444
A. Généralités 447
Des actions. Des obligations. Des parts de fondateur. Des titres nominatifs et des titres au porteur. . . . 447
B. Historique des sociétés par actions 598

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.

767

HUC (Théophile), *président honoraire à la Cour d'appel de Paris, professeur honoraire des Facultés de droit.* **Commentaire théorique et pratique du Code civil.** 1892-1903. L'ouvrage complet en 15 volumes. **133** fr.

« .... M. Huc n'a pas voulu se renfermer dans l'étude exclusive du Code civil. Suivant en cela l'exemple de MM. Aubry et Rau, il a élargi son plan de façon à y comprendre les relations de toute nature qui rattachent le droit civil aux autres branches du droit : droit commercial, droit pénal, droit administratif, etc. Cette façon de traiter le sujet présente pour la pratique d'évidents avantages.

La qualité qui frappe le plus dans l'ouvrage de M. Huc, dès la première lecture, est la clarté constante de l'exposition. Nulle part le lecteur n'est arrêté par ces théories d'une construction savante, mais souvent ardues et dures à comprendre. Tout y est simple et limpide.

L'auteur a conservé le plan du Code civil, sans s'astreindre toutefois à suivre servilement l'ordre des articles à l'intérieur de chaque matière. Il évite ainsi le double écueil d'un pur commentaire, qui manquerait de méthode, et d'un traité systématique, conçu sur un plan personnel, qui dérouterait beaucoup de lecteurs ; la série des matières, étant conforme à celle du Code civil, est d'avance familière à tout le monde.

... Nous devons signaler, comme pouvant rendre de grands services à ceux de nos compatriotes qui habitent les colonies ou qui y ont des intérêts, le soin particulier qu'a mis l'auteur à relever les textes applicables dans chacune de nos possessions. Les lois nouvelles sont en général étendues aux colonies par des actes successifs et isolés, qu'il est souvent difficile de retrouver. On en aura désormais le tableau complet dans l'ouvrage de M. Huc (*Extrait du Recueil de Dalloz*).

BEZARD-FALGAS (G.), *docteur en droit, chef-adjoint du contentieux des titres à la Cie Paris-Lyon-Méditerranée, professeur à l'Ecole de législation professionnelle.* **Le contentieux des oppositions sur titres d'actions et d'obligations.** Saisie des titres. Titres perdus, volés ou détruits. 1908, 1 vol. in-8. . . . . **9** »

LOUBAT, *procureur général près la Cour d'appel de Lyon.* **Traité sur le risque professionnel ou commentaire de la loi du 9 avril 1898** concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et des lois des 24 mai, 29 et 30 juin 1899, 22 mars 1902, 31 mars 1905, 12 avril 1906 et 18 juillet 1907. 3e édition entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence. 1907, 2 vol. in 8 . . . . . **18** »

MOURET (Henri), *docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Toulouse.* **Responsabilité des fondateurs et administrateurs de Sociétés anonymes.** 2e édition, revue, augmentée et entièrement refondue. 1907, 1 vol. in-8. . . . . **10** »

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD ET Cie.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01831071 6

TABLE DES MATIÈRES DU TOME SECOND (I^{re} partie).
TROISIÈME PARTIE Des sociétés commerciales
PRÉLIMINAIRES
CHAPITRE PREMIER
NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SOCIÉTÉS
CHAPITRE II
DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES
Sect. 1. - *De la société en nom collectif*
I. - Caractères distinctifs
II. - Constitution
III. - Fonctionnement
A. Rapports des associés entre eux
B. Rapports des associés et de la société avec les tiers
IV. - Dissolution, liquidation et partage. Prescription
A. Causes et effets de la dissolution
B. De la liquidation
C. Du partage
D. De la prescription des actions contre les associés
Sect. 2. *De la société en commandite*
1. De la commandite en général
A. Caractères généraux
B. Droits et obligations des commanditaires et des commandités
C. Administration de la commandite
2. De la société en commandite simple ou par intérêts
I. - Caractères distinctifs
II. - Constitution
III. - Fonctionnement
a) Rapports des associés entre eux
b) Rapports des commandités et des commanditaires avec les tiers
IV. - Dissolution, liquidation et partage. Prescription
Sect. 3. - *Des sociétés par actions*
A. Généralités
Des actions. Des obligations. Des parts de fondateur. Des titres nominatifs et des titres au porteur
B. Historique des sociétés par actions