

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT COMMERCIAL



E. THALLER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

85330
-1
TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT COMMERCIAL

A L'EXCLUSION DU DROIT MARITIME

HUITIÈME ÉDITION

Revue et mise à jour

PAR

J. PERCEROU

PROFESSEUR DE DROIT COMMERCIAL A L'UNIVERSITÉ DE PARIS
ET AU CONSERVATOIRE NATIONAL DES ARTS ET MÉTIERS
PROFESSEUR A L'ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES



0600179294

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13 (v°)

1931

1430

*Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation
réservés pour tous pays*

AVANT-PROPOS A LA HUITIÈME ÉDITION

Dans les Avertissements aux éditions antérieures de ce Traité nous faisons remarquer déjà la rapidité vraiment extraordinaire de l'évolution du droit commercial moderne. L'observation n'a pas cessé d'être exacte, et cette rapidité paraît même s'être accrue en ces tous derniers temps : à tel point que nous avons dû consacrer un Appendice relativement considérable aux seules lois promulguées pendant l'impression de l'ouvrage que nous présentons aujourd'hui au public.

Un Avant-propos n'étant point une table des matières, il n'y a pas lieu d'énumérer ici avec détails toutes les lois ou jurisprudences nouvelles qui sont apparues dans le domaine du droit commercial durant les cinq ans (1926 à 1930) séparant l'édition actuelle de la précédente, et dont nous avons tenu compte. Sans parler non plus à cette place des lois récentes d'ordre fiscal intéressant le commerce (lois pratiquement pourtant fort importantes et dont, pour ce motif, le présent Traité ne manque pas du reste de faire connaître les solutions essentielles), et pour nous en tenir dans cet Avant-propos au pur droit commercial, il convient néanmoins — afin de permettre aux lecteurs, d'apprécier tout de suite la rapidité ci-dessus signalée de son évolution — de signaler brièvement dès à présent les principaux documents, d'ordre législatif ou jurisprudentiel, qui, depuis 1925, en ont marqué les étapes. Ce sont, par ordre de matières :

I. — En ce qui concerne les commerçants et les fonds de commerce :

La loi du 15 janvier 1930 sur les livres de commerce ;

L'article 34 de la loi du 29 avril 1929 relatif à la publicité des cessions de fonds de commerce ;

Toute la série des lois qui se sont succédées sur *la propriété commerciale* (lois des 30 juin 1926, 22 avril 1927, 27 mars 1928, etc.).

II. — En matière de sociétés :

Les lois des 31 mars 1927 et 22 janvier 1929 sur les parts de fondateur ;

L'article 6 de la loi du 26 avril 1930 interdisant pour l'avenir l'émission d'actions à droit de vote privilégié ;

La loi du 1^{er} mai 1930 modifiant celle du 22 novembre 1913 ;

Les jurisprudences nouvelles sur les groupements appelés tantôt « Sociétés civiles » tantôt « Associations » d'obligataires, et sur les obligations dites « à change ».

III. — Dans le domaine des Bourses :

La loi du 3 décembre 1926, modifiant l'article 419 du Code pénal ;

Les articles 36 et suivants de la loi du 26 mars 1927 et le Décret d'application du 9 mai 1918 relatifs au régime des transferts des titres nominatifs.

IV. — En matière d'effets de commerce :

Outre la *Convention internationale de Genève du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre*, — les lois des 7 juillet 1925, 10 février 1928 et 29 mars 1930 sur l'échéance des effets de commerce et les protêts ;

La loi du 12 août 1926 sur le chèque.

V. — Relativement au commerce de banque ;

La loi du 19 juin 1930 sur l'exercice de la profession de banquier.

VI. — En matière de faillite :

La loi du 20 janvier 1926 sur la publicité des jugements de faillite par insertion dans un Supplément au *Journal officiel* ;

La loi du 20 mars 1928 sur les droits du vendeur de meubles non payés dans la faillite de l'acheteur.

VII. — Enfin, dans le domaine de la procédure commerciale :

La loi du 21 décembre 1925 sur la validité de la clause compromissoire en matière commerciale.

Si incomplète et si sommaire que soit cette énumération, elle suffit, pensons-nous, à montrer avec quelle rapidité s'accroît la masse touffue des documents législatifs ou jurisprudentiels que le commercialiste est appelé à manier et, si possible, à clarifier. Sa tâche n'en est certes pas rendue plus aisée, ni l'étude du droit commercial plus facile ; et pourtant — sous peine, comme on a parfois tendance à le faire à l'école, de s'enfermer dans une tour d'ivoire et de faire du droit amorphe — il est absolument nécessaire que le juriste fasse état de toute cette matière nouvelle, qui est le droit vivant, complexe et mouvant comme la vie elle-même. Malgré cette abondance de matières nouvelles nous nous sommes efforcés d'ailleurs, en supprimant ou condensant certains développements, de ne pas dépasser sensiblement, dans cette huitième édition, le nombre des pages de la précédente.

Paris, le 28 Septembre 1930.

J. PERCEROU.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT COMMERCIAL

INTRODUCTION



SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION DU COMMERCE. ÉTENDUE DU DROIT COMMERCIAL. THÉORIE DES ACTES DE COMMERCE

(Art. 632 et 633 C. com.).

1. — **Le droit en général. Sa nature.** — Il est inutile de disserter, au début de ce traité, sur l'origine du droit et sur le fondement de sa légitimité. Les hommes se sont livrés en tout temps à ce thème de haute portée philosophique et morale, sans arriver à une solution claire du problème, et surtout sans parvenir à s'entendre.

La législation doit-elle consacrer dans les rapports des individus des principes supérieurs et en quelque sorte immanents de justice ? La justice elle-même consiste-t-elle dans le respect le plus large possible de la personne humaine, dans sa pleine expansion, pourvu qu'elle n'offense point la personne du voisin, ainsi que le veut l'école *individualiste et libérale* ? Consiste-t-elle, au contraire, à subordonner l'individu à la puissance publique, de manière à limiter la liberté des forts en vue de la protection des faibles et à se rapprocher d'un régime d'égalité, comme le soutiennent les *écoles socialistes* ?

Le droit est-il une conception d'ordre non pas absolu, mais relatif, en ce sens que ses préceptes varieraient selon les époques et les milieux ? Une société se classe d'après certaines données de nature contingente. Un groupe a acquis la prépondérance soit par la conquête, soit par la richesse, soit par le nombre. Il s'agit de maintenir l'harmonie entre les éléments qui composent cette société. Le droit se proportionne à des exigences d'entente et de conservation. Comme le montre l'image symbolique de la balance, il recherche un équilibre : ceux qui n'ont pas la force et l'influence se sentent au moins protégés par les

lois : l'autorité que possèdent les autres les garantit dans leurs personnes et dans leurs biens. Qu'il s'opère une transposition de rang dans les classes, et ce fait se répercute sur le droit applicable à une pareille communauté. Le droit ne serait pas autre chose, dans cette doctrine, que l'image d'une société prise à un moment donné, telle que les événements l'ont faite.

2. — Droit commercial. — Ne nous attardons pas à ces haute réflexions concernant le « problème de la souveraineté ». Le droit commercial privé, bornons-nous à cette remarque, traduit un état social où les hommes visent au bien-être et à la richesse, en contractant les uns avec les autres, et en subissant de la puissance publique la moindre gêne possible dans la conclusion de ces contrats.

C'est la liberté de diriger ses aptitudes vers les affaires qui permet au particulier de réaliser un gain, procuré à la fois par la chance et le travail ; et c'est ce gain que la loi consacre sans y mettre de limite. Les institutions du droit commercial relèvent donc du programme individualiste.

3. — Droit commercial public. — Les préceptes établis par le droit constituent tantôt des règles impératives, et tantôt des règles d'interprétation.

Dans le premier cas, la loi agit par voie de commandement (ou de défense). Il faut s'incliner devant elle. Elle s'inspire de considérations d'ordre public.

Le droit commercial renferme un grand nombre de dispositions présentant ce caractère. Mais c'est surtout le *droit public* qui les édicte, et elles demeurent en dehors de notre cadre d'étude.

Il existe des exploitations de nature commerciale qui, pour cause d'hygiène ou de police, sont assujetties soit à une déclaration, soit même à une autorisation préalable : par exemple, les établissements incommodes, dangereux ou insalubres (*droit administratif*). Les manufactures sont soumises à des inspections organisées pour la protection des ouvriers (Titre III, art. 82 à 152, du Livre II du *Code du travail* : *De l'inspection du Travail*).

Il y a des impôts qui frappent surtout le commerce, bien que les autres professions n'en soient pas nécessairement exemptes : les impôts de douane, les contributions indirectes. La loi économique de l'incidence de l'impôt fait en définitive supporter cette charge par le consommateur. Mais ce n'est pas sur le consommateur que le fisc le prélève. Ces impôts dépendent de la *législation financière*.

Dans le *droit des gens* ou *droit international public*, le commerce tient une assez grande place ; cette science détermine notamment à quel régime obéit, d'après la coutume ou les conventions, la propriété de la marchandise des belligérants ou des neutres en temps de guerre maritime. D'autre part, il s'est constitué, au moyen de traités négociés par la diplomatie, des Unions douanière, postale, télégraphique, etc.

Le *droit criminel* intervient afin d'assurer, au moyen de sanctions pénales, la loyauté du trafic (tromperie sur la nature de la marchandise vendue, usage de faux poids ou de fausses mesures, falsification

de denrées, faux en écritures de commerce, manœuvre pour opérer la hausse ou la baisse des prix, contrefaçon de brevet ou de marque, usurpation de nom), ou afin de garantir les créanciers contre les actes d'imprévoyance grave ou contre le détournement du gage par les débiteurs (banqueroutes simple et frauduleuse).

4. — **Droit commercial privé.** — Mais il y a dans le droit un nombre non moins considérable de dispositions qui n'ont rien d'obligatoire et que la loi formule comme étant l'expression présumée de la volonté des contractants. C'est le cas pour une quantité de règles concernant la *législation privée*. Car celle-ci concerne les relations établies entre les individus, et lorsque ces relations sont d'ordre pécuniaire, elles sont presque toujours un contrat pour provenance. Le principe du droit moderne, c'est que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Les restrictions mises à la liberté contractuelle sont d'ordre exceptionnel. Le droit commercial dont nous aurons à nous occuper est précisément celui-là.

Le droit commercial, au sens strict du mot, constitue une dépendance du droit privé. Il forme la contre-partie du droit civil, il en est le complément sous certains rapports. A ce point de vue limité, on le définira : *la partie du droit privé qui détermine la nature et les effets des conventions conclues soit par les commerçants, soit à l'occasion de faits de commerce.*

Ce droit a son siège pour la France dans l'un des Codes publiés sous le premier Empire : c'est le *Code de commerce*, le troisième dans l'ordre des dates, promulgué par la loi du 15 septembre 1807, qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1808. Des lois complémentaires très importantes, *relatives* notamment aux « sociétés », sont venues s'y ajouter depuis cette date. En outre, plusieurs parties du Code ont été l'objet de modifications ou de revisions.

C'est l'étude de ces institutions, comprises dans ce Code et dans ces lois, qui va suivre, à l'exception toutefois des matières traitées dans le livre II (art. 190 à 436). Nous écartons le droit maritime. Le mouvement commercial fait emprunter à bon nombre de marchandises la voie de mer : d'où le transport maritime ou « affrètement », que complètent l'« assurance » et les conventions variées dont la construction et l'armement d'un navire seront la cause déterminante. Ces contrats, malgré leur étroite corrélation avec le droit commercial terrestre, font l'objet d'un enseignement séparé. Leur examen, très important par lui-même, chargerait à l'excès la législation du commerce.

5. — **Dédoublement du droit privé.** — On saisit de suite, d'après ces préliminaires, que le droit privé se dédouble en deux parties. Ces deux parties sont :

1° *Le droit civil*, qui gouverne les relations ordinaires entre les particuliers, et qui statue en outre exclusivement sur les rapports de famille, sur les successions ou donations, sur la condition de la propriété immobilière ;

2° *Le droit commercial*, qui est spécial soit à certaines catégories de personnes, soit à certaines espèces de conventions.

Malgré l'égalité des citoyens ou des particuliers devant la loi, ils dépendent de deux législations différentes, suivant leur profession ou suivant le caractère des opérations qu'ils font.

On recherchera plus loin les raisons de ce dualisme, qui présente pratiquement certains inconvénients, et qui n'existe pas dans les lois de tous les Etats. L'Angleterre, la Suisse, notamment, n'ont pas opéré dans leur législation un pareil sectionnement. En Italie, les bons esprits proposent de ne pas y persister (1). Le droit romain n'a pas connu la distinction sur laquelle repose le nôtre.

Au premier aspect, le motif qui a guidé la loi dans la séparation de ces deux droits est celui-ci : *le commerce a besoin de règles juridiques et d'institutions favorables à la rapidité des transactions et au développement du crédit.*

Le commerçant met en valeur le capital d'autrui ; il lui faut des délais pour l'exécution de ses engagements. Au moment de renouveler ses achats, ses rentrées ne sont pas encore échues, et ce sont ces rentrées cependant qui répondent de sa dette ; la législation à laquelle il est soumis doit donner des garanties de sécurité à ses fournisseurs ou bailleurs de fonds.

Partant de cette notion générale, le droit commercial organise notamment :

1° Les *sociétés commerciales* de différents types, qui tantôt renforcent la responsabilité des associés, et tantôt font affluer les capitaux à l'entreprise au moyen de parts sociales à engagement limité ou commodément cessibles ;

2° Les *effets de commerce*, qui facilitent le déplacement des capitaux et, dans une certaine mesure, tiennent lieu de monnaie, grâce à la confiance inspirée par les signataires ;

3° La *faillite*, qui garantit le remboursement proportionnel des créanciers, qui préserve le gage contre les dilapidations, ou contre les paiements de faveur, qui procure ainsi une sécurité relative aux fournisseurs et aux bailleurs de fonds du commerçant ;

4° Les *tribunaux de commerce*, avec leur procédure expéditive et l'expérience des juges qui les composent.

6. — Ressort du droit commercial. — Ce dédoublement du droit privé obligeait le législateur à déterminer le point où le droit commercial et le droit civil se séparent l'un de l'autre. En s'élevant à une notion générale, il se serait probablement inspiré des idées suivantes :

En droit comme en économie politique, le commerce consiste dans la *circulation* des produits, de l'argent, des titres fiduciaires. Le droit commercial est la branche du droit qui gouverne cette circulation.

Rationnellement, tout acte, toute profession qui s'interpose dans ce vaste mouvement est un acte, une profession de commerce. Tout autre acte est civil.

Le fait s'éclaire au moyen de constatations variées. Dans toutes les

(1) VIVANTE, *Un code unique des obligations* (dans les *Annales de droit commercial* 1893, 2, p. 1 et s., et également *Annales de droit commercial*, 1925, p. 265 et s.). Adde Dott. MARIO ROTONDI, *Il progetto di riforma del Codice di commercio*, Milan 1923.

périodes de l'histoire, sauf arrêts temporaires, on a vu des groupes d'hommes se constituer intermédiaires, afin d'alimenter les autres groupes de ce qui est nécessaire ou utile à la vie.

Ces groupes se sont fondus dans l'organisation de l'Etat. Mais à certaines époques ils formaient des classes puissantes. Ils ont même composé, comme ce fut le cas pour l'Italie du moyen âge, des républiques entières. Avec une constitution autonome, avec un territoire souvent réduit ou stérile, leur fonction étant de nouer la chaîne entre les producteurs et les consommateurs, entre les contrées d'origine d'un produit et celles où ce produit pouvait trouver son débouché.

Ces hommes ont répandu le bien-être matériel, ils ont stimulé les autres par la voie de concurrence. Ils ont été des agents de progrès. Ils se sont lentement pourvus d'un droit spécial adapté à leurs besoins. Leur législation avait un caractère plus souple, moins défiant envers le gain que ne l'était le droit civil.

Tantôt ils se déplaçaient périodiquement pour aller à la rencontre de leurs acheteurs (foires et marchés) ; tantôt ils vivaient à demeure au milieu de leur clientèle (comptoirs, colonies de commerce). Les autres éléments sociaux ont eu fréquemment à lutter contre eux : propriétaires du sol, chez qui règne l'esprit sédentaire, fonctionnaires publics, qui eux-mêmes, dans des temps déterminés (organisation féodale), arrivaient à la fonction par la propriété foncière. — L'histoire est remplie des rivalités de ces divers groupes, cherchant à s'assurer les uns contre les autres le pouvoir politique. C'est une banalité de répéter que, au temps de la noblesse, le commerce empcrait dérogeance : proposition d'ailleurs qui n'était pas vraie du grand négoce, surtout à la fin de l'ancien régime.

7. — Suite. La circulation. — Le commerce se propose donc de faire arriver un produit, étape par étape, aux endroits où il sera recherché pour sa mise en œuvre, pour sa mise en marché ou pour sa consommation.

Or cela ne peut se faire sans mouvements. Si le *temps*, condition du crédit, est le facteur important du commerce, la *distance* n'est pas un facteur moindre. Quand même les parties résideraient dans une même localité, il y aurait encore mouvement, puisque la marchandise, en passant du magasin de gros au débit de quartier, se rapproche du consommateur. Cette marche est le *trafic*, expression synonyme de *transport*, impliquant donc déplacement. L'endroit où se rencontre le produit est qualifié *place*, mot qui évoque sans doute une pensée d'arrêt, mais comme conséquence d'une pensée de marche : pour parvenir à la place, le produit doit traverser la route.

À chaque point de son voyage, la marchandise change de main (voiturier, commissionnaire, manufacturier, négociant), elle acquiert une nouvelle destination, elle devient l'objet d'un contrat qui s'ajoute aux précédents, elle reçoit une plus-value. Elle dépend du droit commercial aussi longtemps que son arrivée au consommateur ne la fera pas retomber sous l'empire du droit civil.

Il serait facile d'appliquer cette notion, au moyen d'exemples appropriés, à tous les produits naturels et fabriqués. On les prendrait dans

leur lieu géographique de provenance, et on les suivrait à travers les entrepôts jusqu'à leur point d'absorption par le public. Chez le producteur, le produit n'est pas encore dans le commerce. Chez le consommateur, il n'y est plus. Entre ces deux hommes s'établit toute une filière d'actes.

Ces actes constituent le commerce, à condition toutefois pour l'opérateur de ne pas être un simple préposé d'autrui, mais une *personne indépendante*. Car c'est là une particularité qu'on peut relever de suite : celui qui tient un rôle subordonné, comme ouvrier, commis, etc., n'est pas commerçant et ne fait pas acte de commerce ; le rôle d'agent de commerce est tenu par son patron et non par lui.

En somme, le commerce ne se distingue point par une *nature d'objet* qui lui soit exclusive. Il porte bien sur les meubles, mais le droit civil peut aussi avoir des meubles pour objet. Il ne se distingue même point par un ordre de *contrats* qui lui soit propre. La vente, le mandat, etc., se rencontrent en matière de droit civil comme en matière de commerce.

Il porte sur les *meubles*, pris en un certain état de marche. Et le but du droit qui régit cette circulation c'est d'accélérer cette marche au moyen de conventions rapides et de procurer à l'opérateur le *crédit*.

8. — Le droit commercial est objectif. Acte de commerce, profession.

— Les auteurs du Code de commerce n'ont pas procédé suivant une définition conforme aux idées précédentes. En réalité, ils se trouvaient placés devant deux sortes de problèmes : car la démarcation du droit commercial et du droit civil soulevait une difficulté complexe.

I. *Le droit commercial sera-t-il personnel ou réel ?* — Il sera un droit *personnel*, si on l'applique seulement aux personnes exerçant le commerce *par profession*, et en tant qu'elles l'exercent. Le non commerçant, faisant des actes semblables, ne sera pas régi par le droit commercial. — Telle paraît avoir été la règle de l'ancien régime. Le droit commercial étant statutaire, les commerçants formant une classe à part des autres. Il est à noter que le nouveau Code de commerce allemand de 1897 est revenu à cette conception, temporairement abandonnée dans l'intervalle. Ce Code ne s'occupe que des commerçants, il exclut les opérations commerciales faites par d'autres personnes, celles-ci sont régies par le droit civil.

Le droit commercial sera au contraire *réel* ou *objectif*, s'il doit gouverner tous les actes rentrant dans le commerce, sans égard à une profession ou à un établissement. Même accomplis passagèrement par un non commerçant, ces actes seront régis par la législation du commerce.

Notre Code de commerce a consacré le deuxième système. Le droit commercial s'applique à toute personne, commerçante ou non, d'après la seule nature de l'acte (Ex. : un achat pour revendre).

A tort ou à raison, et plutôt à tort, on a pensé, au lendemain de la Révolution française, que l'institution d'un droit professionnel viendrait heurter le nouveau principe d'égalité des citoyens.

C'était perdre de vue que le principe d'égalité n'aurait été violé que par un droit de privilège. Or il n'y a rien de privilégié dans un droit sous lequel le premier venu peut se placer ; il suffit, pour en profiter, d'ouvrir un établissement de commerce ; on le fait en toute liberté.

Ainsi, extension du droit commercial à tout « acte de commerce », quelle que soit la qualité de l'opérateur : tel est le droit français, et le droit le plus généralement accepté ailleurs.

Mais le législateur n'a pu suivre complètement la logique de son raisonnement. Tout en acceptant l'acte de commerce à la base du Code, il s'est arrêté à mi-chemin. Il était impossible d'étendre le droit commercial tout entier à ceux qui ne feraient des actes de commerce qu'à titre accidentel. Et de là une organisation un peu embarrassée, se ramenant aux deux règles suivantes :

1° *L'acte de commerce*, par lui-même, produit un effet de droit particulier. Il entraîne *compétence du tribunal de commerce* pour les procès auxquels il donne lieu (1). Ces procès sont jugés d'après les preuves admises par le droit commercial, et non d'après les preuves du droit civil (Voir aussi n° 55 les règles ayant trait à la liberté du taux de l'intérêt, ainsi qu'au nantissement en matière commerciale).

Ces règles s'appliquent indépendamment de toute profession chez l'opérateur.

2° Ce n'est que par sa répétition professionnelle que l'acte de commerce rend l'agent *commerçant* (art. 1^{er} C. com.). La commercialité remonte alors de l'acte à la personne.

Ainsi, pour savoir si un individu est commerçant, il faut rechercher d'abord la nature juridique de ses actes, et se demander s'ils constituent par eux-mêmes des opérations de commerce, suivant la loi. Mais il faut en outre qu'ils les fasse *professionnellement*.

Or cette qualité personnelle de commerçant produit des conséquences très importantes. Elles ne s'appliquent pas aux personnes faisant des actes de commerce accidentels. Ces conséquences sont : — la *faillite* du débiteur, en cas de cessation de paiements, — l'obligation pour le commerçant de tenir des *livres*, disposant d'une force probante déterminée, — la *publicité du contrat de mariage* des époux dont l'un est commerçant, l'immatriculation au registre du commerce (Voir encore n° 55 les règles sur l'électorat et l'éligibilité aux tribunaux de commerce).

Bien entendu, le commerçant est en outre justiciable des tribunaux de commerce, à raison de ceux de ses engagements qui concernent son commerce. Mais c'est là le résultat de la nature commerciale des opérations qu'il fait. Cette disposition de compétence s'explique donc par la première règle posée, et non par la seconde.

En résumé, le système du Code est compliqué. Le droit commercial prend sa source dans l'acte de commerce. Et cet acte de commerce tantôt engendre des effets par lui-même (compétence judiciaire, organisation des preuves), et tantôt, s'il s'y joint la condition de profession, concourt à faire de l'agent un commerçant : ce qui emporte d'autres effets (faillite, tenue des livres, etc.).

Au surplus, ce commerçant de profession sera ou bien un individu,

(1) Ce principe souffre cependant une exception depuis le Code du travail maritime du 13 décembre 1926, art. 120 ; les contestations relatives au contrat d'engagement des gens de mer, acte de commerce selon l'article 633 C. com., sont d'après ce nouveau Code du travail maritime, de la compétence du juge de paix. V. *Infra*, n° 27.

ou bien une société. Les sociétés commerciales se distinguent en *sociétés de personnes*, dites encore sociétés par intérêt, et en *sociétés de capitaux* ou par actions. Ces dernières, moins nombreuses mais d'une importance bien plus considérable, présentent cette particularité de diviser leur capital en « parts négociables ». Simple indication sommaire, à développer plus loin.

9. — Énumération limitative des actes de commerce. — II. Comment la loi déterminera-t-elle l'opération qui doit constituer l'acte de commerce ?

L'acte de commerce est à la base de l'organisation légale. La difficulté n'était pas pour autant résolue. Le point important était de préciser les conditions qu'un acte remplirait pour devenir « acte de commerce ».

Obligée de délimiter les actes de commerce, la loi s'est crue hors d'état d'en fournir une *définition d'ensemble*. Le commerce a tant de manifestations qu'il a paru impossible aux auteurs du Code de les ramener toutes à une notion uniforme. Cette notion suivant eux, eût été trop abstraite ou trop vague, pour disposer d'une portée pratique vraiment utile. On aurait fourni une règle, tracé une formule : le commerce est le fait de poursuivre une opération lucrative, ou bien celui de s'interposer dans le trafic... ou une autre formule encore.

Soit ; mais, dans l'application, telle entreprise rentrera-t-elle dans la formule : la pratique des arts manuels ? le complément de façon pour les produits qu'on rendra achevés ? la réparation de ces produits après qu'ils ont été détériorés ? l'entreprise de travaux ? — Le juge et l'homme d'affaires ne l'auraient pas vu clairement.

Le Code, en conséquence, a préféré s'en tenir à une énumération, d'où toute idée générale semble absente. C'est un *procédé empirique*, qui rassemble dans une même liste, et pêle-mêle en apparence, des opérations qui sont de prime abord fort éloignées les unes des autres. Il appartient du moins à l'interprétation de chercher à établir un lien entre ces opérations, et par là de constituer un corps de doctrine.

L'énumération légale est *limitative*. On n'a pas le droit de l'étendre par des raisons d'analogie. C'est que le droit commercial forme un droit d'exception, à côté du droit civil qui constitue le droit commun.

Dès lors, la question de savoir si tel acte ou si telle personne relève du droit commercial revient à se demander si l'acte discuté, si l'acte sur lequel porte l'entreprise de cette personne rentre dans l'énumération que donne la loi. Si oui, on est en matière de commerce. Si non, on est en matière civile.

Cela dit, une élimination s'impose. Les actes de commerce se répartissent en *actes de commerce terrestre* et en *actes de commerce maritime*. Les premiers sont énumérés dans l'art. 632, les seconds dans l'art. 633. Il ne sera parlé dans cet enseignement que des actes de commerce terrestre.

Ces textes, remarquons-le, apparaissent tout à la fin du Code, sous le livre *De la juridiction commerciale*, à propos de la compétence des tribunaux. Il eût été d'une meilleure méthode de dresser la nomenclature en tête du Code. Elle aurait figuré après ou avant la définition du

commerçant. C'était la méthode suivie par le premier projet du Code, on a eu tort d'y renoncer. Elle a été reprise par les Belges, par les Italiens, etc. Le rejet de l'énumération au livre IV provoque même un malentendu. Pour un auteur (BESLAY), les articles 632 et même 633 ne statuent qu'en vue de déterminer les actes qui rentreront dans la compétence des tribunaux de commerce. Mais pour savoir quelles opérations concourront à rendre l'agent commerçant, lorsqu'il les exerce professionnellement, l'interprète devrait recourir à d'autres données, il consulterait les indications de la raison ! — Ce système est en général repoussé, la raison ne peut pas fournir de *critérium* sûr ; mais il faut avouer que la place malheureuse de nos articles donne à cette opinion, demeurée individuelle, une apparence de vérité.

10. — Actes de commerce principaux et accessoires. — L'art. 632 présente deux groupes d'opérations qu'il ne faut pas confondre. En d'autres termes, il y a deux sortes d'actes de commerce terrestre : 1° Les actes de commerce par leur nature. Ce sont ceux qui sont dénommés dans l'énumération fournie par le texte. — Ex. : achat de denrées pour les revendre, opération de banque.

Toutes ces opérations d'ailleurs ne sont pas traitées sur le même pied. Pour les unes, la loi se contente d'un acte accidentel. Pour les autres, elle subordonne l'existence de l'acte de commerce au fait d'une entreprise. Il faut un établissement durable, où les actes s'exercent d'une manière suivie (entreprise de manufacture, de commission, de transport, d'agence d'affaires). Une personne, qui accomplirait un fait de commission à titre non habituel, une seule fois, n'exécuterait pas un acte de commerce.

A cette différence près, tous les actes compris dans ce premier groupe se ressemblent : leur caractère commercial résulte de l'énonciation même de la loi.

2° Les actes de commerce, en vertu de la règle dite de l'accessoire. Les obligations contractées par les commerçants, à l'occasion de leur commerce, sont uniformément commerciales. Le développement détaillé de cette règle sera repris ultérieurement, sous le chapitre consacré au commerçant. Ces actes ne sont signalés ici qu'afin d'établir au début un cadre où rentrent tous les modes d'opérations que présente le commerce.

Le commerçant fait d'abord des actes qui sont commerciaux suivant leur nature, des actes du premier groupe. Ainsi en est-il du négociant qui achète des étoffes pour les revendre. C'est même par ces actes, entrepris professionnellement, qu'il a commencé par acquérir la condition du commerçant.

Mais la marche de ce commerce entraîne beaucoup d'opérations secondaires : il a des emprunts à contracter, un outillage à acheter, etc. Accomplis par un autre que lui, ces actes, étrangers à l'énumération légale, resteraient civils : Ils deviennent commerciaux, parce que c'est un commerçant qui les fait. C'est la « théorie de l'accessoire ».

Par là s'étend considérablement, pour un commerçant de profession, le nombre des actes de commerce. A son égard, la commercialité s'attache aux modes d'engagement les plus variés.

Toutefois, l'extension du droit commercial aux opérations accessoires n'est vraie que des actes accomplis par le commerçant *dans l'intérêt de son commerce*. Elle n'est pas vraie des actes accomplis *dans un but différent*, et notamment de ses acquisitions de fournitures de ménage. Ces actes demeurent civils.

Il faut ajouter pour être complet, sauf à revoir ces règles plus en détail, que la loi établit une *présomption de commercialité* des actes du commerçant (art. 638, al. 2). Il peut y avoir doute sur le point de savoir si l'acte réalisé par le commerçant concerne son commerce ou ne le concerne point. C'est la première de ces deux situations qui le présume. Le commerçant peut fournir la preuve du contraire ; il lui faudra démontrer que l'opération, pour laquelle il est recherché, est étrangère à son commerce, moyennant quoi il obtiendra son renvoi devant le tribunal civil.

Ainsi caractère commercial, à l'égard d'un commerçant, des actes accessoires à son commerce, — et présomption, jusqu'à preuve du contraire, que les actes qu'il fait sont bien relatifs à ce commerce et par conséquent commerciaux. Tel est en résumé le système légal.

11. — Actes de commerce en vertu de la forme. — Revenons aux actes de commerce par leur nature. L'énumération que la loi en donne va être abordée. Mais il y a lieu au préalable de présenter une observation indispensable, en vue de comprendre l'économie de la loi dans toutes ses parties.

Une énumération n'est ni assez précise ni assez complète. Il existe une quantité d'entreprises de nature juridique douteuse (usines annexées à une exploitation agricole, marchés de terrassement, et beaucoup d'autres encore). Elles sont placées au point où le droit commercial et le droit civil se touchent, sans qu'on sache bien si elles dépendent de l'un ou de l'autre. Il en résultera dans la pratique des chicanes oiseuses. Un débiteur fera plaider l'incompétence, en déclinant la juridiction du tribunal devant lequel son adversaire l'a traduit : il la fera plaider encore pour se soustraire à la faillite : ces incidents retarderont le cours de la justice.

D'autre part, les progrès accomplis par le commerce et par l'industrie font naître incessamment de nouvelles entreprises que le Code n'a pu prévoir dans son énumération (affaires d'électricité, moyens perfectionnés de traction, combinaisons de reconstitution de capitaux, etc.). Ces entreprises ont cependant besoin des garanties offertes par le droit commercial ; par là seulement, elles inspireront confiance et pourront assurer leur fonds de roulement.

Comment parer à ces imperfections ? En introduisant un correctif : la loi va réputer, au fond, actes ou entreprises de commerce, des opérations ou des établissements qui se présentent *extérieurement* dans des conditions déterminées. Le fond peut prêter aux discussions, la forme rend la situation claire.

De là, des actes réputés, *commerciaux en vertu de la forme*. Celui qui les accomplit en la forme énoncée, forme usuelle dans le commerce, est présumé avoir pris un engagement commercial par sa nature. La cause de l'obligation peut être incertaine. Fût-il même établi en fait

que cet engagement ne rentrait pas dans l'énumération de la loi, il n'importe : il sera traité de la même manière que s'il en faisait partie. La loi trouve ainsi le moyen de couper court aux procès de commercialité pour ces opérations qui se manifestent au dehors d'une certaine manière.

La loi a fait de cette idée deux applications intéressantes : 1° aux engagements constatés au moyen de *lettres de change* ; 2° aux *opérations des sociétés par actions*.

12. — Suite. Lettre de change. — 1° *Lettre de change.* — D'après l'article 633 *in fine* (modifié par la loi du 7 juin 1894), la loi répute actes de commerce « entre toutes personnes les lettres de change ».

Cette terminologie est incorrecte : les lettres de change sont des titres. Un titre n'est pas un acte, mais la reconnaissance d'un acte. Peu importe cette impropriété de langage.

Toute obligation, contractée en forme de lettre de change, est censée de présomption absolue avoir pour cause un acte de commerce. Le créancier, qui demande à son débiteur de s'engager de cette manière, dispose contre lui de la compétence du tribunal de commerce, comme il disposait avant la loi du 22 juillet 1867 de la contrainte par corps, mode d'exécution commun alors à toutes les dettes commerciales.

Quelques notions sur la circulation du papier sont ici nécessaires, elles seront complétées dans une autre partie du livre. La lettre de change est un *effet de commerce*, mais non le seul. Il ne faut pas confondre la lettre de change avec le billet à ordre.

a) La *lettre de change* est un écrit par lequel, sous forme d'un mandat de paiement, une personne, appelée *tireur*, s'engage envers une autre, appelée *preneur ou bénéficiaire*, ou à son ordre, à lui faire payer par une troisième personne, le *tiré*, une certaine somme à une échéance déterminée.

En voici la formule ordinaire :

Paris, 3 novembre 1914.

B. P. F. 1.000

Au 1^{er} février prochain, payez à l'ordre de M. Bernard la somme de mille francs, valeur en marchandises.

A. Thiébault, 12, rue du Sentier, à Paris.

THOMAS.

Le preneur Bernard peut, au moyen d'un *endossement*, faire passer l'effet à un nouveau porteur. Celui-ci est libre de l'endosser à son tour, jusqu'à ce que le titre soit présenté au tiré par le dernier porteur à l'échéance. Le tiré a pu *accepter* l'effet avant cette date, s'il en a été requis par le porteur. Tous ces signataires sont solidairement tenus du montant de la lettre de change. Mais c'est une autre variété qu'il importe de constater pour le moment : ils sont tenus d'engagements communs, à quelque fin que la lettre de change leur ait en réalité servi. Le tireur, par sa forme même, dispose d'un grand crédit, il fournit au porteur d'énergiques moyens d'exécution.

b) Le *billet à ordre* est un écrit par lequel un *souscripteur* s'engage à payer à l'ordre d'un *preneur* ou *bénéficiaire* une certaine somme à une échéance déterminée. Il ne met que deux personnes en jeu, au lieu de trois. Il n'est pas *acceptable* ; en revanche, il comporte l'endossement comme la lettre de change.

Paris, 3 novembre 1914.

B. P. F. 1.000

Au 1^{er} février prochain, je paierai à l'ordre de M. Bernard la somme de mille francs, valeur en marchandises.

SIMON.

Sur le billet à ordre ainsi que sur une lettre de change, il peut y avoir l'indication d'un *domiciliataire*. C'est une personne chez qui l'effet sera présenté pour en obtenir paiement. On entend par *billet à domicile* une variété de billet à ordre dans laquelle le souscripteur promet de payer non pas à son propre domicile, mais à celui d'une autre personne habitant un lieu différent du sien.

La règle de la commercialité de la lettre de change à raison de sa forme n'a pas été étendue au billet à ordre. En principe, et sous certains tempéraments de compétence, la dette ainsi constatée reste une dette civile. Il n'en serait autrement que si le porteur justifiait en fait de la nature commerciale intrinsèque de l'engagement. Cet effet inspirera moins de confiance qu'une lettre de change ; on l'apprécie peu dans les affaires.

La règle est la même à l'égard du billet à domicile, pour lequel avant 1894 la question était controversée. (Voir l'étude des effets de commerce dans la cinquième partie).

13. — ~~Suite~~ Sociétés par actions. — 2^o *Opérations des sociétés par actions.* — On sait déjà que le commerce est entrepris tantôt par un individu et tantôt par une collectivité, par une société (n^o 8 *in fine*). On sait encore que les sociétés commerciales se divisent en *sociétés par intérêt* (société en nom collectif, société en commandite simple) et en *sociétés par actions* (société en commandite par actions, société anonyme).

Lorsque l'entreprise est exploitée par un individu ou par une société par intérêt, elle n'est commerciale que sous la condition ordinaire : il faut qu'elle ait pour objet des opérations rentrant dans l'énumération légale des actes de commerce. En vain une société en nom collectif se fonderait-elle en vue d'une exploitation agricole (on verra que c'est là un acte civil) elle a bien emprunté à la législation du commerce sa forme extérieure, mais elle ne répondrait pas de ses engagements devant le tribunal de commerce, elle n'encourrait point la faillite, etc.

Mais dès que cette entreprise se constitue en *société anonyme* ou en *société en commandite par actions*, elle devient invariablement une entreprise de commerce. Cette disposition est nouvelle : la loi du 1^{er} août 1893 (art. 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867) décide que, « quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes commerciales seront commerciales et sou-

« mises aux lois et usages du commerce ». Toute société par actions est désormais sujette aux mêmes prescriptions qu'un commerçant individu. Qu'elle ait pour objet une exploitation en soi commerciale (manufacture) ou en soi civile (exploitation agricole), elle subira la faillite en cas de cessation de ses paiements, elle sera assignée pour ses engagements devant le tribunal de commerce (sauf discussion).

La loi de 1893 ne statue que *pour l'avenir*, elle ne gouverne pas les sociétés par actions déjà existantes au moment de sa promulgation ; à moins de se transformer, celles-ci restent des sociétés civiles, lorsque l'objet qu'elles poursuivent n'est pas un objet commercial.

Donc, commercialité de toutes les sociétés par actions fondées depuis 1893 ; et à l'égard des sociétés de date plus ancienne, commercialité subordonnée à la nature de l'entreprise.

Sur ce chef ainsi que sur le précédent, la forme emporte le fond. Ce qu'on envisage ici, ce n'est plus, comme dans la lettre de change, la forme donnée à l'engagement, mais la forme prise par la personne elle-même. Cette personne se présente au public sous les dehors d'une société par actions. C'est donc qu'elle a besoin de donner à ses membres et aux tiers les garanties du droit du commerce. Sans plus ample examen de la nature de l'exploitation, ces garanties commerciales, se trouvent transportées sur elle. C'est toujours à la même pensée de crédit que la loi s'attache : il faut mettre l'entreprise dans la meilleure condition possible pour qu'elle traite de bonnes affaires.

14. — Si les actes de commerce obéissent à une idée d'ensemble. — Sous le bénéfice de ces observations, l'énumération des actes commerciaux *par leur nature* doit être entreprise. Nous sommes en face de l'art. 632 du Code de commerce.

On a essayé de rattacher les actes multiples réunis dans cet article à une notion systématique. Cette notion est, suivant nous, la circulation des produits et du crédit (voir plus haut n° 7). Quand il serait vrai que le législateur a été exempt de cette pensée et que l'énumération légale ne procède d'aucune idée générale dont ses rédacteurs aient été conscients, il reste néanmoins exact, à l'analyse, que tous les actes énoncés dans la loi se plient à la notion de circulation et qu'ils en remplissent entièrement le cadre.

Il est surtout important de faire une constatation sur la manière dont la jurisprudence a appliqué le texte du Code et séparé dans la pratique les opérations commerciales des opérations civiles. Sauf d'assez rares exceptions, les solutions qu'elle a consacrées ne peuvent s'expliquer qu'en faisant appel à l'idée de circulation. Cette idée domine ainsi tout le système légal dans son incohérence apparente : la suite de l'exposé tend à le démontrer.

La plupart des auteurs (notamment BESLAY, BOISTEL, etc.), qui ont cherché à généraliser la loi, se sont attachés à une autre idée. On en trouve également la trace dans les motifs d'un assez grand nombre d'arrêts. Ils ont fait consister l'acte de commerce non dans l'acte de circulation, mais dans l'acte de *spéculation*, ou d'*entremise*.

La spéculation, au sens large, c'est l'*esprit d'enrichissement* ou de lucre, dirigé sur des valeurs dans lesquelles on s'entremet. Ces valeurs,

on se les procure à un prix et on les rend au public à un prix plus élevé. Elles peuvent consister dans des biens matériels, mais elles peuvent aussi avoir pour objet un travail de main-d'œuvre ou l'usage d'un matériel.

S'interposer dans un produit ou dans un facteur de richesse serait le fait constitutif du commerce. Chaque fois qu'un acte juridique répond à ce *critérium*, on serait en présence d'une opération commerciale.

Cette notion a plus de largeur que celle qui est basée sur la simple idée de circulation : elle fait rentrer dans le droit du commerce toutes les entreprises d'embauchage de salariés, même sans aucune livraison de produit. — Ex. Une exploitation de travaux sur immeubles, au moyen d'une équipe d'ouvriers ou avec un outillage d'une certaine valeur. — La pratique, dans l'ensemble de ses résultats, ne lui est pas favorable.

Pour la *jurisprudence*, en deux mots, il n'y a de commerçant, de *marchand*, que celui chez qui passe une *marchandise*, — sauf à l'égard de certaines professions où ce signe échappe et qui sont néanmoins rangées par elle dans le commerce.

Toutes ces divergences de vue témoignent, dans la rédaction de la loi, d'un grand flottement. Elle n'est pas claire et en outre elle écarte du commerce mainte profession qui devrait en faire partie.

La loi aurait bien fait de procéder d'une autre manière. Elle avait le choix entre l'une des méthodes suivantes : 1° poser une règle générale appliquant le droit commercial à toute profession ayant le gain pour objet, exception faite quant aux métiers manuels, aux carrières libérales et aux exploitations agricoles ou forestières ; 2° ou décider que toutes les entreprises se manifestant « de la manière usitée dans le commerce », et dépassant la mesure d'un métier d'artisan, seraient par là même commerciales, les tribunaux devant, dans chaque espèce, exercer leur pouvoir d'appréciation. — C'est à ce dernier signe que s'est arrêté le Code de commerce allemand en 1897. Le système adopté par ce Code est sans doute plus compliqué. Il n'a pas fait disparaître entièrement les énumérations, il n'a en outre placé une personne sous l'empire du droit commercial qu'à la condition par elle d'avoir requis l'inscription de son nom sur un registre public, appelé *registre du commerce*, du moins avec certaines distinctions.

On pourrait se rallier à ce système, en le débarrassant des éléments accessoires qui ne font que l'obscurcir. Mais le premier progrès à accomplir serait de renoncer à la pensée d'un droit commercial s'étendant à des actes accidentels : il faudrait résolument restreindre ce droit à la profession (1).

15. — Du commerce sur marchandises et du commerce sur argent. — Les actes de commerce se réfèrent soit aux produits ou marchandises, soit à l'argent ou aux titres représentatifs de l'argent. De là une répartition du sujet en deux paragraphes.

(1) V. sur ces questions APPERT, *Des actes de commerce terrestre* (th. 1897) ; ACHER, *De la notion juridique des actes de commerce* (Rev. gén. de droit, 1904). — La fusion du droit civil et du droit commercial a été proposée par LAURENT (th. 1903).

§ 1. — Marchandises

16. — Il y a trois opérations de commerce sur marchandises, dont l'importance prime les autres. Ce sont : *l'achat pour revendre*, la *manufacture*, le *transport*. Le premier de ces actes répond au commerce d'échange (ou négoce), le deuxième à l'industrie de transformation, le troisième au commerce de déplacement des produits. A mesure qu'il sera question de chacune de ces opérations, nous signalerons incidemment celles qui s'en rapprochent.

A. Achat de denrées ou de marchandises pour les revendre
ou pour en louer l'usage

17. — « La loi répute actes de commerce : — tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage » (Art. 632, al. 1 et 2).

Retenons seulement le cas de l'achat en vue de revendre en nature. Si l'acheteur doit façonner avant de revendre, il est commerçant encore, mais à un double titre, et il sera préférable d'en parler sous le chef de *manufacture*.

Les *denrées* sont des produits alimentaires, les *marchandises* sont les autres meubles. Le marchand s'interpose entre le producteur et le consommateur. Une valeur qui ne vient pas de lui ni de son fonds passe simplement entre ses mains. Il ne propose pas de la conserver.

L'acte est commercial, fût-il accompli par le plus modeste détaillant, colporteur, camelot, marchand des quatre-saisons. Il faut supposer cependant que l'opérateur n'est point un agent subordonné, un crieur de journaux, qui gagne son centime sur chaque numéro qu'il vend, ne fait pas personnellement commerce. Il ne le ferait même pas si le solde invendu devait lui rester pour compte. C'est ce que l'on apprendra mieux plus loin, lorsqu'il sera question du facteur ou préposé.

L'acte est commercial lorsqu'il a pour objet, au lieu de revendre, de donner en location, ou lorsque l'opérateur prend en louage en vue de relouer. Ex. : maisons d'abonnement de lecture, établissements qui louent des bicyclettes, costumiers.

Le produit n'est pas nécessairement neuf ; un objet peut, après un certain temps de consommation, rentrer dans le trafic, comme antiquité ou comme objet de curiosité, et retomber ainsi sous le droit commercial (brocanteur) (1).

Suivant la lettre du texte, *l'achat* seul serait commercial, non la *revente* ou le louage. On doit admettre cependant que cette revente,

(1) V. M. LEVEN, *Les antiquaires devant la loi* (dans les *Annales de droit commercial*, 1913, p. 490).

forme aussi un acte de commerce. Le caractère de l'opération première s'étend à l'opération suivante qui en consomme l'effet. — C'est à la fois logique et conforme à la disposition de l'art. 638, al. 1^{er}. Cet article déclare acte civil la *vente* qu'un cultivateur fait des denrées provenant de son cru. Il classe, *a contrario*, dans les actes de commerce la *vente* qu'un trafiquant ferait de denrées d'abord *achetées* par lui.

Habituellement, dans l'ordre des temps, l'achat précède, la revente suit. Mais les deux termes de l'opération peuvent être intervertis. On commence par vendre *in genere*, *livrable* à une échéance future, et on achète ultérieurement les marchandises qu'on s'est engagé à fournir (entreprise de *fournitures*, art. 632, al. 4 ; opération du baissier, qui vend à découvert pour racheter ensuite).

18. — Suite. — *A quelles conditions l'achat-revente est-il un acte de commerce ?* — Il y en aurait trois, d'après les idées généralement reçues ; mais le problème, on va le voir, peut se simplifier. Ces conditions, dit-on, sont les suivantes : 1^o il faut que l'opération soit à double face ; 2^o qu'elle soit conclue dans un but de spéculation ; 3^o qu'elle porte sur des meubles, non sur des immeubles.

1^o *L'opération doit être à double face.* Autrement dit, la combinaison poursuivie par l'opérateur doit impliquer deux actes qui se correspondent, quoique destinés à se conclure en sens opposé. Ces deux actes sont un *achat* et une *vente*.

Remarque incidente. — Pour que l'opération n'induisse pas son auteur en perte, il faut que le *prix de revente* couvre le *prix de revient*. Celui-ci d'ailleurs n'est pas représenté par le prix d'achat seulement. Il faut y ajouter la part que prend le produit dans les charges de l'exploitation, lesquelles se répartissent sur l'ensemble du chiffre d'affaires : ces charges sont les *frais généraux* (loyer de magasin, impôts, assurances, salaires et appointements du personnel, matières de consommation, intérêts des capitaux engagés, etc.). La détermination, aussi exacte que possible, de ses frais généraux est pour le commerçant d'un intérêt capital ; plus d'un s'est ruiné pour en avoir mal établi le compte.

Mais si la revente est le résultat cherché, ce résultat n'est pas indispensable. Il suffit que la combinaison double ait été voulue. Il se peut qu'en fait elle n'ait pas abouti. — Ex. : On a acheté une marchandise, comptant la revendre ; la revente n'a point lieu, soit que le produit n'arrive pas à se placer, soit que l'acheteur préfère le conserver. L'achat n'en a pas moins été un acte de commerce. A plus forte raison la commercialité subsiste-t-elle, lorsque la revente s'est faite à perte, par suite d'une baisse survenue ou pour une autre cause.

Inversement, si l'intention de revendre n'a pas existé au début, et si l'on s'est défait d'un article qui a cessé de plaire, ni l'achat primitif, ni la revente subséquente ne deviennent des actes de commerce. Les deux actes, faute d'un lien entre eux, sont régis par la législation civile.

19. — Suite. Opérations agricoles et minières. — Constatation plus importante à faire : la vente cesse d'être un acte de commerce lorsqu'elle

n'a pas besoin d'un achat comme première partie. Il y a des personnes qui vendent des produits, sans avoir à les acheter. Elles'écoulent alors des produits de leur propre fonds. L'opération demeure civile.

Il en est ainsi des *exploitations agricoles*. Le cultivateur, propriétaire ou fermier, qui vend sa récolte, ses blés, ses produits d'industrie maraîchère, n'accomplit pas un acte de commerce. Il n'est pas commerçant (art. 638, al. 1). Le régime du fermage n'y change rien, un fermier ne vend pas la récolte du propriétaire, mais bien la sienne.

Jusqu'à une date récente, il en était de même des *industries minières*, et, d'une manière plus générale, des industries extractives. La vente, par le propriétaire ou par un simple locataire de gisement ou de carrière, du charbon, du minerai, des pierres de construction n'était point commerciale, l'exploitant ne s'entremettant pas dans un produit en cours de circulation, mais créant ce produit lui-même en le sortant de son terrain. La loi des mines du 21 avril 1810, dans son art. 32, posait d'ailleurs en principe que « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce et n'est pas sujette à la patente ». Mais ce système a été bouleversé par la loi du 9 septembre 1919. Aux termes de son article 5, « l'exploitation des mines est considérée comme acte de commerce ; cette disposition s'applique aux sociétés civiles existantes... » La commercialisation consacrée par ce texte ne doit pas être restreinte aux mines proprement dites, mais appliquée aussi aux minières et carrières, le mot « mines » étant près ici (comme il l'était déjà dans l'article 32 de la loi du 21 avril 1810) dans son sens générique (1).

Dès avant la loi du 9 septembre 1919, et depuis celle du 1^{er} août 1893, il fallait du reste considérer déjà comme commerciales celles de ces exploitations qui s'étaient constituées sous la forme de sociétés par actions. On sait en effet que toutes les sociétés nouvelles en commandite ou anonymes, quel que soit leur objet, sont considérées par cette loi comme étant des sociétés commerciales (n° 13).

20. — Une question délicate se pose pour les exploitations agricoles (de même qu'elle se posait autrefois pour les exploitations extractives). Les produits de la culture peuvent être, de la part du producteur, l'objet de *transformations industrielles*, avant d'être vendus par lui. Le viticulteur presse ou distille, fait du vin ou de l'alcool, — le cultivateur moule son grain qui devient farine.

Cette industrie complémentaire, au moins lorsqu'elle donne au produit une notable plus-value (ce qui n'arriverait point par le simple fait d'un travail de pressoir ou de moulin), va-t-elle constituer une entreprise de commerce, au titre de *manufacture* ? Va-t-elle rendre commerciale, par voie d'extension ou de conséquence, l'exploitation agricole toute entière ? L'exploitant, opérant dans les conditions qui viennent d'être indiquées, devient-il un commerçant ?

Les auteurs qui tiennent pour le système de la spéculation, ou ceux qui se laissent simplement guider dans l'art. 632 par le mot *manufac-*

(1) RIBADEAU-DUMAS, *Sociétés civiles de mines, minières et carrières* (dans les *Annales de droit commercial*, 1920, p. 109 et s.

ture, répondent par l'affirmative. Mais, d'après la jurisprudence, cette modalité donnée au produit dans des usines adjointes à l'exploitation foncière n'entraîne point la commercialité : elle laisse l'entreprise gouvernée par le droit civil dans toutes ses parties (Req., 12 mai 1875, *J. du Pal.*, 1876, p. 898, raffinerie de sucre de cannes : 17 mars 1913, *Gaz. des Trib.*, 21 août 1913). Il n'en serait différemment que si l'exploitant traitait, outre ses produits, d'autres produits semblables achetés par lui à autrui (Req., 8 mai 1905, D. 1905, 1, 430). Alors la commercialité reparaitrait, à condition par les produits achetés d'être plus nombreux que ceux du cru. Mais ce serait l'exception.

Ces solutions s'accordent avec la notion de la circulation. Le produit reçoit une forme appropriée à son débouché de la part du producteur lui-même, avant d'entrer dans le commerce. L'industriel n'ayant pas eu à acheter, le droit civil lui est applicable.

21. — 2° Pour que l'acte soit commercial, il faut, à ce que l'on prétend, que l'opérateur désire *réaliser un bénéfice* sur l'objet même dont il trafique (1).

Cette condition est toute naturelle pour ceux qui font reposer le commerce sur la spéculation. Elle peut paraître superflue.

Il est vrai que le commerçant cherche à s'enrichir. Mais le fait n'est pas constant. Le négociant, dans les périodes de crise, se charge de commandes à perte. Ou bien, voici une entreprise dont les bénéfices doivent, par la volonté des fondateurs, être affectés à une œuvre de bienfaisance ; cela n'exclurait pas l'application du droit commercial. Il est inutile d'introduire dans la conception de l'acte de commerce un élément intentionnel qui existera la plupart du temps, mais que la loi ne requiert pas, et qui se trouve au surplus dans d'autres professions que dans le commerce.

On dit bien : La loi parle d'achat pour *revendre*, ce qui signifie un achat *pour s'enrichir* par la revente, un achat inspiré par le gain. C'est attacher à une conjonction une bien grande importance. Elle signifie simplement que celui qui acquiert la marchandise se propose de la repasser à d'autres. Il y a sans doute un élément moral, une volonté dirigée dans un certain sens. Cette volonté ne consiste pas nécessairement dans un gain d'argent. Quand nous parlerons du commerce entrepris par l'Etat, le fait sera rendu plus clair.

On ajoute : Les sociétés coopératives de consommation lorsqu'elles ne revendent qu'à leurs membres, sont unanimement considérées comme des sociétés civiles. Et cependant elles font l'opération double : l'achat, la revente. Ce caractère ne peut tenir qu'à ce qu'elles revendent sans lucre, au prix coûtant. — C'est une erreur, ce caractère tient à une autre raison que l'on exposera quand le moment sera venu.

On fait observer encore : Le sculpteur qui achète un bloc de marbre

(1) V. notamment Trib. com. Seine, 2 mars 1912, D. 1912, 2, 207. D'après ce jugement, une association (dans l'espèce le *Touring-Club de France*) ne fait pas acte de commerce en livrant au public des poteaux et plaques routières, du moment qu'elle se borne à en céder un certain nombre aux services nationaux ou communaux au prix coûtant, augmenté seulement des frais qu'elle est dans la nécessité d'exposer à raison de son intervention, et sans chercher à réaliser un bénéfice.

afin d'y tailler sa statue ne fait pas de commerce ; cependant le bloc est destiné à être revendu. Ne font pas davantage commerce le vigneron, en achetant des fûts pour vendre ses vins ; le médecin, en débitant des drogues à ses malades. — Nous en convenons, mais parce que l'opération du médecin ou du vigneron est civile (exercice d'une carrière libérale ou de vente d'un cru), et que les actes cités en exemple sont de simples moyens d'accomplir cette opération civile. La partie accessoire d'un acte ou d'une entreprise se subordonne à la partie principale et en suit la condition. A cet égard, s'il existe, comme on l'a déjà dit, des actes civils par leur nature et rendus commerciaux par leur destination, le contraire est également vrai : telle opération, qui serait commerciale en soi, cesse de l'être parce qu'elle concourt à un acte civil qui l'absorbe.

22. — La preuve que la spéculation n'est pas indispensable dans le commerce, dans l'achat pour revendre, nous est fournie par le *contrat d'édition*. —

La *propriété littéraire ou artistique* donne lieu à des contrats variés.

L'auteur, comme propriétaire de son œuvre, a seul le droit de l'exploiter en publiant son livre. Ce droit lui confère l'action en contre-façon contre ceux qui empiètent sur sa propriété.

S'il publie l'œuvre à ses frais, il fait une opération civile. Comparable à un producteur, il se met directement en rapport avec le public. Les procès que lui intenteraient ses acheteurs, ses fournisseurs de papier, imprimeurs, etc., ne sont pas de la compétence du tribunal de commerce.

Mais s'il s'adresse à un éditeur, aux risques de qui sera publié le livre, le contrat d'édition est certainement commercial. L'éditeur est commerçant, non parce qu'il spécule, mais parce qu'il a rapproché la distance entre l'écrivain et ses lecteurs, en jouant le rôle d'agent intermédiaire. Il a trafiqué du droit de l'auteur, pour en revendre les produits (1).

Appliquée à un journal, la thèse est la même. Il subsiste des doutes sur le caractère commercial d'un *journal*. D'après nous, tout journal, ayant un corps de rédacteurs qui ne se confond pas avec la direction, porte au public les articles de ces derniers : ces articles n'iraient point à leur destination si le journal n'était pas l'agent de transmission. Il y a, au sens large, achat pour revendre, le journal fût-il exclusivement politique (2). Mais la jurisprudence s'est montrée jusqu'ici peu favorable à cette extension (Voir cependant Trib. civ. Niort, 16 juillet 1920, *Gaz. Pal.*, 1921, I, 84, et Montpellier, 24 octobre 1921, *Gaz. Pal.* 1922, II, 134). Le journal, suivant elle, forme une œuvre intellectuelle, et n'encourt pas la faillite ; c'est devant le tribunal civil qu'il y a lieu de l'assigner (solution bonne pour les procès en diffamation ou motivée par un refus d'insertion). La thèse, critiquée par nous, qui exige dans

(1) Ce raisonnement n'est plus vrai des œuvres tombées dans le domaine public. Le libraire est commerçant à un titre plus simple : il revend au public les livres et brochures qu'il avait commencés par acheter en feuilles de son imprimeur ou qu'il avait achetés en feuilles blanches et fait imprimer suivant un tarif débattu. — Quant à l'imprimeur, il tombe sous le chef de la loi qui déclare commerciale l'entreprise de manufacture.

(2) V. Alb. GALIZIA, *L'azienda glornalistica*, Rome, 1912.

l'acte de commerce un élément de spéculation, a influencé ces arrêts. La jurisprudence ne fait, d'ailleurs, aucune difficulté pour reconnaître que, à l'occasion de son service d'annonces, le journal agit commercialement (Rouen, 2 février 1898, S. 98, 2, 104).

Il n'y a aucune raison de traiter les produits de la *propriété artistique* autrement que ceux de la propriété littéraire. L'entreprise de *spectacles publics* (ou de cafés-concerts) est, au surplus, déclarée expressément acte de commerce par l'art. 632, al. 4. C'est, dit-on, parce que le directeur spéculé sur le personnel de ses artistes. Il perçoit sur le public de quoi couvrir les appointements de ce personnel ou autres frais généraux et se réserver un excédent. La Comédie-Française, dont les artistes (les sociétaires) sont eux-mêmes les exploitants, les bénéficiaires, serait une entreprise civile.

Tel n'est pas notre avis. Le directeur opère comme un éditeur ; il traite avec l'auteur dramatique et avec le compositeur, pour se faire céder le droit de représentation ; il fait jouir le public de ce droit, il est intermédiaire. Cela est vrai même de la Comédie-Française (1). Mais dès l'instant que l'auteur monterait un théâtre et le ferait valoir personnellement, pour y jouer ses œuvres (à l'exemple de Molière), la commercialité disparaîtrait.

23. — 3° Il faut enfin que l'achat pour revendre porte sur des *meubles*, « denrées ou marchandises ».

On verra plus loin que cette expression est assez large pour comprendre des meubles incorporels, des valeurs de Bourse par exemple.

Mais que penser des *immeubles* ? Les trafics portant sur immeubles ont reçu depuis 1807 une grande extension. Voici le marchand de biens prenant à bas prix la terre du paysan pour la revendre. Voici surtout ces puissantes *sociétés immobilières* qui, formées depuis une cinquantaine d'années, achètent à l'administration, le long des avenues, les parcelles expropriées, les revendent ou les louent après les avoir divisées par lots et surbâties.

L'opinion dominante, en jurisprudence comme en doctrine, est que les spéculations sur immeubles sont civiles et ne rentrent pas dans les termes de l'art. 632. Elles ne rendent pas leur auteur commerçant (à moins qu'il ne s'agisse de sociétés constituées par actions depuis la loi du 1^{er} août 1893).

L'avis contraire, défendu par M. GARSONNET (*Revue critique* de 1869), et par M. G. DREYFUS (th. Paris, 1905), invoque les considérations suivantes :

(1) Comp. BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 10^e éd., p. 815. — Contre le raisonnement formulé au texte, on peut objecter toutefois : 1° Qu'un directeur de théâtre s'entremet non seulement entre le public et l'auteur, mais aussi entre le public et les artistes, qui sont des producteurs à leur manière ; et que cette entremise disparaît lorsqu'il s'agit des sociétaires de la Comédie Française, puisqu'ils sont à la fois associés et artistes ; 2° En ce qui concerne le droit de représentation, qu'il n'a y plus entremise entre le directeur et l'auteur quand la pièce représentée est tombée dans le domaine public, ce qui est fréquemment le cas à la Comédie Française. Ces considérations tendraient à démontrer le caractère civil de la Comédie Française. La question peut se poser notamment au sujet de l'inscription au registre du commerce.

a) Les immeubles, objet d'un trafic, prennent un prix courant qui en fait de véritables marchandises ;

b) Et si ce genre d'opérations avait été connu au commencement du siècle, le Code se serait servi d'une expression plus large, afin de les comprendre parmi les actes de commerce.

Rien n'est moins démontré. Les biens nationaux, à la suite de la Révolution, avaient été l'objet de fortes spéculations : les auteurs du Code n'en avaient pas perdu le souvenir (1). D'autre part, Portalis, dans le discours préliminaire du Code civil, oppose les immeubles aux meubles, disant que les premiers sont du ressort de la loi civile. Appliquer l'appellation de « marchandises » à des immeubles, c'est sortir du vocabulaire courant.

En réalité, les immeubles excluent la pensée de circulation : ils ne peuvent donner aliment au commerce. On spéculé sur des immeubles, on ne les rapproche pas de ceux qui les achètent ou qui en ont besoin.

En outre, aucune des raisons pratiques, militant en faveur du droit commercial, n'existe quant aux immeubles. Le commerce use de conventions verbales réglées par les usages : ici on dressera des écrits, ne fût-ce que pour établir les origines de propriété. Les transactions foncières déterminent des procès de garantie, de transcription, d'hypothèques, ayant leur source dans l'organisation de la propriété du Code civil. Pour la connaissance de pareils procès, les juges de commerce manqueraient d'expérience ; il est préférable que des magistrats formés à la théorie du droit soient appelés à les résoudre.

L'exclusion des procès immobiliers du ressort des tribunaux de commerce résulte implicitement de l'art. 639 C. com. (MM. LYON-CAEN et RENAULT). Ce texte ne détermine pour eux qu'un seul taux de compétence en dernier ressort : le taux de *quinze cents francs* en principal. Pour les matières immobilières, la loi règle le dernier ressort d'après le revenu de l'immeuble litigieux et sur la base de *soixante francs* de ce revenu (voir la loi du 11 avril 1838 pour la compétence des tribunaux civils). Du silence gardé sur ce taux par la loi commerciale il faut conclure qu'il n'y a pas de procès immobiliers portés devant les tribunaux de commerce.

La loi fiscale du 13 juillet 1925, dans son article 39, assimile cependant aux commerçants ceux qui achètent habituellement des immeubles pour les revendre. Ils sont désormais soumis à l'impôt sur le chiffre d'affaires et à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ; ils doivent de plus tenir des répertoires et des registres, et sont, quant aux vérifications du fisc, soumis au même régime que les commerçants. Mais cette loi, inspirée par la spéculation de ces dernières années sur les immeubles, n'a qu'une portée purement fiscale et l'en est très généralement d'accord pour dire qu'elle n'a en rien

(1) « Les acquisitions ne restent guère aux acquéreurs. En face l'Abbaye-aux-Bois, les Prémontrés de la Croix-Rouge ont été achetés par un malheureux tenté par le démon de l'agio. Il espérait revendre avant de payer. Il ne vendit pas, il ne paya pas, il se pendit au cordon de sa sonnette... Les maisons qui se dressent sur la place du Carroussel sont prises par la spéculation. Ainsi, l'hôtel de Longueville est successivement tout ce qu'un grand bâtiment peut être : bal, encan, mont-de-piété, papeterie, bureau de diligences ».
DE GONCOURT, *Histoire de la société française pendant le Directoire*, p. 26, 84.

modifié le caractère juridique des opérations immobilières, qui restent des opérations civiles (V. cependant Caen, 30 avril 1920, S. 1927, 2, 150).

Les transactions immobilières ne deviendraient pas commerciales, même si l'opérateur revendait ou louait le terrain après y avoir élevé des constructions. — Mais alors, la spéculation porte moins sur le terrain que sur les matériaux que la société y incorpore ! L'agent achète ces matériaux pour les revendre, on rentre dans l'énumération de l'art. 632, le droit commercial est applicable ! — Il n'importe ; les matériaux sont absorbés par l'opérateur, comme tels ils s'arrêtent à lui. Ils continuent bien à être de sa part objet de trafic, mais sous une forme immobilière et nouvelle, ce ne sont pas des marchandises qu'il revend. — L'analyse est un peu subtile. Mais comment concevoir, l'acte d'acquisition ayant été civil, que la revente ou location deviennent commerciales parce que le sol s'est recouvert d'un bâtiment ? C'est le cas de transporter à la construction, qui forme l'accessoire, la condition du terrain qui est le principal.

Nous écartons l'acte de l'« entrepreneur de constructions », à qui le propriétaire s'est adressé. Il se peut que cet entrepreneur, par ses devis ou marchés, ait accompli un acte de commerce. Ce point est réservé. C'est à l'égard du propriétaire que la question se pose pour le moment ; vis-à-vis de celui-ci sont civils et le marché de construction, et la revente ou la mise à bail des édifices (V. cependant Paris, 2 mai 1902, S. 1903, 2, 212).

24. — **Suite. Actes de commerce voisins de l'achat pour revendre.** —

APPENDICE. — De l'achat de marchandises pour les revendre se rapprochent d'autres actes : l'article 632 dira s'ils sont commerciaux ou non. Ces actes sont exercés par des personnes qui jouent par rapport aux négociants le rôle d'auxiliaires. Ce sont : 1° les commissionnaires et les courtiers ; 2° les magasins généraux.

25. — 1° *Commissionnaires et courtiers.* — Le commerçant (ou l'industriel) ne peut pas toujours faire ses achats ou ses ventes en personne. Il recourt à un intermédiaire, chef de maison lui-même. Ce sera tantôt un commissionnaire, tantôt un courtier.

a) La *commission* est le fait, moyennant salaire, d'accomplir pour le compte d'autrui une opération sur un produit circulant (1). L'agent accomplit un mandat : le plus souvent il exécute en son nom propre et non au nom du commettant.

L'« entreprise » professionnelle de commission est commerciale, d'après l'art. 632, al. 3. Il n'en est pas de même d'un acte isolé de commission. Le commissionnaire est exposé à la faillite, il est justiciable du tribunal de commerce.

b) Le *courtage* ne procède pas de l'idée de mandat. C'est le fait, également moyennant salaire, de chercher à un négociant une contrepartie, qu'on mettra ensuite en rapport avec le donneur d'ordre.

(1) Nous nous réservons de démontrer au chapitre « de la commission » l'exactitude de cette définition. L'opinion la plus répandue, et qui n'est point la nôtre, veut que la commission soit le mandat tendant à accomplir un acte qui « par rapport au mandant » est une opération de commerce.

Le courtier, malgré cette dernière particularité qui ne répond plus d'ailleurs à sa manière de faire actuelle, entre dans la filière du commerce. Il est commerçant. Même une opération isolée de courtage a le caractère d'un acte de commerce (art. 632, al. 5) : c'est avec la commission une différence inexplicable et, d'ailleurs, sans grande importance.

c) Ces deux professions ont quelque affinité avec l'*agence* ou *bureau d'affaires*. L'agent d'affaires opère comme mandataire. Il se charge de remplir des procurations, de suivre des procès, de recouvrer des créances, des successeurs, de rédiger des actes, de vendre des fonds de commerce, etc. Les bureaux de placement, pour l'ouverture desquels le décret du 25 mars 1852 exigeait un permis de l'autorité municipale, et dont une loi du 14 mars 1904 a ordonné la suppression graduelle, pouvaient également passer pour des agences d'affaires (1).

L'agence d'affaires ne devrait pas rentrer dans le commerce. Elle n'a avec le commerce qu'un rapport éloigné. Cependant la loi en fait une profession commerciale (art. 632, al. 4). Cela tient à la défiance qu'elle inspire. L'agent d'affaires opère fréquemment à la manière d'un officier ministériel, avoué ou notaire, sans offrir les garanties de la nomination par les pouvoirs publics. Les circonstances mettent entre ses mains des capitaux dont il a le dépôt.

Cependant sa fonction est libre. Il fallait à cette liberté un contre-poids. La possibilité de traduire cet agent devant le tribunal de commerce, comme celle avant 1867 d'user envers lui de la contrainte par corps, rend ses obligations plus rigoureuses.

26. — 2° *Magasins généraux*. — On entend par là des particuliers ou des sociétés qui, particulièrement dans les moments de mévente, reçoivent des marchandises en dépôt. Le propriétaire de celles-ci trouvera par là le moyen de les engager plus commodément et d'emprunter sur leur valeur.

Cette profession est commerciale. Elle n'est cependant pas visée directement par l'art. 632, et ce texte est limitatif. S'il ne parle pas des magasins généraux, c'est parce que l'institution a fait son apparition à une date plus récente, en 1848 d'abord, puis après un premier insuccès dix ans plus tard (Loi du 28 mai 1858).

Le texte de l'art. 632 n'est d'ailleurs pas contraire au classement des magasins généraux parmi les professions de commerce. A ces magasins sont adjointes des salles de ventes publiques pour les marchandises en gros ; l'arrêté qui autorise leur ouverture délivre à la fois le permis au magasin et à la salle publique. Or les établissements de ventes à l'encan sont compris dans l'énumération des actes de commerce (art. 632, al. 4).

La commercialité, pour le magasin général, tient à ce qu'il s'interpose dans la circulation, non pas à la manière d'une entreprise de commission, mais cependant d'une façon aussi certaine.

(1) Mais, étant donné le but qu'elle poursuit et les moyens qu'elle met en œuvre pour l'atteindre, la *Société des auteurs et compositeurs dramatiques* ne saurait être considérée comme une agence d'affaires au sens de l'article 632 C. com. et comme se livrant habituellement à des actes de commerce : Civ. req., 8 décembre 1913, *Gaz. Pal.*, n° du 17 janvier 1914.

B. Entreprise de manufacture (art. 632, al. 3)

27. — La *manufacture* (1) est la mise à façon d'un produit entre le temps où il quitte le producteur et celui où le consommateur l'acquiert.

Le manufacturier peut acheter la matière première, pour la revendre une fois fabriquée. Alors son opération tombe déjà sous la qualification d'achat pour revendre, et à ce titre elle est commerciale.

Mais le manufacturier peut n'être qu'un *façonnier*. Il prend, en vertu d'un louage d'ouvrage, une commande de fabrication en marchandises dont la matière lui est fournie par le donneur d'ordre. Il a généralement une main-d'œuvre à ses gages ; mais, quand il travaillerait lui-même ou lui seul aux pièces, la théorie de la circulation veut encore qu'il fasse acte de commerce. Dans la théorie de la spéculation, la solution pour ce cas particulier serait beaucoup plus discutable.

La manufacture, c'est l'industrie, au sens large que ce dernier mot comporte. On est de prime abord surpris de voir le commerce comprendre l'*industrie* dans son champ légal d'application : les économistes opposent plutôt entre elles ces deux formes d'activité.

Le désaccord entre le droit et l'économie politique n'existe qu'à la surface. — D'abord, quoique la nature du service rendu à la société ne soit pas identique chez celui qui échange le produit et chez celui qui le façonne, cela ne les empêche pas tous deux de recourir au crédit. — Puis, l'industriel ou manufacturier a deux rôles. Sa fonction n'est pas la même, lorsqu'on le suppose en rapport avec le marché du produit sur lequel son industrie s'exerce, ou bien avec le personnel de main-d'œuvre qu'il emploie.

Au premier point de vue, il concourt à faire parvenir le produit à sa destination dernière : c'est une fonction de commerce, non seulement parce que la loi le dit, mais parce qu'il est logique de le décider ainsi.

Mais, vis-à-vis des ouvriers de l'usine, le patron préside à une organisation de travail. Il est tenu à faire certains devoirs et a droit à certains services : de ces rapports intérieurs de maison sort un droit de tout autre caractère, concernant la « répartition » de la richesse, et non pas sa « circulation ». On a fait de ce droit une branche d'étude spéciale, la *légalisation industrielle*.

Cette distinction n'est pas établie par les auteurs ou par les arrêts, et peut-être à tort. Il n'est pas démontré que le contrat de travail soit de nature commerciale pour le patron (car, du côté de l'ouvrier, on verra qu'il ne l'est certainement pas). La théorie de l'accessoire ne

(1) La même expression se trouve dans l'article 1^{er} de la loi du 9 avril 1898, qui donne l'énumération des entreprises assujetties au risque professionnel pour les accidents dont les ouvriers seraient victimes. Cette loi et l'article 632 C. com. se prêtent à un rapprochement intéressant. V. HÉMAR, dans les *Annales de droit commercial*, 1903, p. 178 et suiv. — Mais le rapprochement est bien plus frappant encore entre le droit privé commercial et la législation industrielle des accidents du travail depuis que la loi du 12 avril 1906 a soumis toutes les entreprises commerciales à la responsabilité professionnelle établie par la loi de 1898. — La loi du 13 juillet 1906 (art. 30 et suiv., Livre II du Code du travail) sur le repos hebdomadaire s'applique aussi « aux employés ou ouvriers occupés dans un établissement industriel ou commercial... ».

devrait pas intervenir. Il n'y aurait rien d'illogique à dire qu'il se lie « civilement » avec ses ouvriers (ou envers ses commis), tandis qu'il est tenu « commercialement » vis-à-vis de ses fournisseurs, acheteurs ou banquiers. L'existence d'une juridiction spéciale, appelée à résoudre les contestations entre patrons et ouvriers (conseil de prud'hommes, juge de paix), enlève à la question une partie de son intérêt. Il va être reparlé de l'ouvrier, afin que sa condition personnelle soit éclaircie.

28. — On doit s'abstenir de pousser trop loin la notion de « manufacture ». Le mot a assez d'élasticité pour qu'on puisse y réunir toutes les manipulations ou transformations de nature des objets, quelle que soit la condition de l'agent. C'est précisément ce qu'il ne faut pas faire : autrement, on donnerait au droit commercial une portée exagérée. Au nombre des professions commerciales ne figure aucune de ces trois personnes : l'ouvrier, l'artisan, l'entrepreneur de travaux.

29. — a) *Ouvrier*. — C'est celui qui s'engage à fournir à un patron un travail suivi, au moyen d'un louage de services. Il reçoit un salaire en échange. Ce salaire est proportionnel au travail accompli, quoiqu'il comporte des distinctions, suivant l'élément qui en détermine le chiffre (salaire à la journée, salaire à la tâche). Il est habituellement fixe. Mais il peut être accompagné d'une clause de participation aux bénéfices, ce qui ne change point la nature du contrat.

L'ouvrier n'est pas commerçant, il ne fait même pas acte de commerce. Son engagement est entièrement civil.

Cependant il s'interpose dans le produit pour le façonner ! — L'objection est facile à réfuter. L'exercice de l'acte de commerce implique une certaine indépendance que l'ouvrier n'a point. L'ouvrier est subalterne, dirigé et commandé. Cette condition inférieure exclut l'idée que son contrat soit commercial.

Tous les autres préposés doivent être considérés de la même manière : les *commis* ou *employés*, les directeurs de succursales, chez qui le travail prend un caractère intellectuel et non manuel.

Cependant le Code de commerce, par l'art. 634, avait soumis à la compétence des *tribunaux de commerce* les procès entre les commerçants et leurs *facteurs* ou *commis*. — Cela ne prouvait pas que le lien de droit formé entre eux fût commercial du côté de l'employé. Ces tribunaux sont exceptionnellement appelés à statuer sur un certain nombre de contestations de nature civile ; on était en présence d'une de ces exceptions. Pour les contestations entre les commerçants et leurs *ouvriers*, concernant « la branche d'industrie qu'ils exercent et les conventions dont cette industrie aura été l'objet », la loi avait institué une juridiction mixte, les *conseils de prud'hommes* (Décret du 11 juin 1809, loi du 1^{er} juin 1853). A défaut de prud'hommes, le juge de paix en devait connaître (L. 12 juillet 1905, art. 5). — Aujourd'hui, cette distinction entre les commis et ouvriers n'existe plus. La loi du 27 mars 1907 (art. 1^{er}) a étendu la juridiction des prud'hommes (avec appel au-dessus de 300 fr. (1) devant le tribunal civil) aux deux

(1) Le taux du dernier ressort a été porté par le décret du 20 novembre 1926 à 1.000 fr.

catégories. Toutefois, lorsque le chiffre de la demande excède 2.000 fr., les différends entre les patrons et leurs employés (non pas leurs ouvriers) peuvent être portés par le demandeur devant les tribunaux ordinaires (C. travail, livre IV, art. 80 et 87).

Des agents d'exécution d'une entreprise, qu'on ne peut pas faire rentrer sous l'acception de commis, le personnel d'*artistes de théâtre*, accomplissent un acte civil par le même motif. On a autrefois, par une singulière méprise, traité ces artistes en commerçants, à l'égal de leur directeur. Cette jurisprudence n'a plus cours. Mais on a vu quelquefois le directeur assigner son artiste devant le tribunal de commerce, et celui-ci se déclarer compétent, en vertu de l'art. 634. Cela revenait à assimiler l'artiste à un commis ! Le directeur y gagnait d'obtenir plus vite justice. Cette interprétation n'est plus acceptée par le tribunal de commerce de la Seine, la Cour de cassation l'a condamnée (Civ. cass., 8 décembre 1875, *J. du Pal.*, 1876, p. 38 ; Trib. com. Nice, 3 juin 1910, D. 1910, 5, 55). D'ailleurs, il ressort des termes généraux des art. 1 et 5 de la loi de 1907 modifiée par la loi du 3 juillet 1919 sur les Conseils de Prud'hommes que, désormais, ils sont compétents quel que soit le chiffre de la demande pour statuer en première instance sur les litiges intéressant le personnel des théâtres (Cass. civ., 11 juillet 1922, *Annales de droit commercial*, 1922, p. 299).

Le commis ou l'ouvrier peut donner son travail non dans la maison du patron, mais au dehors. Tantôt il procède par tournées (commis-voyageur), tantôt il opère en sa propre demeure ou dans l'endroit de sa résidence (représentant de commerce fixe, ouvrier de l'industrie des jouets ou autres). Il est engagé à une maison déterminée, à l'exclusion de toute autre maison similaire. Subalterne, il reste régi par le droit civil (1).

Cet éloignement de l'employé ou de l'ouvrier par rapport à l'établissement du maître, éloignement rendu nécessaire pour certains services, aura son influence sur le mode de détermination du salaire.

Le *cocher de fiacre* non taximètre verse au patron, au commencement de la journée, un forfait pour les courses qu'il fera et que les voyageurs lui régleront. Le surplus, s'il y en a, constituera son salaire. La convention ne relève pas du droit commercial. — On trouve pour le *garçon de café*, dans la pratique du pourboire, une organisation analogue. La gratification que lui laisse le client forme son salaire. On sait même qu'il y a des maisons qui, escomptant le pourboire, exigent du garçon un versement au moment où elles l'engagent !

30. — b) Artisan. — L'artisan est l'individu, indépendant de tout patron, qui se charge d'un travail commandé par un *consommateur*. Il confectionne ou répare un produit déjà parvenu chez celui qui s'en sert. — Ex. : J'achète une pièce de drap, je la livre au tailleur qui m'en

(1) Sous réserve d'une opinion (n° 1115) qui distingue entre le « commis-voyageur » et le « représentant de commerce », voyageur ou non, et qui, à raison de l'indépendance relative conquise par ce dernier, tend à lui reconnaître la condition de commerçant qui n'appartient pas à l'autre (Cfr. *Rej.*, 28 novembre 1898, S. 1902, 1, 508 ; *Cass.*, 21 décembre 1898, D. 1903, 1, 82). V. *Annales de droit commercial*, 1901. Tel est le droit allemand.

fera un habillement. Ce tailleur est étranger au commerce. Il en serait autrement s'il se procurait le drap lui-même. — Mêmes observations pour le dégraisseur, pour le serrurier, pour le cordonnier (Douai, 21 janvier 1900, D. 1900, 2, 467. — V. cependant Toulouse, 26 février 1908, D. 1908, 2, 333).

Il n'y aurait même pas commerce, d'après la doctrine de la circulation que nous suivons, au cas où ce tailleur ou artisan ferait exécuter le travail par des ouvriers à ses gages, au lieu de l'accomplir en personne. Le patron d'un atelier de couture ne fait pas commerce, à moins de vendre ses confections. La thèse de la spéculation conduit à un résultat contraire.

Au surplus, la conception de l'artisan s'est modifiée : les faits seront déterminants. Avant la grande industrie et l'outillage mécanique, l'artisan achetait lui-même le produit brut. Celui qui opérerait sous cette forme serait évidemment régi par le droit commercial. On en dirait autant, s'il travaillait pour des maisons de commerce lui livrant la matière première, sans aliéner son indépendance, et cela alors même qu'il n'aurait ni outillage considérable, ni compagnon (tâcheron de la soierie lyonnaise). Le problème est d'ailleurs de solution douteuse.

Lorsque le service rendu porte non sur un objet à confectionner ou à refaire, mais sur des soins à donner à la clientèle (coiffeur, propriétaire d'un bain, etc.), c'est en principe le droit civil qu'il faudra suivre : cependant la qualification d'« artisan » ne convient plus guère à celui qui exerce ces professions (1).

31. — Travaux. — c) Entrepreneurs de travaux. — Il est délicat de déterminer le caractère d'une *entreprise de travaux publics ou privés*. L'entrepreneur se charge, moyennant redevance (tant par mètre courant, ou par quantité de matériaux à poser), d'un travail de nature immobilière sur la propriété d'autrui. Tel est le constructeur de bâtiment, ou, si le propriétaire traite avec plusieurs personnes pour les éléments divers de sa construction, l'entrepreneur de la maçonnerie, celui de la charpente, de la toiture, etc.

↳ Lorsque cet agent fournit les matériaux, il paraît impossible de lui refuser la qualité de commerçant. Il manutentionne des fournitures de commerce, qui ne perdent leur caractère qu'au moment de leur immobilisation (Cass., 15 janvier 1900 et 3 février 1902, D. 1900, 1, 97, et 1902, 1, 294. *Comp.* pour le caractère commercial du contrat par lequel un architecte se charge de construire à forfait un bâtiment, Cass., 10 juillet 1922, *Annales de droit commercial*, 1923, p. 354). Au

(1) La distinction de l'artisan et du commerçant présente de nos jours des intérêts de plus en plus nombreux, au fur et à mesure que se multiplient les lois spéciales aux commerçants (impôts frappant les seuls commerçants ; crédit au petit commerce distinct du crédit à l'artisanat ; loi du 7 mars 1909 limitée aux fonds de commerce ; inscription au registre du commerce, etc.).

Les administrations (Finances, Commerce, etc.) chargées d'appliquer ces diverses lois ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut entendre exactement par « artisan », et on ne saurait, semble-t-il, en donner une définition unique susceptible de convenir pour l'application de tous ces textes concernant des matières fort différentes : c'est ce qu'a reconnu le Comité de législation du Ministère du commerce saisi récemment de la question.

contraire, on a vu précédemment que le propriétaire ordonnant ces travaux ne faisait point commerce de son côté (n° 23). o

Mais dans le cas où le bois, la pierre, etc., seraient fournis par le propriétaire, l'entrepreneur ne donne plus que le travail de la main-d'œuvre, avec l'usage de ses machines-outils. Les considérations précédentes expliquent pourquoi, conformément à la jurisprudence la plus répandue, le contrat d'entreprise doit rester gouverné par le droit civil (1). Dans la première rédaction de l'art. 632 figurait l'« entreprise de construction ». Sur l'observation d'une Cour d'appel, qui prétendait que les constructions de navires devaient seules relever du commerce, ce passage a été supprimé.

Par là aussi se trouve déterminée la condition d'entreprise de *terrassement*, d'*irrigation*, de *dessèchement*, de *perçement de canaux ou d'isthmes* (2). La redevance, au lieu de consister dans une somme d'argent une fois versée aurait-elle pour objet une concession : l'exploitation demeurerait encore civile. Voici le mode de rémunération. L'Etat, dans le cahier des charges, subroge pour une durée déterminée le concessionnaire au droit de prélever un péage sur le public. L'entrepreneur amortit ainsi d'année en année le capital qu'il a engagé.

Cette entreprise est étrangère au droit commercial (Paris, 8 mars 1889, D. 90, 2, 233, *Canal interocéanique*, arrêt peu clairement motivé ; Cass. req., 9 novembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1922, I, 68) — en supposant qu'elle ne soit pas constituée depuis la loi du 1^{er} août 1893 sous la forme d'une société par actions.

La remarque ne saurait convenir à une entreprise de construction de chemin de fer qui obtiendrait en outre par concession l'*exploitation* de la ligne. Cette seconde partie de l'entreprise serait commerciale, par la raison qui va suivre (n° 32).

Parmi les entreprises de travaux figurent les sociétés qui fabriquent et débitent le *gaz* d'éclairage, ou celles qui produisent ou donnent la *force motrice électrique*. Beaucoup d'entre elles agissent également en vertu d'un acte de concession, le plus souvent délivré par une municipalité. a) L'entreprise de gaz est certainement commerciale, puisqu'elle livre un produit au client. b) On ne peut pas raisonner de même pour une société d'électricité : une énergie n'est pas un produit. Cependant, il serait déraisonnable de changer la nature légale de l'exploitation, suivant le moyen générateur de lumière. La société électrique met ses appareils en marche à la disposition de la clientèle, et elle lui en loue l'usage. c) Mais une société qui distribue les eaux ménagères dans une ville reste placée sous le droit civil, en supposant qu'elle n'est

(1) En matière de marché de travaux publics, les procès entre l'entrepreneur et l'administration relèvent de la compétence des conseils de préfecture (Loi 28 pluviôse an VIII, art. 4). Mais cela laisse entière la question de savoir si l'entrepreneur fait commerce ou non. Il ne faut pas établir une corrélation nécessaire entre l'acte de commerce et la détermination du tribunal qui doit en connaître.

(2) Cependant, la dernière jurisprudence marque une tendance à comprendre les travaux de terrassement dans le droit commercial, à titre de manufacture, c'est-à-dire de « spéculation habituelle sur le travail d'autrui, alors même qu'elle ne consisterait que dans un simple travail à façon ou fourniture de main-d'œuvre et ne comportant pas d'achat pour revendre ou louer ». Req., 20 octobre 1908, D. 1909, 1, 246.

pas une compagnie par actions fondée depuis 1893 (Grenoble, 19 juin 1900, D. 1901, 2, 19).

C. Entreprise de transports par terre ou par eau (art. 362, al. 3)

32. — Le transport détermine le déplacement de lieu pour les marchandises. Il donne l'image la plus nette du commerce et le résume en quelque sorte dans son ensemble. Le transport, c'est la circulation par excellence.

L'entreprise de transport (à la différence d'une opération de transport isolée) est commerciale. Elle le devient qu'elle soit exercée par un particulier ou par une société concessionnaire (les cinq grandes Compagnies de chemins de fer, sans parler des autres) ou non concessionnaire. Ces entreprises répondent de leurs engagements devant les tribunaux de commerce, elles ne sont pas à l'abri de la faillite, etc.

La solution va de soi pour celles de ces entreprises qui se proposent le transport des marchandises. Il en est qui, soit en même temps que ce transport (chemins de fer), soit d'une manière exclusive (omnibus, tramways, fiacres), effectuent le transport des voyageurs. D'autres encore transportent les ameublements (entreprises de déménagement). Nous négligeons le transport des lettres, monopolisé par l'Etat.

La généralité des termes de l'art. 632 et l'unanimité de la jurisprudence veulent que le droit commercial s'étende à ces exploitations. Cependant la logique du système de la circulation ferait rentrer dans le droit civil le transport des voyageurs et de tout ce qui n'est pas une marchandise. — Il faut ici laisser la logique de côté. La loi ne peut développer ses applications avec la rigueur des sciences exactes.

§ 2. — Argent et crédit

33. — Il convient, si l'on veut avoir de l'étendue du droit commercial une idée juste, de recourir pour l'argent et pour les titres représentatifs du crédit au même signe logique que pour les marchandises. On y arrive par un effort d'abstraction plus grand.

Les produits ne sont pas seuls à circuler, l'argent circule de même, les valeurs fiduciaires également.

L'argent, c'est l'expression monétaire du capital résultant d'une épargne antérieure, c'est du travail accumulé. ?????

Le crédit, c'est la confiance obtenue par une personne qui s'engage, c'est le délai que le créancier ou bailleur de fonds lui accorde. Le créancier réclame ordinairement de celui à qui il fait crédit un titre à longue échéance (obligation), ou à court terme (effet de commerce), qu'il se réserve de négocier : c'est le titre fiduciaire.

L'argent va de celui qui le possède à celui qui doit le mettre en valeur. Ces deux hommes correspondent au producteur et au consommateur dans le commerce des marchandises. L'épargne s'est formée

chez l'un, elle doit alimenter l'autre. Et de même des titres fiduciaires. Celui qui les souscrit cherche celui qui doit les prendre.

Si ces deux personnes se rencontrent sans intermédiaire, l'acte par sa nature sera *civil*. Un emprunteur qui traite directement avec le capitaliste prêteur ne fait pas acte de commerce. L'argent s'est passé de circulation, il a été tout droit à son but. L'opération pourra être commerciale en vertu de la *théorie de l'accessoire* (emprunt fait par un commerçant pour les besoins de son commerce). Ou bien elle pourra le devenir à raison de la *forme du titre* (souscription d'une *lettre de change*). Mais l'acte commercial par sa nature ne se rencontrera pas en pareil cas.

Au contraire, dès qu'un intermédiaire forme le lien entre le prêteur et l'emprunteur, entre la société et l'actionnaire ou obligataire, etc., les actes interposés deviennent des actes de *commerce*. Ils le deviennent par la même raison que le négociant fait commerce en achetant des marchandises pour les revendre. Cette remarque va nous découvrir deux sortes d'opérations commerciales importantes : a) *les opérations de banque* ; — b) *les spéculations ou actes de courtage en bourse*.

34. — Suite. Banque. — a) *Opérations de banque.* — Le banquier s'approvisionne d'argent en recevant des *dépôts*. Il met cet argent à la disposition des gens d'entreprise (commerçants ou non). Le procédé le plus usuel de son concours est *l'escompte*.

1) Il consent à recevoir de ses déposants, moyennant un intérêt faible, des fonds qui constitueront son encaisse, et il promet de les restituer *in genere* à première réquisition (ou encore après dix ou quinze jours de préavis).

2) D'autre part, il emploie ces fonds en avances à trois mois ou en général à court terme. Il s'en dessaisit, en stipulant de cette seconde catégorie de clients un intérêt plus fort. Mais, en retour, de l'argent qu'il délivre, il exige un titre de négociation facile, par exemple, un *billet à ordre* (c'est intentionnellement que nous écartons la *lettre de change*, beaucoup plus usuelle ; car elle commercialiserait l'engagement pour une autre cause, à raison de la forme). Le banquier fournit la contre-valeur en espèces, sous une retenue d'intérêt pour tout le temps à courir jusqu'au remboursement. Cette retenue est précisément *l'escompte*.

Au besoin, afin de renouveler son encaisse, il renoncera à garder le titre en son portefeuille. Il le négociera auprès d'un banquier, mieux pourvu que lui en capitaux disponibles. Il fera *réescompter* l'effet d'après un taux moins élevé que celui qu'il a pris à son client. L'écart entre le taux du premier escompte et celui du réescompte lui donne son bénéfice.

L'argent va ainsi des gens d'épargne aux gens d'affaires, par le ministère de la haute banque ou peut-être d'un établissement de crédit moyen ou d'un banquier inférieur. Les effets partent des gens d'affaires, se dirigent sur la banque. Double circulation en sens inverse.

Toutes ces opérations intermédiaires sont commerciales et rentrent dans les *opérations de banque* (art. 632, al. 5). Elles constituent des actes de commerce, même lorsqu'elles sont faites par des *banques*

publiques, telles que la Banque de France qui est investie du privilège d'émettre des billets de banque (même texte, al. 6).

Sur la même ligne que les opérations de banque, on doit citer les opérations de change monétaire. Le changeur se munit de monnaies étrangères, il les convertit à la demande de la clientèle contre de la monnaie française, ou inversement. Il touche un agio représenté par le cours du change. Au sens large, il achète des monnaies pour les revendre. Il est commerçant (art. 632, al. 5).

35. — Suite. Bourse. — b) Spéculation et courtage en Bourse. — La Bourse, avec ce qu'on est convenu d'appeler les valeurs mobilières, dont elle est le marché, nous fait passer, au sens économique des expressions, du capital *circulant* au capital *fixe* ou capital d'établissement.

La Bourse est le lieu où se traitent les valeurs représentatives du capital fixe des entreprises.

Un entrepreneur a besoin d'un fonds d'établissement. Il emprunte sous la forme ordinaire, ou au moyen d'obligations négociables. Ou bien il s'adjoint des associés : des *commanditaires*, des *actionnaires*. — C'est un émetteur de valeurs.

S'il opère directement avec les bailleurs de fonds, *omisso medio*, nous répétons que l'acte est civil, du moins d'après sa nature. Sauf controverse, le commanditaire ou le souscripteur d'actions ne fait pas acte de commerce, en entrant dans une société commerciale.

Mais le souscripteur a pu n'avoir que l'intention de prendre position entre une offre et une demande de capital. Entre ses mains, le titre n'est pas encore déplacé. Il compte rentrer sur d'autres personnes dans son argent, et il y parviendra avec un bénéficiaire, il l'espère du moins, en revendant l'action, l'obligation. Divers moyens lui sont offerts : 1° il peut revendre à ses guichets les valeurs qu'il avait prises d'abord en souscription ferme ; 2° il peut aussi se charger de placer les valeurs en commission, sans répondre du succès de l'émission. Ce sont là, des opérations de banque d'une nature commerciale certaine.

La souscription ou l'achat primitif des titres par le banquier, leur revente subséquente, ou la commission pour les placer, deviendront des actes de commerce (art. 632, al. 2 et al. 5 : le titre est une *marchandise*).

Dans cet ordre d'opérations rentre le ministère du *Crédit Foncier*. Un propriétaire veut emprunter 100.000 francs sur hypothèque, sous la condition d'affecter chaque année 5.000 francs au remboursement de sa dette en principal et de se libérer ainsi en vingt ans. Il pourrait traiter aussi avec des prêteurs. Jusque-là, la combinaison resterait sujette au droit civil. Mais un banquier intervient ; c'est lui qui fournit les fonds, et d'autre part il émet des obligations de 500 fr. chacune, dont la somme égale son avance, il les place en son propre nom sur le marché. A la fin de chaque année, le banquier remboursera autant d'obligations ou lettres de gage qu'il lui sera rentré d'argent du côté des emprunteurs, et c'est un tirage au sort qui fera connaître les numéros de ces obligations exigibles. Le rôle d'intermédiaire joué par cet établissement de banque est frappant, et c'est pour cela que l'opération relève du commerce.

Modifions quelque peu notre hypothèse. Peut-être le souscripteur

du titre, banquier ou non, afin de trouver son acheteur, recourra-t-il au ministère d'un courtier en valeurs. Ce courtier sera l'*agent de change*. C'est à la Bourse qu'il négociera les actions ou obligations, par « introduction des titres sur le marché ». L'opération de courtage de cet agent de change sera un acte de commerce, comme l'était déjà précédemment celle d'un courtier en marchandises (n° 25).

Toutes ces propositions se déduisent les unes des autres, il règne entre elles une rigoureuse concordance.

36. — Suite. Assurances. — Il reste une grosse difficulté à trancher : quelle est la nature, civile ou commerciale, du *contrat d'assurance*, quelle est celle de l'entreprise d'assurances ?

L'assurance est un contrat par lequel un assureur s'engage, moyennant une *prime*, à couvrir un risque (incendie, naufrage, mort prématurée) menaçant un assuré, et à lui régler une *indemnité* en cas de sinistre.

En tant que convention isolée, conclue seulement entre deux personnes, l'assurance ne sera pas un acte de commerce (nous négligeons le droit maritime et l'article 633). Limitée à la prise d'un seul risque par l'assureur, l'assurance demeure un contrat civil, si tant est qu'elle puisse aujourd'hui se manifester sous cette forme. L'assurance ne figure pas dans l'énumération de l'art. 632, et il n'y a pas de motif raisonnable de la ranger parmi les actes de commerce si on la prend en elle-même.

Mais l'assurance est-elle exploitée en société : cela modifie la condition du problème. La société d'assurance présente tantôt le caractère d'une « société mutuelle », tantôt celui d'une « compagnie d'assurance à primes fixes ». La question de savoir si l'entreprise est de nature commerciale ou civile se résout de manière différente dans l'une et dans l'autre de ces deux organisations de l'assurance.

37. — a) Sociétés mutuelles. — Ces sociétés se particularisent par ce fait qu'un certain nombre de personnes, exposées à des risques similaires, mettent ces risques en commun. Elles conviennent que les sinistres éventuels seront réparés au moyen d'une contribution proportionnelle qu'on couvrira sur tous les adhérents. Les membres de l'association jouent à la fois le rôle d'assureurs et celui d'assurés. Le montant de la prime à payer est incertain, il dépendra du chiffre et du montant des sinistres (bien que des perfectionnements aient permis à bon nombre de sociétés mutuelles de parvenir à la fixité de la prime, par suite de ce qu'il sera dit plus tard).

Mille constructions, d'une valeur idéale de 5.000 fr. chacune, sont comprises dans une même assurance mutuelle. S'il en périt une durant l'année par le fait d'un incendie, chaque sociétaire paiera 1 0/00 du montant de son propre bien. S'il en périt deux, il paiera 2 0/00 et ainsi de suite. La masse des contributions servira à couvrir le sinistre individuel.

Une pareille société a le caractère civil (Bordeaux, 8 février 1909, *Journal des Sociétés*, 1909, 220). Ce n'est pas, ainsi qu'on le dit généralement, parce que l'esprit du lucre ou de spéculation est absent des

associés. Ceux-ci cherchent bien à se couvrir contre une perte seulement. Mais la raison donnée n'est pas bonne. Elle n'est pas suffisante, dès que l'on ramène les actes de commerce aux signes que nous avons essayé de retenir.

Cette société manque d'un élément nécessaire à la reconnaissance de la commercialité : elle ne participe à aucune circulation de valeur. Les fonds nécessaires aux indemnités, formant aussi les primes, sont réglés directement entre sociétaires. La direction se confond avec les sociétaires eux-mêmes, ce sont eux qui la nomment et qui en supportent les frais.

38. — *b) Compagnies à primes fixes.* — Dans cette seconde forme organique des assurances, un certain nombre de personnes fondent une société par actions, à laquelle elles apportent un capital déterminé qui jouera le rôle de réserve, ou de fonds de garantie.

La société traite à forfait avec les assurés : les associés ne se connaissent pas entre eux. L'assuré doit une prime fixe de 1 0/00 par exemple, à tout événement. La société fait masse de toutes les primes qu'elle encaisse, et elle les applique aux sinistres. Si l'assurance couvre la valeur intégrale de son bien, l'assureur devra à l'assuré une indemnité complète sans réduction. De deux choses l'une :

1° Le montant des sinistres annuels reste-t-il inférieur à l'ensemble des primes : l'excédent devient bénéfice pour la compagnie d'assurances.

2° Le contraire vient-il à se produire : la compagnie fait une perte et prend sur son capital (ou sur ses réserves de garantie) de quoi couvrir la différence, sans pouvoir procéder contre les assurés à un appel complémentaire de primes.

Tel est le mécanisme de l'exploitation, relaté sommairement. Voyons son caractère. On est d'accord pour considérer la société à primes fixes comme une entreprise commerciale, soumise à la compétence des tribunaux de commerce et sujette à la faillite. — Cette opinion était acceptée dès avant la loi du 1^{er} août 1893. Pour les sociétés par actions formées postérieurement à cette loi, et qui sont uniformément commerciales sans distinction de leur objet (nouvel art. 68 de la loi de 1867), la question ne soulève plus aucune contestation.

Mais la même règle est admise depuis assez longtemps pour les sociétés plus anciennes. Elle n'est pas aisée à justifier.

Ces sociétés sont, dit-on, pénétrées de l'esprit de spéculation, du côté de l'assureur, à la différence des sociétés mutuelles. En supposant que la spéculation soit la raison d'être de la commercialité, — ce qui est au moins contestable, — l'explication pêche par un défaut capital. Elle oublie que l'énumération de l'article 632 est essentiellement limitative, et que ce texte est muet sur les assurances terrestres. L'art. 633 déclare bien que l'assurance maritime est un acte de commerce, et cela quelle que soit sa forme ; mais cette disposition ne saurait être généralisée.

Il vaut mieux rattacher les compagnies d'assurances aux agences d'affaires, dont elles ne forment qu'une variété. Les agents d'affaires sont commerçants (art. 632, al. 4). Or que fait la société des actionnaires, sinon offrir au public des assurés de gérer pour eux leur assu-

rance, moyennant une commission fixe ? Les primes comprennent à la fois la contribution aux sinistres, les frais généraux et le bénéfice espéré par l'agence. Les assurés ont en face d'eux un groupe de capitalistes pourvus d'un service technique. C'est avec ce groupe qu'ils traitent en lui déléguant le soin d'administrer leurs intérêts.

Dans la société mutuelle, la direction est composée de simples proposés des assurés ; dans la société à prime fixe, elle se sépare des assurés et constitue une organisation différente. C'est ce qui permet de la ranger dans les agences d'affaires, sans fausser le caractère appartenant à cette dernière profession.

39. — Conclusion. — Dans cette revue, toutes les opérations visées par l'art. 632 trouvent leur place. Nous avons parcouru, dans un autre ordre que celui de la loi, l'ensemble des opérations mentionnées par le Code.

On voit, par notre tableau, que la doctrine des actes de commerce n'est pas impossible à faire, et que ces actes peuvent se grouper en une synthèse. La formule de cette synthèse a échappé sans doute au législateur ; cependant il en a suivi les données, sans s'en rendre exactement compte lui-même. A moins qu'on ne préfère dire : c'est la jurisprudence qui, placée devant un texte qui ressemble à une carte d'échantillons, s'est trouvée appelée à interpréter une loi sans unité. Elle y a mis de l'ordre à la faveur d'une notion directrice. Les arrêts sous-entendent cette notion, et nous avons essayé de la mettre en relief à notre tour.

40. — Actes de commerce mixtes. — APPENDICE GÉNÉRAL. — Il se peut que l'un des actes énumérés par l'art. 632 présente le caractère d'acte de commerce pour les deux opérateurs. Autrement dit, chacune des deux parties accomplit un rôle d'intermédiaire dans la circulation du produit. — Ex. : Un manufacturier vend à un négociant les tissus qu'il a fabriqués. Le manufacturier fait du commerce, son acheteur en fait aussi.

Les règles du droit commercial s'appliqueront alors respectivement à chacune des deux parties. L'une et l'autre sont justiciables du tribunal de commerce, en cas de procès engagé par son adversaire. L'une et l'autre encourent la faillite pour cause de cessation de paiements, si d'ailleurs elles ont la *profession*.

Mais il arrive fréquemment, en revanche, que l'acte est commercial au regard de l'un des opérateurs et demeure civil au regard de l'autre. C'est un fait de production que réalise l'agriculteur qui vend ses récoltes ; un fait de circulation qu'accomplit le marchand qui les achète. Ou bien il y a acte de consommation chez celui qui achète des étoffes pour se vêtir, tandis que son vendeur fait commerce.

Ces actes sont appelés actes de commerce *mixtes* ou unilatéraux (*ab una tantum parte*). On leur appliquera distributivement les règles du droit commercial et celles du droit civil. Cette distribution s'effectuera selon que la personne attaquée en vue de leur exécution sera la partie qui a fait ou la partie qui n'a pas fait commerce.

a) Si c'est la personne ayant fait acte civil qui est assignée par celle

qui fait commerce, le tribunal de droit commun, généralement le tribunal d'arrondissement, est seul compétent ; le défendeur, en traitant avec un commerçant, n'a renoncé ni à son propre droit ni à ses juges. Le procès s'instruira conformément au régime de preuves établi par le droit civil, et non pas d'après les preuves exceptionnelles autorisées par le droit du commerce.

b) Si c'est la personne qui a fait acte de commerce qui est poursuivie, le demandeur est recevable à l'attaquer devant le tribunal de commerce et à user contre elle des preuves commerciales. De quel droit le défendeur déclinerait-il les juges de sa profession, sous prétexte que, du côté de son adversaire, l'acte est non commercial ? De quel droit le ferait-il, si l'acte est bien commercial quant à lui ? (1).

Mais, en jurisprudence, la personne au regard de laquelle l'opération est civile n'est pas obligée de porter le procès devant le tribunal de son adversaire. On lui reconnaît l'*option des juridictions* (En sens contraire LYON-CAEN et RENAULT). Le demandeur non commerçant a la faculté, s'il le préfère, de saisir le tribunal civil. Mais il devra recourir alors aux preuves de droit commun (2).

On peut invoquer en ce sens la tradition, affirmée par l'art. 10 du titre XII de l'Ordonnance de 1673. D'après ce texte, qu'éclaire le commentaire de JOUSSE, les personnes vendant le produit de leur crû pouvaient assigner leurs acheteurs marchands « ou devant les juges ordinaires, ou devant les juges et consuls ». Cette disposition continue à être suivie dans le droit nouveau.

(1) Il se peut que le défendeur commerçant oppose à son adversaire, qui l'a assigné devant le tribunal de commerce, un moyen de défense ou une demande reconventionnelle. Exemple : Un acheteur de marchandise, qui est un consommateur, agit contre le marchand, son vendeur, à raison d'un vice caché ; le marchand non payé du prix conclut à ce que le prix lui soit versé, et ce prix est contesté. Si ce moyen ou cette demande est *connexe* à la demande principale, comme c'est le cas dans l'exemple ci-dessus, la preuve par témoins et, d'une manière générale, la preuve admise par le droit commercial, est recevable de la part du défendeur, puisque c'est bien de ce même mode de preuve que le demandeur se sert dans le procès intenté contre lui. A cet égard, la demande reconventionnelle est liée à la demande principale, comme l'est la réclamation de dommages-intérêts par un défendeur injustement attaqué (Cass., 8 août 1860, *J. Pal.*, 61, 560). Il en serait autrement si le moyen reconventionnel était pris d'une créance distincte de la vente, que le défendeur voudrait faire entrer en compensation de sa dette. On en reviendrait au système civil des preuves.

(2) Pour soutenir le contraire de cette toute dernière proposition, on invoque le principe d'après lequel la nature des preuves est indépendante de la juridiction saisie, principe qui prévaut notamment en droit criminel (Req., 1^{er} juillet 1908, S. 1909, 1, 77). Pourquoi le non-commerçant, qui actionne le commerçant devant le tribunal civil, ne pourrait-il pas user des preuves admises au commerce ? Soit un abus de confiance, pour violation de dépôt, poursuivi en police correctionnelle : on devra établir l'existence de ce dépôt et produire un titre, si l'intérêt dépasse le chiffre au delà duquel la loi civile n'admet pas la preuve testimoniale. Le régime de la preuve n'est donc point modifié par le caractère de la juridiction saisie de la contestation. — Voici la réponse. Il faut remarquer ici que, si le demandeur porte l'affaire devant le tribunal civil, c'est qu'il considère l'acte comme civil. Pour être conséquent avec lui-même, il doit le réputer tel, même quant à la détermination des preuves dont il pourra se servir : on n'est plus alors en présence des « lois relatives au commerce ». On ne peut pas raisonner de la même manière à l'égard d'un contrat formant l'élément d'un délit pénal, et qui quoique porté devant les juges de répression, demeure civil à raison de son origine même.

SECTION II

HISTORIQUE DE LA LÉGISLATION DU COMMERCE
ET DES SOURCES ACTUELLES (1)

41. — Evolution suivie par le commerce. — Les hommes n'ont pas vécu originairement dans des rapports de commerce (2).

Le domaine de la communauté primitive ne s'ouvre point sur le dehors. Le chef centralise la production obtenue par ses subordonnés, esclaves, serfs, etc., et la répartit entre eux suivant leur travail ou leurs besoins.

Puis, se produit un commencement d'émancipation : les artisans acquièrent le droit de travailler à leur compte et de pourvoir les autres membres de la communauté de leur menue fabrication. On pratique le troc en nature, ou l'on se sert d'un instrument monétaire grossier. Le marché est localisé, et l'esprit de lucre est absent de la volonté des contractants.

On n'entre dans une phase de commerce véritable que lorsque le marché devient accessible aux étrangers : le marché forme une trêve à l'état d'hostilité chronique entre peuplades. Ainsi s'expliquent notamment, au moyen âge : — la rencontre périodique des marchands dans des centres religieux, mieux prédisposés que d'autres par leur caractère de lieux d'asile à ce régime de trêve ; puis l'organisation des grandes foires. L'autorité supérieure protégeait le trafic qui s'effectuait dans ces réunions (concession de marché, paix des foires, conduite des marchands, fonctionnement pendant la tenue de la foire d'un droit commun à tous ceux qui la fréquentaient, pouvoir de police et de juridiction propre).

Ce régime intermittent et international finit par devenir continu et par s'étendre aux rapports intérieurs d'un même Etat. Le trafic des marchandises s'opéra à demeure, dans des magasins. A la pérégrination des marchands succédèrent des communications durables et sûres avec les lieux d'origine des produits. L'importance des anciens marchés s'est affaiblie, leur rôle d'autrefois a passé aux Bourses, non sans de notables différences (3).

Il ne faut, au surplus, pas assigner au commerce, dans tous les temps et dans tous les pays, les mêmes conditions de marche. Il y a des peuples, comme les Phéniciens à Carthage, les Italiens en Orient, les Anglais dans les temps modernes, qui se sont ouvert de force des

(1) Le dépouillement historique des sources, travail considérable sous une faible étendue typographique, a été faite par HUVELIN, *L'histoire du droit commercial*, 1904.

(2) Voir nos articles : *De la place du commerce dans l'histoire générale* (*Annales de droit commercial*, 1892).

(3) Toute cette évolution est remarquablement traitée, surtout pour le moyen âge, avec une documentation très nourrie, dans l'ouvrage de M. HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897, et dans l'autre publication du même auteur citée ci-dessus.

marchés éloignés. Ils ont fait de ces marchés des colonies placées sous leur autorité, directe ou non. Le problème de l'expansion coloniale pour les Etats de l'Europe ne répond pas aujourd'hui à une autre pensée.

On divise l'histoire du droit commercial en trois périodes : antiquité, moyen âge, temps modernes.

42. — Première période. — I. ANTIQUITÉ. † Les Phéniciens furent par leur navigation les intermédiaires du commerce entre l'Asie et les côtes de la Méditerranée. Ils fondèrent de nombreuses colonies, dont la plus connue est Carthage. Les premiers, probablement, ils firent consacrer, en matière de trafic, des règles spéciales, uniformément acceptées partout, malgré la différence de nationalité des opérateurs.

Ainsi en est-il de la règle, encore suivie aujourd'hui pour les avaries communes, comme en témoigne le contenu de la *lex Rhodia de jactu* relatée au *Digeste*, XIV, 2.

La mission commerciale des Phéniciens fut ensuite dévolue aux Grecs. Eux aussi créèrent des colonies, en Grande-Grèce, en Asie-Mineure, et les Phocéens fondèrent à leur tour Marseille. On connaît, par un plaidoyer de Démosthène, l'emploi que faisaient les Athéniens du prêt à la grosse. *Mar-2*

3/ A Rome, la constitution sociale était moins favorable au développement du commerce. La classe patricienne, tenant sa force de la propriété foncière, était maîtresse des pouvoirs publics et de l'armée. Elle résista, le plus longtemps qu'elle put, à l'extension des grandes fortunes plébéiennes formées par le commerce. De là des préventions contre le négoce et contre la petite industrie de l'artisan, préventions dont témoignent certains passages des auteurs littéraires (1).

L'exercice du commerce était confié aux individus de condition servile ; les pères de famille en profitaient, sans s'abaisser eux-mêmes à une profession indigne. Les apparences étaient sauvegardées.

L'esclave tenait une boutique, commandait un navire. Le prêteur, pour sanctionner ses engagements, créa des actions (institoire, exercitoire) données contre le maître. Ces actions ont été le point de départ du commerce par représentation. D'autre part, le maître était investi des créances acquises contre les tiers par cet esclave (ou par un préposé non en sa puissance).

A part certaines institutions spéciales à la banque, comme la faculté d'exiger la production des livres (*editio rationum*), le droit romain n'a pas connu un droit commercial distinct. Mais le *jus gentium*, qui a donné un large essor aux contrats consensuels, suffisait aux besoins du négoce. La faillite moderne n'est, avec les perfectionnements qu'elle a reçus au cours des âges, que l'envoi en possession délivré par le magistrat romain aux créanciers sur les biens d'un débiteur insolvable (V. PERCEROU, *Traité des Faillites*, t. I, n^{os} 7 à 10).

(1) On cite, par exemple, le passage du traité *De Officiis* de CICÉRON : *Opifices in sordida arte versantur.*

43. — Deuxième période. — II. MOYEN AGE. — Les invasions barbares ont émietté l'Empire et brisé la souveraineté en mille parcelles locales. Elles ont détruit l'ancienne sécurité que procurait la *pax romana*.

C'est pourtant le moyen âge qui a donné au droit commercial son autonomie. Nulle part son essor ne fut plus marqué que chez les Italiens.

Le régime municipal prit en Italie un tour nettement commercial. La Ville était une confédération de corporations marchandes : à la même époque nos corps de métiers en France ne formaient guère que des syndicats de petits artisans. *Gènes, Pise, Florence, Venise*, étaient gouvernées par des négociants. Adonnés au grand trafic, ils cherchaient à s'enrichir par la spéculation ou par le transport des marchandises entre deux centres différents de la Méditerranée.

Les Croisades les aidèrent dans leurs plans, le pèlerin se doublant de l'homme de commerce. Ils établirent, par suite de traités de commerce, des comptoirs dans les ports appartenant aux infidèles, et stipulèrent en faveur de leurs résidents une organisation indépendante (première origine de ce qu'on a appelé depuis François I^{er} le régime des *capitulations*).

D'autre part, ils s'introduisirent sur les places de l'Occident et nouèrent la chaîne entre les centres de production et ceux de consommation, par leurs navires effectuant des chargements dans les deux sens. Marseille concourut à ce mouvement. Tout le monde s'inclinait au moyen âge devant le génie d'affaires des Italiens.

Entre ces négociants s'échangèrent des règles d'usage : ils s'affranchirent de la législation civile et canonique, trop formaliste, trop défiante du gain. Les archives municipales nous livrent en grande quantité des modèles de contrats de l'époque : il en est qui remontent au XII^e siècle. Puis on fixa ces usages au moyen de règlements ou de statuts émanés soit de la corporation, soit du corps de ville composé de l'union des corporations.

Ces statuts multiples et fréquemment révisés règlent les effets de commerce, les sociétés, la capacité, etc. (1).

Les procès furent tranchés par les consuls élus de la corporation ou par ceux de l'Union des corporations : telle fut la *Mercanzia* de Florence officiellement reconnue en 1307. Les *consules mercatorum* (consuls des changeurs ou banquiers, consuls de la mer ou des armateurs, etc.) sont en réalité les précurseurs des tribunaux de commerce modernes. Comme ils jugeaient rapidement en dédaignant les subtilités

(1) A consulter : le livre italien de LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milan, 1883, qui, sous une forme facile à lire, donne l'inventaire méthodique des statuts des diverses villes ainsi que de leurs dispositions ; — l'un des trois articles compris dans la brochure de G. COHN : *Drei rechtswissenschaftliche Vorträge*, Heidelberg, 1888 ; — le très savant ouvrage de GOLDSCHMIDT (*Universalgeschichte des Handelsrechts*), qui forme le premier fascicule de la 3^e édition de son *Handbuch* ; traduction italienne par V. POUCHAIN et A. SCIALOJA, Turin, 1913 ; — et pour ce qui concerne l'organisation judiciaire, MOREL, *Les juridictions commerciales au moyen âge*, Paris, 1897, et BONOLIS, *La Giurisdizione della Mercanzia in Firenze nel secolo XIV*, 1901.

du droit et en s'inspirant des volontés de leurs justiciables (1), les institutions du commerce acquièrent de plus en plus de notoriété et de crédit.

Ce droit ne prit corps de doctrine que plus tard, entre le *xvi^e* et le *xvii^e* siècle, époque où parurent les livres de STRACCHA, de SCACCIA, de RAPHAEL DE TURRI, de CASAREGIS (*Discursus legales de commercio*). Quelques-uns de ces auteurs se réfèrent à la jurisprudence de la *Rote de Gênes*. Ce tribunal, qui ne procédait pas de l'élection, ne date que du *xvi^e* siècle ; il est issu de l'ancienne juridiction de la Cour du podestat et statuait en matière civile et de commerce. Au surplus, à Gênes, ville déchirée par les factions, l'organisation consulaire n'eut jamais la même portée qu'ailleurs. La « Rote » paraît avoir été ainsi désignée, parce que les affaires y étaient instruites à tour de rôle. Ses décisions ont eu plus de réputation que ne le comportait leur mérite.

Dès avant cette œuvre des jurisconsultes italiens, le droit commercial avait agi de proche en proche : les institutions des différentes villes s'étaient fondues entre elles. Cette assimilation était chose naturelle. Chaque comptoir reproduisit le droit appliqué dans sa métropole. Par suite de cette loi sociale d'imitation, qui a été beaucoup étudiée de nos jours dans ses innombrables applications et particulièrement par TARDE, ceux des usages passant pour bons dans une ville furent acceptés dans les autres villes de la péninsule. Ils s'introduisirent également sur les places de l'étranger qui les voyaient pratiquer.

C'est surtout en matière de navigation que ces institutions s'unifièrent sur de vastes étendues (2). Du moyen âge datent des collections maritimes, soit coutumiers privés, soit recueils judiciaires, qui jouissaient d'une grande autorité. Elles ont été l'objet d'une analyse savante par notre grand jurisconsulte PARDESSUS sous la Restauration. On suivait autrefois leurs dispositions dans les procès, même entre plaideurs de différentes nationalités : — les *Rôles d'Oléron*, relatant les usages suivis dans l'Océan, notamment dans les rapports entre la Guyenne et l'Angleterre ; — le *Consulat de la Mer*, qui nous est parvenu dans des manuscrits en langue provençale ou catalane ; recueil beaucoup plus étendu, postérieur au précédent, mais antérieur au *xvi^e* siècle, qui relevait le droit en cours dans les ports de la Méditerranée, où siégeaient des tribunaux maritimes internationaux (nous avons des décisions de ces tribunaux : « tables d'Amalfi ») ; — le *Recueil de Wisby*, consignait les usages pratiqués dans la Baltique et dans la mer du Nord, où la confédération de la Hanse teutonique était maîtresse du trafic et tenait ses congrès à Lubeck et à Hambourg (*Recès de la Hanse*).

44. — Troisième période. — III. TEMPS MODERNES. — L'influence commerciale se transmet maintenant de l'Italie aux Etats de l'Océan

(1) Ces consuls statuaient primitivement comme arbitres volontaires entre les marchands.

(2) Voir l'*Histoire du contrat d'assurance au moyen âge*, par E. BÉNSA (traduite par M. J. VALÉRY).

(Espagne, Angleterre, Hollande, France). La formation des grandes nationalités dans ces Etats, puis la découverte du Nouveau-Monde, aidée par la boussole, concourent à ce résultat considérable. Cette découverte, en déplaçant les courants commerciaux, comme le dit BÉNSA, fermait à l'Italie les sources de richesses, où, depuis la chute de l'Empire romain, ses républiques avaient puisé leur grandeur, et d'où était dérivé le glorieux patrimoine d'institutions que le commerce du moyen âge laissait en héritage aux siècles postérieurs.

La *Royauté* s'attacha de bonne heure en France à doter le commerce d'institutions propres à garantir la sécurité des échanges.

a) Par des Ordonnances délivrées entre 1462 et 1464, Louis XI établit à Lyon (1) quatre grandes *foires internationales* annuelles, avec exemption de droit d'entrée et de sortie pour les marchands et les marchandises. Ces foires succédaient aux privilèges des foires plus anciennes de Champagne et de Brie ; les décisions du tribunal de la Conservation, qui devint ensuite une juridiction commerciale permanente (avec des membres désignés par le Consulat de ville à partir de Louis XIV), avaient force exécutoire dans tout le Royaume.

b) Un édit de 1563, rendu par CHARLES IX sous l'influence du *Chancelier* L'HÔPITAL, institua à Paris, pour statuer sur les procès entre marchands, un *juge et quatre consuls*, que désigneraient à l'élection et que renouveleraient chaque année, suivant un suffrage un peu compliqué, les notables marchands de la ville. Appel au-dessus de 500 livres était porté devant le Parlement de Paris. — Une organisation identique fut ensuite appliquée dans d'autres villes. C'est là l'origine immédiate de nos tribunaux de commerce. Mais, sous l'ancien régime, les procès de droit maritime relevaient d'une juridiction spéciale, les *Cours d'Amirauté*, dont les juges étaient nommés par le roi.

Les grandes réformes furent accomplies sous le règne de Louis XIV, et l'honneur en revient à COLBERT.

Elles consistent dans : 1° L'Ordonnance du commerce de terre de 1673, Ordonnance très courte, en douze titres, inspirée et rédigée en partie par un commerçant de Paris, JACQUES SAVARY, qui est connu pour son ouvrage *Du parfait Négociant*. L'Ordonnance a été commentée par JOUSSE, conseiller au Présidial d'Orléans, et dans certaines de ses parties (change, sociétés) par POTHIER. A la fin de l'ancien régime, vers 1778, il y eut un projet de révision de l'Ordonnance ; mais ce projet n'aboutit pas (2).

2° L'Ordonnance de la marine, beaucoup plus étendue, de 1681, comprenant cinq livres, et que prirent en haute estime même les étrangers. Œuvre dont les procès-verbaux de commission nous manquent et dont le rédacteur n'est pas connu. Elle eut pour interprètes deux jurisconsultes, attachés l'un à la Cour d'Amirauté de la Rochelle, VALIN, l'autre au barreau du Parlement d'Aix, EMÉRIGON. Ils l'ex-

(1) En réalité, cette institution lyonnaise date des lettres patentes du dauphin Charles VII, émises en 1419.

(2) V. E. BLUM, *Le projet de révision attribué à Miromesnil de l'Ordonnance de mars 1673 sur le commerce* (*Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1913, p. 510 et s.).

pliquèrent souvent d'une manière différente, à cause de la divergence des usages de l'Océan et de la Méditerranée. POTHIER s'occupa aussi des assurances. — Le livre II de notre Code de commerce de 1807 ne fait que retranscrire sur des points nombreux l'Ordonnance de Colbert.

45. — **Suite.** — Pendant le cours de la *Révolution* (1), les Ordonnances subsistèrent ainsi que les juridictions électives : on sait que le système de l'élection fut généralisé alors et étendu (entre 1790 et l'an VIII) à toutes les fonctions judiciaires. La compétence des juges-consuls, devenus tribunaux de commerce, s'augmenta de celle des anciennes Cours d'Amirauté, abolies par la Constituante.

Sous le Consulat, en 1801 (an IX), une commission présenta un projet de Code de commerce, avec un rapport de CHAPTAL. Ce projet fut soumis aux tribunaux, pour être l'objet de leurs observations. Au Conseil d'Etat il n'en fut plus question jusqu'en 1806. A cette date, des faillites retentissantes ramenèrent l'attention sur lui. Il fut repris, considérablement modifié par les sections de Législation et de l'Intérieur, discuté en séance générale, porté au Tribunal et au Corps Législatif, suivant l'ordre établi par la Constitution. Il fut voté en 1807 par lois détachées. La loi du 15 septembre 1807 les réunit en un seul Code, qui est obligatoire depuis le 1^{er} janvier 1808.

Ce Code a largement puisé dans les Ordonnances de Louis XIV, et par leur intermédiaire dans le droit statutaire italien du moyen âge. Il se compose de 648 articles répartis en quatre livres d'inégale étendue : *Du commerce en général* (8 titres), *Du commerce maritime* (14 titres), *Des faillites et banqueroutes* (3 titres dont le premier avec 11 chapitres), *De la juridiction commerciale* (4 titres).

46. — **Suite. Sources actuelles du droit commercial.** — Quelles sont les sources actuelles du droit commercial ?

1^o En premier ordre, le *Code de commerce*, ainsi que les lois qui depuis 1807 l'ont complété, refondu ou modifié sur certaines matières.

Les principales de ces lois sont : celle du 28 mai 1838 sur les faillites (avec les lois du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et du 2 juillet 1919 sur le règlement transactionnel pour cause générale de guerre), celles du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions (modifiée par les lois du 1^{er} août 1893 et du 22 novembre 1913), et du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, et celle du 18 mars 1919 tendant à la création d'un registre du commerce.

Une loi promulguée au *Journal Officiel* du 3 juin 1924 a remis en vigueur, dans nos départements recouverts du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, « à partir du premier jour du septième mois » qui suivra sa promulgation », l'ensemble de la législation commerciale française.

Le Code, ainsi que la plupart des lois postérieures, a été introduit en Algérie et dans les colonies.

En Algérie, une Ordonnance du 22 juillet 1834 a rendu applicables

(1) V. ROGER PICARD, *Les Cahiers de 1789 au point de vue industriel et commercial*, th. Paris, 1910.



les lois françaises antérieures à cette date, ce qui comprenait le Code de commerce avec quelques modifications qu'il avait déjà reçues alors. Pour les lois postérieures à 1834, et en vertu d'une jurisprudence qui n'est point basée sur des textes très formels, il y a lieu de distinguer : a) celles de ces lois qui abroge ou modifient un texte plus ancien, elles sont applicables de plein droit en Algérie, sans qu'il soit besoin d'un décret du chef de l'Etat, ni même d'un arrêté du gouverneur ; b) celles qui introduisent des innovations, et pour lesquelles un décret spécial et un arrêté sont nécessaires, faute de quoi elles ne sont pas exécutoires en Algérie. C'est par suite de ces principes que la dernière loi du 8 décembre 1883, sur le mode d'élection des tribunaux de commerce, loi qui étend le suffrage à tous les commerçants, a été reconnue sans effet à l'égard de l'Algérie, n'y ayant pas été l'objet d'une promulgation spéciale ; tandis que la loi antérieure du 21 décembre 1871 sur le même objet avait été rendue exécutoire dans le territoire et s'y trouve toujours en vigueur (1).

A l'égard des colonies proprement dites (2), règne un système différent. C'est le sénatus-consulte du 3 mai 1854 qui continue à faire loi. Il établit une séparation entre la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion d'une part et le reste des colonies d'autre part. a) Pour les Antilles et la Réunion, les lois portant sur certaines matières de droit considérées comme les plus importantes (Ex. : les contrats et obligations conventionnelles en général) ne peuvent être étendues à la colonie qu'en vertu d'un sénatus-consulte (en vertu d'une loi actuellement) ; et c'est pour cela notamment que la loi du 4 mars 1889 sur les liquidations judiciaires renferme un article final déclarant nommément la loi applicable aux dites colonies. Les autres lois de la métropole sont applicables par décret, avec une distinction entre décrets rendus en Conseil d'Etat et décrets simples, toujours selon la matière de ces lois (fixation du taux de l'intérêt, etc.).

b) En ce qui concerne les autres colonies, le gouvernement légifère en vertu de décrets simples, et un arrêté du gouvernement suffirait. On voit que c'est un régime des plus compliqués (3).

47. — 2^o Comme sources du droit commercial actuel, viennent ensuite les lois antérieures au Code, mais seulement pour les matières non traitées dans le Code même. La loi du 15 septembre 1807 porte abrogation, en son art. 2, de « toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code ».

(1) On aurait pu cependant soutenir et on a soutenu, d'ailleurs sans succès, que ces deux lois ne faisaient que remanier l'une et l'autre le livre IV du Code et que, par conséquent, elles étaient exécutoires en Algérie de plein droit.

(2) On consultera pour plus de détails sur cette organisation : A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, n^{os} 99 et s. ; L. SARRUT, note sous Dalloz, 1896, 1, 563 ; AUTONELLI, *Législation coloniale*. Les Codes CARPENTIER fournissent, au sujet des dates de promulgation, d'utiles renseignements.

(3) Le système législatif des pays de protectorat est différent. Ces pays conservant, sous le protectorat français, leur souverain, celui-ci peut, d'accord avec le représentant de la France, légiférer sur son territoire. C'est ainsi qu'ont été promulgués au Maroc le dahir des 12-30 août 1913 formant Code de commerce Marocain et le dahir du 31 mars 1919 formant Code maritime.

Statué, c'est-à-dire donné une réglementation d'ensemble et complète.

Donc, si le Code ne fait qu'effleurer une institution, la loi ancienne est toujours applicable, à moins d'avoir été abrogée par un texte déterminé.

Cela est vrai notamment de quelques parties du droit maritime concernant le droit privé (naguère encore sauvetage) et surtout le droit public, que ne traite pas le Code de commerce, ou qu'il traite insuffisamment. On a encore l'occasion d'appliquer pour elles l'Ordonnance de 1681.

Cela est vrai aussi — quoique à un moindre degré qu'autrefois, depuis le décret très étendu du 7 octobre 1890 sur les agents de change — des textes de la législation intermédiaire sur les Bourses de commerce et sur leur personnel (Loi du 28 ventôse an IX, arrêté du 27 prairial an X, etc.).

48. — 3° Le Code civil. Mais son application aux matières commerciales n'est que *subsidaire*. Elle s'exerce à défaut du Code de commerce ou d'une loi spéciale. Le Code de commerce renvoie implicitement au Code civil, là où il s'abstient de statuer lui-même.

La violation de la loi civile en matière commerciale donne ouverture à cassation, comme en matière ordinaire.

Divers articles des Codes civil et de commerce (art. 1873 C. civ., art. 18 C. comm., etc.) posent pour quelques contrats cette règle d'interprétation, vraie également de tous les autres.

Il y a lieu dans les litiges de commerce de faire à tout instant appel aux principes des obligations ayant leur siège dans le Code civil. C'est que ce Code est à la base de la législation privée, et que le Code de commerce ne joue à son égard que le rôle d'un droit d'exception.

49. — Usages. — Lorsqu'on parle des usages, il y a lieu, semble-t-il, de distinguer la *coutume* de l'*usage*.

La *coutume* est une règle de droit impérative et d'ordre public qui supplée à l'absence de loi écrite ou qui même contrevient à une disposition de cette loi.

Dans l'ancien droit, la coutume avait pleine force de loi, à l'égal des dispositions formellement établies par l'autorité. Aujourd'hui, l'organisation constitutionnelle, qui subordonne la confection des lois à une procédure parlementaire déterminée, ne permet plus de consacrer la coutume en tant que source de droit, au moins d'une manière franche et ostensible.

Cependant, il s'introduit, sous l'influence des hommes de loi ou des tribunaux, des préceptes de commandement ou de défense, qui comblent certaines lacunes législatives ou qui même dérogent à des textes promulgués. Ces préceptes ne sont pas nombreux en droit commercial. On peut citer comme exemples : 1° la règle qui frappe de nullité, quoique la loi n'en dise rien, les sociétés entre époux ; 2° l'application aux marchés à termes différentiels de la législation du jeu et du pari (avant une loi de 1885) ; 3° l'attribution de la provision au porteur

de la lettre de change même non acceptée (avant la loi du 8 février 1922) ; 4^o l'indivisibilité du compte courant, avec ses conséquences.

En principe, les règles ayant une semblable provenance ne méritent aucun égard, elles sont même attentatoires aux lois. Cependant il peut se produire en pratique un besoin sérieux de pourvoir, malgré l'abstention du pouvoir législatif, au redressement d'abus que les textes ne répriment pas. Il appartient au pouvoir judiciaire, pour aider à la marche du droit, de se substituer au Parlement et de consacrer le précepte nécessaire. Mais il ne peut le faire qu'avec extrêmement de mesure et que sous couleur d'interprétation, c'est-à-dire de façon détournée (1). Il doit user d'un raisonnement basé en apparence sur le droit écrit, en faisant dire par voie de scolastique aux dispositions promulguées autre chose que ce qu'elles renferment en réalité. — Il est inutile d'ajouter que cette manière de perfectionner le droit exige une main très légère : les tribunaux ne peuvent pas convenir ouvertement de cet accroc fait par eux à la législation écrite. Le magistrat qui heurte de front la loi, et qui la critique ouvertement, contrevient à sa mission en donnant un exemple de désobéissance à ses préceptes.

Contester cette source de droit, qui correspond à la fois aux trois sources romaines du *jus prætorium*, des *responsa prudentium* et du *jus civile* (au sens étroit du mot), serait pour ainsi dire nier l'évidence. La coutume, manifestée par une seule décision judiciaire, n'est pas encore formée. Elle n'acquiert son autorité que par la reproduction d'arrêtés rendus dans le même sens. Une thèse consacrée par deux ou trois décisions de la Cour de cassation, échelonnées sur une période de certaine durée, dispose d'une force difficile à ébranler. La coutume se consolide par l'action du temps, mais elle peut également se modifier (2).

L'usage est autre chose. On peut le définir : la clause tacite, sous-entendue dans une convention, par laquelle les parties règlent leurs rapports suivant la pratique établie. Cette pratique est tantôt générale et tantôt limitée à une industrie ou à une place particulière. Dans les deux cas elle constitue un élément d'interprétation des plus légitimes.

Les usages disposent d'une très forte autorité en matière commerciale. C'est en réalité de l'usage que tout ce droit est sorti, c'est par lui qu'il se réforme sans cesse.

(1) V. le discours prononcé par M. BALLOT-BEAUPRÉ, à l'occasion de la commémoration du centenaire du Code civil, dans « *Le Centenaire du Code civil* », 1904. — V. aussi THALLER, *La méthode en droit commercial*, dans *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 150 et suiv.

(2) L'idée exposée au texte a été poussée très loin dans les deux ouvrages de M. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, et de M. LAMBERT, *Étude de droit commun législatif*, 1^{re} série 1903. Elle est juste en soi (*Contra* : ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit français ?* dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533. *Comp.* PAUL VAN DER EYKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, p. 156). Mais il faut tenir la jeunesse en garde contre ces exagérations. Le mérite du deuxième de ces ouvrages réside surtout dans l'exposé d'une thèse appuyée sur une forte documentation historique, d'après laquelle la coutume n'est point un usage spontanément formé au sein des masses, mais une règle de progrès suggérée par les jurisconsultes ou par une élite en possession de la connaissance des lois.

Lorsqu'un plaideur se réclame d'un usage, il peut, *de plano*, le faire appliquer à son procès, si cet usage est certain. Subsidiairement, lorsqu'il est contesté, il peut demander à l'établir, en versant une *parère* (consultation) d'une chambre de commerce ou de praticiens autorisés.

L'usage a force de convention, et non pas, à vrai dire, force de loi. Son caractère obligatoire se dégage d'une considération fort simple.

La loi commerciale admet la preuve au moyen de présomptions de fait, quel que soit l'intérêt engagé dans le procès, par cela même qu'elle admet la preuve testimoniale (comp. l'art. 109 C. com. avec l'art. 1353 C. civ.).

Or, on doit présumer *en fait* que les parties ont voulu se référer dans leur marché, faute de le détailler, à la manière usuelle de faire, telle qu'elle est pratiquée dans leur partie professionnelle (1).

50. — Deux questions se posent relativement à l'usage dans le droit commercial.

1^o *L'usage peut-il non seulement suppléer à la loi écrite en son absence, mais encore y déroger ?*

Dès l'instant que l'usage vaut non comme *loi*, mais comme *convention tacite*, la question s'éclaire. Elle revient à se demander s'il est permis par convention de déroger à une loi. Il y a lieu de distinguer.

a) S'agit-il, au moyen de l'usage qu'on invoque, de se soustraire à l'application d'une *loi d'ordre public* ? — La loi a alors un caractère impératif. Un usage ne peut, pas plus qu'une convention expresse, prévaloir contre cette loi. L'usage contraire à la loi est donc sans valeur (art. 6 C. civ.). Il ne deviendrait légitime que s'il passait à l'état de coutume, ainsi qu'il est dit ci-dessus, à la faveur d'une jurisprudence prétorienne.

Ainsi la règle prohibant l'anatocisme, ou capitalisation des intérêts dus pour moins d'un an, est d'ordre public (art. 1154). C'est en vain qu'on l'écarterait au moyen d'un usage (à moins, répétons-le, que le besoin de cette dérogation n'amène les tribunaux à la consacrer en tant que coutume par un biais de raisonnement, comme il en est dans le compte courant).

(1) Ne peut-on pas, à la faveur de cette considération, résoudre une question embarrassante, née du rapprochement du droit civil et du droit commercial ? La preuve par l'usage est recevable même en droit civil (art. 1160 C. civ.), et c'est bien ce que dit PORTALIS dans son *Discours préliminaire*. Et cependant on a bien le sentiment que l'usage dispose d'une moindre portée en matière civile qu'en matière de commerce. — Au fond, il n'y a pas de différence entre les deux droits ; mais c'est par son système plus rigoureux de preuves que le droit civil limitera le recours possible à l'usage. Invoquer un usage, c'est prétendre, dans un procès déterminé, qu'on a voulu obéir à une certaine manière de faire couramment acceptée, c'est invoquer une présomption *de fait* pour dégager la véritable intention du contrat. Or, en droit civil, excepté pour certains contrats tels que le louage, les présomptions cessent d'être recevables, tant à partir de 500 francs que contre et outre le contenu des actes (art. 1341, C. civ.). Les parties pouvaient détailler leur convention : que ne l'ont-elles fait ? On sait, au contraire, que le droit commercial admet d'une manière illimitée la preuve par témoins, par conséquent la preuve par présomptions.

Ce raisonnement n'est pas partagé d'habitude par les auteurs de droit civil. Mais alors, le contraste qu'on relève entre les deux domaines du droit privé, et qui répond à un fait exact, cesse de devenir explicable.

La restriction de la faillite aux débiteurs commerçants est encore une disposition impérative : un débiteur civil ne peut, par sa volonté formelle ou tacite, se soumettre envers ses créanciers au régime de la faillite.

b) S'agit-il, à l'inverse, d'un usage produit comme une *loi* simplement *interprétative des volontés* ? — Cette loi comporte une convention contraire. Donc l'usage, qui n'est qu'une convention, y déroge régulièrement. *Usus prævalere debet juri communi* (l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 mai 1902, D. 1902, 1, 343, qui semble dire le contraire, est imparfaitement motivé).

Ainsi, dans une vente, la non conformité parfaite de la marchandise à l'échantillon justifie la résolution du contrat (art. 1184 C. civ.). Mais, s'il intervient, dans la branche d'affaires à laquelle appartiennent les opérateurs, un usage qui oblige l'acheteur à conserver la marchandise moyennant réduction du prix, cet usage sera appliqué par les juges. De même pour les faits qui produisent la mise en demeure du débiteur, pour le point de départ des intérêts, etc.

51. — 2° *La violation d'un usage par les juges du fond donne-t-elle ouverture à cassation ?*

Il faut répondre négativement.

Interpréter un usage, c'est interpréter non une loi, mais l'intention des parties. Une interprétation inexacte des intentions ne saurait constituer un moyen de pourvoi. Les juges ont statué en fait et non en droit.

Au surplus, il n'est pas dans le rôle de la Cour de cassation d'unifier ou de consolider les usages, comme il est dans sa mission d'assurer l'observation uniforme des lois écrites. L'usage est variable suivant les places et les industries, il n'y a pas à parler de son unité. L'usage est souple et changeant, c'est ce qui fait son mérite. Le consolider serait l'immobiliser. En l'interprétant, la Cour de cassation l'entraverait dans sa marche.

On verra ultérieurement que les deux solutions précédentes cessent d'être exactes pour certains usages en matière de vente de marchandises, que la loi du 13 juin 1866 a cru devoir convertir en dispositions légales. Ces usages-là sont érigés en lois véritables : 1° on ne peut invoquer pour s'y soustraire un contre-usage, mais seulement une convention expresse ; 2° leur violation entraîne cassation (1).

52. — **Résumé.** — En résumé, le droit commercial a quatre fondements : le *Code de commerce* avec les lois qui s'y rattachent, — certaines *lois antérieures* à sa promulgation, — le *Code civil* à titre subsidiaire, — et enfin les *usages* qui sont une source toute différente.

(1) Contrairement à notre doctrine, la science italienne tend à reconnaître deux sortes d'usages : — ceux qui ont force de loi parce qu'ils répondent à un « état de conscience juridique obligeant les commerçants à s'y soumettre », — et les usages n'ayant qu'une valeur contractuelle et interprétative. Cf. VIVANTE, *Trattato*, traduction française, t. I, p. 94 et s., et ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial* (*Annales de droit commercial*, 1910, p. 97).

Il y aurait lieu, dans un ouvrage plus étendu, de montrer comment ce droit se trouve pourvu de caractères très originaux, surtout par le fait de l'usage, qui est la volonté constante du commerce de se perfectionner par lui-même.

Il est très *progressif*. Depuis 1807, sous l'influence du rapprochement des distances, des résultats de la science appliquée, de l'extension des marchés et du crédit, l'usage a apporté aux anciens contrats, à leur mode de conclusion, à la terminologie courante, des transformations extrêmement graves. D'autre part on a vu les capitaux et les établissements se grouper suivant des données de concentration inconnues il y a un siècle.

Il est *doué d'une forte expansion*, en ce qu'il réagit sur le droit civil. Celui-ci, stimulé par l'exemple, finit par s'approprier les institutions commerciales.

Il est faiblement *processif*. Il donne bien lieu à des contestations, d'autant plus nombreuses que les marchés se renouvellent dans le commerce à chaque instant. Mais ces contestations se liquident le plus souvent par voie de transaction : on fait appel à l'équité. Cela s'explique notamment par des besoins mutuels de ménagements, entre gens unis par le lien de la clientèle. Sur 200.000 affaires portées en moyenne devant les tribunaux de commerce, il en est 35 0/0 qui se terminent à l'amiable en cours d'instance (1). Et en dehors de ces 200.000 affaires, combien d'autres, que la statistique ne relève point et qui sont arrangées sans même un commencement de procès ! (2).

Il faut noter aussi que la loi du 30 décembre 1925 a validé la *clause compromissaire* en matière commerciale.

53. — Division. — Cet ouvrage se divise en sept parties :

1^{re} Partie. — Des commerçants individus.

(1) La statistique comparée du tribunal de commerce de la Seine pour les années 1913 et 1923 donne les chiffres suivants : 39.989 jugements prononcés (dont 28.108 par défaut, et 11.811 contradictoirement) en 1913 — contre 67.243 (dont 42.074 par défaut, et 25.169 contradictoirement) pour 1923 ; 3.112 affaires conciliées par les juges en 1913 — contre 3.458 en 1923 ; enfin 16.752 affaires retirées ou jointes en 1913 — contre 11.348 en 1923 (sans que, du reste, la statistique indique quel est, dans ces chiffres globaux, le nombre des affaires simplement jointes à d'autres et le nombre des affaires retirées après arrangement des plaideurs).

(2) Les autres Etats européens ont commencé par prendre notre Code de commerce pour modèle de leur propre législation. Mais un certain nombre d'entre eux ont depuis lors procédé à des refontes de leur codification ; ils sont donc assez loin aujourd'hui de ce modèle primitif (V. la traduction française des lois commerciales des pays étrangers dans la collection « *Les Lois commerciales de l'Univers* », 1911 et s., édition française, mise à jour, de la collection allemande de BORCHARDT, *Annales de droit commercial*, 1912, 254 et s.). Les Belges, par une série de lois votées à partir de 1851, et dont la plus importante est celle du 13 mai 1873 sur les sociétés (modifiée par la loi du 22 mai 1886, et refondue par la loi du 25 mai 1913, v. la Chronique de législation pour la Belgique de M. MECHÉLYNCK, dans les *Annales de droit commercial*, 1920, p. 154 et s.) ont révisé successivement toutes les parties du Code de commerce que nous leur avons laissé en 1814 (NAMUR, *Code de commerce belge révisé*, 4 vol.). — L'Italie a un nouveau Code depuis 1883 (VIDARI, *Corso di diritto commerciale* ; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, traduction française par ESCARRA, 4 vol.) ; DOTT MARIO ROTONDI, *Il progetto di riforma, del Codice di Commercio*, Milan 1923 ; l'Espagne depuis 1886 ; le Portugal depuis 1888.

Les plus anciens Codes, après le nôtre, qui se trouvent encore en vigueur, sont celui

2^e *Partie*. — Des sociétés commerciales.

3^e *Partie*. — Des Bourses, spécialement des Bourses de valeurs, comme suite à l'étude des sociétés par actions.

4^e *Partie*. — Des contrats commerciaux sur marchandises (vente, commission, courtage, transport).

de la Grèce de 1835 et celui des *Pays-Bas* de 1838 : celui-ci d'ailleurs fait l'objet d'un travail de révision qui n'a abouti jusqu'à présent que pour les faillites (loi de 1893, applicable depuis 1896). La révision du Code de commerce grec a été également entreprise (nouvelle loi grecque du 5-30 juin 1920 sur les Sociétés anonymes, *Annales de droit commercial*, 1921, n° 1).

A partir du milieu du XIX^e siècle, c'est l'*Allemagne* qui a exercé, dans le centre et le nord de l'Europe, une influence législative prépondérante en matière de droit commercial. Ses deux grands monuments de codification sont : — le Code du change de Leipzig de 1847, — et le Code général de commerce de Nuremberg et de Hambourg de 1861, devenu maintenant par suite de la refonte accomplie après le vote du Code civil de l'Empire allemand, le Code de commerce du 10 mai 1897. Ce Code est entré en vigueur, ainsi que le Code civil, en l'année 1900. La loi des faillites de l'Empire date de 1877 et a été remaniée en 1898 (Sur le droit commercial allemand, cfr. COSACK, *Traité de droit commercial*, traduction française dans la bibliothèque Lévy-Ullmann et Lerebours, 3 vol., 1904-1907, et LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1908). — L'*Autriche* est encore régie par les Codes de Leipzig et de Nuremberg sus-indiqués (excepté pour le droit maritime). Elle a une loi des faillites particulière (1868).

Le trait propre au régime de la *Suisse* est l'unification du droit commercial et du droit civil (Code des obligations et la loi de capacité civile de 1881, loi des poursuites pour dettes de 1889). A la suite du vote d'un Code civil en 1907, le Code des obligations a été remanié par la loi fédérale du 30 mars 1911 et forme aujourd'hui le Livre V (intitulé : Droit des obligations) du Code civil suisse ; ce Livre V (entré en vigueur avec l'ensemble du Code civil suisse le 1^{er} janvier 1912) est du reste à lui seul à peu près aussi considérable que les quatre premiers livres réunis, et a conservé son numérotage spécial : art. 1 à 880 (ROSSEL, *Manuel du droit civil suisse : Code révisé des Obligations*). Le Code suisse des Obligations fait actuellement l'objet d'un projet de réformes, V. *Annales de droit commercial*, 1924.

C'est aussi le système *anglais*. L'Angleterre, au surplus, n'a pas de Code, mais des lois spéciales aux sociétés (1862-1908), aux effets de commerce (1882), aux faillites (1883, refondue en 1914), etc. (STEVENS, *Eléments de droit commercial anglais*, traduction française par ESCARTI ; CURTI, *Manuel de droit civil et de droit commercial anglais*, t. II, droit commercial, 1928).

Dans les *Etats scandinaves*, qui pendant longtemps avaient conservé sur certains points une législation vieillie, les Parlements du Danemark, de la Norvège et de la Suède ont, par suite d'une commune entente, adopté une loi uniforme sur le change en 1880, puis un Code maritime en 1891-1892. A la dernière époque, des lois importantes sont venues rajeunir le droit commercial de ces Etats : lois *norvégiennes* du 17 mai 1890 sur le registre du commerce (traduction DEPUICHAULT) et du 19 juillet 1910 sur les Sociétés par actions (traduction du même) ; loi *suédoise* du 12 août 1910 (remplaçant celle du 18 juin 1895) sur les sociétés anonymes (*Annales de droit commercial*, 1914, p. 52 et s.).

Quant à la législation commerciale *Russe*, elle était, avant la Révolution, répartie entre divers volumes de la compilation générale des lois de l'Empire (*Ssuod Sakonow*), rédigée par les ordres du gouvernement. Le XI^e volume, 2^e partie, renferme le « Règlement du commerce ». En 1887, quand on procéda à la révision de ce règlement, des cinq livres dont il se composait on n'en conserva que trois. D'après la dernière rédaction (1903), leur teneur est la suivante : le premier, intitulé « Des contrats et obligations propres au commerce », contient des règles sur le louage de services des commis, et les procurations commerciales (art. 3 à 54), ainsi que quelques règles sur les sociétés commerciales (art. 55 à 93) ; le deuxième renferme le droit maritime (art. 94 à 653) ; le troisième enfin est consacré aux Bourses et foires (art. 656 à 668), aux livres de commerce (art. 669 à 715), aux poids et mesures (art. 716 à 765) et aux magasins généraux (art. 766 à 819). Mais, pour connaître les règles essentielles du droit commercial privé russe, c'est à la source générale du droit privé, c'est-à-dire aux lois civiles du X^e volume du *Ssuod* (obligations) qu'il faut se reporter. Là se trouvent notamment les règles sur les contrats d'entreprises et de fournitures de marchandises entre particuliers (t. X, 1^{er} par-

5^e Partie. — Des contrats commerciaux sur argent et sur crédit (notamment des effets de commerce).

6^e Partie. — Des faillites.

7^e Partie. — De la juridiction commerciale (1).

tie, liv. IV, art. 1737 à 2011), et celles sur les sociétés par actions (art. 2139 à 2198) Enfin, la Russie, s'était, en 1902, pourvue d'une nouvelle loi sur les effets de commerce. Il est difficile de savoir ce qui subsiste au juste de ces dispositions sous le régime soviétique.

Sur le droit commercial du Japon, v. G. RIPERT et Sozo KOMACHIYA, traduction du Code de commerce de l'Empire du Japon, 1925.

La législation commerciale des nouveaux Etats dont la grande guerre a provoqué l'apparition est encore en voie de formation : V. notamment pour la législation tchécoslovaque la chronique de HERMANN OTAWSKY, *Annales de droit commercial*, 1924, n° 1 : pour la Yougoslavie, la chronique de PERITAT, et pour la Pologne la chronique de GORKI, *ibid.*, 1926 et 1927.

(1) BIBLIOGRAPHIE D'ENSEMBLE DU DROIT COMMERCIAL FRANÇAIS (très écourtée). — Manuels, précis ou traités élémentaires pour les étudiants (indépendamment du présent traité) : BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT, VALABRÈGUE, LACOUR et BOUTERON. — Traités généraux plus étendus : Anciens : PARDESSUS, ALAUZET, BÉDARRIDE (Volume des *Achats et Ventes* refondu par ABRAM); DELAMARRE et LEPOITEVIN; BRAVARD-VEYRIÈRES (4 vol.); Récents : LYON-CAEN et RENAULT (8 vol.); COLLECTION THALLER (9 vol. parus); PIC, JOSSEMAND, PERCEROU, RIPERT. — Un certain nombre de Guides ou Mémentos. — Dictionnaire : GOUJET et MERGER, refondu par RUBEN DE COUDER (6 vol. et 2 vol. de supplément). — Revue : *Annales de droit commercial* (depuis 1887), dirigées jusqu'en 1910 par E. THALLER et depuis par J. PERCEROU.

PREMIÈRE PARTIE

DES COMMERÇANTS INDIVIDUS

54. — Il convient d'étudier successivement : 1° les conditions de la profession commerciale ; 2° la capacité exigée par la loi ; 3° les obligations auxquelles la profession est assujettie.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS EXIGÉES POUR ÊTRE COMMERÇANT

55. — Intérêts de la distinction des commerçants et des non-commerçants. — Il y a des intérêts nombreux à distinguer celui qui est commerçant de celui qui ne l'est pas.

Car : ~~le~~ commerçant est justiciable du tribunal de commerce, et non pas du tribunal civil, — au moins pour ses actes commerciaux (art. 631-1° C. com.).

2° A l'égard du commerçant fonctionne le régime commercial des preuves : ce régime est assez large pour comporter la preuve par témoins ou par présomptions, sans limite de somme (art. 109 C. com.). — Le gage commercial est soumis pour sa formation et pour sa réalisation à des règles plus simples que le gage civil (art. 91 à 93 C. com.). — Depuis la loi du 12 janvier 1886, le prêt d'argent, en matière de commerce n'était plus soumis à un taux maximum d'intérêt, tandis qu'en matière civile le taux maximum de 5 0/0 était maintenu (L. du 3 septembre 1807). Mais cet intérêt de la distinction a momentanément disparu, l'article 1^{er} de la loi du 18 avril 1918 ayant décidé que « les dispositions de la loi du 3 septembre 1807, portant limitation du taux conventionnel de l'intérêt en matière civile, et celles de l'article 11 du Décret du 28 février 1852 relatives à l'intérêt des prêts consentis par le Crédit Foncier sont et demeureront suspendues pendant la durée de la guerre et pendant une période qui ne pourra être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités. Un décret déterminera la fin de cette suspension ». — Quant à l'intérêt légal ou moratoire, il était, depuis la loi du 7 avril 1900, de 5 0/0 en matière commerciale,

et de 4 0/0 seulement en matière civile ; mais la loi du 18 avril 1918 (art. 2) l'a porté de nouveau (c'étaient déjà les taux de la loi de 1807) à cinq pour cent en matière civile et six pour cent en matière commerciale.

39/ Avant la loi du 22 juillet 1867, tous les engagements de commerce, de deux cents francs au moins, ceux du commerçant particulièrement, emportaient, pour le cas d'inexécution, condamnation à la *contrainte par corps*. La contrainte n'était décernée en matière civile que pour des causes de créance légalement déterminées (art. 2059 et s. C. civ.).

49 En matière pénale, le *crime de faux* est puni plus sévèrement s'il a été commis en écritures de commerce que s'il l'a été en écritures civiles : travaux forcés à temps au lieu de réclusion (art. 147 et 150 cpr. C. pén.).

59/ Le commerçant, en cas de cessation de paiements, encourt la *faillite* ou la liquidation judiciaire, ainsi que les pénalités de la banqueroute (art. 437 C. com.) ; un non commerçant peut être en déconfiture, jamais en faillite.

69 Seuls les commerçants sont assujettis à la *tenue de livres*, et ce n'est qu'à leur égard que les livres disposent légalement d'une force probante (art. 8 et s. C. com.).

79 Les commerçants sont astreints à un régime particulier pour la *publicité de leur contrat de mariage* (art. 67 et s. C. com.).

89 Il n'y a que les commerçants (et aussi à certains égards les commerçants retirés) qui soient *électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce* (L. 8 décembre 1883), de même qu'aux Chambres de commerce.

99/ Les commerçants sont tenus de se faire immatriculer sur le registre du commerce institué par la loi du 18 mars 1919.

De ces diverses règles, deux sont particulièrement frappantes : celle qui a trait à la *compétence des tribunaux de commerce* et celle qui concerne la *faillite*. On saisit en outre, d'après ce qui a été dit dans l'introduction, que ces règles se groupent en deux catégories. L'une contient des dispositions applicables à toutes personnes accomplissant des *actes de commerce* (n^{os} 1 à 4) ; l'autre est spéciale aux commerçants (n^{os} 5 à 9).

56. — Liberté du commerce. — La liberté de la profession est à la base du commerce. Pour s'établir et pour exploiter son entreprise, le commerçant n'a besoin de se pourvoir d'une autorisation ni de la puissance publique, ni d'une compagnie professionnelle.

Le droit moderne a abandonné le régime italien de l'affiliation nécessaire à une corporation ; ce régime était aussi celui de nos corps de maîtrise, qui étaient plutôt composés dans l'ancienne France d'artisans que de commerçants proprement dits. Le groupement en corporations ou syndicats des personnes exerçant un même commerce ou une même industrie a repris faveur à l'époque contemporaine, mais en dehors de toute idée de contrainte ou de monopole légaux.

Donc, pour savoir si un individu est commerçant, il n'y a pas à rechercher si une *autorisation* lui a été octroyée légitimement. Là même où une autorisation serait par exception requise d'après le

droit public, à raison notamment du caractère insalubre de son industrie (commerciale ou non), l'exercice de la profession sans s'être fait autoriser laisserait l'intéressé placé sous le droit commercial.

57. — **Patente.** — La condition de commerçant ne dépend pas non plus de l'inscription à la *patente*.

La patente, créée par l'Assemblée constituante comme le prix de la liberté que l'Etat donnait au commerce et à l'industrie en les affranchissant des corps de maîtrise, est un *impôt direct de quotité*, frappant diverses professions. Au lieu d'être déterminé d'après les bénéfices ou d'après le chiffre annuel d'affaires, il prend son assiette sur des éléments extérieurs de richesse présumée qui préservent le contribuable contre des perquisitions préjudiciables de l'administration et comprend à la fois : 1^o un *droit fixe* (variable suivant que le patenté appartient à une profession classée au tableau A, B ou C), et 2^o un *droit proportionnel*, 1/10, 1/15, etc., calculé sur la valeur locative tant de la maison d'habitation que des locaux servant à l'exercice de la profession.

Les mots *commerçant* et *patenté* ne sont point synonymes, bien qu'employés couramment l'un pour l'autre. En réalité, est sujette à la patente toute profession « non exceptée ». La plupart des exceptions correspondent sans doute aux professions civiles (agriculteurs, fonctionnaires). Toutefois, il y a un certain nombre de professions civiles qui sont assujetties à la patente (les carrières libérales, avocats, avoués, notaires, médecins) ; à l'inverse, une personne assujettie à la patente mais qui, en fait, y échappe, sera néanmoins un commerçant, pourvu, bien entendu, que sa profession soit classée dans le ressort du commerce.

La patente relève de la *législation fiscale*, la condition du commerçant dépend du *droit privé*. Ces deux droits n'ont pas nécessairement les mêmes points de rencontre, il ne faut pas essayer de les faire coïncider.

D'ailleurs, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 1917 « portant suppression des contributions... des patentes et établissement d'un impôt sur diverses catégories de revenus » (impôts cédulaires), à partir du 1^{er} janvier 1918 « cesseront d'être perçus les principaux des contributions... des patentes, ainsi que les centimes additionnels... calculés sur ces principaux, établis au profit de l'Etat ». Mais si la patente se trouve ainsi supprimée comme impôt de l'Etat, les centimes additionnels à la patente, départementaux ou communaux, continuent à être perçus.

Mais, depuis la législation fiscale d'après guerre, d'autres impôts (impôts sur les bénéfices industriels et commerciaux, taxe sur le chiffre d'affaires) sont spéciaux aux commerçants.

58. — **Définition du commerçant.** — La définition du commerçant est fournie par l'art. 1^{er} C. com. : sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

Il faut donc deux conditions pour être commerçant : 1^o l'exercice d'actes de commerce ; 2^o une profession habituelle ayant ces actes pour objet.

SECTION PREMIÈRE

EXERCICE DES ACTES DE COMMERCE
SPÉCIALEMENT DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE

(Art. 632, av.-dern. al., C. com.).

59. — Les *actes de commerce par leur nature* ont été analysés dans l'introduction. On les a rattachés, dans la mesure du possible, à une notion générale (n^{os} 14 et suiv.). Nous ne les reprendrons plus. L'article 632 les énumère pour ce qui concerne le commerce de terre. L'*achat pour revendre*, l'*entreprise de manufacture* et celle de *transport* constituent, dans le trafic des marchandises, les plus importants de ces actes. C'est leur répétition suivie qui fait de leur agent un commerçant.

60. — **Théorie de l'accessoire.** — Mais, comme cela a été dit déjà, le nombre des actes de commerce s'élargit considérablement à l'égard d'un individu, lorsqu'il a été rendu commerçant par les opérations principales de sa profession. Ce ne sont plus seulement ces opérations principales, énumérées dans l'art. 632, qui pour lui sont commerciales ; la même qualité s'étend à toutes les opérations qui facilitent, qui secondent son commerce, à toutes celles, en un mot, qui ont ce commerce pour objet.

De cette manière, beaucoup d'actes juridiques qui, provenant d'un non commerçant, seraient civils, deviennent des actes de commerce lorsque c'est un commerçant qui les accomplit. La commercialité part de l'acte, frappe la personne ; puis, en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les actes afin d'en saisir un plus grand nombre.

C'est la théorie dite de l'*accessoire*. Elle est d'autant plus intéressante à connaître que ces actes secondaires relèveront du droit commercial à divers points de vue : — quant à la compétence des tribunaux et quant à la preuve, — le non-paiement de ces obligations justifiera la mise en faillite du débiteur.

La règle est écrite deux fois dans le Code : — d'abord sous l'art. 631, al. 1 : « Les tribunaux de commerce connaîtront : 1^o des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers... », — puis sous l'art. 632, avant-dernier alinéa : « La loi répute actes de commerce... toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ».

Cette rédaction soulève une critique. En prenant les dispositions ci-dessus à la lettre, l'acte ne serait commercial que s'il intervenait entre deux *commerçants*. Il faudrait donc que le commerçant eût un autre commerçant pour contre-partie. Traitant avec un non-commerçant, il ne ferait plus acte de commerce.

Cette déduction serait fautive. La condition de la contre-partie est indifférente pour déterminer la nature de l'acte, du côté du commerçant lui-même.

61. — Applications. — Dans ces conditions, on voit apparaître, lorsque c'est un commerçant qui en est l'auteur :

1° Des *contrats commerciaux*, autres que ceux que l'art. 632 énumère : — commande ou travaux de réparations de machines, achat de voitures, de fournitures de bureau, de mobilier de magasin, — emprunt et compte-courant avec un correspondant, — ordre de transport de marchandises, — assurance des ateliers auprès d'une Compagnie, — achat de fonds de commerce (voir sur ce dernier point la controverse, n° 78).

A cette liste on est d'accord pour ajouter les engagements avec la main-d'œuvre et avec les employés. Ces engagements, eux aussi, ont la marche du commerce pour objet. Nous avons dit dans l'introduction (n° 27) pourquoi cette extension de la commercialité aux rapports du commerçant avec son personnel de maison nous laissait quelque doute. La question n'a qu'un faible intérêt, à raison de la détermination faite par la loi de la juridiction compétente pour statuer sur les procès du commerçant avec ses commis ou ses ouvriers (conseil de prud'hommes, juge de paix) ; à raison aussi de l'admissibilité de la preuve testimoniale au-dessus du maximum de la loi civile, aujourd'hui généralisée dans tout contrat de travail (Code du travail, liv. 1^{er} t. II, art. 19). — Il va de soi que, vis-à-vis de l'ouvrier ou du commis lui-même, la convention est civile, la règle de l'accessoire ne le concernant point.

2° Des *quasi-contrats commerciaux*. — Un commerçant touche dans un règlement une somme indue. Par exemple, une Compagnie de chemins de fer perçoit une taxe supérieure à celle que les tarifs lui permettent d'exiger. Comme ce paiement a eu lieu dans l'exercice du commerce de la personne qui l'a reçu, le quasi-contrat d'où naît l'obligation de restituer l'indu (art. 1376 C. civ.) forme un acte commercial, et l'action sera portée devant le tribunal de commerce.

3° Des *délits et quasi-délits commerciaux*. — Le commerçant, dans l'exercice de sa profession, cause un dommage à autrui soit par sa faute, soit par celle d'un préposé et est tenu suivant les art. 1382 et 1384 C. civ. (abordage en rivière entre deux bateaux par la faute de l'un deux, ou heurt d'un passant par une voiture de livraison).

Les actions nées de ces délits et quasi-délits seront portées devant les juges de commerce.

Car les art. 631 et 632 déclarent commerciaux par accessoire les engagements, les obligations, sans les limiter aux obligations contractuelles.

Et, d'autre part, il n'y a pas lieu de distinguer le *délit*, dommage volontairement causé, du *quasi-délit*, dommage résultant d'une faute non intentionnelle. On a voulu soutenir que le premier seul relève des tribunaux de commerce, non le second, parce qu'il n'y a de commerce que dans les opérations renfermant une intention de s'enrichir. Cette distinction ne trouve aucune base dans la loi (Req., 11 juillet 1900, D. 1900, 1, 508).

62. — Suite. Délits. — Le plus connu parmi ces délits est la *concurrency déloyale*. On entend par là le fait de détourner à son profit la clientèle d'un autre, soit en dépréciant les produits de celui-ci, contraire-

ment à la vérité, soit en faisant passer sa propre marchandise pour un produit de l'autre maison afin d'en assurer la vente au moyen de cette tromperie. Celui qui commet un acte de ce genre tombe sous l'application de l'art. 1382. Nous reviendrons sur la concurrence déloyale un peu plus loin.

La concurrence déloyale peut provenir d'une personne exerçant une profession non commerciale. Mais ce n'est que lorsqu'un commerçant s'en rend coupable que l'action en réparation rentre dans la compétence des tribunaux de commerce.

63. — S'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit déterminant un dommage corporel, d'un *accident causé par une personne* et ayant entraîné la mort ou blessures, la jurisprudence a été longtemps hésitante. Les dommages aux personnes lui paraissaient devoir relever plus équitablement de la juridiction civile.

Mais aujourd'hui s'est formé un nouveau courant, favorable à la connaissance de ces procès par les tribunaux consulaires. On a admis que le commerçant serait traduit devant ces tribunaux, non seulement à raison d'un accident causé à un tiers, mais même à raison d'un accident survenu dans l'usine à un *ouvrier*, étant bien entendu que la partie lésée, pour qui l'acte est mixte, aurait l'option entre les deux juridictions (Civ. rej., 28 octobre 1896, D. 97, 1, 583). Cette dernière application toutefois ne serait plus exacte actuellement : la loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des accidents arrivés aux ouvriers dans les usines place les contestations entre les victimes et les chefs d'entreprise relatives aux indemnités, dans la compétence du juge de paix ou dans celle du tribunal civil statuant en matière sommaire, à la teneur de certaines distinctions (art. 9 et 10 de ladite loi). Nous aurons à en reparler plus loin.

L'extension du droit commercial aux délits des commerçants, en tant que ces délits atteignent des tiers, mérite d'être approuvée (1).

64. — On juge, par cet exposé, du nombre et de l'étendue des actes que le commerçant est appelé ou exposé à accomplir par application du droit commercial dans la sphère de son activité.

C'est dire que sa *responsabilité* se trouve engagée à tout moment : il doit exécuter les opérations qu'il a conclues, il doit réparer le plein dommage résultant des fautes qui lui sont imputables et c'est le tribunal de commerce qui statuera, à défaut de règlement amiable, sur les effets de cette responsabilité. Il n'est pas seulement tenu de son chef, il peut l'être encore du chef de ses *préposés*, commis ou ouvriers, agissant dans l'exercice de leurs fonctions. L'importance acquise par les grandes maisons et la division du travail multiplient les cas de responsabilité du chef d'établissement.

Cela est vrai : — 1° *Des contrats*. Le préposé traite un marché dans la limite des pouvoirs que le patron lui a conférés. Il y a lieu à la théorie

(1) Sur les diverses étapes qu'ont suivies la doctrine et la jurisprudence depuis 1807 pour étendre successivement la règle de l'accessoire, on pourra consulter DUCHANGE, *Des actes de commerce par relation* (th. 1900).

du *mandat* ou à l'extension de cette théorie au contrat de préposition ;

2° *Des délits*. L'employé qui, dans son service, commet une contravention, le contremaître qui néglige la sécurité de l'atelier, l'ouvrier qui se laisse entraîner à une imprudence, engagent le patron non plus par application du droit du mandat, mais à cause du principe que pose l'art. 1384, al. 3, C. civ., de la responsabilité civile du commettant à raison du fait du préposé.

Le commerçant reste tenu, sans pouvoir prouver à sa décharge qu'il était personnellement dans l'impossibilité de prévoir ce délit et de le conjurer. Un commis d'une conduite et d'une intelligence éprouvées peut subitement s'égarer, et accomplir des opérations préjudiciables avant que le patron n'ait eu le temps de prendre des mesures de préservation. Le patron n'en est pas moins obligé.

La responsabilité civile ne repose donc pas sur une idée de faute du chef de maison dans le recrutement ou dans la surveillance de son personnel. Elle tient à une raison plus profonde dégagée seulement par les interprètes de la dernière époque : l'*entrepreneur*, en montant sa maison, source pour lui d'un bénéfice, a créé un *risque* dont il doit se constituer garant. Il est un véritable assureur des dommages qui résulteraient du fonctionnement de son établissement, des faits ou négligences de ses agenis. Il affirme que ses auxiliaires sont dans de bonnes conditions pour exécuter leur tâche ; il répond d'eux comme de lui-même (V. encore l'explication donnée par M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^e édit., p. 246, note).

65. — Le *matériel* dont il se sert obéit au même régime légal : l'article 1384 dit qu'on est responsable du dommage causé « par le fait des choses que l'on a sous sa garde », et les art. 1385 et 1386 font des applications particulières de cette pensée générale. L'explosion d'une machine met donc le propriétaire de l'usine dans l'obligation de réparer le tort qui en résulte, quand même la faute du patron serait absente. Il y a *faute objective* de l'outillage, cela suffit pour que le patron puisse être recherché (1).

66. — Le législateur contemporain, en partant des idées précédentes, a réglé, dans la loi du 9 avril 1898 (modifiée par celles des 22 mars 1902, 31 mars 1905 et 6 juillet 1920), la responsabilité des *accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*. Cette loi a consacré, non plus dans les rapports du chef d'établissement et des tiers, mais dans ceux du patron et de son personnel, le principe du *risque professionnel*. Elle ne concerne d'ailleurs que les industries spécifiées par la loi elle-même, au nombre desquelles figurent celles « où il est fait usage d'une machine mue par une autre force que celle de l'homme ou des animaux ». Ces industries ne dépendent pas toutes du droit com-

(1) Cette proposition, avec la largeur que lui donne le texte, n'est pas encore entrée dans le courant de la jurisprudence. V. cependant Req., 16 juin 1896, D. 97, 1, 433, et surtout les intéressantes monographies de MM. SALEILLES (*Les accidents de travail et la responsabilité civile*), et JOSSERAND (*De la responsabilité du fait des choses inanimées*), Paris, 1897, et note sous Req., 22 janvier 1908, D. 1908, 1, 217. — *Comp.* la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur les accidents d'automobile.

mercial. — Toutefois la loi du 12 avril 1906 a étendu le bénéfice de la loi des accidents à toutes les exploitations commerciales. En outre la loi du 18 juillet 1907 a donné aux employeurs non soumis aux lois de 1898 et de 1906 la *faculté*, au moyen d'une déclaration expresse, de placer leur personnel (ouvriers ruraux, forestiers, domestiques attachés à la personne), si celui-ci y consent, sous le régime de la loi de 1898. Enfin, la loi du 15 juillet 1914 a rendu obligatoire l'application aux accidents forestiers de la législation sur les accidents du travail, et celle du 2 août 1923 a étendu ce même régime aux « domestiques, gens de maison, serviteurs à gage, concierges et salariés du même genre à un titre quelconque, attachés ou non à la personne ».

La réparation des accidents, survenus « par le fait du travail ou à l'occasion du travail », incombe au patron. Il n'y a pas à rechercher s'il a commis ou non une faute. L'indemnité est due à l'ouvrier, même dans le cas où l'accident proviendrait de l'imprudence de ce dernier ; il ne cesse d'y avoir droit que lorsqu'il a intentionnellement provoqué l'accident.

La loi, du reste, ne met pas à la charge du patron une indemnité illimitée : elle en règle le chiffre au moyen d'un *forfait*. Par exemple, en cas d'incapacité absolue et permanente du travail, la réparation consiste dans une rente égale aux deux tiers du salaire annuel ; en cas de mort, elle consiste dans une pension dont le chiffre et la durée varient suivant la qualité des parents. Ce n'est que dans le cas de faute inexcusable du patron que cette indemnité pourrait être majorée par les tribunaux (comme aussi la faute inexcusable de l'ouvrier permettrait de la réduire).

Nous n'avons pas à pénétrer dans les détails de cette loi. Elle se rattache au droit industriel (1). Nous négligerons donc celles de ses dispositions qui ont pour objet de confier à la *Caisse nationale des retraites* le service des indemnités, sauf recours contre les chefs d'entreprises débiteurs ; comme aussi la constitution, auprès de cette Caisse, d'un fonds de garantie, alimenté par un supplément au principal de la patente, et destiné à parer aux insolvabilités. Toutes ces questions sont étrangères au droit commercial.

67. — Exceptions. — Si large que soit la théorie de l'accessoire, elle comporte des restrictions. Toutes les opérations faites par un commerçant ne le rendent pas justiciable du tribunal de commerce. Il y a **trois exceptions** au moins à signaler (2).

(1) V. PIC, *Les lois ouvrières*, 5^e éd., 1922, p. 898 et s.

(2) Nous disons : au moins. Car les trois catégories d'actes ci-dessous énoncés ne contiennent pas la totalité des opérations *civiles* du commerçant, échappant à la règle de l'accessoire. — Ainsi, lorsqu'un commerçant a engagé et suivi un procès devant un tribunal civil, la demande que formerait contre lui pour remboursement des frais son *officier ministériel* (mais non pas son agréé, son arbitre, etc.), serait portée devant le tribunal où les frais ont été faits, c'est-à-dire en l'espèce devant le tribunal civil, *seul* compétent pour en connaître (art. 60 C. proc. civ.). — D'autre part, des jugements ont décidé, en vertu d'une jurisprudence d'ailleurs contestable, que, si le commerçant entrait avec d'autres dans une société d'assurance mutuelle, même dans l'intérêt de son commerce, par exemple afin d'assurer ses bâtiments ou ses marchandises, les contestations nées de cette mutualité seraient nécessairement du ressort des tribunaux de droit commun, etc.

68. — *a)* Les obligations contractées par le commerçant dans un but étranger à son commerce demeurent civiles : conventions matrimoniales, rapports de tutelle, de succession, emprunt pour mettre en valeur un domaine rural, fournitures de ménage, d'habillement.

L'art. 638, al. 1^{er}, il est vrai, ne soustrait à la compétence des tribunaux consulaires que les actions intentées contre lui « pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier ». L'expression ne se réfère qu'aux livraisons qui lui seraient faites pour l'entretien de sa personne ou de sa famille. Mais il n'y a aucune raison de limiter ainsi la disposition. On doit au contraire l'étendre à tous les actes juridiques accomplis en vue des intérêts civils de l'individu, du moment qu'ils sont étrangers à son négoce.

69. — **Présomption de commercialité.** — Toutefois, ainsi qu'on le sait déjà, le droit commercial exerce encore son empreinte sur ces actes, quoique exclus de la règle de l'accessoire. En cas de doute, le but civil ou commercial de l'opération restant ignoré, *c'est le but de commerce, qu'on devra présumer* (art. 638, al. 2). Le procès sera donc à bon droit porté devant les juges consulaires, qui retiendront la cause.

La présomption n'est pas absolue. Elle n'appartient pas à cette classe de présomptions légales, dites *juris et de jure*, sur le fondement desquelles l'article 1352 C. civ. annule un acte ou refuse l'action en justice, sans admettre aucune preuve contraire contre elles. La présomption cesse, si une cause civile est énoncée dans l'engagement. Elle cessera de même, si l'on parvient à démontrer cette cause civile, quoiqu'elle n'ait pas été énoncée. Mais c'est au commerçant, lorsqu'il veut obtenir son renvoi devant les juges ordinaires, à prouver que l'acte pour lequel il est recherché était étranger aux besoins de son commerce. Les rôles de la preuve sont intervertis.

La présomption, dit l'art. 638, concerne les *billets* souscrits par un commerçant. Ici encore, il faut s'abstenir de l'interprétation littérale qui, sans motif plausible, restreindrait la disposition aux engagements constatés sous une forme déterminée de titre. Quand même la dette serait établie au moyen d'un acte autre qu'un billet, et fût-elle simplement verbale, le doute sur sa cause doit faire pencher en faveur de la compétence du tribunal de commerce.

70. — **Opérations immobilières.** — *b)* Les opérations ayant des *immeubles* pour objet ne sont point commerciales, alors même qu'elles seraient faites en vue d'un commerce : — achat d'un terrain afin d'y construire un atelier ; location d'un magasin (1) ; concession d'une prise d'eau sur une rivière pour obtenir une force motrice hydraulique, ce qui peut déterminer, non seulement des procès avec le concédant, mais aussi des réclamations de propriétaires inférieurs lésés dans l'irrigation de leurs terrains, etc.

Cette exception n'est pas écrite dans la loi. La pratique n'hésite

(1) Il n'est pas certain que la location doive être traitée de la même manière que l'achat d'immeuble. CHAMPCOMMUNAL, dans les *Annales de droit commercial*, 1900, p. 454 et 1911, p. 474.

pas à la reconnaître. Elle se justifie par les mêmes raisons d'utilité qui écartent du commerce les spéculations sur immeuble chez ceux qui achètent des terrains en vue de les revendre : — nécessité, dans les procès auxquels ces opérations donnent lieu, de trancher des questions de garantie, de transmissions immobilières et autres, qui engagent au fond les principes du droit civil, etc. (voir ce qui a été dit dans l'introduction à propos de l'achat pour revendre, n° 23).

Mais il ne faudrait plus statuer de la même manière à l'égard des *marchés de travaux* que conclut le commerçant. Il traite avec son entrepreneur afin d'établir un atelier ou d'y faire des réparations. Ces marchés sont commerciaux quant à lui, sa dette de travaux envers l'entrepreneur étant de nature mobilière, bien que destinée à donner une plus-value à un immeuble (V. CHAMP COMMUNAL, *Annales de droit commercial*, 1911, p. 473, texte et note 6) (1).

71. — Les actes exclus de la théorie de l'accessoire sous le chef actuel sont ceux qui portent sur un *fonds de terre* et non sur un *fonds de commerce*.

Le fonds de commerce n'est pas un bien immobilier. Si l'on a cru à une certaine époque que l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter était une opération civile, cela tenait à un motif d'ordre différent qui sera exposé à l'occasion de la profession (n° 78). Ce motif d'ailleurs a été reconnu faux et la jurisprudence s'est modifiée.

36/ 72. — c/ Les actions en revendication ou en *contrefaçon de brevets d'invention* (L. 7 juillet 1844, art. 34) ou celles de *marques de fabrique* (L. 27 juin 1857, art. 16), ne peuvent être déférées qu'au tribunal civil, même si le défendeur est commerçant. Cela dit, en dehors des cas où elles seraient jointes à l'action publique et portées avec elle devant le tribunal de police correctionnelle.

Dans les autres parties de la propriété dite industrielle (*dessins de fabrique œuvres artistiques ou littéraires*), l'action en contrefaçon retombe sous l'empire des règles ordinaires. Si elle n'est point portée devant les juges de répression, le tribunal de commerce en connaît régulièrement, comme d'une simple action en concurrence déloyale, bien entendu sous condition de profession commerciale de la part du défendeur. Les particularités de compétence en fait de brevets et de marques ne doivent pas être généralisées (V. *infra*).

(1) Nous parlons de constructions commandées par un commerçant ou industriel, sans nous occuper de celles que commande une société immobilière, société civile, qui a acquis des terrains nus pour les surbâtir et les revendre (Voir *supra*, n° 23).

SECTION II

PROFESSION HABITUELLE
ET ACCESSOIREMENT DU FONDS DE COMMERCE
AVEC SA COMPOSITION(Art. 1^{er} C. com.).

73. — La question de savoir si une opération constitue un acte de commerce est une question de droit. Celle de savoir si l'agent exerce la profession est toute de fait, elle nécessite la connaissance d'une certaine manière d'être chez cet agent.

La profession résultera : — de la *prise de qualité* dans un acte : l'individu s'est donné le titre de commerçant dans une convention écrite ; — ou encore de la *chose jugée* : il a été par un jugement reconnu commerçant et comme tel soumis à une règle déterminée du droit commercial.

Mais ce ne sont là que des présomptions de fait susceptibles d'être combattues. Car la qualification qu'une personne s'est attribuée n'est pas une preuve de la réalité du titre dont elle se prévaut. En ce qui touche la chose jugée, elle ne dispose pas de l'autorité légale établie par l'art. 1351 C. civ. En effet la contestation soulevée une seconde fois sur la profession de l'une des parties s'agit entre d'autres plaideurs ou pour un autre objet, pour une autre cause, que celle qui a été précédemment tranchée par le jugement dont on veut tirer autorité.

74. — **Profession.** — Il faut donc que l'agent exerce des actes de commerce à titre de *profession* (art. 1^{er} C. com.).

La profession, c'est un état, une *carrière*. Il n'est pas absolument besoin qu'elle soit *notoire* : cet adjectif a été retranché du texte. Quoique fuyant une trop large notoriété qui nuirait à sa considération, au regard de la police ou des chambres de discipline (notaire qui opère la banque), l'intéressé est encore commerçant. Mais encore faut-il que cette profession se manifeste envers une certaine clientèle. Notamment l'opérateur à terme de la Bourse, qui n'est connu que de son agent de change, manque de la condition voulue pour être commerçant malgré la répétition de ses ordres (1).

Il n'est pas besoin non plus que la profession commerciale constitue l'état *principal* de l'homme. On peut n'affecter à une entreprise

(1) Nous n'estimons pas qu'on puisse considérer comme commerçant celui qui, sans exercer ostensiblement le commerce, le fait faire par un *prête-nom*. Le prête-nom opère au moyen de capitaux et valeurs que lui a remis son donneur d'ordre. — Bien que les résultats de l'exploitation doivent se produire aux risques du donneur d'ordre, la profession commerciale ne lui est point acquise. C'est le prête-nom, et non lui, qui est commerçant (*arg.* art. 593-3^o C. com. et titre du chap. III : l'individu faisant, sous le nom d'autrui, un commerce qui périclité, est présenté par ce texte comme n'étant point le failli, on lui applique les peines de la banqueroute *par voie d'extension*). — V. toutefois Req., 29 juin 1908, D. 1910, 1, 233, note PERCEROU.

de commerce qu'une portion faible de son actif et avoir la plus grosse partie de son bien engagée dans des exploitations agricoles. Cela ne mettrait point obstacle à ce que la personne fût commerçante. On constatera ultérieurement que, si elle vient à encourir la faillite, tous ses biens, ceux dépendant du commerce et ceux qui y sont étrangers, se trouveront englobés dans un même régime de liquidation, celui que le droit commercial a institué.

75. — La profession a été définie par un grand jurisconsulte : « un poste de service social » (IHERING *Zweck im Recht*, trad. de MEULENAERE sous le titre *L'évolution du droit*, n° 75). Celui qui embrasse une profession se met à la disposition du public. La société retire son estime à l'homme qui déserte les devoirs attachés à sa mission. Les commerçants, comme ceux qui exercent d'autres états, ont intérêt à sauvegarder l'honneur de leurs fonctions. Ils ont intérêt aussi à ce que leurs établissements ne périssent pas, et cet intérêt est partagé par d'autres qu'eux, notamment par le personnel souvent considérable d'ouvriers et subordonnés qui vivent grâce à leurs affaires.

De là, le désir qu'ont les commerçants ou industriels similaires de se rapprocher et de s'entendre en vue de prendre des mesures de nature à leur servir à tous. Ces rapprochements témoignent d'un esprit de solidarité. Ils réagissent contre l'état d'isolement né des principes de la Révolution et sont un correctif à la concurrence qui, lorsqu'elle s'exerce sans frein, fait que les maisons rivales se détruisent les unes les autres. Sans revenir au temps des anciennes corporations, on vise à un groupement qui a certains rapports avec ce régime ancien. Déjà, les *Chambres de commerce*, instituées par décrets du gouvernement comme organes officiels du commerce en vue de présenter aux pouvoirs publics leurs avis sur les moyens d'accroître la prospérité économique et de gérer les intérêts collectifs du négoce, répondent à cette pensée de groupement. Mais la libre initiative des intéressés a permis de faire mieux encore, dans le cercle de chaque profession respectivement.

Il n'est pas question ici d'un accord en vertu duquel plusieurs commerçants se mettraient en *société*. La conservation pour chaque maison de son existence propre et séparée n'exclut pas les ententes entre maisons de même ordre. Ces ententes pourront affecter diverses formes. Elles consistent, par exemple, en une simple convention par laquelle les négociants ou des manufacturiers prennent l'engagement mutuel de suivre des règles d'exploitation communes, de ne pas dépasser une limite déterminée de production.

Mais la forme la plus naturelle est celle de la Chambre syndicale ou *syndicat professionnel*. Le syndicat, mode d'action commune à la portée des ouvriers ou des employés en vue d'obtenir une amélioration de leur sort, est un organe non moins utile aux chefs d'entreprise, qu'ils soient commerçants ou non. Depuis la loi du 21 mars 1884, des personnes exerçant la même profession ou des professions connexes peuvent constituer librement entre elles une association qui aura exclusivement pour objet l'étude et la défense de leurs intérêts économiques. Cette association, à la condition de se former suivant cette loi, dispose de la personnalité juridique.

Le but en vue duquel se crée un syndicat de ce genre est nécessairement variable et divers. Parfois les syndicats cherchent à faire contre-poids à l'action des syndicats adverses des ouvriers, ou à s'entre-mettre avec les syndicats (contrat collectif de travail) ou encore à travailler au progrès de la condition de la main-d'œuvre.

Souvent le syndicat arrêtera des prix communs au-dessous desquels les adhérents ne devront pas vendre leurs marchandises. L'article 419 C. pén. (1) semblait prohiber ce genre d'entente. Mais la tendance de la jurisprudence était d'introduire des distinctions dans ce texte et d'opposer l'un à l'autre : 1° le syndicat d'accaparement, *trust*, instrument de monopole faussant les cours et frappé de pénalités (auxquelles a cependant échappé la plus extraordinaire expérience de ce genre tentée en France dans ces vingt-cinq années, le syndicat des cuivres de Secrétan, Paris 5 août 1890, D. 93, 1, 49), et 2° le syndicat de défense ou *cartel*, à but très louable, qui cherche à prévenir la surproduction et l'avitissement des cours, dont les délibérations ne tombent pas sous le coup de la loi pénale et s'imposent au respect des membres sous la sanction de dommages et intérêts (Paris, 14 janvier 1902, D. 1903, 2, 297, note PERCEROU ; Cass. req., 3 mai 1911, D. 1912, 1, 33, note PERCEROU).

La loi du 30 décembre 1926, en étendant la portée d'application de l'art. 419, a eu pour but de permettre aux tribunaux de lutter plus efficacement contre les ententes qui ont pour but de fausser abusivement les cours — ce qui implique apparemment la reconnaissance de la légalité des groupements que l'on a appelés les bons trusts — (v. sur cette loi, et en particulier sur son application possible aux trusts le commentaire de M. HUGUENEY, dans *les Lois nouvelles*, 1927, 1^{re} partie, p. 65 ; v. également Léon MAZEAUD, *Le délit d'altération des prix*, 1927).

L'étude plus attentive de ces combinaisons relève de la législation industrielle (2). —

76. — Habitude. — Revenons maintenant à la règle de l'art. 1^{er} C. com. Il y a deux choses à considérer : la profession et l'habitude. L'*habitude* à elle seule ne saurait tenir lieu de profession.

Mais, dit-on, la question est sans intérêt. Lorsqu'on fait des actes de commerce par habitude, c'est à raison d'une profession qui entraînait ces actes à sa suite !

(1) Ce texte avait été renforcé par l'article 10 de la loi du 20 avril 1916, créant le délit dit « de spéculation illicite ». Mais cet article, aggravé et maintenu en vigueur pour trois ans par la loi du 23 octobre 1919, a cessé aujourd'hui d'être applicable.

(2) Il ne peut être question d'épuiser ici la liste de tous les ouvrages et articles qui ont été publiés sur ce sujet des *trusts* et *cartels*, tenu en général par les auteurs trop à distance des syndicats professionnels. Qu'il suffise de citer BABLED, *Les syndicats de producteurs*, 1892 ; BROUILHET, *Essai sur les ententes*, 1895 ; PERCEROU, *Des syndicats de producteurs*, dans les *Annales de droit commercial*, 1897, p. 271 et s. ; DE ROUSIERS, *Les syndicats industriels*, 1901 ; DOLLÉANS, *L'accaparement*, 1902 ; MARTIN SAINT-LÉON, *Cartels et trusts*, 1903 ; COLLIEZ, *Des ententes de producteurs et de commerçants*, 1903 ; FIG, *Les lois ouvrières*, 4^e éd., 1912, n^{os} 590 et s., et *Ann. dr. comm.*, 1908, p. 329 ; AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes entre producteurs devant la loi pénale*, th. 1914 ; LÉON MAZEAUD, *Le Problème des Unions de producteurs devant la loi française* (thèse Lyon, 1924).

La réunion des deux éléments n'est cependant pas constante. L'exemple ci-dessus de l'opérateur à la Bourse en est la preuve (Cf. Cass. Ch. civ., 7 mars 1922, S. 1922, 1, 5, note LYON-CAEN).

On peut imaginer encore qu'un individu accomplit des opérations commerciales multiples, n'ayant entre elles aucun enchaînement : achat fait aujourd'hui d'un lot de marchandises pour l'écouler, spéculation sur capitaux le lendemain, etc. La profession est absente, la qualité de commerçant fait défaut (1).

77. — En renversant la question, on se demande si la profession est une condition suffisante ou s'il faut qu'elle se complète par l'habitude. *Profession habituelle*, porte l'art. 1^{er}. Donc le concours des deux faits paraît s'imposer.

On ne le pense pas cependant, dans la doctrine générale. Le qualificatif *habituelle* n'ajoute rien au mot *profession*. Du moment qu'une personne se montre prête à exercer le commerce, la qualité de commerçant doit lui être immédiatement acquise. C'est une conséquence de l'idée moderne que le commerce est à la portée de quiconque veut l'exercer, sans égard au nombre d'opérations déjà faites.

78. — **Achat d'un fonds de commerce.** — Naguère encore l'opinion contraire avait des partisans : ce qui n'était pas sans intérêt dans la question spéciale de la nature juridique de l'*achat d'un fonds de commerce*.

L'entrée du commerçant dans les affaires, à moins qu'il ne crée un établissement nouveau, a lieu par acquisition d'un fonds de commerce antérieur.

L'achat d'un fonds (d'une clientèle), pour l'exploiter, est étranger à l'énumération de l'art. 632 et n'est donc pas un acte de commerce par sa nature. Mais est-il pour l'acheteur un acte de commerce d'après la *théorie de l'accessoire*, comme se rapportant au commerce de cet acheteur (2) ? Le vendeur pourra-t-il l'assigner, aux fins d'exécution de la vente, devant le tribunal consulaire, pourra-t-il établir cette vente par témoins, etc. ?

On a jadis prétendu que non. Ce n'est qu'après un certain temps

(1) Nous écartons le cas de l'homme qui a pour habitude de *souscrire des lettres de change*, pour la commodité de ses intérêts. La lettre de change est un acte de commerce. Cette répétition d'actes de commerce ne suffit pas, dit-on, pour investir le souscripteur du titre de commerçant. Car où est la profession ?

Cette déduction est-elle exacte ? Il ne faut point perdre de vue que la loi présume commercial le trafic de ceux qui se servent de la lettre de change. Elle dispense l'intéressé de prouver qu'en chacun de ces engagements pris en la forme de change correspond un des actes visés par l'article 632. Cette preuve est réputée faite. Peut-être même la vraie formule est-elle celle que donnaient autrefois les auteurs, à savoir que la personne qui fait des lettres de change se comporte en commerçant, sans qu'il soit besoin de démontrer quel commerce au juste elle exploite. En se plaçant à ce point de vue, on doit rejeter l'opinion défendue d'ordinaire sur la question présente.

(2) Nous supposons que ce fonds porte sur une opération qui rentre dans la nomenclature des actes de commerce. Car la clientèle d'un artisan ou d'un opérateur quelconque ne faisant point commerce se prête à la même transmission, sans que le droit commercial soit applicable. A ce point de vue, il est vrai de dire que la théorie du fonds de commerce, comme celle des brevets, des marques, etc., reste en dehors des limites du droit dont nous nous occupons (voir n° 79).

d'exercice (on n'en dit pas la durée), par l'acquisition de l'« habitude », que la personne entrée dans le fonds comporte la qualification de commerçant. Jusque-là la théorie de l'accessoire ne la concerne pas, l'effet ne pouvant précéder la cause. L'achat du fonds était une opération civile (Req., 24 avril 1861, D. 61, 1, 256).

On arrivait ainsi à priver des garanties du droit commercial les débutants, ceux-là mêmes qui en ont le plus besoin, car, pour être conséquente avec elle, la théorie devait admettre aussi que dans cette première période d'attente l'acheteur ne pouvait être mis en faillite.

Un autre mauvais résultat de cette interprétation était de soustraire aux juges de commerce, quoique mieux à même que tous autres de les connaître, l'application des usages réglant ces ventes de fonds de commerce.

Mais la jurisprudence s'est peu à peu modifiée ; l'habitude n'est plus considérée comme une condition légale de l'acquisition du titre de commerçant, qui doit se surajouter à la profession elle-même. L'achat-vente d'un fonds de commerce est une opération commerciale, parce que, « en prenant part à cette vente, l'acquéreur fait un premier et le vendeur un dernier acte de la profession de commerçant » (Paris, 30 juillet 1870, D. 71, 2, 16. — V. dans le même sens : Cass., 23 mars 1891, D. 91, 1, 485 ; Req., 12 décembre 1911, D. 1913, 1, 129).

79. APPENDICE. — Etude générale du fonds de commerce (1). —

L'examen précédent, concernant le caractère commercial de l'acquisition du fonds de commerce, va nous servir de transition à l'étude, très rapide il est vrai, du fonds de commerce pris en lui-même.

Le commerçant mérite bien d'être considéré dans sa *personne*, en tant que cette personne se livre à une nature déterminée de trafic. Mais il doit être également envisagé par rapport à son *établissement*, c'est-à-dire par rapport à l'affaire qu'il exploite, affaire concentrée sur un certain point et pourvue d'une valeur plus ou moins grande, suivant le succès dont elle dispose. C'est à cet établissement qu'on donne habituellement le nom de *fonds de commerce* (ou fonds d'industrie). Expression d'une exactitude très relative : car il existe des fonds qui ne relèvent point du droit commercial, ceux des artisans ou de certaines carrières libérales ; et certaines des règles qui vont suivre s'appliquent à la condition légale d'un fonds de cette nature, de la même manière qu'aux fonds appartenant à des commerçants proprement dits (la question de compétence judiciaire étant réservée). D'où l'on doit conclure que la législation des fonds de commerce n'est point directement dans le ressort du droit commercial ; elle en déborde les limites, et le Code de commerce s'abstient de toucher à ce sujet.

(1) BIBLIOGRAPHIE. — G. LÈBRE, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 1887 (insuffisant au point de vue théorique) ; CATALAN, *Condition juridique du fonds de commerce*, 1899 ; GOMBEAUX, *Notion juridique du fonds de commerce*, 1901 ; VALÉRY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1902, p. 209 et 279 ; BOUTAUD et CHABROL, *Traité général des fonds de commerce*, 1905 ; MONTIER et FAUCON, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, 3^e éd., 1914 ; CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 4^e éd., 1926.

80. — Le fonds de commerce n'est pas une *valeur corporelle*, comme le serait un fonds de terre. Il existe une nature de propriété ayant des formes multiples, étrangère au classement des jurisconsultes romains, et qu'on désigne du nom de *propriété immatérielle, industrielle ou intellectuelle*. Cette propriété s'est beaucoup développée depuis 1789, et cela principalement depuis que le législateur a reconnu au profit soit de l'inventeur, soit de l'auteur, un droit exclusif sur ses découvertes ou sur ses œuvres.

La *durée* de cette propriété est parfois *perpétuelle*, et tel est le cas pour le fonds de commerce. Mais, ainsi que nous le verrons, elle n'est souvent aussi que *temporaire*. Il y a moyen de signaler et de classer dans un certain ordre toutes ces manifestations de propriété, qui ont acquis dans le droit moderne une si grande importance.

C'est autour du fonds de commerce qu'on peut les grouper de la manière la plus méthodique. D'une façon générale, on appelle « propriété immatérielle ou incorporelle » un *droit privatif* qui porte, non pas sur un bien tangible et tombant sous les sens, mais *sur le pouvoir d'exploiter une source de production déterminée*. Nous n'avons pas à discuter la nature substantielle de ce droit qui, au dire de nombreuses personnes, ne serait pas une « *propriété* » véritable. Le problème est pratiquement dénué d'intérêt.

Dans l'émulation des entreprises, les hommes luttent entre eux à qui se procurera le bien-être et la richesse. Le champ d'action où s'exerce un premier occupant n'empêche pas un autre de venir rivaliser sur le même terrain. C'est là le *domaine public* des exploitations : il paraît exclure toute notion de droit privatif.

Le *droit privatif* vient cependant limiter cette concurrence.

L'individu peut défendre à son prochain d'empiéter sur sa propre entreprise ; il empêchera ce concurrent de s'emparer, soit de sa création industrielle ou artistique, soit de sa clientèle et des moyens de la tenir attachée à sa maison. Par son travail ou par un contrat d'acquisition, l'homme d'entreprise s'est constitué une force économique susceptible de s'évaluer en argent. Elle tient à sa réputation dans le public, à la supériorité des articles sortis de son établissement, au fait que ses articles sont sa propre invention ou celle de ses auteurs. Nous sommes fondés à interdire à des concurrents de distraire à leur profit une source de profits qui est bien à nous.

Par là, le droit dont nous parlons se rapproche d'une propriété, *jus utendi et abutendi*, et ce droit est protégé sinon par une revendication proprement dite, du moins par une action contre tout auteur de trouble, action qui ressemble à la revendication d'un bien usurpé par un tiers.

81. — Nous répétons que les diverses manifestations de cette faculté générale, consistant à défendre son œuvre à soi contre l'usurpation ou contre les manœuvres des autres, se rattachent toutes d'une manière plus ou moins étroite à la législation des fonds de commerce.

En outre, nous avons déjà dit qu'il s'agissait d'un corps d'études qui n'a point son siège dans le droit commercial ordinaire ; le droit des marques, celui des brevets, des œuvres littéraires, artistiques ou autres,

est réglé de la même manière pour la protection des personnes appartenant aux carrières civiles ou libérales (agriculture, industries étrangères au commerce, etc.), que pour celle des commerçants véritables.

De là vient que nous nous bornerons à des indications sommaires.

82. — Clientèle. — Le fonds de commerce contient comme élément prépondérant (et même, dirions-nous dans un instant, comme unique élément si c'est de sa nature incorporelle que l'on s'occupe), la *clientèle* ou *achalandage* qui y est attachée. C'est d'après l'importance de cette clientèle que se détermineront son chiffre d'affaires et, par là, sa prospérité. On s'adresse à une maison parce qu'on a constaté la valeur de ses produits, parce qu'on la voit gérée avec intelligence et avec soin.

D'ailleurs, beaucoup d'établissements de ville tiennent leur vogue de circonstances dans lesquelles le mérite du propriétaire n'entre pour rien : une situation de quartier détermine leur succès. On a pris l'habitude de se pourvoir auprès de tel magasin, de tel débit. C'est une rue de grand passage et de circulation. La valeur du fonds est due surtout à la position de l'établissement, et par là même au bail, à ce qu'on appelle quelquefois le *pas de porte* (1).

En outre beaucoup d'entreprises n'ont pas une clientèle distincte du matériel et de l'outillage. C'est ce qui arrive notamment pour les

(1) Réciproquement, il arrive que la prospérité du fonds de commerce établi dans un immeuble procure à celui-ci une plus-value, par l'habitude qu'a prise la clientèle de venir y faire ses achats. Si le propriétaire de l'immeuble donne congé à l'occupant, qui a constitué cette clientèle, pour louer le local plus cher à un autre négociant de même profession, ne s'enrichit-il pas aux dépens du congédié ? Les commerçants au détail, spécialement à Paris, protestent contre cette pratique qu'ils considèrent comme portant abusivement atteinte à leur « *propriété commerciale* », et diverses propositions de loi ont été déposées, tendant à limiter plus ou moins en pareil cas le droit pour le propriétaire de donner congé.

Ces propositions ont abouti au vote par la Chambre des députés, dans sa séance du 13 mars 1919 (*J. Off.* du 14 mars, Déb. parl. Chambre, p. 1151 et s.) d'un texte assurant au profit du locataire, propriétaire du fonds de commerce exploité dans l'immeuble « un droit de priorité pour louer à nouveau, pour une durée égale à celle du bail en cours, les locaux qu'il occupe ». Mais ce texte a été rejeté par le Sénat qui, au rapport de M. Morand, lui a substitué une proposition moins novatrice, où il n'est plus question d'accorder au locataire un droit de priorité pour la relocation, mais simplement un droit éventuel à indemnité basé sur l'idée d'enrichissement sans cause (Sénat, Session extraord. 1920, séances des 19 novembre, 23 novembre et 21 décembre 1920, *J. Off.*, Déb. parl. p. 1769 et s.). V. L. RIGAUD, *Le conflit de deux propriétés (propriété immobilière et propriété commerciale)*, dans les *Annales de droit commercial*, 1921. La Chambre à nouveau saisie a maintenu, en principe, son point de vue. Toutefois, au droit de priorité, elle substitue un simple droit de préférence à prix égal au profit du locataire (Proposition de loi votée par la Chambre le 6 juin 1923, *J. Off.*, 7 juin 1923, Déb. parl.).

De son côté, la Société d'Etudes législatives a mis la question à l'étude et finalement, elle avait proposé de ne reconnaître le droit de préférence qu'à titre transitoire (par exemple pour cinq années à partir de la promulgation de la loi à intervenir). V. *Bulletin* 1923, p. 279 et s. et 1924, p. 29 et s., 111 et s. C'était aussi avec ce caractère transitoire que la Commission de législation du Sénat avait proposé d'introduire ce droit de préférence. Mais, après discussion, le Sénat a voté le 2 avril 1924 (*J. Off.*, Sénat, Déb. parl., p. 573 et s.), une proposition de loi dont l'article premier, adopté à deux voix de majorité, attribue au droit de préférence un caractère permanent. C'est cette proposition qui, après diverses modifications, est devenue la loi du 30 juin 1926 dite « loi sur la propriété commerciale » (v. *infra*, n° 85 bis).

usines ou manufactures ; le prix de cession se règle à raison du nombre des machines ou moyens de production, sans égard à l'activité des ventes ; au sens que nous donnons ici aux mots, le fonds de commerce alors n'existerait pas.

Un fonds de commerce peut être entrepris : 1° au moyen de la création d'un établissement nouveau ; c'est alors à celui qui l'a constitué à pourvoir à la formation d'une clientèle ; 2° par voie de cession d'un fonds d'une personne à une autre.

83. — La vente des fonds de commerce n'était réglée que par l'usage jusqu'à une époque récente. Elle est actuellement gouvernée par la loi du 17 mars 1909, modifiée (art. 3) par celles du 31 juillet 1913, du 22 mars 1924, du 13 juillet 1925, art. 101, et du 29 avril 1926, art. 34. La loi du 17 mars 1909 due à l'initiative d'un sénateur, M. Cordelet, concerne, en même temps que la vente, le nantissement de ces fonds. Elle comprend 38 articles. Elle fait depuis plusieurs années déjà l'objet d'une très importante proposition de réforme déposée au Sénat par son promoteur même, M. le sénateur CORDELET (1).

En principe, la vente n'est assujettie à aucune forme particulière. Intervenant entre commerçants, elle pourrait être prouvée par témoins. Mais, d'après la loi de 1909 (art. 1^{er}), le vendeur ne peut prétendre au privilège garantissant son prix que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, sans préjudice de la condition d'inscription du privilège que l'on retrouvera plus loin.

La vente, sous quelque forme qu'elle soit constatée, est passible d'un droit de mutation, autrefois de 2 0/0, aujourd'hui de 9 0/0 sans décimes (loi du 4 avril 1926, art. 30), plus une surtaxe lorsque la valeur du fonds est supérieure à 300.000 francs (1 fr. 20 0/0 sur la portion de valeur au-dessus de 300.000 fr., 2 fr. 40 0/0 sur la portion qui excède 500.000 francs). Il est, de plus, perçu une taxe supplémentaire de 7 0/0 quand il s'agit de la première mutation (loi du 3 août 1926, art. 18). Le droit de mutation est calculé sur le prix total, achalandage, bail et marchandises compris, et l'enregistrement est obligatoire dans les trois mois du contrat (LL. 28 février 1872, art. 7 et 8, et 15 juillet 1914, art. 27).

En Allemagne, la cession du fonds doit être inscrite sur le registre de commerce tenu au greffe du tribunal : l'acheteur y mentionne sa *firma* ou le nom sous lequel il exploitera l'établissement. C'est également sur ce registre qu'on portera le nom d'un préposé (*Procurist*) à qui serait déléguée la signature de la maison. On procédera à une radiation complète de l'article du registre, le jour de la fermeture de l'établissement.

En France, la loi de 1909, consacrant et généralisant un usage suivi dans nos grandes villes, a organisé un système d'avertissement destiné

(1) Proposition CORDELET (44 articles au lieu de 38) déposée au Sénat le 2 juillet 1912 (*J. Off.*, 1912, Documents parlementaires, Sénat, Annexe n° 246). V. GOMBEAUX, *La législation des fonds de commerce et les projets de réforme*, dans les *Annales de droit commercial*, 1913, p. 135.

à informer les créanciers de l'aliénateur, en cas de vente ou de mise en société du fonds, de la transmission dont le fonds vient d'être l'objet. On expliquera ci-dessous (n° 90) comment les créanciers ainsi avertis pourront pourvoir à la protection de leurs intérêts.

En outre, aux termes des articles 4 et 5 de la loi du 18 mars 1919, toute cession d'un fonds de commerce doit, dans le mois de sa date, être mentionnée au registre du commerce institué par cette loi. Mais — ainsi qu'il sera expliqué — cette mention, simple mesure de publicité complémentaire, présente un tout autre caractère que l'inscription au registre allemand : son omission n'est sanctionnée que par une amende, mais la cession, quoiqu'elle ne soit pas inscrite, est opposable aux tiers du moment que les prescriptions de la loi de 1909 ont été observées (Sur le registre du commerce, v. *infra* Section III, nos 217 et s.).

83 bis. — Le vendeur est créancier du prix, dont il lui est généralement payé un acompte au moment du contrat. Ce prix lui est garanti au moyen d'un *privilege*. Faute par l'acheteur de procéder au paiement après les époques respectivement convenues, le vendeur peut saisir le fonds, en provoquer la vente aux enchères, et se faire colloquer sur le prix, par préférence aux autres créanciers de l'acheteur. Son privilège est pourvu d'un *droit de suite* (art. 22, l. 1909) (1) : il peut être exercé contre un sous-acquéreur. Le vendeur pourrait, s'il y trouvait plus d'avantage, exercer l'*action résolutoire*. Mais ce droit de suite ne concerne que le fonds de commerce dans son ensemble. Il ne joue plus, quand les meubles corporels (matériel d'exploitation ou marchandises), qui constituent l'accessoire du fonds, en ont été détachés et ont été revendus séparément par l'acquéreur à un sous-acquéreur de bonne foi qui en a pris possession ; celui-ci peut alors se prévaloir des art. 2119 et 2279 C. civ. (PERCEROU, sous Rouen, 14 novembre 1908, D. 1911, 2, 315, col. 2 ; Trib. civ. Jonzac, 10 décembre 1912, D. 1913, 2, 163, note J. P. ; Req., 22 avril 1913, D. 1913, 1, 125, note FEUILLOLEY) (2).

Privilège et action résolutoire paraissent, au premier aspect, concorder avec le droit général de la vente mobilière. Le fonds de commerce est un meuble. Le vendeur d'effets mobiliers est, à défaut de paiement, autorisé à poursuivre la résolution (art. 1184 et 1654 C. civ.), de même qu'il figure au rang des créanciers privilégiés (art. 2102).

Cependant, là du moins où l'acheteur est un commerçant et vient à tomber en faillite, cette double garantie réelle, appartenant au vendeur du fonds, déroge au contraire au droit commun et vient faire à ce créancier une situation meilleure que celle de tout autre vendeur de meubles. Les art. 550 *in fine* et 576 C. com. suppriment, en cas de faillite de l'acheteur, tant le privilège que l'action résolutoire du ven-

(1) Avant la loi de 1909, la question de savoir si le privilège du vendeur d'un fonds de commerce comportait un droit de suite était controversée. Pour l'affirmative, V. PERCEROU, D. 1903, 2, 98.

(2) La question se pose dans des termes analogues pour le droit de suite attaché au privilège du créancier nanti (même art. 22, l. 1909) lorsque le matériel est vendu par le débiteur séparément du fonds de commerce ; V. *infra*, n° 1092.

deur d'effets mobiliers, et obligent celui-ci à produire au marc le franc. Et cette règle était étendue par la jurisprudence au vendeur de fonds de commerce (n° 1958). — Il en est différemment aujourd'hui par suite des innovations de la loi du 17 mars 1909 (art. 2, *in fine*) (1). Le privilège du vendeur de meubles a été repoussé par la loi des faillites, parce qu'il est occulte. Mais il est possible de rendre public le privilège du vendeur de fonds de commerce, à raison de l'assiette fixe de ce fonds. C'est ce qu'a fait la loi nouvelle. Le privilège doit être inscrit sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité et qui est comparable au registre de conservation hypothécaire fonctionnant pour les immeubles (art. 1^{er}).

L'inscription doit être prise, à *peine de nullité* (prescription très originale), dans la quinzaine de l'acte de vente ; elle est opposable à la faillite.

L'action résolutoire, établie par l'art. 1654 C. civ., doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège (art. 2).

84. — Comme dans une vente ordinaire, le vendeur d'un fonds de commerce s'engage à *garantir*. Mais la garantie prend ici, à raison de la nature incorporelle de la valeur cédée, une acceptation particulière.

Garantir, c'est promettre de faire en sorte que les clients de la maison passent à l'acheteur, et s'obliger à ne pas les reprendre.

Le vendeur ne se porte pas fort que la maison retiendra ses acheteurs sous le nouvel exploitant. Mais encore faut-il que le vendeur soit exempt de mauvaise foi, et qu'il n'ait pas déclaré un chiffre de clientèle exagéré.

La convention pourrait d'ailleurs contenir la clause de portefort, et en ce cas, le mécompte de clientèle entraînerait résolution à la demande de l'acheteur. C'est encore à la convention qu'on se reportera pour savoir quelle diligence le vendeur devra mettre à avertir ses habitués, à leur recommander son successeur, même à demeurer un certain temps à côté de lui, jusqu'à ce que la pratique soit fixée au nouveau propriétaire (2).

La garantie emporte principalement défense au vendeur de ressaisir sa clientèle, ce qui reviendrait à évincer son acheteur. Il y a pour lui *interdiction de se rétablir*. Il renonce à la faculté d'ouvrir une maison susceptible de faire concurrence à la première.

Cette promesse, qui est de la nature de la vente, peut n'être qu'implicite. Mais l'étendue de cette interdiction est généralement réglée par contrat : on évite par là des discussions. Les parties fixeront, en partant de l'établissement vendu, un périmètre dans le rayon duquel le vendeur ne pourra monter à nouveau un fonds ou exercer un emploi similaire.

Au surplus, la clause par laquelle on contracterait l'engagement

(1) V. PERCEROU, *Traité des faillites*, t. 2, 1034 et s.

(2) V. BOUTAUD et CHABROL (*op. cit.*), n°s 66 et s.

de s'abstenir désormais du genre de commerce compris dans la vente serait nulle, s'il n'y avait à cette interdiction aucune limite de *temps* ou de *distance*. On ne peut pas se priver du droit de fonder une maison semblable à une époque quelconque et dans une partie quelconque de la France : cela répugne au principe moderne de la liberté du commerce et de l'industrie. Sans doute, il est permis : 1° de renoncer, même pour un temps indéfini, à ouvrir une maison de ce genre *dans tel quartier* ou à la rigueur dans telle ville ; 2° de faire cette renonciation sans assignation locale ou régionale *pour un temps déterminé*, pour deux ans, par exemple. Mais une déclaration générale de ne plus s'établir est dénuée d'effet (Paris, 12 janvier 1898, D. 98, 2, 350 ; Req., 17 mai 1911, D. 1913, 1, 342). *Adde*, sur la portée de la clause d'interdiction, Douai, 19 mars 1920, *Recueil de Douai*, 1920, p. 214 ; Montpellier, 30 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 24 octobre 1923 ; Paris, 24 octobre 1923, *Gaz. Trib.*, 4 janvier 1924, transmission du droit à la garantie à un sous-acquéreur ; Cass. req., 6 novembre 1923, transmission de l'obligation de garantie aux héritiers du vendeur, *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1923 ; Lyon, 1^{er} mars 1926, S. 1926, 2, 97, note Chavegrin.

85. — **Autres éléments composant le fonds.** — D'après l'opinion la plus répandue, la composition du fonds de commerce ne se restreint pas à la clientèle. Elle s'étend aux *marchandises* ainsi qu'*au bail* en cours, lorsque l'exploitation s'exerce dans un magasin loué, magasin dont l'acheteur fera son profit. La loi fiscale du 28 février 1872 décidait que, lorsque dans l'acte de vente il est stipulé pour les marchandises un prix séparé, celles-ci ne seraient assujetties qu'à un tarif réduit (autrefois 0,50 0/0) puis 1,50 0/0, art. 24, al. 3, de la loi du 25 juin 1920 et 3, loi du 22 mars 1924, tandis qu'il était perçu un droit de 2 0/0 à l'origine, de 6 0/0 puis de 9 0/0 ensuite, pour le fonds (v. *supra*, n° 83). La loi du 4 avril 1926 a supprimé cette distinction : désormais, il est perçu un droit de 9 0/0 sans décimes sur tous les éléments du fonds (loi du 4 avril 1926, art. 30 ; mais la loi de finances du 30 décembre 1928 a réduit ce droit à 2 0/0 pour les marchandises neuves, art. 27).

Cette tendance de la doctrine et de la jurisprudence à rassembler sous le chef légal de fonds de commerce les divers éléments concourant à l'exploitation n'est pas très heureuse (1). Sans doute, en fait, on a pour habitude de céder avec la clientèle les marchandises qui garnissent le magasin, ainsi que le bail. Mais, à ce compte, d'autres éléments encore peuvent entrer dans la vente : s'il s'agit d'une entreprise établie dans des locaux dont le vendeur est propriétaire, et non locataire, la transmission portera sur *l'immeuble* lui-même avec l'outillage. Personne cependant ne soutient que cet immeuble fasse partie du fonds de commerce, au sens juridique du terme (PERCEROU, sous Civ. Dijon, 30 mars 1908, D. 1909, 2, 153 ; Alger, 26 mai 1909, D. 1913, 2, 6 ; Cass., 20 janvier 1913, *Gaz. Trib.* du 29 mai 1913. V. cependant Pau,

(1) Les travaux préparatoires de la première loi (du 1^{er} mars 1898) sur le nantissement des fonds de commerce (n° 1092) ont été malheureusement de nature à l'encourager. Voir les dissertations de M. WAHL, dans S. 1897, 2, 89, et 1901, 2, 153, et M. ROBERT, dans D. 1901, 2, 97.

6 novembre 1911, *Gaz. Pal.* du 7 février 1912), et l'Enregistrement serait le premier à protester contre cette interprétation, si les parties arguaient d'un tel raisonnement pour n'acquiescer que 9 0/0 sur l'ensemble de l'opération.

85 bis. — Le droit au bail : la « propriété commerciale ». — Le droit au bail, c'est-à-dire le droit pour le commerçant d'exploiter son commerce dans les locaux qui lui sont loués pendant toute la durée de ce bail, est un élément du fonds de commerce d'une grande importance pratique. Il importe donc que le commerçant qui cède son fonds puisse également céder par là même à son acheteur le droit au bail qu'il a à l'égard de son bailleur. La loi de 1909, qui avait reconnu le droit de propriété du commerçant sur les éléments constituant son fonds de commerce ne lui donnait à ce point de vue aucune garantie et l'exposait à voir le bailleur anéantir la valeur du fonds en refusant de renouveler le bail. Dès avant le vote de cette loi, on s'était préoccupé d'assurer à l'exploitant du fonds un droit au renouvellement. Cette idée ne fit que se développer pendant et après la guerre, avec la rareté des locaux et à la faveur de l'abondante législation nouvelle sur les loyers. Elle aboutit à la loi du 30 juin 1926, complétée par les lois du 22 avril 1927 et 27 mars 1928. Le principe général en est que le locataire commerçant a droit au bail (c'est à ce droit que l'on a souvent donné le nom, fort inexact d'ailleurs, de *propriété commerciale*) pour une durée qui ne peut excéder neuf ans et qui est fixée, ainsi que le prix, par le tribunal. La loi n'enlève pas cependant complètement au propriétaire le droit de refuser le renouvellement, mais il doit, en ce cas, payer au locataire une indemnité pour réparer le préjudice qu'il lui a ainsi causé. Toutefois, aucune indemnité n'est due lorsque le propriétaire reprend les locaux pour les reconstruire ou pour les occuper lui-même » (1).

86. — Suite. Le fonds, universalité juridique. — Les arrêts estiment que, sauf les immeubles dont il vient d'être parlé, toutes les valeurs précédentes forment une *universalité juridique* et constituent, par leur ensemble, le fonds de commerce. Il avait été tiré de là une conséquence importante à propos de la *mise en nantissement* du fonds et de la détermination des éléments compris dans ce nantissement. Mais la loi du 17 mars 1909, prise dans celles de ses dispositions qui concernent non plus la vente, mais le nantissement des fonds de commerce, est venue réagir contre cette tendance. On retrouvera ces dispositions dans la partie de notre ouvrage consacrée au gage (n° 1092).

L'interprétation, d'après laquelle le fonds de commerce serait une « universalité juridique », est regrettable. Bien au contraire, chacune des valeurs comprises dans l'exploitation conserve sa nature première (PERCEROU, note sous Rouen, 14 novembre 1908, D. 1911, 2, 314). Le

(1) Sur cette question, v. LEVASSEUR et JACOBSON, *La propriété commerciale* ; TRASBOT, *Commentaires des lois du 30 juin 1926*, D. 1926, 4, 257 ; du 22 avril 1927, D. 1927, 4, 297 ; et du 27 mars 1928, D. 1928, 4, 177 ; Robert MARTIN et René MANS, *Traité théorique et pratique des baux commerciaux et industriels ; la propriété commerciale*, 1928 ; LACOUR et BOUTERON, *Supplément (1929) au précis de droit commercial*, t. I et II (p. 28 et 109) ; HOMBURG, *Commentaire de la loi de 1926*. Recueil de droit commercial, 1926, p. 123.

fonds de commerce n'est pas un tout ayant une économie propre ; c'est à la clientèle seule qu'on devrait réserver cette qualification. Tous les éléments qu'on vient de voir ne sont pas homogènes. La convention des parties ne fait que réunir entre elles, pour les soumettre à une vente simultanée, des valeurs qui sont en réalité de condition différente (1) : ces valeurs sont seulement rendues solidaires, *de fait*, par des considérations d'exploitation.

La loi du 17 mars 1909, loin de condamner notre point de vue, vient plutôt lui fournir un argument. Le privilège du vendeur ne porte, à défaut de détermination précise des éléments du fonds, que sur l'enseigne et le nom, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, « à l'exclusion du matériel et des marchandises par conséquent ». Sans doute il est permis dans le contrat d'étendre expressément le privilège aux éléments corporels, mais il faudra alors établir des prix distincts pour les éléments incorporels du fonds, pour le matériel et pour les marchandises, et le privilège du vendeur s'exercera distinctement sur les prix afférents respectivement à ces éléments distincts (art. 1^{er}).

87. — Si l'on voulait pousser jusqu'à ses dernières conséquences l'idée (d'ailleurs inexacte selon nous) que le fonds de commerce est une universalité de droit, il faudrait enregistrer les deux résultats suivants. Ils ne sont acceptés ni l'un ni l'autre.

88. — 1^o Cette universalité se détacherait de la personne de l'exploitant. Le commerçant se dédoublerait. Il aurait un patrimoine d'ordre général et un « patrimoine d'affectation » consacré à son commerce. On exprimerait la même pensée, en disant que le fonds de commerce constitue une *personne juridique* (MAGNIN, dans les *Annales de droit commercial*, 1899, p. 469).

Cela présenterait un intérêt notable en cas de *faillite*. Les créanciers commerciaux ne pourraient exercer leurs droits que sur les valeurs comprises dans l'établissement ; ce n'est pas l'individu, mais l'établissement qui se trouverait engagé envers eux (2). D'un autre côté, sur l'actif commercial, *les créanciers de commerce disposeraient d'un rang de préférence*, les valeurs de l'exploitation leur seraient affectées par priorité.

On se rapproche de cette conception en droit maritime pour l'exploitation d'un *navire*. Le propriétaire d'un bâtiment de mer peut se décharger des obligations de son capitaine, en abandonnant le navire et le fret (art. 216 C. com.). La loi maritime, sans adopter franchement l'idée que la « fortune flottante » de l'armateur constitue un patrimoine

(1) Il résulte de là qu'un matériel, séparé des autres éléments du fonds de commerce, ne saurait être constitué en gage isolément par la seule inscription au greffe du tribunal de commerce (l. 1909), sans dépossession du débiteur. Cass. civ., 19 juin 1918, *Annales de droit commercial*, 1921, n^o 2.

(2) V. en ce sens une proposition de loi de MM. Jean MAILLARD et Georges BUREAU, déposée à la Chambre des députés, le 23 janvier 1920 (Annexe n^o 229), tendant à permettre à tout commerçant, société ou individu, de limiter son risque au montant du capital engagé en associant ce capital au travail de son personnel. Cette proposition a été écartée par la Commission du commerce de la Chambre (J. O., 11 juillet 1923, p. 3327).

distinct de sa « fortune de terre », ni que le navire offre aux créanciers de l'expédition un gage de poursuite séparée, incline cependant à consacrer un régime dérivant de cette pensée.

Mais on ne saurait transporter à une entreprise autre que le navire une telle manière de raisonner : biens civils et biens commerciaux, en Allemagne aussi bien qu'en France, forment une masse indivisible au regard des créanciers des deux groupes. Nous écartons, bien entendu, l'hypothèse où l'établissement serait exploité en société : on verra que la société de commerce forme une personne morale.

89. — De l'actif et du passif du fonds. — (2^o) Avec la thèse qui voit dans le fonds de commerce une universalité, se pose une question délicate sur le sort des dettes pendantes ou des créances non recouvrées au moment où l'établissement est cédé. Le fonds est vendu au prix de 50.000 francs. Le vendeur n'a pas encore liquidé à cette date ses engagements en cours (30.000 francs). Il a un arriéré à encaisser, soit 10.000 francs. Est-ce son acheteur qui se chargera de cette liquidation à ses risques, sans la précompter sur les 50.000 francs ? En cas d'affirmative, celui-ci aura à solder au net 20.000 francs de plus que son prix, sans recours contre son vendeur.

Evidemment, la convention statuera en toute liberté, il y aura lieu de l'interpréter au cas de silence.

D'après les idées allemandes et moyennant des distinctions subtiles, le fonds est vendu *actif et passif*, comme il en serait d'une succession : l'acheteur succède aux obligations de son vendeur, il succède aussi à ses recouvrements à faire.

Mais cette manière d'opérer est à peu près inusitée en France (1), ce qui prouve bien que le fonds n'est pas une universalité. Le successeur n'a pas à se préoccuper du règlement des dettes ou des créances en suspens. Les résultats de ce règlement, auquel procède le vendeur seul, n'influeront point sur le prix que doit l'acheteur et n'engageront pas sa responsabilité.

90. — Suite. Publicité de la vente. — On comprend dans ces conditions le danger que fait courir aux créanciers du fonds de commerce la vente de ce fonds.

Le fonds forme souvent l'unique élément de leur gage. Si la vente a lieu *sans publicité*, sitôt que l'acheteur a versé son prix, les créanciers cessent d'avoir le moyen de se faire rembourser (hormis les nullités de faillite ou le cas d'action paulienne qui exige la preuve d'une complicité de fraude).

Afin d'obvier à cette manœuvre, il s'était établi un *usage* sur les places les plus importantes de France et notamment à Paris. Il était admis que la vente, pour produire effet à l'égard des créanciers devait être insérée dans un journal d'annonces, et que l'acheteur

(1) Lorsque, de convention expresse, les créances dépendant du fonds de commerce ont été comprises dans la cession, le débiteur cédé poursuivi par le cessionnaire peut-il opposer à celui-ci le défaut de signification de la cession (art. 1690, C. com.) ? Pour la négative, v. Paris, 15 octobre 1920, *Annales de droit commercial*, 1921, n° 2.

attendrait, à partir de cette publication, un certain délai (généralement de *dix jours*) avant de régler son prix. Ce délai était donné aux créanciers du cédant, afin de former opposition entre les mains de l'acquéreur : faute de quoi celui-ci était exposé à payer deux fois. Bref, on considérait les créanciers du fonds de commerce, comme investis d'un véritable privilège sur ce fonds, quoiqu'ils vissent au marc le franc les uns par rapport aux autres. Ce privilège leur donnait un droit de suite, susceptible de se purger par une notification de l'acheteur. Le droit maritime a institué pour le navire une règle de ce genre (art. 196).

Sur le caractère obligatoire ou non de cet usage, divers systèmes avaient été défendus : 1° nécessité pour les parties de s'y conformer dans les villes où il était accepté, l'usage devant suppléer à la loi écrite ; 2° inefficacité d'un pareil usage qui introduisait une prescription impérative et qui consacrait pour les créanciers, cependant étrangers à la vente, un droit de suite contraire à tous les principes (n° 49) ; 3° obligation pour l'acheteur d'attendre le délai d'usage pour payer son prix, s'il avait spontanément procédé à la publication ; il a pris alors envers les créanciers un engagement qu'il doit tenir (MM. LYON-CAEN et RENAULT). — La deuxième opinion paraissait dominer, la première était meilleure.

Aujourd'hui, la question est tranchée par la loi du 17 mars 1909 article 3, modifié successivement par les lois du 13 juillet 1925 et du 29 avril 1926, art. 34. Le système de publicité est aujourd'hui le suivant. La loi de 1909 prévoyait que toute vente ou cession de fonds de commerce consentie même sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation serait, dans la *quinzaine* de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'*extrait* ou d'*avis* dans un journal d'annonces légales. L'extrait ou avis devait à peine de nullité être précédé soit de l'enregistrement de l'acte contenant mutation, soit, à défaut d'acte, de la déclaration à l'enregistrement (art. 27 de la loi du 22 mars 1924). La publication devait être renouvelée du huitième au quinzième jours après la première insertion (1). La loi du 13 juillet 1925 a décidé que cette seconde insertion serait faite également dans un bulletin annexé au *Journal officiel*.

La loi du 29 avril 1926 dans son article 34 précise que cette insertion au bulletin annexé au *Journal officiel* comprendra les noms du vendeur et de l'acquéreur, la situation du fonds, le domicile élu pour les oppositions, le nom du journal local et la date de publication dans ce journal. Un décret du 4 août 1926 rendu en exécution de cette loi, porte création d'un bulletin annexé au *Journal officiel*, le *Bulletin*

(1) Les ventes ou cessions de fonds de commerce comprenant des marques de fabrique et de commerce ou des dessins ou modèles industriels doivent, en outre, être inscrites à l'*Office national de la propriété industrielle*, à peine de nullité, à l'égard des tiers, de la cession relative à ces marques, etc., sur la production d'un certificat d'inscription du privilège du vendeur délivré par le greffier du tribunal de commerce, dans la semaine qui suivra cette inscription (art. 24, avant-dernier al., de la loi).

— Depuis la loi du 26 juin 1920 (art. 4), il en est d'ailleurs de même pour toute cession quelconque, même consentie isolément, d'une marque déposée.

officiel des ventes et cessions de fonds de commerce. Ce même décret prescrit que la date de publication dans ce bulletin devra être mentionnée dans la seconde publication faite dans un journal d'annonces légales.

Dans les dix jours au plus tard qui suivent cette deuxième insertion dans une feuille locale, tout créancier du précédent propriétaire pourra former au domicile élu dans l'insertion, par acte extrajudiciaire, *opposition* (1) au paiement du prix, avec énonciation du chiffre et des causes de sa créance. Toutefois, depuis la modification apportée en 1913 à l'art. 3 de la loi de 1909, le bailleur de l'immeuble où le fonds est exploité ne peut, si les sûretés promises sont maintenues, former opposition pour loyers en cours ou à échoir, et ce, nonobstant toutes stipulations contraires (art. 3, § 4, modifié en 1913).

Au cas d'opposition au paiement du prix, le vendeur pourra, après l'expiration du délai de dix jours, se pourvoir en référé devant le président du tribunal civil (2) afin d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition, à la condition de verser à la Caisse des dépôts et consignations, ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, une somme suffisante, fixée par le juge des référés, pour répondre éventuellement des causes de l'opposition dans le cas où il se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. Le dépôt ainsi ordonné sera affecté spécialement à la garantie des créances pour sûreté desquelles l'opposition aura été faite (art. 3, § 5, modifié en 1913). — Si l'opposition a été faite sans titre et sans cause ou est nulle en la forme, et s'il n'y a pas instance engagée au principal, le vendeur pourra se pourvoir en référé devant le président du tribunal civil à l'effet d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition (art. 3, § 7, modifié en 1913).

L'acquéreur qui, sans avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers (art. 3 dernier paragraphe).

La loi de 1909 ne se contente pas de confirmer l'ancien usage et d'en préciser les formes. Elle confère en outre aux créanciers du cédant la faculté de *surenchère*, que l'usage ne leur reconnaissait point précédemment. — Quand l'aliénation a eu lieu à titre de vente, tout créancier qui a formé opposition dans le délai de dix jours ci-dessus établi, peut, pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, prendre communication de l'acte de vente au domicile élu, et, si le prix ne suffit pas à le désintéresser, lui et les autres opposants, former une « surenchère du sixième » du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises (art. 5) (3).

(1) Sur la nature de ce droit d'opposition et du droit de surenchère du sixième accordé à tout créancier inscrit ou opposant par l'article 5, § 2, de la loi de 1909, V. MOREL, *Des droits des créanciers chirographaires en cas d'aliénation d'un fonds de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1912, p. 103 et s.

(2) Depuis que la loi du 11 mars 1924 a institué le référé commercial, cependant certaines décisions ont admis, à tort croyons-nous, que le président du tribunal de commerce statuant en référé était compétent pour statuer sur les oppositions pratiquées en vertu de la loi du 13 mars 1909 (Paris, 25 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 25. — *Contra* : Lyon, 14 décembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 341, D. 1927, 2, 97, note Chéron).

(3) Sur les conditions d'exercice de cette surenchère, v. Cass., 16 novembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, 1, 588 ; Paris, 15 juillet 1922, *Gaz. Pal.*, 22, 1, 270 ; Besançon, 8 mars 1921, S. 1921, 2, 124.

Quand l'aliénation a eu lieu sous forme d'*apport en société*, dans la quinzaine de la publication de l'acte de société, tout créancier de l'apporteur pourra faire connaître au greffe du tribunal de commerce sa qualité de créancier et la somme qui lui est due (1). A défaut, par les coassociés ou par l'un d'eux, de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société, la société est tenue, solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié (art. 7) (2).

91. — Le commerçant qui se retire des affaires demeure personnellement tenu des dettes de commerce qu'il n'a pas encore réglées : mais est-ce toujours à titre commercial ? Il cesse immédiatement d'être commerçant à partir de la vente de son fonds ou de sa retraite. Toutefois cette proposition comporte deux réserves :

a) Les *contestations* nées des actes ou marchés antérieurement conclus continueront à être *du ressort du tribunal de commerce*. Il se peut que, pour mieux écouler ses marchandises anciennes, il en achète de nouvelles : ses nouveaux contrats seront encore commerciaux. Certains commerçants annoncent la *mise en liquidation*, avec l'intention au fond de ne pas sortir des affaires. C'est un habile moyen de faire affluer les acheteurs en promettant un rabais trompeur. Les confrères se sont plaints d'un pareil procédé, entaché de concurrence déloyale. On a proposé de soumettre ces liquidations à une police préventive, à une autorisation du tribunal (prop. GOUJON en 1897). Plusieurs lois étrangères ont été rendues en ce sens. Les restrictions mises à la « vente au déballage » dans le droit de la dernière époque (loi du 20 novembre 1906 sur les ventes au déballage ; projet de loi la modifiant, Ch. 3 juin 1913, *J. off.*, 4 juin) rendent ces supercheries plus difficiles.

b) Le commerçant, quoique retiré, pourra être mis en faillite, s'il se trouvait déjà en état de cessation de paiements au moment de sa retraite (arg. tiré du cas du commerçant décédé, art. 437, al. 2, C. com.).

(1) Sur les difficultés d'interprétation que soulèvent les règles de la loi de 1909 relatives à l'apport en société d'un fonds de commerce (art. 7) et spécialement sur la question de savoir quel est le point de départ (publication de l'acte de société suivant la loi de 1867, ou bien seconde insertion dans les journaux suivant la loi de 1909) du délai de quinzaine accordé aux créanciers de l'apporteur pour se faire connaître au greffe, V. BOUVIER-BANGILLON, *De l'apport en société d'un fonds de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1909, p. 445.

(2) En dehors des faits (cession du fonds de commerce, attribution par partage ou licitation, apport en société) prévus par l'article 3, § 1, d'autres événements (mutation à titre gratuit, échange, etc.) peuvent faire sortir le fonds de commerce du patrimoine du débiteur et compromettre ainsi les droits de ses créanciers. Dans ces hypothèses, la loi de 1909 n'édicte pourtant aucune mesure spéciale de protection en leur faveur. Il est possible aussi que l'immeuble dans lequel le fonds de commerce était exploité soit exproprié et que le titulaire de ce fonds reçoive de ce chef une indemnité d'expropriation. — Quels sont alors les droits de ses créanciers ? Peuvent-ils former opposition sur cette indemnité comme ils pourraient le faire sur un prix de vente ? Si elle a été arrêtée à l'amiable par un accord entre l'administration et leur débiteur, doivent-ils s'en contenter, ou peuvent-ils exiger qu'elle soit fixée par le jury (art. 88, l. 3 mai 1841) ? Sur ces questions, V. FREDAUT, *De la situation faite aux créanciers du commerçant dont le fonds de commerce était exploité dans un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique*, dans les *Annales de droit commercial*, 1913, p. 284.

92. — La qualité de *propriétaire d'un fonds* dont l'objet concorde avec les art. 632 et 633 n'entraîne pas toujours celle de *commerçant* ; il faut courir en outre le risque du commerce pour comporter ce dernier titre.

Donc : 1° Le fonds de commerce a été donné en location pour une somme annuelle déterminée. Après l'expiration de la période convenue le fonds avec son outillage rentrera dans la possession du bailleur ; entre temps le véritable commerçant est le locataire, le seul des deux qui recueille les bénéfices ou qui souffre des pertes. — Remarquons que, à la différence du propriétaire, le locataire qui établit des ustensiles ou des machines dans le magasin ou dans l'usine pour le service de l'exploitation ne les immobilise point par destination (art. 524 C. civ.) : il ne pourrait pas notamment donner hypothèque sur ces machines, tandis que l'hypothèque constituée par le propriétaire de l'immeuble s'étendrait de plein droit au matériel.

2° Le fonds de commerce peut aussi être l'objet d'une *constitution d'usufruit*. C'est l'usufruitier qui est commerçant, non le nu-propriétaire.

Ces notions seront mises à contribution plus loin, à propos du mineur et de la femme mariée (notamment sous le chap. II, section II (1)).

93. — **Transition.** — Parcourons deux séries d'études complémentaires.

a) Comment le titulaire du fonds arrive-t-il à *garantir* son établissement, sa *clientèle*, contre les *troubles* et les *empiètements d'autrui* ? Il faut faire connaître les *signes* et procédés que la loi met à sa disposition afin de grouper et de conserver sa clientèle, faire connaître aussi la manière de défendre ces signes ou procédés contre une *usurpation des concurrents*.

b) D'autre part, la valeur de l'établissement peut tenir à une nature de production excluant le droit pour les tiers de faire toute concurrence. Quelles sont les *exploitations privatives*, dans lesquelles on interdira légitimement à toute personne de se livrer à l'objet de l'entreprise qu'on exerce soi-même ? La loi moderne reconnaît ainsi des *monopoles de production ou de fabrication*, par exception au grand principe de la liberté.

(1) Le fonds de commerce comporte encore d'autres arrangements. Le commerçant meurt, laissant plusieurs héritiers : le fonds sera, soit à l'amiable, soit par licitation, attribué à l'un des héritiers (d'habitude à celui que le *de cuius* a préparé de son vivant à succéder à son commerce). — Ou bien le négociant prend sa retraite de son vivant, fait un partage d'ascendant, met le fonds de commerce dans le lot de l'un des héritiers. — Ou encore il vend son fonds à celui de ses enfants qu'il juge apte à prendre la suite de ses affaires. Le principal du prix est porté en compte courant (du père ou des frères créanciers), le négociant en sert les intérêts et cette situation se prolonge pendant de nombreuses années. — Sur le point de savoir si la clause, — fréquente dans les contrats de mariage, qui permet à l'époux survivant de reprendre pour lui, à dire d'experts, le fonds de commerce exploité par le ménage — est valable, v. CAPITANT, *Rev. crit. de légis.*, 1927, p. 21 et s. — Sur le contrat récent, provoqué par les abus de la fiscalité, et source lui-même de maints abus, dit « de gérance-vente de fonds de commerce », v. *Rev. prat. du Trib. com. Seine*, 1928, p. 127.

94. — 1° Moyens donnés par la loi pour sauvegarder la clientèle. —

Ces moyens sont la *propriété du nom*, celle des *marques de fabrique*, et aussi la *propriété du secret d'affaires ou des procédés de fabrication*.

L'examen des droits attachés à ces diverses natures de propriété suppose d'abord connus les principes de la *concurrence déloyale*. Ces principes forment la première base de toute l'organisation des lois industrielles en la matière.

95. — **Théorie de la concurrence déloyale** (1). — « Quiconque par sa faute cause un dommage à autrui est tenu de le réparer ». De cette prescription de l'art. 1382 C. civ. sort toute la théorie de la concurrence déloyale.

Il est permis de disputer à des confrères la clientèle, en opérant mieux et autrement qu'eux, mais à la condition de le faire par des procédés honnêtes. Le préjudice qu'on leur occasionne en augmentant son propre chiffre d'affaires n'est pas, en soi-même, la source d'une réparation. — Mais on doit s'abstenir de leur nuire au moyen d'agissements répréhensibles. L'action appartenant à la personne lésée est une *action délictuelle* (2). Elle est portée devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil suivant la profession des parties (n° 62) ; elle tend au prononcé d'une condamnation pécuniaire. En principe la sanction d'ordre pénal (3) fait défaut : le délinquant échappe à l'emprisonnement et même à l'amende.

96. — **Suite**. — Ces agissements fautifs ne sont pas toujours faciles à distinguer des *actes licites* rentrant dans l'exploitation permise. Il y a une certaine part d'arbitrage laissée à l'appréciation des juges. La seule façon d'y échapper serait d'énumérer les faits constitutifs de la concurrence déloyale. On entrerait dans l'organisation allemande qui jusque dans les derniers temps, ne réprimait point cette concurrence, qui aujourd'hui (loi du 7 juin 1909 rempçant celle de 1896) ne la réprime — en édictant en outre, il est vrai (v. la note précédente),

(1) BIBLIOG. — Les travaux des auteurs français (POUILLET, DARRAS, BLANC, MAUNOURY, GASTAMBIDE, BARBIER, ALLART, etc.), sont trop nombreux pour être cités en détail (Parmi les ouvrages récents, v. O. PICHOT, *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière commerciale et industrielle*, Paris, 1924). Pour l'étranger, v. T. GIANNINI, *Della concorrenza sleale*, 1897 (ouvrage italien) ; l'expression allemande est : *der unlautere Wettbewerb*.

(2) En partant de l'idée que la clientèle est une valeur **incorporelle** que l'auteur des actes de concurrence déloyale dérobe à son confrère, on pourrait être tenté de dire que l'action en répression de cette concurrence est une sorte d'*action pétitoire*, comparable à la *revendication*. De même qu'on revendique contre un tiers l'immeuble dont il s'est indûment emparé, de même on revendiquerait la clientèle aux mains de celui qui l'a prise. — Ce point de vue qui confirmerait l'existence en droit moderne d'une véritable propriété immatérielle, régie au fond comme l'autre, est assez volontiers accueilli lorsqu'il s'agit de l'action pour usurpation de nom ou pour contrefaçon de marque. Mais on n'est pas disposé chez nous à procéder à cette décomposition pour la concurrence déloyale ordinaire. L'action prend son siège sur l'article 1382.

(3) Au contraire, les lois d'inspiration germanique répriment les actes de concurrence déloyale au moyen non seulement de dommages-intérêts, mais aussi de pénalités, amende et emprisonnement. V. notamment la loi allemande du 7 juin 1909 (*Annales de droit commercial*, 1910, 180) et la loi zurichoise du 29 janvier 1911 (*Annales de droit commercial*, 1912, 169).

des peines correctionnelles, — que lorsqu'elle se manifeste au moyen de *certaines manœuvres déterminées* (1). Ce serait partir de l'idée que tout ce qui n'est pas expressément défendu par la loi demeure licite. Incontestablement ce régime, en procurant l'impunité à bien des faits d'une moralité suspecte, donnerait aux affaires plus d'élan, mais aussi à la concurrence plus d'âpreté.

La loi française se contentant de poser une règle générale — la règle vague du redressement nécessaire des torts, — on se demandera si un négociant dépasse ou non ses droits lorsqu'il *vante* démesurément sa marchandise, en lui attribuant des qualités ou une provenance particulière qu'elle n'a pas, en soutenant faussement qu'il la vend à meilleur marché que ses rivaux, — ou encore lorsqu'il s'en dessaisit à *perte*, afin d'obliger les concurrents à ne plus traiter ce genre d'articles et de s'en réserver l'entière possession, etc., etc.

Ce sont des questions d'application qu'il n'y a point lieu de résoudre dans ce livre.

97. — Les actes de concurrence déloyale peuvent, au surplus, se distribuer en deux groupes bien tranchés :

a) Actes qui ont pour objet de *dénigrer* le confrère, de discréditer sa marchandise ou sa fabrication, au moyen de *déclarations mensongères* dont l'effet sera de surprendre la clientèle de celui-ci (2). Ce sera, sur le terrain des affaires, l'ancienne *actio injuriarum*.

Lorsque ces allégations se produisent sous la forme de propos proférés ou d'écrits (circulaires) distribués en public, le fait se compliquera d'une *diffamation* ; il entraînera les pénalités édictées par la loi du 27 juillet 1881, art. 32, sur la presse. Il faudra décider alors que l'auteur des propos diffamatoires ne pourra pas, en vue d'échapper à la peine, établir la vérité du fait qu'il allègue. Ce moyen justificatif n'est en effet admis par l'art. 35 de ladite loi qu'à propos d'imputations dirigées contre les fonctionnaires, ou contre les administrateurs de sociétés faisant appel public au crédit, v. *infra*, n° 492.

La législation devrait se réformer sur ce point : un commerçant, qui articule contre son rival un mauvais agissement professionnel, mériterait en le prouvant d'obtenir sa mise hors de cause. Les conditions de la concurrence sont faussées par l'immunité dont disposent les négociants peu recommandables (3).

98. — b) Actes *hypocrites tendant à faire confusion* avec une autre

(1) Toutefois, le paragraphe premier de la nouvelle loi du 7 juin 1909 dispose en termes généraux : « Celui qui, à l'occasion du trafic des affaires, entreprend dans un but de concurrence des actes qui contreviennent à une pratique honnête, peut être assigné aux fins de cesser d'y donner suite et de servir une réparation du dommage ». La loi de 1896 ne renfermait aucune disposition de ce genre.

(2) Il n'est point nécessaire d'ailleurs que ces déclarations aient été faites publiquement ; des propos tendancieux répétés avec insistance au cours de conversations privées peuvent constituer la campagne de dénigrement qui constitue un des aspects de la concurrence déloyale : Lyon, 7 avril 1927, *Recueil du droit commercial*, 1927, p. 185, note Rault.

(3) V. une proposition déposée au Sénat en 1897 par M. THÉZARD, et un article de M. SUMIEN, dans les *Annales de droit commercial*, 1898, p. 33 et s.

maison, par l'emploi de signes de clientèle appartenant à celle-ci. Le public ira à l'auteur de cette tromperie, en croyant s'adresser à l'ancien établissement.

Un fonds de commerce possède des moyens sensibles de s'individualiser vis-à-vis de ceux qui s'adresseront à lui. Ces moyens d'achalandage appartiennent au premier occupant ; un magasin similaire ne pourra s'emparer d'un signe de même ordre qu'à la condition d'établir entre les deux procédés, figuratifs ou autres, une différence assez frappante pour éviter tout malentendu. Un négociant, qui monte un magasin *Au Gagne-Petit* dans un quartier de Paris, empêche tout autre magasin, poursuivant la même clientèle, de s'intituler de ce nom dans ce quartier, ou même dans tout Paris et peut-être au dehors, suivant ses débouchés.

Ces amorces de clientèle font corps avec l'établissement ou avec le produit ; lorsque le fonds de commerce ou le produit changent de titulaire, elles passent à l'acheteur. Mais elles ne pourraient, quoi qu'on en dise, se transmettre seules ; détachées de la maison dont elles font la vogue, elles n'ont plus de sens, ou bien elles induisent le public en erreur sur une transmission de procédé de fabrication.

99. — Signes tendant à grouper la clientèle. — A ces facteurs extérieurs d'acquisition de clientèle appartiennent :

L'enseigne d'une maison (Au Petit Saint-Thomas, Hôtel des Deux-Mondes) ;

Le nom du commerçant, de l'industriel, du producteur (nous retrouverons le nom dans un moment) ;

Les marques apposées sur le produit, — en supposant ces marques non déposées, car leur dépôt légal, on va le voir, les fait passer dans une catégorie différente, où elles disposent d'une protection plus énergique.

L'emploi par un concurrent de ces signes, déjà précédemment appropriés, ouvre au profit de celui qui est lésé une action fondée sur l'art. 1382 C. civ. Cette action entre commerçants est du ressort du tribunal de commerce. Elle tend à mettre fin au trouble dont souffre le demandeur, et à lui faire allouer des dommages et intérêts.

100. — Telles sont les notions premières de la concurrence déloyale. Sur ces bases s'édifient des modes de protection gradués, correspondant à la sauvegarde du *nom commercial, des marques de fabrique et de commerce, du secret de fabrication.*

101. — A. Nom. — Le *nom commercial (firma chez les Allemands)* est l'appellation sous laquelle la personne exerce le commerce ou une autre nature de production et de trafic. Celui-ci ne résulte que de l'état civil ; avec le prénom qui l'accompagne il rattache l'homme à sa famille en déterminant la place qu'il y occupe. On ne change pas de nom selon son gré. Usurper notre nom, c'est usurper notre état civil, faire acte d'intrusion morale, peut-être même pécuniaire, dans le milieu où nous a placés la naissance, le mariage ou l'adoption.

L'action exercée afin d'interdire l'usage du nom par un autre, se ramène à une « action en contestation d'état ». Elle est par là même

imprescriptible. A plus forte raison, le nom ne peut-il donner matière à une cession (1).

102. — La situation est différente pour le *nom commercial*. Le commerçant se donnera telle désignation qu'il voudra, un *pseudonyme* suffira.

Interdiction est faite à toute autre personne, dans une profession similaire, d'user à son tour de la même appellation, à moins que ce nouvel établi ne se serve de son nom de famille qui était également le nôtre. Chacun peut faire le commerce sous son nom. Mais il y a une réserve : les tribunaux, sans pouvoir prohiber à deux homonymes (Durand) l'usage de leur nom, imposeront à celui qui s'est établi après l'autre une mention, prénom (Louis), adjonction de lieu ou d'origine (Durand d'Amiens), etc., afin d'éviter la confusion (Req., 16 juin 1903, D. 1903, 1, 454) (2).

Le nom commercial *se transmet* au successeur avec l'établissement, comme l'enseigne. Mais il y a un autre péril à conjurer ; la clientèle s'imaginera que l'ancien titulaire est toujours à la tête de la maison : elle fera crédit à celle-ci, en considération de cette personne cependant retirée. En Allemagne, la publicité de la transmission des fonds de commerce rend le danger moindre (3). En France, même depuis la loi du 18 mars 1919 instituant un registre du commerce (v. *infra* nos 217 et s.), le vendeur du fonds a le droit d'exiger de son acheteur que, tout en adoptant son nom, il le fasse suivre des mots : « un tel, successeur ».

Cette appropriation du nom du vendeur n'est même que transitoire ; lorsque la clientèle, au rappel battu, se sera groupée sur l'acheteur, le cédant reprendra son nom, en invitant l'acquéreur à ne plus en faire usage (4).

103. — *L'usurpation de nom commercial* ne donne ouverture qu'à l'action en répression de concurrence déloyale. Il n'y a pas de pénalité établie contre le successeur. Toutefois la sanction s'aggrave lorsque sur

(1) Diverses théories ont été proposées pour déterminer la nature du droit dont on dispose sur son nom. V. en dernier lieu PERREAU, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1902, p. 572 et 628 ; et SUDRE, *Le droit au nom*, 1903.

(2) Au sujet du nom de la femme mariée, il paraîtrait équitable de laisser à celle-ci, même après divorce ou séparation de corps, le droit de porter le nom de son mari si ce nom a servi à achalander une maison de commerce dont elle continue l'exploitation. Mais, d'après la loi du 6 février 1893, modifiant les articles 299 et 311 C. civ., la femme divorcée ou séparée, ne peut plus porter le nom de son mari, soit de plein droit, soit par décision du tribunal, et il a été dit que l'interdiction aurait lieu pour le nom commercial comme pour le nom civil (Cpr., Bordeaux, 3 décembre 1906, D. 1907, 2, 73).

(3) Marcel OUDINOT, *De la transmission de la firme en droit allemand, comparée à la cession du nom commercial en droit français*, dans les *Annales de droit commercial*, 1912, p. 259 et 359. V. *infra*, n° 217 et s.

(4) Nous avons résumé cette théorie de la cession du nom commercial, de ses tempéraments, d'après les idées reçues d'habitude en France. Mais il y a là toute une doctrine à refaire, les auteurs ayant confondu le *nom-signature* qui n'est pas cessible (contrairement au droit allemand actuel), et le *nom-enseigne* ou le *nom-marque*, à la transmission duquel rien ne s'oppose (*Bull. Soc. Lég. comp.*, 1902, p. 279, et note THALLER sous Paris, 18 février 1904, D. 1907, 2, 201). V. aussi Paris, 22 décembre 1920, S. 1921, II, 31. — BERGER-VACHON, *Le nom commercial*, th. 1929.

des *objets fabriqués* il y a apposition du nom d'un *fabricant* autre que celui qui en est l'auteur, ou de la raison commerciale d'une *fabrique* autre que celle qui les a produits. Une *loi du 28 juillet 1824* édicte alors les peines portées par l'art. 423 C. pén., sans préjudice des *dommages-intérêts*.

104. — Cette même pénalité atteint, d'après la loi de 1824, l'apposition sur l'objet circulant d'un nom de lieu autre que celui de la fabrication (1) (si le produit vient de l'étranger, il est prohibé à l'entrée et peut être saisi à la diligence de l'Administration des douanes, d'après l'art. 19 de la loi de 1857 sur les marques et l'art. 15 de la loi du 11 janvier 1892 sur les douanes, n° 105) (2).

L'indication d'un faux *nom de provenance* lèse souvent nos fabricants français, par la concurrence que leur font les produits étrangers, marqués comme s'ils étaient français. Ceux qui exercent cette manœuvre usent d'une raison spécieuse : le négociant de Paris qui commande ses jouets à Nüremberg peut, semble-t-il, faire marquer ses articles à son nom de *commerçant* qui n'est pas le nom de *fabrique*, et par conséquent avec la mention de *Paris*, qui est son siège de maison. La loi assimile la marque de commerce et la marque de fabrique, sans exiger d'énonciation explicative.

Le public n'en est pas moins trompé : le *made in Germany*, qui provoqua tant d'émotion en Angleterre, devrait être franchement inscrit sur les produits importés, comme première marque précédant celle du Français qui ne fait que de les vendre (3).

105. — B. Marques de fabrique ou de commerce (4). — Cette matière

(1) La loi de 1824 ne parlant que des « *objets fabriqués* » et ne pouvant, à raison de son caractère pénal, être étendue par analogie, il en résulte qu'elle est inapplicable aux produits naturels, et par conséquent aux *produits agricoles*, du moins quand ils n'ont pas été transformés. C'est en vue de combler cette lacune qu'une série de lois et décrets (loi du 1^{er} août 1905, art. 11, § 3, modifié par la loi du 5 août 1908, loi du 10 février 1911 sur la délimitation de la Champagne viticole), avaient tenté d'organiser en France le système des « *délimitations régionales administratives* ». On sait quelles résistances il souleva, spécialement en Champagne, et comment le gouvernement dut l'abandonner. Il a été condamné définitivement par la loi, actuellement en vigueur, du 6 mai 1919, issue du projet PAMS (30 juin 1911) et dont le vote fut hâté pour des raisons d'ordre international (art. 274 et 275 du traité de Versailles). Cette loi (art. 8) frappe de peine correctionnelle « quiconque appose sur des produits *naturels* ou fabriqués... des appellations d'origine qu'il savait inexactes... », et (art. 10 et s.) organise sous le contrôle judiciaire et non plus administratif, un système spécial de protection, des appellations d'origine s'appliquant aux vins et eaux-de-vie. V. R. GUÉRILLON, *Les appellations d'origine*, loi du 6 mai 1919 ; PLAISANT et FERNAND JACQ, *Traité des noms et appellations d'origine*, Paris 1921.

(2) V. LACOUR, *Les fausses indications de provenance*, dans les *Annales de droit commercial*, 1903 et 1904. Il convient d'ajouter que la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes dans la vente des marchandises, complétée par celle du 21 juillet 1929, permet aussi, sous certaines conditions, de réprimer les fausses indications de provenance.

(3) Il faut mentionner aussi la loi du 8 août 1912 (remplaçant la loi du 30 avril 1886, *Annales de droit commercial*, 1912, p. 491), qui frappe d'amende et d'emprisonnement l'*usurpation de médailles et récompenses industrielles* décernées dans des expositions ou concours.

(4) BIBLIOG. — RENOARD, *Droit industriel* ; PUILLET, *Traité des marques de fabrique* ; ALLART, *Traité des marques de fabrique*, 1914 ; J. KOHLER, *Das Recht des Markenschutzes*, etc.

est réglée par la loi du 23 juin 1857 (rendue applicable dans les colonies françaises par décret du 8 août 1873 (1), et par les art. 1 et 2 de la loi du 26 juin 1920 « instituant des taxes spéciales pour le service de la propriété industrielle et l'immatriculation au registre du commerce » (2). Il n'est pas possible de la faire rentrer tout entière dans notre cadre. A peine en dégagerons-nous les premiers éléments. Nous laisserons à l'écart tout le côté international du sujet (3).

La marque de fabrique ou de commerce (qui est à la portée de toutes les professions économiques, même de l'agriculture) dispose d'un surcroît de protection lorsqu'elle a été l'objet d'un dépôt de trois exemplaires — et en outre, aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 1920, « d'un nombre d'exemplaires de ladite marque égal à celui des classes ou catégories de produits auxquelles elle doit être appliquée » — au greffe du tribunal de commerce du domicile du déposant (4).

Ce dépôt n'a d'effet que pour quinze ans, mais il peut être indéfiniment renouvelé. Les marques déposées sont publiées, après leur réception à l'Office national de la propriété industrielle, dans le Bulletin officiel de la propriété industrielle et commerciale.

106. — L'avantage que procure le dépôt sera de donner contre les usurpateurs mieux que la simple action en concurrence déloyale. Le propriétaire de la marque aura une action en contrefaçon, action correctionnelle frappant d'amende et d'emprisonnement l'emploi ou l'imitation de la marque reproduite, ainsi que la vente en connaissance de cause des produits qui en sont indûment recouverts : le tout avec confiscation ; grâce, s'il y a lieu, à une description ou à une saisie conservatoire, autorisée par ordonnance du président du tribunal civil, et qui mettra le plaignant en mesure de produire le corps du délit à la justice.

La partie lésée peut assigner son adversaire devant le tribunal de police correctionnelle et demander des dommages-intérêts accessoirement à la peine (le ministère public pourrait, lui aussi, exercer l'action publique, sans plainte préalable). Mais rien ne l'empêche de rechercher seulement la réparation pécuniaire ; le procès sera porté alors, comme

(1) En ce qui concerne l'Alsace-Lorraine, aux termes du Décret du 10 février 1920 (J. Off. du 15 février 1920), art. 1. « Sont applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, à partir de la mise en vigueur du présent décret, les lois françaises concernant les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, le nom commercial, les noms de localité, indications de provenance et d'origine, les secrets de fabrique, les médailles et récompenses, les dessins et modèles, la propriété littéraire et artistique et l'article 1382 du Code civil, comme sanction des atteintes à ces droits et de toute concurrence illicite ou déloyale... ».

(2) Le gouvernement a déposé sur le bureau de la Chambre le 29 juillet 1924 puis à nouveau le 14 juin 1929 un projet de loi sur les marques de fabrique et de commerce portant refonte de la loi de 1857 (Chambre des députés, 1924, Annexe, n° 359, et 1929 Annexe n° 1815).

(3) Sur ce point, v. notamment PILLET, *Le régime international de la propriété industrielle*, 1911 ; PLAISANT et JACQ, *Le nouveau régime international de la propriété industrielle*, 1927.

(4) Les formalités du dépôt sont déterminées par l'article 2 de la loi de 1857, par l'article 1^{er} de la loi du 26 juin 1920 et par des décrets du 27 février 1891, 11 septembre 1920 et 6 décembre 1926.

toutes les actions civiles relatives aux marques, devant le tribunal de première instance jugeant comme en matière sommaire (art. 16 de la loi). Le tribunal de commerce serait incompétent : c'est là une différence que nous avons déjà relevée (n° 72) avec l'action en concurrence déloyale.

107. — La marque est un *moyen matériel de garantir la provenance de la marchandise aux tiers qui l'achètent*, en quelque lieu et en quelque main qu'elle se trouve. Elle couvre le produit et circule avec lui. Le public retrouve son article préféré d'après la marque qu'on lui présente. Beaucoup de marques agissent d'ailleurs par pure réclame : c'est à force d'avoir vu annoncer dans les journaux ou sur les murs un produit d'un nom bizarre ou un dessin tirant l'œil, qu'on achète l'objet portant ce signe.

108. — La marque consistera, selon les circonstances et au choix de son propriétaire, dans l'un des éléments suivants :

Nom de l'exploitant, à condition qu'il soit apposé sous une forme distinctive, par exemple en caractères gothiques dûment retracés (car l'inscription du nom du propriétaire sur la marchandise, sans dépôt préalable ou sans disposition graphique particulière, serait protégée seulement par la loi de 1824 ci-dessus, — loi spéciale aux produits fabriqués, — et non par l'action de la loi de 1857) : « marque nominale » ;

Dénomination attribuée au produit, pourvu qu'elle soit *arbitraire* ou de *fantaisie* (*Elixir tonique Néréide, Cirage Nubian*) non pas *vulgaire* et empruntée à la nature même de la chose désignée (*Cirage de Paris, Eau de Mélisse*, etc.). Il n'est pas besoin de lui donner, comme il fallait le faire pour la première espèce de marque, une figuration écrite déterminée (c'est ce qu'on appelle la « marque descriptive ») ;

Emblèmes, vignettes, combinaisons de *lettres* ou de *chiffres*, soit qu'on se contente d'un dessin muet, soit qu'on l'associe à des mentions écrites (ce qu'on qualifie du nom de « marque figurative », pour montrer qu'elle parle aux yeux, tandis que la précédente s'adresse à l'oreille par sa consonance vocale).

De ces trois espèces de marques, la deuxième mérite plus particulièrement l'attention. Attacher à un produit une désignation interdite à autrui n'est pas sans danger. Cette appropriation de marque aboutira, en fait, à l'appropriation d'une fabrication, sans brevet d'invention. La marque finit par s'identifier avec le produit. Il en résulte une acquisition de monopole.

C'est pour ce motif que le droit allemand, jusqu'à la réforme de 1894, avait exclu de la protection des marques celles qui consistaient uniquement en lettres et en chiffres, c'est-à-dire en une appellation verbale. C'est aussi par cette raison que les lois qui, comme les nôtres, ont passé sur cet inconvénient, exigent tout au moins que la dénomination prise ne reproduise pas seulement la substance du produit ou son lieu de provenance, mais présente de l'originalité. Celui qui fabrique des couteaux à Châtelleraut ne peut pas enlever à ses concurren-

rents le pouvoir de marquer le nom de « Châtellerault » sur leurs propres articles de coutellerie (1).

109. — La marque, pour être protégée, doit pouvoir se dire *nouvelle*. Il ne s'ensuit pas que celui qui dépose la marque au greffe sans que personne l'ait fait avant lui, puisse toujours s'en assurer la propriété. Peut-être ce dépôt se heurte-t-il à un droit plus ancien et plus fort que le sien.

Pour profiter de la loi de 1857, il faut de plus avoir été le *premier à se servir de la marque*. Cela résulte de la combinaison des principes de la contrefaçon avec ceux de la simple concurrence déloyale.

Quiconque, en effet, use d'une marque non encore employée et l'appose sur ses produits peut, sans autre formalité, exiger d'autrui le respect de cette marque sous la sanction de l'art. 1382 et de tous dommages-intérêts.

Peu importe que l'usurpateur fasse le dépôt légal de cette marque ; il ne consolidera pas pour autant sa situation. Le premier possesseur a) lui opposera, à juste titre, l'*exception d'antériorité*, pour ne pas être condamné : et b) pourra même l'obliger par voie d'action, en dehors des voies correctionnelles il est vrai, à cesser l'emploi de cette marque.

Le dépôt légal n'a donc d'autre avantage que de conférer au propriétaire le droit de saisir les tribunaux de répression, et, en donnant une date certaine à l'emploi de la marque, de faire présumer jusqu'à preuve contraire qu'il a été le premier à s'en servir.

Telle est, en résumé, la théorie française (différente de celle qui a cours en Allemagne) (2). On l'exprime généralement au moyen de la formule : *Le dépôt est simplement déclaratif et non pas attributif de propriété de la marque*. Elle n'est nullement contredite par la disposition de l'article 2 de la loi de 1857, ainsi conçue : « Nul ne pourra revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il ne l'a déposée... ». En effet, on ne revendique pas, à proprement parler, une marque dont le dépôt n'a pas eu lieu, mais on agit contre les usurpateurs du chef de concurrence déloyale.

† On comprend, par là, pourquoi le fait de négliger le renouvellement du dépôt dans les quinze ans n'a pas pour résultat de faire tomber la marque dans le domaine public, si d'ailleurs son propriétaire continue à en faire usage. Seulement il ne pourra plus désormais fonder ses poursuites que sur l'art. 1382 ; — jusqu'à ce que la réparation, quoique tardive, de son oubli lui rende pour l'avenir l'action de contrefaçon.

(1) Cette considération est sans valeur pour l'énonciation comprise dans une enseigne. Celle-ci est protégée contre les usurpations, alors même qu'elle consisterait dans une qualification vulgaire. Le propriétaire de l'*Hôtel du Centre* ou de l'*Hôtel Continental* peut interdire aux autres hôteliers de la ville de lui prendre son enseigne.

(2) Le projet de loi précité de 1929 tend à modifier ce régime et à substituer au principe du dépôt déclaratif le système, emprunté au droit anglais, du dépôt attributif après cinq ans. Ce projet ajoute en outre à la loi de 1857 un titre V sur les marques collectives. — La loi du 12 mars 1920 a d'ailleurs (art. 1) reconnu déjà le droit pour les syndicats professionnels de « déposer, en remplissant les formalités prévues par l'article 2 de la loi du 23 juin 1857, modifiée par la loi du 3 mai 1890, leurs marques ou labels ».

110. — La marque est essentiellement *facultative*. Quelques lois et décrets imposent pour certains produits, tels que les matières d'or ou d'argent, les cartes à jouer, les armes de guerre ou de commerce, etc., l'emploi de signes, d'emblèmes ou de poinçons.

111. — Aux termes d'une loi du 26 novembre 1873, tout propriétaire d'une marque déposée peut, moyennant une taxe, faire apposer sur ses étiquettes un timbre spécial pour affirmer l'authenticité de cette marque ; ce qui, en obligeant le contrefacteur à imiter le sceau de l'Etat, agissement criminel très grave, donnera lieu contre lui à une répression plus énergique.

112. — **C. Secret de fabrication et d'affaires.** — On entend par secret de fabrique *un mode de fabrication qu'un industriel emploie en secret pour obtenir un produit ou un résultat*. Tout directeur, commis ou ouvrier de fabrique qui aura communiqué à un tiers des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni d'emprisonnement. La peine est plus élevée lorsque l'agissement doit profiter à un étranger que lorsqu'il a eu lieu au profit d'un Français (art. 418 C. pén.).

113. — Le secret s'impose non seulement à l'égard de la fabrication, mais aussi pour l'ensemble *des affaires* d'un commerçant. Surprendre ce secret, ce serait se renseigner sur la clientèle et la lui dérober ; ce serait encore se renseigner sur ses pertes, et ruiner le crédit de celui qui a fait un mauvais inventaire (1).

114. — Toutefois, le crédit au secret ne va pas jusqu'à interdire de se renseigner sur le crédit de celui avec qui on se dispose à traiter. Il s'est ouvert des *agences d'informations*, pour centraliser les renseignements sur le compte de nombreux commerçants, de leurs antécédents, des faits révélateurs de leur gêne ou de leur prospérité. Il existe en matière maritime, et à l'égard des navires, une agence de cette nature, le Bureau *Veritas*, faisant connaître le degré de confiance qu'ils peuvent inspirer.

Ces intermédiaires rendent des services, et sans eux le commerce deviendrait difficile. L'agent fournit, contre redevance, la fiche de renseignements demandée. Il le fait *d'une manière confidentielle*, sous le sceau de la discrétion. Autrement la publicité donnée par l'agent au renseignement défavorable, fût-il vrai, l'exposerait à une poursuite en diffamation de la personne lésée.

Celle-ci pourrait même rechercher l'agent aux fins de dommages-intérêts, si le secret du renseignement avait été violé par le porteur de la fiche qui aurait informé l'intéressé. Mais en ce cas un renseignement faux donnerait seul lieu à réparation (2).

15. — 2° **Monopoles privés d'exploitation.** — Maintenant quels

(1) MAYER, *Le secret des affaires commerciales*, th. 1900.

(2) SUMIEN, dans les *Annales de droit commercial*, 1809 ; E. THIBAUT, *De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux*, 1900.

sont les *droits privatifs d'exploitation* formant en quelque sorte *monopole* au profit de ceux qui les exercent, excluant la concurrence même loyale des autres ?

Nous rappelons le lien qui existe entre cet ordre de problèmes et les fonds de commerce. Un brevet, par exemple, peut entrer dans la composition d'un établissement et contribuer à sa richesse ; lorsque l'établissement se transmet, le brevet passe à l'acheteur, si la cession dans l'intention des parties doit porter sur cet élément du fonds comme sur les autres.

Ce droit privatif se rattache généralement à un établissement de commerce par suite d'une précédente acquisition : l'inventeur ou l'auteur d'un livre ou d'une œuvre d'art, n'est habituellement ni commerçant, ni en état de faire valoir sa découverte par ses propres moyens. Il traite avec une autre personne ; pour qu'il y ait une relation entre les droits dont nous allons parler et un fonds de commerce, il faut les supposer dans la possession non pas du titulaire originaire, mais d'un intéressé appartenant au monde de l'industrie et devenu l'ayant cause de ce titulaire.

Les droits privatifs d'exploitations peuvent dériver soit d'un *brevet d'invention*, soit de la propriété littéraire ou artistique, soit de *dessins*, ou de modèles de fabrique.

116. — A. Brevets d'invention (1). — Le droit de l'inventeur à sa découverte date de deux lois de l'Assemblée constituante de 1791. La loi actuellement en vigueur est la loi du 5 juillet 1844 modifiée par celle du 7 avril 1902 et complétée par les articles 3 et 4 de la loi du 26 juin 1920 (2).

On entend par brevet d'invention le *certificat par lequel le Ministre du commerce donne acte à un prétendu inventeur du dépôt de son invention, et de son intention d'exercer le privilège temporaire qui y est attaché*. Il consiste dans un arrêté ministériel individuel.

La durée du brevet est de *cing, dix ou quinze ans au choix du demandeur* (3). Le délai court du jour du dépôt de l'invention, et non pas de celui de la délivrance du brevet.

(1) BIBLIOG. — Ch. RENOARD, *Traité des brevets d'invention* ; E. POUILLET, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon* ; H. ALLART, *Traité des brevets d'invention* ; M. DUFOURMANTELLE, *Manuel du droit industriel*, 2^e vol. ; WEISSMANN, *Brevets d'invention* ; J. KOHLER, *Handbuch des deutschen Patentrechts*.

(2) Un projet de loi extrêmement important qui remanie la loi de 1844 a été déposé sur le bureau de la Chambre le 29 juillet 1914. Il a été adopté par elle en avril 1917 et transmis au Sénat qui l'a adopté à son tour en mars 1928, mais après lui avoir fait subir d'assez sérieuses modifications ; aussi a-t-il dû revenir devant la Chambre (nouveau projet de loi déposé le 30 juin 1928 à la Chambre des députés, Annexe, n^o 58.) Il conserve dans son ensemble les principes fondamentaux de la loi de 1844, mais il la modifie cependant sur des points importants (en particulier sur les causes de déchéances des brevets, sur les pouvoirs de l'Administration saisie d'une demande de brevets, pouvoirs qu'il augmente sans renoncer au principe du non examen préalable ; enq, il introduit en France la licence obligatoire).

(3) Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 8 octobre 1919, « la durée des brevets d'invention qui n'avaient pas atteint le terme légal de leur expiration avant le 1^{er} août 1914, et celle des brevets qui ont été demandés ou délivrés postérieurement à cette date, *avant* le 1^{er} août 1919, pourra être prolongée lorsque, par suite de l'état de guerre, les titulaires

Pour que l'invention confère le droit d'interdire temporairement au domaine public la faculté de l'exploiter, il faut que plusieurs conditions soient réunies : des *conditions de fond* et des *conditions de forme*.

117. — Conditions de fond. — D'abord, l'invention, soit qu'elle consiste dans un produit ou dans un résultat, doit être d'*ordre industriel*. Elle n'est pas nécessairement destinée à trouver son emploi dans la manufacture. Elle peut servir à l'agriculture : telle, une machine à battre ou à faucher. Par le mot « industriel » on exclut seulement les *découvertes* purement *théoriques*, ex. : une loi nouvelle sur la densité des corps, sur la transformation des forces, dont il n'y a pas d'application proposée. Le savant qui dégage un principe ne peut le faire breveter (1) : mais les outils qui seront ensuite établis par le mécanicien, la composition qu'obtiendra le chimiste par suite de ce principe, deviendront brevetables.

Il y a lieu de distinguer le brevet de *produit* du brevet de *résultat*. Si l'inventeur découvre un produit qui n'était pas connu encore (fait fréquent dans les combinaisons chimiques), il y a brevet de produit. Dans le brevet de résultat, il adapte un moyen déjà connu afin d'atteindre un résultat nouveau, ou à l'inverse un moyen nouveau pour atteindre un résultat déjà pratiqué ; ex. : procédé tendant à rendre une huile non salissante sans lui enlever son inflammabilité.

Le premier de ces brevets donne, en France, monopole sur le produit. L'inventeur peut empêcher tout autre de le fabriquer *même par un procédé différent*. Tandis que le brevet de résultat n'a qu'un effet *relatif*, il laisse le domaine public libre d'exploiter le même résultat, à condition de l'obtenir par d'autres moyens.

Cette distinction n'est pas acceptée partout ; le droit allemand repousse le brevet de produit. Ce dernier système vaut mieux ; il porte à la liberté de l'industrie une moindre atteinte ; surtout, il échappe aux subtilités qu'entraîne la distinction du produit et du résultat. Si un dérivé ou un composé de l'acétylène constitue un nouveau produit, pourquoi n'en pas dire autant du procédé premier en date, qui permet de débarrasser le pétrole de son odeur ? Celui qui a fait cette invention n'enrichit-il pas l'industrie d'un pétrole nouveau, le pétrole inodore ? Le seul brevet législativement recommandable est le brevet de résultat.

118. — Suite. — Ce qui donne à l'inventeur son véritable titre au

de ces brevets, ou leurs ayants cause, n'auront pu les exploiter ou les faire exploiter normalement ». La prolongation de durée peut être de cinq années (art. 1^{er}) ; elle est prononcée par une Commission spéciale (art. 2), et doit être demandée dans un délai maximum, selon les cas, de dix mois ou de deux ans à partir de la promulgation de la loi (art. 3).

(1) Le 4 juillet 1922, M. J. Barthélemy a déposé sur le Bureau de la Chambre des députés une proposition de loi « sur la *propriété scientifique* et la réforme de la loi du 5 juillet 1884 ». D'autre part le Comité économique de la Société des Nations s'est également saisi de la question de la « *propriété scientifique* » et a élaboré un avant-projet dont il s'agirait de recommander l'adoption aux Etats adhérents. Voir pour la critique de ces idées l'étude de VIVANTE, *Annales de droit commercial*, 1924. Voir aussi ROBIN, *La propriété scientifique*, th. Paris, 1929.

droit privatif d'exploitation, c'est la *nouveauté* de l'invention. Cette condition est de rigueur.

Mais la nouveauté n'est pas nécessairement le fait par l'intéressé d'être l'auteur du produit ou du résultat cherché ; d'autre part, il n'est pas vrai de dire que l'inventeur soit toujours fondé à prendre un brevet utile. — La nouveauté, c'est le fait par l'invention, au moment où est déposée la demande dont il sera parlé plus loin, « de ne pas encore avoir reçu une *publicité suffisante* pour pouvoir être exécutée » (art. 31 de la loi de 1844).

Il y a dans la concession d'un brevet un contrat synallagmatique, conclu entre l'inventeur et la société. Le premier dote son pays d'une découverte dont il fait connaître loyalement et complètement les moyens d'exécution (v. *infra*, n° 120). Cette découverte est livrée par lui au domaine public à échéance différée de cinq, dix ou quinze ans : entre temps le requérant s'engage à en faire profiter la communauté par une exploitation effective (c'est ce qu'on verra également plus loin. En retour de ce service, la société procure au demandeur un monopole temporaire.

Cette théorie est la base du droit des brevets, sa conséquence se déduit d'elle-même. Si, pour une cause ou pour une autre, la société se trouve déjà, avant ce contrat, en possession de l'invention, le monopole d'exploitation n'a plus sa raison d'être.

De là, il résulte :

1° Qu'une *publication prématurée*, volontaire ou non, des moyens de l'inventeur, soit par lui, soit par une personne qui a abusé de sa confiance, vicie d'avance le brevet ;

2° Qu'une personne, en revanche, peut exploiter son invention pendant un temps plus ou moins long et mettre dans le commerce les articles qui en proviennent sans être déchue du droit de la faire ensuite breveter utilement, pourvu toutefois qu'un *secret de fabrication* ait empêché le public de se rendre compte des moyens utilisés par l'inventeur ;

3° Enfin que, le véritable inventeur ayant négligé de prendre un brevet, tout autre que lui, obtenant par ses propres recherches la même création, sera fondé à la faire breveter à son profit, moyennant les formes prescrites. Dans ce cas, il est vrai, *le breveté ne sera pas le véritable auteur de la découverte*, puisqu'un autre avant lui l'a connue et pratiquée sans publicité. Il aura cependant tous les avantages attachés au monopole temporaire, et notamment le droit de faire condamner les contrefacteurs.

Toutefois l'action en contrefaçon, si elle était exercée contre celui qui possédait en premier lieu l'invention sans fraude (Req., 29 avril 1901, D. 1901, 1, 553), serait mise en échec au moyen d'une exception dite d'*antériorité*, que la loi de 1844 ne mentionne pas, mais qui est imposée par des considérations d'équité (1).

(1) Sur la possibilité pour le premier inventeur de se faire *subroger* en pareil cas au bénéficiaire du brevet délivré au second inventeur, lorsque celui-ci s'est approprié l'invention d'une manière déloyale, cfr. Req., 26 avril 1900, S. 1901, 1, 100.

119. — **Suite.** — La loi exclut nommément de la protection des brevets certaines inventions. Ce sont : les *compositions pharmaceutiques* ou remèdes de toute espèce (mais non pas, bien entendu, les instruments de chirurgie) les *plans ou combinaisons de crédit ou de finances*.

120. — **Conditions de forme.** — La forme à laquelle est soumise la prise régulière d'un brevet consiste dans une *demande*, adressée au Ministre et déposée sous pli cacheté au secrétariat de la préfecture du département où est domicilié l'inventeur (ou aujourd'hui, en ce qui concerne le département de la Seine, aux bureaux de l'*Office national de la propriété industrielle* : loi du 26 décembre 1908, art. 58).

La demande, limitée à un *seul objet* principal, avec un *titre* sommaire et précis, est accompagnée, toujours sous le même pli, d'une *description* de la découverte, avec dessins à l'appui s'il y a lieu. La description doit contenir clairement et sans réticence les véritables moyens servant à exécuter l'invention. On ne saurait trop recommander aux inventeurs d'y apporter leurs soins : le brevet serait vicié de nullité par une description confuse et incomplète, qui ne mettrait pas le public en état de constituer par lui-même les éléments de l'invention.

121. — **Suite.** — Dans les cinq jours de la date du dépôt, le préfet transmet les pièces au Ministre du commerce, celui-ci procède à leur ouverture et délivre les brevets dans l'ordre de la réception des demandes. La délivrance a lieu « *sans examen préalable*, aux risques et périls des demandeurs et sans garantie, soit de la réalité de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description » (art. 11).

La durée du brevet court rétroactivement depuis le jour de la demande. Les actes de contrefaçon accomplis depuis ce moment sont punissables, fussent-ils antérieurs à la délivrance du brevet. L'inventeur de son côté a pu sans déchéance rendre publics les moyens de sa découverte aussitôt après que sa demande a été faite. Un décret, rendu tous les trois mois, proclame les brevets délivrés.

Jadis, les descriptions restaient, jusqu'à l'expiration des brevets, déposées au Ministère du commerce où elles étaient communiquées sans frais à tout requérant. Mais une loi du 9 juillet 1901 a transféré le service des brevets du Ministère au Conservatoire des arts et métiers où siège un *Office national des brevets*.

La loi du 7 avril 1902 a ordonné que les descriptions et dessins de tous brevets seraient publiés *in extenso* en fascicules séparés.

122. — **Suite.** — La particularité la plus intéressante de cette organisation est l'absence d'examen du brevet par l'administration. Il est délivré *sans garantie du gouvernement*, et c'est de ces mots (ou de ces mots abrégés s. g. d. g., suivant une tolérance de la pratique peut-être excessive) que le breveté doit faire suivre sa qualité dans toutes enseignes, annonces, prospectus, affiches ou marques. Autrement, il encourt une amende, de la même manière que celui qui se dit breveté sans l'être effectivement.

Cette adjonction des mots exigés va mettre en garde le public contre un préjugé favorable à l'invention parce qu'un acte administratif la vise. Les tiers croient qu'il s'agit d'une découverte sérieuse, et à plus forte raison d'une découverte véritable, du moment que le Ministre l'a en quelque sorte estampillée. De fait, il y a des brevets de charlatanisme ou d'intimidation ne répondant à aucune invention effective.

En réalité, dans le système français, l'administration délivre le brevet *non cognita causa*. Elle ne juge pas l'invention au fond, ni en fait ni en droit ; elle laisse à l'impétrant la charge d'établir, au regard de tout contradicteur, par les voies judiciaires, que le brevet porte sur une invention légalement appropriable, que cette invention était bien nouvelle, que la description en est complète et loyale, etc. Il n'est procédé à aucune instruction de l'administration sur ces différents points.

Avec le système contraire, ainsi que le dit M. RENOARD, « abstraction faite de tous les abus pouvant résulter de la corruption, de la faveur, etc., il y aurait un grand nombre de brevets accordés pour des inventions sans mérite, comme de brevets refusés pour des inventions profitables ».

Le rejet de la demande n'a lieu que si celle-ci cesse d'être régulière en la forme : chose facile à vérifier par l'administration, sans qu'elle ait à s'ingérer ni dans la prétendue invention ni dans la description qui l'accompagne, par exemple, l'invention se présente comme portant ostensiblement sur un produit de pharmacie ; ou elle renferme plusieurs objets principaux dans une même demande ; ou la désignation d'un titre fait défaut.

Toute demande de brevet peut être retirée par son auteur dans un délai de deux mois, avec restitution de la taxe (arrêté du 31 mai 1902) : c'est un moyen pour l'inventeur de corriger les défauts commis dans sa description. Un autre pouvoir lui est reconnu par la dernière législation, en vue du même résultat : celui de suspendre, par réquisition expresse, la délivrance du brevet pendant un an (L. 7 avril 1902) (1).

(1) En Allemagne, fonctionne un régime différent du nôtre (LL. 1877 et 1891). Il repose sur le principe tout opposé de l'examen préalable ; l'Office administratif (*Patent-Amt*), qui centralise à Berlin les délivrances de brevets, s'enquiert d'abord de la brevetabilité de l'invention ainsi que de la régularité de la demande. S'il juge après cette première instruction la demande recevable, il en ordonne la publication. C'est un système d'avertissement : toute personne intéressée à former opposition pourra le faire pendant deux mois, soit pour défaut de nouveauté, soit pour usurpation de l'invention de l'opposant, soit parce que la découverte n'est point brevetable. Pendant cette période qui suit la publication de la demande, l'invention dispose d'une protection provisoire comme si le brevet était déjà délivré (V. BONNET, *Etude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, 1902). — Le système anglais (1884-1907 et loi du 23 décembre 1919) est à certains égards imité de celui des Allemands. La demande du requérant est instruite en secret par l'Office général de la propriété industrielle, sur le dépôt d'une spécification provisoire. Celle-ci donne date certaine à l'invention et doit être suivie dans les neuf mois d'une spécification définitive. L'admission de la spécification est portée à la connaissance du public ; un délai de deux mois est accordé pour former opposition, pour des causes de même ordre que celles admises dans le régime allemand. — Entre le régime français de la délivrance des brevets s. g. d. g. et le régime allemand de l'« examen préalable » minutieux avec délai d'opposition prolongé, on conçoit un système mixte dans lequel l'examen préalable ne porte que sur certains points d'une vérification facile et

123. — Nullité et déchéance du brevet. — Un brevet peut être frappé soit de *nullité*, soit de *déchéance*.

Les actions en nullité ou en déchéance, comme toutes les contestations relatives à la propriété des brevets, sont portées devant le *tribunal civil* de première instance statuant en matière sommaire : la cause est communicable au ministère public. L'affaire est introduite à la demande de toute personne intéressée.

En général, le jugement qui sera rendu sur l'existence du brevet ne disposera de l'*autorité de chose jugée* que d'une manière *relative*, à la teneur de l'art. 1351 C. civ. : le brevet déclaré nul dans un premier procès peut être reconnu valable au regard d'un adversaire différent. Toutefois ce principe est écarté, lorsque, au cours d'un procès relatif au brevet, le ministère public se porte partie intervenante (1) : celui-ci peut alors prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance *absolue* de ce brevet. Le brevet tombe en ce cas à l'égard de toutes personnes, et un décret publie le jugement qui aura fait droit à la demande en nullité ou en déchéance instruite dans de pareilles conditions.

124. — Les faits qui déterminent la nullité d'un brevet résultent de ce qui a été déjà dit : le brevet nul est celui qui ne répond pas aux conditions de fond ou de forme, prescrites par la loi pour son obtention régulière (absence de brevetabilité, de caractère industriel ou de nouveauté de l'invention, titre frauduleux, insuffisance de description).

125. — Il y a lieu à déchéance, lorsque le brevet, valable à l'origine, tombe ensuite parce que le breveté contrevient à l'une des obligations que la loi met à sa charge. La délivrance du brevet repose, avons-nous dit, sur un contrat synallagmatique entre l'inventeur et l'Etat, représentant le domaine public. L'inventeur doit à la société certaines prestations. S'il s'abstient de les accomplir, la société se délie de son obligation de respecter le droit privatif : c'est, au fond, la théorie de la résolution posée par l'art. 1184 C. civ.

Ces obligations sont au nombre de trois :

126. — 1° Paiement d'une taxe. Elle était fixée par la loi de 1844 à 100 francs par an, chaque annuité devant être acquittée avant le

rapide, et où le délai d'opposition est abrégé. C'est vers ce système mixte qu'inclinent les lois les plus récentes (Suisse, Hollande). V. notamment la loi hollandaise du 7 novembre 1910 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1912 ; jusqu'à cette époque la Hollande n'avait pas de loi sur les brevets d'invention), *Annales de droit commercial*, 1912, 403. — En France, le projet de loi portant modification de la loi du 5 juillet 1844, déposé sur le Bureau de la Chambre le 6 juin 1916, fait une concession, d'ailleurs légère, à l'idée d'examen préalable. Tout en maintenant le principe du non examen, il prévoit (art. 14) la *faculté* pour toute personne qui dépose une demande de brevet de requérir « qu'il soit procédé à un examen, sans garantie, portant sur la nouveauté et la brevetabilité de l'invention », et ajoute que « lorsque l'examen aura permis de constater qu'il existe, sous toutes réserves, des présomptions favorables à la nouveauté et à la brevetabilité de tout ou partie de l'invention, mention en sera faite sur le titre du brevet ».

(1) De même, lorsque le ministère public se constitue partie principale, ainsi que la loi de 1844 l'y autorise dans certains cas.

commencement de l'année correspondant à la date du dépôt originare. Le principe de la *taxe progressive* consacrée notamment en Allemagne et, semble-t-il, plus juste (l'invention peu recherchée au début, devient plus fertile à mesure qu'elle est connue et le service rendu par l'Etat à son titulaire acquiert plus de prix) a été introduit également en France par la loi de finances du 31 décembre 1921, et maintenu par le Décret du 6 décembre 1926 et l'article 37 de la loi de finances du 27 décembre 1927 qui constituent aujourd'hui le siège de la matière. Il résulte de ces deux derniers textes que la somme à verser lors du dépôt d'une demande de brevet est fixée actuellement à 350 francs, comprenant une taxe de dépôt de 100 francs au profit de l'Etat et une taxe de publication de 250 francs au profit de l'Office national de la propriété industrielle. Pour les quatre années suivantes la taxe est de 300 francs par an, payables chaque année d'avance. Pour les cinq années suivantes (6 à 10) la taxe annuelle est de 400 francs, et pour les cinq dernières (11 à 15) de 500 francs.

Le versement de la première annuité a dû précéder la demande de brevet ; le dépôt n'a été reçu à la Préfecture que sur la production d'un récépissé de cette somme, à valoir sur le montant total de la taxe.

On s'est plaint longtemps, en France, que la loi eût fait du non paiement de l'annuité dans le temps prescrit une cause de déchéance irrémédiable. Le breveté ne pouvait plus réparer son oubli, fût-ce le lendemain de l'échéance. Il eût été équitable de lui donner un délai supplémentaire ou de subordonner la déchéance à une *mise en demeure*. Il a été tenu compte de cette réclamation ; depuis la loi du 7 avril 1902, la déchéance n'a lieu que par l'expiration des trois mois qui suivent l'échéance annuelle (taxe supplémentaire de 5 à 15 fr.). En tout cas, le breveté qui laisse passer le délai sans payer la taxe ne peut pas être contraint par l'Etat de l'acquitter : il renonce tacitement à son brevet, plutôt encore qu'il n'en est déchu par sa faute.

127. — 2° *Mise de l'invention en exploitation en France dans le délai de trois ans* à dater de la signature du brevet ; — et continuation de l'exploitation pendant tout le cours de ce brevet, sans avoir à l'interrompre pendant trois années consécutives.

On discute sur ce qu'il faut entendre par une « exploitation » au sens de la loi. Le mot vise assurément d'abord la « fabrication » des objets du brevet dans les usines ou ateliers : par là, le fonctionnement du brevet profite à la main-d'œuvre nationale. Mais on se demande si la « mise en vente », sans fabrication, répondrait également au vœu de la loi. Notamment un breveté, qui s'abstiendrait pendant trois années de façonner à nouveau le produit en France en vue de permettre à sa première fabrication de s'écouler dans le commerce, échapperait-il à la déchéance ?

Le problème est trop compliqué pour être examiné à cette place. Il a donné lieu, dans les conférences, à des échanges de vues qui ont abouti, en 1883, à la création d'une « Union internationale pour la protection de la propriété industrielle en Europe ». De toute manière, l'opinion qui fait de la mise dans le commerce une « exploitation »

suffisante doit être rejetée, s'il devait être permis à l'inventeur de commander à l'étranger toute la fabrication des objets de son brevet et d'arguer de leur seul débouché en France pour éviter la déchéance. La vente sur notre marché de produits qui auraient été fabriqués dans un autre pays ne met pas l'inventeur en règle avec l'obligation qui lui est faite d'exploiter en France sans interruption.

Le délai légal de déchéance était de *deux ans* d'après notre loi de 1844 : c'est l'Union internationale de 1883, ou, pour parler plus exactement, un acte additionnel à la convention de cette Union signé à Bruxelles en 1900, qui l'a porté à *trois ans* dans les rapports des Etats contractants. Une loi du 1^{er} juillet 1906 a étendu les dispositions de la convention au droit intérieur, c'est-à-dire, aux brevetés français. Vis-à-vis des brevetés de tous autres Etats, le délai de deux ans subsiste.

128. — 3^o *Non introduction en France par l'inventeur des objets fabriqués en pays étranger* et semblables à ceux qui sont garantis par son brevet.

Cette troisième cause de déchéance a disparu depuis 1883 dans les relations des Etats qui ont conclu la convention diplomatique rappelée plus haut et même entre Français depuis la loi du 1^{er} juillet 1906. Elle a cessé d'être en harmonie avec les idées contemporaines sur la manière de comprendre le protectionnisme.

Mais la deuxième condition subsiste entièrement, quitte à savoir comment il faut pratiquement en comprendre la portée (n^o 127).

129. — **Cession de brevet et délivrance de licence.** — Un brevet d'invention est *cessible*.

La cession ne pourra être faite que par *acte notarié* et après paiement de tout ce qui reste à devoir sur la taxe (art. 20, al. 2, l. 1844). Le troisième alinéa du même article 20 ajoutait qu'« aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé ». Actuellement, aux termes de l'article 4 de la loi du 26 juin 1920, « aucune transmission de propriété, aucune cession ou concession de droit d'exploitation ou de gage relativement à un brevet ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial des brevets d'invention tenu à l'Office national de la propriété industrielle... » (1).

Il convient de rapprocher la théorie de la cession des brevets tant de la transcription des ventes immobilières (L. 1855) que de la cession des créances (art. 1690 C. civ.). Ce sont là trois institutions similaires, reposant sur des exigences de publicité.

Sans devenir la matière d'une cession proprement dite, un brevet

(1) D'après la Cour de cassation, à la différence de la cession, l'apport en société d'un brevet d'invention n'était pas soumis aux formalités de l'art. 20 de la loi de 1844 (Cass. crim., 11 mars 1911, *Annales de droit commercial*, 1912, 329) ; Mais, depuis la loi du 26 juin 1920 visant « toute transmission de propriété... », il ne paraît pas douteux que cet apport doit en tout cas être inscrit sur le registre spécial des brevets d'invention tenu à l'Office national.

d'invention peut être l'objet d'une *délivrance de licence*. Autrefois aucune publicité n'était alors prescrite. Mais l'article 4 précité de la loi du 26 juin 1920 range la concession du droit d'exploitation « parmi les actes dont la validité au regard des tiers est soumise aujourd'hui à l'inscription sur le registre spécial des brevets.

Le concessionnaire de licence obtient seulement le droit d'exploiter l'invention, concurremment avec l'inventeur. Celui-ci ne s'est pas dessaisi à son profit, il se réserve de délivrer d'autres licences, ou de faire cession du brevet sans que le premier licencié puisse s'y opposer.

C'est assez dire que le bénéficiaire d'une licence n'a pas l'action en contrefaçon, et qu'en revanche l'action en contrefaçon n'est pas donnée contre lui.

Beaucoup de législations (Allemagne, Angleterre) ont institué le système des *licences obligatoires*. Le breveté ne peut pas interdire l'exploitation à ceux qui lui demandent des licences moyennant une suffisante rétribution. Son refus, s'il était contraire à l'intérêt public, aurait pour sanction le retrait du brevet sur la demande des intéressés. On n'est pas encore entré en France dans cette voie législative (1).

130. — Contrefaçon. — La loi protège le titulaire du brevet, en lui accordant l'*action en contrefaçon*. Il y a contrefaçon dans « toute atteinte apportée aux droits du breveté soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet » (art. 40 L. 1844).

Le contrefacteur est poursuivi devant le tribunal de police correctionnelle, ou, aux fins purement civiles, devant le tribunal de première instance. L'action publique ne pourrait être exercée par le ministère public que sur la plainte de la partie lésée (art. 45). Ainsi que dans la contrefaçon des marques, le poursuivant peut, avant de donner citation, et en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil,

(1) Nous écartons de l'exposé, afin de ne pas faire longueur, la théorie des certificats d'addition et des brevets de perfectionnement. L'inventeur qui désire apporter à sa découverte des changements ou adjonctions a le choix entre deux moyens : — a. Il peut prendre un nouveau *brevet dit de perfectionnement*, sujet à la même taxe et à la même durée qu'un brevet ordinaire, et qui pourra survivre à l'extinction du premier brevet, puisqu'il a son existence propre. — b. Il peut, s'il le préfère, demander moyennant les mêmes formalités un *certificat d'addition*, dont le sort sera lié au brevet principal, et dont le coût est de 20 fr. seulement, une fois payés (plus, depuis la loi du 26 juin 1920, art. 3, une taxe de délivrance de 10 francs).

Lorsque le perfectionneur est un tiers, c'est-à-dire une personne autre que l'inventeur primitif, ce tiers n'a d'autre droit que de prendre un brevet de perfectionnement, et non pas un certificat d'addition. Encore son droit est-il tenu en suspens pendant la première année du brevet originaire. Ce délai est donné au premier breveté pour rechercher les améliorations dont son invention est susceptible. La priorité que la loi lui confère a ce résultat, que la demande d'un tiers déposée dans le courant de la première année restera sous cachet au Ministère du Commerce jusqu'à l'expiration de cette année et ne sera ouverte qu'après ladite époque.

Lorsqu'il y a deux brevets, délivrés à deux personnes différentes, l'un pour l'invention principale et l'autre pour le perfectionnement, la situation créée à ces deux individus est plus ou moins tendue. Le premier breveté ne peut fabriquer que l'objet primitif, nécessairement imparfait ou incomplet. L'exploitation du second ne peut s'exercer que sur l'accessoire qui constitue son perfectionnement ; il payera tribut à l'autre pour l'objet principal. Ces deux personnes entreront vraisemblablement en rapports et fondront leurs droits dans une combinaison de société ou autre.

faire procéder par huissier à la *description avec ou sans saisie* des objets prévenus de contrefaçon.

Le délit est puni d'une *amende*, l'emprisonnement n'est prononcé qu'en cas de récidive. La poursuite est également sanctionnée par la *confiscation* des objets contrefaits.

Quant à savoir si le prévenu doit être de *mauvaise foi* pour encourir la condamnation, une distinction est faite d'après la nature du trafic auquel il s'est livré. Cette distinction nécessite la conciliation de deux articles de la loi de 1844, difficiles à mettre d'accord, les art. 40 et 41. — 1° Celui qui *fabrique* indûment le produit breveté est contrefacteur, même lorsqu'il a agi de bonne foi. Il avait à se renseigner sur l'existence du brevet. Il en est de même (sauf controverse), de celui qui fait du produit un *emploi commercial* comme moyen de conditionner d'autres objets ou d'exercer une autre entreprise (montage dans son usine de la machine arguée de contrefaçon ; emploi dans la teinture d'étoffes du produit colorant breveté ; Cass. ch. réun., 30 octobre 1889, D. 1900, 1, 337, bec Auer). — 2° Mais la *vente* ou la *mise en vente* des objets compris dans le brevet n'est punissable que chez un agent de mauvaise foi qui a opéré sciemment. — 3° Chez le simple *consommateur*, même agissant en connaissance de cause, la détention de l'objet contrefait reste impunie, à moins de se compliquer d'un cas de *recel*.

131. — B. Propriété littéraire et artistique (1). — Les productions dans l'ordre de la *littérature* ou des *arts* (peinture, dessin, photographie, musique, et aussi, depuis la loi du 11 mars 1902, architecture et statuaire) sont protégées d'une manière analogue à celle que nous venons de voir pour les créations industrielles. Le plus ou moins de mérite de ces productions ne modifie en rien le droit privatif de l'auteur.

L'écrivain ou l'artiste peut s'opposer à ce que d'autres empiètent sur son œuvre : il l'exploitera lui-même, ou bien il cédera le bénéfice de l'exploitation à un ayant cause qui est substitué alors à ses droits.

Cette concession peut avoir lieu sans réserve, pour tout le temps que durera le droit d'auteur : système que le législateur de l'avenir devrait peut-être tempérer, car bien des auteurs dans la gêne vendent à vil prix des œuvres qui font ensuite la fortune des éditeurs. Il l'a d'ailleurs tempérée déjà en ce qui concerne les œuvres d'art. La *loi du 30 mars 1920* modifiée par celle du 27 octobre 1922 réserve en effet aux artistes, sur celles de leurs œuvres (peintures, sculptures, dessins) qui passeront en vente publique, un droit de suite *inaliénable* se traduisant par la perception au profit de l'auteur d'une certaine portion

(1) BIBLIOG. — Ch. RENOARD, *Traité des droits d'auteur* ; E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique* ; C. COUVEIN, *La propriété industrielle, artistique et littéraire* ; G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle* (1^{er} vol.) ; BENOIT JOLY, *Etude sur la protection légale de la propriété artistique (peinture, sculpture, gravure)*, th. 1913 ; E. CHOS-SON, *Le droit de l'auteur dramatique*, 1913. — Spécialement, sur la protection des œuvres photographiques, v. POTU, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910 et 1911, et notes au *Dalloz*, 1912, 2, 182, 265 et 393. V. aussi, sur la protection des œuvres cinématographiques, l'opuscule du même auteur, 1912. Sur la protection accordée à l'auteur d'un scénario destiné à une adaptation cinématographique, V. Paris, 6 mai 1921, *Gazette des Tribunaux*, 20 juin 1921.

du prix de vente (1 à 3 0/0 selon l'importance du prix). Ce droit passe aux héritiers et ayants cause de l'artiste pour un temps égal à la durée de la propriété artistique, et s'exerce nonobstant toute cession de cette propriété que l'artiste ou ses héritiers auraient pu consentir.

Au lieu d'être consentie pour toute la durée du droit d'auteur, la cession du droit d'exploiter peut aussi ne porter que sur une *édition*, et alors, elle est plutôt une variante du louage d'ouvrage (1). — Pour une œuvre théâtrale ou musicale, on procède le plus communément en concédant à un entrepreneur le droit de représenter l'œuvre moyennant redevance ; l'auteur ne se prive pas de la faculté de délivrer d'autres autorisations à des tiers ; la convention se rapproche en ce cas de la *licence*, telle qu'elle fonctionne pour les brevets d'invention (n° 129).

132. — Tandis que, pour une œuvre de littérature ou d'arts figuratifs, le droit d'exploitation privative ne consiste que dans la *faculté de reproduction* (publication du livre ou d'une traduction du livre (2), dessins, copies, modelage), — il renferme deux attributs, lorsqu'il s'agit d'une œuvre scénique ou musicale : 1° l'auteur a le droit de multiplier les exemplaires contenant son œuvre, comme il le ferait d'un ouvrage de librairie (mise en vente du livret ou de la partition) ; 2° il peut *représenter* ou faire représenter l'œuvre sur un théâtre ou par un moyen quelconque d'audition publique.

Ces deux avantages sont juridiquement séparés. La contravention à ce second droit constitue le *délit de représentation illicite* (3), alors

(1) L'auteur ou ses ayants droit ont le droit d'exiger de l'éditeur qu'il publie l'ouvrage, ainsi qu'il l'a promis : la convention dira le chiffre du tirage et réglera éventuellement le sort des éditions suivantes. Si, au moment de la remise du manuscrit, aucun délai n'a été fixé pour la publication, l'éditeur qui l'a conservé dans ses cartons a-t-il le droit de le publier longtemps après, alors que l'auteur s'y oppose estimant l'œuvre surannée ? La négative a été jugée par le tribunal civil de la Seine le 4 décembre 1911 (Anatole France c. Lemerre), *Annales de droit commercial*, 1912, 163). — Dans aucun cas, l'éditeur n'a la faculté ni d'introduire des *modifications* dans l'ouvrage, ni d'en dénaturer la forme ou la pensée, ni de le publier sous un nom autre que celui de l'auteur. Ce *droit moral* de garantir l'œuvre contre toute altération ne résulte pas seulement de la propriété littéraire ordinaire ; les intéressés peuvent encore s'en prévaloir après que l'œuvre est tombée dans le domaine public. V. POTU, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre* (*Annales de droit commercial*, 1909, 211 et 293).

(2) Nous écartons ce qui se rapporte au droit international. Jusqu'à la dernière époque, les traités diplomatiques ne soumettaient pas à un même régime la publication dans la langue originale et la *traduction*. Mais l'art. 8 de la Convention de Berne, révisée à Berlin en 1908, pose au contraire le principe de l'assimilation, notamment au point de vue de la durée, de la protection du droit principal (reproduction dans la langue originale) et du droit de traduction. Aux termes de cet art. 8, pendant la durée du droit sur l'œuvre originale, les auteurs peuvent seuls en autoriser la traduction. V. POTU, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Berlin le 13 novembre 1908*, dans les *Annales de droit commercial*, 1913 et 1914, spécialement 1913, p. 485 et s. — En droit français, auparavant déjà, l'œuvre était protégée pour la même durée de temps contre les reproducteurs et contre les traducteurs ; d'autre part, l'œuvre théâtrale est garantie contre les *adaptations*.

(3) La Cour de Cassation a décidé que ne constituent pas des représentations publiques, exigeant une autorisation, des représentations auxquelles l'entrée dans la salle n'est permise qu'à des personnes munies de cartes nominatives, et ce, alors même qu'un certain nombre de cartes en blanc auraient été remises à des personnes soigneusement choisies pour faire des invitations (Cass., 4 avril 1922, *Gazette du Palais*, 1922, 1, 763).

que l'atteinte portée au premier s'appelle une *contrefaçon*. L'auteur peut traiter avec un libraire pour l'édition de l'œuvre et conserver par devers lui ou concéder à un directeur la faculté de représentation. Il n'y aura rien de commun dans le droit que possède le libraire et dans celui qui appartient au directeur. — Supposez une comédie mise au théâtre du vivant du dramaturge, et publiée en librairie après sa mort. L'œuvre sera contemporaine de l'auteur, au point de vue de l'un des attributs de l'œuvre, et posthume à l'autre point de vue (v. *infra*, n° 134).

133. — La législation des droits d'auteur a son origine dans les lois du 13 janvier 1791 (représentation des œuvres dramatiques ou musicales) et du 19 juillet 1793 (reproduction des œuvres littéraires et œuvres d'art) ; des lois postérieures ont en 1810, en 1844, en 1854, prolongé la durée du droit. La dernière en date est celle du 14 juillet 1866. *(Calcul des lois et des règlements. Durand 1866 page 280 note importante)*

Toutes ces lois, en prorogeant le droit pour une période plus longue que ne l'avait fait la loi précédente, ont soulevé une difficulté d'application transitoire. Comme la plupart des œuvres en cours étaient déjà cédées à des acquéreurs, on s'est demandé : — si l'extension de délai devait profiter au cessionnaire du droit, qui n'avait cependant acheté l'œuvre et convenu d'un prix que pour un temps plus limité ; — si l'œuvre ne devait pas au contraire, après l'expiration du premier délai, faire retour à l'auteur ou à sa famille ; — s'il n'était pas préférable enfin de la faire tomber dans le domaine public, sans égard au complément de délai de la loi nouvelle.

134. — La propriété littéraire ou artistique est d'abord viagère, c'est-à-dire qu'elle s'étend à toute la vie de l'auteur. Puis elle continue pendant les *cinquante ans* qui suivent sa mort (1).

L'auteur peut déroger par donation ou par testament à la transmission du droit aux héritiers naturels, sous réserve des règles concernant la réserve. Le *conjoint survivant*, que la loi réputé avoir pris sa part de collaboration dans l'œuvre, dispose d'une jouissance légale sur le droit d'auteur, à moins que celui-ci n'en ait autrement disposé, que le conjoint n'ait été séparé de corps par sa faute, ou qu'il vienne à se remarier (2).

Lorsqu'une œuvre est le produit d'une *collaboration* (entre un auteur dramatique et un musicien par exemple), la différence d'époque dans la mort de l'un et de l'autre aura pour résultat de donner au droit d'auteur une durée différente au profit des deux familles ou des deux cessionnaires. L'opinion générale, quoique de valeur discutable,

(1) Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 3 février 1919, « les droits accordés par la loi des 14-19 juillet 1866 aux héritiers et autres ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes, sont prorogés d'un temps égal à celui qui se sera écoulé entre le 2 août 1914 et la fin de l'année qui suivra le jour de la signature du traité de paix, pour toutes les œuvres publiées avant l'expiration de ladite année et non tombées dans le domaine public... ».

(2) Ce droit du conjoint survivant a moins d'importance qu'autrefois, depuis la loi du 9 mars 1891, qui institue en sa faveur la faculté de succéder en usufruit à une partie des biens de son conjoint, quelle qu'en soit la composition.

veut que l'*indivisibilité de l'œuvre* profite aux héritiers du prémourant qui, s'ils étaient seuls, n'auraient plus aucun droit : la vie plus longue de l'autre auteur prolonge ainsi leur propriété (*Contra*, Paris, 8 juin 1921, *Annales de la propriété industrielle*, 1921, p. 332).

La collaboration a fait naître d'autres difficultés. Que décider lorsque l'on veut publier ou représenter l'œuvre, alors que l'autre s'y oppose ? Appartient-il au tribunal de départager ce conflit comme arbitre des motifs auxquels obéissent les intéressés ? C'est un des nombreux problèmes que nous devons nous borner à énoncer.

Pour les *œuvres posthumes*, qui n'ont pas été publiées du vivant de l'auteur, un décret du 1^{er} germinal an XIII fait naître le droit, non du chef de cet auteur, mais du chef des héritiers qui publient l'ouvrage. Il leur confère, par conséquent, une propriété qu'ils transmettront à leur tour à leurs propres héritiers, « à charge toutefois d'imprimer séparément les œuvres posthumes et sans les joindre à une nouvelle édition des ouvrages déjà publiés et devenus propriété publique ».

135. — La reconnaissance par la loi du droit d'auteur n'est pas subordonnée à des formalités préalables. Seulement un *dépôt* est nécessaire ; jusqu'à la loi du 19 mai 1925 sur le dépôt légal, une demande en contrefaçon, qu'elle soit correctionnelle ou simplement civile, n'était possible qu'autant que l'auteur avait effectué le dépôt. La loi de 1925 a amélioré le fonctionnement du dépôt et surtout l'a sanctionné de façon plus énergique ; mais par ailleurs elle décide que le dépôt n'est plus la condition nécessaire de la poursuite en contrefaçon. Ce dépôt n'est pas prescrit, à peine de perte du droit, avant que l'œuvre ne soit publiée. A la différence de ce qui se passe pour les brevets d'invention, l'œuvre s'impose par elle-même au respect de tous.

Le dépôt porte sur *deux exemplaires* de la publication, à remettre à la *Bibliothèque nationale* et au *Ministère de l'Intérieur* (disposition avec laquelle il faut faire concorder l'art. 10 de la loi de 1881 sur la presse, qui exige un dépôt de chaque feuille du journal au parquet du Procureur de la République ainsi qu'au Ministère ou à la Préfecture). Les gravures sont également sujettes au dépôt (pour le cabinet des estampes). Mais cette formalité cesse à l'égard des œuvres de peinture ou de statuaire, celles-ci étant faites de règle en un exemplaire unique.

136. — Sauf sur un point (droit de reproduction en cas de vente d'une œuvre d'art, v. *infra*), il n'y a pas non plus de disposition spéciale relative à la *cession* du droit. Les règles ordinaires sur la preuve devront être suivies. En principe cette cession est libre (1).

Ici apparaît pour les œuvres d'art une difficulté classique : la

(1) La loi du 31 août 1920 avait subordonné l'exportation des objets d'ameublement antérieurs à 1830, des œuvres de peintres, graveurs, dessinateurs, sculpteurs, décorateurs, décédés depuis plus de vingt ans à la date de l'exportation, à une autorisation du Ministre des Beaux-Arts. Mais les articles 29, 33 et s. et 37 de la loi de finances du 31 décembre 1921 ont remplacé ce régime par le droit pour l'Etat de provoquer le classement des objets d'art mobiliers et par un droit de préemption à son profit sur toutes ventes publiques d'œuvres d'art. Décret d'application du 18 mars 1924 (*J. Off.*, 19 mars).

vente, sans réserve, d'une toile ou d'une sculpture emporte-t-elle transmission au profit de l'acquéreur du droit de reproduction ? La question a été vivement controversée et a scélévélé bien des contestations entre les artistes et leurs cessionnaires. C'était une question d'interprétation de conventions, à résoudre d'après les circonstances de fait. Elle est aujourd'hui tranchée par la loi du 9 avril 1910, dont l'article unique porte : « L'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction » (*Annales de droit commercial*, 1911, p. 59).

137. — Les peines de la contrefaçon sont écrites dans l'art. 427. Celles qui frappent le délit de représentation illicite résultent de l'art. 428 C. pén. (amende et confiscation de l'édition contrefaite ou des recettes).

138. — La protection des droits d'auteur et d'artiste et la perception des redevances dues à la publication ou à la représentation des œuvres, sont centralisées en France par l'action de certaines Sociétés, dites des gens de lettres, des auteurs et compositeurs dramatiques, des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et du Syndicat de la propriété artistique (peintres, sculpteurs, graveurs... architectes).

Ces sociétés prêtent leur ministère aux écrivains ou aux artistes qui en font partie, auprès des journaux, des éditeurs ou des théâtres disposés à publier leurs œuvres. La Société des auteurs dramatiques, par exemple, passe des traités avec les administrations théâtrales, en prenant pour le calcul des droits d'auteur des bases uniformes. Tout auteur sociétaire s'engage, par le seul fait de son admission, à ne laisser représenter ses œuvres quelconques que par un directeur pourvu d'un traité auprès de la société. Il y a là une pression exercée sur les entreprises théâtrales, obligées d'acquitter les droits que les auteurs leur imposent par l'action de leur syndicat (1).

Des agents correspondants touchent les droits pour le compte des intéressés. En ce qui concerne l'exercice des actions pour contrefaçon ou représentation illicite, chaque sociétaire a, par le fait de son adhésion aux statuts, délégué à la société le soin d'introduire en son nom les procès nécessaires (2).

139. — C. Dessins et modèles (3). — La législation des *dessins et modèles* était demeurée longtemps en France à l'état rudimentaire par suite de l'insuffisance tant de la loi du 18 mars 1806, chargeant les

(1) Voir ce qu'on a appelé le *trust* des théâtres afin de réagir contre cette pression, dans les *Annales de droit commercial*, 1906, p. 71.

(2) Sur l'organisation de ces sociétés, voir ASTRUC, *Le droit privé du théâtre*, th. 1897 ; BAYET, *La Société des auteurs dramatiques*, th. 1908 ; PONROY, *La Société des gens de lettres*, th. 1908 ; E. CHOSSON, *op. cit.* (pour la Société des auteurs et compositeurs dramatiques) ; BENOIT JOLY, *op. cit.*, p. 122 et s. (pour le Syndicat de la propriété artistique).

(3) BIBLIOG. — POUILLET, TAILLEFER et CLARO, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 5^e éd., 1911 ; PHILIPPON, *Traité des dessins de fabrique*, 1890 ; FOURNIER, *Des transformations de la législation sur les dessins et modèles industriels*, th. 1908 ; MARQUIS, *La législation protectrice des dessins et modèles*, loi du 11 juillet 1909, th. 1909.

prud'hommes de Lyon d'en recevoir le dépôt par échantillons, que de l'Ordonnance du 17 août 1825, déterminant comme lieu de dépôt, en l'absence de conseil de prud'hommes, le greffe du tribunal de commerce. C'est la *loi du 14 juillet 1909* (complétée par le décret du 26 juin 1911 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de cette loi ainsi que par la circulaire ministérielle du 10 juillet 1911 et modifiée en ce qui concerne le montant des taxes par la loi de finances du 13 juillet 1925, qui règle aujourd'hui cette institution (1). Elle s'applique à la fois aux *dessins*, dispositions en surface plane, et aux *modèles*, qui se distinguent par leur relief, ou, comme le dit l'art. 2 de la loi, à « tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable, lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ».

140. — La propriété ne dépend pas du dépôt, elle résulte de l'invention. Mais c'est par le *dépôt* du dessin ou d'une reproduction du modèle que l'intéressé manifeste sa volonté d'en user privativement, et ce dépôt crée à son profit, jusqu'à preuve du contraire, une présomption qu'il en est le créateur (2). La publicité du dessin antérieurement au dépôt n'entraîne point déchéance : le domaine public ne profiterait d'une mise en vente prématurée du produit, et le droit propre aux brevets d'invention ne doit pas être étendu à cette matière.

Le dépôt est effectué au secrétariat du conseil de prud'hommes ou, à défaut de prud'hommes, au greffe du tribunal de commerce du déposant. Il comporte deux exemplaires d'un spécimen ou d'une représentation de l'objet revendiqué contenus dans une boîte fermée sur laquelle sont apposés le cachet et la signature du déposant (art. 5, § 4, L. 1909).

La durée totale de la protection du dépôt, durée que la loi porte à cinquante ans (avant 1909, elle pouvait même être d'un temps indéfini), est répartie par la loi en trois phases de la manière suivante :

1° Cinq premières années : dépôt restant secret, à moins que le déposant n'en requière la publicité par envoi de la boîte à l'*Office national de la propriété industrielle*, où auront lieu son ouverture et le prélèvement des deux exemplaires, dont l'un sera reproduit par procédé photographique communiqué aux tribunaux et dont l'autre demeurera à l'*Office*, à la disposition du public. — Versement d'une taxe de 3 fr. 95 par dépôt, plus cinq centimes par objet déposé.

2° Vingt-cinq années (sur lesquelles s'imputent les cinq précédentes) : réquisition faite par le déposant, avant l'expiration des cinq années, du maintien de son dépôt, faute de quoi il lui sera restitué sur sa

(1) Un décret du 12 février 1913 rend applicable aux colonies (autres que l'Algérie) la loi du 14 juillet 1909. V. pour l'Algérie le décret du 18 mars 1915.

(2) Des décrets spéciaux à certaines industries pourront donner à une inscription sur registres privés, soumis à l'estampille administrative, la valeur du dépôt légal, pour constater la priorité d'emploi d'un dessin ou modèle (art. 4). V. le Décret d'application du 10 mars 1914.

demande, ou autrement transmis, après ouverture de la boîte, aux établissements à désigner par décret qui exposeront les objets.

Ce maintien du dépôt est accompagné de la publicité par le procédé qui vient d'être décrit, à moins que le requérant ne demande la conservation de la forme secrète. — Taxe de 50 fr. pour chacun des objets conservés avec publicité, et de 10 fr. pour chacun des objets gardés en dépôt secret.

3^o Prorogation possible pour une nouvelle période de vingt-cinq années, avec publicité cette fois indispensable. — Taxe de 75 fr. ou de 115 fr. selon les cas (l. 13 juillet 1925).

Les faits qui constituent de la part d'un tiers atteinte aux droits du propriétaire du dessin ou du modèle peuvent être antérieurs au dépôt, ils ne tombent pas alors sous le coup des sanctions de la loi de 1909 (1). S'ils lui sont postérieurs, ou bien le dépôt est encore secret à cette date : les poursuites, tant pénales que civiles, seront subordonnées à la preuve à fournir par la partie lésée, que l'inculpé est de mauvaise foi, et l'action elle-même ne pourra être intentée qu'en publiant le dépôt. Ou bien le dépôt avait déjà été rendu public au moment de l'accomplissement du fait reproché au tiers ; c'est à ce dernier alors à faire la preuve de sa bonne foi pour ne pas être condamné.

La pénalité consiste en une amende de 25 à 2.000 fr., les cas de récidive étant réservés et sans préjudice de la confiscation.

La procédure de la description avec ou sans saisie des objets incriminés, déjà pratiquée pour les brevets et les marques, a été étendue par la loi de 1909 à la présente action (2).

141. — Ce qui donne au dessin ou au modèle son caractère propre, c'est qu'il est du ressort de la *décoration* et qu'il a une portée purement ornementale. L'innovation fait apparaître une forme de nature à satisfaire le goût et à être recherchée pour elle-même. Si elle consistait dans un procédé susceptible d'être pratiquement utilisé, l'invention ne disposerait de la protection légale qu'à la condition de se mettre en règle avec le droit des *brevets*. Il faudrait suivre la loi de 1844 (L. 1909, art. 2, al. 2).

142. — Mais, s'il est relativement facile d'éviter une confusion entre le droit des dessins et celui des brevets, il n'en est plus de même lorsqu'il faut déterminer les signes qui distinguent le *dessin artistique* du *dessin industriel*. On s'en était aperçu bien avant la loi nouvelle. Le dessin d'art était protégé par la loi de 1793 complétée en dernier lieu en 1866 ; le dessin d'industrie l'était par la loi de 1806. Ni les formes de

(1) Mais même en l'absence de tout dépôt, le créateur d'un dessin ou modèle peut (art. 3. L. 1909) « invoquer en faveur de son droit la protection de la loi de 1793, si son dessin ou modèle est techniquement une œuvre de dessin ou de sculpture et, dans tous les cas, celle de l'art. 1382 C. civ., s'il est victime d'une concurrence déloyale » (Rapport PRACHE, à la Chambre des Députés, *J. Of.* du 19 août 1908, Annexe, p. 681 et s.).

(2) La loi nouvelle ne frappe pas de déchéance le propriétaire du dessin, faute par lui de l'exploiter en France. Il faut en conclure que la règle suivie pour les brevets d'invention ne s'étend pas aux dessins de fabrique (Paris, 16 avril 1908, S. 1909, 2, 7). Mais un projet de loi séparé a pour but d'établir cette cause de déchéance.

conservation du droit, ni sa durée n'étaient les mêmes pour les deux institutions.

La question présentait de l'intérêt pour les dessins artistiques, rendus ensuite de vente courante par un moyen industriel de reproduction. On avait soutenu que le fabricant, tenant le dessin de l'artiste, n'en acquerrait la propriété, ainsi que l'action en contrefaçon, que moyennant un dépôt au conseil des prud'hommes. Cette opinion était rejetée par divers auteurs, tels que M. PUILLET, qui permettaient au contraire au fabricant de se prévaloir, même alors, de la loi de 1793 sur la propriété artistique (Cass., 31 juillet 1855, D. 55, 1, 335).

Une loi de 1902, dont la portée n'est pas très claire, est venue donner raison à cette dernière théorie. Elle place sous le régime de la propriété artistique « les sculpteurs et dessinateurs d'ornements, *quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* (L. 11 mars 1902, art. 2) ». Prise à la lettre, la disposition nouvelle aurait abrogé la loi du 18 mars 1806 par suite d'une absorption de cette loi dans celle de 1793 (V. HARMAND dans l'*Annuaire de législation française*, XXII, p. 95). Cette interprétation n'a point prévalu : la protection légale peut s'exercer conformément à l'une ou à l'autre législation. La loi nouvelle du 14 juillet 1909 (1) a confirmé la thèse d'après laquelle le propriétaire du dessin industriel pourrait tenir d'autres dispositions légales, et notamment des lois de 1793 et de 1902, des droits plus étendus que ceux résultant de son propre contenu (art. 1^{er} et 9 *in fine*) (2).

143. — Il existe des formes de costumes, mises en vogue par les couturiers et susceptibles de varier d'une saison à l'autre. Elles ne se prêtent guère à la protection des modèles, bien que les principes des lois de 1806 et de 1909 ne s'opposent pas au dépôt d'un patron de mode (V. cependant Req., 29 juillet 1913, S. 1914, 1, 68). En tout cas, si une maison de couture se procurait le modèle d'une maison concurrente, par exemple au moyen d'un compère qui se commanderait un vêtement sur ce modèle, il pourrait y avoir dans cet agissement les éléments d'une concurrence déloyale.

(1) V. dans le rapport de la loi de 1909, fait au Sénat par M. LEMARIÉ, les opinions, défendues. V. aussi le rapport fait à la Chambre par M. PRACHE, n° 140 ci-dessus en note.

(2) Ce système, qui permet à l'auteur d'un dessin ou modèle de cumuler le bénéfice des lois sur la « propriété artistique » et de celles sur les « dessins et modèles industriels », avait été proposé à la Conférence de Berlin en 1908. Mais il fut repoussé sur l'opposition de plusieurs Etats (Angleterre, Suisse) dont la législation interne n'accorde aux œuvres d'art appliqué que la protection des lois sur le droit industriel ; et finalement la Conférence arrêta un texte transactionnel ainsi conçu : « Les œuvres d'art appliqué à l'industrie sont protégées autant que permet de le faire la législation intérieure de chaque pays d'importation ». Il serait résulté de ce texte que, tandis que les étrangers auraient joui chez nous du bénéfice cumulé des lois de 1793 et de 1919, au contraire, dans les pays qui refusent d'assimiler les œuvres de l'art appliqué aux œuvres de l'art pur, nos nationaux n'auraient pu invoquer pour leurs dessins et modèles que la protection restreinte du droit industriel. C'est pour éviter cette situation défavorable que la France, usant de la faculté prévue à l'art. 27 de la Convention, a émis une réserve au sujet du texte précité. Sur la portée exacte de cette réserve, v. POTU, *Annales de droit commercial*, 1913, p. 473 et s.

CHAPITRE II

CAPACITÉ REQUISE POUR FAIRE LE COMMERCE

(Art. 2 à 7 C. com.).

144. — Après avoir esquissé, comme suite naturelle à la profession commerciale, le droit de la *propriété industrielle*, nous devons revenir aux prescriptions qui sont du ressort du droit commercial proprement dit.

L'exercice du commerce nécessite certaines *conditions de capacité*.

145. — **Interdiction de faire le commerce.** — Il ne faut pas confondre l'*incapacité* avec l'*interdiction* de faire le commerce, plus exactement avec les *incompatibilités*.

1° Le commerce est incompatible avec certaines professions, avec la plupart des fonctions publiques (non pas bien entendu avec les fonctions parlementaires), avec les offices ministériels, avec la profession d'avocat (1).

Les fonctionnaires, en se livrant à une entreprise de commerce, perdraient de vue la défense de l'intérêt général à laquelle ils sont préposés. Ils ne doivent même pas faire un acte de commerce particulier. De là cette conséquence qu'un avocat ou un officier de l'armée peut vendre le vin de ses propriétés, mais non exploiter, même par le ministère d'un agent, une usine ou une banque.

La sanction de ces interdictions consiste : a) tantôt dans des peines, b) tantôt dans une réprimande disciplinaire, c) tantôt dans une destitution (art. 87 C. com.). Les actes de commerce accomplis au mépris de la défense sont valables, le tribunal de commerce en pourra connaître, l'opérateur, en cas de cessation de paiements, encourra la faillite. Une contravention à la loi ne saurait procurer au coupable le droit de s'affranchir de ses engagements, ni celui d'éluder une règle de compétence ou d'exécution.

Ce n'est que dans certains cas exceptionnels que des actes ainsi accomplis pourraient être annulés ; la nullité appartient alors non au fonctionnaire en faute, mais à sa contre-partie. Ainsi en est-il des cas où la loi voit dans l'exercice du commerce le résultat d'une pression d'autorité (Ex. : opérations conclues par les fonctionnaires civils ou militaires, en matière de trafic de grains ou de boissons dans leur ressort, opérations punissables en outre d'après l'art. 176 C. pén.).

(1) Il sera difficile de séparer chez l'avocat les faits de représentation relevant de l'ordre judiciaire et permis à la profession, de ceux qui, propres aux agents d'affaires, lui seraient par conséquent interdits (V. l'arrêt de la Ch. des Req. du 11 nov. 1895, D. 96, 1, 65, sur la demande d'inscription au barreau de la Cour de Montpellier des avocats de Cette). Comp. l'art. 45 du Décret du 20 juin 1920 sur l'exercice de la profession d'avocat, qui exclut de cette profession « toutes personnes exerçant la profession d'agent d'affaires ou dont le conjoint exerce cette profession ».

2° L'incapable se trouve dans des conditions différentes de celles de la personne frappée d'interdiction commerciale. L'incapable ne peut faire d'actes de commerce *réguliers*, et une action en nullité s'ouvre à son profit.

Nous nous occuperons successivement de l'étranger, du mineur, de la femme mariée, de l'Etat ou des communes.

SECTION PREMIÈRE

L'ÉTRANGER

146. — L'étranger n'est point un incapable. Résidant ou non en France, il a toute capacité pour traiter dans l'ordre commercial soit avec un autre étranger, soit avec un Français. C'est par les relations avec l'étranger que le commerce s'est développé, et l'on s'accorde à rapporter les actes de toute nature qu'embrasse le commerce aux droits des *gens*, ou *naturels*. Ces droits, par antithèse aux *droits* purement *civils*, appartiennent en France aux étrangers, sans condition nécessaire de réciprocité (interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 11 C. civ.) (1).

Un étranger peut donc ester en justice en France, il peut y demander ou y encourir la faillite.

La non recevabilité devant les tribunaux français d'un procès entre deux plaideurs qui seraient étrangers l'un et l'autre est admise par les interprètes du droit civil, sauf certaines atténuations. Mais elle n'existe pas en droit commercial. C'est que l'incompétence de la justice française entre étrangers a lieu *ratione personæ* et non pas *ratione materiæ*, au moins suivant l'opinion qui tend à prévaloir. Dès lors, il suffit qu'on soit dans un cas où la demande peut être légitimement portée devant un tribunal autre que celui du domicile du défendeur, par ex. devant celui du lieu de contrat ou du paiement, et que ce dernier lieu se trouve en l'espèce situé en France, pour qu'un de nos tribunaux reprenne juridiction. Cette pluralité de tribunaux compétents se rencontre précisément en matière commerciale (art. 420 C. proc. civ.). Il faut réserver cependant les difficultés tenant à l'interprétation de certains traités internationaux, notamment de la convention franco-belge du 8 juillet 1899 (2).

(1) Cette règle n'est vraie que pour le temps de paix. La coutume du droit des gens veut que, à raison de l'état de guerre et dans l'intérêt de la défense nationale, tout commerce soit interdit à nos nationaux avec les sujets des Etats belligérants, nos ennemis (THALLER et PIC, *Des sociétés commerciales*, I, n° 419). Il a été fait une application rigoureuse de cette coutume pendant la grande guerre (D. 27 septembre 1914 ; L. 4 avril 1915). Sanctions : nullité des contrats, pénalités correctionnelles. Le décret du 27 septembre 1914, applicable, d'après son article 2, « pendant toute la durée des hostilités », a cessé de produire effet à partir de la loi du 23 octobre 1919 fixant la date de la cessation des hostilités.

(2) M. BERNARD, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*.

Les restrictions au droit pour un étranger de faire le commerce à l'égal d'un Français sont les suivantes :

a) Il n'a pas *les droits politiques*, il ne peut être agent de change, courtier officiel ou inscrit, il ne concourt pas aux élections des tribunaux ou chambres de commerce. La faillite ne lui fait point perdre une capacité civile qui lui manque.

b) Exerçant sa profession en France, il doit, sous peine d'amende et à moins d'être admis à domicile, faire à la mairie, dans les huit jours, une *déclaration de résidence* (L. 8 août 1893).

c) Si le commerce, au lieu d'être entrepris par un individu, était exercé par une société, sous la forme de *société anonyme*, cette société, en la supposant étrangère, est soumise à un régime particulier, ayant son principe dans une loi du 30 mai 1857. Elle n'a que sous certaines conditions le droit d'opérer ou d'ester en justice en France. La question sera reprise plus loin.

d) Jusqu'à ces derniers temps, une faveur était faite à l'étranger, lorsqu'il plaidait *en matière commerciale*, comme demandeur en France contre un Français. Il était dispensé de la caution qu'avait à fournir l'étranger *dans les procès civils*, afin de répondre envers le défendeur français des frais et des dommages-intérêts du procès (art. 16 C. civ.). — Cette faveur lui a été enlevée par la *loi du 5 mars 1895*. La règle est devenue la même pour les litiges commerciaux que pour les litiges civils. L'étranger non admis à domicile est plus mal traité qu'un Français ; car, poursuivant un Français en justice, il doit prêter la caution *judicatum solvi*, à laquelle ne sont point astreints nos nationaux. — Mais la loi de 1895 était à peine entrée en vigueur, qu'un texte diplomatique important, sans la réduire à l'état de lettre morte, en restreignait beaucoup l'application. La *convention de La Haye du 14 novembre 1896*, à laquelle ont adhéré quinze Etats de l'Europe, a supprimé la condition de la caution au regard des nationaux de l'un de ces Etats, *ayant leur domicile dans l'un des autres*. Cette disposition a été maintenue dans l'art. 17 de la nouvelle *convention de La Haye du 17 juillet 1905* (promulguée en France par décret du 30 avril 1909) qui remplace celle du 14 novembre 1896. En outre, le texte nouveau précise formellement que les traités « par lesquels des Etats contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi*,... sans condition de domicile, continueront à s'appliquer » (1).

e) En matière de *propriété industrielle*, les étrangers ne sont pas assimilés aux Français.

Le droit de revendiquer une *marque de fabrique* et d'exercer l'action en contrefaçon n'appartient en principe aux étrangers et même aux Français que pour les *établissements* d'industrie ou de commerce *qu'ils possèdent en France*. Les propriétaires d'établissements situés hors de France n'ont le même bénéfice pour les produits provenant de ces établissements qu'en cas de conventions diplomatiques ou à la

(1) Plusieurs Etats ont conclu des traités de ce genre : leurs nationaux sont alors dispensés de la caution « sans condition de domicile ». — En outre, on discute à cet égard la portée de la clause du *libre accès près de nos tribunaux* (convention avec l'Espagne).

faveur d'une réciprocité conférée aux marques françaises dans le pays étranger (art. 6, L. 23 juin 1857 et art. 9, L. 26 novembre 1873). La marque doit alors être déposée au greffe du tribunal de commerce de la Seine.

Cet état de réciprocité a été organisé entre la plupart des Etats d'Europe par la *convention de Paris du 20 mars 1883*, qui institue une « Union internationale pour la protection de la propriété industrielle ». Cette convention a été modifiée par l'« acte additionnel de Bruxelles du 14 décembre 1900 », et par la « convention de Washington du 2 juin 1911 » (*Annales de droit commercial*, 1911, 231 et 317), promulguée en France par décret du 20 avril 1913. En outre, par suite d'« arrangements pris à Madrid en 1891 », entre certains Etats de l'Union seulement, un enregistrement de la marque par le Bureau international de Berne en assure par lui-même la conservation dans chacun des Etats contractants ; cette convention d'Union restreinte a été modifiée également à Bruxelles en 1900 et à Washington en 1911.

Il n'y a pas de restriction apportée au droit, qu'a tout étranger, de faire breveter une *invention* en France, pourvu toutefois que celle-ci n'ait pas reçu déjà de publicité à l'étranger, art. 27 et 28 de la loi de 1844 (voir l'art. 29 sur les brevets d'importation dans cette même loi, et la convention précitée du 20 mars 1883, modifiée en 1900 et 1911).

Depuis le décret du 28 mars 1852, la contrefaçon sur le territoire français d'*ouvrages littéraires ou artistiques* publiés à l'étranger est réprimée de la même manière que la contrefaçon d'ouvrages français. La nationalité de l'auteur ou de l'artiste est indifférente, comme aussi l'origine de l'œuvre (ajoutez un certain nombre de traités, et surtout la *convention de Berne du 9 septembre 1886* créant une « Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques », convention révisée par celle de Berlin du 13 novembre 1908, v. Potu, *Annales de droit commercial*, 1913 et 1914) (1).

SECTION II

LE MINEUR

147. — Le mineur de vingt et un ans, de l'un ou de l'autre sexe, peut-il faire le commerce ? Et, en cas d'affirmative, à quelles conditions ?

Si l'on avait suivi le droit commun, on aurait appliqué les règles établies dans le Code civil sur la minorité et sur l'émancipation (art. 450 et suiv.). On aurait donc statué ainsi :

a) Le mineur est-il *en tutelle* ? Le tuteur aurait pu entreprendre un commerce au nom du pupille. Mais, pour chacun des actes excédant ses pouvoirs ordinaires d'administration (emprunt, aliénation,

(1) A signaler un projet de loi, adopté par la Chambre en 1923, sur l'accession des étrangers à la propriété immobilière, tendant à restreindre à certains égards la liberté pour eux d'acquérir des immeubles en France.

etc.), il aurait eu à se pourvoir d'une délibération du conseil de famille, homologuée au besoin par le tribunal civil.

b) Le mineur est-il *émancipé* ? C'est lui-même qui aurait fait ces divers actes, assisté de son curateur. Au besoin, il se serait assuré les autorisations nécessaires, d'après la nature de l'opération.

Mais, dans aucun des deux cas, l'accomplissement *libre* du commerce par le mineur n'eût été possible : ses actes auraient été annulables ou rescindables à son profit (art. 1305, 1314 C. civ.).

La loi a repoussé ce système. Le commerce met en jeu des qualités personnelles. Il peut s'exercer par représentant *conventionnel*, car le représenté continue à en inspirer et à en surveiller la marche. Mais il exclut la représentation *légale* d'incapables : ceux-ci sont hors d'état de contrôler leur mandataire (1). Le tuteur engagerait le mineur dans des opérations ruineuses.

D'autre part, le commerce ne va pas sans une large indépendance pour accomplir les actes qu'il entraîne à sa suite. Il ne s'accommode pas d'entraves juridiques. L'obligation de faire autoriser les opérations importantes produirait de perpétuels à-coups (2).

Donc, pendant la minorité, — ou bien incapacité radicale du mineur, dont rien ne pourrait le relever, — ou bien son assimilation à un majeur. Il n'y avait pas de moyen terme convenable.

148. — Le législateur a pris parti pour cette dernière solution. Il permet au mineur de faire le commerce avant sa majorité, *avec la même capacité qu'un majeur*. Il a pris en considération ses aptitudes possibles en matière d'affaires ; celles-ci peuvent justifier en sa faveur une anticipation d'âge.

L'ancien droit, s'inspirant de ces idées, n'admettait pas la restitution du mineur commerçant contre ses engagements. Partant de la maxime que « le commerce émancipe », il ne subordonnait la capacité du mineur à aucune condition autre que le discernement de ses actes (excepté dans les corps de maîtrise, où l'on ne pouvait se faire recevoir avant vingt ans accomplis : Ordonnance de 1673, titre I^{er}, art. 5 et 6).

Telle fut la règle maintenue par le Code civil, article 1308. Le Code de commerce l'a consacrée à son tour, mais *en la réglementant*, afin d'écartier les abus.

149. — Nous avons à examiner : — 1^o les conditions d'habilitation du mineur ; — 2^o les effets attachés à ses actes.

(1) De là il ressort que *l'interdit légal ou judiciaire* ne peut faire le commerce ni par lui-même ni par l'entremise de son tuteur. — Les jugements d'interdiction sont publiés par extrait dans un registre déposé au greffe du tribunal civil du lieu de naissance de l'interdit (L. 16 mars 1893, nouvel art. 501 C. civ.). On peut être informé par là de l'état d'interdiction de la personne avec qui on se disposait à contracter. D'ailleurs on peut aujourd'hui connaître, par le registre du commerce, la date et le lieu de naissance de tout commerçant immatriculé (art. 2, l. 18 mars 1919).

(2) De là vient que le *prodigue* ou la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut faire le commerce de profession, puisqu'il lui faudrait pour les actes visés par les art. 499 et 513 C. civ. se faire assister par son conseil. Mais il pourrait, sous réserve de cet assistance, accomplir des actes de commerce isolés. — Sur la publicité des jugements portant nomination d'un conseil judiciaire, voir la note précédente.

§ 1. — Conditions d'habilitation du mineur au commerce

(Art. 2 et 3 C. com.).

150. — Ces conditions sont les mêmes, qu'il s'agisse d'entreprendre un commerce professionnel ou d'accomplir un acte isolé de commerce (art. 3). Elles sont mentionnées par l'art. 2 ; il y en a quatre : — l'émancipation, — ~~l'accomplissement de l'âge de dix-huit ans~~, — une autorisation expresse et préalable de celui sous la puissance de qui le mineur est placé, — une *publicité* donnée à cette autorisation.

1° Le mineur doit être émancipé soit expressément, soit par le fait de son mariage. C'est bien le moins, s'il entend faire le commerce, que la tutelle ait cessé pour lui, d'abord au point de vue civil.

2° Il doit avoir dix-huit ans révolus, la loi ne le jugeant pas avant cet âge pourvu d'assez de maturité. — Cette condition ne se confond pas avec la première, l'émancipation pouvant dans la plupart des cas avoir lieu dès l'âge de quinze ans. Or, à quinze ans, le commerce ne peut pas encore être abordé.

3° Il lui faut une autorisation *expresse et préalable*. Cette autorisation est délivrée par écrit (autrement on ne pourrait la publier). Elle provient de la personne qui exerce sur le mineur la puissance paternelle, soit : — le père, pendant la durée du mariage ou lorsqu'il est le survivant des deux époux ; — la mère, si le père est mort ou s'il ne peut exercer la puissance paternelle (interdiction, absence, condamnation pénale), ou encore s'il s'agit d'un enfant naturel qui aurait été reconnu par la mère seulement ; — à défaut de ses deux parents (ou bien s'ils ont encouru tous deux la déchéance de la puissance paternelle par application de la loi du 24 juillet 1889, arg. art. 14 de cette loi), le conseil de famille. La délibération de ce conseil, nécessairement prise en la forme authentique, devra être homologuée par le tribunal civil du domicile du mineur... par le tribunal civil, parce qu'il s'agit d'une capacité à octroyer..., du domicile du mineur, parce que ce tribunal-là est le mieux en mesure de se renseigner sur les qualités de ce mineur et sur son esprit d'ordre et de conduite.

Il est bien entendu que l'autorisation, lorsqu'elle est délivrée par le père ou par la mère, n'a pas besoin d'être homologuée par la justice.

4° Cette autorisation doit être rendue publique, au moyen d'une mention sur un registre du greffe et d'une affiche placardée (on ne dit pas pendant quel délai) dans la salle d'audiences du tribunal de commerce du lieu où le mineur veut exploiter son commerce (système de publicité défectueux) (1).

C'est auprès de ce tribunal que les personnes avec qui le commerçant va se mettre en relations, recueilleront leurs renseignements sur l'accomplissement des règles de capacité.

En stricte logique, cette quatrième condition ne devrait pas être sanctionnée, comme les trois autres, par la nullité des actes : le défaut de publication n'a pas empêché le mineur d'accomplir des opérations réfléchies. Quoi qu'il en soit, le texte ne fait point de distinction (2).

(1 et 2) Cette publicité est complétée aujourd'hui par l'article 4, 6° de la loi du 18 mars

151. — Caractères de l'autorisation. — De ces quatre conditions, il en est une qui domine les autres, c'est l'*autorisation*. Outre qu'elle ne peut être donnée après coup, ni régulariser les opérations qui l'auraient précédée, elle dispose de caractères méritant d'être examinés.

Elle est fournie en une seule fois et forme comme une seconde émancipation superposée à la première. Le mineur sort du contrôle de l'autorisant, pour les actes de commerce qu'il viendra à entreprendre. Ce n'est pas, comme dans d'autres dépendances de droit, une approbation donnée à des opérations dont l'autorisant surveillerait successivement le mérite. C'est l'*octroi d'un brevet de capacité*.

Il s'ensuit : — a) Que l'autorisation peut être générale ; on pourrait d'ailleurs la limiter soit à une opération déterminée, soit à une branche de commerce spécifiée ;

b) Qu'elle n'empêche point celui qui l'a donnée de contracter avec le mineur. Il n'y a pas lieu de suivre l'adage : *nemo auctor est in rem suam* (En sens contr. Paris, 14 novembre 1901, 2, 238). Un fils majeur peut traiter régulièrement avec son père, entrer avec lui en société, etc. : un mineur autorisé le peut aussi, et pour la même raison ;

c) Qu'elle n'est pas *révocable*. On ne saurait faire retomber dans son incapacité une personne rendue capable. Si toutefois le mineur se livrait à des spéculations déraisonnables, on pourrait saisir le tribunal d'une demande aux fins de retrait d'autorisation. Il y a deux moyens à la portée de l'autorisant. Un *moyen indirect* : faire déchoir le mineur du bénéfice de son émancipation, à condition de justifier contre lui, dans l'ordre civil, de ces actes réductibles en cas d'excès dont parlent les art. 484 et 485 C. civ. Un *moyen direct* : lui laisser l'émancipation, mais à charge de prouver, d'après sa conduite dans les affaires, que l'autorisation doit lui être retirée (arg. d'analogie tiré de ces art. 484 et 485).

En tout cas, le retrait ne peut se faire par la seule volonté de l'autorisant ; il est subordonné à une décision du tribunal, dont il faudra informer les tiers. La loi ne détermine pas la forme de la publicité à accomplir en pareil cas ; elle sera donc laissée à l'appréciation des juges. Aussi longtemps que le retrait d'autorisation n'aura pas été publié, le mineur sera présumé toujours capable, au regard des tiers de bonne foi (arg. art. 2005 C. civ.).

152. — Commerce transmis par succession au mineur. — Dans ce qui précède, il n'est question que d'un commerce entrepris par le mineur, et non d'un *commerce* qui lui serait *transmis* par succession. Un négociant ou manufacturier meurt, en laissant pour héritier un fils mineur et un établissement en pleine prospérité. La continuation du commerce est-elle impossible ?

Il serait regrettable qu'on fût obligé de vendre cet établissement, en se fondant sur le motif que le mineur n'a pas la capacité de l'exploiter.

1919, qui prescrit au mineur commerçant, lorsqu'il requiert son inscription au registre du commerce, d'indiquer l'autorisation expresse à lui donnée conformément à l'art. 2 C. com. Mais l'observation de cette prescription n'est sanctionnée que par une amende, non par la nullité des actes du mineur.

ter et qu'il ne peut acquérir cette capacité d'aucune manière s'il est âgé moins de dix-huit ans. L'établissement, en tant que clientèle, ne pourra même pas se vendre, si le conseil de famille refuse d'en autoriser l'aliénation (L. 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières et autres *meubles incorporels* appartenant aux mineurs). On paraît enfermé dans une impasse.

Des lois étrangères (Belgique, Italie, etc.) permettent au tuteur de continuer l'exploitation jusqu'à sa majorité, avec l'autorisation du conseil de famille. Le silence de la loi française s'oppose à ce que pareille voie soit suivie chez nous.

Mais il reste une ressource à laquelle on se résout en pratique, sans bien décomposer par raisonnement ce qu'on fait. La loi, en effet, ne défend pas à un mineur de demeurer propriétaire d'un fonds de commerce. *Cette propriété à elle seule ne le rend pas commerçant*, puisque le commerce réside dans le risque de l'exploitation; tout en laissant au mineur un élément peut-être fort appréciable de son patrimoine, on peut aviser au moyen de suspendre le commerce quant à lui (Voir plus haut les observations faites à l'occasion de la profession, n° 92).

Cela étant, de deux choses l'une : 1° Ou bien le mineur héritier reste sous la puissance de son père ou de sa mère, habile à exercer sur ses biens l'usufruit légal de l'art. 384 C. civ. jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans. Par le fait de son *usufruit*, cet ascendant survivant prendra l'exploitation à son compte, recueillera les bénéfices ou souffrira les pertes. Le père ou la mère continue transitoirement le commerce en son propre nom, sauf à le rétrocéder au mineur à partir de ses dix-huit ans. Ni les engagements de l'usufruitier, ni sa faillite ne se répercuteront sur le mineur lui-même : le fonds, les immeubles sur lesquels il s'exerce ne pourront pas être saisis par les créanciers de l'exploitant.

2° Ou bien il n'y a pas d'usufruit légal. Grâce à l'emploi du contrat de louage on réalisera le même résultat que dans le cas précédent. Le tuteur *donnera bail* à un tiers ou prendra bail pour lui-même, avec l'autorisation du conseil de famille, du fonds de commerce ou d'industrie, moyennant un loyer annuel convenu (art. 450 C. civ.). Ce bail ne sera conclu que pour la période à écourir jusqu'à ce que les dix-huit ans soient révolus.

Par là les principes sont sauvegardés. Il est vrai que le mineur n'aura pas la chance de retirer pendant cette période les gros profits que donnera le fonds, s'il est de bon rendement, et que le régime d'un revenu fixe se substituera temporairement à celui du bénéfice variable. Mais, en fait, la personne qui tiendra l'établissement sera presque toujours un proche, qui lui reversera spontanément à sa majorité ou à ses dix-huit ans le produit des gains acquis dans l'intervalle.

§ 2. — Effets attachés aux actes du mineur commerçant

153. — Le mineur a été habilité, ou non. Les deux cas méritent examen.

I. *Il a été habilité* conformément à l'art. 2. Il y a en lui une double personne, celle du commerçant et celle du non commerçant.

Pour ce qui concerne son commerce, il est pleinement capable, comme un majeur. Il ne saurait arguer de sa minorité afin de faire tomber ses actes.

Sont valables, et les opérations constituant des actes de commerce par leur nature, et celles qui sont commerciales par la théorie de l'accessoire, ou qui sont faites pour les besoins de son commerce, sans qu'il y ait lieu de mettre à part les actes ayant des immeubles pour objet (achat, hypothèque, location de terrains ou de bâtiments). — Ainsi en est-il de l'acquisition même du fonds de commerce qu'il se propose d'exploiter. — Il a en outre toute capacité à l'effet de souscrire les lettres de change pour les besoins de son commerce (art. 114 C. com.).

Le mineur répond de ses actes devant le tribunal de commerce. Il est librement en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur, la cause n'est pas communicable (*non obst.* art. 83-6° C. proc. civ.), il transige ou consent à un arbitrage. — Il encourt la faillite s'il tombe au-dessous de ses affaires.

A un double point de vue, il est dans une situation moins bonne qu'un majeur : 1° Il ne peut pas être électeur au tribunal de commerce, sa capacité politique ne commençant qu'à partir de vingt et un ans (de même des fonctions d'agent de change, de courtier maritime ou de courtier inscrit en marchandises).

2° Libre d'engager ou d'hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son négoce, il ne peut pas les aliéner. D'après l'art. 6 C. com., la vente de ces immeubles, même en vue du commerce, n'est pas permise. Du moins ne l'est-elle que sous les conditions réglées par le Code civil (assistance du curateur, délibération du conseil de famille homologuée par justice, vente aux enchères) (1).

C'est là une dérogation à la règle que le pouvoir d'hypothéquer se mesure au pouvoir d'aliéner, et inversement (art. 2124 C. civ.). Le mineur ici peut hypothéquer, non aliéner. L'aliénation a paru chose plus grave, elle fait sortir le bien du patrimoine. L'hypothèque le menace seulement pour l'avenir, il faut espérer que cette menace ne se réalisera point.

Au contraire, *pour ce qui touche ses intérêts civils*, le mineur reste soumis au droit ordinaire de l'émancipation : par exemple, il ne contractera un emprunt que suivant les art. 457 et 468 C. civ. (Req., 16 mars 1898, D. 98, 1, 279).

(1) La Cour de Riom a jugé que les immeubles du mineur pouvaient être l'objet d'un apport en société, en dehors de toute adjudication publique par conséquent, moyennant une délibération de conseil de famille homologuée par le tribunal (2 mai 1907, S. 1908, 2, 289, et note WAHL). — En sens contraire : Trib. civ. Seine, 22 février 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 178, avec la note qui critique ce jugement. D'après lui, l'apport en nature fait à une société en commandite simple, par un père, au nom et comme administrateur légal des biens de son enfant mineur de moins de dix-huit ans, est entaché de nullité comme constituant un acte de commerce. V. *infra*, n° 335. — Sur l'apport à une société d'un fonds de commerce indivis entre majeurs et mineurs, et sur les garanties nécessaires pour la protection de ces derniers, v. Paris, 25 juillet 1925 (*Journ. Soc.*, 1926, p. 167).

154. — Cette condition, de nature double, a des inconvénients. Les bailleurs de fonds ignorent la destination civile ou commerciale de l'acte auquel ils participent : le prêt sera nul dans le premier cas, valable dans le second. Par prudence, ils se feront déléguer, pour le versement de l'argent, au fournisseur de commerce du mineur.

Il semble qu'on doive suivre la *présomption de commercialité* de l'art. 638, al. 2. L'engagement d'un commerçant, lorsque la cause n'en est pas exprimée, n'est-il pas présumé relatif à son commerce ?

Mais c'est donner à la présomption légale une portée excessive. Elle règle un point de compétence et, pour un marché dont la validité n'est pas contestée, elle donne la préférence au tribunal de commerce sur le tribunal civil. Ici, on va plus loin : on répute l'acte valable, et cependant pour un incapable c'est l'incapacité qui forme la règle.

Néanmoins, en pratique, on étend la présomption, et c'est à bon droit. Les juges de commerce pouvant admettre, sans limite de chiffre, la preuve testimoniale, peuvent aussi motiver leur décision sur une *présomption de fait*. Or, pour un négociant, ce sont les actes de commerce qui représentent la grande majorité des opérations. Il faudra que le tribunal fonde sa décision sur l'art. 1353 C. civ. et non plus sur l'art. 638 C. com.

155. — II. *Le mineur n'a pas été régulièrement habilité.* — Ses actes sont alors, à sa demande, sujets à nullité (art. 1311). L'action durera dix ans à partir de sa majorité, à moins de confirmation avant cette date (art. 1338). Le succès de la demande ne sera pas subordonné à la preuve d'une lésion (arg. art. 1314) (Cass. 7 mars 1922, S. 1922. T. 145, note LYON-CAEN, D. 1922. T. 196, et sur renvoi Dijon 29 janvier 1923, la loi du 6 octobre 1923) ; pourvu toutefois que le mineur ne s'enrichisse pas au détriment de sa contre-partie. Celle-ci n'est point fondée à exercer la nullité (art. 1125 C. civ.), elle devra donc exécuter l'opération si le mineur trouve de son intérêt de la maintenir.

Dans un cas d'ailleurs délicat, l'action en nullité doit encore être donnée. — L'acte, nul comme commercial, répondrait, par hypothèse, aux conditions de régularité d'un acte civil de mineur émancipé (achat de marchandises au moyen d'intérêts de capitaux). — Il ne faut pas y avoir un placement régulier des revenus du mineur, on donnerait à l'acte une autre signification que le premier ne l'avait entendu.

156. — Dernière question. L'autorisation a bien été donnée, mais l'une des conditions premières, l'âge de dix-huit ans, par exemple, manquait. Trompés par les apparences, des tiers ont traité avec le mineur. Le mineur pourra-t-il faire tomber son engagement ?

Oui, semble-t-il, la sanction de la nullité est établie respectivement pour chaque condition.

Mais cette opinion crée l'insécurité. Le mineur ne s'est pas contenté de faire une déclaration de majorité contre laquelle il serait effectivement restituable (art. 1307). Il a commis un *dol* ; il s'est donné, au moyen d'une autorisation que les tiers ont dû croire précédée des deux autres conditions, sans avoir à les vérifier, les apparences de la capa-

cité. Or le mineur est tenu de ses délits (art. 1310). Il n'est pas fondé à intenter une action en nullité, qui causerait un tort provenant de son dol.

SECTION III

LA FEMME MARIÉE

(Art. 4, 5, 7 C. com.).

157. — Le législateur n'a pas refusé à la *femme*, à raison de son sexe, le droit de faire le commerce. Cependant elle sort ainsi de la vie privée et aborde un terrain qui paraît mieux approprié aux fonctions de l'homme : jusqu'à Turgot, les corps de maîtrise étaient inaccessibles aux femmes.

Toutefois certains commerces, ceux qui dépendent de la toilette, par exemple, rentrent bien dans les aptitudes de la femme. Dans des situations critiques, à la suite de la mort ou de l'interdiction du mari, on en a vu, pour le grand profit de la famille, aborder même les combinaisons du grand commerce (le personnel des femmes commerçantes ou employées de commerce se chiffrait avant la guerre environ par 27 pour 100 sur l'ensemble, et paraît, depuis, avoir dépassé sensiblement cette proportion).

Mineure, la fille peut être habilitée à partir de dix-huit ans, de la même manière qu'un mineur du sexe masculin.

Majeure, si elle est fille ou veuve, elle exerce le commerce aussi librement que l'homme. Il y a des réserves : a) Elle ne dispose pas de la capacité politique. Donc elle ne peut être désignée à un office ministériel (agent de change, etc.) ; b) Strictement, elle ne devrait pas concourir au recrutement des tribunaux de commerce. Cependant, depuis la loi du 23 janvier 1898, les femmes commerçantes, mariées ou non mariées, doivent être inscrites sur la liste électorale et elles peuvent voter. La loi du 27 mars 1907 a étendu la même capacité aux femmes tant commerçantes qu'ouvrières, pour le droit de concourir aux élections des conseils de prud'hommes.

L'extension, en faveur des femmes commerçantes, du droit de suffrage aux élections consulaires, est trop naturelle pour avoir besoin de justification. Mais ce droit ne s'étend pas à l'*éligibilité* : elles ne peuvent pas être appelées à faire partie d'un tribunal de commerce. En revanche, la loi du 15 novembre 1908 a conféré aux femmes l'*éligibilité* aux conseils de prud'hommes.

Lorsque la femme est mariée, elle est soumise à l'*autorisation maritale* (1). Le mariage forme une association : les actes de chacun de ses deux membres réfléchissent sur le ménage tout entier, et c'est au mari, chef de l'association, de coordonner les intérêts communs. Son intervention est d'autant plus indispensable que la femme prend au ménage le temps qu'elle donne aux affaires. D'un autre côté, elle expose

(1) Abolie en Allemagne (depuis la promulgation du Code civil de 1900) et en Italie.

plus gravement ses biens par le commerce que par les actes de la vie civile.

Exceptons, depuis la loi du 6 février 1893, la femme *séparée de corps*; elle n'a plus besoin d'autorisation. La séparation de corps, tout comme le divorce, rend aujourd'hui à la femme toute sa capacité civile (1).

158. — La théorie de la femme mariée commerçante est difficile à construire; on ne la présente plus aujourd'hui comme on le faisait il y a quelques années. Le « féminisme » est en progrès. La position subordonnée, par rapport à son mari, dans laquelle on laissait la femme, même à l'occasion du commerce qu'elle entreprendrait seule, a fait place, dans le commentaire ainsi que dans une loi nouvelle dont la portée est discutée, à la reconnaissance d'une autonomie, tempérée il est vrai par le principe de l'autorisation nécessaire, mais cependant très réelle et fertile en résultats. Il serait de mauvaise méthode de transporter à son incapacité et aux effets de ses actes sur les biens divers composant l'actif du ménage les raisonnements ordinaires du droit civil.

Cette tendance de l'École à renouveler les procédés d'interprétation, pour consacrer au profit de la femme mariée une quasi-indépendance, se retrouve dans deux autres parties d'étude: 1° à propos de la *femme ménagère*, que l'on considère à présent, pour la tenue de la maison, comme agissant de son propre chef et non plus comme mise aux lieux et place du mari (elle a, disent les Allemands, la *Schlüsselgewalt*); 2° à propos de la *femme ouvrière*, qui est réputée développer une activité propre, puisque c'est son travail qu'elle exerce, femme ouvrière qu'a eue surtout en vue la loi du 13 juillet 1907 complétée par la loi du 8 juin 1923 (voir ci-dessous n° 172 bis) (2).

Il en est de même pour le commerce. Dans la conduite de l'établissement qui s'est ouvert et qui se continue sous son nom, la femme n'est pas un agent d'exécution de son mari. Elle obéit à ses inspirations à elle. Elle met en valeur un talent qui lui est personnel. Elle agit sous sa responsabilité (alors même que dans certains cas cette responsabilité devrait être partagée par le mari).

Il convient, dans ces conditions, de rapprocher le plus possible son régime légal de celui d'une femme qui ferait le commerce sans être en puissance d'époux. Pourvu que le mari ait consenti à sa détermination d'entrer dans les affaires, elle dispose de la pleine maîtrise de sa conduite dans la tenue du fonds. Le mari ne la conseille, ni ne la contrôle. Ce n'est pas une indépendance aussi complète que celle du mineur, car le mari peut retirer son consentement sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire; mais, ici et là, le commerce a pour résultat de faire échec au droit de l'incapacité.

Ce qui rend le problème complexe, c'est la nécessité de mener de front les règles qui concernent l'état de mariage pris en lui-même

(1) Sur le nom commercial que peut porter la femme, à partir de la séparation de corps ou du divorce, voir le n° 102, p. 77, note 2.

(2) Cfr. BASSET, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale*, 1896; LÉON LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, 1903.

et celles qui ont pour objet la condition des biens : ces dernières relèvent de l'étude du régime matrimonial, du contrat de mariage ; les premières se rattachent au contraire à l'institution conjugale envisagée dans son principe.

Bref, il y a deux points à considérer : 1° un aspect de *capacité* ; 2° une question de *pouvoirs*.

1° Quant à sa capacité, la femme ne peut aborder le commerce que du plein gré de son mari. Sur la nécessité de se pourvoir de l'assentiment de ce dernier, la loi est plus exigeante, plus inflexible que toutes les autres affaires que la femme manifesterait le désir d'entreprendre. La femme va-t-elle aborder le théâtre des affaires ? Cela dépend de ce que décidera le mari. Mais, une fois l'autorisation donnée, la femme sera libre et pourra accomplir seule les opérations commerciales.

2° Quant aux pouvoirs : cela vise non l'aptitude pour elle aux actes divers que le négoce entraîne à sa suite, car la réponse affirmative est certaine, mais le droit d'obliger tous les biens du ménage pour les besoins du commerce, et la libre disposition des bénéfices par elle gagnés.

Or, à cet égard il y a des distinctions à établir : a) Tout d'abord, et quel que soit le régime, la femme peut affecter à son commerce, soit en les aliénant, soit en les engageant, soit simplement en les aménageant, ses biens à elle, tous ses biens (réserve faite quant au régime dotal).

Mais ne peut-elle pas encore en engager ou en utiliser d'autres ? On penche à croire que non : ces autres biens relèvent des droits du mari, à qui le commerce de la femme est étranger. Cette impression se modifie lorsqu'on se rappelle que le régime matrimonial le plus fréquent est la communauté. — La femme est copropriétaire des biens communs. En droit civil, la femme est sans pouvoirs effectifs sur ces biens, l'administration du mari absorbe la sienne. Mais, en droit commercial, du moment que le mari a reconnu à la femme une capacité agissante et une capacité prolongée, il est conséquent qu'elle dispose sur la masse commune de pouvoirs non plus latents et virtuels mais égaux aux siens. Le mari est maître de mesurer la portion de ces biens que la femme consacrerà à son commerce, comme capital fixe ou circulant, comme bâtiments ou comme argent (si ces bâtiments ne sont pas d'ores et déjà des propres de la femme). La femme ne peut pas envahir la communauté tout entière ; autrement c'est le mari qui en serait dépossédé. Cependant cette communauté tout entière est exposée à payer les dettes du commerce, et, les ayant payées, elle en devra supporter définitivement la charge, sans récompense.

b) Les pouvoirs de la femme sur les bénéfices sont par là même indirectement déterminés. Les époux se sont mis en communauté pour faire profiter leur union des produits du travail de l'un ou de l'autre, indifféremment. Si ce que gagne le mari tombe dans le fonds commun, ce que gagne la femme doit y tomber pour les mêmes raisons. Tant que le commerce de celle-ci se poursuivra, les bénéfices, incorporés au capital qu'elle gère, resteront entre ses mains. Lorsque le commerce finira, ils iront avec ce capital rejoindre la communauté

dont ils ont d'ailleurs fait partie dès le moment de leur acquisition.

Ici, la législation présentait un défaut jusqu'à la dernière époque. Il est juste que le commerce terminé, la femme puisse retenir *en gestion réservée* le montant de ses bénéfices ; la faculté pour le mari de recouvrer sur eux son omnipotence de chef, de les dilapider sans avoir à en rendre compte, ne serait pas une règle équitable. Cette source de biens vient du travail de la femme et est éminemment respectable. Elle doit, après avoir liquidé le fonds et restitué à la communauté les valeurs en provenant, continuer à gérer l'excédent représentant le bénéfice, et en régler l'emploi et le placement, comme s'il s'agissait d'un pécule séparé. Cela n'empêchera pas ces bénéfices de faire partie de la communauté et de se partager par moitié lors de la dissolution.

Or, la loi statuait en sens contraire : le mari étant admis à mettre la main sur les produits du travail personnel de la femme tant commerçante qu'ouvrière. On a commencé par demander une modification de la législation pour ce qui concerne les gains de la femme ouvrière (proposition votée à la Chambre des députés en 1896) : on a réclamé la même réforme quant aux gains de la femme commerçante (discussion de la *Société d'Etudes législatives* sur le rapport de M. TISSIER, *Bulletin* de cette Société, 1902, p. 25 et s.). Ces vœux ont heureusement abouti, aussi bien pour la femme de la deuxième que pour celle de la première catégorie (L. 13 juillet 1907 et 8 juin 1923).

Sous le bénéfice de ces observations, qui laissent en dehors d'elles les régimes autres que la communauté, il faut reprendre ces questions plus en détail.

§ 1. — Conditions d'habilitation de la femme mariée

159. — Différences avec le droit commun. — Dans la manière dont est réglée l'autorisation maritale, il y a deux différences capitales avec le droit civil : — 1^o L'autorisation est générale et peut n'être que tacite : — 2^o Elle ne saurait, sauf exception, être remplacée par l'autorisation judiciaire.

1^{re} différence. — L'autorisation maritale est d'ordinaire une *autorisation expresse*. La loi la soumet à une forme déterminée : la déclaration par écrit ou le concours du mari à l'opération (art. 217 C. civ.).

En outre, elle est *spéciale* (art. 223); et ne doit pas être donnée pour un nombre indéterminé d'actes. Autrement, le mari, cessant d'exprimer son approbation en connaissance de cause, se dessaisirait en fait de son autorité.

Or, d'après l'art. 4 C. com., la femme ne peut être marchande publique sans le *consentement* de son mari. — Le « consentement » étant par définition dénué de toutes formes, il s'ensuit que l'intervention du mari peut consister dans un simple laisser-faire : telle est la tradition de l'ancienne jurisprudence. Il n'est besoin d'une autorisation expresse (1) ni au commencement du commerce, ni pour chaque

(1) Quand l'autorisation du mari est expresse, il doit en être fait mention au registre du commerce (art. 4, 6^o, l. 18 mars 1919) ; mais cette prescription est inapplicable en cas d'autorisation tacite.

opération successive. La femme, porte l'art. 5 (qui reproduit l'art. 220 C. civ.), peut *sans autorisation du mari* (c'est-à-dire sans son approbation formelle à renouveler pour chaque contrat), s'obliger pour ce qui concerne son négoce.

Pourquoi s'être écarté du Code civil ? Obligée d'en référer au mari pour chacun de ses contrats, la femme eût été très gênée dans la marche de ses affaires : le commerce, avons-nous dit, implique le droit d'en faire seul les opérations.

Mais pourquoi n'avoir pas, au début de ce commerce, exigé une autorisation expresse et publique comme la loi l'a fait pour le mineur ? — La loi présente un défaut de symétrie. Toutefois, la vie en commun des époux laisse supposer le consentement du mari, par cela seul qu'il ne proteste point : au contraire, un père, d'après les circonstances, peut ignorer le commerce auquel son fils s'est livré.

A la différence encore de ce qui se passe pour le père du mineur, le mari peut retirer son consentement sans donner de motifs à l'appui de son changement de volonté, sauf à rendre ce retrait public dans l'intérêt des tiers (arg. 2005 C. civ.). Ce pouvoir ressort mieux d'ailleurs de la deuxième différence entre le droit commercial et le droit civil.

160. — 2^e différence. — L'autorisation maritale peut, en principe, être remplacée par le *tribunal civil*, soit que le mari *refuse* d'autoriser, soit au cas de son interdiction, de son absence, de sa minorité, ou lorsque certaines condamnations le rendent *incapable* d'exprimer son autorisation (art. 218, 221, 222, 224 C. civ.).

Or, pour habiliter la femme à faire le commerce, *l'autorisation du mari ne saurait être suppléée par la justice*. — L'article 4 ne fait aucune référence au droit civil, il présente à lui seul le système légal, il subordonne au consentement du mari (acte absolument personnel à celui-ci) le droit pour la femme d'entreprendre le commerce. La femme n'est pas admise à se pourvoir devant le tribunal contre son refus.

La règle s'explique par deux raisons : a) La femme sort de ses occupations domestiques, ou peut les délaisser. Elle aborde la vie publique ; cette résolution peut déplaire au mari ; il oppose son refus pur et simple ; c'est son droit : *sit pro ratione voluntas*. La situation est comparée à celle de la femme comédienne ; la défense que le mari lui fait d'entrer au théâtre ne comporte point de recours aux tribunaux.

b) Il y a une autre raison tirée du contrat de mariage. Sous le régime usuel, qui est la communauté, l'autorisation de la justice, à supposer qu'elle pût relever la femme de son incapacité, la laisserait sans *pouvoirs réels*, ce qui aboutirait à rendre ce commerce véritablement impossible. Elle n'aurait aucune valeur en ses mains, le mari ayant toujours le droit, en qualité de chef de la communauté, d'administrer tous les biens du ménage, sans en excepter un seul, droit que la justice ne saurait atteindre et amoindrir d'aucune manière, car il est véritablement intangible. La femme, autorisée par le tribunal, ne donnerait à ses créanciers pouvoir de poursuite que sur la nue propriété de ses propres, ce qui est une faculté d'exécution presque illusoire.

161. — Ces deux raisons mettent logiquement une limite à la non-

intervention de la justice. Il y a des cas où le tribunal pourrait autoriser : c'est lorsque la femme a l'administration de ses biens (séparation de biens, paraphernaux). Alors : 1° le mari refuse-t-il ? Ce refus peut être motivé par la rancune, il convient que la femme ait le droit de se pourvoir ; — 2° le mari est-il dans l'impossibilité d'autoriser ? Il se peut qu'il y ait des raisons sérieuses de pencher du côté de la femme, les juges apprécieront. Ils verront si le mari, présent ou capable, n'aurait pas consenti. La justice ne commettra d'ailleurs, en pareil cas, aucune intrusion dans des valeurs soustraites, d'après le régime, à l'action de la femme : elle en a la gestion.

Certainement, cette autorisation de justice est régulière lorsque la femme s'est fait séparer de biens, parce que la dot était en péril ; le jugement de séparation crée entre les époux une tension qui permet d'attribuer à une tout autre raison que l'intérêt du ménage la résistance du mari au commerce de sa femme. Aussi n'est-il point sans exemple que le jugement même qui prononce la séparation déclare la femme habile au commerce (Trib. com. St-Etienne, 16 janvier 1880, sous Req., 17 janvier 1881, D. 81, 1, 225). Mais on ne voit pas pourquoi la solution serait écartée dans les autres régimes laissant à la femme des biens en administration propre (1).

Sauf cette atténuation, la règle mettant obstacle à l'autorisation de justice est absolue. Partant, *en communauté* (2), malgré l'absence, l'interdiction ou la minorité du mari, la justice ne saurait autoriser. Peu importe l'intérêt de la famille, privée de son chef, à se créer des ressources par le travail de la femme. Celle-ci est d'une incapacité dont rien ne la relèvera.

Car, le mari est-il *absent* ou *interdit* ? Tous les biens sont administrés par un tuteur ou par un envoyé en possession provisoire, dénué de tout pouvoir tant pour faire le commerce que pour en déléguer l'exercice à qui que ce soit, fût-ce à la femme.

Le mari est-il *mineur* ? Les valeurs du ménage sont légalement hors de la portée de la femme, comme de celle des juges. — On pourrait, à la rigueur, dans ce dernier cas, soutenir que le mari mineur, en se faisant d'abord habilitier par ses propres parents à entreprendre le commerce conformément à l'art. 2, disposerait ensuite du pouvoir d'autoriser sa femme, à la teneur de l'art. 4. A cela près, l'obstacle à l'exercice du commerce de la femme est insurmontable.

162. — En résumé, d'après cette doctrine, la femme, si elle a des *biens en administration propre*, peut se faire autoriser par le tribunal, soit que le mari refuse, soit qu'il y ait pour lui impossibilité de manifester son consentement. Hors de là, elle *ne* peut entreprendre ou continuer le commerce en présence du *refus du mari* ; — elle *ne* peut le faire davantage, si son mari est *interdit*, *absent* ou *mineur*.

(1 et 2) Toutefois, depuis la loi du 13 juillet 1907, qui (art. 1^{er}) confère à la femme « sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant... (biens réservés)... les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 C. civ., donne à la femme séparée de biens », le système exposé au texte conduit logiquement à décider que la femme, même commune en biens, peut être habilitée par justice, lorsqu'elle veut faire le commerce avec des biens réservés.

§ 2. — Effets des actes de la femme commerçante

163. — Cette étude se dédouble. Il importe : 1° de connaître la mesure de la capacité dont dispose la femme, et 2° de rechercher à qui vont les bénéfices ou les pertes de son commerce. Il ne s'agit ici que du commerce professionnel.

Si la femme accomplissait des actes accidentels, un seul achat de marchandises pour les revendre, le droit commun reprendrait son empire. L'autorisation devrait être expresse (Cass. civ., 7 mars 1922, S. 1922, I, 5, note LYON-CAEN), le tribunal pourrait subsidiairement l'accorder. — C'est une différence avec la situation du mineur : pour celui-ci, commerce professionnel et acte isolé de commerce sont régis par le même principe.

On décide aussi le plus communément que, si l'exercice du commerce devait s'exercer sous la forme d'un contrat de société de la femme avec un tiers, l'autorisation expresse du mari, conformément au droit civil, serait indispensable, sans que, bien entendu, l'autorisation de justice pût le suppléer en pareil cas (1). Cette exception ne repose pas, à vrai dire, sur un motif bien clair ni bien établi.

164. — I. Ou la femme n'a pas été habilitée (hypothèse très rare si le mari est présent, car il parviendra le plus souvent par son veto à empêcher en fait l'entreprise de commerce) : — il y a lieu à nullité des actes, à la demande soit de la femme, soit du mari ou de leurs héritiers, et cette action dure dix ans à partir de la dissolution du mariage (art. 225 C. civ.).

Ou la femme a obtenu le consentement de son mari : — ses opérations cessent alors d'être annulables. Elle a toute capacité de faire, outre les actes de commerce par leur nature, ceux qui se rattacheront accessoirement à son commerce, de souscrire des lettres de change (art. 113 C. com.), de même qu'elle peut encourir la faillite en ne payant pas ses dettes.

Elle est même juridiquement tenue à raison de ses délits ou quasi-délits commerciaux. Aussi bien est-elle responsable dans tous les cas où le serait un homme commerçant, et l'obligation pour la communauté de subir l'effet de ces délits doit être admise par voie de conséquence (En sens contraire, Req., 8 juillet 1872, D. 73, 1, 33, justement critiqué par LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 260). Ce qui prouve bien que ni l'autorisation ni la mise des dettes au compte de la communauté ne dérivent d'une pensée de mandat, assertion à laquelle nous allons revenir.

165. — Sa capacité a-t-elle plus ou moins d'étendue que celle du mineur ? — Cela dépend.

(1) Toutefois, depuis la loi du 13 juillet 1907, la femme commerçante pourrait, sans autorisation spéciale de son mari, affecter ses biens réservés à l'achat d'actions ou même à la prise d'une part de commandite dans une société en commandite simple (arg. a fortiori de l'art. 1^{er}, L. 1907, qui reconnaît ce droit même à la femme non autorisée à faire le commerce).

a) Elle en a plus, au point de vue de l'*aliénation des immeubles propres* (art. 7 C. com.). La femme peut non seulement les hypothéquer, mais même les vendre sans une autorisation expresse du mari.

Mais les règles du régime dotal sont réservées. Les immeubles dotaux sont inaliénables, insaisissables. La femme ne pourrait, en entreprenant le commerce, se soustraire aux effets du régime dotal : ce serait contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.) (1). Le régime dotal constitue une garantie pour la femme, il la protège contre ses complaisances pour son mari ou contre leurs faiblesses communes. Il doit la protéger contre les mauvaises chances du commerce (2).

b) A d'autres égards, la femme commerçante dispose d'une capacité moins large que le mineur. — Le mineur peut ester en justice. — La femme ne saurait plaider, tant comme demanderesse que comme défenderesse, que moyennant une autorisation expresse de son mari, ou du tribunal à son défaut. Donc, en ce qui touche la faculté d'estimer en justice, on rentre dans le droit commun (art. 215 C. civ.).

La loi porte ici la trace d'une idée assez surannée, à savoir qu'estimer en justice est un office viril : la femme ne doit pas, sans approbation du mari, affronter la publicité d'un procès ; cela serait contraire à la réserve, à la tenue, qu'elle doit garder dans sa dignité.

Dès lors, si la femme est demanderesse, et que le mari s'abstienne de l'autoriser, elle le citera à comparaître en chambre de conseil, aux fins de se voir accorder l'autorisation par le tribunal.

Si la femme est défenderesse, le demandeur, suivant la procédure communément pratiquée, assignera les deux époux par copies séparées, la femme comme partie principale, le mari aux fins d'autorisation. — Et alors, ou le mari répond à l'assignation, sa comparution vaut par là même autorisation. — Ou il fait défaut, c'est un refus tacite d'autoriser ; le tribunal pourrait déclarer l'instance non liée contradictoirement, la femme n'ayant point qualité pour plaider seule. En pratique, il laisse le procès suivre sa marche, et dans le jugement définitif, avant de statuer sur le fond, il déclare autoriser la femme à défaut du mari ; ce qui ramène cette autorisation de plaider à une pure subtilité (3).

(1) En réalité, avant 1867, lorsque fonctionnait la contrainte par corps pour dettes commerciales, les époux avaient le moyen de tourner l'inaliénabilité dotal, en faisant entreprendre un commerce à la femme. Celle-ci devenait contraignable par corps pour ses engagements de commerce. Une fois emprisonnée, afin de sortir de prison, elle arguait du droit que conférait l'art. 1558 C. civ., de faire vendre l'immeuble dotal avec l'autorisation de justice. — On s'était demandé, lors de la discussion du Code de commerce, s'il n'était pas conséquent, dans ces conditions, d'autoriser préventivement les époux à aliéner le fonds dotal pour les besoins du commerce, sans attendre que les créanciers fissent emploi de la contrainte. Mais il n'a pas été donné suite à cette pensée.

(2) Mais, depuis la loi du 13 juillet 1907, la femme commerçante, même dotale (et tous ses biens présents et futurs fussent-ils stipulés dotaux), engage ses biens réservés par les actes qu'elle accomplit dans l'exercice de son commerce comme par tous actes (art. 1^{er}, L. 1907 : « Sous tous les régimes... »).

(3) Il y a d'autres moyens que le procès de dénouer une contestation : la transaction et l'arbitrage. — 1^o La transaction est le fait par la femme d'entrer en concession avec l'adversaire. Elle peut transiger pour les besoins de son commerce sans autorisation spéciale. Car elle dispose de l'objet sur lequel porte cette transaction, et quiconque a la

166. — II. Nous avons à nous demander qui, des deux époux, profite des *bénéfices* que réalise le commerce de la femme, et aussi lequel d'entre eux supporte les *pertes* qui résulteraient de ce commerce.

C'est une question qui, pour le mineur commerçant, n'avait pas lieu de se présenter (car l'autorisant n'a ni à profiter ni à souffrir des actes de celui-ci), et dont la solution dépend du *régime matrimonial* sous lequel les époux sont placés.

167. — 1° *Communauté soit légale, soit conventionnelle.* — La communauté est un régime de collaboration comportant entre les époux solidarité d'intérêts.

La femme reçoit du mari un capital de 100.000 francs qui, après un an, a produit 10.000 francs de bénéfices. Même résultat après la deuxième année, etc. Qui profite de ces bénéfices ? — C'est la communauté.

En effet, les art. 1401 et 1498 C. civ. font entrer dans l'actif de la communauté les acquêts et bénéfices industriels de l'un des époux. La loi dit : « les acquêts faits par les époux ensemble ou *séparément* et provenant de l'industrie *commune* » ; ce qui n'implique pas l'exigence d'une industrie exercée « en commun » par tous deux, autrement l'adverbe *séparément* serait un non-sens. — Le mari dispose *séparément* de ces bénéfices jusque dans ces derniers temps (voir ci-dessus la loi du 13 juillet 1907).

Pourquoi les gains vont-ils à la communauté ? Il y a une erreur à éviter.

On est enclin à dire : les bénéfices doivent suivre le sort du capital qui les a formés. Ce capital est un bien de communauté, les bénéfices se joignent à lui comme l'alluvion se joint à un terrain.

Rien n'est plus faux. Tout au plus pourrait-on raisonner ainsi à l'égard de la plus-value que le fonds de commerce a reçue par suite de la gestion de la femme, plus-value qui fait que ce fonds représente par exemple 50.000 fr. de plus à la fin qu'au commencement du commerce. Mais les bénéfices sont tout autre chose.

Au surplus, on suppose que c'est au moyen d'un capital commun que le commerce a été entrepris. Or, il peut consister dans un propre de la femme, dans une usine immobilière, qui lui appartenait avant le mariage ; et même alors les bénéfices iront à la communauté, tandis que la théorie voudrait qu'ils fussent propres.

Les gains sont le produit du travail, non pas celui du capital. Si

disposition de cet objet possède la capacité voulue pour la transaction (art. 2045 C. civ.). — 2° L'arbitrage, ou compromis, est le fait de déléguer l'examen de la contestation à des arbitres pouvant manquer de clairvoyance ou d'impartialité. Il faudra, pour que la femme commerçante souscrive à un arbitrage, que son mari l'y ait *expressément* autorisée. Cela résulte du rapprochement de deux règles. D'une part, les causes des femmes non autorisées par leurs maris sont déclarées communicables au ministère public (art. 83 C. proc.). D'autre part, les causes communicables ne sont pas susceptibles de compromis (art. 1003 C. proc.). C'est dire que, en supposant l'autorisation maritale absente, la femme ne pourrait pas consentir à un compromis. Le compromis est donc subordonné à cette même autorisation expresse du mari, et en outre, le tribunal ne pourrait pas l'autoriser à son défaut. L'incapacité de compromettre est, par conséquent, à ce dernier point de vue, plus rigoureuse que celle d'ester en justice (MM. LYON-CAEN et RENAULT).

le capital a en partie concouru à les former, il n'est pas exact de les rattacher à lui par un rapport d'accroissement.

L'acquisition des bénéfices par la communauté tient à ce que les époux, par leur contrat de mariage, ont entendu faire masse, non pas seulement des revenus de leurs biens, mais aussi de leurs gains. La communauté est une société universelle de gains (art. 1838 C. civ.), lorsqu'elle n'est pas une société universelle encore plus étendue.

168. — Au contraire, la femme fait de mauvaises affaires. Le capital de 100.000 fr. subit, par suite des pertes de la première année, un déficit de 10.000 fr.; les pertes finissent par absorber le capital, peut-être même le dépassent-elles. — A la charge de qui vont-elles retomber? Contre qui les créanciers ont-ils le droit de poursuite? Les deux questions ne se confondent pas.

a) *Le passif commercial tombe dans la communauté* : d'après l'article 1409 C. civ., les dettes de la femme autorisée par son mari font partie du passif de la communauté, qui les acquittera définitivement sans récompense.

En effet, dans toute société universelle de gains, il y a un actif et un passif. La communauté court la chance du bénéfice, elle doit également courir celle de la perte. *Ubi emolumentum ibi onus*. Autrement le mari, au lieu de faire le commerce lui-même, s'affranchirait du risque en le faisant faire par sa femme.

b) *Les créanciers de la femme commerçante ont action pour se faire payer* : 1° contre les propres de la femme, leur débitrice; 2° contre la communauté, et même 3° contre les biens propres du mari (art. 1419 C. civ.; art. 5, al. 1, C. com.). De sorte que leur gage s'étend à l'ensemble des biens appartenant aux deux époux.

169. — **Rôle du mari sous la communauté.** — Que la communauté soit tenue en même temps que la femme, on le comprend sans peine, puisque c'est sur la communauté que retombent les résultats bons ou mauvais du commerce. Mais on s'explique moins bien que le mari puisse être poursuivi sur ses biens propres. En effet, il n'a pas concouru à ce commerce, il a seulement autorisé sa femme à le faire, ce qui est tout différent : *qui auctor est non se obligat*.

Deux systèmes ont été proposés, afin de justifier cet état « personnel » d'engagement du mari.

170. — a) Le premier système (1) peut être appelé celui de l'*autorisation-mandat*. La femme agirait en quelque sorte par voie de représentation. C'est le mari qui est réputé faire le commerce par son intermédiaire, avec la particularité suivante : s'il donnait une simple procuration à sa femme de faire le commerce sous son nom à lui, la femme, préposée ordinaire, ne s'obligerait point, tandis qu'ici elle

(1) Nous avons eu tort de le soutenir autrefois dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882 et 1883 (*De la faillite des différents commerçants : Femmes mariées*).

répond des dettes sur son patrimoine à elle, comme une sorte de caution du mari.

Cette conception, d'après laquelle les dettes de la femme commerçante tombent en communauté *du chef du mari* et frappent celui-ci en premier lieu, trouve un appui textuel dans l'art. 5, al. 1^{er} : « La femme *oblige* son mari, s'il y a communauté entre eux ».

Mais elle est trop contraire à la position prise par les deux époux pour pouvoir l'emporter : 1^o Le commerce est géré sous le nom de la femme, elle n'est donc pas un préposé ; 2^o Le mari fait autre chose lorsqu'il autorise sa femme, que lorsqu'il lui donne mandat ; 3^o La théorie précédente abaisse le rôle de la femme, et le seul souci de la dignité de celle-ci commande de l'abandonner.

171. — *b)* La thèse la plus généralement suivie est que le *mari commun ne s'oblige pas* en vertu de son autorisation, et à plus forte raison qu'il ne devient pas commerçant.

La femme commerçante agit *de son propre chef* et met en œuvre ses aptitudes personnelles, ce qui n'est pas le cas d'un représentant. Le préambule de cette étude (n^o 158) a cherché à mettre ce point en lumière. La femme fait tomber son passif commercial dans la communauté de son propre chef, sans qu'il soit besoin de l'interposition du mari pour justifier ce résultat, parce qu'elle est copropriétaire de cette communauté.

Le mari cependant est tenu sur ses propres, au moins pendant la durée de la communauté : ce qui semble contradictoire. — La raison en est, suivant l'explication courante, dans l'économie de la communauté. Vis-à-vis des tiers, tant que dure le régime, biens communs et biens propres du mari ne forment qu'un bloc d'exécution. Les tiers ne distinguent pas les éléments qui composent l'une et l'autre masse. Sur ceux-ci et sur ceux-là le mari, au moins agissant à titre onéreux, a des pouvoirs égaux (art. 1421 C. civ.). Lorsqu'il vend des immeubles ou des valeurs mobilières, l'acquéreur, pour déterminer son droit, n'a pas à se demander si c'est du fonds commun ou du patrimoine du mari que le bien dépend ; cette recherche l'obligerait à une ventilation de valeurs que la vie des affaires rend impraticable. Et de même des créanciers qui traitent à crédit. S'ils traitent en considération de ce que la communauté renferme (ce qui est bien le cas pour les fournisseurs ou clients du commerce de la femme), les biens du mari doivent être affectés à leur remboursement de la même manière que les biens communs, et comme par suite d'un prolongement de ceux-ci.

Tel serait le sens de l'art. 1419 C. civ. ; l'art. 5 C. com. en fait l'application à la femme commerçante. Les engagements ne vont pas du mari à la communauté. Ils s'étendent, au contraire, de la communauté aux propres maritiaux par un phénomène d'ordre objectif ; la personne du mari n'est pas affectée : ce dernier donne ses biens en cautionnement *réel*.

172. — De là les conséquences suivantes :

1^o La communauté vient à se dissoudre avant le règlement des dettes de la femme. La confusion des biens communs et des propres du mari cesse.

Les créanciers conservent bien le droit d'agir pour toute la dette contre la femme ou contre ses héritiers, sauf recours de la part de ces derniers, pour moitié, contre le mari ou contre ses représentants. Mais ils ne peuvent poursuivre le mari qu'en qualité de commun, c'est-à-dire *pour moitié* (arg. art. 1485 C. civ.).

Le premier système conteste ce résultat. Même *après dissolution*, le mari resterait tenu *pour le tout*, comme débiteur solidaire.

2° Seule la femme, en cas de cessation de paiements, encourt la *faillite*, non le mari auquel manque d'ailleurs la condition de commerçant (c'est ce que conteste le premier système) (1). De quoi se composera la faillite de la femme ? a) De ses propres, en pleine propriété, la faillite étant opposable à la communauté quant à son usufruit parce que le mari a été relié au jugement déclaratif aux fins d'autorisation ; b) peut-être aussi (mais cela est plus discutable) des valeurs de la communauté, sans distinguer entre celles qui étaient consacrées au commerce et les autres (il est plus prudent de considérer cette deuxième catégorie de biens comme étrangers à l'actif de la faillite, les créanciers ou leur syndic devant procéder sur eux à des saisies après un jugement distinct pris sur le mari ; autrement, la logique voudrait que les biens du mari eux-mêmes fussent englobés dans cette faillite).

Sur les biens communs affectés au commerce, les créanciers commerciaux de la femme n'ont pas un droit de préférence, à l'encontre des autres créanciers de la communauté. C'est un résultat fâcheux, mais la loi manque visiblement ici d'organisation.

3° Du moment qu'il n'est tenu sur ses biens que comme caution réelle, le mari doit être traité comme une personne qui cautionnerait l'engagement principal d'un commerçant. Cette caution fait un *acte civil* et ne renonce pas à ses juges naturels (voir ce qui sera dit à propos des tribunaux de commerce) ; ce que nie le premier système.

Rigoureusement donc, le créancier devra ouvrir deux procès : — l'un contre la femme devant la juridiction commerciale avec citation du mari aux fins d'autorisation, — et l'autre contre le mari seul, pour obtenir condamnation contre lui et contre la communauté, tout à la fois (Paris, 25 janvier 1895, D. 95, 2, 230).

Cela entraîne double procès et doubles frais. Aussi estimons-nous que le mari (ou la communauté) n'est pas une caution ordinaire étrangère aux résultats de l'engagement principal, mais une caution associée aux risques des actes de la femme, puisqu'elle en subira ou en recueillera les effets. De là, la possibilité de considérer comme commercial son engagement accessoire, sans contredire la théorie qui refuse au mari la *qualité personnelle de commerçant*. Grâce à ce raisonnement, les tiers pourront assigner mari et femme devant une seule juridiction (En sens contraire : Civ. cass., 9 mai 1914, *Gaz. Pal.*, 17 avril 1914).

(1) V. cependant Cass. civ., 24 février 1926, S. 1927, 1. 101, faillite simultanée du mari et de la femme, cette dernière exploitant personnellement leur fonds de commerce, mais le mari ayant, par des actes d'immixtion répétés, acquis la qualité de commerçant sans faire perdre à la femme cette qualité.

172 bis. — La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907 (1). — Les principes qui viennent d'être exposés n'ont pas été affectés par la *loi du 13 juillet 1907*.

Cette loi (art. 1^{er}) reconnaît à la femme, sous tous les régimes, les mêmes droits d'administration sur les produits de son travail personnel et sur les économies en provenant que les droits dont dispose la femme séparée de biens. Elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières. Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis. Elle peut de même, depuis la loi du 28 juin 1923, emprunter sur lesdits biens et les hypothéquer.

En cas d'abus par la femme de ses pouvoirs, le mari pourra en faire prononcer le retrait par le tribunal civil. Le jugement prononçant le retrait devra être transcrit (à la diligence du procureur de la République ou du mari), par extrait, en marge de l'acte de mariage des époux, dans le mois de sa prononciation. Il devra, en outre, recevoir la publicité prévue par l'art. 501 du Code civil art. 2, loi 13 juillet 1917, complétée par la loi du 28 juin 1923).

Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par les créanciers. Mais le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits ci-dessus, mais sans autorisation maritale (art. 3).

S'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entrent dans le partage de fonds commun (art. 5).

La femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits que lui reconnaît la loi nouvelle (art. 6).

Cette législation du 13 juillet 1907, principalement destinée aux femmes ouvrières, s'étend bien, par suite de ses dispositions générales, à la femme commerçante, mais seulement en ce sens que les grains faits par elle dans le commerce formeront un pécule réservé à sa libre administration, même après que son commerce aura cessé, avec les pouvoirs que la loi détermine.

Mais l'intention du législateur n'a pas été de libérer la femme des entraves du droit antérieur, dans les conditions d'exercice de la profession qui sera la source de ces gains. La femme ouvrière peut librement faire l'emploi de son salaire, elle ne peut pas librement s'engager dans une usine. La femme ouvrière est tenue seule des engagements résultant de l'emploi de son salaire (achats de valeurs mobilières), mais elle engage la communauté par la résiliation de son contrat de travail, dès l'instant que le mari l'avait autorisée à faire ce contrat. Il en est de même de la femme commerçante.

Aussi longtemps que se poursuit l'exploitation du fonds de com-

(1) J. VALÉRY, *Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907*, dans les *Annales de droit commercial*, 1907, 396 et s. ; M. BERNARD, et J. BONNECASE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 1 ; Léon DESCHAMPS, th. 1909 ; GUYON, th. 1910 ; MARGAT, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, 1913.

merce, la libre gestion des gains et bénéfices reconnue par la loi nouvelle présente un intérêt à peu près nul. Les bénéfices demeurent confondus avec les autres valeurs de l'établissement, ils font partie intégrante du fonds de roulement, et si la femme les gère librement, c'est au titre de commerçante originairement autorisée, et non pas au titre de femme possesseur de produits de son travail. Lorsqu'une femme exploite un commerce, elle ne fait pas en réalité un emploi des bénéfices, elle les laisse incorporés au capital, et dirige sur le tout son activité industrielle (1).

Vouloir que les règles concernant l'administration des produits du travail aient leur répercussion sur les règles de conduite de la profession serait un mode d'interprétation audacieux, vicié par un renversement chronologique entre la cause et le résultat, et contraire à une saine méthode juridique. L'effet de la loi nouvelle porte uniquement sur une question de pouvoirs et non sur une question de capacité (2). Il faut en conclure :

1° Qu'aujourd'hui, comme avant la loi du 13 juillet 1907, la femme ne peut entreprendre le commerce qu'avec l'autorisation du mari (A. COLIN, note sous Req., 11 novembre 1907, D. 1908, 1, 25); bien qu'elle puisse, en vertu de la loi nouvelle, employer sans son autorisation les gains de son commerce et conserver ce libre emploi même après que le pouvoir de faire le commerce lui aura été retiré;

2° Que le mari peut encore aujourd'hui révoquer l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce, sans produire de motifs à

(1) En dehors de la situation prévue ci-dessus (exploitation du fonds de commerce pendant la durée de la communauté), deux autres cas encore doivent être envisagés :

1° La communauté est dissoute, l'exploitation du commerce par la femme s'étant poursuivie jusqu'à cette dissolution. — En pareil cas, — aussi bien depuis la loi de 1907 (l'art. 5 en effet, sauf le cas où la femme renonce à la communauté, fait entrer les biens réservés dans les fonds communs à partager) qu'à une époque plus ancienne (V. *supra*, n° 167), — au moment de la dissolution, tous les bénéfices réalisés par la femme et détenus par elle tombent dans la communauté et sont partagés par moitié. Et il en est ainsi, sans qu'il y ait à distinguer selon que le fonds de commerce était propre à la femme ou qu'il a été constitué avec des capitaux avancés par le mari. Car, même en admettant que dans les bénéfices il faille séparer la portion afférente au capital de celle revenant au travail, toutes deux sont communes, puisque la communauté comprend aussi bien les revenus des propres que les gains des époux.

2° Mais, quand la femme cesse son commerce avant la dissolution de la communauté, peut-elle garder comme biens réservés avec faculté d'en disposer (art. 1^{er}, L. 1907) — sauf à en faire état à la communauté au jour de sa dissolution, art. 5. — tous les bénéfices réalisés ? — On l'a nié, parce que, dit-on, les biens réservés ne comprennent que les produits du travail personnel de la femme (art. 1^{er}) et qu'on ne saurait y comprendre en outre les revenus d'un capital dont le régime matrimonial adopté réserve la jouissance à la communauté. Si donc le commerce a été fondé par la femme, non pas avec des biens déjà réservés eux-mêmes (économies antérieures sur salaires), mais avec des capitaux avancés par le mari, il faudrait, dans les bénéfices réalisés, faire une ventilation pour ne laisser à la femme, comme biens réservés, que la portion de gains revenant au travail et remettre immédiatement au mari la portion de gains afférente au capital (BERNARD et BONNECASE, *loc. cit.*, p. 29).

Mais cette solution ne paraît pas acceptable. Comment, sur quelles bases faire la ventilation (V. THALLER, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 27 et s.) ? D'ailleurs le rapporteur de la loi de 1907 au Sénat a déclaré que, en pareil cas, tous les bénéfices seraient traités comme biens réservés (*J. Off.*, 1907, Sénat, Annexes, n° 77). Cf. MARGAT, *op. cit.*, p. 155. — V. *supra*, n° 158 *in fine*.

(2) SALEILLES, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1907, p. 566.

l'appui de ce retrait (n° 159 *in fine*), bien qu'il ne puisse retirer à la femme la gestion de ses gains que par décision du tribunal et en cas d'abus par elle de ses pouvoirs ;

3° Que la femme ne peut ester en justice à l'occasion de son commerce sans une autorisation spéciale, quoique la libre faculté de plaider lui soit reconnue pour l'administration de ses biens réservés ;

4° Que le mari commun de la femme commerçante continue à répondre des dettes de celle-ci sur la communauté et sur ses propres, bien qu'il en soit autrement pour les dettes se rapportant à l'administration des gains réservés. La communauté profite du commerce, elle en supportera les charges (1).

173. — 2° *Régime sans communauté.* — Ce régime exclut tout fonds commun. Le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme, à quelque moment qu'ils viennent à lui échoir. Il devra les restituer après la dissolution du mariage (art. 1531 C. civ.). Ces biens lui sont apportés pour soutenir les charges du mariage, il en perçoit les fruits (art. 1530).

Si la femme entreprend un commerce, à qui vont les bénéfices ? les pertes ?

a) En acceptant la théorie de l'autorisation-mandat, le mari recueillera les bénéfices sans avoir à les restituer lors de la liquidation du régime ; ces bénéfices sont assimilables à des *fruits*, fruits du travail de la femme. Le mari supportera également les pertes. — Mais cela n'est pas d'accord avec l'art. 5 C. com., d'après lequel le mari n'est obligé par le commerce de sa femme que *sous la communauté*. Cette attribution des gains au mari, qui n'a rien fait pour les obtenir, ne serait pas non plus très morale.

b) Si l'on suit le deuxième système, on aboutit à une solution diamétralement opposée. Le mari, après l'arrêt du commerce de la femme, aura bien la *jouissance* des bénéfices qu'elle a réalisés, mais à charge de rendre le fonds de ces bénéfices avec les reprises à la fin du mariage. — Les bénéfices ne sont pas des fruits. Les fruits sont les revenus périodiques d'une valeur. Les profits du commerce sont engendrés par le *travail*, non par des biens, ils manquent de périodicité (2).

Par symétrie, le mari, malgré son autorisation, ne sera pas tenu au passif du commerce, opinion qui paraît s'imposer, quelle que soit la thèse acceptée quant à l'actif. Il répondra seulement des *intérêts* de ces dettes, puisqu'il a l'usufruit sur les bénéfices comme sur le reste des valeurs de sa femme.

c) Il serait plus juste, a-t-on dit, de consacrer une doctrine intermédiaire. Dans les bénéfices du commerce, il y a *deux parts à faire*. Le mari s'est dessaisi de valeurs qui, entre ses mains, lui auraient procuré un revenu, des fruits. Or, pour avoir laissé sa femme les employer à un

(1) V. dans les *Annales de droit commercial*, 1907, p. 396, l'article de M. VALÉRY contestant quelques-uns de ces résultats. — Cfr. aussi PICHON, *Revue critique*, 1908, p. 17 et s.

(2) Voir notre article dans les *Annales de droit commercial*, 1896, p. 194 : *Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits.*

commerce, il ne doit pas perdre son droit aux fruits ; l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que des biens qui devaient être de rapport pour l'un des époux deviennent productifs pour l'autre.

Il y a donc dans ce système une ventilation à opérer : 1° Le mari prélève sur les bénéfices une somme représentant l'intérêt des capitaux engagés ; la justice en fixera le chiffre ; la situation est la même que si le mari était bailleur de fonds d'un commerçant ; 2° le surplus appartient à la femme, tout en étant grevé pendant la durée du mariage de l'usufruit du mari ; ce surplus sera restitué avec les reprises.

Ainsi raisonnait-on naguère. La loi du 13 juillet 1907, en laissant à la femme la libre gestion de ses gains, modifie nécessairement ces résultats. Même après que son commerce a pris fin, elle conserve non seulement la propriété, mais encore l'administration et la jouissance des produits de son travail (art. 1^{er} et 5 *in fine*, L. 1907) (1).

174. — 3° *Séparation de biens*. — Les deux patrimoines sont absolument séparés. La femme fait le commerce à son profit et à ses risques. Elle acquiert les bénéfices pour elle seule, ses dettes lui sont également personnelles.

175. — 4° *Régime dotal*. — Ce régime est une combinaison des deux précédents, avec un trait caractéristique : l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Les biens compris dans la dot sont soumis à la jouissance et à l'administration du mari. Les biens paraphernaux restent à la femme, en administration comme en jouissance.

a) Lorsque la dot comprend les biens présents et les biens à venir, il n'y a plus de paraphernaux. La femme commerçante sera traitée alors comme sous le régime sans communauté. Elle conservera bien les bénéfices, mais avec le droit pour le mari d'en jouir (avant 1907), ou tout au moins de recueillir un tantième de ces bénéfices, destiné à la dédommager de l'avance du capital d'exploitation (2).

b) Lorsque la dot n'a pour objet que tout ou partie des biens présents, le commerce laisse en propre à la femme les bénéfices ainsi que les pertes : les choses se passent comme sous la séparation de biens. Elle ne devra aucune récompense de revenus au mari, si c'est avec des paraphernaux qu'il fait le négoce. Elle en devra dans le cas contraire.

(1) Il y a seulement lieu de se demander si, dans le cas où la femme exerce son négoce avec des deniers appartenant au mari ou grevés de son usufruit, il ne convient pas de faire dans les bénéfices une ventilation, pour ne traiter comme bien réservés que la portion de gains revenant au travail et non celle afférente au capital. — Nous ne le croyons pas (V. *supra*, n° 172 bis, p. 128, note). Seulement ici le mari pourra, en consentant un prêt à sa femme en vue de son commerce, stipuler des intérêts pour la durée de ce prêt (stipulation au contraire dénuée d'effet sous le régime de la communauté, car celle-ci serait alors à la fois créancière et débitrice de ces intérêts).

(2) Depuis la loi de 1907, quand même tous les biens présents et à venir ont été stipulés dotaux par le contrat de mariage, les gains réalisés par la femme dans l'exercice d'un commerce n'en constituent pas moins des biens réservés, soumis comme tels à l'administration et à la jouissance de la femme, et échappant ainsi à la dotalité (art. 1^{er}, L. 1907 — *Contra* : LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel*, 10^e éd., p. 69) ; — sauf seulement, si l'épouse fait le commerce avec des biens dotaux, le droit pour le mari, à raison de son droit de jouissance sur ces biens, de réclamer des intérêts pour le dédommager de la privation de cette jouissance, v. la note précédente.

Dans aucune de ces hypothèses, les bénéfices de la femme dotale ne sont attribués au mari. La théorie du mandat conduirait à une solution opposée, pour le cas où la femme exercerait le commerce soit avec sa dot, soit avec les deniers du mari. Il suffit d'une courte réflexion pour s'en convaincre. Mais cette théorie n'est pas raisonnable.

176. — Autres situations. — En dehors du cas où la femme fait le commerce avec l'autorisation du mari, trois autres situations sont à examiner :

1° *Le mari fait seul le commerce.* Seul alors il est commerçant et responsable des obligations contractées. Il engagera les biens de la communauté.

La femme n'est pas tenue sur ses biens à elle. Le mari a donc un moindre crédit que sa femme, celle-ci engageant sous le même régime les trois patrimoines réunis.

Son crédit est moindre, par suite d'une seconde raison : les immeubles du mari se trouvent grevés au profit de la femme, et afin de répondre de ses reprises et autres créances, d'une *hypothèque générale* qui, par sa priorité de date, nuit aux créanciers. La loi des faillites s'attache à restreindre la portée de cette hypothèque (art. 563). A cet égard, l'homme qui est marié donne moins de confiance que celui qui ne l'est pas.

Il peut se faire cependant que la femme intervienne aux contrats du mari commerçant. Celui-ci lui donnera son cautionnement lorsqu'il traversera une phase difficile. Ce cautionnement se manifeste pratiquement sous la forme d'une *subrogation* consentie par la femme dans le bénéfice de son hypothèque légale au profit d'un tiers créancier (1).

La femme renonce alors à son hypothèque dans l'intérêt du créancier, mis ainsi par elle en ses lieu et place. C'est la première partie de l'acte. — En outre, expressément ou tacitement, elle s'oblige envers ce créancier sur ses propres biens. C'est le complément de l'opération ; ce complément n'est pas indispensable, la renonciation à l'hypothèque pouvant ne pas être accompagnée d'un engagement personnel.

L'intercession de la femme était autrefois défendue par le Sénatus-consulte Velléien mentionné sous Justinien. Il a été en vigueur dans l'ancienne France, jusqu'à ce que Henri IV, sur le vœu du commerce, en eût, en 1606, édicté l'abrogation.

Cette incapacité n'existe plus aujourd'hui et il n'appartient pas aux époux de la faire revivre par contrat de mariage. Tout ce qui est permis à la femme, c'est de se placer sous le régime dotal. Elle rendra par là tout ou partie de ses biens insaisissable pour les dettes qu'elle contracterait pendant le mariage. Elle se privera de la faculté de renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la dot et qui, à proprement parler, en fait partie. Elle ne peut pas, en revanche, se frapper d'une incapacité personnelle pour cautionner son mari sur ses biens libres.

(1) Il se peut aussi que la femme cautionne successivement plusieurs créanciers du mari sans les subroger à son hypothèque légale. Quant aux effets de ce cautionnement, v. Douai, 31 juillet 1913, D. 1914, 2, 1, note PERCEROU (sur les sommes obtenues par la femme dans la faillite du mari, par le jeu de son hypothèque légale, ces créanciers viennent-ils au marc le franc ou par ordre de dates) ?

Le régime dotal est pratiqué sur des places de commerce, afin de sauvegarder la dot contre la ruine que causerait une faillite éventuelle du mari. Mais aussi ce régime resserre-t-il le crédit des commerçants, et les fournisseurs le voient d'un œil défavorable.

177. — 2° Le mari fait le commerce, *sa femme l'assiste* en détaillant la marchandise, en tenant ses livres, etc. Situation fréquente dans le petit commerce.

Les époux, pourrait-on dire, concourant à la même entreprise, sont tenus l'un et l'autre. Ils s'engagent solidairement ; les bénéficiaires font masse commune, même quand le régime n'est pas la communauté. — Ce serait une erreur.

La loi, en effet, pose une *présomption* contraire (art. 5, al. 2). Le Code répute commerçant le mari seul. Il estime que la femme n'est que son préposé. Dût-elle faire des actes juridiques, souscrire des effets, traiter des ventes, c'est au nom du mari qu'elle est censée agir. La situation est la même que s'il y avait procuration du mari (art. 1420 C. civ.). Donc elle n'est pas tenue, elle n'encourt point la faillite, elle ne recueille rien des bénéficiaires. C'est sur le mari que s'exerceront les effets de ce commerce.

La femme ne serait commerçante qu'à condition d'exercer un commerce « séparé ». Ce commerce, d'ailleurs, peut être de même nature que celui du mari, pourvu qu'il ne se confonde pas avec lui. Généralement, la femme tiendra un atelier de modes : le mari une boutique de change. Mais il se pourrait que les deux fonds eussent même objet, la vente de confections, dans deux quartiers différents et respectivement sous leur nom à l'un et à l'autre. Chacun d'eux est alors commerçant de son côté ; ce qui, en cas de double faillite, entraînera pour les créanciers de la femme commune une double protection dont il serait prématuré dans la première partie de ce traité de déterminer la base pécuniaire.

Quand le commerce est unique, on discute le point de savoir si la présomption de l'art. 5, al. 2, comporte la preuve du contraire. Il y a des distinctions à faire. — *a*) Le fonds est exploité au nom de la femme. C'est elle qui est inscrite à la patente, qui a pris le magasin en location. Ou elle continue un établissement qu'elle gérait déjà avant de se marier ; son mari l'aide dans ses affaires. La présomption n'a pas été établie pour régler cette hypothèse. Les tribunaux décideront que le commerce repose sur la tête de la femme, et que le mari ou bien y prête le concours de commis (Req., 5 novembre 1900, S. 1901, 1, 278, D. 1901 ; 1, 463) ; ou bien s'y est immiscé (Req., 21 octobre 1901, S. 1901, 1, 520, D. 1901 ; 1, 527). La situation de l'art. 5, al. 2, est renversée. — *b*) Le commerce est au nom du mari, ou la détermination de celui des époux sur lequel il repose prête au doute. On a prétendu que la jurisprudence permettait alors de combattre la présomption. Mais l'arrêt de la Cour de cassation qu'on invoque en ce sens (Req., 5 mai 1857, *J. Pal.*, 59, 288) ne dit rien de pareil. Il se réfère à la troisième hypothèse. La présomption est au contraire absolue : autrement s'agiteront à la barre, sur le rôle des deux époux, des discussions que la loi a voulu tarir. C'est une présomption sur le fondement de laquelle

l'action en justice est refusée contre la femme (voir l'art. 1352). — c) Les époux ont coopéré au commerce en s'obligeant de concert envers les tiers. C'est le cas prévu par l'arrêt des Requêtes ci-dessus. Le fait par la femme de s'être engagée à côté du mari, alors que celui-ci agissait déjà en personne, ne peut s'expliquer que par l'intention de donner son propre cautionnement. Elle sera tenue et, si ses engagements doivent se reproduire avec fréquence, elle encourra la faillite (V. au surplus *Ann. dr. comm.*, 98, 264 ; v. également sur cette question Dijon, 26 juin 1925. D. 1926, 2, 6 et la note signée A. C.).

178. — S'ensuit-il que les époux puissent valablement contracter entre eux une *société commerciale* ? C'est une question à examiner dans la seconde partie.

SECTION IV

L'ÉTAT OU LA COMMUNE (1)

179. — La première partie de ce traité, en cours d'exposé, a pour objet les commerçants individus. L'Etat est une personne collective. C'est cependant à cette place que nous allons examiner le problème très actuel, et même à vrai dire d'intérêt plutôt à venir, de l'*accomplissement d'actes de commerce par l'Etat*.

Le commerce peut-il procéder de l'Etat, ou d'une personne administrative dérivée de lui, telle que l'est une *commune* ?

Ce problème se pose : 1° en législation ; 2° par rapport aux services que l'Etat ou la commune a effectivement institués.

180. — A. *En législation*, l'Etat, semble-t-il, ne doit pas faire le commerce. Il dérogerait à sa fonction ; et de même quant aux communes. L'Etat écraserait le commerce par la formidable supériorité que lui confèrent sa qualité de puissance publique et le droit qu'il a, afin de couvrir ses engagements, de recourir à l'impôt ainsi que d'en régler la distribution. De deux choses l'une, en effet : — a) Ou bien le commerce serait entrepris dans l'intérêt des consommateurs, en vue de réaliser la baisse des produits, ainsi que l'entend le programme collectiviste. Outre que l'esprit de spéculation (absolument indispensable, dans une certaine doctrine, à la nature des actes de commerce) cesserait de diriger une pareille entreprise, l'Etat, travaillant au simple prix coûtant, et même peut-être au-dessous de ce prix, découragerait la lutte des concurrents. L'Etat a pour mission de protéger les activités et non de les absorber. La liberté du commerce est un des droits garantis par la Constitution : que deviendrait-elle sous un semblable régime ? Cette incompatibilité entre l'Etat (ou ses organes dérivés) et le commerce est telle, que les délibérations créant un service commercial tel qu'une pharmacie municipale (Cons. d'Etat, 3 août 1894,

(1) GOMBEAUX, *La condition juridique de l'Etat commerçant et industriel*, 1904.

Roubaix) devraient être annulées comme illégales, alors même que les ressources ordinaires du budget permettraient d'en couvrir les charges. Il est vrai que notre organisation constitutionnelle ne connaît point de contrepoids aux abus commis par le Parlement. Cette défense demeure étrangère au pouvoir législatif : une loi pourrait ainsi faire échec à ce principe de liberté.

b) Ou bien, l'Etat poursuivrait, par une exploitation d'ordre commercial, un but fiscal. Il pousserait non plus au bon marché, mais tout au contraire aux plus hauts prix possibles (comme c'est le cas pour le service des tabacs ou des allumettes chimiques). Cette exploitation serait un moyen d'équilibrer son budget. Elle consacrerait, non plus un monopole indirect, mais un monopole exprès, formellement proclamé par la loi. L'Etat ne pourrait atteindre ses fins financières qu'en supprimant le commerce. On peut se faire une idée de son action dominatrice, d'après l'accaparement que pratiquent les *trusts* américains, et qui ne serait, suivant les socialistes, que le signe précurseur de la nationalisation future de la production. Cela encore est contraire à la notion du commerce.

180 bis. — On conçoit d'ailleurs que l'Etat ou les personnes morales de droit public participent à la constitution, aux bénéfices et même à la gestion d'entreprises commerciales privées sans devenir pour autant commerçants. Cette collaboration peut être poussée plus ou moins avant. Parfois, la personne morale de droit public se borne à mettre à la disposition de l'entreprise privée, des dépendances du domaine public par voie de concession, ou bien à lui fournir de l'argent à titre de subvention en exigeant qu'on lui réserve en échange un certain droit de contrôle. C'est un système de subvention employé depuis un certain temps déjà. D'autres fois, elle souscrit des obligations et réclame le droit de se faire représenter dans le Conseil d'administration par un commissaire avec voix consultative et même droit de veto suspensif (1).

Allant plus loin, il arrive même qu'elle se fait reconnaître le droit, bien que n'étant pas actionnaire, de désigner un certain nombre d'administrateurs de la société et de participer à ses bénéfices au moins à partir d'un certain chiffre (V. notamment l'art. 3 de la loi du 27 mai 1921, approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône) (2).

Une formule de collaboration d'apparition récente, et qui tend à se développer, va plus loin encore. La personne morale devient actionnaire de la société chargée de l'entreprise d'intérêt général et exerce même par l'intermédiaire de ses représentants, les fonctions d'admi-

(1) Comp. le projet de loi adopté par la Chambre sur l'amodiation des mines de potasse d'Alsace, le 21 février 1923.

(2) Il en est de même, paraît-il, de la Société des services contractuels des Messageries Maritimes dont les statuts réserveraient à l'Etat le droit de désigner la moitié des administrateurs. Cette dérogation grave à la loi de 1867 n'est pourtant autorisée par un texte de la loi du 28 juillet 1921, concernant l'exploitation des services postaux d'intérêt général sur l'Extrême-Orient... et la Méditerranée orientale, ni de la Convention ou des Annexes et cahiers des charges qui y sont joints (*J. Off.*, 3 août 1921, p. 907 et s.).

nistrateur, les statuts lui réservant obligatoirement un certain nombre de postes dans ce Conseil. Telle est, notamment, la combinaison prévue par la loi du 16 octobre 1919 (Décret d'application du 18 octobre 1923, *J. Off.*, 19 octobre 1923) relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, et par celle du 11 août 1920 sur l'établissement d'un réseau de transport d'énergie électrique à haute tension dans les régions libérées.

Enfin il convient de citer particulièrement les décrets du 5 novembre 1926 (art. 14) et du 28 décembre 1926 (art. 13) qui reconnaissent aux communes le droit de devenir actionnaires, obligataires ou porteurs de parts des sociétés chargés d'exploiter les services communaux et qui déterminent les conditions de leur participation à l'administration de ces sociétés.

Qu'il nous suffise de signaler ici l'existence de ce mouvement susceptible d'ailleurs, de soulever, aussi bien au point de vue juridique qu'au point de vue économique, de très graves objections (1) ; nous retrouverons les principaux aspects de cette question, à propos de l'étude des sociétés.

181. — Tout n'est pas vrai dans le tableau tracé ci-dessus (§ 180). Il y a dès à présent des entreprises qui investissent celui qui les exerce d'un véritable monopole au moins de fait. Cela ne les empêche pas de relever du droit commercial. Ainsi en est-il des chemins de fer exploités par une Compagnie concessionnaire, de la Banque de France, etc.

Certains services ne peuvent se concevoir qu'à la condition de supprimer toute concurrence : le service des eaux, celui du gaz, celui des transports en commun dans une ville ou sur le territoire d'un Etat.

Lorsque ces services, actuellement concédés, auront fait retour au domaine public, se posera la question de savoir si l'Etat ou la commune doit désormais les exploiter à son compte et à ses risques. On ne voit pas de principe de droit constitutionnel s'opposant à cette solution, déjà en faveur dans certains pays étrangers. C'est une question de convenance pratique et d'intérêt général qui, seule, se trouvera engagée : elle mettra aux prises les partisans de la concession perpétuelle et ceux de la régie (PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, nos 668 et s. ; JARAY, *Industries municipalisées dans les Questions pratiques de législation ouvrière*, 1903, nos d'avril et s. ; E. BOUVIER, *Les régies municipales*, 1910).

D'autre part, il existe dès à présent des manufactures ou services dont l'objet correspond aux art. 632 et 633 et qui sont exercés par l'Etat à des fins diverses.

En laissant de côté les entreprises monopolisées dans un but fiscal (tabacs et allumettes), l'Etat poursuit un but esthétique par ses manu-

(1) V. TRUCHY, *l'Etat actionnaire et administrateur de sociétés* (Discussions de la Société d'Economie politique de Paris, séance du 5 mars 1923, *l'Economiste français*, 1923, p. 358 et s.) ; ROLLAND, Rapport présenté au nom de la Commission de la Société d'Etudes législatives et les discussions à cette Société, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1924, p. 57 et s. ; CHÉRON, *De l'actionariat des collectivités publiques*, 1928 ; CROIZAT, *Statut juridique des délégués des collectivités publiques dans les sociétés d'économies mixte*, *Annales de droit commercial*, 1924, p. 97 et s.

factures de porcelaines ou de tentures (Sèvres ou Gobelins) : il poursuit un intérêt d'économie, de sécurité ou de régularité pour le public, par le service des postes ou des chemins de fer qu'il exploite directement. Nous allons discuter le problème de la commercialité dans sa généralité, en écartant provisoirement ce qui concerne les chemins de fer.

182. — B. L'extension possible du droit commercial à l'Etat, dans la gestion d'un service qui correspondrait par son objet aux entreprises visées dans les art. 632 et 633, n'est qu'un aspect d'une question plus vaste, fort débattue surtout depuis vingt ans : dans quelle mesure l'Etat relève-t-il du droit commun applicable aux rapports des citoyens ? Cette controverse est extrêmement complexe. Pour l'éclaircir, les principes dirigeants ont beaucoup de mal à se dégager de la municipalité des textes concernant chaque service respectivement, ainsi que de la jurisprudence administrative devenue en ce domaine tout à fait envahissante. Ce n'est pas un thème simplement académique.

Il y a des personnes qui voudraient placer l'Etat, au point de vue de la compétence comme au point de vue du fond, sous l'empire du droit commun dans la marche de ses services ; ce serait donner aux citoyens plus de garanties contre les actes arbitraires ou dommageables de l'administration ou des administrations (BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 10^e éd., 1923, p. 25 et s. ; MICHOU, *Revue de droit public*, 1895, I et II, 1897, I).

Il en est d'autres qui tendent avec M. HAURIU (*Précis de droit administratif*, 5^e éd., 1903, p. 216), à assimiler le contentieux des « actes de gestion » à celui de l'Etat faisant office de « puissance publique », sinon par rapport aux responsabilités nées de ces deux fonctions, du moins quant à la nature des *juridictions* qui en doivent connaître. Ces auteurs excluent de l'administration publique, protectrice de l'intérêt collectif et offrant à ce titre le maximum de garanties, le type de l'administration privée, beaucoup plus portée que l'autre à commettre des abus de droit, lorsqu'elle se sent forte.

La pratique administrative, attestée par les arrêts du Conseil d'Etat de la dernière époque, admet un système très radical et exclusif, fort critiquable dans sa généralité : « L'Etat, les départements et les communes ne relèvent ni quant à la source ou à la nature de leurs engagements, ni quant aux juges qui en doivent connaître, des principes du droit civil ou du droit commercial » (1). Il n'est fait exception à cette règle que pour la gestion de certains services privés, comme l'est l'administration forestière (car, en ce dernier cas, l'identité des fonctions de l'Etat et d'un propriétaire ordinaire veut qu'on fasse retour à l'application du droit commun).

Dans cette doctrine, on ne doit revenir à la législation ordinaire que s'il existe des textes formels, plaçant l'Etat sous le même régime que les particuliers, ou édictant d'autres dispositions qui se suffisent

(1) En ce sens, v. un arrêt de Cass. civ. du 22 juillet 1924 (D. H. 1924, 379) cassant un arrêt de Paris, 24 mai 1922 (D. 1924, 2, 91, note A. C.) qui avait décidé que l'Etat français, en revendant les stocks américains, avait fait acte de commerce et comme tel était devenu justiciable des tribunaux de commerce.

à elles-mêmes (postes, télégraphes, etc.). Ainsi s'affranchissent de l'observation du droit commun l'Etat et les personnes morales qui en sont les diminutifs.

La frontière à tracer entre la puissance publique et les services est nécessairement artificielle ; les actes de puissance publique sont toujours plus ou moins *indétachables*, selon l'expression de M. HAURIU, des actes de gestion, et l'Etat gère tous ses services au nom de l'autorité supérieure dont il est investi.

La distinction des « services privés » et des « services publics » n'est elle-même pas raisonnable, car jusque dans son domaine privé, l'Etat opère autrement qu'une personne ordinaire. Il faudrait, pour être conséquent, fondre ces deux attributions en une seule, et déclarer le droit commun applicable à l'Etat, à quelque titre qu'il procède. Or, cela est impossible et contraire à cette position de commandement qui fait de l'Etat et de ses dérivés des êtres à part, exigeant pour l'harmonie des intérêts généraux un régime *sui generis*, imbu du respect indispensable des administrés.

En suivant les idées qui ont prévalu devant la jurisprudence administrative, voici les résultats auxquels on est conduit dans l'essai d'adaptation des règles de droit commun, et particulièrement du droit commercial, à l'Etat ou aux communes. Cet essai aboutit à de véritables impasses.

183. — 1° *Compétence.* — Le droit commercial défère aux tribunaux de commerce la connaissance des contestations. C'est une garantie précieuse, non seulement pour le plaideur assigné qui comparait devant des juges de sa profession, mais aussi pour le plaideur qui assigne, obtenant ainsi prompt justice. Ce bénéfice de compétence n'est sans doute pas constant. L'entrepreneur de travaux publics, même lorsque c'est l'Etat qui l'actionne, est assigné, quoique commerçant, devant le conseil de préfecture (n° 31). Le contentieux des marchés publics de fournitures est du ressort du Conseil d'Etat (D. 11 juin 1806). Du moins la compétence des tribunaux consulaires reparaitrait-elle, si l'entrepreneur ou le fournisseur était recherché par l'un ou par l'autre de ses créanciers commerciaux, sans parler de l'arme de la faillite en cas de cessation de ses paiements.

Si l'Etat était censé faire acte de commerce dans tel ou tel de ses services, pourrait-on le soumettre aux tribunaux de commerce ? En réservant l'exploitation des chemins de fer de l'Etat, qui obéit à un régime particulier et que nous retrouverons, il faut répondre par la négative.

La conception qui doit déterminer le cercle du contentieux administratif, conception à laquelle s'attachait déjà M. LAFFERRIÈRE, et que paraît consacrer le Conseil d'Etat dans sa dernière jurisprudence, se ramènerait à cette formule proposée par M. ROMIEU, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux (soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité), constitue une opération administrative, qui est par sa nature du domaine de la juridiction

administrative, au point de vue des litiges de toutes sortes auxquels elle peut donner lieu » (Conseil d'Etat, 6 février 1903, *aff. Terrier, dite des vipères*, S. 93, 3, 25, et note HAURIOU).

Cette largeur de compétence administrative n'avait jamais été affirmée autrefois avec l'étendue qu'on lui donne aujourd'hui. Longtemps, on avait basé la plénitude de juridiction des juges administratifs, dans les procès où l'Etat est engagé, sur un texte de la Révolution, la loi du 26 septembre 1793, qui reproduisait sous une forme plus énergique la législation de 1790 : « Toutes les créances de l'Etat seront réglées administrativement ». Le créancier de l'Etat doit, avant de porter son droit en justice, en demander la liquidation à l'administrateur compétent. Au cas de refus de celui-ci, l'intéressé se pourvoira. Or, les juges administratifs sont seuls admis à connaître de ce pourvoi.

C'était là une confusion entre le contentieux administratif et le contentieux fiscal. On donnait à la loi de 1793 un sens inexact. Au moins cette interprétation réservait-elle la compétence à l'égard des procès des départements et des communes, ceux-ci n'étant pas soumis à la procédure préalable de la liquidation de leurs dettes. Des arrêts en avaient conclu que, à la différence de l'Etat, « les communes et les départements répondaient de leurs actes de gestion devant les tribunaux ordinaires ». Si cette interprétation s'était maintenue, on pourrait soutenir que les communes exploitant le gaz en régie ou établissant un service de tramways sous la même forme seraient sujets au droit commercial.

Mais un revirement s'est produit. On a cessé de baser la compétence administrative sur la loi de 1793. On a continué d'ailleurs à affirmer, tant en matière de contrats qu'en matière de délits, et cela avec plus en plus d'extension. Le dernier arrêt sus-indiqué, du 6 février 1903, s'applique au procès des départements et des communes. Le ministère public avait, par la thèse de principe développée dans ses conclusions, préparé ce résultat. Il est vrai que M. ROMIEU a excepté de cette compétence administrative générale, indépendamment des conventions se rapportant au domaine privé : « les cas où l'administration, tout en agissant dans l'intérêt d'un service public proprement dit, se place volontairement dans la condition d'un particulier. — soit en passant un de ces contrats de droit commun d'un type particulier déterminé par le Code civil (location d'un immeuble par exemple), qui ne suppose par lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, — soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée agir comme un simple particulier (commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expédition par chemin de fer aux tarifs du public, etc.) ».

Mais ces atténuations, qui ne sont même pas motivées, paraissent bien avoir pour but de voiler la gravité de la thèse et de ménager des transitions de jurisprudence. L'idée inspiratrice du système actuel n'est pas aussi éloignée de la loi de 1793 qu'on pourrait le croire. Tout en permettant d'absorber pour l'avenir les procès des communes dans le contentieux administratif, l'interprétation récente procède encore du

raisonnement d'autrefois. Le contrat conclu par l'administration n'étant pas exécuté par elle, on est en face d'un acte administratif de refus, dont seul peut connaître le juge d'administration en vertu de la séparation des pouvoirs. Il importe peu que cet acte concerne un service de gestion : sa nature administrative subsiste en tout état de cause. Et le même raisonnement peut jouer sur les délits, si tant est que ceux-ci puissent donner lieu à une demande en réparation, ce que nous allons examiner.

Au préalable, notons que, du moment que l'Etat ou les communes doivent être assignés en Conseil d'Etat, les preuves consacrées par le droit commercial (preuve testimoniale, droit de demander la production des livres) ne sauraient, à ce qu'il semble du moins, être mises à la portée du demandeur poursuivant ce débiteur privilégié. C'est une raison de plus d'écarter dans son entier la législation du commerce.

184. — 2^o *Responsabilité*. — Il est impossible de concevoir une personne faisant le commerce, sans qu'elle soit liée envers le public par les actes auxquels ce commerce donne lieu. — L'Etat est-il responsable ? Ses marchés et conventions l'obligent : ce principe est incontestable en matière financière et constitue dans le droit nouveau la sauvegarde des emprunts d'Etat : il ne l'est pas moins dans le domaine du trafic et des échanges.

Mais les engagements d'une maison ne se bornent pas à exécuter les contrats. Il faut en outre réparer le tort causé soit aux personnes avec qui on s'est mis en rapport d'affaires (*faute contractuelle*), soit aux tiers (*faute délictuelle*). Une entreprise ou un service, qui jouit de l'immunité de ses actes portant lésion des intérêts d'autrui, demeure étrangère à notre droit. Or, c'est ce qui arrive pour l'Etat, de même que pour les communes.

La puissance publique est irresponsable. On peut provoquer l'annulation d'un acte qui provient d'elle, on ne peut la poursuivre en réparation pour cause de faute. Cependant l'accomplissement de sa fonction ne va pas sans heurter les intérêts de quelques-uns dans une œuvre conçue pour le bien de tous. Dans une certaine mesure, il est vrai que « la puissance publique, ayant pris de sa propre initiative la direction de la cause commune en qualité de gérant d'affaires, contracte l'obligation d'assurer ses collaborateurs contre les accidents qui, portant atteinte à la régularité des services, entraînent des préjudices » (HAURIOU, *op. cit.*, p. 246). De là, la notion, accueillie en doctrine et en jurisprudence, des « faits de service ». Pour être admis à exercer la réclamation découlant de cette notion, il faut arguer, non pas de la faute d'un agent, mais de la défectuosité d'un service, ou pour parler plus clairement, de la réalisation du risque d'accident ou de lésion causé par ce service.

Sitôt qu'on est en face d'une faute caractérisée de fonctionnaire, c'est celui-ci qui est tenu, non l'Etat. Le service ne s'est pas dérobé à son rôle, mais l'homme qui en était chargé : administrativement parlant, ce dernier est sorti de sa fonction. L'Etat ne pourrait être responsable des fautes de ses fonctionnaires que si ceux-ci devaient être considérés comme ses préposés à la teneur de l'art. 1384 C. civ. Or,

pour des raisons dont l'étude ferait ici longueur, et depuis que les théories de M. LAFERRIÈRE ont réglé la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette extension à l'Etat et aux communes des principes de la responsabilité civile est absolument repoussée.

On ne distingue pas à cet égard suivant que l'Etat agit par voie d'autorité ou fait acte de gestion. Les services industriels organisés par la puissance publique échappent donc à la responsabilité qui atteint une entreprise privée. La doctrine n'est pas unanime sur ce point ; MM. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 78 ; MICHOD, *Revue du droit public*, 1895 et 1897, sont en désaccord avec M. HAURIU, *op. cit.*, p. 242. Ils voudraient ouvrir une brèche au principe de l'irresponsabilité, lorsque l'Etat procède au titre d'entrepreneur et non plus dans l'exercice de ses fonctions de souveraineté. Mais la jurisprudence est très ferme dans le sens contraire. Elle s'est affirmée notamment dans l'arrêt *Blanco*, 8 février 1873. Jadis les communes étaient soumises par elle à un autre traitement que l'Etat ; on les tenait pour responsables des fautes de leurs agents ; mais il est peu probable que cette interprétation résiste à la nouvelle jurisprudence.

Il existe sans doute certaines exceptions consacrées par les lois pour tel service déterminé (1). Mais, hors de là, l'intéressé ne peut imputer à l'Etat les négligences ou faits positifs de responsabilité de ses agents. Ceux-ci seront recherchés à raison de leurs « faits personnels » (Cass. civ., 7 février 1923. *Gaz. Pal.*, 22-23 avril 1923), ils ne pourront l'être que pour le cas de faute lourde. Comme il y aura doute sur le point de savoir si c'est un « fait de service » ou un « fait personnel » qui constitue le principe de l'action, l'appréciation de la faute relèvera encore des tribunaux administratifs, à raison de la séparation des pouvoirs : on avait cru cependant, au lendemain de l'abrogation de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII par le décret du 19 septembre 1870, que les fonctionnaires répondraient désormais de leurs actes devant les tribunaux ordinaires.

Ce régime légal, dans son économie générale, paraît inconciliable avec l'adaptation à la puissance publique du droit commercial.

185. — Il y a d'ailleurs d'autres motifs à invoquer dans le même sens.

a) Le droit commercial règle la procédure d'exécution, la faillite. Or les biens de l'Etat (2) sont insaisissables : la solvabilité qu'il a pour exécuter ses engagements dès lors qu'ils sont reconnus, ainsi que sa bonne foi, ne doivent pas même être mises en question. Il lui est arrivé de manquer à ses engagements, d'imposer à ses créanciers une sorte de concordat (ouverture du Grand Livre en 1793) ; il faut espérer que cette éventualité ne se reproduira plus.

b) L'homme de commerce fait appel au crédit. Or les services de l'Etat sont enfermés dans le cadre de la comptabilité publique. Les dépenses ne peuvent être engagées que dans les limites budgétaires, à moins d'allocation de crédits supplémentaires. Les disponibilités des

(1) On en trouvera liste dans HAURIU, p. 245, note 1.

(2) Sur l'impossibilité d'appliquer la faillite à l'Etat, au département ou à la commune, v. PERCEROU, *Traité des faillites*, dans la collection THALLER, t. I, n° 161.

impôts ne peuvent être complétées que par des émissions de bons du Trésor ou par l'appel au compte courant de la Banque de France. Il n'y a pas lieu de procéder à une négociation d'effets.

Les services publics n'équilibrent pas davantage leurs comptes annuels en faisant état du capital d'établissement et de l'amortissement du matériel : ils ne tiennent pas les livres commerciaux habituels.

Cette économie propre aux deniers publics, cette absence de bilan et d'écritures commerciales rendent irréalisable, en l'état actuel de la législation, le transport à l'Etat des dispositions du droit commercial.

186. — Nous avons écarté les autres singularités se rapportant aux relations de l'Etat dans ses divers services avec ses agents et employés (1). En envisageant ce nouveau côté de la question, on constate la même antithèse entre l'Etat industriel et les autres patrons. Car : 1° quant à la compétence, les réclamations de ces agents relèvent des tribunaux administratifs, à moins qu'il ne s'agisse de la main-d'œuvre inférieure, du travail d'un journalier, par exemple (2) ; 2° au fond, les agents de l'Etat n'ont pas le droit, en cas de renvoi entaché d'abus, d'arguer de l'art. 1780 C. civ. ; 3° ils sont exclus du bénéfice de la coalition ou de la grève (V. pourtant BERTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 51), ainsi que du droit de se grouper en syndicats professionnels.

Si, au contraire, la loi du 9 avril 1898 sur le risque professionnel s'applique à l'Etat vis-à-vis de ses ouvriers et l'oblige à leur servir une pension d'accident (Bordeaux, 19 février 1901, S. 1904, 2, 145), c'est parce qu'il a été dit dans la discussion que le personnel des manufactures de l'Etat ainsi que celui des établissements publics était, en raison de la généralité du texte, régi par ladite loi comme il a été dit encore (rapport RICARD) que la compétence des tribunaux administratifs doit disparaître en pareil cas. C'est un exemple dont il ne faut pas élargir la portée (3).

Nous n'avons pas à insister sur cet aspect du problème. Les rapports du patron et de ses préposés se rattachent à la législation industrielle et non à la législation commerciale proprement dite. Ils se rattachent même plutôt à l'organisation politique de l'Etat, à la discipline nécessaire dans la hiérarchie des services. C'est à côté du

(1) Le titulaire d'un bureau de tabac est non un commerçant, mais un préposé de l'Etat, dont la rétribution réside dans les remises que l'administration lui consent sur les tabacs à vendre. Il opère en vertu d'une commission de la Régie (Lyon, 8 mai 1879, D. 81, 2, 48 ; Trib. cor. Toulouse, 29 janvier 1919, *Gaz. des Trib.*, 8 juin 1919). — La situation ne change pas si cette personne au lieu de tenir le bureau, le fait exploiter par un gérant. Ce gérant est un sous-préposé à faire agréer par la Régie sous peine de nullité de contrat (Douai, 30 juillet 1895 et 13 avril 1897, D. 1898, 2, 205). Le prix de location du bureau, ou ce qu'on désigne de ce nom, est un forfait convenu par le gérant avec le titulaire. C'est le bénéfice net présumé du bureau, appointements du gérant déduits. La qualité de commerçant ne serait acquise au gérant que s'il exploitait dans le même local une autre industrie, par exemple un débit de vins (cfr. note MESTRE, sous Lyon, 20 juin 1912, S. 1914, 2, 1).

(2) La loi sur les conseils de prud'hommes de 1907 n'a pas étendu cette juridiction au personnel des manufactures de l'Etat, ainsi que l'aurait voulu le texte voté par la Chambre en 1901 ; PIC, *Les lois ouvrières*, 3^e éd., n° 1285 bis ; Toulouse, 5 février 1908, S. 1908, 2, 37.

(3) BOURGUIN, *De l'application des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'Etat*, 1902 ; MANNHEIM, *De la condition des ouvriers dans les manufactures de l'Etat*, 1902.

thème, brûlant aujourd'hui, du syndicalisme des fonctionnaires et du statut légal (1) à leur attribuer, que nous devons passer, sans pouvoir nous y aventurer.

187. — Les raisons qui viennent d'être exposées d'écarter de l'Etat, pris dans ses divers services, les règles du droit commercial, ne sont pas tenues partout pour décisives. On se représenterait un régime différent, qui détacherait les services industriels de l'Etat ou des communes, des principes rigides du droit administratif ; alors la règle du Code de commerce italien (art. 7), d'après laquelle l'Etat, les provinces et les communes peuvent se soumettre par leurs actes aux lois commerciales, serait également applicable en France.

188. — **Chemin de fer de l'Etat.** — Dès à présent, cette extension est chose faite pour les chemins de fer de l'Etat. Ce service n'est confondu ni au point de vue administratif, ni au point de vue budgétaire et financier, avec les autres services nationaux (L. 18 mai et Décret du 25 mai 1878). Il se rapproche plutôt du régime des établissements publics, ou plus exactement peut-être de celui des établissements de gestion privée. Les fonctionnaires qui en dépendent sont en service détaché, et un conseil d'administration (avant 1895), un directeur (depuis cette époque) en assure la marche à l'instar d'une Compagnie industrielle.

Ses recettes et dépenses ne sont pas incorporées au budget général (2), mais forment un compte à part, lequel ressort en bénéfices parce que les charges d'établissement en sont exclues. Ces charges d'établissement ont été le prix versé par l'Etat aux anciennes Compagnies qui avaient originairement construit ce réseau et qui se sont vues dans la nécessité, faute de ressources, d'en suspendre l'exploitation.

Il a été entendu en 1878 qu'on laisserait au public, malgré la reprise des lignes en régie, les garanties qui résulteraient pour lui du droit applicable aux Compagnies (3). On s'est laissé guider par des motifs d'ordre utilitaire.

Au surplus, déjà la loi sur les chemins de fer du 15 juillet 1845, prévoyant le cas où l'exploitation serait aux mains de l'Etat, avait décidé, dans son art. 22, que « l'Etat serait soumis à la même responsabilité » que les entreprises en sociétés.

(1) V. les discussions à la *Société d'études législatives* sur le statut des fonctionnaires, *Bulletin*, 1914. — La loi du 12 mars 1920 sur les syndicats professionnels a réservé la question du « statut des fonctionnaires » (art. 9, § 2, ajouté à la loi du 21 mars 1884). Actuellement les syndicats de fonctionnaires sont tenus pour illégaux. Mais on est généralement d'accord pour ne pas étendre cette exclusion aux ouvriers salariés par l'Etat, les départements ou les communes. En fait les simples ouvriers ou employés des manufactures ou exploitations de l'Etat sont syndiqués comme ceux des industries privées ; les employés des chemins de fer de l'Etat le sont comme ceux des compagnies privées.

(2) Les deux budgets annexes des Chemins de fer de l'Etat (ancien et nouveau réseau) maintenant fondus en un seul, ont été réorganisés par la loi des finances du 13 juillet 1911.

(3) Le même régime a été suivi pour le rachat du réseau de la Compagnie de l'Ouest (L. 18 décembre 1908, art. 2).

De là il résulte : a) Que l'Etat est exposé aux mêmes procès pour pertes, avaries et retard, que les autres chemins de fer, et que les dommages-intérêts doivent obéir au même *quantum* et aux mêmes règles de liquidation (les principes de la comptabilité publique sont étrangers même aux rapports de l'administration des chemins de fer de l'Etat avec ses fournisseurs, Req., 8 juillet 1889, D. 89, 1, 353, et les règles d'ordonnement des paiements sont simplifiées) ;

b) Que le tribunal de commerce doit connaître de ces procès (1) ;

c) Mais, d'autre part, que les différends entre l'Etat et ses employés de chemins de fer, par exemple à raison d'une révocation injuste, ne sauraient relever de la juridiction commerciale, qu'ils rentrent au contraire dans la compétence des tribunaux administratifs, le droit commercial ne réglant pas les relations du chef d'entreprise et du personnel à ses ordres (Req., 18 novembre 1895, S. 98, 1, 385, et note de M. CHAVEGRIN).

189. — Etablissements publics. — Un service industriel peut-il légalement être organisé par un *établissement public* ou *d'utilité publique* ? Il ne le semble point.

Car ces établissements répondent à une destination que l'accomplissement d'un commerce ne concourt pas à réaliser, dont le commerce même les détournerait. Ce n'est qu'en vue de leur but que la personnalité leur a été conférée. Ils ne doivent point contrevvenir à ce but. Le principe de la « spécialité de la fonction » les domine.

C'est pour cette raison qu'on refuse au *syndicat professionnel* l'aptitude aux actes de commerce. Il peut faire emploi de ses cotisations ou autres ressources en valeurs, et se composer un capital. Mais l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles propres à la profession étant le seul objet possible de ces syndicats (L. 21 mars 1884, art. 3), il s'ensuit que l'accès du commerce leur est fermé. La Cour de cassation en avait conclu que « le syndicat professionnel qui, dans le magasin qu'il s'est annexé, livre en détail à ses adhérents, avec une majoration de prix pouvant lui laisser un bénéfice, même très minime, des marchandises dont il s'est approvisionné sans avoir préalablement reçu de commandes de la part desdits adhérents, accomplit ainsi des opérations commerciales et sort des limites de ses attributions légales » (Crim. req., 29 mai 1908, D. 1909, 1, 25, note Salman-Legagneur, S. 1908, 1, 409, note Naquet) (2). On

(1) Les procès entre les assurés et l'Etat à raison des assurances contre les risques de la guerre maritime pratiquées par lui pendant la grande guerre (lois du 10 août 1915 et du 19 avril 1917), sont également de la compétence des tribunaux de commerce, Trib. com. Seine, 15 juillet 1919, *Gaz. Trib.* du 21 février 1920 ; Cass. req., 31 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 23 mars 1923. — Il en est de même des procès qui s'élèvent entre l'Etat et ses acheteurs à l'occasion de la liquidation des stocks américains, l'achat qu'il en a fait pour les revendre dans le public constituant un acte de commerce, Rennes, 4 mai 1923, D. 1924, II, 49.

(2) On sait l'émotion que cet arrêt, pourtant parfaitement fondé en droit, provoqua dans le milieu des syndicats agricoles, et les débats qu'il souleva. V. notamment une proposition faite à la *Société d'Etudes législatives* sur la capacité commerciale des syndicats, rapport CAHEN et discussion générale (*Bull. de ladite société*, 1909, n° 5, p. 373 et suiv.) ; A. NAST, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1909, n° 286 ;

reconnaissait aussi qu'un syndicat professionnel ne pouvait posséder une marque de commerce.

Mais, bien que l'exercice du commerce demeure en principe interdit aux syndicats, la loi du 12 mars 1920 (1) sur l'extension de leur capacité, apporte aujourd'hui aux conséquences rigoureuses que l'on tirait de cette règle d'importants tempéraments. « Ils peuvent, s'ils y sont autorisés par leurs statuts et à condition de ne pas distribuer de bénéfices, même sous forme de ristournes, à leurs membres : 1°) acheter pour les louer, prêter ou répartir entre leurs membres tous les objets nécessaires à l'exercice de leur profession, matières premières, outils, instruments, machines, engrais, semences, plants, animaux et matières alimentaires pour le bétail ; 2°) prêter leur entremise gratuite pour la vente des produits provenant exclusivement du travail personnel ou des exploitations des syndiqués ; faciliter cette vente par expositions, annonces, publications, groupement de commandes et d'expéditions, sans pouvoir l'opérer sous leur nom et sous leur responsabilité » (Art. 5, § 8 nouveau, l. 1884). Ils peuvent aussi « déposer en remplissant les formalités de l'art. 2 de la loi du 23 juin 1857, leurs marques ou *labels* et en revendiquer la propriété exclusive... » (Art. 5, § 10 nouveau, l. 1884), et encore « subventionner des sociétés coopératives de production ou de consommation » (Art. 5, § 7 nouveau, L. 1884).

Un projet du Gouvernement, déposé par M. WALDECK-ROUSSEAU en 1899, allait plus loin et proposait d'augmenter la capacité des syndicats, en leur permettant de faire le commerce sous certaines conditions, et notamment de créer des sociétés anonymes avec pouvoir d'en souscrire toutes les actions ; il n'y a pas été donné suite.

L'incapacité à faire le commerce concerne également toute association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 : cette association s'est créée « dans un but autre que de partager les bénéfices » (art. 1^{er}). Elle dispose d'une capacité différente suivant les formalités qu'elle a observées ; la propriété d'immeubles lui est en principe interdite. Elle ne pourrait échapper à ce régime par l'exercice du commerce, notamment en greffant sur elle une société commerciale dont l'existence en fait devrait se confondre avec la sienne. L'examen de l'art. 17 de la loi conduit à ce résultat : il frappe de nullité les actes des associations, légalement ou illégalement formées, qui auraient pour objet de leur permettre de se soustraire aux dispositions du commencement de la loi, afférentes à la réglementation de leur capacité (2).

KIEFE, *Capacité commerciale des syndicats professionnels*, th. 1910 ; Ch. CLERC, *Les syndicats professionnels dans leurs rapports avec les sociétés coopératives*, th. 1910 ; ALLIX, *La capacité des syndicats professionnels et les récents projets de loi*, dans les *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1911. — Comp. le projet CHÉRON sur les syndicats professionnels, Chambre des députés, 19 mai 1913, d'où est issue la loi précitée du 12 mars 1920.

(1) Sur cette loi, v. *Les lois du travail industriel*, par G. BRY et E. H. PERREAU, 1921, p. 918 et s.

(2) On doit conclure de là qu'une congrégation religieuse autorisée ne pourrait pas, même au moyen de personnes interposées, exercer une industrie (fabrication de liqueurs). Avant la loi de 1901, cette incapacité était au moins discutable.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS ATTACHÉES A LA PROFESSION COMMERCIALE. — LIVRES DE COMMERCE. — PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE. — REGISTRE DU COMMERCE.

C. com., livre I^{er}, titre II, art. 8 à 17 [avec les art. 1329 et 1330 C. civ.]
 et titre IV, art. 65 à 70. — Lois du 18 mars 1919, 26 juin 1920,
 1^{er} juin 1923 et 17 mars 1924).

190. — Parmi les obligations incombant aux commerçants, il en est trois qui sont particulièrement intéressantes. Ce sont l'obligation de *tenir des livres* et une comptabilité régulière, — celle de *publier leur contrat de mariage*, — celle de requérir leur *immatriculation dans le registre du commerce*.

Nous allons les étudier toutes trois, en examinant incidemment la force probante des livres de commerce.

SECTION PREMIÈRE

DES LIVRES DE COMMERCE

(Art. 1329 et 1330 C. civ., 8 à 17 C. com.).

191. — *Tout commerçant doit tenir des livres*. — Cette obligation ne concerne point les autres professions. En pratique, mais sans que la loi le dise, on use de tolérance envers les petits marchands (ceux que le droit allemand qualifie de *Minder-Kaufleute*), envers ceux notamment qui exercent une profession nomade (1).

Par les énonciations de ses livres, le commerçant pourra établir ses droits, et, d'autre part, les tiers pourront justifier de leurs prétentions contre lui. Rien de pareil ne serait vrai des livres qu'un non commerçant tiendrait spontanément (cfr. pourtant l'art. 1331 C. civ.).

Le commerçant peut faire tenir ses livres par un commis et dans une langue quelconque. Les inscriptions peuvent y être faites à la machine à écrire, en tant que cet appareil est compatible avec l'épaisseur d'un livre. Il doit les conserver *pendant dix ans* à partir de leur clôture (art. 11 *in fine*).

1^o Mais il serait inexact de dire que, les dix ans étant expirés, *les livres aient épuisé leur force probante*. Ils continuent, après ce délai, à faire preuve pour ou contre celui qui les tient. Seulement, s'il se refuse à les produire parce qu'il soutient ne plus les avoir, il est suspecté

(1) Pour la réglementation légale des *industries et commerces ambulants*, v. la loi du 16 juillet 1912 et le règlement d'administration publique du 19 février 1913.

lorsque les dix ans courent encore, et il cesse de l'être après ce terme. Cette suspicion crée au profit du tiers avec qui il est en procès un commencement de preuve, qui pourra être complété par serment supplétoire (art. 17, C. com.).

2° Il n'est pas vrai non plus que les *obligations* entre commerçants se prescrivent par un délai de dix ans. La prescription ordinaire, dans le commerce, comme en matière civile, est de trente ans (art. 2262 C. civ.). Mais on verra qu'il s'est créé pour certaines causes d'obligations commerciales des prescriptions particulières d'une plus courte durée (art. 64, 189 C. com., etc.). En outre, les actions des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers *non marchands*, se prescrivent par deux ans (art. 2272 C. civ. dernier al., modifié par la loi du 20 février 1911) (1).

192. — Utilité. — Les livres, et d'une manière générale la comptabilité, répondent au besoin qu'a tout négociant de s'orienter dans ses affaires. Ils mettent sous ses yeux et classent ses opérations. Un travail périodique de synthèse lui dira ce qu'il gagne ou ce qu'il perd. Ils lui permettent de rectifier une direction mauvaise, d'aviser à des économies.

Les Romains les ont pratiqués, même en dehors du commerce. On connaît le *Codex expensi et accepti*, dont les écritures formaient un contrat solennel et de droit strict à l'époque classique. Au moyen âge, ils prirent beaucoup d'importance. Ils disposaient, d'après certains statuts, de l'authenticité et de la force exécutoire au même titre que des actes notariés : ce qui s'expliquait par le caractère public dont était investi le commerçant, en qualité de membre d'une corporation. Les *livres de raisons*, surtout dans le midi de la France, présentent un intérêt de curiosité, à cause de l'habitude qu'avait prise le marchand d'y consigner les événements survenus dans sa famille.

Des lois récentes (art. 66 et 67, l. 25 juin 1920 ; art. 32, l. 31 juillet 1920), tendent en outre à faire des livres de commerce un moyen de *contrôle fiscal* (2). Ainsi, d'après l'art. 5 de la loi du 16 avril 1924, tout redevable faisant un chiffre d'affaires annuel supérieur à 200.000 fr. (à l'origine 50.000 fr.), si son commerce principal est de vendre des marchandises, denrées, fournitures et objets à emporter ou consommer sur place, ou à 40.000 fr. s'il s'agit d'autres redevables, est tenu de représenter, à toute réquisition des agents du Trésor ayant au moins le grade de contrôleur ou d'inspecteur adjoint, les livres dont la tenue est prescrite par le Livre II C. com., ainsi que tous livres et documents annexes, pièces de recettes et de dépenses (3).

193. — Sanctions. — La tenue obligatoire des livres est sanctionnée de diverses manières :

(1) Auparavant cette prescription était d'un an : elle a été portée à deux ans par la loi du 20 février 1911, v. *Annales de droit commercial*, 1911, 138.

(2) CATALAN, Des réformes à apporter aux dispositions du C. com. sur les livres de commerce, spécialement pour l'application de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, 1918.

(3) Voir sur l'application de ce texte, l'instruction n° 3636 de la Direction générale de l'Enregistrement, § 13.

1° L'absence de livres, ou l'irrégularité dans leur tenue, peut, en cas de *faillite* du commerçant, emporter la peine de la *banqueroute simple* que le tribunal a toutefois la faculté de ne point prononcer (art. 586-6° C. com.).

La soustraction des livres dissimulerait un détournement d'actif, ce qui serait un cas de *banqueroute frauduleuse* (art. 591).

C'est surtout dans le cas de *faillite* qu'il importe de se référer aux livres. Le syndic s'éclairera ainsi sur les éléments de l'actif et du passif et connaîtra les créanciers à convoquer. Il consultera encore les livres pour s'instruire sur les précédents de la *faillite* et sur la responsabilité encourue par le débiteur dans sa ruine.

La loi a dû reculer cette sanction pénale jusqu'à la *faillite*, et la rendre par là même problématique. Elle ne pouvait frapper *in bonis* le commerçant négligent, sans faire acte de perquisition dans sa comptabilité. Tant que l'exploitation se poursuit, les bureaux du négociant sont fermés aux recherches des tiers, comme à celles du fisc et du ministère public, les cas d'information pénale réservés : le secret des affaires l'exige (n° 113).

2° Cette absence ou cette irrégularité des livres fait perdre au commerçant le bénéfice de la *preuve* que des livres bien tenus lui auraient assurée dans ses contestations avec la clientèle. Il ne parviendra pas à établir ses créances. Recherché comme débiteur, il tombera sous une présomption défavorable qui pourra sous certaines conditions le faire condamner (v. *infra*, nos 207 et 208).

194. — Cette matière se répartira en deux paragraphes, traitant : — de la comptabilité en général avec les énonciations des livres, — des livres considérés comme moyen de preuve.

§ 1. — Notions de comptabilité, énumération et énonciations des livres

195. — La *comptabilité* (1) est l'ensemble des écritures tenues par un commerçant et reproduisant le mouvement de ses affaires. C'est un art difficile qui demande de longues études, et auquel doit plus ou moins s'initier toute personne appelée à concourir, comme juge, arbitre ou conseil des plaideurs, à la liquidation d'un compte commercial.

La loi prescrit la tenue de certains livres, dits *obligatoires*. L'usage en a fait adopter d'autres, qui sont *facultatifs*. On aurait pu, comme le font certains Codes, le Code allemand notamment, ne pas entrer dans l'analyse et se borner à exiger du commerçant en termes généraux, la tenue de livres révélant sa situation d'une manière complète.

(1) V. la proposition de loi Fleury-Ravarin, déposée à la Chambre le 18 octobre 1921, sur la comptabilité commerciale et la teneur des livres (Étude critique par M. COHENY, *Ann. de droit commercial*, 1922, p. 101 et M. CHARPENTIER, *Recueil juridique des sociétés*, 1921, p. 237). Cette proposition ne doit pas être confondue avec deux autres du même auteur concernant l'une, le contrôle de la comptabilité dans les sociétés par actions (*J. O.*, Chambre, Doc. parl., 30 mai 1921, annexe 2543); l'autre, l'établissement du bilan dans les Sociétés par actions (*J. O.*, Doc. pari., 21 août 1921, annexe 2600). — *Adde* le décret du 22 mai 1927 créant le *Brevet d'expert-comptable conféré par l'Etat*.

Les livres *obligatoires* prescrits par le Code de commerce sont : le Livre-Journal, — le Livre des Inventaires et des Bilans, — le Copie de lettres, avec la mise en liasse des lettres reçues.

La loi du 25 juin 1920 (art. 66) prévoit en outre que toute personne redevable de l'impôt sur le chiffre d'affaires *devra*, si elle ne tient pas habituellement une comptabilité permettant de déterminer son chiffre d'affaires, avoir un livre spécial sur lequel elle inscrira jour par jour : si elle vend des marchandises, chacune des ventes qu'elle a effectuées ; si elle vend des services, chacun des courtages. A l'égard de la plupart des commerces ou des industries spécialisées, les énonciations d'un livre de caisse ou d'un facturier, rapprochées de celle du livre-journal que tout commerçant doit tenir (art. 8 C. com.), constituent d'ailleurs pour l'Administration (1) un système de comptabilité suffisant pour dispenser le redevable de la tenue de ce livre spécial.

En dehors des livres obligatoires les commerçants tiennent des livres *facultatifs*, dont ils peuvent multiplier indéfiniment le nombre (agenda ou brouillard, livre de caisse, livres de factures, etc.), mais dont le plus important est le grand livre. Combiné avec le livre-journal, il joue dans la comptabilité commerciale un rôle essentiel et il y aura lieu de les rapprocher l'un de l'autre.

196. — 1° *Livre-Journal.* — C'est le livre où les opérations sont mentionnées à la suite, jour par jour, dans leur ordre chronologique (art. 8). Cela n'exclut point la faculté de grouper en un seul chiffre tous les menus articles de détail de nature semblable : le négociant aura commencé par les relever sur un livre d'achats ou de ventes ou sur le « brouillard ».

Les opérations civiles ou commerciales y sont énoncées, celles à terme et celles au comptant, les opérations gratuites ou à titre onéreux, les souscriptions, acceptations ou négociations d'effets. — Ainsi du moins ordonne la loi. Mais les connaisseurs en comptabilité font observer que, si la règle était suivie à la lettre, le commerçant confondrait dans ses écritures des opérations personnelles (héritages, dots, achats d'immeubles) étrangères au mouvement des capitaux de son commerce, ce qui serait un non-sens (2).

Ces articles ne doivent donc figurer en comptabilité qu'autant qu'ils correspondent à des prises ou à des mises de fonds dans l'exploitation commerciale.

Les dépenses de ménage doivent y être relatées en bloc, mois par mois. C'est par leur importance qu'on verra, en cas de faillite, si le négociant a vécu sur un train personnel ou de maison exagéré, et s'il a encouru de ce chef la banqueroute simple (art. 558-1° C. com.). Il est dans les habitudes du commerçant de s'attribuer un traitement fixe en vue de pourvoir à sa vie courante et à celle de sa famille. Ce traite-

(1) Instruction du 29 août 1920, n° 3632, de la Direction générale de l'Enregistrement.

(2) LÉAUTEY, *Traité des inventaires et des bilans*, 2° édit., p. 212. Cet auteur est particulièrement connu pour avoir propagé une méthode dite de la « permanence de l'inventaire », qui permet au commerçant d'établir à tout moment, au moins à titre provisoire, la balance de sa situation.

ment est passé en frais généraux (1). Si l'établissement vient à tomber, on en vérifiera le montant ; le négociant en cas d'excès pourra être tenu pour responsable. A plus forte raison, lorsqu'il a dépassé ces sommes, en prenant sur sa caisse des avances dont il se débiterait par exemple dans un compte particulier (situation plus fréquente dans un établissement monté en société).

197. — 2° *Grand Livre*. — Ce livre tient dans la pensée du commerçant une place plus grande que le précédent. Cependant la loi ne le signale point : elle dispense par conséquent le commerçant d'en faire usage.

Les opérations y sont ramassées d'après une méthode autre que dans le Journal. L'ordre dans lequel elles sont groupées donne au négociant sa situation vis-à-vis de chacun de ses fournisseurs et à l'égard de chacune de ses spécialités respectivement.

Un compte est ouvert, avec rubrique séparée, à un correspondant déterminé de la maison (sans préjudice, comme on le verra, de comptes intérieurs). Ce compte occupe un folio, c'est-à-dire une page double du grand livre, tout ouvert. La partie de gauche représente le côté *doit*, la partie droite le côté *avoir* du compte. Lorsqu'une opération est faite avec ce correspondant, il faut passer écritures au compte qui le concerne : on doit le débiter, si ce correspondant a reçu une valeur ; le créditer, au contraire, s'il en a fourni une.

198. — **Méthodes de comptabilité** (2). — Ceci nous amène aux méthodes de comptabilité. On en distingue deux : la comptabilité en partie simple, — et la comptabilité en partie double (*partie* signifiant article d'écritures). C'est-à-dire que, selon la méthode suivie, le même article n'est mentionné qu'une fois ou qu'il est écrit en double sur le Grand Livre. Il affectera dans le second cas deux comptes différents de ce livre, l'un par doit et l'autre par avoir.

La comptabilité en *partie simple* n'est mise en œuvre que lorsque le négociant devient, par le fait d'une opération, créancier ou débiteur d'un tiers ; par exemple, en achetant ou en vendant à crédit à un de ses clients.

Les opérations au comptant sont bien mentionnées au Journal. Mais comme elles ne donnent lieu à aucun engagement, le Grand Livre n'a pas à les reproduire ; pas plus que les opérations qui, dans l'intérieur de la maison, font passer une valeur d'une branche d'explo-

(1) La stipulation de « participation aux bénéfices », entre un commis intéressé et le chef d'une maison de commerce, n'empêche pas celui-ci de porter au compte des frais généraux, outre l'intérêt du capital par lui engagé, une somme qu'il fixe lui-même pour la rémunération de son travail personnel, — sauf aux tribunaux à rechercher si le traitement que le maître s'attribue ainsi à lui-même n'est pas excessif et n'a pas pour but de fausser la participation aux bénéfices en rendant la quote-part du commis « illusoire ou nulle ». Cass. civ., 2 février 1914, *Mon. jud. Lyon*, 30 avril 1914, D. 1914, 1, note PERCE-ROU.

(2) V. LÉAUTEY, *op. cit.*, ; GABRIEL FAURE, *Éléments de commerce et de comptabilité*, 11^e édit. ; L. BATARDON, *l'Inventaire et le Bilan*, 1914 ; HENRI LECOUTURIER, *Le Bénéfice net*, 1919 ; CHARPENTIER, *Traité pratique des Bilans et Inventaires*, 1921 ; CHAVENEAU, *Les Bilans*, 1922.

tation à une autre, des caisses de filés de laine sortant de la filature en entrant au tissage, etc.

Par là se manifestent les inconvénients de cette comptabilité. Elle passe à bon droit pour rudimentaire. — *a*) Il n'y a plus ni concordance entre le Livre-Journal et le Grand Livre, ni possibilité, en additionnant les sommes de part et d'autre, de les contrôler réciproquement ; — *b*) Si le Grand-Livre pouvait contenir chaque article deux fois, c'est-à-dire en doit et en avoir, il y aurait, de ce chef un nouveau moyen de rectifier les écritures, en cas d'inadvertance. La colonne en doit concorderait avec celle de l'avoir. Cette comptabilité ne peut pas donner un tel contrôle ; — *c*) Le négociant ne spécialise point chaque branche de sa maison. Ce qui lui serait utile cependant, afin de savoir le rendement comparatif des unes et des autres.

199. — On remédie à ces imperfections par la comptabilité en *partie double*. La pratique en remonte assez loin dans l'Italie du moyen âge (il existe une Somme Mathématique de 1494, qui l'analyse déjà, et dont l'auteur fut un Franciscain de l'ordre du Saint-Sépulcre, à Venise).

Cette comptabilité qui, suivant l'expression imagée d'un marchand de Bruges au xvi^e siècle, « fait poivre et gingembre débiteurs comme si c'étaient des hommes » (1), repose sur la personnification en écritures de chaque branche intérieure de l'établissement : telle que la Caisse, le Magasin, etc.

Chacune de ces branches est présumée dans la position d'un fournisseur qui se trouverait en rapport d'affaires avec le commerçant lui-même. Ce personnage imaginaire va recevoir de lui des valeurs dont on le débitera : ou bien il livrera, tout au contraire, des valeurs dont il faudra alors le créditer.

Personnifiés par fiction, ces comptes sont les comptes généraux, tandis que les comptes des fournisseurs ou correspondants forment les comptes particuliers.

Grâce à cette comptabilité : *a*) Toute opération détermine un mouvement d'écritures au Grand Livre, même lorsqu'elle est au comptant ; car, du moment qu'il y a entrée ou sortie d'argent, le compte Caisse sera débité ou crédité ; — *b*) Toute opération est portée doublement au Grand Livre, une première fois au compte qui reçoit la valeur, et une seconde fois au compte qui la fournit ; — *c*) Chaque branche d'exploitation est isolée des autres.

200. — Comptes généraux. — Le nombre des comptes généraux n'a rien de limité. Le négociant peut les multiplier à son gré. Il peut également réunir deux comptes usuels en un seul, grouper les effets à payer et ceux à recevoir, sous la rubrique traites et remises ; par exemple encore exploitant un tissage, il laissera au compte de ce tissage les articles fabriqués et non vendus, réunis aux produits en manutention, au lieu d'ouvrir aux Marchandises un folio distinct.

(1) V. l'étude de M. Léon SAY dans les *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, XVI^e vol., 1885. — V. aussi COURCELLE-SENEUIL, *Manuel des affaires*.

Les comptes généraux les plus connus sont les suivants :

A. Compte Capital. — C'est le chef de l'entreprise, placé au-dessus de tous les comptes de sa maison ou du dehors, et distribuant entre eux les valeurs engagées dans l'exploitation. Tel un prêteur étranger qui livrerait au négociant les fonds de l'établissement. Ici le commerçant est son propre prêteur. Pour mieux dire, il fait ce prêt aux branches de sa maison, qui en deviennent redevables envers lui.

Il n'est passé d'écritures au compte Capital qu'au commencement de l'entreprise. On le crédite, et l'ensemble des autres comptes en représentera la contre-valeur, aussi longtemps qu'on évitera les pertes. Selon la manière dont le commerçant comprend sa comptabilité, il portera ou non au Capital, après chaque clôture d'exercice, le relevé des bénéfices et des pertes. Le plus généralement, le compte demeure immuable : les bénéfices, s'ils restent dans la maison, sont portés à un compte séparé.

Lorsque, sans conserver tous les bénéfices annuels, la maison en retient une partie pour en faire l'objet d'une *réserve* (ainsi qu'il arrive surtout dans les sociétés, la loi émettant à cet égard pour la société anonyme une exigence dont on reparlera), il faudra ouvrir à cette réserve un compte distinct : il sera débité du montant des sommes qui y sont portées. Cela témoignera d'une adjonction d'actif aux valeurs constitutives du capital.

B. Compte Caisse. — La Caisse, dépositaire des sommes qui y sont versées, est *débitée* lorsqu'elle reçoit de l'argent. Elle est *créditée*, au contraire, lorsqu'elle en fournit. Telle, une maison de banque où le commerçant irait déposer ou prendre l'argent provenant de ses recouvrements ou de ses versements.

C. Compte Magasin ou Marchandises Générales. — C'est un entrepôt supposé. A son *débit* on passera les entrées de marchandises, puisque le Magasin s'engage à représenter les matières qu'on y dépose ; on le *créditera* pour les produits qu'on en fera sortir.

Exemple : Au 1^{er} janvier, A... ouvre un établissement de commerce, avec une mise de fonds de 20.000 fr., qu'il possède en argent liquide. Il consacre immédiatement cette somme (le capital), pour la première moitié à construire et à outiller son magasin, et pour l'autre moitié à acheter au comptant des marchandises, des étoffes ou confections, qui entrent aussitôt dans ce magasin.

Cela donne, comme élément des premières écritures, une livraison de 20.000 francs faite par le capital aux Marchandises générales. Le compte qui reçoit (M. G.) doit au compte qui fournit (Capital). Le capital se dessaisit, on le *crédite* ; les M. G. reçoivent, on les *débite*.

« Du 1^{er} janvier. — Marchandises générales à Capital, 20.000 fr. », portera le Livre-Journal. Au Grand-Livre figurera cette double mention « Compte Capital 20.000 fr. (avoir) ; — compte M. G. 20.000 fr. (débit) ».

Le lendemain, 2 janvier, se présente Durand, acheteur à crédit d'un lot de ces marchandises représentant 7.000 fr. Il prend livraison, la marchandise vendue est retirée du magasin. Il faudra *créditer* les M. G. de la valeur qu'on leur prend, *débit*er Durand, qui est redevable du prix.

Soit, au Journal : « Du 2 janvier. — Durand à M. G. : 7.000 fr. », et au Grand-Livre « Compte M. G., avoir 7.000 fr. ; — compte Durand (compte particulier), doit 7.000 fr. ».

Suspendons nos exemples et reprenons les comptes généraux.

D. Compte Effets à recevoir. — Il concerne les effets de commerce, lettres de change ou billets à ordre. Ce ne sont point les effets souscrits et négociés par le négociant qu'il enregistre, mais au contraire, ceux qui lui sont donnés en règlement de ce qu'on lui doit. Ces effets sont censés réunis dans un portefeuille qui est *débité*, lorsqu'un effet nouveau y entre, *crédité* lorsqu'un effet en sort.

Reprise de l'exemple : Le 3 janvier, Durand, débiteur à terme de 7.000 fr., pour prix de marchandises achetées par lui la veille, règle son vendeur A... au moyen d'une lettre de change à échéance fin janvier. En comptabilité, mais en comptabilité seulement, Durand est libéré : *qui règle paie*. Durand fait ainsi une remise à son vendeur. On procédera comme si c'était de l'argent : il ne doit plus désormais à son vendeur, il doit à sa signature, qui circulera peut-être par la négociation qu'en fera le vendeur. La dette doit disparaître de son compte ; c'est le portefeuille, dépositaire de sa signature, qui prend sa place.

Voici donc la traduction de l'opération en écritures :

Livre-Journal : « Du 3 janvier. — Effets à recevoir à Durand 7.000 fr. » ; — Grand-Livre : « Compte Durand, avoir 7.000 fr. (le compte est balancé) ; — compte Effets à recevoir, doit 7.000 fr. ».

Au 31 janvier, si A... n'a pas dans l'intervalle transmis l'effet de Durand par endossement à une tierce personne, il sortira cet effet du portefeuille et le présentera à Durand, Durand paiera. La somme sera versée à la caisse. D'où écritures : Livre-Journal : « Du 31 janvier. — Caisse à effets à recevoir 7.000 fr. » ; — Grand-Livre : « Compte Effets à recevoir, avoir 7.000 fr. (compte balancé) ; — compte Caisse, doit 7.000 fr. ».

E. Compte. Effets à payer. — C'est le compte inverse du précédent. Le chef de maison ne se contente pas de recevoir des effets. Il en souscrit ou il accepte des lettres de change tirées sur lui. Il joue non plus le rôle de créancier, mais celui de débiteur, non plus le rôle de vendeur, mais celui d'acheteur. Il se doit à sa signature. Cette signature, qui va circuler jusqu'à l'échéance, devient en écritures une contre-partie, envers qui il est redevable.

Il faudra donc *créditer* le compte de tous les engagements souscrits par le négociant en forme d'effets et, lorsqu'il aura payé l'effet à échéance, *débiter* le même compte pour faire balance.

F. Compte Profits et Pertes. — C'est un compte d'ordre, maintenant l'équilibre des autres. C'est aussi un « compte de résultats », tandis que les précédents étaient des « comptes de valeurs ». On le met en œuvre chaque fois qu'il y a lieu de créditer ou de débiter un premier compte, sans qu'on puisse faire l'écriture inverse sur un second. Cette écriture inverse se fera alors par Profits et Pertes.

Ainsi le commerçant règle les appointements d'un employé, 100 fr., c'est donc que 100 francs sont à passer au *crédit* de la caisse. Ou il acquitte envers un prêteur les intérêts d'une dette. A quel *débit* porter la somme ? Il n'y a pas de compte qualifié à cet effet (à moins qu'on n'ouvre un compte Traitement d'employés, Frais généraux, ou autre). On débitera donc de 100 francs Profits et Pertes (1).

(1) La somme figurera à la colonne de gauche sur la page du folio portant le mot *Profits*. Au contraire, si le commerçant recevait une somme sans fournir de contre-valeur (encaissement d'intérêts que lui paie un débiteur), l'inscription serait portée à droite, à la colonne de l'avoir, où le mot *Pertes* apparaît dans le titre. On fait observer qu'il eût été plus logique dans ces conditions, de transposer les deux mots et d'instaurer le compte : *Pertes et profits*.

Cet exemple, nous l'abandonnons tout de suite, sans le retenir comme élément du bilan annuel. Il dit assez qu'une inscription à ce compte ne prouve point l'existence en soi d'une perte ou d'un profit : les gages du personnel peuvent être largement couverts par les bénéfices que relèvera l'inventaire, et le paiement d'intérêts n'est pas un signe de mauvaises affaires.

Mais il est vrai que cet ensemble de frais (ou de recettes) sans contre-valeur apparente influera sur le chiffre des bénéfices.

D'autre part, les moins-values de marchandises, subies au cours de l'exercice, donneront lieu, avant la clôture annuelle des comptes, à un article de notre compte qui répond alors à une perte véritable (ou à un bénéfice si c'est une plus-value). Et enfin le solde du compte dira vraiment combien le commerçant a gagné, ou combien il a perdu. La suite le montrera.

Nous n'avons signalé jusqu'ici que deux livres, le Journal et le Grand Livre, en y rattachant quelques principes de comptabilité. Il faut continuer maintenant l'énumération.

3° *Libre des Inventaires et des Bilans* (art. 9). — L'inventaire est un état descriptif et estimatif de toutes les valeurs que le négociant possède dans son exploitation à la fin d'un exercice, en immeubles, en matériel, en marchandises, en argent.

L'inventaire est établi par le négociant sans le ministère d'un agent étranger, et non, comme dans les successions, par le concours d'un notaire. Un inventaire de succession détermine les valeurs dont auront à justifier ceux qui détiendront et administreront cette succession. Un inventaire commercial relève la situation de l'actif du négociant et l'amène à connaître les résultats, bons ou mauvais, d'une période d'exploitation. Ces deux pièces répondent donc à un but différent. Dans la faillite d'un commerçant décédé un seul et même inventaire peut servir aux deux fins (art. 481 C. com.).

201. — Inventaire et bilan. — Le *bilan* est le tableau en deux colonnes, par actif et par passif, de ce que le commerçant possède et de ce qu'il doit. Les articles qui le composent ne sont pas autre chose que les soldes des comptes du Grand Livre, symétriquement dressés et se faisant « balance » (d'où le mot « bilan » lui-même).

L'*inventaire* prépare le bilan, il en est le préliminaire nécessaire. La loi impose au commerçant l'obligation de faire l'inventaire (et le bilan) au moins une fois par an (art. 9). En outre, en cas de *cessation de paiements*, le bilan doit être déposé par lui au tribunal de commerce dans les *quinze jours* suivants (art. 438 et 439).

Pour liquider les comptes à la fin de l'exercice, il faut avant tout faire la balance de chacun d'eux au Grand Livre et en dégager le *solde*. Ce solde ressortira au *doit* ou à l'*avoir*, suivant que le compte a plus reçu que fourni pendant l'exercice, ou inversement.

Pour la plupart des comptes, ce travail se fera à la seule inspection des éléments du compte ; il suffira de soustraire les deux colonnes de capitaux. Si un correspondant A a été crédité pendant l'année de 10.000 francs pour ventes et a été débité de 5.000 francs pour achats, c'est par le résultat de la soustraction (5.000 fr.) que se chiffrera le

solde de son compte, à son *crédit* (toute réserve faite d'un calcul supplémentaire d'intérêts).

Mais il y a certains comptes, les comptes intérieurs dépositaires de valeurs, pour lesquels cette opération d'arithmétique sur le papier ne saurait suffire. Les marchandises entreposées dans le magasin ont subi, depuis leur entrée, des fluctuations de cours. De ce que, au Grand Livre, les M. G. portent 20.000 francs à leur débit et 7.000 fr. à leur avoir, il ne s'ensuit pas qu'en fin d'exercice elles soient grevées d'un solde de 13.000 francs (soit 10.000 francs en constructions et 3.000 francs en marchandises). Les marchandises, tant celles qui ont été vendues que celles qui subsistent, ont ressenti l'influence des variations dans les prix ; les constructions valent certainement moins, par suite de l'usure qu'elles ont subie.

Il faudra donc procéder à un inventaire, c'est-à-dire à une récapitulation des marchandises restantes, en les cotant à leur *prix actuel*.

A l'égard des constructions et du matériel, on ne se livre pas à une estimation d'après les cours, ce qui serait impossible. On leur fait supporter une dépréciation à forfait de 3, de 5, de 10 0/0, calculée sur le prix qu'ils ont coûté à l'origine. Cette dépréciation représente la différence du vieux au neuf, et ce qu'on appelle communément *l'amortissement* (expression qui prend un autre sens lorsqu'il s'agit du remboursement partiel et successif des dettes, ainsi qu'on le verra dans l'étude des obligations).

En s'aidant de ces indications, le commerçant fait l'inventaire de son magasin. Il constate que le matériel vaut 9.500 fr. (au lieu de 10.000), et que les marchandises valent 2.500 (au lieu de 3.000). Le magasin n'a donc à restituer à son propriétaire que 12.000 fr., alors que les livres en apparence le débitent de 13.000 fr. Il convient de le dégrever de ce rabais de valeur de 1.000 fr., provenant de circonstances qui ne lui sont pas imputables. Avant de clore ce compte, on passera un article complémentaire de 1.000 fr. au crédit du Magasin, et comme on ne sait par quel autre compte faire balance, ces 1.000 fr. seront passés au débit de Profits et Pertes.

Journal : « Du 31 décembre : Profits et pertes à M. G. 1.000 fr. » ; Grand Livre : « M. G. avoir 1.000 fr. — Profits et pertes, doit 1.000 fr. ».

On peut maintenant clore le compte Marchandises générales, qui se solde par 12.000 fr., sauf à reporter à nouveau ce solde, ainsi d'ailleurs que les soldes de tous les autres comptes, en vue de l'exercice qui s'ouvrira le lendemain.

Le bilan est facile à établir, tous les comptes se trouvant ainsi arrêtés. Il suffit de prendre le solde de chacun d'eux et de le porter à la colonne de l'actif si c'est un solde débiteur, à celle du passif dans le cas contraire.

Dans notre comptabilité tout à fait élémentaire, et en supposant qu'aucune opération autre n'intervienne avant la fin de l'exercice, cela donne les résultats suivants :

ACTIF		PASSIF	
Marchandises générales.	12.000 fr.	Capital.	20.000 fr.
Caisse.	7.000 fr.		
Profits et pertes.	1.000 fr.		
Total.	20.000 fr.	Total.	20.000 fr.

202. — Règles de l'inventaire. — Il ressort de ce tableau plusieurs enseignements :

a) Le *Capital* figure au passif (c'est le cas aussi pour les *réserves*). Nous avons montré déjà comment, par une fiction de comptabilité, la maison se trouve redevable du capital engagé. Les autres comptes doivent concourir à le représenter. Il faut que les fonds mis dans l'établissement se retrouvent dans l'ensemble des valeurs composant les comptes, particuliers ou généraux. Autrement, l'écart doit se combler au moyen de *Profits et Pertes*.

b) Selon que *Profits et Pertes* figurent à l'actif ou au passif, il y a perte ou bénéfice. Il y a *perte*, s'ils figurent à l'*actif*, car c'est la preuve que les autres comptes ne suffisent pas à reconstituer le capital. Il y a *bénéfice*, s'ils figurent au *passif* ; cela prouve que tous les comptes réunis dépassent le capital et donnent un excédent.

c) Quand le commerçant a dû faire des *dépenses d'établissement* ou de constitution de maison se chiffrant par exemple par 10.000 francs (le fait est plus fréquent dans les sociétés, à raison des frais d'actes et de publicité), en bonne raison il ne doit pas ouvrir un compte à ses frais, de manière à les porter à l'actif de son bilan. Il majorerait par là son avoir, en donnant à croire, contre toute exactitude, qu'il a le droit de s'adresser à quelqu'un d'autre pour obtenir le remboursement de ces avances. Cependant, beaucoup de négociants ouvrent un compte de cette nature, en se réservant de l'amortir graduellement au moyen des bénéfices.

d) Pour estimer les marchandises ou les titres de portefeuille à l'inventaire, il ne faut pas leur donner leur valeur d'achat ou de fabrication. Ou plutôt il faut distinguer suivant qu'ils sont en baisse ou en hausse.

S'il y a baisse, on devra porter la valeur au *cours déprécié*. La possibilité pour le prix de se relever n'est qu'un fait éventuel que l'inventaire ne peut pas tenir pour acquis.

S'il y a hausse, on *ne* devra *pas* faire état de cette hausse. Car elle peut disparaître avant la vente de la marchandise ou des titres ; elle ne répond pas à un bénéfice certain (Crim. rej., 23 juin 1883, aff. Bontoux, S. 83, 1, 428). On inscrira à l'inventaire le prix de revient seulement. Le cours plus élevé du jour ne règlera que les articles déjà vendus à ce cours au moyen d'une opération ferme (En sens contraire, WAHL, sous Lyon, 16 mars 1899, S. 1901, 2, 297. — Cp. HUPIN et BOSVIEUX, *Traité des Sociétés*, 5^e éd., n° 1047).

Le commerçant qui contrevient à cette règle par majoration de valeurs fait un inventaire inexact. Cette inexactitude peut avoir pour effet de dégager des bénéfices, alors que l'exercice est en perte. Pour un commerçant individu, cela n'a d'autre inconvénient que de le tromper sur la marche de son établissement ; par suite du secret des affaires, les tiers ne sont pas instruits de cette fausse indication, partant n'en sont point lésés.

Mais on verra (n° 661) que, dans les sociétés par actions, la majoration d'inventaire, suivie d'une distribution de dividendes, a mis la loi dans la nécessité d'intervenir au point de vue civil et même au point de vue pénal (L. 24 juillet 1867, art. 10 et 15-3°) (1).

(1) VERLEY (th. Paris), 1906 ; DELAVELLE (th. Grenoble), 1910 ; BATARDON, *op. cit.* ;

203. — 4° Le quatrième élément de comptabilité est le *Copie de lettres*, ainsi que la liasse des lettres reçues, ordinairement réunies sous un classeur à fermeture mécanique (*biblorhaptés*) (art. 8, al. 2).

Le négociant écrit et adresse une lettre : il doit en conserver la copie, afin de pouvoir au besoin s'en prévaloir vis-à-vis de sa contrepartie. Il reçoit une lettre, il doit la conserver également, pour y puiser, si la teneur du marché est contestée, la preuve de son droit.

204. — **Prescriptions de tenue de livres.** — Les livres de commerce obéissent à des prescriptions de tenue, les unes *préalables*, les autres *continues*.

Prescriptions préalables. — Les livres sont soumis à la *cote*, au *paraphe* et au *visa* d'un juge du tribunal de commerce ou du maire, dans la forme ordinaire et sans frais (art. 11). Chaque folio est ainsi numéroté, avec l'abréviation de la signature du juge ; et le dernier folio contient un visa pour l'ensemble.

De plus, le *Journal* et le *Livre des inventaires* sont soumis, une fois par an, au même visa paraphé (art. 10, al. 1^{er}). †

On devine la raison d'être de ces précautions. Le négociant pourrait supprimer ou remplacer, à la veille d'une faillite, le folio révélateur d'opérations suspectes. Il pourrait même supprimer un livre tout entier et en recomposer un autre. d'où seraient absents les articles compromettants.

Autrefois, les livres de commerce devaient être revêtus du timbre de dimension. Le commerçant est affranchi maintenant de ce timbre (L. 20 juillet 1837, art. 4). En outre, la loi de finances du 22 avril 1905 (art. 9) a exempté les procès-verbaux de cote et de paraphe, établis par les juges consulaires, du droit et de la formalité de l'enregistrement.

Prescriptions continues. — Les livres doivent être tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge (art. 10, al. 2) (1). On rectifie une erreur, non en raturant ou en surchargeant, mais au moyen d'un *extourne* ou contre-article détruisant l'effet du premier.

Les prescriptions précédentes sont peu suivies en pratique. On se sert, pour reproduire les lettres, de la presse à copier. En conséquence, les parties imprimées de la correspondance ne se décalquent point sur le livre-copie, qui renferme nécessairement alors des lacunes.

CHARPENTIER, *Traité pratique des Bilans et inventaires*, 1921 ; VEIL-SIMON, *Betrachtungen über Bilanzen*, etc., 4^e éd., 1910 ; REHM, *Die Bilanzen*, etc., 1903 ; DE GREGORIO, *I bilanci delle società anonime*, 1909 ; ZIMMERMANN, *Die Jahresbilanz der Aktiengesellschaft*, Zurich, 1912. — Les perturbations économiques profondes que la grande guerre 1914-18 a provoquées et la dépréciation du franc français, ramené légalement au 1/5^e de sa valeur d'avant-guerre, ont soulevé en matière d'évaluation comptable et de bilan des questions nouvelles d'une importance considérable tant au point de vue fiscal qu'au point de vue civil. De là est issue, soit en France, soit à l'étranger, une littérature moderne abondante : v. notamment, pour les *réévaluations des bilans en Belgique*, GILSON dans les *Annales de droit commercial*, 1928, et en France, HAMEL, *Journal des sociétés*, 1929.

(1) Le livre spécial prévu par l'art. 66 l. 25 juin 1920 pour l'établissement de l'impôt sur le chiffre d'affaires (v. *supra*, n° 195) doit avoir des pages numérotées et être tenu sans blanc ni rature, mais il n'a pas besoin d'être coté ni paraphé (Instruction n° 3632, précitée).

D'autre part, la cote judiciaire est tombée en désuétude. Le commerçant cote ses livres lui-même. Le visa annuel permettrait à un juge, qui est souvent un concurrent, de pénétrer le secret de ses opérations.

Une objection se présente en pareil cas. Les livres sont irrégulièrement tenus. Ils exposent donc le commerçant à être banqueroutier s'il fait faillite, et à perdre le bénéfice de la preuve attachée aux livres bien tenus !

C'est une erreur. La banqueroute est facultative, en cas de livres inexistantes ou irréguliers. Or le ministère public s'abstiendra de poursuivre le commerçant, s'il n'y a point d'autres charges relevées contre lui.

D'un autre côté, les livres, quoique ne disposant plus de la preuve légale qui va être étudiée, seront cependant présumés, *en fait*, renfermer des énonciations conformes à la vérité, quand rien de suspect ne se présente, par ailleurs, dans les écritures (Req., 5 janvier 1910, 1, 168, Req., 7 novembre 1923, *Gaz. trib.* du 25 novembre 1923). Le juge de commerce peut établir sa conviction sur de simples présomptions de fait (art. 1353 C. civ.). Un livre, même non coté, a des énonciations auxquelles on peut ajcouter foi (1).

Dans leur ensemble ces prescriptions ne sont plus d'accord avec les nécessités de la pratique moderne et une réforme serait désirable. Voir la publication de la Compagnie des Experts comptables de Paris sur la réforme du titre II C. com. concernant la tenue des livres, Paris, 1917.

§ 2. — Preuve fournie par les livres ; leur production en justice

205. — Le commerçant, en contestation avec l'un de ses confrères, à raison d'un marché de commerce, peut user de la *preuve testimoniale*. Inversement son confrère peut employer cette preuve contre lui (art. 109 C. com.).

Cette preuve a d'autant plus de prix qu'il n'est pas dans les usages du commerce de dresser un acte écrit, un instrument de la convention. Mais elle est en même temps fragile : on n'a que rarement des témoins à sa disposition. A cette preuve, la loi a dû en ajouter une autre, plus solide, tirée de la comptabilité.

Les deux contractants habitent deux localités différentes, le marché est conclu par *correspondance*. Celui qui a intérêt à en prouver l'existence produira, en cas de dénégation, la lettre qu'on lui a écrite. Il rapprochera de cette pièce la copie de la lettre qu'il a expédiée lui-même. C'est donc la comptabilité de sa propre maison qui lui fournit partiellement au moins la preuve de son droit.

- En droit civil, une lettre n'est pas un acte (2). Le sens du mot

(1) JAPIOT, *La preuve par les livres de commerce irréguliers*, *Rev. trim. de droit civil*, 1923.

(2) L'administration a cherché à faire prévaloir une jurisprudence qui assujettirait la correspondance commerciale au timbre de dimension préalable (L. 13 brumaire an VII, art. 12-1° *in fine*). Les commerçants ont naturellement protesté (*Compte rendu des travaux de la Chambre de commerce de Lyon*, 1901, p. 416, et 1902, p. 282). Une lettre n'est pas un acte. C'est par application de cette idée que l'art. 12 de la loi de finances du

« acte » se limite aux titres dressés en vue de procurer ce qu'on appelle la « preuve préconstituée » d'un contrat. La lettre donne avis d'une résolution de l'expéditeur, ou renferme des instructions au destinataire : ce n'est pas tout exprès pour fournir une preuve éventuelle qu'elle a été rédigée. La lettre ne vaut donc, en droit commun, qu'à titre de commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.). Il est vrai que ce commencement équivaudra à une preuve complète, si le contenu de la lettre est clair et décisif, car la preuve complémentaire par voie de présomption est admissible (art. 1353), et il est à présumer que cette lettre contient l'expression de la vérité. Mais cela n'est vrai en tout cas que de la lettre de l'adversaire, non de la nôtre propre. Or, le droit commercial est plus large.

206. — Tous les livres de commerce obligatoires disposent d'une *force probante légale*, sous certains tempéraments, soit contre celui qui les tient, soit à son profit. Comment justifier ce principe ?

Que le livre ait force de preuve *contre* celui qui le tient, cela s'explique bien : le commerçant est convaincu sur son preuve *aveu*. — Mais il peut sembler étrange de voir le négociant invoquer une mention de son livre *en sa faveur*. On ne peut donc plus dire alors qu'il y ait engagement écrit de l'adversaire (cf. art. 1347 C. civ.), et l'on déroge à l'adage : *nemo sibi titulum constituere potest*.

C'est à une nécessité de pratique qu'il a fallu céder. Il eût été fâcheux de laisser à la merci de sa contre-partie le commerçant impuissant en fait à retirer un engagement écrit. On suppose vraies les mentions de ses livres, comme on le suppose lui-même honnête et de bonne foi, si rien dans sa conduite ne paraît équivoque.

207. — **I. Preuve contre le commerçant.** — Dans quelle mesure la mention du livre fait-elle foi *contre* celui qui le tient ? — Dans la mesure la plus large. La force de preuve du livre est entière : — *a*) quelle que soit la qualité du demandeur, commerçant ou non ; quelle que soit la nature, civile ou commerciale, de sa créance ; — *b*) alors même que le livre serait irrégulièrement tenu.

Lorsque je réclame à un négociant une créance de 1.000 francs, je puis, même étranger au commerce, le convaincre sur la seule énonciation de son livre, ce livre fût-il sans ordre et visiblement incomplet (art. 1330 C. civ.).

Jusqu'à présent on demeure fidèle au droit commun. Ce que porte le livre est un *aveu* du débiteur. Or c'oppose cet *aveu* à celui de qui il provient.

Mais cet *aveu* est indivisible (art. 1356, al. 3, et 1330 *cbn.*). Le demandeur ne saurait donc se prévaloir de telle mention du livre, qui lui est favorable, et repousser d'autre part l'autorité de ce même livre dans telle autre de ses énonciations, qui viendrait annuler ou restreindre l'effet de la première.

29 juin 1918, aux termes duquel « doivent être enregistrés dans le délai de trois mois tous les *actes* sous seing privé, constatant des conventions *synallagmatiques*... » est considéré comme ne visant pas les *lettres* missives.

208. — II. **Preuve en sa faveur.** — Le livre prouve-t-il *en faveur* de celui qui le tient ? Je me prétends créancier de A... pour 1.000 francs. Puis-je établir mon droit en produisant un de mes livres qui mentionne cette créance ?

Il fallait procéder avec mesure. En vain des légistes ont-ils vu autrefois dans la mention du livre un procès-verbal double dressé du consentement des deux parties. En vain ont-ils supposé que le commerçant aurait établi ce procès-verbal en vertu d'un mandat que l'autre opérateur lui a donné. C'était là une simple pétition de principe : le mandat a-t-il été bien donné en l'espèce, comme l'affirme le propriétaire du livre ?

En conséquence, la preuve sera limitée comme suit :

1° Il faut que *l'adversaire*, contre qui l'on prétend fournir la preuve, soit lui-même un commerçant (art. 12 C. com.). — a) En ce cas chaque plaideur tient ses écritures. Elles doivent mutuellement se contrôler. La mention litigieuse a dû être portée en crédit sur un livre, en débit sur l'autre. Le défendeur est libre de produire le sien à l'appui de ses propres allégations.

Et alors de deux choses l'une. Ou bien le deuxième livre confirme le premier. Ce qui rendra la prétention du demandeur tout à fait certaine.

Ou bien le deuxième livre est muet. Les deux plaideurs seront présumés également véridiques. Comme il n'y a pas de motif de pencher en faveur de l'un plutôt qu'en faveur de l'autre, les deux livres se neutraliseront. Le demandeur devra recourir à une autre preuve.

C'est ce qui montre que les livres *peuvent*, ainsi qu'il est dit dans l'art. 12, et non pas *doivent* être admis pour faire preuve.

b) Soit maintenant un adversaire non commerçant. Les livres ne sont pas *entièrement* dénués de foi pour celui qui veut arguer de leur contenu. Ils valent comme commencement de preuve en sa faveur (1). On peut compléter ce commencement de preuve au moyen du *serment* (art. 1329 C. civ.) : serment *supplétoire*, que le juge défère d'office, à la teneur des art. 1366 et 1367 ; et non pas serment *décisive*, lequel suppose qu'un des plaideurs l'a spontanément déféré à l'autre, et qui au surplus est de droit dans tout procès, même à défaut de commencement de preuve (art. 1360 C. civ.). Le contraire, sans doute, a été affirmé, lors de la discussion du Code ; mais les travaux préparatoires ne méritent aucun crédit dans le cas particulier.

Si le contenu du livre peut être complété par le *serment*, ainsi qu'il vient d'être dit, il ne peut l'être en revanche par la *preuve testimoniale*. L'adversaire, en effet, par suite de sa qualité de non commerçant, reste régi par les preuves de droit civil. On lui oppose bien un écrit, mais provenant du demandeur, non de lui-même, un écrit qui à ce titre ne saurait valoir comme commencement de preuve à la teneur de l'art. 1347.

2° Il faut que le *livre*, où l'on puise la preuve du droit, soit *régulièrement*

(1) Cette demi-preuve attachée à l'énonciation des livres lorsque l'adversaire du commerçant est un non commerçant, est limitée par l'art. 1329 C. civ., au cas où il s'agit de faire preuve de « fournitures » contre ce dernier. Le texte est pris à la lettre par la Cour de cassation. Req., 30 décembre 1907, D. 1908, 1, 148.

lièrement tenu (art. 12 et 13 C. com.). Cette condition n'était pas exigée plus haut, lorsqu'il s'agissait de faire condamner l'auteur du livre (n° 207).

3° Il faut que l'adversaire, nécessairement commerçant lui-même, avons-nous dit, soit recherché pour une dette commerciale quant à lui (art. 12).

Le fournisseur de ménage ne peut pas, au moyen de ses livres, établir la preuve complète des livraisons qu'il dit avoir faites au commerçant. Car celui-ci n'a consigné sur ses propres livres la mention de ses fournitures qu'en bloc, mois par mois. Il ne peut répliquer aux écritures du demandeur par les siennes propres. Le contrôle mutuel des livres ne se fait plus. La situation est la même que si le défendeur n'était pas commerçant. On recourra au serment supplétoire (1).

209. — En résumé, le commerçant tire de ses livres, en sa faveur, une preuve tantôt complète, tantôt partielle.

Au surplus, cette preuve lui est donnée par ses livres, même facultatifs (Paris, 15 juillet 1909, D. 1910, 2, 72). Il est vrai que, dans ce dernier cas, il n'y aura plus preuve légale, mais présomption de fait. Il est à présumer, dira le tribunal dans ses motifs, que la mention du livre est conforme à la vérité (art. 1353 C. civ.). Le résultat reviendra au même.

De là, une conséquence intéressante au point de vue du droit criminel : l'extension de la conception du faux en écritures de commerce, lequel est puni des travaux forcés (art. 147 C. pén.). Il n'est pas besoin pour commettre ce crime d'imiter matériellement une signature (Cass., 7 mai 1863, D. 63, 1, 272). Un commerçant qui, par mention de ses livres, attribue à une personne une opération supposée, se crée un titre par une fabrication écrite de convention (2).

Le même fait, accompli par un non commerçant, ne serait ni un faux en écritures de commerce, ni un faux quelconque. L'acte cesserait d'être punissable.

210. — **Production en justice.** — Déterminons les règles de procédure qui président à la *production des livres en justice*.

La production des livres est, en vertu d'un jugement d'instruction, ordonnée ou autorisée par le tribunal saisi du fond du droit. Ce jugement est rendu tantôt sur les conclusions de l'une des parties, et tantôt d'office (art. 15).

(1) La loi du 25 février 1901 (art. 3) autorise les héritiers, pour la liquidation des droits de mutation par décès, à déduire les dettes à la charge du défunt dont l'existence au jour de l'ouverture de la succession sera dûment justifiée par des titres susceptibles de faire preuve en justice contre le défunt. L'art. 7, n° 2, ne considère comme telles que les dettes consenties par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine avant cette ouverture. La preuve tirée des livres serait donc insuffisante (Cass., 29 novembre 1911, S. 1913, 2, 219. V. cependant Trib. civ. Seine, 6 juin 1910; S. 1912, 2, 263).

(2) Mais tout faux dans un bilan n'est pas nécessairement un faux criminel (Paris, 31 janvier 1905, D. 1905, 2, 337). — Il existe en Belgique une loi spéciale, d'ordre pénal, du 26 décembre 1881, sur les faux commis dans les bilans. V. MECHÉLYNCK, *Annales de droit commercial*, 1911, 320.

Si le plaideur, appelé à produire ses livres, refuse de le faire, on ne peut l'y contraindre. Mais nous savons déjà que ce refus crée contre lui une présomption défavorable. Elle entraînera sa condamnation sur le fond, si les juges ont déferé le serment supplétoire à l'autre plaideur et si celui-ci l'a prêté (art. 17).

Lorsque les livres sont éloignés du lieu où siège le tribunal, celui-ci adressera une commission rogatoire au tribunal ou une délégation au juge de paix du lieu où ils se trouvent. Le juge requis en prendra connaissance, dressera procès-verbal et l'enverra au tribunal saisi de l'affaire (art. 16).

Il y a deux modes de production des livres que la loi reconnaît, mais avec une inégale portée d'application : — la communication — et la représentation. Le premier de ces modes est exceptionnel, le deuxième est de droit commun.

211. — 1° La *communication*, dont le vrai caractère n'est pas encore bien précisé dans la doctrine, constitue, d'après nous, le *fait de se dessaisir du livre, directement ou par la voie du greffe, aux mains de l'adversaire*, qui peut ainsi le consulter lui-même et dans toutes ses parties.

Cette mesure est grave. Elle met un concurrent en mesure de s'emparer des secrets d'affaires du commerçant. Aussi la faculté d'exiger la communication est-elle limitée par l'art. 14 C. com. à quatre cas : — *affaires de succession* ; chaque héritier peut réclamer des autres la production des livres, sous cette forme ; et de même de l'administrateur de la succession, etc. ; — *affaires de communauté*, dans les rapports de l'époux survivant et des représentants de l'acte ; — *partage de société*, afin d'établir entre les associés la consistance de l'actif de l'établissement ; — *en cas de faillite*, pour permettre de constituer la masse des biens à liquider, et la masse des créanciers (art. 14).

Dans ces quatre situations, dit-on pour justifier la loi, le commerce est arrêté, et la révélation du contenu des livres présente moins d'inconvénients que si le fonds était encore en activité.

Mais cette explication est problématique. En réalité, les quatre cas énoncés par la loi ne sont pas tout à fait les seuls dans lesquels la communication soit permise ; la formule qu'elle donne est à la fois trop étroite et trop large.

Trop étroite, en ce que la communication doit être autorisée entre associés dès avant la liquidation et le partage, au cours même de l'exploitation (sauf certaines limitations quant aux actionnaires dans les sociétés par actions, loi du 24 juillet 1867, art. 12 et 35). Notamment, dans une société en commandite simple, le commanditaire peut exiger du gérant qu'il lui permette de consulter les livres (droit que cependant la jurisprudence ne lui reconnaît qu'avec restrictions, Req., 29 avril 1897, S. 97, 1, 396). Ce sera pour lui le seul moyen de contrôler les inventaires. S'il s'agissait non d'une société, mais d'une convention par laquelle un patron aurait admis un commis ou des ouvriers en participation aux bénéfices, la communication serait exclue, les intéressés ne pouvant exercer que le droit de représentation (jurisprudence assez vague : Req., 26 décembre 1866, D. 67, 1, 303 ;

Req., 1^{er} juin 1875, D. 75, 1, 417 ; Paris, 21 novembre 1903, D. 1905, 2, 13 ; Poitiers, 8 juillet 1908, D. 1908, 2, 341).

Trop large, en ce que, dans une faillite, le droit pour le syndic de se faire communiquer les livres et de les garder pendant toute la durée de la liquidation, ne saurait, semble-t-il, s'étendre à un créancier qui voudrait critiquer la gestion du syndic ou y puiser la preuve de sa créance (1). Cette application de la communication serait contestable, comme aussi la communication à la demande d'un légataire ou d'un créancier de succession bénéficiaire, intéressés à connaître les forces de cette succession. — Ce serait alors la seconde forme de production des livres qui serait recevable : la représentation, qui procure au plaideur un droit de recherche dans les livres, indirect et plus limité.

Au total, dans notre doctrine, la communication serait restreinte à ceux qui ont la *copropriété des livres*, avec la *copropriété du fonds* (associés, époux, héritiers entre eux) (2), ou encore à un administrateur chargé de l'administration générale de l'établissement de commerce (syndic de faillite). On ne peut même pas dire que cette demande en communication intervienne comme incident dans un procès d'ores et déjà ouvert. Elle forme l'objet principal de la réclamation (action *ad exhibendum*). La communication n'est pas un moyen d'instruction afin de démontrer une créance contestée, et c'est par suite d'un véritable défaut de méthode que la loi la range à côté de la représentation, qui relève d'une conception toute différente. MAYER, *Du secret des affaires commerciales*, th. 1900 ; voir aussi CROUZEL, dans le *Recueil de l'Académie de législation*, 1889-90, XXXVIII^e vcl., p. 65.

La communication, telle qu'elle vient d'être envisagée (art. 14 C. com.), c'est-à-dire au profit des copropriétaires des livres, ne doit pas être confondue avec le droit de communication accordé aux agents des administrations financières chez les particuliers pour le contrôle de certains impôts : ce droit de communication en *matière fiscale* a pris ces temps derniers un développement que d'aucuns jugent inquiétant (3).

(1) Une proposition parlementaire jadis faite par M. THIERRY tendrait, au contraire, à conférer individuellement aux créanciers la faculté de communication dans la faillite.

(2) En cas de cession d'un fonds de commerce, sauf clause contraire, les livres sont compris dans la cession, Bordeaux, 25 avril 1910, D. 1912, 2, 316.

(3) Spécialement en ce qui concerne les *agents de l'Enregistrement*, ils n'avaient autrefois le droit de communication que dans les sociétés françaises ou étrangères ayant émis des titres négociables (l. 5 juin 1850, art. 16 et 28 ; l. 23 août 1857, art. 10 ; l. 23 août 1871, art. 22 ; l. 21 juin 1875, art. 7). Depuis ils ont reçu un droit restreint de communication : chez les personnes qui font commerce habituel de recueillir soit des offres et demandes de valeurs de Bourse (l. 28 avril 1893, art. 30 ; Instr. n° 2.840), soit des offres et demandes relatives à des marchés à terme ou à livrer des marchandises et denrées dont le trafic est réglementé dans les bourses de commerce (l. 27 février 1912, art. 10 ; Instr. n° 3.377), et chez les personnes qui font profession de payer les coupons des valeurs étrangères non abonnées (l. 20 mars 1914, art. 36 ; Instr. n° 3.412). — En outre, la loi du 25 juin 1920 leur a donné : un droit d'investigation très étendu dans toutes les banques et tous les établissements de crédit, même non constitués en sociétés par actions, pour le contrôle des dépôts de fonds et des avoirs en espèces qui peuvent être appréhendés par l'État (art. 111. Instr. n° 3.266, § 20), et, d'autre part, le droit de se faire représenter toutes les pièces justificatives nécessaires à la fixation de l'impôt chez toutes les personnes soumises à la taxe sur le chiffre d'affaires (art. 66 et 67 ; Instr. n° 3.632, § 5), v. *supra*, n° 195. — Enfin, l'art. 31 de la loi du 31 juillet 1920 confère aux agents un droit de

212. — 2° Selon l'opinion la plus répandue, la *représentation* est le fait de consulter un livre *sur un point* et à un folio *déterminé*, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. Il importe peu que ce soit le juge ou un expert désigné par le tribunal, ou même l'adversaire qui en prenne ainsi connaissance. Ce qui donne à ce mode de production son trait propre, c'est la *spécialisation* des recherches dans le livre à produire. De là vient qu'il est de droit dans tous les procès.

Malheureusement, cette manière de voir ne tient pas devant les nécessités de la pratique judiciaire. — Comment tomber d'emblée sur le folio contenant l'article que l'on recherche, sans d'abord consulter les autres ? — Comment concilier cette interprétation étroite avec les exigences des procès de comptes qui portent sur un nombre considérable d'opérations ? Si un *patron intéresse* ses employés ou ses *ouvriers aux bénéficiaires* de sa maison (ce qui ne les rend pas associés), et qu'après clôture d'exercice les participants en contestent les résultats et demandent la production des livres (ce qui paraît légitime), comment faire pour que la représentation se localise à un point spécial de la comptabilité ? Le contrôle ne doit-il pas s'exercer sur l'ensemble ?

Les tribunaux admettent la représentation dans ces différents cas. Ils désignent un expert chargé en termes généraux, suivant la formule même de l'art. 15, « d'extraire des livres ce qui concerne le différend », c'est-à-dire de les examiner dans toutes leurs parties (Cass., 17 novembre 1891, D. 92, 1, 350). Cette manière de procéder est absolument plausible.

En résumé, ce qui fait, d'après nous, que la représentation diffère de la communication, c'est que le *livre est examiné soit par le tribunal ou par un juge commis, soit par un expert nommé par lui*, mais en dehors de la présence de l'adversaire. La communication, au contraire, comme l'étymologie l'indique, c'est l'inspection et au besoin la garde du livre par le plaideur qui en demande la production parce qu'il a sur lui un droit de propriété.

L'une et l'autre peuvent être ordonnées même pour les livres facultatifs (Req., 16 mai 1899, D. 99, 1, 399).

communication général de tous les documents de service détenus « par les administrations de l'Etat, des départements et des communes, ainsi que les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat... » ; et l'art. 32 de la même loi, modifié par l'art. 5 de la loi du 16 avril 1924, dans le but de renforcer encore ces divers moyens de contrôle, attribue à l'administration le droit de se faire représenter chez tout commerçant faisant un chiffre d'affaires supérieur à 200.000 ou 40.000 francs, suivant la nature du commerce exercé, les livres dont la tenue est prescrite par le livre II C. com., ainsi que tous livres et documents annexes et les pièces de dépenses et de recettes (Instr. n° 3.636, § 13). V. *supra*, n° 192.

SECTION II

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE DU COMMERÇANT

(Livre 1^{er}, titre IV, art. 65 à 71 C. com.).

213. — Le titre : *Des séparations de biens*, sous lequel cette publicité est réglée, porte une rubrique incomplète et même inexacte. Il paraît se référer à la séparation judiciaire que demande la femme contre son mari commerçant, lorsque sa dot est mise en péril. Or, si la séparation doit bien être accompagnée de publicité, afin que les tiers soient informés du changement intervenu dans le contrat de mariage, le droit commercial ne présente à cet égard rien de particulier. L'article 65 renvoie, pour les formes de cette séparation ainsi que pour sa publicité, au Code civil et au Code de procédure.

L'art. 66, qui traite de la *séparation de corps*, laquelle entraîne nécessairement la séparation de biens, ne fait également que reproduire le droit commun. Il le reproduit, à cette légère différence près que le jugement de séparation doit être lu publiquement à l'audience du tribunal de commerce ; ce qui n'est point prescrit pour les époux non commerçants.

La procédure à suivre pour les deux *séparations* se résume dans les deux mesures ci-après :

Inscription de la demande en séparation de biens (non de celle en séparation de corps) dans un tableau des salles d'audience des tribunaux civil et de commerce et des chambres d'avoués et de notaires, avec insertion dans un journal d'annonces ; — inscription d'un extrait du jugement tant de séparation de corps que de séparation de biens, pendant un an, sur les mêmes tableaux. Ce droit est tellement général que les mesures sus-énoncées sont imposées là même où aucun des deux époux ne ferait le commerce (Pour le cas de divorce, voir la loi du 18 avril 1886).

Jusqu'à présent, les particularités du droit commercial n'apparaissent point.

214. — Elles apparaissent en ce qui touche la *publication du régime matrimonial* des époux. Cette publication, en la forme qui va être étudiée, ne concerne que les unions dont l'un des membres, mari ou femme, serait commerçant. En outre, le droit commercial l'exige même en dehors d'une séparation de biens ou de corps.

Il fallait faire savoir aux tiers non pas seulement que le commerçant est marié (connaissance que leur donne au besoin l'acte de naissance de celui-ci, depuis que le mariage y est visé par extrait : loi du 17 août 1897), mais quel est le statut gouvernant ses biens. En effet :

a) De la nature du régime adopté dépend le *gage* que l'un et l'autre époux procurent aux tiers qui leur font crédit. — Sous la communauté, la femme engage les biens communs et ceux du mari avec les siens propres ; le mari engage les biens communs, dans lesquels entrent

certain apports de la femme. Sous un régime sans communauté, chacun des époux n'oblige que ses propres biens.

b) Et de la nature de ce régime dépend également la *capacité de la femme*, lorsque les époux ont accepté le régime dotal. — Car alors la femme ne peut aliéner ou engager ses biens dotaux, soit qu'elle ait entrepris le commerce, soit que son mari commerçant la fasse intercéder pour lui : aucune autorisation ne la relève de cette incapacité.

La publicité requise consiste dans la remise aux *greffes des tribunaux civil et de commerce*, ainsi qu'aux *chambres de notaires et d'avoués*, d'un *extrait* énonçant seulement le *régime matrimonial* adopté (régime de communauté, séparations de biens, régime dotal). Cet extrait demeurera exposé au tableau durant un an (art. 67). C'est un mode de révélation du contrat de mariage assez imparfait et qui passe pour suranné. Le montant des apports de la femme n'est point mentionné. *duy*

A qui incombe cette publicité ? — On distingue deux situations.

215. — 1° L'époux exerçait le commerce *dès avant son mariage*.

Le *notaire*, par le ministère duquel le contrat est dressé, connaît les qualités des parties, la profession qu'elles exercent. Il fera parvenir dans le mois l'extrait aux greffes et chambres sus-indiqués, à peine d'une amende, qui est réduite maintenant à 20 francs (L. 14 juin 1824, art. 10).

S'il ne l'a pas fait, le régime matrimonial, quoique resté occulte, sera opposable aux tiers. Car les époux ne sont pas en faute. La femme sera fondée, notamment, à se prévaloir de son incapacité dotale, bien que les créanciers aient pu croire que le régime était la communauté.

Dans le cas où il y aura eu *collusion* entre le notaire et les époux, c'est-à-dire entente à l'effet de ne pas publier le contrat, le notaire encourt la destitution. Il est civilement responsable du dommage causé aux tiers, ainsi trompés dans leur attente. Il semble, dans cet même hypothèse de collusion, que les époux seront réputés mariés sous la communauté légale (art. 68). On maintiendra ainsi aux tiers les droits sur lesquels ils étaient admis à compter.

215 bis. — 2° L'époux est devenu commerçant *au cours de son mariage*.

L'obligation de pourvoir à la publicité est alors dévolue, dans le mois de l'ouverture de son commerce, à l'*époux commerçant* lui-même, et seulement « s'il y a séparation de biens ou régime dotal » (art. 69). Le notaire, qui avait autrefois dressé son contrat de mariage, n'a point à veiller à l'accomplissement des formalités prescrites.

La loi n'établit qu'une *sanction*, de nature éventuelle : l'époux négligent, au cas où il tomberait ensuite en faillite, sera condamné aux peines de la *banqueroute simple* ; cette condamnation est d'ailleurs toute facultative pour les juges (art. 69 *in fine* et 586-3° C. com.). Avant 1838, c'était la banqueroute frauduleuse.

Cette sanction est peu efficace ; on se demande s'il n'y en a pas une autre, plus énergique et de nature pécuniaire. Sous le *régime dotal*, et en supposant que ce soit la femme qui fait le commerce, la sanction

pécuniaire résultera d'un raisonnement basé sur les principes généraux : voici comment.

La femme, qui n'accomplit pas la publicité mise par la loi à sa charge, commet un quasi-délit civil. En vertu d'une règle communément acceptée, les immeubles dotaux sont saisissables lorsque la cause de la créance est un délit ou un quasi-délit de la femme. En conséquence, les immeubles de celle-ci pourront être exécutés par ses créanciers, puisque leur inaliénabilité leur a été cachée. En d'autres termes, l'*incapacité propre au régime dotal* ne peut pas leur être opposée (Req., 29 mars 1893, D. 93, 1, 285 ; Amiens, 16 janvier 1894, D. 94, 2, 208).

Mais on ne saurait aller plus loin. Les époux ne sont point présumés mariés « sans contrat », les créanciers ne sont point admis à traiter les époux comme s'ils étaient mariés en communauté légale.

Il est inadmissible de faire souffrir l'époux *innocent* de la négligence de l'autre. C'est cependant ce qui arriverait avec ce système, comme on s'en aperçoit à la réflexion.

En effet : a) Le commerce est-il au nom du mari ? Transformer le régime effectif en régime de droit commun, ce serait donner aux tiers le droit de poursuivre les meubles de la femme, supposés mis en communauté avec ceux du mari. Ce serait faire rejallir sur elle une faute à laquelle elle est étrangère.

b) Le commerce est-il au nom de la femme ? Ce serait alors le mari qu'on rechercherait sur ses biens personnels, sous le prétexte qu'il est assimilable à un mari commun. La conséquence ne serait pas moins choquante.

Après tout, les tiers ont le pouvoir de se mettre à l'abri de ces méprises. S'ils ont des doutes sur la nature du régime qu'on leur tient ignoré, ils n'ont qu'à demander aux deux époux de s'obliger ensemble et solidairement envers eux. La seule réticence contre laquelle ils soient désarmés est le défaut de révélation de l'incapacité dotale. On vient de voir le moyen de protection qui leur est donné pour échapper aux effets de ce régime spécial.

216. — Si l'on avait à procéder aujourd'hui à la refonte du Code de commerce, le système de publicité ci-dessus n'y serait probablement pas reproduit. Car la *loi du 10 juillet 1850* (art. 1391 C. civ.) a imposé aux époux de toute profession, et par conséquent même en droit civil, l'obligation de mentionner, au moment de se marier, à l'officier de l'état civil, sur interpellation de celui-ci, l'existence du contrat de mariage qu'ils ont pu faire, ainsi que le nom du notaire qui a instrumenté pour eux. Ce régime de publicité, avec ses sanctions, paraît bien suffire aux nécessités de crédit du commerce. En législation, la publicité du titre IV C. com. apparaît comme une superfétation.

Ce système est devenu plus inutilement compliqué encore depuis la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce qui, d'une part prescrit d'indiquer dans la déclaration aux fins d'immatriculation (art. 4, 7°) « le régime matrimonial du commerçant dans les cas prévus par les articles 67 et 69 C. com. » et, d'autre part, ordonne de mentionner dans le registre (art. 5) « ... 2°) les jugements ou arrêts prononçant

les séparations de biens, la séparation de corps ou le divorce du commerçant ; 3°) l'acte rétablissant la communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens prévu par l'art. 1451 C. civ. ».

Il y a là, chevauchant les unes sur les autres, sans toujours concorder entre elles ni comporter les mêmes sanctions, toute une série de mesures de publicité qu'il importerait de ramener à une organisation plus logique et plus simple. Il est à souhaiter que le registre du commerce, introduit récemment en France sous une forme modeste et qu'il faudra perfectionner, permette d'atteindre un jour ce résultat. C'est de ce registre qu'il reste à parler.

SECTION III

LE REGISTRE DE COMMERCE

(Lois du 18 mars 1919, du 26 juin 1920, du 30 décembre 1920 du 1^{er} juin 1923 et du 17 mars 1924).

217. — Les divers rôles possibles du registre du commerce. — Son rôle restreint dans la nouvelle législation française (Casier commercial). — Le registre du commerce ne date pas en France que de la loi du 18 mars 1919. Son origine première (1) paraît remonter aux listes matriculaires des corporations marchandes de l'Italie au XIII^e siècle. Dans les temps modernes, c'est en Allemagne surtout (2) qu'il s'est développé et qu'il a pris, grâce à la réglementation originale qu'il y a reçue, une importance de premier plan dans l'organisation générale du commerce.

Une définition du registre du commerce est difficile à donner parce que, selon les époques et les pays, il désigne des institutions en réalité fort différentes. Pour demeurer dans un vague obligatoire, on peut le définir un livre destiné à recevoir les noms des établissements commerciaux ou des commerçants, et à constater les changements qui surviennent dans la condition de fait ou de droit de ces établissements ou des personnes qui les exploitent.

Si l'on cherche à grouper les rôles divers que le registre du commerce est susceptible de remplir, et qu'il remplit effectivement selon

(1) Sur l'histoire du registre du commerce, v. LE FORT, *Le registre du commerce et les raisons de commerce*, Genève, 1884 ; BOURGOING, *Le registre du commerce*, th. Paris, 1903 ; MAX RINTELEN, *Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters*, Stuttgart, 1914.

(2) D'autres pays d'ailleurs possèdent depuis un certain temps, quelques-uns même avant l'Allemagne (C. com. de 1861 encore en vigueur en Autriche, actuellement art. 8 à 16 C. com. allemand de 1897), un registre du commerce. Tels sont : l'Espagne (C. com. de 1829, actuellement art. 16 à 32 C. com. de 1885), le Portugal, la Suisse, les Etats Scandinaves, la Roumanie, la Hongrie, la plupart des Etats de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud, le Japon. Au Maroc, le dahir du 12 août 1913, formant Code de commerce a introduit ou plutôt ébauché, un registre du commerce aux contours du reste assez flottants. Postérieurement à 1919 la Belgique, à l'exemple de la France, s'est dotée d'un registre du commerce.

Les Etats, on constate qu'ils se ramènent essentiellement à cinq. Ce peut être : 1°) un moyen formel de séparer les non commerçants des commerçants, l'acquisition de cette qualité étant subordonnée, dans une mesure plus ou moins large (1), à l'inscription au registre ; — 2°) un moyen préventif de protection contre les dangers de l'homonymie, la mention d'une firme sur le registre local devant être refusée quand il renferme déjà une firme identique ou similaire avec laquelle la confusion serait à craindre (2) : ces deux rôles supposent d'ailleurs que l'inscription n'a lieu qu'après un examen préalable, plus ou moins étendu par une autorité armée d'un pouvoir de décision (3) ; — 3°) un moyen d'assurer la transmissibilité de la firme, l'acquéreur d'un fonds de commerce ayant le droit, pourvu que l'acquisition soit inscrite au registre, de continuer à exercer le commerce sous le nom de son cédant et de signer ses engagements du nom commercial (*firma*) de celui-ci (4) ; — 4°) l'instrument normal de la publicité légale en matière de commerce, les faits soumis à cette publicité n'étant réputés connus des tiers et à eux opposables que s'ils ont été publiés au moyen du registre (5) ; — 5°) Enfin on peut ne voir dans le registre du commerce qu'une sorte de répertoire administratif destiné, non plus à publier légalement les actes relatifs au commerce (ceux-ci étant rendus opposables aux tiers par d'autres moyens épars de publicité), mais uniquement à centraliser, dans l'intérêt tant du commerçant inscrit que des tiers, les renseignements relatifs à son négoce et à faciliter en fait les recherches. En réalité ce n'est plus alors en face d'un véritable registre du commerce que l'on se trouve, mais bien plutôt en face d'un *casier commercial*.

C'est avec ce rôle modeste que le registre du commerce (il serait plus exact de dire « le casier commercial ») a été introduit en France par la loi de 1919 : rôle vraiment modeste à l'excès, s'il ne fallait espérer que ce n'est là qu'une première étape, et que le casier commercial ouvre la voie à une organisation plus rationnelle de la publicité légale, où un véritable registre du commerce — se substituant aux procédés actuels sans unité et souvent archaïques, et non plus se superposant à eux — assurera, selon une méthode uniforme, la pu-

(1) Comp. §§ 2 et 3 C. com. allemand de 1897 ; art. 865 nouveau Code fédéral Suisse des obligations.

(2) Comp. § 30 C. com. allemand.

(3) Le C. com. allemand, § 8, confie la tenue du registre du commerce aux tribunaux de bailliage (*Amtsgerichte*). D'ailleurs le tribunal saisi de déclarations aux fins d'inscription ne doit les examiner qu'au point de vue de la forme, sans rechercher si les indications de fait qui sont à la base de la déclaration sont exactes ou non ; COSACK, § 10, VII, 1.

(4) § 22 C. com. allemand, V. OUDINOT, *De la transmission de la firme en droit allemand comparée à la cession du nom commercial en droit français*, *Annales de droit commercial*, 1912, p. 362 et s. — Le système allemand de la transmissibilité de la firme, bien que réclamé en France par certaines personnes (ASTIER, rapport au Sénat sur la loi de 1919, *Journal Officiel*, 1917, Doc. parl., Sénat, n° 392, p. 833), y est, avec raison, très généralement condamné comme impliquant une intention de dissimulation qui est contraire à la loyauté commerciale et que d'aucuns sont allés jusqu'à qualifier « d'escroquerie légale ». V. les discussions à la Société de législation comparée en 1902 (*Bulletin XXXI*, p. 101, 143 et s.), et à la Société d'études législatives en 1914 (*Bulletin XIII* p. 116 et s.).

(5) Comp. § 15, al. 1 et 2, C. com. allemand ; art. 861 à 863 du Code fédéral Suisse des obligations ; art. 12. C com. Japonais.

blicité des actes relatifs au commerce en vue de les rendre opposables aux tiers (rôle indiqué ci-dessus sous le n° 4).

217 bis. — Régime légal et organisation technique du registre d'après la loi du 18 mars 1919 et les lois postérieures. — Amorcée depuis un certain temps déjà par des discussions doctrinales (1), auxquelles la guerre et le souci d'être renseigné désormais sur la nationalité des commerçants installés en France vinrent donner un intérêt nouveau, l'introduction du registre du commerce dans notre pays a été réalisée par la loi du 18 mars 1919, suivie d'un règlement d'administration publique du 15 mars 1920 et d'un arrêté du Ministre du commerce et de l'industrie du 22 mars 1920. D'autre part la loi du 26 juin 1920 (art. 5) (2), suivie d'un décret du 27 juin 1920, a institué des taxes spéciales d'immatriculation ; et la plus grande partie de ces dispositions ont été rapprochées et commentées dans une circulaire du Ministre du commerce du 26 juin 1920 (3). Enfin la loi du 1^{er} juin 1923 renferme diverses modifications relatives : à la publicité de l'immatriculation (art. 1^{er} modifié par la loi du 18 mars 1924, v. *infra*) ; aux justifications à fournir par les marchands ambulants (art. 2) ; à l'utilisation du registre du commerce pour l'établissement des listes d'électeurs consulaires (art. 3), à la délivrance des copies des inscriptions (art. 4). Un décret du 12 janvier 1927 a modifié la taxe d'immatriculation au registre de commerce.

Aux termes de la loi de 1919, il existe pour le ressort de chaque Tribunal de commerce ou du Tribunal civil qui en tient lieu, un registre du commerce dans lequel doivent être immatriculés tous les *commerçants* (4) français ou étrangers ayant en France, soit leur établissement principal, soit une succursale ou une agence, les sociétés commerciales françaises, ainsi que les sociétés commerciales étrangères ayant une succursale ou une agence en France, et où sont portées les mentions, relatives à ces commerçants ou à ces sociétés, dont l'inscription est prescrite par la loi. Ce registre local, tenu par le greffier du tribunal de commerce (ou du tribunal civil en tenant lieu) sous la surveillance du Président ou d'un juge délégué par lui, se double en :

(1) Discussions à la Société de législation comparée en 1901-1902 (Communication de E. THALLER, Bulletin XXXI, p. 92-110), et à la Société d'études législatives en 1914 (*loc. cit.*). V. aussi LOUBERS, *Faut-il admettre le registre du commerce ? Annales de droit commercial*, 1910, p. 185 et s.

(2) Une loi du 30 décembre 1920 a prorogé jusqu'au 30 juin 1921 le délai accordé aux assujettis pour requérir leur immatriculation au registre. V. *infra*.

(3) Pour le commentaire de cette législation, v. SAUVAGE, *Commentaire de la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce*, Journal des Sociétés, 1919, p. 97 et s. ; GOMBEAUX, *La législation française du registre du commerce*, Annales de droit commercial, 1921, p. 1 et s. ; BITTARD, *Traité pratique du registre du commerce*, avec une préface de M. Drouets, Directeur de la Propriété Industrielle au Ministère du Commerce, 1 vol. 1921.

(4) La loi de 1919 ne définissant pas « le commerçant », il y a lieu, pour savoir quelles sont les personnes assujetties à la législation nouvelle, d'appliquer les règles ordinaires sur la détermination de la qualité de commerçant (art. 1^{er} C. com.) ou de société commerciale (v. *infra* nos 240 et s.). V. Alger, 23 décembre 1921, *Gaz. Pal.*, 1922, 1, 228 ; Paris, 23 juillet 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 553. — La loi française ne renferme d'ailleurs aucune disposition analogue à celle du C. com. allemand qui dispense de l'inscription au registre les *Minderkaufleute* (moindres commerçants).

un registre *chronologique* et un registre *analytique*, ce dernier pouvant lui-même, dans les tribunaux où les commodités du service l'exigent, être divisé en deux parties affectées, l'une aux particuliers commerçants, l'autre aux sociétés commerciales (art. 5 de l'arrêté du 22 mars 1920).

La loi de 1919 (art. 10) prévoit en outre un *registre central* du commerce, tenu pour toute la France continentale (1) à Paris, à l'Office national de la propriété industrielle par les soins du directeur de cet Office. Ce registre n'est pas la reproduction exacte des registres locaux, mais renferme seulement les mentions essentielles consignées dans des extraits que les greffiers adressent mensuellement au directeur de l'Office.

L'immatriculation originale au registre local doit avoir lieu, dans tous les cas, *sur la réquisition de l'intéressé lui-même*. Cette réquisition résulte d'une déclaration signée de lui ou d'un fondé de pouvoirs spécial, et déposée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce principal exploité par le requérant (2). L'immatriculation est exigée en outre dans tous les lieux où il existe des succursales ou agences (art. 11, l. 1919). Afin d'éviter autant que possible toute immatriculation frauduleuse ou dolosive, l'article 5 de la loi du 26 juin 1920 a disposé qu'aucune réquisition tendant à l'immatriculation ne sera reçue que sur la production d'un extrait du rôle de la contribution des patentes ou de l'impôt sur les revenus industriels et commerciaux ou d'un acte de cession du fonds de commerce, lorsqu'il s'agira d'un établissement déjà existant, ou, à défaut de ces pièces, lorsqu'il s'agira d'un établissement nouvellement créé, sur la production d'un certificat délivré par le Maire de la commune et, à Paris, par le Commissaire de police du quartier, attestant, après vérification, la réalité de l'établissement commercial visé dans la déclaration.

La déclaration d'immatriculation doit *contenir toutes les indications prévues à l'article 4 de la loi de 1919* et se rapportant : au nom sous lequel est exercé le commerce, à l'état civil, la nationalité, le régime matrimonial du déclarant, l'objet du commerce, l'enseigne, l'adresse de l'établissement, la situation des succursales ou agences, des établissements précédemment exploités, l'état civil et la nationalité des fondés de pouvoir. Elle contient également (art. 5, 5^o l. 1919), « l'indication des brevets d'invention exploités et des marques de fabrique employées par le commerçant ».

Lorsqu'une déclaration est présentée au greffier et qu'il constate que l'une ou plusieurs des indications prescrites font défaut, sans qu'il soit fourni d'explications suffisantes, il doit refuser l'enregistrement. Mais il n'a pas qualité pour rechercher si les déclarations faites sont exactes et, alors même qu'il y relèverait des inexactitudes, il ne peut

(1) Il existe un registre spécial pour l'Algérie où cette institution a été introduite par décret. D'autres colonies la connaissent aussi.

(2) Les indications fournies au texte ne concernent que le commerçant particulier. Quant aux règles spéciales à l'immatriculation des sociétés (par qui doit être faite la déclaration, lieu et contenu de celle-ci, etc.), elles sont indiquées dans la II^e partie de ce Traité consacrée aux Sociétés.

refuser de les inscrire, sauf à les signaler au juge chargé de la surveillance du registre.

De nombreux événements pouvant modifier la situation, soit du commerçant, soit de l'établissement ou des succursales ou agences déjà immatriculés, il était nécessaire que ces événements fussent, au fur et à mesure de leur réalisation, mentionnés au registre. Ici encore, ils le sont en principe sur la réquisition du commerçant lui-même, sauf toutefois en ce qui concerne certains jugements (de séparation de biens ou de corps, de divorce, de faillite...) ou actes (nantissement de fonds de commerce...) que le greffier doit inscrire d'office, apparemment parce qu'il en a connaissance en raison même de ses fonctions. Ces *mentions complémentaires ou modificatives de l'immatriculation originaires* sont déterminées par l'article 5 de la loi de 1919 et se réfèrent : soit à la personne du commerçant (changement de nom patronymique, de nationalité, jugements ou arrêts prononçant la séparation de biens, de corps ou le divorce, acte rétablissant la communauté dissoute, jugements ou arrêts prononçant l'interdiction ou nommant un conseil judiciaire, jugements relatifs aux faillites ou aux liquidations judiciaires), soit à l'établissement commercial (brevets ou marques de fabriqué ou de commerce exploités depuis l'immatriculation du fonds, nantissement du fonds de commerce, renouvellement ou radiation de l'inscription, cession dudit fonds). Il importe d'ailleurs d'observer qu'en cas de cession de l'établissement commercial, entraînant cessation du commerce du cédant, le folio ouvert au nom de celui-ci est clos (1). et un folio nouveau est ouvert au nom du cessionnaire : ce qui prouve que le système adopté en France est celui de l'immatriculation personnelle et non de l'immatriculation réelle.

Le rôle d'organe de renseignements, auquel se limite en France l'utilité du registre du commerce, suppose que le public peut aisément en avoir connaissance, et l'on aurait compris par suite qu'il reçût une très large publicité. Elle est cependant assez restreinte. Non seulement les mentions du registre ne sont pas publiées par la voie des journaux (2), mais il n'a même point paru possible de permettre aux tiers d'en prendre personnellement et directement connaissance (3) : cette consultation eût soulevé des difficultés d'ordre matériel, et d'autre part certaines mentions du registre (nantissement de fonds de commerce radié, faillite ou liquidation judiciaire suivie de réhabilitation, art. 17, l. 1919) doivent rester ignorées du public. C'est donc au moyen de copies, ou quelquefois d'*extraits* (car, ainsi qu'il vient d'être dit, il n'y a pas toujours reproduction intégrale de l'original) que les particuliers sont renseignés. Toute personne, sans avoir à justifier d'aucun intérêt, peut se faire délivrer une copie du registre local par le greffier, ou une copie du registre central par le Directeur de l'Office de la pro-

(1) Mais il n'y a pas lieu à la radiation de l'immatriculation du cédant, et il serait utile d'y renvoyer au moyen d'une référence inscrite sur le folio du cessionnaire. Au contraire, quand un commerçant cesse son exploitation, ou décède, sans transmettre son fonds à autrui, l'immatriculation doit être radiée (art. 15, l. 1919).

(2) En sens contraire, v. le § 10 C. com. allemand.

(3) En sens contraire, v. le § 9, al. 1, C. com. allemand.

priété industrielle (art. 16, l. 1919) (1). D'autre part, conformément à un projet déposé en juin 1921 sur le bureau de la Chambre, projet qui avait notamment pour but de démasquer les commerçants marrons, l'art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juin 1923 a prescrit à tout assujetti de mentionner dans les lettres, notes de commandes, tarifs, annonces et prospectus, le nom du Tribunal de commerce où il est immatriculé et le numéro de son immatriculation au registre analytique. Cette disposition ayant suscité les réclamations des intéressés en ce qui concerne les *annonces*, la loi du 17 mars 1924 a supprimé les annonces de l'énumération ci-dessus indiquée. La mention n'est plus, désormais, obligatoire que dans les factures, lettres, notes de commande, tarifs et prospectus.

L'article 18 du Décret du 15 mars 1920, rendu sur renvoi de l'article 22 de la loi du 18 mars 1919, a déterminé les *émoluments et débours* dus aux greffiers et à l'Office national de la propriété industrielle (ils sont aujourd'hui de 9 fr. 25 pour chaque immatriculation ou inscription modificative ou complémentaire). En outre, l'article 5 § 2 de la loi du 26 juin 1920 a établi au profit du Trésor pour chaque immatriculation une *taxe fixe* portée à vingt francs par le décret du 12 janvier 1927, augmentée pour les sociétés d'une taxe proportionnelle très légère de 0 fr. 01 par 1.000 francs de capital social (décret d'application du 27 juin 1920) : cette taxe n'est applicable du reste qu'à l'immatriculation, à l'exclusion de toute autre inscription au registre.

La nouvelle législation ainsi établie est entrée en vigueur trois mois après la publication du règlement d'administration publique du 15 mars 1920 rendu pour l'exécution de la loi du 18 mars 1919 (art. 23 de cette loi). Les commerçants avaient six mois à partir de cette mise en vigueur *pour se faire immatriculer* ; mais une loi du 30 décembre 1920 a reporté l'expiration de ce délai *jusqu'au 30 juin 1921*. — Quant aux établissements qui viendront à s'ouvrir par la suite, le titulaire doit requérir son immatriculation *dans le mois* qui suit cette ouverture, s'il s'agit d'un établissement de création nouvelle, ou qui suit l'acquisition, s'il s'agit d'un fonds de commerce acheté (art. 4, l. 18 mars 1919). Exceptionnellement, la société étrangère qui veut installer en France une succursale ou agence doit requérir l'immatriculation *avant* l'ouverture de cette succursale (art. 9, al. 2, l. 1919).

217 ter. — Sanctions établies par la loi du 18 mars 1919. — Ce point est important parce qu'il permet de saisir sur le vif la portée fort restreinte de la loi de 1919. L'immatriculation ne confère nullement à l'inscrit la qualité de commerçant et ne la fait même pas présumer (2) : si la question venait à se poser plus tard devant les tribunaux (par exemple à propos d'une déclaration de faillite), ils auraient pour la trancher une entière liberté. L'immatriculation et les inscriptions complémentaires ou modificatives au registre n'ont pas davantage pour

(1) Le droit perçu par le greffier est de 3 fr. 60 pour le coût du papier timbré et de 9 francs pour les droits de greffe.

(2) Le registre du commerce sert toutefois de base première pour l'établissement des listes d'électeurs consulaires (art. 3, l. 18 mars 1924).

effet de rendre opposables aux tiers les actes qui y sont consignés. A cet égard ces actes demeurent soumis aux formalités qui leur sont propres (loi de 1909 pour les cessions et nantissements de fonds de commerce, loi de 1867 pour les sociétés, etc) ; de sorte que, si celles-ci ont été remplies, l'acte est opposable aux tiers (quand même la loi de 1919 n'aurait pas été observée), et qu'à l'inverse, si elles ne l'ont pas été, l'acte est inopposable aux tiers (quand même la loi de 1919 aurait été observée).

La sanction de la loi du 18 mars 1919 n'est que d'ordre pénal, ou simplement même disciplinaire. Les assujettis qui ne requièrent pas dans le délai légal les immatriculations ou inscriptions réglementaires encourent une amende de 16 à 200 francs, qui sera prononcée par le tribunal de commerce sur la réquisition du président ou du juge chargé de la surveillance du registre (1) (art. 18, l. 1919). En même temps qu'il prononce l'amende, le tribunal prescrit à l'intéressé de requérir dans la quinzaine l'immatriculation ou l'inscription omise : faute de quoi les juges prononceroient une amende nouvelle, ou même une série d'amendes nouvelles (art. 18, al. 3). Leur pouvoir ne va pas au delà : sauf toutefois s'il s'agit de l'ouverture en France, sans déclaration préalable, d'une succursale d'un établissement situé à l'étranger, — cas auquel le tribunal de commerce peut ordonner la fermeture de cette succursale (art. 18, al. 4). — Quant aux inexactitudes commises dans les déclarations, si elles sont involontaires, elles ne comportent pas de sanction pénale et pourraient seulement engager la responsabilité civile de leurs auteurs (art. 1382 C. civ.). Mais si l'inexactitude est volontaire, et que le déclarant ait agi de mauvaise foi, il encourt de véritables peines correctionnelles (amende de 100 à 2.000 francs, emprisonnement d'un à six mois, etc.), à prononcer par le Tribunal correctionnel. Mêmes sanctions pour toute infraction aux dispositions de la loi du 1^{er} juin 1923 (2).

217 *quarto*. — Tel est le registre du commerce, ou plutôt le casier commercial, institué par la loi du 18 mars 1919. Les commerçants paraissent ne s'être conformés à ses prescriptions qu'avec un médiocre empressement (2) : ce qui justifierait la pensée de ses auteurs qu'il faut, pour qu'une réforme aboutisse, qu'elle soit modeste à ses débuts, ne change tout d'abord que le moins possible les habitudes prises et ménage les transitions. N'empêche que le casier commercial de la loi de 1919, simple moyen de renseignement (3), n'a reçu vraiment qu'un

(1) Comp. un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 6 décembre 1923 qui, à tort, semble-t-il (car le juge du registre n'est point partie au procès), a donné défaut contre lui pour n'avoir pas constitué avoué en appel.

(2) *Adde* l'art. 7 de la loi de finances du 31 décembre 1921 qui oblige, sous peine de confiscation des marchandises, toute personne vendant des marchandises ailleurs qu'en boutique ou magasin, à justifier de son immatriculation au registre du commerce ou à représenter « une carte de commerce ».

(3) Au 31 décembre 1920, le greffe du tribunal de commerce de la Seine n'avait reçu que 102.607 immatriculations, pour 350.000 patentés environ existant dans le département de la Seine. Au cours des années 1921 et 1922, la loi a été mieux observée. Au 31 décembre 1922 le nombre total des immatriculations pour la France entière était de 1.624.862 ; ce nombre s'est encore accru depuis.

rôle bien modeste, et qu'il est à souhaiter que le jour — pas trop éloigné, espérons-le — où le milieu y aura été progressivement préparé, ce casier se transformera en un véritable registre du commerce, organe unique et centralisateur de la publicité légale en matière commerciale. Un mouvement paraît se dessiner en ce sens.

DEUXIÈME PARTIE

DES SOCIÉTÉS (1)

NOTIONS GÉNÉRALES

218. — **Sources.** — Il faut chercher d'abord les règles qui ont pour objet les sociétés de commerce dans le Code civil, lequel fixe les conditions d'existence et les effets des différents contrats. Le titre IX du livre III (art. 1832 à 1873) de ce Code s'applique aux sociétés de commerce dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce (art. 1873). Cela doit être entendu avec mesure : il existe entre la société civile et les sociétés commerciales des différences organiques, s'attaquant aux éléments fondamentaux du contrat : on s'en redra compte plus tard.

Le Code de commerce consacre aux sociétés commerciales le titre III de son livre I^{er} (art. 18 à 64). Ce titre a été remanié par la loi du 17 juillet 1856, abolitive de l'arbitrage forcé (par abrogation des articles 51 et 63), ainsi que par celle du 6 mai 1863 (nouveaux articles 27 et 28), tendant à modifier les prescriptions anciennes sur l'immixtion du commanditaire.

Les deux titres du Code civil et du Code de commerce sus-indiqués

(1) **BIBLIOG.** — Il y a lieu de citer, en dehors des publications d'ensemble de PARDESUS, d'ALAUZET, de BÉDARRIDE et de BRAVARD, déjà anciennes, et de celles de PONT, de BOISTEL et de LYON-CAEN et RENAULT (2^e vol. du traité de ces deux derniers auteurs avec la collaboration de M. Amiaud pour la 5^e éd., où le tome II comprendra deux parties, dont la première seule est parue à ce jour); DALLOZ, *Suppl. au Rép.*, v^o Société, 16^e vol.; VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 5^e éd., 2 vol.; DELOISON, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 2 vol.; R. ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 2 vol.; HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés*, 6^e éd., 3 vol. (excellent guide pratique); ARTHUYS, *Traité des sociétés*, 3^e éd., 1917, 2 vol., et dans notre grande collection : PIC, *Traité des sociétés*, 3 vol., 2^e éd., 1926. — Pour l'étranger, il faut signaler NYSSENS et CORBIAU, *Traité des sociétés commerciales*, 1 vol. paru (Belgique); MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, 2 vol. parus (Italie), et LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 2 vol. (Allemagne). — Ce dernier ouvrage est spécial aux sociétés par actions. Il en est de même des ouvrages français de M. FLOUCAULD-PÉNARDILLE, *Des sociétés par actions*, 1899, 2 vol.; de M. COPPER-BOYER, *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 2 vol. 1915; des monographies françaises de MM. BOUVIER-BANGILLON, *La législation nouvelle sur les sociétés*; ARTHUYS, *Constitution des sociétés par actions*; CELLERIER, *Etude sur les sociétés anonymes*, 1905 et de l'ouvrage belge de M. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes belges* (L. 25 mai 1913 et 30 octobre 1919), Bruxelles, 1921.

ne donnent pas toutes les sources juridiques auxquelles s'alimente le contrat de société dans ses applications commerciales. C'est à peine si la législation du premier Empire touche aux *sociétés par actions* dans un nombre réduit de textes, presque tous d'ailleurs abrogés aujourd'hui.

Plusieurs lois importantes, votées depuis les Codes, ont soumis les sociétés par actions à une réglementation minutieuse : — une loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions, distincte de celle de même date, mentionnée plus haut, — une loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (1), — enfin la loi si connue du 24 juillet 1867, dans laquelle se sont absorbées les deux premières.

La loi du 24 juillet 1867 gouverne les sociétés par actions, tant en commandite qu'anonymes, et elle règle en outre des points intéressant aussi les autres formes de sociétés. Elle est célèbre par le principe nouveau qu'elle pose de la liberté des sociétés anonymes : ces sociétés étaient jusque-là soumises à l'autorisation du gouvernement. La loi du 1^{er} août 1893, celle du 16 novembre 1903 (sur les actions de priorité), celle du 22 novembre 1913 et celle du 26 avril 1917 (sur les sociétés anonymes à participation ouvrière) y ont apporté un certain nombre de remaniements.

Citons enfin la loi du 7 mars 1925 qui a introduit en France les sociétés dites à responsabilité limitée.

219. — Les idées générales que nous devons développer prendront place dans trois paragraphes successifs. Il y sera traité : — 1^o de l'association et de la société ; — 2^o des sociétés commerciales opposées à la société civile ; — et 3^o de la forme ainsi que de l'origine de chacune des espèces de sociétés.

§ 1. — Association et Société (2)

220. — La société commerciale est une *personne*, une personne collective qu'on oppose à la personne physique. C'est ainsi que le commerce s'exerce tantôt individuellement, tantôt en société. La nature de cette personnalité sera étudiée plus loin. Mais la société doit être envisagée encore sous un autre aspect, non comme personne, mais comme *contrat*.

Dans la nomenclature des contrats, le droit romain, dont les classifications ont persévéré, plaçait la société à la suite de la vente et du louage.

Ce contrat a pu soulever des critiques. Il a donné lieu à des tromperies non seulement contre les tiers, mais dans les rapports des associés eux-mêmes. Cela est vrai surtout des sociétés par actions. Il faut cependant reconnaître qu'il établit entre les contractants un *lien sympathique* de tout autre nature que les conventions ordinaires : c'est un caractère qu'on relève, en disant que la société crée aux parties qui la forment un *intérêt commun* et non pas un *intérêt contraire*.

(1) Ces sociétés étaient toutes différentes des sociétés à responsabilité limitée créées par la loi du 7 mars 1925.

(2) L'article 1832 C. civ. et la loi du 1^{er} juillet 1901, par Pierre Kayen, préface de M. François Gény, 1928.

Dans une vente, par exemple, chacun des opérateurs cherche à s'assurer les meilleures conditions, à faire capituler les prétentions de son cocontractant devant les siennes. L'acheteur veut un prix faible, le vendeur veut un prix fort. Celui des deux qui l'emporte réduit le profit que l'autre partie trouve dans le marché.

La société ne provoque pas cet antagonisme : le résultat avantageux que donnera le contrat servira à la fois l'intérêt de tous les adhérents. Entre les associés il y a confraternité, disaient déjà les Romains. Tous pour un, un pour tous. Leur intérêt, sans doute, peut se trouver en conflit par rapport au mode de répartition du bénéfice, ou à certaines clauses de nature accessoire. Mais, dans l'ensemble, la réussite de la société dépend d'un ensemble d'accords et d'une marche d'exploitation auxquels les sociétaires visent par une même pensée. Ceux-ci savent que le bien de chacun d'eux est solidaire de celui de tous. Et c'est ce qui fait à notre contrat sa place à part, une place d'honneur, en face des autres.

221. — Cette constatation montre ce que la société offre de recommandable, mais elle ne doit pas faire perdre de vue les périls que peut susciter, dans un état de civilisation déterminé, la forme de société aujourd'hui la plus perfectionnée, la « société par actions ».

Le danger serait grave si la société par actions devait acquérir à la longue une trop grande force, en supplantant par la supériorité économique dont elle dispose la concurrence des individus.

L'abdication des entreprises particulières devant elle, faute de pouvoir soutenir la lutte, acheminerait l'industrie vers un régime de monopole exercé par les grandes Compagnies (*trusts* américains). Cette domination donnerait en outre un rang subordonné au travail, vis-à-vis du capital, c'est-à-dire de l'argent. C'est ce qu'il convient d'éviter.

222. — La supériorité économique des sociétés est attestée par les résultats auxquels le commerçant et l'industriel sont arrivés pendant le cours du XIX^e siècle, grâce à la société par actions par excellence, c'est-à-dire à la *société anonyme*. Il n'y a qu'à se féliciter du développement de celle-ci au point de vue des progrès accomplis dans la richesse.

Son impulsion a été prodigieuse dans toutes les branches d'activité (chemins de fer, banques, assurances, mines, manufactures, ventes en grands magasins). C'est aussi qu'elle a la vertu puissante de concentrer les capitaux dans la formation des entreprises et de les diriger vers un but.

La représentation de la part sociale par l'*action* a provoqué toute une révolution dans la formation des entreprises, ainsi que dans la composition des fortunes.

Dans la formation des entreprises, — en ce que l'attrait d'un titre à responsabilité limitée, et commode à négocier, a fait affluer aux sociétés anonymes des épargnes abondantes. L'esprit industriel s'est attaqué à des œuvres qui dépassaient autrefois sa portée, œuvres dont la force s'est accrue par la longue durée qu'ont pu s'assigner les sociétés : l'action n'est pas seulement négociable, elle est transmissible aux héri-

tiers, les sociétés anonymes ne sont pas enchaînées à la vie de leurs membres.

Dans la composition des fortunes, — en ce que les valeurs, formant le capital de ces entreprises, usines, terrains, mines, etc., ont passé d'un état de propriété individuelle à un état sociétaire, dans lequel la quote-part de chacun, matière à trafic, a acquis, en droit et en fait, la faculté de circulation des meubles.

La mobilisation de la propriété foncière et industrielle, — surtout par l'effet des sociétés par actions, n'est pas une simple figure de langage. En effet, le capital engagé dans les exploitations conserve son *assiette fixe* et son caractère immobilier au regard de la société qui le met en œuvre. La propriété foncière n'a, bien entendu, point disparu : elle s'est ramassée et, sauf pour ce qui concerne la propriété rurale, elle a, par l'action de l'industrie, considérablement multiplié son rendement. Mais, vis-à-vis de chaque associé, ce capital fractionné, découpé, revêt un caractère différent. Il devient une part conférant des droits propres, ayant sa nature juridique particulière ; et, si c'est une action, une *valeur échangeable*, une marchandise obéissant à la hausse et à la baisse. On la souscrit, on l'achète et on la vend, par suite de calculs semblables à ceux qui inspirent les opérations commerciales. Le goût du trafic se répand dans les classes qui épargnent, quoique nullement commerçantes par vocation. C'est de ces valeurs-là, avec leur risque inséparable, que s'augmentent incessamment les patrimoines privés ; tandis que, par un phénomène inverse, la propriété de la terre et de l'usine tend de plus en plus à sortir des mains individuelles, pour se soumettre à l'organisation sociétaire.

223. — La *société* représente une espèce très importante, il est vrai, dans un genre plus large. Ce genre comprend toutes les *associations*. Il y a association, chaque fois que des hommes réunissent leurs efforts ou leurs ressources, en vue d'obtenir un but qu'ils désirent en commun. D'après cette définition, nécessairement vague, il y a des associations qui constituent des sociétés, mais on en trouve d'autres qui présentent un caractère différent.

Toutefois on s'est habitué plutôt à mettre en opposition l'association et la société, suivant une distinction qui ne laisse pas que d'avoir un très grand intérêt, lorsqu'il s'agit de savoir si tel groupement a le pouvoir de contracter ou de plaider, à qui appartiennent ses biens, etc.

224. — **Association.** — L'association se propose un but matériel, ou simplement moral, d'ordre général, un but dépassant l'intérêt de ses adhérents, un *but idéal*, dit-on quelquefois, en une formule aussi vague que l'était la différence, mise autrefois en honneur par Savigny, entre la *corporation* et la *fondation* (1).

(1) Nous rappelons, d'un mot seulement, que la division recommandée par SAVIGNY et dont il croyait l'origine romaine, opposait : a) les groupements d'*individus*, issus de la conception du municipale, b) aux groupements de *biens* ou fondations, prenant leur base non plus sur une collectivité de membres ou d'associés, mais sur une œuvre, sur une

En d'autres termes, dans l'association, les adhérents veulent servir la cause d'une catégorie sociale dont ils font ou ne font point partie, et qui de toute manière ne se limite pas à leurs personnes. Ou même ils se consacrent à la cause de la société tout entière, eu égard aux convictions qui les animent. Ils mettent leur objectif hors d'eux-mêmes, ils obéissent à une idée que d'autres pourront critiquer, qui ne sera pas toujours dépouillée d'égoïsme, si la réclame ou l'ostentation les pousse, mais qui se présente comme une idée désintéressée.

Une association de charité, d'enseignement libre, de propagation d'une philosophie ou d'une religion, une œuvre d'assistance par le travail, un syndicat professionnel entre ouvriers, une société contre l'alcoolisme ou pour l'encouragement des habitations à bon marché, une œuvre de protestation contre la licence des rues ou pour le respect du repos du dimanche, une congrégation religieuse, une association d'étudiants, une société d'extension du spiritisme, constituent des « associations », quand même elles s'intituleraient « sociétés » ou qu'elles en prendraient la forme.

225. — **Société.** — La société, au contraire, se propose un but pécuniaire qui est restreint à ceux qui en font partie. Elle veut améliorer la situation matérielle de ses membres. Elle déterminera par l'action commune un résultat appréciable en argent, limité aux associés. Ce résultat ne serait pas atteint ou ne le serait plus au même degré, si chacun avait conservé son indépendance. On y parviendra, en réunissant un capital dont on augmente ainsi la force productive. Telles sont les sociétés mettant des terrains en commun pour la grande culture, — celles qui ont pour objet une usine métallurgique ou textile ou un service de transports, — celles qui exploitent un brevet d'invention, ou une banque, etc.

226. — Malheureusement, en l'état de la loi française, cette définition est encore trop étendue. Car, à la prendre à la lettre, il faudrait rattacher aux sociétés des groupements égoïstes, exempts de toute considération d'intérêt général, et qui cependant n'en sont pas.

Soit un « cercle », considéré comme simple lieu de divertissement des sociétaires, ou bien une société de lecture. Ce ne sont pas des sociétés véritables. — Soit une société formée entre créanciers d'une même faillite pour combiner leur action et se choisir un mandataire commun.

conception ordinairement charitable ou pieuse. — La doctrine plus récemment développée en Allemagne, notamment par BRENZ, du patrimoine pourvu d'un but (*Zweckvermögen*) généralise l'idée de la fondation : la corporation y serait implicitement contenue. — On n'ignore point les autres conceptions qui ont cours chez nos voisins, et notamment celle de GIERKE, qui fait reposer la personnalité morale sur une conscience collective, c'est-à-dire sur la volonté répandue dans le milieu social de pourvoir à certaines œuvres d'intérêt général, volonté qui, par cela même qu'elle répond à un état d'opinion, peut prétendre, tout comme un individu, aux attributs du droit. — En France, toutes ces constructions ont été reprises pour aboutir à deux œuvres magistrales dont on ne saurait exagérer la valeur : MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol. 1906 et 1909 (compte rendu par M. NAST, *Annales de droit commercial*, 1910, p. 89) et SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910 (compte rendu par M. CRÉMIEUX, *Mêmes Annales*, 1910, p. 296).

Ils cherchent en se groupant à réduire la perte que la faillite cause à chacun d'eux, et non pas à s'enrichir. — Soit à une association syndicale que des propriétaires d'une même région forment pour l'exécution de travaux agricoles dans les termes de la loi du 21 juin 1865. — Soit enfin une société de secours mutuels (nous réserverons la question pour les sociétés coopératives de consommation). Aucune de ces formes de groupement ne constitue, à proprement parler, une société.

En effet, d'après l'art. 1832 C. civ., « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Au contraire, l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices (art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901). Les deux définitions se correspondent et se complètent. Il ne peut y avoir société sans mise en commun d'apports « en vue de partager les bénéfices pouvant en résulter ».

226 bis. — Mais que doit-on entendre au juste par ces mots ? On les interprète souvent de la façon la plus stricte et l'on déclare qu'une société ne peut se constituer qu'en vue d'un *partage de profits pécuniaires*, c'est-à-dire d'une *distribution d'argent*. Cette opinion est trop étroite et du reste en désaccord avec la dernière jurisprudence. Des arrêts les plus récents paraît bien se dégager cette idée, économiquement exacte et conforme à la tradition (PLANIOL, II, n° 1990) (1), que le bénéfice caractéristique de la société n'est pas nécessairement formé par une somme d'argent, par des espèces à partager, et l'on a même voulu en tirer le principe que le bénéfice « peut résulter de tout avantage économique, de *tout profit patrimonial*, au sens le plus large, *à la seule condition que ce profit ait un caractère positif* et ne consiste pas uniquement en une garantie contre une perte éventuelle » (E. GAUDEMET, note sous Req., 25 avril 1910, S. 1913, 1, 482, col. 3). Comp. : Req., 15 avril 1902, S. 1903, 1, 289, note WAHL en sens contraire (groupement de certains actionnaires et porteurs de parts dans une société commerciale en vue de surveiller les opérations de cette société et d'exercer toutes actions utiles) ; Req., 25 avril 1910 (groupement des abonnés à l'éclairage électrique d'une ville en vue de défendre leurs intérêts contre le concessionnaire de l'éclairage, de régulariser et d'améliorer les prestations par lui dues), S. *loc. cit.*, et D. 1911, 1, 473, note NAST.

On comprendrait même que l'on étendit davantage encore la notion de bénéfices, qu'on y fit rentrer tout avantage patrimonial quelconque, fût-il négatif et dût-il résulter seulement d'une garantie contre les pertes éventuelles (v. en ce sens. E. GAUDEMET, *loc. cit.*). La jurisprudence cependant se refuse à aller aussi loin et aujourd'hui encore elle

(1) D'après cet auteur, la société peut avoir pour objet non seulement un bénéfice en argent, mais un profit quelconque et, par exemple, le simple usage des choses consistant à retirer en commun et en nature l'utilité qu'elles peuvent donner (*Traité élémentaire de droit civil*, II, n° 1990).

tient que l'expression « bénéfiques » ne doit s'entendre que d'un gain (non plus nécessairement, il est vrai, pécuniaire, mais du moins matériel, c'est-à-dire procuré en nature) d'un gain en tout cas « qui ajoute à la fortune des associés » (Civ. cass., 4 août 1909, D. 1910, 1, 153 ; Cass., chambres réunies, 11 mars 1914, D. 1914, 1, 259) (1) (2).

227. — **Tableau comparatif.** — L'association et la société se prêtent à un tableau comparatif que nous allons entreprendre.

228. — 1° Jusqu'au début du xx^e siècle, l'association était interdite, sauf quelques exceptions (sociétés d'enseignement supérieur, L. 12 juillet 1875, art. 10 ; syndicats professionnels, L. 21 mars 1884).

Pour qu'elle pût légalement opérer, il lui fallait une autorisation préfectorale. Cela même ne lui donnait pas la personnalité civile, mais créait à son profit un régime de pure tolérance. Elle ne pouvait avoir de biens. Les engagements que prenaient ses administrateurs étaient dettes personnelles à ceux qui les contractaient et atteignaient tous leurs biens.

La personnalité était subordonnée à la condition plus rigoureuse : la délivrance d'un décret reconnaissant l'association comme établissement d'utilité publique (3).

Composée de plus de vingt personnes, l'association non autorisée, se proposant « de réunir les adhérents à certains jours pour s'occuper d'objet religieux, littéraires, politiques ou autres », tombait sous le coup des art. 291 et 292 C. pén. Les chefs et directeurs encouraient une amende en police correctionnelle.

L'association, si en faveur au moyen âge, alors qu'il était pourvu par elle à la majorité des fonctions sociales, était considérée comme portant ombrage à l'Etat moderne. Prétendant, en vertu de la centralisation de ses pouvoirs, se réserver les services d'intérêt général, l'Etat n'admettait que très exceptionnellement des associations à poursuivre le même but que lui.

Tout à l'opposé de l'association, la société était libre, en matière civile et commerciale, sous toutes les formes et dans presque toutes les branches. La restriction apportée à la fondation des sociétés anonymes avait disparu depuis 1867.

(1) D'après ces arrêts, une société coopérative à capital variable, dite « caisse rurale », qui a pour seul but de procurer à ses adhérents, à un taux aussi réduit que possible, le crédit nécessaire à leurs exploitations, et non la réalisation et le partage de bénéfices, n'a pas le caractère d'une société. Par suite, le droit d'enregistrement à percevoir sur l'acte de formation de cette « caisse » est, non pas le droit d'apport (alors de 0 fr. 25 p. 100) mais le droit fixe (alors de 3 fr. 75).

(2) Sur le point de savoir si les groupements, ayant pour objet la construction et l'attribution privative d'appartements faisant partie d'un même immeuble, constituent des « sociétés », v. EYGOUR, *Annales de droit commercial*, 1924, p. 85.

(3) A l'égard des sociétés de secours mutuels, il y avait une classification différente, permettant de les répartir en : 1° sociétés libres, assujetties seulement au dépôt de leurs statuts à la sous-préfecture ; 2° sociétés approuvées par arrêt ministériel, sans refus possible de cette approbation en cas de conformité de leurs statuts aux lois ; 3° sociétés reconnues d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'Etat (L. 1^{er} avril 1898). Cette classification, toujours en vigueur, a été respectée par la loi du 15 août 1923, modifiant celle du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

C'est que la société cherche seulement à enrichir ses membres. Elle n'empiète pas sur les pouvoirs publics. Elle crée même un dérivatif à la discussion des intérêts généraux, en tournant la préoccupation de ses adhérents vers la richesse.

229. — Cette différence de régime n'existe plus aujourd'hui. La loi du 1^{er} juillet 1901, proposée par le Gouvernement sous le ministère WALDECK-ROUSSEAU (1), a proclamé le principe de la liberté des associations de personnes (art. 2), à l'exception de celles qui seraient fondées en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement (art. 3). Les art. 291 et 292 C. pén. sont abrogés (art. 21).

Ont été tenues en dehors de ce régime de liberté les *congrégations religieuses* (titre III de la loi). Aucune d'entre elles ne pourra se former sans une autorisation donnée par une loi (art. 13). Ce régime d'exception a été aggravé par le fait du rejet en bloc, dans la session de 1903, de toutes les demandes d'autorisation que les congrégations avaient formées. En 1929, une loi a autorisé certaines congrégations de missionnaires pour l'étranger.

230. — 2^o Si l'association est devenue libre aujourd'hui, comme l'était déjà la société avant 1901, la personnalité morale n'est pas soumise pour l'une et pour l'autre aux mêmes conditions, et elle n'a pas non plus la même portée.

La société commerciale (et aussi la société civile, d'après la jurisprudence) dispose de la personnalité la plus large et peut posséder des immeubles indéfiniment, pourvu qu'elle se soit constituée conformément à la loi.

L'association n'a en principe aucune personnalité. Seulement, au-dessus de l'association ordinaire, peuvent se constituer deux autres types : les *associations publiées* et les *associations reconnues*. 1^o L'association publiée est celle qui aura fait une déclaration à la préfecture avec dépôt de ses statuts et déclaration de son titre, de son objet, de son siège et les noms de ses administrateurs. Elle dispose de la *petite personnalité*, elle peut ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer les cotisations de ses membres ou le produit du rachat desdites cotisations pourvu qu'il ne dépasse pas 500 fr., avoir le local destiné à ses réunions et les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement de son but (art. 5 et 6) ; 2^o L'association reconnue est celle en faveur de laquelle a été rendu un décret en Conseil d'Etat. Elle peut faire tous les actes de la vie civile, recevoir à titre gratuit, mais sans être admise à acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elle se propose (art. 10 et 11).

(1) TROUILLOT et CHAPSAL, *Du contrat d'association*, 1902 ; FICHON, *Caractères distinctifs des associations soumises à la loi de 1901*, th. 1905 ; HAYEM, *Domaine respectif de l'association et de la société*, th. 1907 ; E. CLUNET, *Les associations au point de vue historique et juridique*, t. I, 1909 ; MARGAT, *De la condition juridique des associations non déclarées*.

La loi annule tous les actes qui, par voie directe ou indirecte, auraient pour objet de permettre aux associations de se soustraire à ses dispositions (art. 17) : ce qui revient à interdire notamment à une association sans but lucratif de se constituer sous les dehors d'une société, afin d'acquiescer par là la pleine personnalité, à laquelle elle doit demeurer inhabile.

231. — 3° Les règles qui président à la liquidation et à l'affectation de l'actif ne sont pas non plus les mêmes pour la société et pour l'association.

Après dissolution d'une société, il y a lieu au partage du fonds social, au prorata des droits de chaque associé. Malgré la fiction de personnalité, le capital était la copropriété des membres.

Lorsqu'une association est dissoute volontairement ou judiciairement, les biens seront dévolus conformément aux statuts, et subsidiairement suivant les règles déterminées en assemblée générale (L. 1^{er} juillet 1901, art. 9). Le plus habituellement, on décidera que l'actif devra être attribué à une autre association poursuivant le même but.

Faute par les statuts de s'expliquer et par les associés de s'entendre, on a prétendu que les biens étaient dévolus à l'Etat comme vacants et sans maître (art. 713 C. civ.). Question discutée surtout pour les biens des congrégations religieuses et qui, à raison de l'amendement LHOPI-TEAU, a été réservée par les Chambres. — Mais ce point de vue manque d'exactitude : les biens qui avaient été donnés à l'association et qui se retrouvent en nature seront répétés par le donateur en vertu d'une condictio sine causa ; les biens apportés par les adhérents seront l'objet d'une reprise semblable ; le reste de l'actif, qui est le fruit du travail des sociétaires, tombe à l'état passif de biens communs et se répartira entre eux.

4° Enfin, le régime fiscal n'est pas le même pour la société et pour l'association. Notamment, tandis que les sociétés doivent, au moment de leur constitution, acquitter un droit proportionnel de 3 0/0 (L. 13 juillet 1925) sur le montant des apports, les actes de formation d'association, au contraire, sont considérés comme des actes innommés et soumis seulement, lors de leur enregistrement, au droit fixe (1) (Sol. 27 mai 1874, *Journ. Enreg.*, n° 19447 ; Cass., ch. réun., 11 mars 1914, précité. — *Contra* : WAHL, *Traité de droit fiscal*, t. I, n° 549).

232. — **Caractères de la société.** — Ne nous arrêtons pas plus longtemps à la notion de l'association. Insistons sur les éléments principaux que présente la société.

La société, dit l'art. 1832 C. civ., est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

(1) Certaines associations ou sociétés (sociétés de secours mutuels, sociétés d'habitations à bon marché...) bénéficient du reste, au point de vue fiscal, d'immunités particulières.

De cette définition, la doctrine a dégagé trois caractères fondamentaux que toute société doit réunir, ce sont :

a) La constitution d'un capital, au moyen d'apports respectivement faits par chaque associé ; — b) Une vocation simultanée de tous les membres aux bénéfices et aux pertes ; — c) Un lien de collaboration active entre les associés.

Il ne sera question que brièvement, pour le moment, des deux premiers de ces caractères.

233. — Apports. — Premier caractère. — Il faut une *mise d'apports en commun* : chacun des associés doit, de son côté, constituer une mise susceptible d'évaluation pécuniaire.

X Cette mise, ou apport, peut consister en *argent*, en *autres biens corporels* ou *incorporels* (usine, brevet, procédé de fabrication, clientèle), et même en *industrie*, c'est-à-dire dans le travail que l'adhérent s'engage à fournir à la société (art. 1833, al. 2).

Les apports forment une masse collective, qui est le *capital* destiné à l'exploitation commune.

234. — Apports en propriété et en jouissance. — Au surplus, l'apport peut affecter l'une de ces deux formes :

1° Il est fait en propriété. — L'associé se dessaisit entièrement de ses droits sur la valeur qu'il met dans le capital social. La société peut disposer de cet apport. Son ancien propriétaire a perdu le droit de l'aliéner séparément.

Le bien passe aux risques de la société ; la société, quoique venant à le perdre, continuera son cours, et elle devra maintenir à l'associé, de qui provenait cette mise, sa quote-part convenue dans les bénéfices et dans le fonds social (art. 1867, al. 3).

Après dissolution, l'objet de cet apport, confondu avec les autres biens, sera partagé entre tous à proportion des droits de chacun. Il ne donnera pas matière à prélèvement au profit de l'associé qui l'a fourni.

C'est une situation comparable à une *vente* ; l'associé est un vendeur, la société lui achète sa mise ; la perte de la chose vendue, après qu'elle a été livrée, ne libère point l'acheteur du prix convenu.

2° L'apport peut n'être fait qu'en usufruit ou en jouissance. — Un associé met un immeuble en société quant à la jouissance. Il retient alors la nue propriété. La société ne peut aliéner le bien, elle en jouit seulement : une fois la société dissoute, le bien retournera avant partage à l'associé de qui il provient.

Les risques sont pour l'apporteur. Si la chose périt au cours de la société, il n'y a plus lieu de continuer à l'apporteur les avantages que le contrat lui assurait (art. 1851, al. 1). La société se trouve affectée dans sa base, elle est dissoute par anticipation (art. 1867, al. 2).

Cette situation se rapproche de celle d'un *louage* ; la société a pris le bien à bail, elle en est preneur. La destruction de la chose met fin pour l'avenir aux droits qu'a le bailleur à un loyer.

Ainsi en est-il, si ce bien n'est pas de nature à se consommer par l'usage. Autrement, et quand il s'agit d'argent par exemple, la société

recueille bien la propriété, à charge de rendre quantité égale après sa dissolution. Les principes du *quasi-usufruit* le veulent aussi.

Ce que présentera de particulier cette hypothèse, par comparaison avec un apport en jouissance ordinaire, c'est : — 1° que la société pourra *disposer* de l'apport, ainsi que dans le cas d'apport de propriété ; — 2° que la faculté de reprise après dissolution s'exerce à titre de créance et porte non sur l'apport en nature, mais sur une valeur égale ; — et 3° que les *risques* sont *à la société* : la perte de la chose, après livraison ou versement, laissera durer la société jusqu'au délai statutaire, ainsi que la quotité de bénéfices promise à l'apporteur, tout comme si la perte ne s'était point produite (art. 1851, al. 2).

Les mêmes règles du quasi-usufruit sont applicables à un apport de corps certain en jouissance, lorsqu'il est accompagné d'une estimation portée dans un inventaire : l'estimation vaudra vente, et le prélèvement s'exercera avant partage pour le montant de cette estimation (art. 1851, al. 3).

235. — En résumé, il est nécessaire que toute société ait un capital formant masse commune et composé d'apports, soit en propriété, soit en jouissance, provenant de chaque membre. On verra qu'il existe dans le commerce des combinaisons à profits communs (associations en participation), mais exemptes d'une mise en masse des apports, exemptes même de la nécessité d'un apport de chaque sociétaire. On peut dire immédiatement que ce ne sont pas des sociétés proprement dites.

236. — **Risques.** — *Deuxième caractère.* — Chaque associé doit courir les *chances sociales*, bonnes et mauvaises. Il faut une *participation de tous aux bénéfices* et une *contribution de tous aux pertes*.

Il n'y a pas de vocation possible au gain, si l'on ne s'expose pas en même temps au *risque* de perdre. Une société qui contrevient à cette condition est dite *léonine* : l'art. 1855 prohibe la clause qui donnerait à un membre vocation au bénéfice sans le faire contribuer à la perte, ou inversement.

Gain et perte sont chose connexe. Il est interdit à un associé de stipuler que, en cas de perte du capital, son apport lui sera restitué franc de toutes dettes. Il lui est interdit de concourir à la perte, s'il ne s'assure aucune part dans le bénéfice.

On verra plus loin que le *risque de perte* peut être limité. La chance de gain peut l'être aussi, en ce sens que certaines sociétés conviennent que les bénéfices ne seront attribués aux membres que jusqu'à concurrence d'un maximum, de 5 0/0 par exemple, sur le montant de la mise, l'excédent devant être appliqué à une œuvre d'intérêt général, à l'extension des écoles que la société exploite. Ce ne serait pas un empiètement illicite de la société sur le terrain de l'association.

237. — Mais, en outre, il faut que ce profit ou que cette perte soit *simultané*, et se produise pour tous les sociétaires en même temps. Il ne suffirait pas qu'il s'exerçât de *manière alternative*. Autrement, il n'y aurait plus *partage* de bénéfice (arg. art. 1832 *in fine*). Ici reparaît

cette conception de la société, trop étroite en législation, et à laquelle il a déjà été fait allusion.

Les *sociétés mutuelles* de secours ou d'assurance ne sont donc pas, à parler rigoureusement, des sociétés. D'abord elles s'abstiennent de mettre un capital en valeur, ce qui exclut l'acquisition de bénéfices. Puis, quand même elles le feraient (et en réalité les sociétés d'assurance mutuelle ont des réserves productives de bénéfices), ces bénéfices ne seraient point partagés. L'associé qui subit un sinistre trouve dans les intérêts du fonds de réserve, le moyen de s'indemniser : les fonds qui proviennent des uns servent à dédommager les autres.

On est tenté de faire une remarque semblable pour les sociétés *coopératives de consommation ou de crédit*. Les bénéfices ne méritent ce nom qu'en apparence. Ils constituent des bonis de restitution, un excédent remboursé sur le prix d'abord versé. L'avantage, que chaque sociétaire trouve à avoir acheté ses provisions ou contracté son emprunt moins cher que s'il s'était adressé à une maison différente, n'est pas acquis « simultanément » par tous. Nous verrons plus tard si ce point de vue est juste.

Quoi qu'il en soit de cette seconde application, il ne faut pas s'exagérer la résistance du droit de la société à s'étendre aux sociétés mutuelles ou coopératives. — Car : 1^o elles sont reconnues par des lois spéciales, qui leur donnent la qualification de « sociétés » (notamment, l. 24 juillet 1867, titre III, et art. 66 régl. du 22 janvier 1868 : l. 1^{er} avril 1898) ; — 2^o pour régler l'administration de ces sociétés et les dispositions auxquelles elles sont soumises en cas de silence des textes qui les concernent, on suivra, par analogie, le droit des sociétés proprement dites.

238. — Collaboration. — Troisième caractère. — La société est inspirée par une *volonté de collaboration active* : c'est un trait plutôt économique que juridique. Elle est envisagée par ses fondateurs comme un « agent créateur de richesse ». Chacun se dit que, par l'union, il arrivera à faire rapporter davantage à ses biens ou à son travail, qu'en demeurant dans l'isolement. Ces biens et ces forces réunis ensemble augmenteront de rendement, suivant une progression non arithmétique ou simple, mais géométrique.

Dans cette collaboration, on trouve : — l'estime mutuelle des membres, qui se considèrent comme des égaux (c'est ce qu'on appelle l'*affectio societatis*, — ainsi que (dans les sociétés de personnes, tout au moins), une confiance réciproque très particulière, basée sur les qualités que chacun des associés a vérifiées chez les autres, et qui fait attacher plus d'importance qu'ailleurs au maintien individuel dans le groupe de celui qu'on a choisi (c'est ce qu'on désigne sous le nom d'*intuitus personæ*).

239. — Rapprochement avec l'indivision. — Par ce caractère, la société se sépare de la simple *indivision* ou *communauté*. Deux associés ne se trouvent pas dans la même situation que deux frères ou deux cousins appelés à recueillir ensemble une succession.

Au dire de POTHIER, la société dérive d'un contrat, tandis que l'indi-

vision résulterait d'un quasi-contrat. Ce n'est pas toujours exact, la simple indivision pouvant avoir sa base dans un contrat (Ex. : un propriétaire vend, par besoin d'argent, la moitié de son domaine et se trouve ainsi en copropriété avec son acheteur). D'autre part, si la société n'existe pas sans un contrat, ce contrat peut n'être que tacite (Ex. : deux cohéritiers se trouvent bien du régime d'indivision, et poursuivent l'exploitation, comme le feraient deux associés).

La véritable différence tient au mobile qui agit sur les intéressés.

La société est un *état cherché*, à raison de sa supériorité productive. L'indivision ordinaire est un *état subi*, tenant au concours accidentel de plusieurs sur une même chose : où les pouvoirs de l'un sont refoulés par ceux des autres communistes ; où l'on se maintient par inertie, parce qu'on n'a pas la force de volonté ou le moyen légal d'en sortir. La loi voit la société avec faveur, l'indivision avec prévention et défiance. En effet :

a) L'indivision est un régime *précaire*. Nul n'est tenu d'y demeurer. Chacun peut demander le *partage* à tout moment, à moins d'une convention de prorogation, qui ne saurait d'ailleurs dépasser cinq années (art. 815 C. civ., modifié, pour les habitations à bon marché, par la loi du 30 novembre 1894).

La société, au contraire, peut être contractée pour une *durée* supérieure à cinq ans et même sans aucune limite de temps. Le délai assigné à son existence doit être respecté par chaque associé, sous cette double réserve : — que, même dans une société à durée déterminée, un associé peut demander au tribunal la dissolution s'il existe de justes motifs (art. 1871 C. civ.). — et que, dans une société à durée illimitée, un associé peut, sans produire de motif, notifier aux autres sa volonté que la société soit dissoute, pourvu qu'il ne le fasse pas de mauvaise foi et à contre-temps (art. 1869 et 1870).

b) Dans l'état d'indivision, qu'engendre par exemple une acceptation de succession, la loi n'organise pas un régime de *délibérations* en commun, avec nécessité pour les membres de la minorité de s'incliner devant la volonté générale. Une mesure d'exploitation du bien commun, mode de culture, mise à bail, etc., doit être décidée à l'unanimité. L'opposition d'un seul entrave l'opération projetée. C'est le *liberum veto* (pour la copropriété des navires, en matière maritime, il en va autrement, art. 220 C. com. ; mais aussi cette copropriété est-elle considérée par la jurisprudence comme une véritable société).

Dans les sociétés, au contraire, sauf controverse, mais certainement s'il s'agit de sociétés par actions, les mesures intéressant l'entreprise peuvent être décidées à la majorité : la quotité de cette majorité n'est du reste, pas la même pour toutes les délibérations, on le verra lorsque viendra le moment d'étudier ces questions.

c) La *part sociale*, dans tout un ensemble de sociétés, est *incessible*. En outre, elle ne se transmet pas aux héritiers, ce qui, à la mort d'un associé, détermine la dissolution. C'est la conséquence de l'*intuitus personæ*. Ces règles cessent d'être vraies, d'ailleurs, pour les parts dénommées *actions*.

L'indivision ne connaît point cette disposition. Après la mort d'un communiste, l'état passif se continue avec ses propres héritiers ; — et

la part indivise peut se céder, sans le concours des autres, sauf certaines institutions (retrait successoral, partage déclaratif) faisant échec à l'efficacité de ces cessions.

§ 2. — Des sociétés commerciales opposées à la société civile.

240. — Il y a des *sociétés civiles* (1), assez rares, et des *sociétés de commerce*, extrêmement nombreuses. Une société civile est gouvernée par le droit civil, elle n'encourt point la faillite, elle est justiciable pour ses engagements du tribunal civil. Pendant longtemps même, ses engagements n'ont pas été considérés comme les dettes d'une société, mais comme des dettes conjointes de codébiteurs, qui s'obligeraient simultanément.

Les sociétés commerciales sont soumises au droit commercial (compétence judiciaire, faillite, etc.). Elles constituent indubitablement des personnes juridiques, elles affectent des formes variées (nom collectif, commandite, anonyme), elles placent les associés sous un régime de responsabilité, qui diffère suivant la forme adoptée.

241. — **Signe distinctif.** — On penchait à croire autrefois que le signe distinctif devait être recherché dans la *forme* prise. Une société se constituait-elle sous les dehors d'une commandite, d'une société anonyme, etc. ? Sans se préoccuper de la *nature des actes* auxquels elle se consacrait, et quand même ces actes seraient des opérations civiles (achat et vente d'immeubles, agriculture), la forme de l'entreprise faisait d'elle une société commerciale.

On a dû revenir de cette appréciation. Il en est d'une société comme d'un individu. Ses dehors n'ont pas d'action sur sa nature juridique. Si le commerçant est celui qui exerce professionnellement des actes de commerce, sans égard aux apparences (art. 1^{er} C. com.), il y a parité de situation pour les sociétés. La société de commerce est celle qui poursuit des opérations commerciales dans des conditions semblables. Toute autre société est civile. — C'est donc d'après l'objet des actes que se détermine la nature d'une société.

242. — Il est vrai que, en matière civile, les fondateurs préfèrent souvent monter leur entreprise d'après un type commercial, comme l'est la société en commandite, au lieu de s'en tenir au modèle de la société civile.

Cet emprunt des formes commerciales peut engendrer certains résultats, qu'il y aura lieu d'examiner plus tard. Mais, même vêtue à la mode du commerce, la société ne devient pas en principe commerciale, et elle échappe à la *compétence des tribunaux de commerce*, ainsi qu'à la *faillite*, du moment que la nature de ses opérations a fait d'elle une société civile.

(1) V. H. RIBADEAU-DUMAS, *Législation et jurisprudence concernant les sociétés civiles*, 1912 ; H. HAYEM, *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, 1912.

243. — Deux exceptions notables doivent être apportées aujourd'hui à ce principe. La loi du 1^{er} août 1893, en ajoutant un nouvel art. 68 à la loi du 24 juillet 1867, déclare que, désormais, toutes nouvelles sociétés qui se constitueront en *la forme de sociétés par actions*, « quel que soit l'objet de leurs opérations », seront considérées comme des *sociétés de commerce*. Ainsi, toutes les sociétés en commandite par actions ou anonymes créées depuis la promulgation de cette loi sont soumises au régime du commerce, sans qu'on doive se demander si leurs actes figurent ou non dans l'énumération des art. 632 et 633 (v. plus haut n° 13). — La loi de 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée consacre la même solution : toute société qui se constitue sous cette forme est commerciale alors même qu'elle a un objet civil.

244. — L'économie des sociétés commerciales diffère profondément de la société civile. En les rapprochant de cette dernière, on aperçoit la volonté qu'a eue le législateur de renforcer leur crédit, en attirant à elles : 1° les *associés* qui apportent le capital ; 2° les *créanciers* ou fournisseurs qui assurent à la société les moyens de poursuivre son exploitation. Appliquons-nous à une comparaison.

245. — **Société civile.** — La société civile (art. 1832 à 1873 C. civ.) ne fut pas, pendant longtemps, un être autonome se détachant des associés, et assumant d'une manière continue une responsabilité d'ores et déjà fixée. Elle n'avait pas davantage un corps de biens soumis à un autre traitement que le traitement des biens personnels d'associés.

Le capital, il est vrai, est composé de biens indivis, et chacun des membres doit en respecter l'affectation. Mais la société civile n'a ni vie propre, ni manifestation au regard des tiers. *Elle ne s'extériorise pas*. Elle forme un simple *contrat*, donnant lieu à des rapports de comptes entre ceux qui l'ont conclue (action *pro socio*). Aux yeux du public, elle n'existe point. Le passif contracté par les associés, tantôt par celui-ci, tantôt par celui-là, manque d'homogénéité.

L'administrateur passe-t-il des marchés : chacun de ces marchés sera examiné en lui-même et selon sa teneur, afin de savoir sur qui se fixe la dette et quel est le gage qui en répondra.

a) Ou bien l'administrateur a agi *en son nom exclusif*, sans mettre en scène ses coassociés, sans se prévaloir d'un mandat. Seul, il sera débiteur sur tous ses biens, sauf à se retourner en garantie, en contribution contre les autres.

b) Ou bien l'administrateur s'engage à la fois *en son nom et au nom de ses coassociés*, ce qui aura lieu lorsqu'il personnifiera la société dans son langage. Les associés seront alors tenus selon leur part virile. S'ils sont six, le créancier sera fondé à exiger le sixième de chacun d'eux, sans avoir à se demander s'il y a une société entre eux, et à plus forte raison sans avoir à prendre un contrat de société pour fondement de ses poursuites (art. 1863 C. civ.). Car il tient du marché qu'il a conclu sa faculté d'exécution, et le droit commun lui procure en matière civile, à raison de ce marché, le pouvoir d'exercer une *créance conjointe et divisée*.

Le seul point par où l'acte de société intéresse le créancier, c'est la

clause qui délimite le pouvoir pour l'administrateur d'obliger ses coassociés. Car il est clair que, si l'administrateur était sorti de ses attributions, il aurait excédé son mandat. L'opération ne pourrait plus alors être opposée par le créancier à des personnes qui, par hypothèse, n'auraient pas donné procuration de les obliger de cette manière. A tous autres égards, la société n'existe point.

Même lorsqu'il agit sur l'ensemble des mises, sur le capital social, le créancier doit mettre en cause tous les associés. Il pratique ses poursuites sur des valeurs appartenant à tous ses débiteurs réunis. Il doit n'en omettre aucun dans ses exploits de procédure.

Telle était la physionomie de la société romaine, on pouvait croire que le Code civil l'avait reproduite. Mais il s'est créé dans la jurisprudence un nouveau courant, de date récente, qui sera étudié ci-dessous.

246. — Il y avait à ce fonctionnement de la société civile une double infériorité :

1° Le créancier était obligé de *diviser* ses poursuites ; il ne pouvait obtenir de chacun de ses débiteurs qu'une fraction de sa créance, il courait les risques d'insolvabilité d'un ou de plusieurs d'entre eux ;

2° Chaque associé était tenu du passif social *intégralement* sur tous ses biens. Sans doute il ne devait qu'une fraction virile de ce passif, celle qu'exprimait leur nombre à tous, un tiers, un quart, etc. Mais dans cette limite, il était tenu *in infinitum*, nonobstant toute clause de l'acte social restreignant sa responsabilité à une somme déterminée. Cette clause, valable *inter socios*, restait inopposable aux tiers qui n'avaient pas à la connaître (art. 1863 C. civ.).

Même après l'apport versé, l'associé demeurait tenu du complément du passif non couvert par le capital. Ce pouvait être pour lui une menace de ruine.

Toutes ces déductions étaient admises naguère encore par la jurisprudence ; nous dirons comment elles ont fait place à une autre conception.

247. — **Société commerciale.** — C'est en vue d'éviter ces inconvénients que les sociétés commerciales ont été instituées. Elles le sont suivant un tout autre plan, et, disons-le, suivant un plan bien perfectionné.

248. — 1° Elles constituent des *organismes* ouverts sur le public, ou, pour autrement parler, des personnes morales. Elles ont un patrimoine à elles, sur lequel elles s'engagent par l'intermédiaire de leurs administrateurs ou gérants. Cela procure aux créanciers le moyen de se payer sans fractionnement.

Les dispositions insérées dans l'acte de constitution ou dans les statuts forment la charte d'existence de la société, même au regard des étrangers. Les limitations de responsabilité des membres deviennent ainsi, tout comme les pouvoirs des gérants, opposables aux tiers.

Mais, précisément parce qu'il en est ainsi, la société doit publier l'acte par lequel elle se forme. Si elle ne le fait pas, les tiers sont fondés à repousser l'application des clauses qui leur sont préjudiciables. Ils peuvent refuser alors à la société cette *existence externe* dont elle pré-

tendait se prévaloir et qui était subordonnée à une publicité, négligée par hypothèse.

249. — 2° Les sociétés commerciales se constituent d'après des modèles différents (il y en a cinq), que le Code ou la loi de 1925 proposent à l'option des intéressés.

Chacun de ces modèles est élaboré par la loi, de toutes pièces, avec des règles fondamentales qu'il faut adopter, si c'est de ce modèle qu'on a fait choix. A chacun de ces modèles aussi la loi donne un nom, une étiquette : *société en nom collectif*, *société en commandite simple*, *société en commandite par actions*, *société anonyme*, *société à responsabilité limitée*.

Ce nom a, par lui seul, la vertu d'instruire instantanément le public, non sans doute du chiffre des garanties fournies, mais de leur nature ainsi que la mesure suivant laquelle les associés engageaient leur responsabilité.

250. — 3° On a vu déjà que les créanciers pouvaient s'attaquer indivisément au capital social qui est le patrimoine de la société, leur débitrice. Mais à ce capital ne se réduit pas nécessairement leur gage. Il y a des sociétés, dites en *nom collectif*, dans lesquelles les créanciers ont, en outre, le droit de poursuivre chaque associé sur sa fortune propre, *indéfiniment et solidairement*. Le régime de la société civile, où prévaut l'obligation « conjointe » et fractionnée, est remplacée par l'obligation « solidaire ». Les créanciers s'adresseront au plus solvable des associés et lui réclameront le tout. Par là, le crédit de la société est singulièrement fortifié.

251. — 4° En revanche, cette responsabilité personnelle et sans limite au delà de l'apport eût été pesante, si l'on en avait fait une règle invariable. La généralité d'une pareille disposition aurait empêché les capitaux timides ou réservés de se placer en parts sociales.

La loi a donc imaginé, à l'opposé de la société en nom collectif, des sociétés où la part sociale s'appelle *commandite* ou *action*. Là, l'associé *limite sa responsabilité* à sa mise : l'apport étant versé, il n'a plus à craindre pour le complément de son avoir ; il l'a préservé contre les risques de l'exploitation.

Ainsi, dans la société en nom collectif le fardeau du passif est plus lourd pour l'associé que dans la société civile. Mais c'est le contraire qui a lieu dans la commandite, dans la société anonyme et dans la société à responsabilité limitée : l'associé n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise. Au delà de la mise il n'est plus responsable.

252. — 5° Les sociétés commerciales obéissent bien, en principe, comme la société civile, à l'*intuitus personæ* qui a pour résultat de rendre la part sociale incessible et d'emporter dissolution par la mort de l'associé. Toutefois, on rencontre à ce principe une importante dérogation.

Cette dérogation a lieu à l'égard des *sociétés par actions*. Elles n'auraient pu ni couvrir leur capital, ni risquer des affaires à longue échéance : 1° si la durée de l'entreprise avait été liée à la vie d'un action-

naire ; 2° si l'actionnaire avait dû, sa vie durant, rester prisonnier de son titre.

En conséquence, l'*action* devient une part sociale *transmissible aux héritiers*, cessible entre vifs, *négociable* ; la société continuera d'une génération à l'autre, avec un personnel de membres incessamment renouvelé.

Mais aussi ce caractère de valeur marchande, donné à l'action, devait déterminer des abus. On amorcera les souscripteurs en faisant miroiter la hausse, les fondateurs vont faire des dupes et lancer des affaires sans consistance. Il fallait garantir le public contre les pièges.

Dans ce but, la loi, qui d'ailleurs, selon les époques, a cherché à ce danger des remèdes divers, soumet les sociétés par actions à une *réglementation rigoureuse*. Elle les oblige à se conformer à des dispositions sévères, tant pour se constituer que pour fonctionner. Cette réglementation n'a pris un caractère uniforme en France qu'à partir de 1867 ; elle représente aujourd'hui le côté le plus délicat, le plus minutieux surtout, de l'étude des sociétés.

253. — Tels sont les points les plus frappants qu'ont peut dégager d'une comparaison entre la société civile et les sociétés de commerce : ils valaient la peine d'être mis en lumière avant toute analyse du sujet.

Personnalité morale avec le corollaire de la publicité (du moins si l'on se place avant la jurisprudence relativement récente, qui cesse de faire de cette personnalité une exception propre au droit commercial), — variété de types, portés à cinq par la loi, — solidarité dans certaines sociétés, — limitation de responsabilité à la mise dans certaines autres, — réglementation des sociétés par actions : — c'est par ces différents caractères que les sociétés commerciales se détachent de la silhouette, assez banale, que présente la société civile.

§ 3. — Tableau sommaire des différentes sortes de sociétés commerciales, avec leur origine respective.

254. — **Sociétés de personnes et sociétés de capitaux.** — D'après l'art. 19 C. com., il y aurait trois espèces de sociétés commerciales : la *société en nom collectif*, la *société en commandite* et la *société anonyme*. En réalité, il y en a cinq : la commandite se dédouble et constitue tantôt une commandite simple, tantôt une commandite par actions ; et enfin, depuis 1925, un nouveau type de société est apparu dans notre droit : la *société à responsabilité limitée*.

Ces sociétés se ramènent à deux grandes catégories et veulent être classées deux par deux. Il existe en effet : — 1° des *sociétés de personnes* ou *sociétés par intérêt* : la société en nom collectif et la société en commandite simple appartiennent à cette première catégorie ; — et 2° des *sociétés de capitaux* ou *sociétés par actions*, catégorie qui comprend la société en commandite par actions et la société anonyme : — la *société à responsabilité limitée* ne rentre dans aucune de ces deux catégories et participe à la fois de l'une et de l'autre (1).

(1) Si l'on compare aux législations étrangères ce tableau sommaire des types essen-

255. — I. **Sociétés de personnes.** — Dans les *sociétés de personnes*, la part sociale est dénommée *intérêt*. L'intérêt n'est transmissible, ni par acte entre vifs, ni par décès. Il y a lieu à dissolution, lorsqu'un associé vient à mourir. *L'intuitus personæ* est absolument respecté.

D'ailleurs, la responsabilité encourue n'est pas de même étendue pour tout associé dont la part consiste en un intérêt : la part d'associé en nom collectif emporte, à la charge de celui qui en est titulaire, une garantie illimitée du passif social ; mais cette garantie n'existe point pour la part dite *commandite*.

256. — A. **La société en nom collectif.** — La *société en nom collectif* est une *société entre deux ou plusieurs personnes, dont tous les membres répondent personnellement et solidairement de tout le passif social, et qui est désignée au moyen d'une raison sociale se composant des noms de tous les associés ou de quelques-uns d'entre eux seulement.* +^o

Ainsi, — *responsabilité solidaire* de chaque adhérent, — *raison sociale* sous laquelle les engagements de la société sont contractés, et comprenant certains noms d'associés ou tous leurs noms : — tels sont les caractères distinctifs de cette société.

257. — Elle existe en germe dans la société romaine. Mais, pour devenir société en nom collectif, la société romaine a dû subir une importante transformation. La division des dettes entre les associés a été remplacée par la solidarité.

Là n'a pas été encore le principal perfectionnement. La société, de simple rapport de comptes qu'elle était primitivement, devait devenir une société publique et autonome. Ce fut l'œuvre du moyen âge, qui fit prévaloir la forme corporative dans les sociétés privées, comme ailleurs.

Dans les villes d'Italie, l'administrateur de la société prit l'habitude de déposer au siège du consulat sa signature avec celle de ses associés (raison sociale). Il révélait ainsi au public le groupement qui s'était formé entre eux tous, un capital séparé des biens de chaque sociétaire, un fonctionnement propre, un régime légal indépendant.

En 1905, il s'est formé 3.718 sociétés en nom collectif sur un total de 6.014 sociétés commerciales de toute nature (1).

Cette forme n'est cependant pas engageante. On y court le risque de sacrifier éventuellement tout son avoir. Il faut entre les membres une confiance absolue, pour se porter ainsi garants sans limite des engagements peut-être inconsidérés d'un des leurs. Ce sentiment ne

tiels de société de commerce en France, on constate qu'il n'y a pas en France — et il ne semble pas qu'il y ait lieu de le rejeter — de type juridique correspondant aux « *companies unlimited by shares* » du droit anglais, sorte de sociétés en nom collectif dans lesquelles les parts sociales seraient représentées par des actions négociables. Par contre, depuis la loi de mars 1925, la France connaît un type juridique correspondant aux « *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* » du droit allemand et aux *private companies* du droit anglais : ce sont nos sociétés à responsabilité limitée.

(1) En 1913, dans le département de la Seine, il s'est formé 1.627 sociétés en nom collectif sur un total de 2.826 sociétés commerciales de toute nature ; en 1923, 2.530 sur un total de 4.321.

se rencontre guère qu'entre des *personnes du même sang* (plusieurs frères succédant à un père commerçant), ou ayant déjà travaillé dans la maison à un titre différent (deux anciens employés ou un patron élevant à lui soit un ouvrier, soit un commis après l'avoir intéressé); ce qui leur a permis de se connaître et d'avoir foi l'un dans l'autre. La société en nom collectif procède de l'organisation familiale, et son capital est une forme qui a survécu de l'ancienne copropriété de famille (1).

La fréquence de cette société ne s'explique que par la nécessité, lorsque le capital est faible, ce qui est généralement le cas, de suppléer au gage pécuniaire par un autre procédé de crédit. Ce procédé, c'est la promesse de se solidariser sans réserve aux destinées de la société. Sanction surtout précieuse, avant l'abolition de la contrainte par corps. Aujourd'hui, elle consiste principalement dans la mise en faillite de l'associé et dans les conditions qu'on dictera à son concordat personnel.

258. — B. La société en commandite. — La *société en commandite simple ou par intérêt* est une *société renfermant deux catégories d'associés* : — d'une part, un ou plusieurs associés indéfiniment responsables et en nom, qualifiés *commandités, complimentaires* et souvent aussi *gérants* ; — et d'autre part, un ou plusieurs associés, *tenus simplement dans la mesure de leur apport*, par conséquent à responsabilité limitée, associés exclus de la gérance, et qu'on nomme *commanditaires* ou *bailleurs de fonds*.

Ainsi, *deux mesures de responsabilité* suivant les associés : l'une indéfinie, et l'autre limitée à l'apport ; — *exclusion des commanditaires de la gestion* ; — *raison sociale*, ne pouvant comprendre que les noms des commandités, puisque ceux-ci sont les seuls à répondre des engagements de la société sur tous leurs biens : c'est à ces traits que se reconnaît la commandite.

259. — Il se fonde, d'après les recensements, un faible nombre de commandites simples : 1.165 en 1905 (2). Mais ce chiffre n'est pas très probant : sous la forme d'associations en participation, qui échappent aux statistiques (voir ci-dessous), il intervient des arrangements de compte à demi, qui tendent de plus en plus à se substituer à la commandite.

La commandite attire le capitaliste qui, sans aptitude commerciale, ou effrayé de courir un risque trop fort, désire participer de son argent aux bénéfices d'une maison d'affaires.

Elle établit une hiérarchie, une gradation entre les deux associés :

(1) On s'en convaincra, en lisant dans ENDEMANN, *Studien in der romanischkanonischen Lehre bis XVI^e Jahrh.*, 1874, 1^{er} vol., p. 343 et s., l'évolution de la société au moyen âge et ce qu'ont dit de ce contrat les canonistes. — V. aussi, pour cette forme de société et les suivantes, GOLDSCHMIDT, sous les pages 255 et s., dans l'ouvrage que nous avons cité sous le n° 43, ainsi qu'une brochure du professeur M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, 1889.

(2) 591, en 1913, pour le département de la Seine ; 435, en 1923, pour le même département.

celui qui apporte une industrie avec son nom et sa responsabilité pleine, et celui qui apporte son capital : — le gérant au-dessus, le commanditaire dans une position inférieure. Cette hiérarchie trouve son expression la plus nette dans la *défense d'immixtion du commanditaire*. Une collaboration s'établit entre le *travail* personnifié par le gérant ou commandité, et le *capital* représenté par le commanditaire. Au premier de ces collaborateurs revient la place d'honneur, ce qui explique la prédilection qu'avaient pour la commandite le moyen âge et la littérature canonique.

De bons esprits y voient la combinaison de production la mieux équilibrée et la plus morale. Elle fournit à l'intelligence industrielle le moyen de sortir du salariat. Celle-ci arrive à la richesse avec le concours d'un capital qui lui reste subordonné et qui assume sa part de risques.

L'emprunt à intérêt et à long terme tend au même but, il est vrai. Mais le prêteur ne s'expose pas au risque, il a droit au remboursement, quoique l'établissement vienne à sombrer. L'emprunteur, même ruiné, reste tenu envers lui. C'est là un péril auquel la commandite permet heureusement de se soustraire.

260. — La commandite est issue du *contrat de commande* au moyen âge. Les capitalistes y trouvèrent un utile débouché, notamment les nobles, qui, par devoir de classe, ne pouvaient exercer le commerce ouvertement. Ils confiaient une valeur à un marchand, une pacotille à un capitaine, qui partait pour trafiquer dans un pays éloigné. Ils entraient avec ce marchand en participation ; on convenait qu'ils courraient aux pertes seulement pour le capital engagé et que ce n'est pas en leur nom que les affaires seraient traitées.

La *prohibition du prêt à intérêt* par l'Eglise devait être pour les capitaux une raison de plus de se porter vers la commandite, et l'on finit par autoriser dans cette société des clauses de forfait, exclusives du risque, qui aboutissaient à un prêt à intérêt déguisé.

Sauf disposition contraire établie par certains statuts de ville, la commandite, dans l'ancien droit, ne formait point extérieurement une société. Le gérant était seul débiteur des tiers, ceux-ci n'étaient point avertis de l'existence d'un autre associé derrière lui. La commandite d'alors se rapprochait moins de celle d'aujourd'hui que de notre association en participation.

On a supposé que cette pratique de la *commenda* se rattachait plus anciennement au prêt maritime à la grosse ; le *naulicum foenus* romain, dès l'époque byzantine, contenait en puissance un grand nombre de contrats commerciaux, individualisés depuis lors. Celui qui prête à un capitaine de navire de quoi acheter une cargaison s'associe déjà à certains égards à la spéculation de son emprunteur ; car la perte en mer du chargement lui fera perdre sa créance. Qu'il convienne d'un tantième sur le produit de la spéculation, au lieu de stipuler un fort intérêt en cas d'heureuse arrivée, et l'on aura ainsi passé à la commandite (1).

(1) V. pour l'histoire de la commandite, SALEILLES, dans les *Annales de droit commer-*

cial — *l'association que l'on appelle est le nauticum foenus*

261. — II. Sociétés de capitaux. — Dans les *sociétés de capitaux*, la part sociale est appelée *action*. L'action est cessible ; mieux encore, elle est négociable. La société continue, malgré la mort d'un actionnaire. L'*intuitus personæ* cesse. La société doit son crédit non pas aux personnalités qui en font partie, mais à l'importance des capitaux qu'elle met en valeur.

Nous savons qu'il y a deux sortes de sociétés comprises dans ce nouveau groupe : la société en commandite par actions et la société anonyme. Cette dernière est beaucoup plus recherchée que l'autre : tandis que, dans l'année 1905, il ne se fondait en France que 67 commandites par actions, le nombre des sociétés anonymes constituées s'élevait à 836 (1). Le montant du capital engagé dans ces deux classes réunies s'élevait à 649 millions de francs, soit moins d'un million comme moyenne de chaque société par actions (2).

262. — A. La commandite par actions. — La *société en commandite par actions* n'est qu'une société en commandite ordinaire, avec cette modalité que la part dont chaque commanditaire est porteur forme non une part d'intérêt, mais une action. Le commanditaire peut négocier son titre, ce qu'il n'a pas le droit de faire dans la commandite simple ; et, d'autre part, la société continue de plein droit avec ses héritiers.

Du côté du commandité, rien n'est changé à la commandite ordinaire : ce commandité a pleine vocation à la gérance, il est responsable sur tous ses biens, sa part est un intérêt (3), son nom entre dans la raison sociale.

Nous avons par là même la définition de la société en commandite par actions. C'est *une société composée d'un ou plusieurs associés en nom, commandités responsables in infinitum, et de commanditaires actionnaires* tenus dans les limites de leur apport.

263. — B. La société anonyme. — La *société anonyme* est une forme qui élimine entièrement l'associé responsable. Elle laisse aux actionnaires la propriété de tout le capital social et leur confie le gouvernement de la société par l'intermédiaire de mandataires temporaires et révocables.

Si la commandite représente l'alliance du capital et de l'industrie, la société anonyme *associe les capitaux entre eux*, sans les obliger à faire la part d'un facteur différent : le travail. Car tous ceux qui travaillent dans la société sont, au sens large, des employés.

cial. 1895 et 1897. V. aussi les travaux italiens de SACERDOTI, *Le colleganze nella pratica degli affari e nella legislazione veneta*, et de ARCANGELI, *La commenda a Venezia et La società in accomandita semplice*, 1903.

(1) En 1913, dans le département de la Seine, il s'est fondé 18 commandites par actions seulement contre 592 sociétés anonymes ; en 1923, 25 seulement contre 1293.

(2) Le nombre total des sociétés par actions françaises existant au 31 décembre 1920, était de 22.666 (réponse écrite du Ministre des finances, *J. Off.* du 16 mars 1921).

(3) Ce qui n'empêche pas d'ailleurs ce commandité de pouvoir cumuler sa qualité d'associé en nom avec celle d'actionnaire, titulaire, en cette dernière qualité, d'un nombre variable d'actions.

On comprend que la puissance dont disposent les actionnaires, au moyen de leurs délibérations en assemblées générales, ait fait préférer par le capital et l'épargne ce genre de société aux autres, et que toutes les compagnies importantes l'aient choisi : Banque de France et établissements de crédit de deuxième rang, sociétés d'assurances, compagnies de chemins de fer, compagnies de transports maritimes, compagnies de mines dans certaines régions, — sans parler des sociétés de manufactures, d'électricité, de métallurgie, etc.

Nous définirons la société anonyme : une société, composée exclusivement d'associés tenus jusqu'à concurrence de leur apport, dont les parts sont représentées par des actions négociables, et qui désignent périodiquement des administrateurs responsables seulement de leurs fautes, mais à cela près non responsables du passif social de leurs biens. Cette société, n'ayant pas d'associé solidairement et indéfiniment tenu, manque de raison sociale.

264. — Les sociétés par actions descendent-elles des sociétés romaines de publicains ou de concessionnaires d'impôts, qui émettaient, dit-on, des parts cessibles ?

Proviennent-elles des concessions faites dès la fin du moyen âge par la souveraineté territoriale à des sociétés de capitalistes chargées d'accomplir une œuvre d'intérêt général, d'exercer la banque avec des droits dérivés de ceux de l'Etat lui-même ?

Ne proviennent-elles pas plutôt des sociétés d'armement de navires, à la faveur de la règle maritime de la limitation à la valeur du bâtiment de la responsabilité du propriétaire pour les faits du capitaine, ainsi que LEHMANN incline à le croire (*Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts*, 1895) ?

265. — Il est d'usage de citer comme un des premiers exemples de sociétés par actions des temps modernes l'« *Officium procuratorum Santi Georgii* » à Gênes, au début du xv^e siècle. La République de Gênes avait émis des emprunts en rentes perpétuelles ou viagères, sous forme de titres cessibles, également fractionnés (*loca*), gagés sur des caisses (*montes profani*) alimentées par l'impôt. Faute de pouvoir continuer le service de sa dette, elle entra en composition avec les porteurs de titres. Elle les admit d'abord à contrôler par des mandataires la gestion de certains revenus publics destinés à assurer leur paiement, puis la leur abandonna à peu près complètement. Il semble préférable cependant de voir dans ce groupement des porteurs de titres d'un emprunt public l'origine de nos modernes associations d'obligataires plutôt que celle des sociétés anonymes ; c'est du moins ce que tendent à établir des travaux récents (1).

Plus tard apparurent les Compagnies de colonisation fondées depuis le xvii^e siècle en Angleterre, en Hollande ou en France, et, de manière éphémère, la Banque de Law (2) — comme plus tard se manifesteront

(1) ESCARRA, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1919, n° 2.

(2) Cfr. THALLER, conférence sur les *Sociétés par actions dans l'ancienne France*, dans les *Annales de droit commercial*, 1901, p. 185.

la Banque de France et les Compagnies de chemins de fer ou de canaux.

En cet état, la société par actions reste soustraite au droit commun. La charte qui l'institue trace ses prérogatives, forme sa loi spéciale.

266. — En France, après le discrédit que subirent les actions au XVIII^e siècle, la législation des sociétés par actions prit une nouvelle direction depuis la Révolution.

Dans le droit intermédiaire, suivant les variations de l'opinion, furent décrétés leur liberté (1791), puis leur interdiction (an II), puis encore leur rétablissement (an IV).

Le *Code de 1807*, dans son art. 37, consacra une demi-mesure. Il déclara libre la société en commandite, pensant que la présence d'un associé responsable la préserverait des abus. Mais il soumit d'autre part la *société anonyme à l'autorisation préalable du gouvernement*. Cette cote mal taillée a été le régime pratiqué en France pendant soixante ans.

267. — Dans cette période de soixante ans, la société connut des fortunes diverses. Sa cause rencontra des auxiliaires dans l'expansion de la richesse mobilière à partir de 1815, et aussi, quoique à l'insu de leurs propagateurs, dans les écoles de Saint-Simon, de Fourier, et autres qui cherchaient à réagir contre l'isolement de l'individu (1). Parti du terrain social, le mouvement des idées gagna le milieu économique, tout en se sentant comprimé par la loi elle-même. Les sociétés par actions ont souvent été des traquenards pour les souscripteurs ou les acheteurs trop crédules. Leur régime légal a donné lieu à de vives discussions.

On s'est partagé en deux camps : — les uns tenant pour l'autorisation gouvernementale, voulant étendre cette autorisation à la commandite par actions, ou demandant la suppression de cette dernière société, traitant, en un mot, les actionnaires comme des mineurs ; — les autres jugeant cette autorisation néfaste pour les affaires dont elle enrayait la marche, demandant à l'épargne de faire sa propre police.

268. — De là, des vicissitudes dans la législation de la matière.

a) De 1807 à 1856, fonctionnement simultané de la société en commandite par actions entièrement libre, et de la société anonyme soumise à autorisation.

Cette période est restée célèbre par la *fièvre de commandites*. Elle concorde en France avec l'éveil des grandes entreprises. Les manœuvres d'agiotage de la Bourse exercent des ravages, dont le souvenir aujourd'hui n'est pas encore effacé (2).

Les fondateurs adaptent à leur entreprise la forme de la commandite, en faussant ses rouages : gérant révocable, commandité sans surface, émission d'actions d'un taux ridicule (1 fr. et au-dessous). Sous le gouvernement de Juillet, scandales financiers, que la litté-

(1) Les Pereire, de Lesseps, etc., étaient saint-simoniens.

(2) A consulter le livre intéressant de M. LESCOEUR, *Essai historique et pratique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'Étranger*, 1874.

rature du temps a popularisés. Loi, d'allure modeste, de 1845, sur les sociétés de chemins de fer. Précédemment, projet de loi plus vaste, teut de défiance contre la commandite par actions, projet qui n'était point arrivé à son terme (1838).

269. — *b*) De 1856 à 1863, on vécut sous la loi du 18 juillet 1856, organisant pour la commandite par actions le système réglementaire qui s'est généralisé onze ans plus tard ; tandis que l'art. 37 C. com. laissait les sociétés anonymes soumises à l'autorisation gouvernementale.

La liberté de la commandite par actions est tempérée par la nécessité pour elle d'obéir à certaines prescriptions, soit pour se constituer (souscription intégrale du capital, versement du quart sur chaque action, taux minimum de 500 ou 100 fr. pour les actions, maintien de la forme nominative jusqu'à l'entière libération des titres, vérification et approbation des apports en nature ou avantages particuliers), — soit pour fonctionner (assemblées générales annuelles, création d'un conseil de surveillance).

270. — *c*) De 1863 à 1867 apparaît un régime nouveau. L'autorisation préalable est maintenue pour les sociétés anonymes, mais en même temps les sociétés dites à responsabilité limitée peuvent se fonder librement, moyennant des prescriptions analogues à celles qu'avait édictées la loi de 1856, pour la commandite par actions. Ce sont de véritables sociétés anonymes, moins le nom, avec un capital maximum de 20 millions (L. 23 mai 1863).

Il y a donc pendant cette période trois formes de sociétés par actions marchant de front : la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée, la société anonyme. Les deux premières sont soumises à une liberté réglementée, la troisième à un décret d'autorisation.

270 bis. — *d*) Depuis la grande loi du 24 juillet 1867, le système est unifié, sinon en la forme de rédaction des textes, au moins dans le fond. C'est le régime de la liberté réglementée qui prévaut. On enlève au gouvernement le droit d'autoriser les sociétés anonymes (art. 21). L'essai tenté en 1863 est généralisé, sans égard au chiffre du capital. La société à responsabilité limitée disparaît, la continuation de ce type transitoire de société n'ayant plus de raison d'être.

Bref, il n'y a plus d'entrave administrative à la création de la société par actions, tant en commandite qu'anonyme. Mais la régularité de sa constitution et de sa marche est subordonnée à certaines formalités préventives, à un taux d'actions ou à un régime légal strict, à l'adoption de certains rouages. Toutes ces règles sont présentées comme un faisceau de garanties contre la mise en exploitation de l'épargne par la finance.

Voici la distribution des matières de la loi de 1867 : Titre premier. Des sociétés en commandite par actions. — Titre II. Des sociétés anonymes. — Titre III. Dispositions particulières aux sociétés à capital variable. — Titre IV. Dispositions relatives à la publicité des sociétés

(c'est tout le système de publicité antérieur qui est réformé, même à l'égard des sociétés par intérêt). — Titre V. *Des tontines et des sociétés d'assurances*. — *Dispositions diverses* (art. 68 à 71, ajoutés par la loi du 1^{er} août 1893). — Enfin la loi du 26 avril 1917 a ajouté un Titre VI^e et dernier (art. 72 à 80) intitulé *Des sociétés anonymes à participation ouvrière*.

En dehors des deux lois précitées du 1^{er} août 1893 et du 26 avril 1917, d'autres encore ont d'ailleurs, depuis 1867, modifié ou complété certains articles de la loi organique du 24 juillet 1867 (loi du 16 novembre 1903, sur les actions de priorité; loi du 22 novembre 1913 sur les modifications aux statuts).

271. — C. **Les sociétés d'assurances**. — Dans le titre V, la loi de 1867 (art. 66) a prévu pour les sociétés d'assurances un régime particulier. En principe ces sociétés (sauf celles qui pratiquent l'assurance sur la vie et les sociétés tontinières) peuvent, comme toutes les autres sociétés anonymes, se fonder et fonctionner librement; mais elles doivent observer, outre les règles de la loi de 1867, celles édictées par le décret portant règlement d'administration publique du 8 mars 1922 (*J. Off.*, 15 mars 1922) (1), modifié en son art. 25 par celui du 27 juillet 1922 (*J. Off.*, 31 juillet 1922). Ce décret du 8 mars a refondu les dispositions du règlement d'administration publique du 22 janvier 1868 en les adaptant aux conditions économiques actuelles. Tout en conservant le cadre général du décret de 1868, il l'a, toutefois, élargi notablement: alors que ce dernier ne comprenait que deux titres consacrés respectivement aux sociétés d'assurances à primes fixes et aux mutuelles, le décret de 1922 contient quatre titres relatifs aux sociétés mutuelles, aux sociétés à primes fixes, aux obligations communes à ces deux natures de société et enfin aux dispositions transitoires. En outre, le décret comprend une section concernant l'importante question des réassurances (2) (3) (V. *infra*, II^e Partie, Chapitre IV).

Pour les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, la loi de 1867 (art. 66, 1^{er} al.) maintient la nécessité de l'autorisation gouvernementale. La loi du 17 mars 1905 l'a supprimé; mais elle a soumis ces sociétés et, d'une façon générale, « toutes les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine » (4) à une réglementation particulièrement rigoureuse: elles ne peuvent fonctionner qu'après avoir été enregistrées au ministère du travail et sont soumises au contrôle permanent de ce ministère. Un décret du 12 mai 1906, modifié par celui du 27 juillet 1922, rendu en exécution de l'article 22, 2^e alinéa,

(1) BOSVIEUX, Le nouveau régime des sociétés d'assurances, *Journ. Soc.*, 1923, p. 145, 209.

(2) Un décret du 8 novembre 1922 a rendu le nouveau régime applicable aux colonies françaises et pays de protectorat.

(3) Toutefois, les sociétés d'assurances contre les risques des accidents du travail, sont soumises à une réglementation spéciale résultant de l'art. 27 de la loi du 9 avril 1898 (modifié par la loi du 31 mars 1905) et du décret du 28 février 1899 rendu en exécution de ce texte. — V. aussi, pour les sociétés d'assurances mutuelles agricoles, la loi du 4 juillet 1900.

(4) Cette expression comprend même les sociétés ayant pour objet la constitution de rentes viagères.

de la loi de 1905, a déterminé les conditions spéciales « dans lesquelles pourront être constituées les sociétés d'assurances sur la vie à forme mutuelle et tontinière » (1).

Un régime analogue à celui de la loi du 17 mars 1905 a été appliqué : d'abord aux sociétés de capitalisation par la loi du 19 décembre 1907 modifiée par celles du 31 juillet 1917 et 21 mai 1921 (huit décrets du 1^{er} avril 1908 rendus pour l'exécution de la première loi et d'ailleurs modifiés depuis) ; — ensuite aux sociétés d'épargne par la loi du 3 juillet 1913 modifiée également par celle du 31 juillet 1917 (Décret d'application du 14 février 1914) ; — enfin aux sociétés d'assurance nuptialité et natalité par la loi du 26 mai 1921.

271 bis. — D. Types spéciaux de sociétés. — Des lois récentes ont organisé en outre une série de types spéciaux de sociétés, se rattachant plus ou moins directement à l'idée de coopération : caisses locales ou régionales de crédit agricole et sociétés coopératives agricoles, régies aujourd'hui par les lois du 5 août 1920 et 12 juillet 1923, qui ont remplacé celle du 5 novembre 1894 ; caisses locales ou régionales de crédit maritime mutuel et sociétés coopératives maritimes, régies par la loi du 4 décembre 1913, remplaçant celle du 23 avril 1906 ; sociétés de caution mutuelle et banques populaires, régies par la loi du 13 mars 1917 complétée par celles du 7 août 1920 et du 24 juillet 1929 (Décret d'application du 18 août 1929), sur l'organisation du crédit au petit et au moyen commerce (2) ; sociétés coopératives de production ouvrière, régies par la loi du 18 décembre 1915, complétée par celles du 5 avril 1919 et du 6 mai 1922 (Décret d'application du 26 juillet 1916) (3) ; sociétés coopératives de consommation visées par la loi du 7 mai 1917, ayant pour objet l'organisation du crédit à ces sociétés (modifiée par la loi du 14 juin 1920) (4) ; sociétés d'habitation à bon marché et de crédit immobilier (Loi du 5 août 1922, portant codification des lois sur les habitations à bon marché et abrogeant les textes législatifs en la matière, mais non les textes réglementaires ; cette loi a été elle-même modifiée dans son article 7 par la loi du 7 avril 1923) ; sociétés coopératives de reconstruction pour la reconstruction des immeubles atteints par la guerre, régies par la loi du 15 août 1920 (Décret d'application du 9 octobre 1920), complétée par celle du 12 juillet 1921 (D. 29 août 1921) (5) ; sociétés coopératives d'artisans prévues par la loi du 27 dé-

(1) Des tontines il convient de rapprocher les sociétés de prévoyance à partage et à durée illimitée, dites *Chatelusiennes* (type des Prévoyants de l'Avenir). Une loi du 3 février 1902, votée précisément pour mettre fin aux difficultés soulevées par le fonctionnement des « Prévoyants de l'Avenir » (v. note PERCEROU, sous Trib. civ. Seine, 31 mars 1901, D. 1902, 2, 289), les a soumises à un régime spécial. — Cfr. Paris, 28 février 1914, *Gaz. des Soc.*, 1914, 248.

(2) La loi du 13 mars 1917 a été rendue applicable à l'Algérie par le Décret du 12 mai 1921 (*J. Off.*, du 18 mai 1921).

(3) La loi du 18 décembre 1915 complétée par celle de 1919 a été rendue applicable à l'Algérie par le Décret du 7 mai 1921 (*J. Off.*, 18 mai 1921).

(4) La législation concernant les sociétés coopératives de consommation a été étendue à l'Algérie par le décret du 12 avril 1922 (*J. Off.*, du 28 avril 1922).

(5) V. BRETHE, les Sociétés coopératives de reconstruction immobilière des régions dévastées, *Journ. Soc.*, 1923, 257.

cembre 1923 (modifiée le 1^{er} mai 1929) sur le crédit à l'artisanat. L'examen de ces types spéciaux de sociétés et l'énumération tout à fait complète des textes qui les régissent sortiraient du cadre de ce Traité ; mais du moins convenait-il d'indiquer leur existence.

272. — III. Société à responsabilité limitée. — La loi du 7 mars 1925, enfin, a introduit dans notre droit un type nouveau de société. Jusqu'en 1925, lorsqu'on voulait créer une société dans laquelle nul associé ne serait tenu au delà de sa mise, il fallait recourir à la société anonyme : c'était la seule société où la responsabilité de tous les associés fût limitée au montant de leur apport. Mais la création d'une société anonyme entraîne des formalités nombreuses et coûteuses, et le nombre des actionnaires ne peut être inférieur à sept. Les pays étrangers connaissent des sociétés permettant à quelques personnes qui se connaissent bien, aux membres d'une même famille par exemple, de monter une entreprise tout en limitant leur responsabilité à leur mise : c'était la *private companie* du droit anglais ou la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* du droit allemand, pratiquée notamment en Alsace-Lorraine. La loi de 1925 a permis la création de sociétés de ce genre dans toute la France.

Cette société constitue un type original qui participe à la fois des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. L'associé, qu'il soit ou non gérant, n'est jamais tenu du passif social que pour le montant de sa mise, et par là sa situation se rapproche de celle de l'actionnaire. Mais — et ceci rapproche singulièrement la société à responsabilité limitée des sociétés par intérêt —, la part sociale ne peut être représentée par un titre négociable (art. 21) et surtout elle ne peut être cédée à des tiers étrangers à la société qu'après une délibération de l'assemblée générale réunissant les trois quarts au moins du capital social (art. 22). Ainsi, *l'intuitus personæ* réapparaît dans cette société que l'on aurait pu croire d'abord toute proche de l'anonymat. C'est ce double caractère qui constitue le trait dominant de l'institution nouvelle, et lui donne une place à part dans notre droit des sociétés.

273. — Le problème de la meilleure loi des sociétés par actions reste d'ailleurs toujours ouvert (1). La fièvre de spéculation n'est pas tombée. La guerre l'aurait plutôt accrue. Il faut toujours craindre un entraînement irréflecti du public qu'exploitent les lanceurs d'affaires. Ce qui est plus problématique, c'est de savoir s'il dépend d'une loi bien faite d'empêcher ou de réprimer ces abus. Ils paraissent tenir plutôt à la faiblesse de la nature humaine et à la convoitise dont témoignent à la fois ceux qui fondent une affaire et ceux qui y mettent leur argent. Certaines réformes dans ce domaine seraient cependant utiles ; et quelques-unes, assez modestes, ont été réalisées. D'un projet de refonte

(1) V. LÉOUZON LE DUC, *La réforme des sociétés par actions*, préface THALLER, 1910 ; MAURICE COLIN, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911 ; RENÉ NOUËL, *Les sociétés par actions, la réforme*, 1911 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Annales de droit commercial*, 1911, 380, et s.

de la législation des sociétés par actions, discuté par le Sénat, en novembre 1884, est sorti, à l'état fragmentaire, la *loi précitée du 1^{er} août 1893*. Plus récemment une commission, nommée par le gouvernement en 1902, a élaboré un certain nombre de modifications à la loi de 1867, et en outre deux projets déposés à la Chambre des députés les 3 avril et 4 juillet 1903 (V. Thaller, *Revue politique et parlementaire*, 1903, p. 82 et s.). Ils n'ont jusqu'à présent que partiellement abouti. Un texte extrait du premier de ces projets (texte portant modification à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867) est devenu la *loi, déjà citée, du 22 novembre 1913* sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés anonymes (*Annales de droit commercial*, 1913, 516). D'autre part le projet de 1903 sur les parts de fondateur est devenu tout récemment, avec d'ailleurs des changements importants, la *loi du 23 janvier 1929* sur les parts de fondateur.

Par contre le projet de 1903 sur les groupements d'obligataires n'a pas encore abouti. Cette question et la question des actions à droit de vote privilégié, sont pourtant peut-être, dans le domaine des sociétés, celles pour la solution desquelles il serait le plus urgent que le législateur intervint. Mais en réalité, de nos jours ce sont moins la constitution et même le fonctionnement des sociétés qui provoquent des abus que les spéculations, avec faussement des cours, auxquelles donnent lieu les titres émis par elles. A l'heure actuelle, c'est du côté de la Bourse, plutôt que du côté des Sociétés, que le législateur devrait porter son effort de réglementation.

Dans cet ordre d'idées, il convient de signaler la constitution en 1929, au Ministère des Finances, d'une *Commission extraparlamentaire* (dite « de Protection de l'Épargne publique ») qui a élaboré un certain nombre de projets d'ordre fiscal et d'ordre civil, parmi lesquels on peut s'étonner toutefois de n'en voir figurer aucun sur les « groupements d'obligataires ».

CHAPITRE PREMIER

DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE
COMPÉTENCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

SECTION PREMIÈRE

DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE

(Art. ~~520~~ et 1860 C. civ. ; 69-6° C. proc. civ.)

274. — On a dit des sociétés de commerce qu'elles étaient des organismes. C'était une manière abrégée de traduire l'aptitude des biens sociaux à se mouvoir d'une activité propre, à part des autres biens de chaque associé. Qui dit « organisme » suppose la vie, la force qui fait qu'on trouve en soi le moyen de croître et d'évoluer. La société a son régime, les patrimoines des associés ont le leur. Loin de se pénétrer, les régimes demeurent indépendants.

La formule juridique est un peu différente : *les sociétés commerciales constituent des personnes morales ou civiles.*

C'est une fiction : on imagine que la société, comme telle, ne se confond pas avec ses membres. Lorsque plusieurs personnes se sont mises en sociétés, ce ne sont pas elles qui exercent le commerce. Il s'est interposé entre ces associés un être juridique, séparable de leurs personnes physiques. Il a un nom : la raison sociale ou la dénomination de l'entreprise. Il est animé d'un mouvement qui lui permet d'occuper la scène juridique, d'acquérir des biens, de s'obliger, de plaider.

275. — Cette personnification évoque à la pensée une autre personnalité, celle dont sont investis, *en droit administratif*, l'Etat, les établissements publics ou d'utilité publique.

Pour ces établissements-là, il était indispensable de créer un être de raison, afin de servir de support à leurs droits ; autrement, ils n'auraient pas pu accomplir leur mission. Il leur était impossible pour fonctionner d'emprunter la personnalité d'êtres physiques déterminés : le propre d'une fondation ou d'une corporation est de reposer sur une idée, sur une cause sociale, celles des pauvres, des malades, des ignorants, etc.

Celui de ces êtres qui plane au-dessus des autres et qui les englobe virtuellement, c'est l'Etat. L'Etat aurait pu confondre l'œuvre des autres personnes morales dans ses services directs. Il a démembré sa personnalité pour les instituer ou pour les reconnaître à titre subordonné, croyant bien faire en déléguant dans une sphère déterminée ses attributions à des conseils ou comités, composés de gens mieux enten-

dus en la partie que ne le seraient des fonctionnaires, et plus ou moins autonomes (cela est particulièrement vrai des établissements publics, véritables parcelles détachées de l'Etat). La raison d'être de ces satellites de la puissance publique apparaît bien dans un besoin de décentraliser.

Quand même l'œuvre se rattacherait à des bénéficiaires, ceux-ci ne peuvent être considérés comme les détenteurs des biens que possède l'établissement. Le fait que les bénéficiaires changent, qu'ils se succèdent de génération en génération, qu'ils ignorent peut-être l'institution ou n'en profitent pas, exclut l'idée que des personnes humaines soient à la base de l'œuvre. Il a fallu donner la vie à une pensée de sécurité publique, de charité, de propagande, etc.

Pour les sociétés, il en est différemment. La personnalité répond à une autre idée, et même de prime abord *elle ne paraît pas* très logique. Chaque associé a en soi les attributs de la personne, chacun est apte à exercer des droits et à supporter des engagements. Ce que chacun peut faire de son chef, il semble que tous soient en mesure de l'accomplir ensemble. La nécessité de créer au-dessus des associés un être fictif a donc de quoi surprendre. Cet être fictif mourra avec les membres qui le composent, au moment où décédera le premier d'entre eux : n'est-ce pas encore la preuve qu'il s'identifie avec les associés, qu'il n'est qu'un leurre, qu'un trompe-l'œil ?

276. — Personnes morales d'intérêt public. — Il faut pousser plus avant les considérations précédentes. Elles ont trop d'importance pour qu'on les écourte. Le problème de la personnalité a été remué en France, en Italie et en Allemagne tout à la fois, tant par ceux qui s'occupent de droit administratif, que par les auteurs de droit civil et commercial, et depuis trente ans ont été produites sur ce sujet des considérations nouvelles.

Nous écartérons la personne morale d'intérêt public, l'Etat, les corporations et fondations. A leur égard, la personnalité est une vérité.

277. — L'expression « personne fictive » prête à l'équivoque ; car elle comporte deux sens différents ; — 1° L'être humain (nous posons une formule sans nous associer nécessairement à la pensée qu'elle renferme) est seul apte à jouer le rôle de personne d'après la nature des choses ; si l'on distingue dans le droit d'autres personnes que lui, ce n'est que par une fiction de raisonnement ; — 2° La personne morale n'existe pas, elle n'est qu'une fiction de langage : en réalité c'est sur un bloc d'individus groupés suivant une appellation générique que reposent les droits ou les obligations attachées, mais en apparence seulement, à un être collectif.

278. — En se dirigeant d'après ces deux sens possibles de l'expression, la personne morale de droit administratif n'est fictive qu'au premier point de vue, ce qui revient plutôt à dire qu'elle est très réelle (cfr. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit*, p. 126 et s. ; HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^e éd., p. 89 et note). Elle n'est même pas une création artificielle de la loi, puisqu'elle répond à un besoin social.

Elle accomplit une fonction que de simples individus ne sauraient remplir.

M. BERTHÉLEMY (*Traité de droit administratif*, p. 42 et suiv.) soutient, sans doute, que derrière la prétendue personnalité administrative se dissimule une collectivité d'individus qui sont propriétaires, à eux tous, des biens de la personne morale sous un régime de gestion concentrée ; les choses se passeront de la même manière que s'ils ne formaient qu'un : les Français, dit-il, sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits, c'est l'Etat.

Il faudrait expliquer dans cette doctrine, et l'on s'abstient de le faire : a) comment une fondation, un hôpital par exemple, qui n'est pas un groupe d'hommes, peut disposer, à la faveur du même raisonnement, des avantages de la personnalité ; b) d'où vient que l'extrême mobilité du personnel de cette collectivité, que nous appelons personne morale, permet de fixer distributivement sur chacun de ses membres les droits de l'Etat, de la commune, etc.

279. — La doctrine de M. PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil*, 1^{er} vol., n° 675 ; voir aussi VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif*) est encore plus hardie. Car, selon lui, « ces prétendues personnes morales ne sont que des choses, puisqu'il s'agit tout simplement d'une propriété collective, et que la fiction de personnalité n'est qu'un procédé destiné à en simplifier la gestion ».

Nous ne sommes pas habitués à reconnaître des droits qui soient dénués de titulaires, des droits sans sujet. En outre, la tradition historique ne permet guère de contester que les établissements, corps ou communautés, gens de mainmorte d'autrefois, dont l'existence était subordonnée à des lettres patentes du roi (voir notamment l'Edit de 1749), fussent considérés comme des êtres pourvus, par extension de ce qui a lieu pour les hommes, des caractères de la personnalité.

La façon presque systématique dont le législateur moderne s'abstient d'employer le vocable de « personne morale » dans les textes où il confère cependant la capacité civile (par exemple dans la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, art. 2) (1), ne prouve pas encore que cette personnalité morale soit un fantôme et se ramène seulement à un régime *objectif* de la propriété. Le législateur s'est défié d'une formule trop abstraite. D'ailleurs il n'a pas persévéré dans sa terminologie précédente, ainsi qu'en témoigne notamment l'art. 71 de la loi de budget du 31 mars 1903 : « L'Ecole française d'Athènes et l'Ecole française de Rome sont investies de la *personnalité civile* » (2).

(1) Dans la discussion dont les art. 2 et 6 de cette loi furent l'objet, à la Chambre des députés, les orateurs parlèrent de la personnalité morale, comme si celle-ci ne faisait pas question à l'égard des établissements gratifiés de la capacité : « L'association déclarée, a dit M. WALDECK-ROUSSEAU, aura, non la personnalité civile dans son intégrité, mais ce qui a été appelé la petite personnalité civile ».

(2) *Adde* : loi du 29 octobre 1919, « L'Office national de la propriété industrielle... est investi de la personnalité morale » ; loi du 25 septembre 1919 sur la transformation des sociétés civiles de mines ayant leur exploitation aux pays envahis en sociétés anonymes, « la société primitive continuera à subsister avec la même personnalité morale » ; etc...

280. — Personnes morales d'intérêt privé. — A l'égard des personnes morales d'intérêt privé, c'est-à-dire des sociétés, la situation est autre. Entre le principe de la personnalité de celles-ci et celui de la personnalité de l'Etat, des établissements, fondations ou associations, il n'y a rien de commun. Pour elles, la personnalité est fictive au sens le plus catégorique du mot, autrement dit, elle n'existe pas.

Elle provient d'une simple figure de langage. C'est un terme com-
mode, destiné à représenter à l'esprit la condition de plusieurs per-
sonnes physiques soumettant un ensemble de biens à une gestion cen-
tralisée, dont les effets se produiront au regard des tiers comme dans
les rapports des associés eux-mêmes.

A qui faire croire que, lorsque deux personnes exercent séparément le commerce, elles sont bien deux, mais que, si elles se réunissent pour fusionner leurs deux entreprises, elles ne feront plus qu'un (ou qu'elles constitueront trois personnes, selon la manière de comprendre la chose) ? Quel être imaginaire a bien pu les absorber ou se superposer à elles ? Comment concevoir que dans la raison sociale *Pierre et Paul*, il y aurait une seule personnalité (ou trois personnes) en jeu ?

C'est sur les associés eux-mêmes que reposent les droits résultant de l'exploitation de la société, ce sont eux qui sont copropriétaires du capital social.

281. — Il en est ainsi, même dans les sociétés par actions. Dans cette dernière nature de société, sans doute, les associés changent et passent. Ils peuvent ne pas être nominativement connus du public. La forme donnée à leurs droits, celle du titre au porteur surtout, jette un voile sur leur individualité.

Mais cela importe peu. La propriété d'un immeuble peut être répartie en cédules négociables, ainsi que c'est le cas dans le régime de l'*act Torrens*, sans que cet immeuble cesse d'appartenir *parte in qua* à chaque porteur de cédule et d'être géré s'il y a lieu en leur nom à tous. Les tiers cependant ne les connaissent pas. On peut raisonner de même pour les sociétés par actions.

La seule objection sérieuse proviendrait de la descendance historique de ces sociétés : elles procèdent de l'Etat lui-même par voie de concession, et semblent devoir participer de la nature juridique de celui-ci (n^{os} 264 et 265).

Mais la société par actions doit être envisagée dans ses fonctions modernes qui ont beaucoup plus de largeur. Elle sert aujourd'hui à grouper des biens dans un intérêt particulier, sur l'initiative des citoyens, et en dehors de toute immixtion de leur part dans les attributs de la puissance publique.

282. — En dehors de la phrase de STRACCHA (*Rot. gen.*, sec. 7, n^o 10) : *Societas est corpus mysticum*, qui a une portée plus symbolique qu'effective, les ouvrages des jurisconsultes de l'ancien droit, dans les passages où sont relatés les effets de la prétendue personnalité des sociétés (SCACCIA, *Quæstio* I, n^o 460 ; CASAREGIS, *Disc.* 144), et notam-

ment le droit de préférence des créanciers sociaux par rapport aux créanciers personnels, n'affirment jamais cette personnalité.

283. — Thèse classique. — Les partisans de la doctrine classique du XIX^e siècle (BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT), croient cependant à une personne morale distincte des associés, — en quoi ils sont d'accord avec la jurisprudence. Cette personnalité découlerait, d'après eux, de deux textes qui l'affirment, disent-ils, au moins indirectement : l'art. 529 C. civ. et l'art. 69-6^o C. proc. civ.

1^o D'après l'art. 529 C. civ., « sont meubles par détermination de la loi les actions ou intérêts dans les *compagnies de finance, de commerce ou d'industrie*, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

On raisonne ainsi : Le droit de l'associé est mobilier dans tous les cas, même lorsqu'il y a des immeubles dans le fonds social. Ces immeubles sont cependant appropriés, il faut bien qu'ils appartiennent à quelqu'un qui aura sur eux un droit immobilier. Le texte dit que ce ne sont pas les associés. — *A contrario*, le propriétaire ne peut être qu'une personne invisible planant au-dessus des associés, la personne morale. Les associés n'ont un droit que sur les bénéfices, ou sur certains actes à exercer (la délibération dans les affaires communes, le partage du fonds social) ; ces avantages sont d'ordre essentiellement mobilier.

On se base, en outre, sur les paroles de TREILHARD et sur le rapport au Tribunal, contenant des déclarations favorables à la personnalité morale.

284. — Le raisonnement précédent n'est pas décisif. Le Code n'a pas voulu dessaisir les associés de la propriété qu'ils ont sur les immeubles de la société, pour transporter celle-ci à un être différent. Mais il a senti que la mise d'immeubles en société entraînait l'attribution aux associés, les uns vis-à-vis des autres, de droits nouveaux résultant du contrat de société et tendant à faire observer mutuellement les prestations diverses, nécessairement mobilières, qui y sont contenues (bénéfices à recueillir, concours aux délibérations, etc.). Ces prestations sont si importantes, que le droit de propriété s'y subordonne et devient mobilier comme elles. La part sociale, pour être traitée comme meuble, a été considérée non par rapport au droit de chaque titulaire sur le capital (*jus in re*), mais par rapport à la créance qu'il a contre ses coassociés (*jus ad personam*).

On sortait de la Révolution, on se souvenait que la nature immobilière d'un bien sous l'ancien Régime faisait résistance à sa circulation. On a voulu soustraire la part sociale (l'action, la seule que visait la première rédaction) à cette gêne de trafic. On l'a exemptée du même coup du droit très élevé de transmission qui frappe les immeubles.

C'est surtout par ces raisons d'opportunité qu'on a classé les parts d'intérêts ou les actions parmi les meubles, sans préjuger pour autant la personnalité juridique de la société. L'argument, d'ailleurs tortueux, est insuffisant.

Au surplus, le mot *compagnies* convient-il à toutes les sociétés ? Ce sont seulement les associés par actions, et non pas même toutes ces sociétés, qu'on désigne habituellement de la sorte.

Que signifie l'incidente finale : *tant que dure la société* ? Il faudrait en inférer que la personnalité cesse au moment où la société se dissout. Or on constatera que les attributs attachés à cette fiction de personnalité se prolongent pendant tout le cours de la liquidation. Le texte de l'art. 529, tel que l'interprète la doctrine que nous attaquons, dit le contraire.

285. — 2° Suivant l'art. 59-6° C. proc. civ., « les sociétés de commerce sont assignées, tant qu'elles existent, en leur maison sociale ». — En supposant la personnalité morale absente, les assignations dirigées contre la société par le plaideur demandeur viseraient en réalité « tous les associés ». Il faudrait leur donner citation par copies distinctes. L'adage de procédure : *nul ne plaide par procureur* le veut ainsi. La signification faite au « siège social », par copie unique, prouve que c'est dans ce siège que se concentrent les associés, devenant à cet effet une personnalité unique.

Cette démonstration n'est pas meilleure que la précédente. Les associés ont donné par l'acte de société pouvoir à leur gérant, qui occupe le siège social, de recevoir citation en leur nom à tous. Le demandeur argue de cette représentation pour se dispenser de les assigner par voie cumulative. Il y a dérogation au principe habituel de procédure, ci-dessus rappelé. Des assignations multiples seraient inutiles, coûteuses et lentes. Le siège social est en mesure, au même degré que les associés eux-mêmes, de répondre par les moyens de défense dont la société disposerait en vue de faire échec à la demande. Quant aux moyens de défense tirés de la personne de chaque associé, on verra ci-dessous qu'ils sont irrecevables, sous peine d'entraîner, entre les intérêts individuels des associés et les intérêts sociaux, une confusion désordonnée que la conclusion même du contrat de société a interdite.

Cet article, comme l'art. 529 C. civ., suggère également cette objection : pourquoi l'unité d'assignation n'est-elle vraie que *tant que dure la société* ? Même après que la société a été dissoute, et avant la fin de la liquidation, la dispense des citations cumulatives persiste. Le texte est donc de toute manière mal rédigé.

286. — Cela étant, il faut chercher ailleurs que dans la thèse de la personnalité morale la raison d'être des conséquences si importantes qui assurent à l'ensemble des biens sociaux leur individualité.

On doit, dans notre droit moderne, reconnaître deux sortes de copropriété, régies par des règles différentes : la *propriété commune* ou indivise ordinaire et la *propriété collective*. Celle-ci obéit à un statut perfectionné par rapport à l'autre. Le régime de la propriété collective aboutit à peu près à tous les résultats qu'on rattache à la personnalité morale.

Il y a *propriété commune*, lorsque le hasard des circonstances a fait acquérir à plusieurs personnes des droits sur un même bien ou sur un

même ensemble de biens. Ex. : Deux individus concourent à l'adjudication d'un immeuble et misent tous deux sur la dernière enchère. L'immeuble leur est attribué en commun. La copropriété, par chacun d'eux, fait partie intégrante de son patrimoine général : elle en suit la loi. Libre de vendre l'un quelconque de ses autres biens, le copropriétaire peut vendre également sa partie indivise, et (sous réserve de l'application de l'art. 883 C. civ.) l'acquéreur pourra provoquer le partage des biens. Libre d'engager ses autres biens à ses créanciers de tout ordre, le copropriétaire verra tomber sa part indivise sous le gage de ceux-ci, lesquels (sous la même réserve) pourront vendre le bien commun et se payer sur la fraction dont dispose sur lui leur débiteur. On est en face de quotités proportionnelles de propriétés accolées ensemble, ne dénonçant pas un régime juridique distinct de celui qui concerne le patrimoine général de chaque ayant droit. Ces biens indivis n'ont pas une représentation à part, ils n'ont pas une vie organique propre. Telle est la copropriété ou indivision d'origine romaine.

La *propriété collective* est autre chose. Elle figure un ensemble de biens qui, sans se transporter sur la tête d'un être fictif ou imaginaire, et bien que demeurant fixés sur la pluralité de leurs propriétaires, forment un tout autonome, soumis à un statut différent de celui qui concerne le reste des patrimoines des intéressés.

Le groupement doit, comme tel, réaliser un résultat utile, un résultat que les autres biens non groupés ne poursuivent point. Seuls seront valables et produiront effet sur cette masse autonome, les actes entrepris en considération de sa gestion ou relatifs à sa marche. Les actes entrepris séparément par tel ou tel copropriétaire, à des fins autres que celles visant la masse collective, ne sont pas opposables à celle-ci.

Le copropriétaire ne peut pas vendre sa part dans le bien indivis, car ce serait contrevenir à la destination qu'a reçue la chose en devenant collective, et rendre l'acquéreur apte à détruire le but en vue duquel cette copropriété avait été établie.

Le copropriétaire ne peut pas grever sa part indivise du passif dont il est tenu envers ses créanciers ordinaires, car ce serait faire servir la chose commune à d'autres intentions que celles auxquelles elle doit répondre.

La masse commune a une représentation propre, qui résume tous les copropriétaires réunis ; traiter ou plaider avec cette représentation, c'est traiter ou plaider avec tous les propriétaires à la fois pour ce qui concerne la masse commune, se ménager un titre d'acquisition ou de poursuites sur cette masse, inversement donner prise aux réclamations de la représentation des propriétaires, eu égard à cette même masse.

Comment justifier ce régime de concentration, qui isole juridiquement les biens communs et leur imprime un caractère quasi-corporatif, sans cesser cependant de les faire reposer sur leurs copropriétaires ? Comment rendre compréhensible cette propriété collective, vivante et organique, autre qu'une simple juxtaposition de parts inertes, et sur laquelle nos lois semblent se taire ? Ce sont les écoles allemandes

qui l'ont mise en faveur, lui attribuant une origine germanique. Elles ont imaginé des constructions multiples, dont voici les trois principales : — *patrimoine d'affectation*, — *propriété en main commune*, — *extension aux tiers de la charte qui gouverne la propriété collective*.

287. — Patrimoine d'affectation. — La thèse de la division du patrimoine en masses diverses de biens, ayant une affectation distincte avec une vie séparée, a été défendue par plusieurs auteurs, notamment par M. SALEILLES : « Nous sommes en droit, dit-il dans son *Histoire de la commandite*, de revendiquer pour le droit moderne la conception, en dehors de toute personne fictive, de patrimoines séparés, ayant pour lien et pour base d'unification leur affectation, et constituant ainsi un gage spécial et réservé pour une masse spéciale de créanciers (*Annales de droit commercial*, 1897, p. 46) ». C'est la théorie allemande de BRINZ sur le *Zweckvermögen*. Les associés ont détaché de leurs biens ordinaires un ensemble de valeurs. Ces valeurs réunies ne vont pas à un être nouveau, chaque associé conserve sur eux une copropriété. Mais cette copropriété obéit à un régime spécial, et tout associé peut se dire que, à côté de son patrimoine propre, il a un fragment de patrimoine distinct, séparé de l'autre par une vraie barrière.

Cette thèse a sa part de vérité, mais elle se contente d'affirmer. Elle ne dit pas, juridiquement parlant, comment le « but » intervient pour déterminer la nature d'un bien ou d'un groupe de biens. Si la théorie procédait d'une pensée générale, il faudrait dire : 1° qu'un fonds de commerce appartenant à un seul individu forme, lui aussi, un patrimoine d'affectation, détaché du patrimoine libre (1) ; 2° qu'une exploitation rurale constitue également un fonds séparé, ayant ses créanciers et ses dettes, etc. Or, aucune de ces conséquences n'est vraie. Le patrimoine d'affectation n'est concevable que moyennant une publicité informant les tiers de sa durée et de sa consistance, publicité absente de ces deux exemples.

288. — Propriété en main commune (2). — Le moyen âge a pratiqué, notamment dans les sociétés taisybles, un mode de copropriété contrastant avec la copropriété romaine. On était en présence d'association reposant sur une intime liaison entre personnes vivant en commun. Les associés vivaient au même foyer ; leurs biens formaient une masse commune, sur laquelle chaque personne n'avait pas de droits déterminés correspondant à une quote-part indivise dont il pût disposer. En revanche, chacun avait le droit de jouir selon ses besoins personnels de la fortune collective. La société moderne descend de là (3).

(1) V. *supra* la note sous le n° 28.

(2) Elle a été présentée pour la première fois aux lecteurs français par M. JOSSERAND, dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, I, p. 357. M. MONGIN en avait eu précédemment l'intuition (*Revue critique de législation et de jurispr.*, 1890, p. 617. Depuis lors, elle a été explorée plus à fond par M. RICOL (th. Toulouse, 1907), et particulièrement au point de vue des sociétés, par M. GUIGAN (th. Lausanne, 1905). Dans la *Vie juridique du Français*, II, p. 189 et 452, MM. M. NAST et DE LA MORANDIÈRE en ont fait l'adaptation aux successions et à la communauté conjugale. De même, M. DONNEDIEU de VABRES, pour la copropriété des navires (*Ann. dr. comm.*, 1907, p. 356).

(3) V. MEYNIAL, dans la *Rev. trin. de droit civil*, 1903, p. 811 (compte rendu d'une thèse de M. MASSE, *Nature juridique de la communauté*).

Chaque copropriétaire ou coassocié a un droit sur le tout (*condominium in solidum*), limité par l'obligation de respecter le droit qu'ont les autres, également sur le tout. Les biens apparaissent au dehors comme grevés de cette charge de servir l'intérêt commun, et comme soustraits aux charges pesant individuellement sur tel ou tel intéressé. Cela leur imprime une nature objective propre, au regard de toute personne se mettant en relations avec le groupe des biens. Ce groupe échappe aux vicissitudes de fortune de chaque adhérent, en vue d'affronter les risques différents. Chaque copropriétaire étend la main sur le tout ; mais il faut que toutes les mains se rencontrent, pour qu'un acte contractuel ou judiciaire soit opposable à tous (*gesamte Hand*).

289. — Extension aux tiers de la charte qui gouverne la propriété collective. — La thèse précédente a de quoi séduire, elle n'est pas encore très claire. On peut lui communiquer un surcroît de force, en montrant que les engagements *personnels*, pris par des copropriétaires pour composer le groupe des biens et en assurer le fonctionnement, s'incorporent aux biens eux-mêmes, et deviennent des charges réelles affectant leur condition objective, *erga omnes*.

Par cela même que les copropriétaires ou coassociés ont disposé une affaire se révélant au dehors comme consacrée à une destination collective et parlant en son propre nom, ils ont construit une maison de verre et proposé aux tiers d'y plonger leur regard. Les tiers ont été rattachés aux stipulations sociales, en ce que le trafic des biens ne pourra s'exercer avec eux que conformément à ces stipulations.

290. — Suite. — Dans un contrat de société, il y a un *but* poursuivi et stipulé. Les actes conformes à ce but seront respectés : les actes contraires à ce but n'ont point de valeur, ni au regard des associés, ni au regard des tiers.

Dans un contrat de société, il y a une *durée* convenue. Cette durée fait loi pour tous : ni un associé, ni un tiers ne peut la raccourcir, et en vain l'acquéreur des droits du coassocié prétendrait-il, pour échapper à cette « servitude de durée », que le contrat social est pour lui *res inter alios acta*. Il n'est point admis à tenir pareil langage, la convention de durée faisant corps avec les biens, et l'ayant cause n'ayant pas plus de droit que son auteur (art. 1122 C. civ.).

Dans un contrat de société, il y a une *représentation* constituée par un système de permanence de mandat, centralisant dans un gérant les intérêts des associés, tant pour contracter que pour plaider à raison des biens communs. Cette représentation fait loi vis-à-vis des tiers, pour eux et contre eux. Et la mesure de cette représentation, tantôt large, tantôt étroite, c'est encore le contrat social qui la fixera, aussi bien pour les tiers que pour les associés. Tout acte qui y dérogerait serait sans valeur. La condition des biens est imprégnée de cette représentation : *sint ut sunt aut non sint*. Valeurs placées juridiquement sous l'empire de plusieurs, ramassés eux-mêmes dans un gérant dont le contrat de société trace les pouvoirs. Régime de *self government*.

Dans un contrat de société, l'associé se prive de la *faculté d'aliéner* les biens, même en partie, pour ses convenances individuelles. Les

biens sont objectivement grevés d'une défense d'aliénation, en dehors des ventes poursuivies dans l'intérêt commun. Cette défense est opposable même aux tiers, aux acheteurs ayant traité séparément avec un associé. La vente est nulle. — Si le droit de propriété emporte *jus abutendi* (art. 544 C. civ.), ce n'est qu'autant que ce *jus* n'a pas été amputé par une première convention le transportant à d'autres ou ne permettant plus que de l'exercer en commun. Les biens ne sont aliénables que sous réserve du pacte social. Et cela concorde bien avec l'art. 1860 C. civ., de tous les textes le plus probant en faveur de la personnalité morale, ou de la propriété en main commune : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner (ni engager) les choses même mobilières qui dépendent de la société ». Ne peut aliéner... même pour la part qu'il a dans ces choses, par conséquent POTHIER disait le contraire (*Traité du contrat de société*, n° 89) : il réservait à l'associé le pouvoir d'aliéner « dans la mesure de sa part sociale ». Il parlait de l'idée que l'engagement personnel de ne pas détourner la chose de son affectation en l'aliénant était un engagement pris *inter socios*, ne s'étendait pas aux tiers, ne se répercutait pas sur la condition des biens. Le Code civil a adopté un autre point de vue.

Dans un contrat de société, l'associé se prive de la faculté de faire servir les choses sociales au *paiement de ses créanciers personnels*. La promesse de les soustraire au gage de ceux-ci s'incorporant aux biens eux-mêmes, ces biens deviennent, vis-à-vis des tiers, insaisissables pour tous autres que les créanciers sociaux, et leur prix échappe à la collocation de tous autres que les créanciers sociaux. — Cela crée indirectement une *séparation de patrimoines* que la loi n'exprime pas formellement (si ce n'est peut-être par les deux mots « ni engager » de l'art. 1860 C. civ.), mais qui doit cependant être admise : le crédit social exigeant d'ailleurs impérieusement ce résultat. — Et qu'on ne proteste pas, en disant : C'est créer des privilèges sans texte ! En réalité, le privilège provient de ce que les biens sociaux ont été affectés par le contrat social à une catégorie de créanciers déterminés. — Ou encore : C'est contrevenir à la règle que quiconque s'oblige oblige le sien (art. 2092 C. civ.) ! Objection vaine : la chose que nous avons mise en société continue à être à nous, mais seulement sous la charge de la subordonner à l'intérêt social, à l'intérêt commun.

Dans un contrat de société, il y a un *siège* choisi pour toutes les significations à faire, relativement aux questions se rapportant aux biens sociaux. Ce siège fait loi, même pour les tiers. Le régime des biens en reçoit l'empreinte. C'est à ce siège que les associés sont censés groupés. Le siège devient une modalité de leur condition juridique.

291. — **Fin.** — Au total et en résumé, tout cela revient à affirmer que, en dehors des droits et charges de *nature réelle*, énumérés par la loi (art. 543 C. civ.) : propriété, usufruit, servitudes foncières, hypothèques, etc., il existe une autre charge réelle, dépourvue de dénomination dans l'état actuel de notre vocabulaire juridique, se rattachant en partie aux servitudes et en partie aux hypothèques, et résultant de la coordination d'intérêts entre personnes ayant organisé extérieurement une propriété collective, résultant de la structure moderne

reconnue au contrat de société. On prétend que l'énumération de l'article 543 est limitative, que la législation moderne répugne aux droits réels. Oui, en tant qu'il s'agirait de charges nuisibles à la mise en valeur des biens, faisant revivre l'ancien régime. Non, en tant qu'il s'agit de fournir au contrat de société son *maximum* de portée économique. Les choses sociales sont frappées d'une servitude générale et féconde d'obéir au statut social.

292. — Société sans existence au dehors. — Mais toutes les considérations précédentes supposent nécessairement une société s'ouvrant sur le dehors, manifestant son organisme au public, traitant *comme telle*. C'est peut-être le cas général, ce n'est pas le cas unique. La société romaine ne se révélait pas extérieurement ; la société réglementée par le Code civil donne aussi au premier abord (V. toutefois *infra*, n° 298) l'impression d'une masse de biens ne prenant pas vie extérieure et soumise seulement à des rapports de comptes entre coassociés. L'association commerciale en participation, qu'on retrouvera plus loin, est également une association fermée.

Il ne peut être question alors ni de personne morale, ni de patrimoine d'affectation, ni de propriété en main commune, ni de servitude d'observation du pacte social.

293. — Suite. — La société sans existence au dehors est occulte. La condition des associés se détache nettement de la condition des tiers. La nature intrinsèque des biens n'est plus touchée par les stipulations sociales. Au regard des tiers, le contrat de société n'existe pas. Il ne leur profite ni ne leur nuit. Le contrat de société n'engendre que des obligations personnelles entre ses membres.

Tout au plus peut-on ajouter que les parties ont composé un « fonds social » indivis, que les tiers sauront appartenir en commun aux sociétaires et sur lesquels les créanciers pourront exercer des poursuites : tantôt les créanciers ayant traité avec tous les sociétaires agissant sur l'ensemble, et tantôt les créanciers de l'un d'eux agissant sur la part indivise de leur débiteur. A tous autres égards, le contrat de société leur est ignoré. Ce qui conduit à ces résultats.

De deux choses l'une : a) Ou bien celui qui a été choisi pour gérant de cette société occulte passe les actes en son nom, tout en les traitant en réalité pour le compte de ses consorts en même temps que pour le sien. Ce gérant devient seul créancier, débiteur, acquéreur. Seul et personnellement, il est traduit en justice. Il rendra compte de ses opérations à ses mandats (*actio pro socio*), les principes de la représentation n'ont pas eu à se déployer.

b) Ou bien le gérant agit au nom de tous : ou encore tous concourent simultanément à l'opération. La créance ou la dette issue du contrat sera une créance ou une dette conjointe. Chacun des associés y prend une part, « part virile », et non point « part sociale », part égale déterminée par leur nombre, et non part proportionnelle à l'intérêt de chacun dans la société. Le gérant a dû justifier d'une procuration que ses coassociés lui avaient donnée, autrement les tiers n'auraient pas consenti à traiter avec lui dans de semblables conditions. — Mais ce n'est

pas à dire que les clauses du contrat social régleront les droits ou les devoirs des tiers. Les principes ordinaires du mandat seront alors seuls à jouer. On verra plus loin les grosses difficultés naissant de là, par rapport au point de savoir si les clauses limitatives de responsabilité des associés, inscrites dans l'acte de société, peuvent ou ne peuvent pas être proposées contre les tiers, contre les créanciers.

Derrière le gérant sont les associés à qui il rendra ses comptes, ou qu'il recherchera pour les faire participer à ses débours ou aux pertes. Le contrat de société déploiera tous ses effets, mais entre associés seulement.

294. — Sous le bénéfice de ces réserves concernant la société fermée, il n'est pas douteux que la société ne soit un tout organique, débordant le cadre des contrats. Est-ce là une preuve suffisante de la personnalité morale ? Nous ne l'avons point pensé. Cependant, il faut convenir que la fiction de personnalité est commode, et peu dangereuse en somme, s'il est bien entendu qu'on use par là d'une simple forme de langage, destinée à traduire la pensée d'une indivisibilité d'intérêts permettant aux parties d'agir à plusieurs comme si elles n'étaient qu'un seul (1).

295. — **Personnalité de la société civile.** — Avant de pousser plus loin l'étude de la personnalité morale, il faut chercher quelles sont les sociétés qui possèdent ces attributs précieux de figurer extérieurement sur la scène juridique sans confondre leurs biens avec ceux de leurs membres.

Le problème, tranché depuis longtemps en faveur des sociétés commerciales dans le sens de l'affirmative, a paru jusqu'à l'avant-dernière époque devoir se résoudre négativement pour la *société civile*.

Il n'est pas question ici d'une société civile qui se constituerait dans la forme d'une société de commerce : la condition de celle-ci demande une étude à part. Nous parlons de la société civile qui se fonderait à la teneur des dispositions du Code civil lui-même (art. 1832 et suiv.). Est-elle une personne morale, au sens que nous attachons nous-mêmes à ce mot dans les pages précédentes ?

La solution de ce point de droit se ramène à examiner si le droit civil a entendu permettre, ou au contraire interdire à une société de prendre vie au dehors et d'organiser des règles de droit profitables et opposables aux tiers.

Si l'on répond par une interdiction, les associés n'auraient pu traiter qu'un contrat destiné à s'appliquer à leurs propres relations, un contrat intérieur de comptes, dont les clauses sont sans effet pour le public ; la société n'aurait alors aucune valeur corporative.

Si l'on ne croit pas à une telle interdiction, l'économie de la société civile sera, dans ses grandes lignes, semblable à celle des sociétés de

(1) De là vient que, dans notre grande collection théorique et pratique de droit commercial, M. PIC, *Traité des sociétés*, n^{os} 161 et s., a conservé la théorie de la personnalité morale. La jurisprudence a en elle une foi inébranlable, elle n'a pas l'air de soupçonner seulement les autres constructions que lui oppose la doctrine.

commerce ; ce qui a pour résultat la reconnaissance de la personne morale (au sens figuré).

296. — Deux opinions sont aux prises : 1° La société civile est nécessairement une *société intime*, elle ne projette pas au dehors l'action de son organisme. A son égard, la personnalité morale serait presque un non-sens. Pour qu'elle fût une personne, il faudrait que la loi l'eût assujettie à des mesures de publicité ; cette publicité est absente.

Ce qui démontre bien que la société ne s'extériorise point, c'est que les clauses de l'acte social qui limiteraient la responsabilité des membres, telles que la clause dite « de commandite », ne sont pas opposables, en principe du moins, aux créanciers, lesquels sont admis à rechercher, à défaut de paiement, chaque associé indéfiniment sur tous ses biens pour sa portion virile, fût-ce au delà de la somme restreinte convenue entre les associés (art. 1863). C'est la négation même de la thèse de la personnalité.

Au surplus, la série des art. 1832 à 1873 vise exclusivement des rapports *inter socios*, sans découvrir un être autonome. Le mot *société*, employé dans quelques-uns de ces textes, est une expression elliptique, ne préjugant pas le fond des choses. La définition de tête du contrat de société est caractéristique : *mise en commun* cela veut dire indivision ; or la fiction de l'être juridique exclut cette indivision pour transporter la propriété des biens à la personne morale (n'insistons pas sur la pauvreté de ce dernier argument qui présente la personnalité tout à fait à faux).

Les art. 529 C. civ. et 69 C. proc., dont on a voulu faire la clef de voûte de la personnalité des sociétés, concourent à établir la même doctrine. Ces dispositions, prises dans leur rédaction textuelle, ne concernent que les sociétés de commerce.

Telle était la jurisprudence jusqu'en 1891. L'opinion ancienne est encore défendue par M. GUILLOUARD et par M. WAHL (dans la collection BAUDRY, *Traité du contrat de société*).

297. — 2° Une nouvelle thèse s'est substituée à celle-là. L'arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 23 février 1891 (D. 91, 1, 337) a reconnu à la société civile les attributs attachés à la personnalité morale, et des décisions postérieures ont confirmé ce système.

Les arguments que donnent les motifs de ces arrêts sont très fragiles : ils se fondent principalement sur l'emploi du mot *société* par divers articles du Code civil, pour dégager la volonté qu'a eue la loi d'élever le groupe des associés au rang d'une personne. Il n'en est rien cependant. Il faudrait que dans les articles où figure ce mot de *société*, la loi montrât le groupe des associés traitant avec les tiers : l'expression aurait alors une certaine portée. Or il se trouve au contraire que les situations visées par ces textes concernent presque toutes les relations des associés entre eux.

298. — La thèse peut mieux faire que s'en tenir à ces arguments un peu puérils. Du moment que le droit de s'ouvrir au dehors est

reconnu à la société de commerce, pourquoi n'en serait-il pas de même pour la société civile ? Le tout est de savoir si elle l'a voulu ou non. Lorsqu'elle agit de manière occulte et sans se révéler, la société sera un simple rapport de comptes. Mais lorsque son administrateur agit ès qualité au nom des pouvoirs que l'acte de société lui confère, la société aura les mêmes prérogatives que la société de commerce.

Sans doute, il n'y a pas de publicité organisée par la loi. C'est la publicité de fait qui en tiendra lieu. La loi n'a pas cru indispensable, dans la vie civile où l'on a le temps de se renseigner, d'instituer un système d'extraits dans les journaux ou de dépôt d'acte au greffe. Bref, ainsi que le dit M. LABBÉ, la séparation entre la société personnalisée et la société simple contrat « se fera d'après la manière dont elle se comportera au regard des tiers ». V. aussi TROPLONG, *Du contrat de société*, II, p. 354.

L'art. 1860 C. civ. montre qu'une société civile peut se produire extérieurement comme telle : la vente qu'un associé aurait faite de sa copropriété lui est inopposable, donc elle a force d'effet au dehors. Ce texte, sur lequel nous basons la théorie de la pseudo-personnalité, s'applique à toute société quel qu'en soit l'objet, et c'est dans le Code civil qu'il a son siège.

Quant à l'art. 1863, on démontrera, quand le moment sera venu, qu'il n'a pas la signification qu'on lui prête : en dépit d'une interprétation trop étroite de ce texte, la clause sociale limitative de responsabilité est bien opposable, par elle-même, aux tiers qui ont traité avec l'administrateur de la société.

Au total, qu'elle soit ou non le fruit d'une jurisprudence prétorienne, la thèse nouvelle n'est pas seulement acceptable, elle est bonne et plausible. Elle témoigne de la tendance qu'éprouvent les vérités économiques ou juridiques reconnues d'abord en matière de commerce à se généraliser, à se répandre même sur le droit civil. Cette loi de propagation, vraie déjà du *jus gentium* romain, a eu dans le droit moderne de nombreuses occasions de se manifester (1).

(1) Aux auteurs cités dans le corps de l'étude précédente, il faut ajouter comme s'étant occupés spécialement de la personnalité : THIRY, dans la *Rev. critique de lég. et de jurispr.*, 1854 et 1855 ; M. VAUTHIER, *Etude sur les personnes morales*, 1886 ; MEYNIAL, notes dans *Sirey*, 1892, 1^o p., p. 73 et 497 ; VANDERNOTTE, *De l'organisation des sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers*. Paris, 1898, et *Ann. dr. com.*, 1898 ; GUÉRIN, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1902, p. 245 et 308 ; et surtout MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, et SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910, déjà cités n^o 124 ; — en Italie, une pléiade d'auteurs, en tête desquels figure, à raison de l'étendue des développements qu'il a consacrés à cette question et de son exposition pleine de verve et d'entrain, le prof. MANARA, de Gênes, l'adversaire le plus résolu de la personnalité morale. *Delle società e delle associazioni commerciali*, 1^{re} partie du tome II, 1902 ; *La pretesa impossibilità del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione e la pretesa personalità giuridica delle società commerciali*, 1911 (*Ann. dr. comm.*, 1911, 161) ; *A propos des sociétés de commerce irrégulières et de leur prétendue personnalité juridique*, traduit par J. ESCARRA, *Ann. de dr. com.*, 1912, 339. V. aussi FERRARA, *Le persone giuridiche*, dans le *Traité de droit civil* de PASQUALE FIORE ; — en Allemagne, ADLER, *Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895.

L'opinion allemande était pendant longtemps demeurée réfractaire à l'idée de personnalité pour les sociétés autres que les sociétés par actions. Le professeur LEHMANN, dont l'autorité est grande, traduit pourtant une impression différente : « La thèse de la personnalité, dit-il, est peut-être recommandable même pour l'Allemagne au point de vue de

299. — **Conséquences de la personnalité des sociétés.** — Il n'est que temps de développer les conséquences à tirer de l'autonomie de la société, de ce qu'on est convenu d'appeler la personnalité morale. Nous en exposons un certain nombre, sans prétendre les épuiser toutes.

1° *Affectation exclusive des biens de la société aux créanciers sociaux.*

Les partisans de la doctrine classique expliquent ce résultat très simplement.

Les biens sociaux sont sortis des patrimoines respectifs des associés ; ils font partie d'un patrimoine nouveau. Ils ne composent donc plus le gage des créanciers personnels, soit que le titre de ceux-ci remonte à une époque antérieure à la formation de la société, soit qu'il date d'une époque plus récente. Les créanciers sociaux, qui sont les seuls à avoir traité avec la personne morale, n'auront à craindre aucune compétition, en tant du moins que c'est sur les biens de la société qu'ils voudront se faire payer.

Notre explication est plus compliquée, mais en réalité plus vraie.

a) Les créanciers personnels peuvent-ils poursuivre un bien social ou l'ensemble des biens sociaux ? — Non. Le débiteur a, sans doute, une copropriété sur ces biens qui paraît devoir être leur gage. Mais que saisiront-ils ?

Un bien social déterminé, une usine ? Aucun adjudicataire ne se présentera, il faudrait pouvoir lui donner l'assurance que le bien sera mis dans le lot de l'associé saisi. S'il est mis dans le lot d'un autre associé, la fiction du partage déclaratif (art. 883 C. civ.) fera présumer que l'associé saisi n'en a jamais été propriétaire. Or, ce n'est que lors du partage, après que la société aura pris fin, qu'on sera renseigné à cet égard.

Saisiront-ils en bloc la copropriété de leur débiteur sur tous les biens sociaux ? Cela n'est pas davantage praticable. L'adjudicataire ne pourrait pas être substitué à la situation qu'occupe dans la société l'associé saisi. Le titre d'associé est personnel et ne peut être transmis à d'autres (sauf en ce qui regarde la part d'associé qualifiée *action* : l'action est certainement saisissable et peut être vendue aux enchères). Il faudrait donc que le créancier saisissant pût au préalable faire liquider les droits de son débiteur dans la société. L'obligation de respecter le pacte social y met obstacle, l'action en partage est suspendue jusqu'à la dissolution.

b) Les créanciers personnels pourront-ils, du moins, lorsqu'un bien social aura été saisi et converti en argent à la requête des créanciers sociaux, concourir avec ces derniers au marc le franc ? — Non, ils

la législation à faire, car elle conduit à des résultats plus clairs et plus simples et écarte des motifs nombreux de doute, surtout au point de vue de la procédure. (*Lehrbuch des Handelsrechts*, 1908, p. 280, n. 9). Dans un article paru en 1913 (*Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person*, dans la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht...*, 1913, p. 456), le professeur KOHLER soutient même qu'il faut dès aujourd'hui considérer en droit allemand la société en nom collectif comme une personne juridique (mais voir la réplique de LEHMANN, à la suite de l'article de KOHLER). Plus récemment WIELAND (*Handelsrecht*, I, Leipzig, 1921, p. 425) revient sur l'idée de KOHLER et déclare que, même en ce qui concerne les sociétés de personnes, la notion de la *Gesamte Hand* est insuffisante, et qu'il faut la compléter en les considérant elles aussi comme des personnes juridiques. V. *Annales de droit commercial* 1921, n° 2. **BIBLIOGRAPHIE.**

sont tenus de laisser passer ces créanciers sociaux avant eux. Autrement, ils affecteraient l'argent de la société, toujours au mépris des conventions sociales, à un but individuel, à un but différent de celui que se proposait la société. Cet argent doit servir à remplir de leurs droits ceux qui ont fait foi à tous les associés réunis, non ceux qui ont traité avec tel ou tel associé pour une autre cause. Ce n'est que sur l'excédent du prix de vente, une fois les créanciers sociaux remplis de tous leurs droits, qu'ils pourroient se faire colloquer. Cela même ne sera possible qu'à la liquidation définitive ; ils peuvent faire opposition à ce que cette liquidation se fasse en leur absence (art. 882) ; tant que la société suit son cours, c'est elle qui a droit au reliquat du produit de la saisie, les créanciers sociaux étant remboursés.

Mais ces résultats, on le verra, sont subordonnés à une publicité régulière que le contrat de société aurait reçue.

300. — Ce n'est pas que les créanciers personnels soient dénués de toute espèce de droits :

1° Ceux d'entre eux qui avaient hypothèque sur un immeuble apporté ensuite en société, peuvent, s'ils ont conservé cette hypothèque en temps utile, exercer le droit de suite contre la société, contre les associés réunis.

2° Si la formation de la société a eu lieu en fraude de leurs droits avec la complicité de tous les associés, ils pourront exercer l'action paulienne pour faire tomber le contrat de société en tant qu'il leur cause dommage (art. 1167 C. civ.). Ils auront même une action plus commode à cet effet, l'action en nullité de l'art. 447 C. com., lorsque la constitution de cette société a pris date depuis la cessation des paiements de leur débiteur, à supposer celui-ci commerçant. On se borne ici à un simple renvoi au droit de la faillite (n^{os} 1809 et suiv.).

3° S'il y a des bénéfices exigibles par suite des bonnes affaires faites par la société, les créanciers personnels pourront pratiquer saisie-arrêt auprès du siège social sur la part de ces bénéfices afférant à leur débiteur.

4° Si leur débiteur fait faillite à raison de la rupture d'équilibre de sa fortune, cette faillite entraîne dissolution de la société dont il était membre (art. 1865-4°). Les créanciers personnels pourront provoquer la liquidation de cette société et, si elle dispose d'un actif net, tout son passif étant préalablement acquitté, les créanciers personnels feront leur profit de la part de leur débiteur dans cet actif net.

301. — 2° *Acquisition ou aliénation de biens par la société, conclusion par elle de créances ou de dettes en vertu de la représentation des administrateurs.*

Le contrat de société ou les actes postérieurs qui le complètent érigent les administrateurs, au regard du public, en représentants du groupe des associés, représentants dûment qualifiés pour accomplir, dans la mesure des pouvoirs qui leur sont attribués, les opérations de divers ordres rentrant dans l'objet statutaire. On reviendra sur le détail de la publicité concernant cette habilitation des administrateurs. L'acte sera nul s'il est accompli par un associé sans pouvoir, ou

encore par un administrateur excédant ses pouvoirs (n^{os} 368, 408 et suiv.).

302. — Les administrateurs peuvent acquérir des biens à titre onéreux. Peuvent-ils également *acquérir à titre gratuit* ?

La capacité pour une société civile ou commerciale de recevoir des donations a fait question. Les uns ont dit : Ce genre d'acquisition menace de multiplier les biens de mainmorte ; les pouvoirs publics doivent exercer leur contrôle ; il faut conformer les sociétés à la règle établie pour les établissements publics ou d'utilité publique par l'art. 910 C. civ., ne pas interdire absolument les donations, mais les subordonner à un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique, CAMBERLIN, *La Loi*, 18 mai 1881).

Les autres ont poussé la sévérité plus loin. La donation est absolument interdite à une société. Celle-ci contreviendrait à son but, en s'assurant des ressources autrement que par le trafic. La personnalité morale ne lui a été conférée qu'en vue d'une fonction limitée (LABBÉ, note au *Journal du Palais*, 1881, 1233 ; Trib. civ. Reims, 12 mai 1911, *Journ. des Soc.*, 1911, 510).

Aucune de ces deux solutions n'est juste. L'extension de l'art. 910 C. civ. aux sociétés supposerait une identité de leur organisme avec celui des personnes morales d'intérêt public, ce qui n'est point. Les biens advenus à une société ne sont pas immobilisés comme ceux qu'un hôpital peut être appelé à recueillir et, quant au danger pour l'Etat de voir se créer à côté de lui des groupes puissants de capitaux, il est tout aussi réel à l'égard des sociétés qui se développent par le jeu naturel de leur exploitation.

Soutenir, d'autre part, que la société qui reçoit une donation déroge à son objet ou à son *but*, cela n'est pas plus exact. Son but, c'est telle nature d'exploitation. La donation n'y fait point échec. Elle sert plutôt ce but lorsque la libéralité est affectée à des œuvres ouvrières, économes, caisse de secours ou autres, et qu'il s'agit d'une entreprise qui a besoin d'un personnel de manufacture ou de nombreux commis (la plupart des donations aux sociétés présenteront ce caractère, l'*animus donandi* ne pouvant guère se concevoir autrement à leur égard. V. LOR, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, 1895).

Ce qui est vrai, c'est que l'acceptation d'une donation n'est pas un acte rentrant dans les pouvoirs ordinaires des administrateurs (à moins que les statuts n'en aient autrement décidé). Il faudra que les associés (ou l'assemblée générale dans une société par actions) les y autorisent expressément.

Sera-t-il indispensable, si la donation a lieu en forme notariée, et pour déférer aux exigences des art. 931 et 932 C. civ., que l'acte d'acceptation désigne *nommément* tous les bénéficiaires, tous les associés ? Cette condition dans une société par actions serait en fait impossible à remplir. Il suffit que l'acceptation ait lieu elle-même en la forme authentique (ce qui suppose la présence d'un notaire à l'assemblée générale) (1).

(1) Mais si, malgré sa forme apparente de société, le groupement qui bénéficie de la

Tout cela ne prouve pas que les sociétés soient exclues par la loi de la faculté de recevoir des donations : autre chose est l'*objet* d'une société et autre chose sont les *pouvoirs* de ses gérants (Trib. Seine, 30 mars 1881, D. 83, 2, 31, et motifs de Req., 2 janvier 1894, D. 94, 1, 81, et 29 octobre 1894, D. 96, 1, 145 ; LYON-CAEN, *La Loi*, 27 avril 1881 ; HAURIUO, etc.).

Mais, comme en réalité c'est aux associés eux-mêmes que la donation est adressée sous le voile d'une personnalité morale purement imaginaire, comme la donation leur est faite à charge d'en affecter le montant à la société existant entre eux, on doit en conclure que les associés doivent ne pas être frappés au regard du donateur d'une incapacité personnelle de recevoir à titre gratuit. Autrement, la donation tombera, tout au moins au regard de l'associé incapable et dans la mesure de sa part (enfant adultérin, docteur en médecine ayant traité le donateur dans sa dernière maladie). Ce tempérament, qu'on ne peut justifier dans la doctrine classique de la personnalité, s'impose à quiconque entrevoit ici les détours possibles pour se soustraire à la loi et la nécessité de les conjurer.

303. — De même que les administrateurs peuvent procurer des biens à la société, de même ils peuvent acquérir des créances pour elle et en son nom, de même ils peuvent l'obliger par leurs engagements.

Dans ces conditions, s'il y a des paiements à recevoir au compte de la société, l'administrateur est seul admis à les toucher. Tout paiement, même partiel, fait à un autre associé que lui, serait inopposable à la société. Le débiteur serait obligé de payer une seconde fois.

Les art. 1848 et 1849 C. civ. disent ou sous-entendent le contraire. Ils supposent que chaque associé se fait payer séparément des autres sa part dans la dette, sauf ensuite à faire compte à la masse. Ils considèrent ce paiement comme libératoire en faveur du tiers.

On s'est servi de ces dispositions pour combattre la personnalité de la société civile, mais à tort. Elles visent une société de nature purement intérieure, dont les créances sur les tiers seraient de simples créances conjointes. Elles n'excluent point la faculté pour une société de prendre jour sur le public et d'échapper à ce régime en faisant réfléchir ses statuts sur la condition des tiers.

Les engagements de la société sont *contractuels* ou *délictuels*. L'étude complète du sujet est reportée à plus tard. Si l'administrateur peut obliger la société à réparer le tort qu'il a causé par des délits à l'occasion de ses fonctions, c'est à cause de la responsabilité civile encourue par le commettant du fait de son préposé (art. 1384 C. civ.).

Ces délits peuvent être d'ordre correctionnel et emporter l'application d'une *peine*. Lorsqu'il s'agit d'une peine corporelle d'emprisonnement, c'est l'administrateur coupable qui l'encourt, et non pas les autres associés. Si la peine encourue est l'*amende*, on est tenté de dire

donation constitue en réalité une association sans but lucratif, la libéralité pourra être annulée. V. Req., 29 novembre 1897, *Journ. des Soc.*, 1898, 209 ; Trib. civ. Le Havre, 20 juin 1911, *ibid.*, 1912, 39.

que cette amende pourra être recouvrée contre le siège social, contre la société.

Cette solution n'est admise qu'à l'égard de certaines amendes fiscales (contravention en matière de douanes, d'octrois, de contributions indirectes), parce qu'alors on considère ces amendes comme tenant lieu de dommages-intérêts au profit de l'Etat.

En dehors de ces exceptions, l'amende est personnelle à l'auteur du délit (1). La théorie de la responsabilité civile est de nature toute privée. Elle ne peut faire qu'une pénalité, même pécuniaire, décernée contre un agent, rejaillisse sur les commettants de celui-ci. On a bien cherché à établir une distinction entre les *organes* d'un établissement ou d'une société, lesquels incarneraient la volonté et la responsabilité de l'établissement lui-même, et les *représentés* agissant en sous-ordre. Les amendes encourues par les premiers constitueraient une dette de la personne morale, non pas celles encourues par les seconds (théorie de GIERKE). Cette distinction subtile n'a point de base dans la loi (MICHOUX, *Revue de droit public*, 1895, I, p. 419). L'amende est une survivance du régime d'autrefois, qui voyait dans la peine pécuniaire une rançon, un *Wehrgeld*, une composition pour racheter sa liberté envers la partie lésée. Celui qui n'encourt pas l'emprisonnement n'encourt pas davantage l'amende (En sens contraire, MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899, p. 287).

304. — 3° *Représentation de la société en justice par ses administrateurs.* — Ceux-ci plaident es qualité, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs. Les actes de procédure, pourvu qu'ils les mentionnent comme agissant ou comme pris du chef de la société (Civ. rej., 9 mai 1906, D. 1906, 1, 208), n'ont pas à dénommer les associés. L'adage *nul ne plaide par procureur* ne contredit pas ce résultat. La société est citée en justice par copie unique (art. 69-6° C. proc. civ.). L'administrateur qui engage un procès n'a pas à faire l'énumération de ses coassociés. Le jugement de condamnation, obtenu contre l'administrateur es qualité, est exécutoire par là même sur tous les biens du capital social.

Il en est de même à l'égard des sociétés civiles et des sociétés commerciales depuis le revirement de jurisprudence accompli en 1891. L'étroitesse de la formule employée par l'art. 69 n'y met pas obstacle.

Quelle est la raison de cette faveur de procédure ? L'école classique répond : C'est la société qui assigne ou qui est assignée. La société forme une personne unique.

Nous dirons autre chose : Actionner une société, c'est actionner tous les associés par rapport à l'intérêt commun engagé dans leur société. Etre assigné par une société, c'est être attaqué par tous les associés agissant également en cette fonction.

Pourquoi la procédure impose-t-elle la désignation nominative des plaideurs dans les exploits ?

(1) Le Conseil d'Etat cependant semble admettre que l'amende peut être prononcée même contre la société (21 janvier 1925, D. 1926, 3, 54).

En laissant de côté le reste de formalisme sacramentel dont cette règle est entachée, il y a à la base de cette exigence une raison légitime (v. PERCEROU, dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1898).

a) Un plaideur doit savoir qui au juste l'assigne. Un mandataire qui fait un procès pour le compte d'un groupe, sans donner les noms des individus de ce groupe, ne fait pas connaître au défendeur ses adversaires. Il l'empêche d'opposer les moyens de défense qui lui appartiendraient contre eux et dont il ne manquerait pas de se servir s'ils lui étaient connus.

b) Un plaideur, d'autre part, doit dire quelles personnes il assigne. S'il attaque un mandataire pris sous son seul nom, ce mandataire sera empêché de faire valoir les exceptions dont disposeraient les défendeurs véritables dissimulés derrière lui ; ou bien, pour user de ces exceptions, il lui faudra d'abord révéler les véritables ayants droit, tâche qui incombait bien plutôt à celui qui a introduit la demande.

Dans un procès engagé ou suivi pour le compte d'associés réunis, il n'y a plus à craindre de priver les véritables plaideurs de leurs moyens défensifs, en ne les dénommant point dans les actes, ou à l'inverse, de leur permettre de surprendre l'adversaire en gardant eux-mêmes le masque. Mentionné ou non dans les exploits, l'associé n'a ni plus ni moins de droits.

a) Les seuls moyens que puisse opposer l'associé contre la demande sont ceux qui sont nés du chef de la société ; s'il n'proposait d'autres, il confondrait les affaires sociales avec les siennes, il jetterait le trouble dans la marche de la société par suite de cette confusion. Or ces moyens, dans le cercle desquels il est enfermé, les administrateurs sont en mesure de les opposer tout comme lui ; l'énonciation de l'associé dans les actes était donc inutile.

b) De même quant au pouvoir pour le tiers assigné par la société d'opposer des exceptions. Les seules exceptions recevables sont celles qui sont nées du chef des affaires sociales. Le tiers n'est pas admis à se défendre par des moyens qu'il aurait séparément contre tel associé. Autrement, l'organisation sociale serait paralysée par une opération d'ordre individuel, ce qui est inadmissible. L'indication du nom des associés ne servirait donc en rien aux défendeurs, et voilà pourquoi elle n'est pas requise.

305. — La question examinée en dernier lieu nous amène, par une transition naturelle, à parler de l'exception de *compensation*, sans qu'il soit besoin de lui ouvrir un chef d'étude spécial.

a) Une créance exercée au nom de la société ne peut être compensée au moyen d'une créance appartenant au défendeur contre l'associé. La société A B poursuit C ; celui-ci devra payer, bien que A lui doive en compte particulier une somme égale (Rej., 7 février 1905, S. 1906, 1, 15).

b) De même, une créance exercée contre la société ne peut être compensée par une créance appartenant en propre à un associé contre le demandeur. — C poursuit la société A B ; celle-ci devra payer, bien que C doive une somme égale en propre à l'associé A.

La doctrine classique dit : Les créances et dettes sociales d'une part, les créances et dettes d'associés d'autre part, ne reposent point sur les mêmes têtes, d'où exclusion de toute compensation (art. 1289 C. civ.).

Nous dirons, nous : Si, dans le premier exemple, C pouvait débouter le siège social en excipant de sa créance sur A, cela reviendrait de sa part à se servir d'une valeur sociale, la créance litigieuse, pour éteindre une obligation propre à un associé, ce serait détourner les biens de la société de leur affectation, ce serait manquer aux statuts. — Si, dans la seconde espèce, la société assignée par C pouvait débouter celui-ci en excipant de la créance que A possède contre lui, ce serait encore mêler les intérêts sociaux et les intérêts individuels au mépris de l'acte social, et cette fois au détriment d'un tiers, qui préfère toucher d'abord sa créance vis-à-vis de la société, et ne payer l'associé que lorsque sa dette sera réclamée par lui. Or, l'acte social a pleine valeur au regard des tiers comme au regard des parties contractantes.

306. — En résumé, l'unité des exploits et actes de procédure ne tient pas à l'unité de plaideur (car il y en a plusieurs) (1), mais à l'indivisibilité d'intérêt existant entre eux et à l'inutilité de les dénommer tous. L'affranchissement de la règle : *nul ne plaide par procureur*, n'implique point la personnalité morale.

Si stricte que soit la loi en matière de procédure, la volonté des parties peut l'écartier, là où elle le fait sans nuire à personne : la maxime n'est pas d'ordre public (Req., 13 novembre 1893, D. 96, 1, 234). Je puis, par exemple, constituer publiquement un procureur en donnant aux tiers pouvoir d'assigner ce procureur *ès qualités*, sans qu'ils aient à mentionner mon nom dans les pièces, et comme s'il était moi. Or, en matière de société, l'usage a institué l'équivalent d'une convention semblable, tant en faveur des associés réunis que contre eux ; cette pratique vaut autant qu'une loi écrite.

307. — 4° *Détermination par l'acte de société, même au regard des tiers, de la mesure de responsabilité des associés pour les dettes sociales.*

Si la société n'avait que la valeur d'une convention liant seulement les parties, les tiers poursuivraient le paiement des dettes conclues pour le compte du siège social contre celui des associés qui a contracté avec eux, ou lorsqu'ils ont contracté ensemble, contre eux tous, pris sur leur patrimoine indéfini, et sans égard aux clauses contraires de l'acte de société.

(1) C'est pour cela que les deux thèses suivantes, consacrées en pratique, nous paraissent fort sujettes à caution : — a) La demande exercée pour ou contre la société excède dans son objet 1.500 francs, mais l'intérêt du procès, divisé par hypothèse entre les associés, représente pour chacun d'eux une somme inférieure à 1.500 francs. Les partisans de la personnalité morale considèrent le jugement rendu en l'affaire comme comportant appel ; les défenseurs de la thèse nouvelle le contestent ; — b) La demande formée contre la société A B C n'est pas, d'après la doctrine classique, présumée formée contre plus de deux membres, au sens de l'art. 49-6° C. proc. civ., lequel dispense du préliminaire de conciliation les causes où les défendeurs sont en nombre supérieur à deux. Donc, si l'affaire est portée devant le tribunal civil de première instance (situation rare dans les sociétés de commerce), le demandeur devra d'abord tenter la conciliation en justice de paix. Nous répétons que cela n'est pas certain.

Cela n'est point. Grâce à la manière publique dont la société se comporte, grâce à ce qu'on appelle la personne morale, les dispositions réglant la mesure de la responsabilité des associés produisent effet même vis-à-vis des créanciers. Car elles sont censées avoir été reproduites jour par jour dans chacun des marchés que l'administrateur a traités en leur nom.

De là vient que la limitation à 100, à 1.000 ou à 10.000 francs de l'engagement de l'associé au passif social, limitation qui est le trait propre de la commandite ou de l'action, fait la loi non seulement des parties contractantes, mais aussi de leurs relations avec le dehors. On se demandera plus loin si dans la société civile domine le même principe (n^{os} 751 et suiv.). Les observations précédentes nous font d'avance pencher vers l'affirmative. C'est parce que le préjugé refusant à la société civile le droit de s'extérioriser est demeuré tenace, que l'opinion contraire a conservé des partisans.

308. — La thèse de la personnalité (ou celle que nous proposons à sa place) n'a point pour résultat forcé de circonscrire le gage des créanciers au capital de la société. Il existe bien certains types de société dans lesquels les associés ne peuvent être recherchés au delà de ce capital, grâce à la clause de responsabilité limitée pour tous les membres, ci-dessus rappelée : la société anonyme, la société à responsabilité limitée.

Mais ce n'est point le cas général. Les associés peuvent être garants du paiement des dettes de la société sur la totalité de leur fortune, même par conséquent sur ceux de leurs biens qui ne sont pas engagés dans la société. Les créanciers ont alors un droit de poursuite double : 1^o contre le capital social avec une situation de préférence ; 2^o contre le patrimoine de chaque associé, sans être préférés aux créanciers propres au dit associé.

La personnalité morale de droit administratif est bien différente : les créanciers d'un établissement public ou d'utilité publique (bureau de bienfaisance, hôpital) ne peuvent se payer que sur les biens de cet établissement.

309. — 5^o *Acquisition par la société d'un domicile*, où lui seront signifiés les actes, où elle sera censée se trouver pour la manifestation normale de sa vie juridique.

La doctrine de la personnalité dit : Tout être a besoin d'un domicile, il est au lieu de son principal établissement (art. 102, C. civ.). La société a une existence séparée, un domicile propre. C'est logique.

Nous dirons, nous : Le domicile de la société n'est pas un domicile naturel, mais un *domicile d'élection* (art. 111). Sur ce point nous nous rencontrons avec M. PLANIOL (I, n^o 728). Il a été entendu, par la formation même de la société, que pour toutes les questions se rapportant à l'exécution de ce contrat, les parties substituaient au domicile personnel et respectif de chacune d'elles un lieu plus commode, celui où les intérêts sociaux sont ramassés et concentrés. Cette règle fait loi entre les associés et à l'égard des tiers.

Seulement, quel est ce domicile ? On peut hésiter entre le *siège*

social et le *siège d'exploitation*, dans le cas où ces deux endroits ne se confondraient pas. Le *siège social* est celui où résident les organes juridiques de la société, administrateurs, assemblées générales, et où sont délibérés les contrats et marchés se rapportant à la marche de l'entreprise. Le *siège d'exploitation* est celui où s'exercent les opérations techniques de la société, manufactures ou autres. — Ex. : Une société d'armements maritimes a son siège administratif à Paris, et le centre de ses opérations de navigation dans le port d'attache de ses navires. L'endroit où fonctionne une usine de papiers peints n'est pas nécessairement celui où se trouvent les bureaux de correspondance de la société avec la clientèle. Ces deux endroits peuvent même se trouver dans le ressort de deux Etats différents.

Bien que certains auteurs (par exemple MM. LYON-CAEN et RE-NAULT) continuent à fixer le domicile de la société au centre matériel d'exploitation (ce qui soulève de grosses difficultés lorsque ce centre n'est pas unique), la jurisprudence se prononce, à bon droit, quoique peut-être d'une manière évasive (Req., 25 février 1895, D. 95, 1, 341), en faveur du *siège social*, lieu d'attache des organes juridiques, nécessairement fixé par l'acte de société. Ce domicile ne pourra être contesté qu'autant que le *siège social* serait purement fictif et ne répondrait pas à l'état réel des choses (Paris, 9 novembre 1922, *Recueil pratique des Sociétés*, 1923, p. 79).

La question est très importante : 1° dans l'opinion généralement admise, et sous réserve de controverse (v. *infra* Chap. VI), pour la détermination en droit international de la nationalité d'une société, et par là des règles légales présidant à sa constitution et à son fonctionnement, ces règles n'étant pas les mêmes en France, en Allemagne, etc. (En acceptant la thèse du domicile au *siège technique*, une société, telle que celle de l'isthme de Panama, serait américaine et non française) (1) ; — 2° pour la compétence du tribunal appelé à statuer sur les procès entre associés, sur les procès en nullité, en dissolution, en paiement d'apports, avec la fixation du lieu où citation doit être donnée à la société (art. 59-5° C. proc. civ.) ; — 3° pour la détermination du tribunal qui prononcera la faillite de la société (art. 438 C. com.).

310. — Mais ce domicile général et unique résultant de l'adoption d'un *siège social* n'exclut pas la possibilité pour la société d'avoir d'autres domiciles multiples, également élus, se rapportant respectivement à ses différents actes d'exploitation, et eu égard aux procès qu'elle peut avoir à soutenir non pas avec ses associés, mais avec les tiers (2).

Ex. : Je charge une marchandise à la gare de Libourne. Ce n'est pas

(1) Il faut reconnaître à la thèse classique de la personnalité morale ce mérite — en admettant que c'en soit un — qu'elle est la seule de toutes en mesure d'expliquer comment la nationalité d'une société, résultant de l'endroit de son siège peut n'être pas influencée par la nationalité personnelle de ses membres. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, 1914, p. 117 et s. V. *infra*, Chap. VI.

(2) Cette observation est vraie pour les entreprises individuelles aussi bien que pour celles qui sont constituées en société.

dans cette gare que se trouve le siège social de la Compagnie d'Orléans, lequel est fixé à Paris. Si le transport donne lieu à un procès, l'expéditeur pourra considérer la gare de Libourne comme étant un domicile d'élection, par rapport au contrat de transport qui y a été conclu (ou encore par rapport à tous les transports conclus dans la zone d'exploitation de cette même gare).

A une condition cependant : c'est que cette gare soit pourvue d'un personnel ayant pouvoir à l'effet de recevoir les réclamations du public et de négocier les affaires de service de la ville ou de la région. Ainsi en sera-t-il des agences ou « succursales ».

Ce domicile d'élection *spécial* est le fruit d'une convention tacite échangée entre la société et ses clients, par conséquent le fruit d'un usage. Il n'est pas limité à la matière des contrats : même en cas de délit, le demandeur peut s'en prévaloir. Celui qui a été blessé à un passage à niveau, faute de fermeture des barrières, peut considérer comme domicile de la Compagnie de chemin de fer la gare principale dans le ressort de laquelle se trouve le point du réseau où a eu lieu l'accident.

Comment partir de l'idée d'une convention tacite ? En supposant, ce qui est vrai, que la société a accepté d'avance au regard du public les significations qui lui seraient faites en ladite gare pour toutes les affaires de la zone, quelle que fût la cause de l'obligation.

Il faut bien s'entendre sur la portée de ce domicile spécial, essentiellement variable. Il peut avoir pour résultat d'attribuer juridiction au tribunal du lieu. Mais le plus souvent, en droit commercial, ce tribunal sera d'ores et déjà compétent, pour une autre raison : le tribunal du lieu du contrat, sous certaines conditions à étudier ultérieurement, a compétence à l'effet de connaître les difficultés qui en naîtront (art. 420 C. proc. civ.). Le véritable intérêt qu'il y a à caractériser ce lieu comme un domicile d'élection, réside en ce que, grâce à cette interprétation, la société sera valablement assignée en la personne des agents de la gare secondaire ou de la succursale, sans que le demandeur soit tenu de donner citation au siège social (1).

311. — 6° Application du régime légal de la faillite à une société. —

Il faut admettre qu'il s'agit d'une société commerciale ; car dût-on la considérer comme un être à part, la société civile n'encourt pas la faillite, institution limitée aux commerçants.

La société commerciale, même la société anonyme, est sujette à la faillite lorsqu'elle suspend ses paiements (art. 438 C. com.). Elle peut également user de la liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 3, ou du règlement transactionnel pour cause générale de guerre (art. 1 et 22, L. 2 juillet 1919).

Rien n'est plus naturel, disent les partisans de la personnalité proprement dite. La faillite est un mode global de liquidation de tout un patrimoine. L'actif social représente l'intégralité du patrimoine de la société.

(1) Ce système dit « des gares principales », n'est pas spécial cependant aux Compagnies de chemins de fer et la jurisprudence l'applique à toutes les sociétés. Cass. req., 5 novembre 1928, S. 1929, I, 177, note SOLUS.

Dans notre théorie, il est impossible de raisonner de cette manière. Les biens sociaux continuent à ressortir au patrimoine de chaque associé respectivement, quoique soumis à une administration distincte. Or, la faillite est une institution indivisible, elle frappe l'universalité des biens d'une personne ou n'en frappe aucun.

C'est par suite d'une extension des règles habituelles qu'on en est venu à concevoir l'application possible de la faillite à l'ensemble des biens d'une société considérée comme formant un être autonome. Cette extension était désirable. Les biens sociaux composent un gage commun de poursuite. Ils ont en face d'eux un groupe de créanciers agissant de front, primant d'autres créanciers, ceux qui ont traité privativement avec chaque associé. Il y a donc deux masses distinctes et compactes, la masse des biens sociaux tout d'un bloc, la masse des créanciers sociaux ayant un droit exclusif sur la première. Des convenances de crédit ont élargi le cadre habituel de la faillite, on a forcé le raisonnement logique.

312. — La faillite de la société englobant tous les biens sociaux, mais les biens sociaux seulement, exerce-t-elle sa répercussion sur la situation personnelle des associés et sur la situation de leurs biens libres ? Cela dépend.

a) S'agit-il d'un *associé en nom collectif* ou d'un *commandité* dans une commandite ?

La qualité personnelle de commerçant se communique à un associé de ce genre, et il est tenu en outre indéfiniment du passif social sur tous ses biens. Par cela même que la cause de la faillite existe pour la société, elle existe également pour lui.

C'est dire que la faillite sociale entraîne la sienne par voie de conséquence. Il se démultiplie parallèlement autant de faillites qu'il y a d'associés indéfiniment responsables, autant de faillites, plus une : celle de la société, la première de toutes.

Les créanciers sociaux produiront dans toutes ces faillites jusqu'à ce qu'ils aient obtenu plein paiement (art. 542 C. com. ; cf. ci-dessous l'étude de la faillite). Seulement dans les faillites personnelles d'associés, ils subiront le concours des créanciers personnels de ceux-ci, concours auquel ils échappent au contraire dans la faillite sociale.

b) S'agit-il d'un *commanditaire* ou *actionnaire*, c'est-à-dire d'un associé à responsabilité limitée ? La faillite sociale ne saurait s'étendre à lui, tant à cause de la limite qu'il a fixée à son engagement que parce qu'il n'est pas commerçant.

En supposant qu'il n'ait pas encore versé son apport ou qu'il ne l'ait versé que partiellement au moment où s'ouvre la faillite sociale, le syndic l'obligera à l'acquitter, mais sans pouvoir user contre lui d'un autre système de contrainte que celui qui résulte de l'emploi des *saisies*.

313. — 7° *Caractère mobilier du droit de l'associé, que ce droit soit un intérêt ou une action* (art. 529 C. civ.) (1).

(1) C'est pour nous conformer à l'ordre de matières habituellement suivi, que nous

Nous nous sommes déjà expliqués (n° 284) sur le motif pour lequel la loi avait voulu traiter la part sociale comme un meuble, là même où le capital se composerait d'immeubles. La règle est vraie des sociétés civiles comme des sociétés commerciales, de toutes celles qui se manifestent au dehors.

Voici les corollaires qu'il faut en tirer : a) Soumission de la vente de la part sociale (dans le cas où cette vente est permise) à un tarif d'enregistrement bien inférieur à celui qui serait perçu pour les mutations immobilières (1), soit naguère 0,50 0/0 avec ou sans décimes, selon les cas (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2-6° ; lois du 23 juin 1857 et suivantes ; mais v. Req., 27 avril 1906 (2), S. 1907, 1, 241, note WAHL, D. 1907, 1, 441) — puis 0,75 0/0 sans décimes (L. 26 décembre 1908, art. 6), — et aujourd'hui 1,08 0/0 sans décimes (L. 29 mars 1914, art. 41, 1^{er} al. et L. 22 mars 1924, art. 3).

b) Acquisition par la communauté légale des parts sociales que l'un ou l'autre époux posséderait dès avant le mariage, parce que ladite communauté, tout en excluant les immeubles appartenant à l'un ou à l'autre conjoint avant la célébration, attire au contraire à elle leurs meubles, et que ces parts sont mobilières (art. 1401 C. civ.).

c) Attribution au légataire des meubles, et non au légataire des immeubles, d'une part sociale se trouvant dans l'actif d'une succession.

d) Affranchissement des immeubles sociaux de toute *hypothèque* provenant du chef personnel d'un associé, soit qu'il s'agisse d'une hypothèque conventionnelle, soit qu'il s'agisse d'une hypothèque judiciaire ou légale (ce qui serait le cas pour un associé marié ou tuteur).

L'hypothèque ne peut frapper que les immeubles. Le droit de l'associé dans la société n'en est pas un. L'associé peut seulement donner sa part sociale en nantissement (lorsque cette part comporte le trafic, ce qui n'est vrai que de l'action, art. 91 C. com.). Un acquéreur d'immeubles sociaux n'a donc pas à les purger d'hypothèques individuelles nées postérieurement à la formation de la société.

L'hypothèque, constituée autrement que dans l'intérêt commun des associés, serait un triple jeté dans les affaires sociales, un moyen individuel d'éviction de la société, un manquement au contrat.

Est-elle nulle ? Dans la doctrine de la personnalité, il faut répondre : Oui. Même si l'immeuble devait plus tard être mis dans le lot du constituant, celui-ci n'en deviendrait pas rétroactivement propriétaire.

■ Attachons le caractère mobilier de la part sociale à la personnalité morale. En réalité, ce caractère provient d'une tout autre cause. V. *supra* n° 284.

(1) V. MAX RICHIER, *Etude de droit fiscal sur la cession onéreuse de part d'intérêt*, th. 1912.

(2) Depuis l'arrêt du 27 avril 1906 la pratique s'était établie en ce sens que la *part d'intérêt* est soumise au même droit de transmission que l'*action nominative*, et l'administration de l'Enregistrement avait persévéré dans cette assimilation malgré les termes de l'art. 41 de la loi du 29 mars 1914 (qui ne vise que la transmission des titres nominatifs des *actions* ou obligations françaises). L'art. 23 de la loi de finances du 28 décembre 1922 a confirmé cette pratique, en déclarant porté à 0 fr. 90 (aujourd'hui 1 fr. 08) p. 100, le droit proportionnel prévu par l'art. 9, § 2, n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII, en tant qu'il s'applique aux cessions de parts dans les sociétés, compagnies ou entreprises dont le capital n'est pas divisé en actions.

Lorsqu'on donne hypothèque sur la chose d'autrui, cette hypothèque est dépourvue de toute valeur quand même le constituant l'acquerrait postérieurement.

Dans notre doctrine, il faut répondre : Non. La validité de cette hypothèque est subordonnée à la mise de l'immeuble dans le lot de celui qui l'a donnée. Son droit rétroagira alors, conformément à l'article 883. Mais, de toute manière, l'hypothèque individuelle, en conflit avec une hypothèque sociale, même de date postérieure à elle, serait primée par cette dernière (c'est ce qui a été jugé par le fameux arrêt de 1881, qui a inauguré la thèse de la personnalité de la société civile) (1).

314. — En résumé, l'affectation des biens sociaux à un but réglé par l'acte de société, ou ce qu'on nomme, inexactement au fond, très opportunément en la forme, la « personnalité des sociétés », a pour résultat de conférer aux créanciers sociaux un gage exclusif ; — d'habiliter la société, par l'intermédiaire de ses administrateurs, à acquérir des biens, des créances, des dettes ; — de déroger à la règle *nul ne plaide par procureur* ; — de fixer même au regard des tiers la mesure de la responsabilité des associés ; — d'attribuer à la société un domicile ou ce qui en est l'équivalent ; — de soumettre la société commerciale à la faillite ; — d'imprimer à la part sociale le caractère mobilier, ce qui tient les immeubles sociaux à l'abri des hypothèques individuelles.

315. — Il n'y a ^{plus} plus qu'un mot à dire sur cette importante matière de la personnalité. Nous avons expliqué que ce terme recouvrait la vertu dont dispose le contrat social de se propager à l'extérieur et de faire la loi des tiers eux-mêmes.

Il semblerait résulter de là que la théorie dût se renfermer dans les rapports des associés avec les tiers. Quand les associés sont en présence les uns des autres, il n'y a plus lieu d'en parler.

Cette conception ne serait cependant pas juste. La thèse de la personnalité a assez d'ampleur pour embrasser même les relations des associés entre eux. On peut à cet égard parler de la *personnalité morale intérieure* de la société.

Notamment, lorsque l'associé agit en dissolution de la société, il n'est pas besoin pour lui de mettre nommément en cause les autres sociétaires, il lui suffit de donner ajournement au siège social. Réciproquement, la société poursuivant l'un de ses membres en paiement de son apport n'a pas à donner dans l'exploit d'ajournement les noms de tous les associés formant le groupe collectif.

Les facilités de procédure ouvertes aux litiges engagés avec les tiers se retrouvent donc dans les litiges *inter socios*. C'est que, ici encore,

(1) L'impossibilité pour une hypothèque individuelle d'être opposable à la société ne tient pas à la nature *immobilière* de l'hypothèque. Si elle était *mobilière*, le même résultat se produirait. La cause de la règle réside dans l'atteinte qu'on commettrait à l'affectation des biens sociaux en faisant servir ces biens, pendant le cours de la société, à couvrir des engagements d'ordre purement individuel.

l'isolement opéré par l'acte de société entre les intérêts du groupe et les intérêts de l'individu vicie tout moyen de droit emprunté aux affaires particulières d'un membre. De telles exceptions ne sauraient faire échec au règlement et à la marche pacifique de la cause sociale, soit qu'un associé les invoque contre la société pour ne pas obéir au contrat, soit que la société poursuivie veuille s'armer d'un fait survenu dans le patrimoine d'un membre pour ne pas exécuter l'acte de société. On peut donc, du même coup, déroger sans inconvénient à la règle *nul ne plaide par procureur*.

Il sera fait, dans la suite de ce livre, des applications de la personnalité, prise sous ce second aspect.

SECTION II

DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS DE COMMERCE

(C. com. art. 51-63 abrogés par la loi du 17 juillet 1856, nouvel art. 631-2° et C. proc. civ., art. 59, al. 5.)

316. — Il y a, pour une société de commerce, deux sortes de procès concevables : — 1° ceux qu'elle intente ou ceux qu'elle supporte avec les tiers à raison de contrats ou de délits ; — 2° ceux qui s'engagent entre les associés eux-mêmes, ou bien entre la société et les associés à raison de l'acte de société (action *pro socio*, tendant à exécuter le contrat social ou à s'en dégager).

Il n'est pas question, à cette place, des procès du premier groupe. Ils se règlent d'après les mêmes principes de compétence que pour un commerçant ordinaire. *Ratione materiæ*, ils seront portés devant la juridiction commerciale, lorsque l'opération litigieuse est un acte de commerce à l'égard du défendeur, ce qui sera toujours le cas si la société est défenderesse. *Ratione personæ*, ils seront portés devant le tribunal du domicile du défendeur, ou devant l'un des tribunaux mentionnés par l'art. 420 C. proc. civ., ou encore devant le tribunal élu (art. 111 C. civ.). V. la section précédente, n° 10.

A l'égard des procès *entre associés* (actions en nullité, en dissolution, en versement de mise, en responsabilité contre le gérant, etc.), la loi pose une règle générale. Cette règle est vraie de toutes les sociétés de commerce, qu'elles soient formées par intérêt ou par actions.

317. — a) *Ratione materiæ*, le procès est du ressort des *tribunaux de commerce* (art. 631-2° C. com.).

Avant 1856, il y avait une autre juridiction, l'*arbitrage forcé* (art. 51-63 C. com.). Toute contestation à raison d'une société commerciale devait être jugée par des arbitres, sauf faculté d'appel devant la Cour, à moins que les parties n'y eussent d'avance renoncé. En cas de refus de l'un des associés de nommer les arbitres, ils devaient être désignés d'office par le tribunal de commerce. Le jugement arbitral était rendu exécutoire par ordonnance du président du tribunal.

L'acte de société devant, à un plus haut degré encore que les autres contrats, être interprété en équité, des arbitres paraissaient mieux à même de statuer sur la contestation en dehors des subtilités du droit : — d'ailleurs, un procès public entre associés eût été de mauvais exemple : l'arbitrage était un mode amical de dénouer le différend.

Cette considération cessa d'être juste, lorsque ce furent les sociétés par actions qui devinrent la cause des plus importantes de ces contestations. L'expérience ne réussit guère : ces arbitrages étaient chers, parfois interminables. La ressource de l'appel, dont usait généralement la partie qui succombait, en rendait l'avantage illusoire.

Aussi, la compétence a-t-elle été transportée par la loi du 17 juillet 1856 (nouvel art. 631-2° C. com.) aux *tribunaux de commerce*. Ceux-ci, par leur composition et par l'esprit dont ils sont animés, étaient, mieux que les anciens arbitres, en mesure d'accomplir le rôle de conciliateurs.

Il ne faut pas induire de cette loi que les rapports entre associés dans une société commerciale soient des rapports de commerce *par leur nature*. On discute la question de savoir si la souscription d'une commandite ou d'une action, dans une société commerciale, constitue un acte de commerce ou un acte civil. Cette question se retrouvera (n° 333). Elle n'est point préjugée par l'art. 631-2°. Il y a des hypothèses où des procès de nature civile sont soumis aux tribunaux de commerce. Il se peut que tel soit le cas ici : réservons la controverse (1).

318. — Toutefois, lorsque naît une contestation entre les associés, ils conservent, même depuis 1856, la faculté de renoncer à la justice régulière. Ils sont libres de confier, d'un commun accord, leur différend à des *arbitres volontaires*. Car l'usage du compromis est reconnu par le droit commun.

Le jugement arbitral sera alors rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal civil (art. 1020 C. proc.). A moins de renonciation, appel pourra être interjeté devant la cour. Cette renonciation est implicite, lorsque les arbitres ont été choisis à titre d'« amiables compositeurs » : ce qui, en outre, leur a donné le pouvoir de statuer en bonne foi sans être liés par les règles du droit (art. 1019).

319. — **Clause compromissoire** (2). — Jusqu'à la loi du 31 décembre 1925, les parties ne pouvaient insérer dans le contrat de société une clause aux termes de laquelle leurs différends ultérieurs seraient soumis à des arbitres.

C'est ce que l'on appelle la *clause compromissoire*. D'après la juris-

(1) Le fait que le tribunal civil est parfois saisi de procès entre associés en matière de commerce, principalement des actions en responsabilité intentées par des actionnaires, ne contredit pas le texte. Il y a alors, par l'acceptation des deux plaideurs, prorogation de juridiction des tribunaux de droit commun. Ces tribunaux restent compétents, si le défendeur n'a pas opposé l'incompétence *in limine litis*. Le tribunal civil, en effet, n'est pas incompétent en matière commerciale d'une *incompétence absolue* : les deux parties peuvent d'un commun accord se faire juger par lui, même en matière de commerce. On reparlera de cette règle dans la dernière partie de ce traité (n° 2240).

(2) Sur la clause compromissoire en général, v. *infra*, 7° partie.

prudence, cette clause est frappée de nullité, par argument — peu probant du reste — tiré de l'art. 1006 C. proc. civ. : ce texte exige dans le compromis la désignation de l'objet du litige, ce qui est impossible si le litige n'est pas encore né.

Une pareille clause n'était susceptible d'effet que dans l'assurance maritime (art. 332 C. com.) et en matière de convention collective de travail (C. du travail, livre I, art. 31 x). Cette interdiction, au moment du contrat, de se soustraire éventuellement aux tribunaux, constituait une gêne. Les lois des autres Etats ne l'avaient pas reproduite. On craignait, disait-on, qu'il ne se forme dans les milieux d'affaires des conventions d'usage, allant à l'encontre des dispositions d'ordre public. Ces conventions acquerraient force d'autorité par la complicité d'arbitres qui ne manqueraient pas de leur donner effet. On craignait également que la clause compromissaire ne fût imposée par des sociétés puissantes à des contractants plus humbles qui perdraient ainsi les garanties que leur offre l'organisation de la justice.

A l'inverse, on faisait valoir que la clause compromissaire permettrait d'éviter des frais et d'arriver à une solution plus rapide des affaires. Il s'est constitué à l'étranger dans les corporations marchandes grâce à la clause compromissaire, des règles conventionnelles commodes au commerce, qui se développent aujourd'hui à côté du droit promulgué et dont on n'a point lieu de se plaindre.

De nombreuses propositions de lois avaient déjà été présentées aux Chambres. Elles finirent par aboutir à la loi du 31 décembre 1925 qui complète l'art. 631 du Code de commerce, et reconnaît la validité de la clause compromissaire pour les litiges qu'il énumère, en particulier les contestations entre associés pour raison d'une société de commerce.

Insérée dans les statuts d'une société de commerce pour les contestations entre associés la clause compromissaire est donc aujourd'hui valable (sans qu'au surplus ceci encore préjuge nécessairement du caractère commercial des rapports entre associés, v. *supra*, n° 317) ; mais en fait, même depuis 1925, elle n'y figure que rarement et il ne paraît pas souhaitable, du moins pour les sociétés par actions, qu'on prenne l'habitude de l'y insérer.

320. — b) *Ratione personæ*, les procès entre associés, ceux entre société et associés, sont du ressort du tribunal du siège social (art. 59-6° C. proc. civ.). Mais les parties peuvent, dans l'acte de société, convenir du tribunal d'un autre arrondissement. Elles peuvent même attribuer compétence à un tribunal civil, celui-ci ayant, comme on le montrera plus en détail, la plénitude de la juridiction (n° 2240).

On rencontre dans les actes de société une clause fréquente : « En cas de contestation, tout associé doit faire élection, dans le lieu du tribunal compétent, d'un domicile, auquel toutes notifications lui seront valablement faites ; autrement, cette élection a lieu de plein droit au parquet du procureur de la République ».

Cette clause reproduit, avec quelques modifications, la disposition de la loi. Devant le tribunal de commerce, les plaideurs doivent à la première audience élire domicile dans le lieu. La seule différence,

c'est : a) que, d'après la loi, ils seraient dispensés de cette formalité s'ils étaient déjà domiciliés, b) et que, à défaut de domicile élu, c'est au greffe que les significations leur seraient faites (art. 422 C. proc.).

Si le procès devait s'engager devant le tribunal civil, les domiciles d'élection seraient de droit ceux des avoués des deux plaideurs. Le choix du parquet pour recevoir les significations n'est pas heureux, car celui-ci ne tient pas de la loi mission de transmettre aux intéressés les pièces qui les concernent, et il peut s'abstenir de le faire.

CHAPITRE II

DES SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊT, SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF
ET SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

(C. com., art. 20 à 28, art. 39 à 46, moins les art. 40 à 45 ; L. 24 juillet 1867, titre IV, *passim*).

DISPOSITIONS D'ENSEMBLE

321. — 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 (art. 20). Elle n'est composée que d'associés tenus solidairement sur tous leurs biens du passif de la société.

La *société en commandite simple* se contracte, d'une part entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, nommés *commandités* ou *complimentaires* et, d'autre part, un ou plusieurs associés, simples *bailleurs de fonds* que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite* (art. 23, al. 1). Les commanditaires ne sont tenus que dans la limite de leur apport. Entre les associés responsables, s'il y en a plusieurs, la société forme une véritable société en nom collectif (art. 24).

322. — **Commandite et prêt à intérêt.** — Le commanditaire est un associé *restant effacé*. La participation de cet associé permet à un négociant d'entreprendre une exploitation qui, faute de ressources personnelles, serait hors de sa portée. Il s'adjoint un bailleur de fonds.

Le négociant pourrait, il est vrai, recourir au *prêt à intérêt*. Mais il y a entre le prêt et la commandite deux différences fondamentales :

a) Le prêteur est un *créancier*, son argent lui est dû à tout événement. L'emprunteur ne peut, sous prétexte de mauvaises affaires, se soustraire au remboursement. Les risques de perte sont pour l'emprunteur. S'il tombe en faillite, le prêteur produira au marc le franc, lorsqu'il est chirographaire, et par préférence, lorsqu'il a exigé des sûretés réelles.

A l'égard du commanditaire, au contraire, l'apport court le risque social ; il est *associé*. C'est la société en commandite qui, en cas de cessation de paiements, sera mise en faillite. Le commanditaire ne s'inscrira pas à la faillite de cette société dont il est membre, pour avoir le remboursement de sa mise. Il doit laisser les créanciers de la commandite se payer sur le capital, dans lequel est confondu son apport. Ce n'est que lorsque satisfaction entière leur aura été donnée, qu'il pourra prétendre à un excédent, s'il en reste. Il se pourrait même qu'il fût obligé de verser des fonds à cette faillite : c'est lorsque tout ou partie de sa commandite était encore dû par lui.

b) Le prêteur stipule un *intérêt fixe*, au taux convenu. Cet intérêt lui est dû bon an mal an, et rien de plus.

Le commanditaire a droit à son *tantième dans le bénéfice*, 10, 20,

40 0/0, selon ce que décide l'acte de société. Sa chance de gain est illimitée. Son droit, d'ailleurs, ne s'ouvre que s'il y a un bénéficiaire résultant de l'exploitant de la société. En cas de perte, il n'a droit à rien.

Cependant, dans la pratique, la démarcation entre le prêteur et le commanditaire manque souvent de netteté. On peut faire un prêt d'argent en convenant d'une participation dans les bénéfices de l'emprunteur, soit en augmentation d'un intérêt fixe, soit pour tenir lieu de tout autre intérêt. D'un autre côté on verra que le commanditaire stipule parfois un intérêt à allouer à sa mise, même à défaut de bénéfices.

La frontière des deux contrats, en fait, sera indéfinie. Bien que les juges se soient toujours réservé le droit de prononcer souverainement sur la nature de la convention, ce qui a déterminé des décisions nombreuses impossibles à concilier (V. Dalloz, *Suppl. au Rép.*, v^o Société, n^{os} 661 et suiv.), il y a un *critérium* doctrinal à dégager. Le voici. — Le bailleur de fonds a-t-il entendu se réserver le pouvoir d'exiger de l'autre partie qu'elle lui rende compte de sa gestion ? Pourra-t-il, en cas de mauvaise administration, demander réparation ? Si oui, on est en face d'un commanditaire ; si non, il s'agit d'un prêteur. Ce n'est pas le seul fait de stipuler la production éventuelle des livres afin de connaître le chiffre du bénéfice qui importe ; car elle serait possible dans les deux contrats. Ce n'est pas non plus la cause d'exonération des pertes qui est décisive, car cette clause peut provenir d'un commanditaire, et entacher alors le contrat de nullité (V. note sous Vervins, 30 juillet 1902, D. 1903, 2, 425). Pouvoir contrôler et critiquer la gestion d'égal à égal, voilà l'*affectio societatis*, condition essentielle de toute société ! (1).

323. — Apport. — Ne nous limitons pas à la commandite. Dans toute société, chaque associé doit constituer un *apport* (art. 1833, al. 2) ; autrement la société serait nulle ; — cet apport peut consister en argent, en autres biens ou en industrie (2) : — l'apport peut être fait en pleine propriété ou en jouissance, ce qui, pour les valeurs sujettes à consommation par leur emploi, veut dire en quasi-usufruit.

La société est rendue propriétaire de l'apport, quand c'est un objet déterminé, par le seul fait du contrat (sauf clause contraire) ; et quand c'est une chose fongible, comme l'argent, par le versement qu'en fera l'associé : il suffit de suivre les principes du Code civil sur le transfert de propriété. Ces points ont été résolus (n^{os} 233 et 234).

324. — L'apport en corps certain entraîne l'obligation de garantie à la charge de celui qui le fait. Il importe peu qu'il soit constitué en

(1) Req., 3 mars 1903, D. 1904, 1, 257 et note THALLER ; Req., 6 février 1905, D. 1905, 1, 391 ; Trib. com. Seine, 15 février 1913, *Journ. des Soc.*, 1913, 506 ; RIPERT, *Prêt avec participation aux bénéfices et association en participation* (*Ann. dr. com.*, 1905, p. 53) ; PIC, *Traité des sociétés commerciales*, I, n^o 74.

(2) Lorsque l'apport consiste dans un fonds de commerce, il est soumis depuis la loi du 17 mars 1909 à des conditions très particulières (WAHL, *Journ. Soc.*, 1909, p. 241 ; BOSVIEUX, *ibid.*, 1910, 435).

propriété ou en jouissance. La société suit la loi de la vente ou du louage.

Si la société est évincée de l'immeuble qui représentait la mise, elle aura droit à des dommages-intérêts de la part de l'associé (article 1845, al. 2, C. civ.).

325. — L'apport qui consiste dans une *somme d'argent* met à la charge de l'associé les *intérêts moratoires* au taux légal (6 0/0 dans le commerce), à partir du jour où cette somme aurait dû être payée.

Il n'est pas besoin de citer l'associé en justice, ni même de lui adresser une sommation. C'est une dérogation à la règle de l'art. 1153 (modifié par la loi du 7 avril 1900). Le tribunal peut même, en cas de préjudice plus élevé, condamner l'apporteur à de plus amples dommages et intérêts (art. 1846, al. 1 et 3, C. civ.). Ces dommages-intérêts supérieurs aux intérêts moratoires ne seraient encourus pour les autres dettes qu'en cas de mauvaise foi du débiteur (même art. 1153). Ici, cette condition n'est pas requise.

326. — Chez l'associé en nom et chez le commandité, l'*apport en industrie* tend en pratique à l'emporter. Cet associé met son activité, son travail de gérant à la disposition de la société. Peut-être n'apporte-t-il aucune autre valeur. Cette situation est fréquente dans la commandite. Il stipule tant pour cent des bénéfices en représentation de sa gestion.

Le risque social consiste alors, pour cet associé, à subir sur ses biens les poursuites des créanciers, et, faute de bénéfices sociaux, à donner son travail sans obtenir de rémunération en retour. Il fait un apport en simple jouissance, puisqu'il retirera son industrie lors de la dissolution de la société.

327. — Quelquefois, au lieu d'apporter son travail, l'associé se contente d'apporter son *crédit*. C'est un apport suffisant, à la faveur d'une distinction, aujourd'hui classique, entre le crédit commercial et le crédit politique.

Le *crédit commercial*, c'est l'expérience de l'homme, qui fait qu'une société a intérêt à s'assurer son patronage, sans lui demander ni valeur ni industrie. Car ce patronage doit attirer les clients. C'est un apport ; mais où est le risque ?

Quand cet associé est associé en nom, et s'expose ainsi solidairement sur ses biens, il y a, de ce chef, un risque social qui permet de justifier sa vocation aux bénéfices. S'il cessait, en vertu d'une clause du contrat, de répondre du passif, la société serait irrégulière, non pas faute d'apport, mais parce que l'associé ne concourrait point aux pertes.

Le *crédit politique*, c'est l'ascendant dont dispose une personne auprès de l'administration ou du gouvernement, et qui rend plus probables que pour d'autres les attentions des pouvoirs publics.

Le crédit politique, n'étant pas dans le commerce, ne peut faire l'objet d'un apport. D'ailleurs celui qui le constitue ne s'expose pas par cela seul aux pertes : il y a donc deux motifs pour un de se pro-

noncer contre la régularité de la société. — Cette proposition ne met point obstacle à ce qu'une personne, qui a obtenu une concession de travaux publics, se substitue une société sous le contrôle de l'administration, surtout si elle s'y est engagée par le cahier des charges, et à ce qu'elle se fasse allouer une quote-part de bénéfices qui sera représentative non pas d'un apport de concession (*chose extra commercium*), mais de son activité et de sa peine, et surtout de la part de travaux déjà engagés par elle (1).

328. — Du côté de l'associé commanditaire, l'apport en industrie est à peu près sans exemple. Cette industrie ne saurait de toute manière consister dans un travail de gérant ; une règle propre à la commandite, la défense d'immixtion, y met obstacle (n° 401).

Son apport se compose toujours de biens et, dans la grande généralité des cas, il a pour objet une somme d'argent.

329. — Caractères communs à l'associé en nom et au commanditaire. — Il y a des caractères communs à l'associé en nom ou commandité d'une part, et au commanditaire de l'autre.

Leur droit dans le capital social est pour tous deux une *part d'intérêt*. La société sera dissoute par la mort de l'un ou de l'autre. Le décès du commanditaire produit le même résultat que le décès du commandité. La part est incessible, même pour un commanditaire, à moins que son acquéreur ne soit agréé par tous les associés (art. 1861). Cette substitution d'associé, avec le consentement unanime, entraîne en réalité création d'une nouvelle société (2).

Il y a cependant une convention permise à un associé sans l'accord nécessaire des autres : c'est la convention dite de *croupier*. L'associé peut faire transport de toute sa part à un acheteur, ou prendre de compte à demi dans sa part une autre personne. Il n'a pas à obtenir le consentement des coassociés, pourvu que cette convention n'ait d'effet qu'*inter partes*. Au regard de la société elle est inexistante. D'où ces conséquences :

a) Que la durée de la société se règle sur la vie de l'associé primitif et non sur celle de son cessionnaire, qui est inconnu du siège social ;

b) Que l'associé primitif interviendra seul dans les délibérations, dans les règlements de comptes, etc.

On dit de l'acquéreur ou du participant en sous-ordre : *non est socius, sed socii socius*. Il chevauche en croupe sur la part (art. 1861).

(1) La validité de l'apport d'une concession de chemin de fer a été, implicitement au moins, reconnue par quelques arrêts (Civ. rej., 29 décembre 1903, D. 1906, 1, 324, etc. ; mais dans le sens de la nullité, Alger, 3 mai 1906, D. 1909, 2, 127). Toutefois la législation des chemins de fer s'oppose à ce que les fondateurs d'une société de cette nature stipulent pour cet apport plus que le remboursement de leurs avances (L. 15 juillet 1845, art. 11). V. BOSVIEUX, *De l'attribution d'avantages en représentation de l'apport d'une concession de travaux* (Journ. des Soc., 1913, 5).

(2) En ce sens, LACOUR, *Dans quel cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ?* dans le Journ. des Soc., 1913, 93 et s. — Mais voir en sens contraire, au point de vue fiscal, Civ. cass., 16 décembre 1913, Journ. des Soc. 1920, p. 38.

330. — Un autre caractère commun à l'associé en nom et au commanditaire, c'est que tous deux doivent s'abstenir de *faire concurrence à la société dans l'exploitation* qui forme son objet. Cette obligation, dans la législation allemande, ne pèse que sur l'associé en nom. Le commanditaire pourrait donc ouvrir une maison de même ordre que celle de la société, et lui disputer ses clients. Le droit français ne le permettrait pas : la raison en est simple.

La société a une clientèle, c'est un élément de son actif, de son capital. Même ceux des associés qui n'ont pas fait l'apport du fonds de commerce doivent respecter cet actif : un associé ne peut se servir des choses de la société, du moment qu'il les emploie contre l'intérêt de celle-ci (art. 1859-2°). Il y a donc là une *obligation de garantie*, dont sont tenus tous les associés mutuellement. Il ne faut pas la confondre avec cette autre garantie que chaque associé doit de son apport, d'objet variable (immeuble, brevet, etc.) (1).

331. — Différences. — Mais à cela près, nombreuses sont les différences qui séparent les deux catégories d'associés. La condition juridique de l'associé en nom ou commandité d'une part, et du commanditaire de l'autre, est plus fertile en contrastes qu'en rapprochements.

332. — 1° L'associé en nom collectif ou le commandité est *personnellement commerçant*. Le Code le dit clairement dans l'art. 20, lorsqu'il montre les associés en nom « faisant le commerce ». D'après les textes particuliers ils seront mis en faillite à la suite de la société (art. 438-2°, 458-2°). Il en est ainsi de tous les associés en nom, même lorsqu'ils restent en fait éloignés des affaires ou qu'ils ne figurent pas dans la raison sociale.

Donc, outre l'application de la *faillite* (n° 312), l'associé en nom doit *a)* faire publier son contrat de mariage, *b)* ne pas exercer une profession *incompatible* avec le commerce (fonctionnaire, militaire, etc.), *c)* disposer de la même *capacité* que pour exercer un commerce individuel (mineur, femme mariée). Toutefois il est inutile qu'il tienne des livres autres que ceux de la société ; et, s'il n'exerce pas un commerce distinct de celui de la société, il n'a pas à se faire immatriculer au registre du commerce, l'immatriculation de l'établissement social, c'est-à-dire de la société, étant alors seule requise.

On comprend, dans ces conditions, que l'associé en nom ait été assujéti à la *patente*, indépendamment de celle qu'acquitte la société elle-même, sauf à ne payer qu'une partie du droit fixe. Mais, depuis la loi du 31 juillet 1917, portant suppression des patentes et établissement d'un impôt cédulaire sur les bénéfices industriels et commerciaux (v. *supra*, n° 57), c'est la société qui acquitte seule cet impôt, les associés en nom collectif n'y étant plus personnellement assujéti.

(1) Cependant, tandis que pour le *gérant qui fait apport de son industrie* l'impossibilité d'exercer personnellement un commerce similaire résulte en termes exprès de l'art. 1847 C. civ., d'après lequel « 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 », — ce texte est inapplicable au commanditaire qui n'apporte pas son industrie.

333. — Le commanditaire, lui, n'est pas un commerçant (à moins d'exercer en outre un commerce séparé). Il n'encourt pas la faillite, il n'est pas tenu de publier son contrat de mariage.

Mais son engagement de commanditaire a-t-il ou non le caractère d'un engagement de commerce par sa nature ?

Le sentiment général de la doctrine et de la jurisprudence est pour l'affirmative. Le commanditaire s'agrège à une société de commerce; par suite de la règle de l'accessoire, sa souscription devient un acte de commerce. Les opérations de la société sont commerciales, le gérant les accomplit pour l'associé à responsabilité limitée comme pour lui-même. Il n'est pas possible qu'elles changent de caractère, suivant qu'elles atteignent l'un des associés ou l'autre.

Cette thèse est contestable. En voici les raisons.

a) Le commanditaire reste caché au public. Or, l'acte de commerce ne se dissimule pas. D'autre part, si l'on veut que le commerce se caractérise par l'idée de spéculation, le commanditaire ne spécule qu'à risques limités, ce qui restreint singulièrement son aléa.

b) Aucun texte n'assimile la souscription d'une commandite à un acte de commerce. L'application de la théorie de l'accessoire serait abusive; cette théorie se borne à rendre commerciaux les actes accessoires d'exploitation d'un commerçant, elle ne communique pas la nature commerciale d'une entreprise à tous ceux qui y participent.

334. — Dans l'application, depuis l'abolition de la contrainte par corps en 1867, le problème n'a plus qu'un intérêt réduit, la plupart des solutions pratiques étant fournies d'avance par les textes. Ainsi :

a) Le tribunal de commerce est certainement compétent dans les procès de la société contre le commanditaire (art. 631-2^o ; L. 17 juillet 1856). Cela ne tranche pas, il est vrai, la question de compétence si le commanditaire était poursuivi par les créanciers, en vertu de leur action directe (voir ci-dessous, n^o 417).

b) On ne pourra pas établir, par témoins, la preuve de la société contre le commanditaire. Cependant, semble-t-il, si son engagement est commercial, l'enquête doit être recevable, même au-dessus de 150 fr. (art. 109 C. com.). — Il n'en est rien, la preuve d'une société de commerce ne peut pas être établie par ce moyen (r^{os} 352 et suiv.).

Mais *quid* de la promesse d'entrer comme commanditaire dans une société sauf à en dresser acte plus tard : convention qui n'est pas encore la société véritable? Si l'engagement est civil, les intéressés ne pourront pas user de la preuve testimoniale afin de l'établir : c'est l'art. 1341 C. civ. qu'il faut suivre.

L'utilité de prendre parti sur la question de principe n'apparaît sérieusement qu'aux points de vue suivants :

a) Les interdictions professionnelles de faire le commerce vont-elles empêcher le fonctionnaire de placer ses capitaux sous la forme de commandite? La question est la même pour la souscription des actions. — L'ancien droit, qui voyait dans la commandite un placement régulier pour les classes nobles, nous donne déjà la réponse. Il n'y a aucune interdiction. C'est donc que l'engagement est civil.

b) Le commanditaire doit les intérêts moratoires à raison du retard

qu'il met à verser sa mise. Si son engagement est civil, le *taux* de ces intérêts sera de 5 0/0 et non de 6 0/0.

c) Les capitaux disponibles d'un mineur ou d'un interdit peuvent être consacrés par le tuteur à un placement en commandite, si l'opération est civile. Ils ne le pourraient pas, en admettant l'autre opinion (art. 3 C. com.) : le mineur devrait personnellement se faire habiliter dans les termes de l'art. 2. Et ici la jurisprudence se déjuge en statuant, comme elle le fait, dans le sens libéral.

La question, répétons-le, se présente de la même manière pour l'action, qui n'est qu'une commandite négociable. La gêne mise à l'emploi des capitaux du pupille serait peu tolérable, s'ils ne pouvaient être affectés à une souscription d'actions. D'ailleurs, en se prononçant pour la commercialité, que proscrirait-on ? Est-ce la *souscription* seulement, est-ce encore l'*achat* au comptant de l'action après que la société aurait été constituée ? On attache ordinairement à cet achat un caractère civil, ce qui est peu conséquent. Car le tuteur, ne pouvant souscrire, devra suspendre le placement pour acquérir ensuite la valeur sur le marché, à des conditions peut-être moins favorables.

335. — Voyons incidemment à quelles conditions les fonds d'un mineur peuvent être employés en commandite (ou en actions).

La loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières de mineurs ou d'interdits, énumère ces valeurs et mentionne les *parts d'intérêt* (commandite) et les actions. C'est donc que le mineur peut être commanditaire, sans aucune condition d'âge.

Cette loi a servi d'argument à un système intermédiaire qui a prévalu devant la Cour de Paris (21 mai 1884, S. 85, 2, 97). L'emploi des capitaux du pupille, en commandite ou en actions, serait possible, avec l'autorisation du conseil de famille, et en outre, lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à 1.500 francs, avec l'homologation du tribunal civil.

On l'a décidé ainsi par rapprochement des articles de ladite loi. Les art. 1^{er} et 2 commencent en effet par exiger cette autorisation pour aliéner les valeurs du mineur. Plus loin, l'art. 6 prévoit la situation inverse, l'emploi de capitaux disponibles : « les règles prescrites par les articles ci-dessus sont déclarées applicables à cet emploi ». On en conclut qu'il faut au mineur, pour acquérir une valeur, une action par exemple, les mêmes autorisations que celles qui seraient exigées pour l'aliéner. Cette interprétation laisse à désirer, elle prouve trop. Si l'or est conséquent, l'autorisation s'imposera même pour un achat d'immeuble, de rentes ou d'obligations : ce serait priver le tuteur de toute liberté dans le placement des fonds du mineur. En réalité, le passage précédent de la loi de 1880 veut dire seulement que l'emploi des valeurs négociables doit se faire en titres *de forme nominative* ; il renvoie principalement à l'art. 6, qui exclut la forme au porteur des valeurs composant le portefeuille du mineur.

S'ensuit-il, en rejetant cette interprétation, que l'on doive permettre au tuteur de souscrire, en toute indépendance, une commandite ou une action pour le mineur ? Nous ne le pensons pas. — Ce droit ne lui appartient qu'autant que la part sociale est sujette à versement

immédiat. Il faut que le mineur ait les capitaux nécessaires pour libérer cette part et qu'il la libère. Autrement le tuteur l'obligeant à terme, on ne saura pas s'il aura des fonds disponibles à l'échéance. Le mineur est menacé d'une expropriation éventuelle. Par identité de motifs, il convient de soumettre l'opération aux mêmes conditions qu'un *emprunt* : autorisation du conseil de famille avec homologation de justice (art. 457 et 458 C. civ.) (1).

Quant au mineur de moins de dix-huit ans, ayant encore ses parents légitimes, dont les biens sont soumis à l'administration légale du père, — celui-ci pouvant accomplir *seul* les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille, et *avec l'autorisation du tribunal* ceux que le tuteur ne peut faire qu'avec cette autorisation (art. 389 C. civ. complété par la loi du 6 avril 1910), — il en résulte : a) que le père peut souscrire seul une part de commandite pour son enfant mineur quand il libère immédiatement cette part avec des capitaux disponibles ; b) mais, si cette part n'est libérable qu'à terme, qu'il doit obtenir l'autorisation de justice (2).

Nous estimons au contraire qu'un mineur ne peut souscrire une part sociale dans une société à responsabilité limitée, du moins lorsqu'elle se constitue avec des apports en nature. Sans doute, aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 7 mars 1925, la responsabilité des associés est toujours, dans ces sociétés, limitée au montant de leur mise. Mais l'art. 8 prévoit que les associés sont solidairement responsables envers les tiers de la valeur attribuée aux apports dans l'acte de société. Cette prescription rigoureuse peut entraîner à la charge du souscripteur d'une part sociale l'obligation de rembourser aux créanciers, même sur ses biens personnels, pour le moins la valeur nominale des apports en nature. Pareille obligation ne saurait être imposée au mineur.

336. — 2^o Il reste à mentionner entre l'associé en nom (ou commandité) et le commanditaire une *dernière différence*. Elle tient au rôle que joue le nom de l'un et dont est exclu le nom de l'autre, dans la composition de la raison sociale. Cela nous amène à présenter les règles de la raison sociale, avant de finir cette introduction. L'étude de la *raison sociale* forme, pour les sociétés, la contre-partie de celle du *nom* pour l'individu commerçant.

327. — **Raison sociale.** — La société en nom collectif, tout comme la commandite, a une désignation propre. Cette désignation s'appelle la *raison sociale*. C'est sous cette raison sociale que sont traités les engagements pris par le gérant.

Elle se compose des noms réunis, conjugués, des associés en nom, ou des commandités : Jean, Pierre, Paul, noms figurant comme une chaîne fortement soudée. A moins qu'on ne se contente des noms de quelques-uns de ces associés, cas auquel on les fait suivre de la rubrique impersonnelle *et compagnie* : *Jean, Pierre et Cie*.

(1) Voir un article de M. BUCHÈRE dans les *Annales de droit commercial*, 1888, p. 157.

(2) Quant à l'apport en société d'immeubles appartenant à un mineur, v. *supra*, n^o 153, note.

Cette rubrique voile tantôt les associés responsables dont on tait les noms qui feraient longueur, et tantôt un ou plusieurs commanditaires. Dans la commandite, la terminaison *et compagnie* est constante ; dans la société en nom collectif, elle cesse lorsque tous les associés sont énumérés dans la raison sociale. Il est inutile de rechercher si c'est dans la commandite ou dans la société en nom collectif que cette adjonction a été historiquement usitée en premier lieu.

La raison sociale signale aux tiers, du premier coup d'œil, les associés responsables sur tous leurs biens, sans qu'ils aient à se référer à l'acte de société. Elle forme ainsi l'image réduite des garanties personnelles sur lesquelles ils sont en droit de compter.

338. — Il ne faut pas confondre la raison sociale avec la dénomination de la maison, avec son *enseigne*. Les sociétés anonymes n'ont qu'une dénomination et manquent d'un nom véritable (*Banque de France, Chemins de fer du Nord, La Nationale-Vie ou Incendie*).

La raison sociale est composée de noms d'associés enchaînés les uns dans les autres (*Laffite et Caillard, A. Boucicaut et Cie*) ; la dénomination ou enseigne se compose d'un nom d'objet ou d'une formule métaphorique ou de réclame (*Au Bon Marché, à la Rôtisserie de la Reine Pédauque*).

La raison sociale est connexe au personnel actuel des associés, et elle doit changer à chaque modification que subit ce personnel.

La dénomination, au contraire, fait corps avec l'établissement et peut se céder avec lui.

339. — De ce que la raison sociale doit procurer un crédit plus rapide à la société, en donnant qualité au gérant et en révélant les noms des associés responsables, ressortent deux corollaires.

a) Introduite toute dans l'intérêt de la société, la raison sociale est *facultative*. Une société par intérêt, sans raison sociale, ne serait point nulle. Le gérant traiterait et signerait par procuration de tous ses coassociés dont il déclinerait alors les noms : il n'y aurait dans les effets des engagements aucune différence.

Si les associés constataient après coup une utilité à se procurer une raison sociale, il serait encore temps d'en pourvoir la société. Le désaccord qui se produirait, sur l'ordre dans lequel leurs noms respectifs composeraient la raison sociale, serait réglé par la justice : le tribunal les départagerait.

b) La raison sociale ne peut contenir que *des noms d'associés responsables*, et jamais des noms de personnes étrangères à la société, ni même des noms de commanditaires (art. 21 et 25). Autrement, les tiers seraient induits en erreur sur ceux qui répondent indéfiniment des dettes.

Quelle est la sanction ? Elle se devine, bien que la loi ne l'exprime pas.

1° Ou bien le commanditaire ou l'étranger a eu connaissance de l'usage indu fait de son nom. Il n'a pas protesté, il n'a pas fait rayer son nom de la raison sociale. — Il se comporte comme un associé responsable, et au cas de faillite de la société il subira cette position,

en laissant les créanciers se payer sur tous ses biens. C'est le seul moyen de réparer le tort par lui causé.

2° Ou bien il a ignoré l'abus fait de son nom. — Il ne sera pas tenu, mais les auteurs de l'abus commettent une escroquerie, même un faux criminel, en imputant à l'étranger une responsabilité, c'est-à-dire une obligation qui n'est pas la sienne (art. 147 C. pén.). C'est le même crime que de signer un engagement du nom d'autrui.

Par le même motif, lorsque l'un des associés se retire ou meurt au cours de la société sans la dissoudre, il doit, ou ses héritiers doivent faire effacer son nom de la raison sociale. Sinon, il continue à répondre des engagements postérieurs à sa sortie, quand même les autres mesures de publicité, destinées à avertir les tiers de cette sortie, auraient été observées.

En pratique, il est arrivé à plus d'une société, tout en modifiant son personnel, de conserver son ancienne raison sociale ; c'est un moyen plus sûr de conserver l'achalandage. Ou encore, des commerçants, pour liquider l'affaire, vendent leur fonds de commerce, en permettant à l'acquéreur de se servir de leur nom, afin de rallier la clientèle. — Il est admis que le nom du vendeur peut être ainsi gardé par l'acheteur, au moins pendant le temps nécessaire à la transmission des clients, ou même sans limite de temps (Cass., 3 février 1909, affaire HEIDSIECK, *Gaz. Trib.*, 21 février 1909), mais à une condition : il faut que le nouveau titulaire inscrive son nom « à titre de successeur » à la suite de celui de la maison primitive. Par là disparaît tout malentendu (voir au surplus tout ce qui a été dit au sujet du nom commercial, nos 101 et suiv.) (1).

340. — Nous diviserons l'étude des sociétés par intérêt en six sections. Elles auront pour objet : — les conditions de fond. — les conditions de forme, — les conditions de publicité, — la contribution aux pertes, avec la théorie des bénéfices, — l'administration de la société ainsi que la responsabilité des associés, — la dissolution, suivie de la liquidation et du partage.

SECTION PREMIÈRE

DES CONDITIONS DE FOND

341. — La société, en tant que contrat synallagmatique, obéit aux conditions essentielles pour la validité de toutes les conventions. — Ces conditions sont au nombre de quatre (art. 1108 C. civ.). Ce sont : — le *consentement* des parties qui doit être exempt de vice, — la *capacité* des contractants, — un *objet certain*, — et une *cause licite*.

(1) Il vaudrait mieux dire : L'ancienne raison sociale peut être cédée comme *désignation de l'établissement*, sans même la nécessité de l'adjonction du nom du successeur. Elle ne peut pas l'être comme mode de *signature des engagements* du nouveau titulaire (cfr. ci-dessus, n° 102 *in fine*, en note). V. aussi *supra* n° 217.

342. — Des nullités (1). — Toutes ces conditions sont sanctionnées par la *nullité*. La nullité n'opère pas pour chacune d'elles de la même manière.

L'étude des nullités, déjà dépourvue d'unité pour un contrat ordinaire, tel que la vente, devient particulièrement complexe à l'égard d'une société. — Il y a des nullités *relatives*, celles qui proviennent d'un vice de consentement ou d'un défaut de capacité (elles ne peuvent être invoquées que par l'incapable ou par la personne dont le consentement a été surpris). — Il y en a d'autres (absence de cause ou d'objet) qui sont *absolues* et dont tous les contractants peuvent se prévaloir. — Ces différences ne doivent pas plus être négligées lorsqu'il s'agit d'une société que pour une autre convention.

Mais c'est l'*effet rétroactif* de la nullité, à partir du jour où elle est prononcée, qui, dans les sociétés, soulève des difficultés. Tandis que, pour un autre contrat, la nullité aréantit l'acte juridique, même dans le passé, et replace les parties au même état que s'il n'avait pas été conclu, cette règle n'est pas toujours vraie lorsqu'on est en face d'une société. Il y a, à cet égard, des distinctions à établir selon la cause de la nullité encourue. On discutera cette question dans son ensemble à propos de la publicité.

Il suffira, pour le moment, de s'en tenir à une déclaration par à peu près : à savoir, que la *nullité d'une société n'agit que pour l'avenir*. Elle laisse subsister entre les parties, jusqu'au moment de son prononcé, un état de société qu'il faudra liquider. Deux situations sont d'ailleurs possibles : 1° tantôt on sera en face d'une *société de fait*, qui se réglera d'après le droit commun, sans égard aux stipulations de l'acte social ; 2° tantôt il s'agira d'une *société de droit*, arrêtée maintenant dans sa marche, qui se liquidera en conformité de l'acte constitutif.

Cette apparente anomalie s'explique. Une société, quoique irrégulière, constitue un état de fait, une communauté d'intérêts qu'aucune fiction de droit ne peut détruire. Il y a eu des affaires conclues pour le compte de plusieurs personnes. Il y aura donc matière à un règlement des opérations négociées et de leurs résultats.

343. — Epuisons la question des apports. On a indiqué, précédemment, leur variété d'objet (nos 233 et 234, 323 et suiv.). Le Code civil s'attarde inutilement à opposer l'*apport universel* à l'*apport particulier* (art. 1835 à 1840).

Il y a apport universel : 1° lorsque les associés mettent en commun tous leurs biens présents avec leurs gains futurs (mais non pas la propriété de biens à venir, car la loi s'y oppose) ; 2° quand les parties ne mettent en commun que leurs biens futurs, auxquels s'ajoute alors la propriété des meubles présents ainsi que la jouissance des immeubles (société de gains, celle-ci se présument en cas de doute).

En dehors du contrat de mariage (régime de communauté) ou d'un état de concubinage, ce genre de société n'existe pas. Il était pratiqué

(1) V. HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., 1926.

dans les agglomérations rurales de l'ancien droit, la Révolution l'a fait disparaître. En matière de commerce, les apports particuliers présentent seuls assez de précision pour que chaque partie puisse évaluer les avantages du contrat, en retour du sacrifice qu'elle s'impose. Un autre obstacle à l'emploi des sociétés universelles tient à ce que la loi les annule entre personnes incapables de disposer les unes envers les autres à titre gratuit. Elle les considère ainsi comme des donations déguisées, non comme des opérations à titre onéreux (article 1840).

Analysons les quatre conditions de l'art. 1108 dans leur application à la société.

344. — 1^o Consentement. — Il peut être entaché d'erreur substantielle, de violence, plus souvent de dol. L'un des contractants a usé de manœuvres, de pièces mensongères, faisant espérer un rendement impossible. Le contrat sera annulable, à la demande de la personne trompée.

345. — 2^o Capacité. — La capacité nécessaire pour être membre d'une société commerciale n'est pas la même pour toutes les sociétés. C'est, avons-nous dit, la capacité d'être *commerçant* de profession qui est requise pour devenir associé en nom ou commandité. Tandis que cette capacité n'est pas requise pour devenir commanditaire (1^os 332 et 333).

346. — Sociétés entre époux. — Deux époux peuvent-ils ensemble faire une société (civile ou de commerce) ? Leur intérêt à conclure un contrat de cette nature est assez faible, s'ils sont déjà mariés sous la communauté. L'avantage apparaît surtout sous la séparation de biens : la formation d'une société en nom collectif procurera aux tiers la garantie solidaire de leurs deux patrimoines, tandis que leurs deux fortunes étaient indépendantes d'après le contrat de mariage.

347. — Une jurisprudence très ferme se prononce contre la validité de ces sociétés. Elle annule même toute société dans laquelle les deux époux figureraient comme associés avec d'autres personnes (Civ. rej., 5 mai 1902, D. 1903, 1, 207, et S. 1905, 1, 41, note HÉMARD ; Civ., 23 janvier 1912, D. 1912, 1, 481, note BOUVIER-BANGILLON).

N'est-ce pas le résultat de l'*immutabilité des conventions matrimoniales* (art. 1395 C. civ.) ? Réunir tout ou partie des biens des époux, qui devraient être séparés d'après le régime matrimonial, ou rendre la femme responsable sur ses propres, des dettes contractées par le mari, n'est-ce pas dénaturer ce régime, ce qui justement est interdit en cours de mariage ?

Cette raison est en effet invoquée par les arrêts, sans être cependant celle à laquelle ils s'attachent de préférence. Une convention quelconque entre époux est de nature à altérer le contrat de mariage : la *donation*, en faisant passer au mari un bien qui serait normalement à la femme : le *mandat*, en faisant administrer un paraphernal par le mari. Cependant donation (art. 1096) et mandat (art. 1577) sont réguliers

entre époux. Il n'y a pas de raison de traiter plus sévèrement la *société*, qui donne aux biens du ménage une valeur productive plus forte. Le contrat de vente seul est interdit entre époux (art. 1595) : de la vente à la société il n'y a point d'analogie à déduire.

Pour que l'immutabilité des conventions soit respectée, il suffit :

a) Que la société ne comprenne pas une partie trop considérable (question à apprécier en fait) des biens qui, à la teneur du régime adopté, devaient demeurer séparés ;

b) Que chaque époux puisse faire cesser cette société à tout moment, quand même il y aurait, d'après le contrat, un terme convenu pour sa durée.

348. — Le motif principal contre la validité des sociétés entre époux se tirerait de la position subordonnée de la femme par rapport au mari. La société, avec le contrôle qu'elle donne à chaque associé, conférerait à la femme un *pouvoir incompatible avec son état de soumission* (art. 1388 C. civ.).

Pendant, on ne voit pas comment la femme, qui est recevable à demander sa séparation en cas de péril couru par sa dot, contreviendrait davantage à la puissance maritale et au rôle qui lui est fait dans le ménage, en demandant compte au mari d'une administration de société conclue entre eux deux. Si, le régime étant la communauté, la société avait pour résultat, soit de confier à la femme la direction de cette communauté, soit de rendre le mari comptable des valeurs qui en font partie, la femme s'assurerait une position qu'elle n'a pas le droit de prendre (art. 1388 C. civ.). C'est qu'alors la société ferait échec au régime et l'on rentrerait dans l'argument précédent.

Mais il est difficile de proscrire absolument toute société entre époux ; l'affranchissement qu'elle donnerait à la femme de la puissance maritale paraît imaginaire et, s'il avait lieu, ce ne serait pas pour lui procurer un droit d'ingérence excessif. On se plaint, au contraire, que le régime de communauté laisse la femme dénuée de tout pouvoir de contrôle.

349. — La thèse des arrêts se comprendrait mieux, si le droit de demander la nullité n'appartenait qu'à la femme, et surtout si celle-ci pouvait s'en prévaloir, *même à l'encontre des créanciers*, la société ayant périclité. La femme recouvrerait son apport « franc et quitte », au lieu d'avoir à prendre sa part dans les pertes de l'exploitation. La nullité serait rétroactive à son profit et pourrait être opposée aux tiers. La femme serait frappée d'une incapacité, à elle toute relative, de former une société avec son mari. Vis-à-vis de celui-ci, le contrat tiendrait et le lierait envers les créanciers, à tout événement. Mais la femme, elle, ne serait point liée.

Entendue ainsi, la nullité de la société entre époux prendrait sa place à côté des nombreux moyens prétoriens, imaginés pour sauvegarder les apports de la femme. Ce serait, comme l'inaliénabilité de la dot mobilière, une thèse scolastique de préservation des ressources du ménage.

Mais les arrêts maintiennent la société de fait entre les deux époux

pour la phase d'exploitation écoulee (Civ. rej., 5 mai 1902, *supra* ; Req., 11 avril 1906 et 19 mai 1908, D. 1908, 1, 284 et 359). Le dernier arrêt rendu par la Chambre des requêtes veut que le règlement des opérations se fasse, sinon d'après les statuts, du moins selon l'art. 1853 C. civ. Cette manière de procéder enlève aux arrêts leur justification (1).

Au total, la thèse de la jurisprudence aboutit au même résultat que si la société était bonne et valable, à cette seule réserve près que l'on pourra provoquer sa liquidation à tout moment. Ce caractère précaire de la société n'aurait pas grand inconvénient, si la thèse se limitait aux sociétés formées entre deux époux seulement. Mais comme elle s'étend aux sociétés formées avec un tiers, et devrait même, si l'on voulait être logique, s'étendre à une société par actions, par cela seul que mari et femme y souscriraient l'un et l'autre des actions (quand même le mari ne serait pas administrateur) — résultat inadmissible, devant lequel recule la pratique — cette exagération la condamne absolument (2).

350. — 3^o et 4^o *Objet ou cause*. — Chaque obligation a son *objet* dans l'apport qu'elle représente, et sa *cause* juridique dans les apports que font à un associé les autres membres en retour du sien. A cet égard, nous n'avons plus rien d'intéressant à dire (nos 233 et 323). Nous employons ici les mots dans un autre sens.

351. — En réunissant les deux expressions, l'*objet* ou la *cause* visera le *but que poursuit la société*. La société doit avoir un objet, autrement dit un but d'exploitation licite (art. 1833, *cbn.* avec l'art. 6 C. civ.).

Seraient illicites : a) Les sociétés pour exploiter une *maison de jeu* (3) ou pour faire la *contrebande* ; sans distinguer avec certains arrêts, suivant que la maison de jeu se tiendrait en France ou à l'étranger, et dans ce dernier cas légalement dans le pays d'origine, ou encore suivant que la contrebande se pratiquerait à l'importation en France ou à l'exportation, c'est-à-dire au détriment de la douane étrangère. Devant nos tribunaux, ces entreprises doivent être invariablement irrégulières : la loi française défend de tenir une maison de jeu ; elle condamne, comme contraires à la courtoisie internationale, les fraudes commises en douane, même aux dépens d'un autre Etat (Dcau, 11 novembre 1907, D. 1908, 2, 15).

b) Les sociétés ayant un objet licite en soi, mais que la loi ne per-

(1) Pour arguer de nullité des sociétés de commerce entre époux, on peut encore invoquer l'art. 5, al. 2 C. com. : la femme n'est qu'un préposé du mari, lorsqu'elle ne fait pas un commerce séparé ; elle ne peut pas être engagée par les affaires du mari. — Mais cette présomption, quoique d'ordre public, cédera devant un acte formel de société. Car elle a été introduite à raison de l'équivoque déterminée par la collaboration des deux époux, sur le véritable rôle qu'a entendu jouer la femme (n^o 177). En face d'une société expresse, il n'y a plus d'équivoque.

(2) Sur toute cette matière, voir PIC, *Des sociétés commerciales*, I, n^{os} 407 et s. ; HÉMARD, *op. cit.*, n^{os} 57 à 70. La Société d'Études législatives a mis à l'ordre du jour de son programme (1929-1930) la question de la nullité des sociétés entre époux.

(3) Il faut réserver toutefois les dispositions exceptionnelles de la loi du 15 juin 1907 en faveur des cercles ou casinos des stations balnéaires.

met pas d'exercer soit avec des associés en général, soit avec des associés dépourvus de certains grades.

On discutera la légalité de sociétés formées pour l'exercice de la *médecine*, pour l'exploitation d'une *pharmacie* (Req., 21 juin 898, D. 99, 1, 53), ou pour la pratique de la clientèle d'*avocat*. Un membre d'une de ces professions ne doit pas s'associer à une autre personne qui ne posséderait pas elle-même le diplôme (1), ou n'aurait pas été reçue à la prestation du serment. Quand cet associé limiterait son concours à un apport de fonds, la société ne deviendrait pas régulière (2). On se demandera si deux médecins ou deux avocats peuvent s'associer ensemble, et tenir cabinet commun en faisant masse de leurs honoraires, si la veuve d'un médecin pourrait, en cédant la clientèle de son mari, s'associer avec son successeur ; aucune de ces combinaisons ne paraît licite (Civ. Seine, 28 juillet 1896, *Droit*, 8 octobre).

c) Dans le même ordre d'idées, les sociétés créées en vue de l'exploitation d'un *office ministériel* (en matière civile, notaires : en matière commerciale, courtiers maritimes ou agents de change, excepté cependant pour les charges de ces agents qui sont exercées auprès d'une Bourse à parquet et reconnues par une loi du 2 juillet 1862, nouvel art. 75 C. com.).

Les fonctions publiques, en effet, ne sont pas dans le commerce. Malgré le droit qu'a le titulaire de présenter moyennant finance son successeur au gouvernement, l'office ne donne pas matière à trafic. L'officier a été choisi à raison des garanties personnelles qu'il présentait. Sa gestion ne doit pas être influencée par des associés, en qui l'autorité n'a point mis sa confiance.

Aucun doute pour le cas où le fonctionnaire prendrait comme associé une personne ne devant point s'immiscer dans la profession. Mais le gouvernement pourrait-il nommer à un même office de courtier maritime, par exemple, deux personnes à la fois, deux personnes jugées par lui également dignes et capables de l'exercer ? — Nous ne le pensons pas. La fonction publique implique une liberté d'action que gêne la délibération à deux. Le traité d'association ne pourrait être approuvé par le Ministre, quoique mis en mesure de vérifier la moralité ou les aptitudes de ces associés. Si l'administration ne peut autocriser le nouveau titulaire à s'adjoindre un commanditaire (arg. *a contr.* de l'art. 75), à plus forte raison ne peut-elle souscrire à l'accession d'un associé qui serait appelé à participer à la gestion même de l'office (contre la société conclue entre deux agents de change, décret du 7 octobre 1896, art. 39).

Mais l'officier public, de même que le pharmacien, pourrait prendre

(1) Mais il a été jugé que la société formée par deux pharmaciens diplômés, copropriétaires de deux officines, et exerçant chacun la direction personnelle et exclusive de l'une de ces officines, ne constituait pas le délit prévu par la déclaration royale du 25 avril 1777, et par la loi du 21 germinal an XI : Riom, 16 juin 1909, *Journ. des Soc.*, 1910, 118.

(2) La législation semble plus rigoureuse pour défendre la mise en société d'une pharmacie (Edit de 1777, l. de l'an XI, note précédente) que pour interdire à un médecin ou à un dentiste de s'adjoindre des associés (*Ann. dr. com.*, 1905, p. 93). V. cependant Req., 23 mai 1905, S. 1906, 1, 275. — Sur l'ensemble de la question, v. E.-H. PERREAU, *Législation et jurisprudence pharmaceutique*, 1920.

des clerks ou élèves salariés, en les intéressant aux bénéfiques. Ce ne serait ni une société, ni même une association en participation (voir ci-dessous), mais un contrat de louage de services, avec rétribution proportionnelle.

Nous réservons l'effet de cette nullité, qui n'opère pas de la même manière que la nullité pour incapacité ou défaut de consentement (V. n° 365).

SECTION II

DES CONDITIONS DE FORME

352. — Ecrit. — Une société commerciale par intérêt doit se constituer au moyen d'un écrit. Cet écrit est l'*acte* de société (on l'appelle *statuts* dans les sociétés par actions).

L'acte peut être rédigé au choix des parties, soit en la forme authentique et *notariée*, soit en la forme d'un acte *sous signatures privées*.

En ce dernier cas, il y aura lieu de le dresser en autant de *doubles* qu'il se trouve de parties ayant un intérêt distinct, avec mention du nombre des originaux sur chacun d'eux (art. 39 C. com., art. 1325 C. civ.). — On estime, en doctrine, qu'il faut autant de doubles qu'il y a de commandités et de commanditaires. D'après la jurisprudence, il suffirait de deux doubles, afférant l'un à tous les commandités, et l'autre à tous les commanditaires (ce qui est la règle, on le verra, dans la commandite par actions). Cette pratique répond à la pensée que, dans la société, l'intérêt des associés n'est pas distinct, c'est-à-dire opposé, mais plutôt *commun* (n° 220). Il y a pourtant quelque doute à garder sur son exactitude.

353. — L'emploi de la forme authentique, indépendamment des avantages qu'on peut avoir à faire établir un acte par notaire, se justifiait jadis par deux raisons, dont la première a subsisté :

a) La société étant conclue sous seing privé entre une personne et l'un de ses *successibles*, entre un père et l'un de ses fils, il y a présomption qu'elle contient à l'adresse de ce successible un avantage indirect, peut être une libéralité déguisée ; et l'héritier sera obligé de *rappor*ter à la *succession* les profits qu'il en aura retirés (art. 853 C. civ.).

b) Avant la loi du 1^{er} août 1893, l'acte de société devait être authentique pour donner pouvoir au gérant de constituer *hypothèque* sur les immeubles sociaux. — Car, de même qu'une hypothèque ne peut être constituée que par acte notarié (art. 2127), de même le débiteur qui, au lieu de constituer l'hypothèque personnellement, donne procuration à un mandataire de le faire pour lui, doit dresser cette procuration en la forme notariée. L'acte de société devient une procuration de cette nature, en tant qu'il habilite le gérant à l'effet d'hypothéquer. — Mais, par suite de l'art. 69 ajouté par la loi du 1^{er} août 1893 à celle du 24 juillet 1867, il pourra être désormais consenti hypothèque, au nom

de toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation, cet acte fût-il même *sous seing privé*.

354. — Motifs. — La condition d'un écrit est plus rigoureuse encore pour une société commerciale que pour une société civile. Car ce n'est qu'autant que son objet dépasse la valeur fixée par l'art. 1341 C. civ. c'est-à-dire aujourd'hui 500 fr. qu'en matière civile l'écrit est obligatoire (art. 1834 cbn. avec 1341), tandis qu'en matière commerciale il est toujours exigé.

Pourquoi cette sévérité, alors que le droit commercial pour les autres contrats autorise au contraire la preuve testimoniale, sans limite de somme ? — Cela s'explique par un double motif :

a) La société doit être *publiée* ; ce qui est impossible si l'écrit est absent. Elle est donc nulle alors faute de publicité, plutôt encore que faute d'écrit. La condition est prescrite *ad solemnitatem*. On déterminera l'effet de cette nullité dans la section suivante.

b) Mais il y a quelque chose de plus à dire. Non seulement la société nulle, faute d'écrit, ne pourra pas continuer, à partir du jour où l'absence d'acte sera constatée. Mais, pour établir, en vue de la liquidation à intervenir, le contenu de la convention verbale, la consistance des apports, etc., les parties ne seront pas admises à la preuve testimoniale (art. 41 C. com.). Elles n'auront que la ressource de l'aveu ou de la délation de serment. L'écrit, à ce second point de vue, est prescrite *ad probationem*.

En effet, si la loi avait exigé l'acte écrit uniquement afin de rendre possible la publication, pourquoi, en cette matière toute commerciale, aurait-elle exclu la preuve par témoins, pour régler les effets de la liquidation ?

Elle a dû considérer le contrat de société commerciale comme renfermant des clauses trop nombreuses pour pouvoir être abandonnées au hasard d'une enquête. C'était témoigner cependant envers la preuve par témoins une suspicion exagérée. Aussi la jurisprudence statue en sens contraire (Cass. civ., 28 février 1899, D. 99, 1, 447 ; Req., 7 avril 1909, D. 09, 1, 344) ; solution peut-être bonne en pratique, mais qui contrevient à l'art. 41 C. com.

En tout cas, une promesse d'entrer dans la future société commerciale, sous réserve, en ce qui concerne le commanditaire, de la controverse relative à la nature civile ou commerciale de son engagement (n° 334), peut fort bien ne pas se conformer à l'art. 39. Entre commerçants, il est permis, en cas de contestation sur son existence ou sur sa portée, de la prouver par témoins.

355. — La loi n'énonce pas les *mentions* que doit contenir l'acte de société. Cette omission n'est qu'apparente. Elle détaille plus loin, dans la matière de la publicité, les énonciations qu'on doit faire figurer dans le journal d'annonces (art. 57 et 58 de la loi du 24 juillet 1867) : à plus forte raison, ces énonciations sont-elles prescrites dans l'acte lui-même. Quelques-unes d'entre elles, cependant, peuvent être passées sous silence, parce que la loi interprète les volontés des parties et qu'elle statue à leur défaut.

Les mentions sur lesquelles l'acte doit s'exprimer sont, indépendamment des noms des parties et de leurs signatures :

L'objet de la société (la loi cependant a omis de le dire) ; — son *type légal* (société en nom collectif ou en commandite ; encore présumerait-on la société en nom collectif qui est de droit commun dans le commerce, si l'acte ne s'en était pas expliqué) ; — la *raison sociale*, s'il y en a une ; — le *siège social* ; — le *capital social*, avec le chiffre d'apport des commanditaires ; — les *noms* des associés responsables (et, ce que les extraits de publicité ne signaleront pas,) ceux des commanditaires).

Les mentions dont la loi suppléerait l'absence, sont : la durée de la société, les *noms et les pouvoirs* des gérants, la *part de chacun* dans les bénéfices et dans les pertes (disposition qui n'est point à publier dans les journaux). On verra comment le Code statue à ces différents égards, dans le silence des parties.

356. — Règles fiscales. — Il y a pour les sociétés de commerce certaines *dispositions fiscales*, bonnes à connaître.

Au regard de l'*Enregistrement*, un apport ne constitue pas une aliénation faite par l'associé, aliénation qui serait passible du droit de mutation immobilière ou mobilière ou du droit d'obligation, variant entre 1,20 et 12 0/0, d'après la loi de frimaire an VII et les lois postérieures.

Les apports étaient grevés d'un droit fixe, dont on a fait, en 1872, un droit *fixe gradué* à raison de 5 fr. par 5.000 fr., et qui est devenu un droit *proportionnel*, autrefois de 0 fr. 20 0/0 plus le double décime et demi, soit 0 fr. 25 0/0 sur le montant des apports (art. 19, l. 28 avril 1893), et aujourd'hui de 3 0/0 décimes compris (L. 13 juillet 1925, art. 40 ; Décret de codification des droits d'enregistrement, art. 271).

On part de l'idée que l'apport n'est pas l'objet d'une aliénation définitive ; l'associé, en droit fiscal, ne se dessaisit de son bien que sous la condition qu'après la dissolution, il ne lui fera point retour et qu'il sera mis dans le lot d'un coassocié, au lieu d'être mis dans son lot à lui. C'est donc après que la société prendra fin, qu'on verra si la mutation s'est produite, et que le droit proportionnel sera perçu s'il y a lieu (1).

357. — Mais cette faveur ne s'étend point aux clauses qui « contiendraient *obligation, libération ou transmission de biens meubles ou immeubles* entre les associés et autres personnes ». A l'égard de ces clauses, les parties seraient soumises au tarif proportionnel ordinaire.

La formule n'est pas très correcte. A la lettre, tout le capital social serait passible des droits de mutation. La loi n'a pas cette significa-

(1) Le projet de loi portant fixation du budget général de 1925, dans ses art. 39 et 35, soumettait les apports en société de biens, meubles ou immeubles au droit de mutation à titre onéreux. Ces art. n'ont pas été adoptés. V. sur l'opposition du droit civil et du droit fiscal en cette matière, l'exposé des motifs du projet de budget de 1925, séance du 1^{er} août 1924, documents parlementaires, annexe 439, p. 1401 et 1402. — Une loi de 1928 fait bénéficier temporairement les *fusions* de sociétés par apport à une société absorbante d'un régime fiscal de faveur.

tion. Elle veut dire que, s'il y a des conventions rétribuant, non au moyen d'une part de bénéfices, mais par un *prix à forfait*, une valeur ou un travail acquis à la société, ces conventions seront passibles du droit proportionnel ordinaire.

Ainsi, il y a lieu à ce dernier droit, et non pas au droit d'apport de 3 0/0 : pour un traitement fixe alloué au gérant, — pour la cession d'un immeuble que la société achèterait à un prix déterminé, — pour le montant des charges qui grèveraient un apport et que la société prendrait à son compte, afin d'en libérer l'associé (transmission à la société d'une usine avec son passif : ce passif étant par hypothèse de 50.000 fr., c'est le droit de vente immobilière (1) qui sera exigible à concurrence de pareille somme).

L'acte de société sous seing privé tombe aujourd'hui sous le coup de l'art. 12, premier al., l. 29 juin 1918, aux termes duquel doivent, en principe, « être enregistrés, dans le délai de trois mois à compter de leur date, tous les actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques... ». Mais en fait son enregistrement ne pourra pas être différé aussi longtemps. Car la publication de cet acte aura lieu sans retard (voir la 3^e section), et elle emportera, de la part des greffiers des tribunaux, un procès-verbal de dépôt, acte authentique, dont l'enregistrement impose celui de l'acte qui y est visé : c'est une règle fiscale bien connue.

358. — Transcription. — Outre le droit précédent, l'acte de société donnera lieu à un droit de *transcription*, s'il porte sur des immeubles.

L'intérêt qu'a la société à faire transcrire le contrat est manifeste depuis la loi du 23 mars 1855. Elle consolidera par là la propriété de l'immeuble dont l'apport lui a été fait, et elle mettra désormais l'associé de qui elle le tient dans l'impossibilité de le revendre une seconde fois à son préjudice (art. 3 de ladite loi). C'est le même régime légal que dans la vente.

La différence entre le régime fiscal d'une *vente* et celui d'une *société*, en matière de transcription, était autrefois que : — a) Dans une vente, le droit de transcription (qui était de 1 fr. 50 0/0 plus le double décime et demi) était perçu d'office par le receveur, cumulativement avec le droit de mutation, au moment où l'acte lui était présenté à l'enregistrement, et cela que la vente fût ou non effectivement transcrite à cette date (avant que la loi de finances du 22 avril 1905, art. 2, n'eût simplifié ce régime en portant le droit global à 7 0/0, aujourd'hui 12 0/0, sans décimes, art. 25, l. 25 juin 1920 et 3, l. 22 mars 1924) ; tandis que, dans la société, il dépendait des parties de retarder la transcription au bureau du conservateur des hypothèques et de n'acquitter le droit qu'à ce moment. — b) De plus, l'impôt autrefois était un simple droit fixe, à raison de ce que les apports en société ne sont point l'objet d'une mutation au sens fiscal (n° 356) ; mais, ainsi qu'il a été dit, cette solution bienveillante n'a pu se maintenir.

(1) Actuellement, et depuis la loi du 2 août 1929, 12 0/0 (au lieu de 15 0/0 antérieurement), plus, le cas échéant, la taxe à la première mutation, ramenée par la même loi de 7 à 5 0/0.

En outre, la première différence (a) a disparu elle-même depuis que la loi de finances du 13 juillet 1911 (art. 8) a décidé que le droit de transcription serait perçu obligatoirement au moment où l'acte de société est enregistré. Aux termes de ce texte, lorsqu'un acte de société constate un apport immobilier, le droit d'enregistrement exigible sur la valeur en capital de cet apport..., sera augmenté du droit de transcription (aujourd'hui 2.40 0/0 sans décimes, art. 25, l. 25 juin 1920 et 3 l. 22 mars 1924, art. 273 du décret de codification des droits d'enregistrement ; soit au total 3 0/0 plus 2.40 0/0, soit 5.40 0/0). Ces droits une fois acquittés, la formalité de la transcription au bureau du conservateur des hypothèques ne donne lieu d'ailleurs à aucun droit proportionnel autre que la taxe établie par la loi du 17 juillet 1900, modifiée par celle du 30 avril 1921 (art. 5).

SECTION III

DES CONDITIONS DE PUBLICITÉ

§ 1. — Généralités

359. — Les actes des sociétés commerciales doivent être rendus publics. Trois catégories de personnes sont intéressées à cette publicité :

1° Les *associés*, qui font par là connaître aux tiers les conditions d'organisme de la société et lui donnent ainsi plus de crédit.

2° Les *créanciers sociaux*, et d'une manière plus générale tous ceux qui traitent avec la société, par le même motif.

L'acte de société, en lui-même, est un contrat occulte. C'est une sorte de contre-lettre, non opposable aux tiers (art. 1321 C. civ.). Les tiers l'ignorent : fût-il établi qu'ils le connaissent, cette connaissance de fait n'équivaut pas à la publicité légale. Si l'on veut que ce contrat règle les conventions qui seront traitées avec les étrangers et donne à ces conventions leur mesure et leurs effets, il convient qu'il soit préalablement porté à la connaissance du public. Avant la publicité, les associés n'avaient traité qu'entre eux seuls ; maintenant ils se mettent en rapport avec le dehors. Ils reprennent envers les fournisseurs présents et futurs l'engagement de leur appliquer l'acte de société, comme ils demandent à ces fournisseurs de ne les rechercher que dans les limites de ce contrat. De là, un lien entre l'idée de *personnalité* et celle de *publicité*, que nous avons déjà cherché à mettre en lumière (nos 248 et 289).

Combien eût été sévèrement jugé un régime, qui aurait tout à la fois rendu la société opposable aux tiers, et mis ces tiers dans la nécessité à chaque marché nouveau de se faire représenter l'acte constitutif, afin de connaître l'étendue de leurs droits !

3° Les *créanciers personnels* de chaque associé — La mise en société des apports de leur débiteur va priver les créanciers personnels d'un

élément peut-être considérable de leur gage. C'est bien le moins qu'on les informe qu'ils n'aient plus à compter sur des biens entrés dans un actif nouveau. Ici encore la publicité se rattache à la notion de personnalité.

§ 2. — Formes de la publicité

360. — La publicité n'a plus lieu aujourd'hui suivant les formes établies par le Code de commerce (art. 42 à 46).

On avait adopté en 1807 un système de publication emprunté à l'Ordonnance de 1673, et auquel s'était ajouté à partir de 1814 un autre mode, le plus propre de tous à informer utilement les tiers. Ce autre mode (la publication par voie des journaux) avait été introduit en vertu d'un décret de l'impératrice régente du 12 février 1814 qui fut plus tard reconnu inconstitutionnel. Mais une loi du 31 mars 1833 en reproduisit la teneur.

D'après ce système, la publicité pivotait sur un *extrait* de l'acte de société que dressaient les associés en nom ou le notaire si l'acte était authentique. Cet acte devait contenir les clauses du contrat que les tiers avaient le plus d'intérêt à connaître. Il fallait en effectuer la triple publication, à peine de nullité de la société, dans les quinze jours de l'acte constitutif :

a) Par *transcription* sur un registre du *greffe du tribunal de commerce* de l'arrondissement du siège social, et en outre de chaque arrondissement où la société aurait des maisons de commerce, c'est-à-dire des succursales ;

b) Par *affichage* pendant trois mois dans la *salle d'audiences* de ces mêmes tribunaux ;

c) Par *insertion* dans l'un des journaux chargés des annonces légales dans ces mêmes arrondissements (innovation de 1814 et de 1833).

361. — La loi du 24 juillet 1867, à l'occasion de la réforme de la législation des sociétés par actions, a, dans son titre IV, refondu la forme de la publicité pour toutes les sociétés commerciales.

Cette refonte a porté principalement sur deux points : — 1° tout en conservant l'extrait destiné au journal d'annonces, on a renoncé à l'affichage qui paraissait sans avantage ; — 2° on a remplacé la transcription au greffe d'un simple extrait, par le dépôt à ce greffe d'un double ou d'une expédition de l'acte *en son entier*.

De plus, la publication a lieu maintenant auprès du greffe de la justice de paix, outre celle qui était prescrite auprès du tribunal de commerce.

Les premiers gérants ou administrateurs de la société ont un délai non plus de quinze jours, mais d'*un mois* pour accomplir la publicité, et ce délai court de la constitution de la société. Le fait par eux de ne pas respecter ce délai, et à plus forte raison celui de s'abstenir de toute publicité, les expose à des dommages et intérêts. Mais cette responsabilité se comprendra mieux après qu'il aura été parlé de la nullité.

Les mesures de publication demeurent donc au nombre de deux :

1° *Dépôt d'un double* de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou

autrement d'une expédition notariée, aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu où est établie la société, comme aussi de tous les lieux où la société a des maisons de commerce (art. 55 et 59 l. 1867).

Aucun texte ne dit que cet extrait sera mis librement à la disposition du public. Le fait d'avoir permis cette communication pour les actes des sociétés par actions (art. 63) prouve au contraire que, dans les sociétés par intérêt, elle n'est point admise. Alors à quoi sert une pareille publicité, nominale et trompeuse ? La pratique des greffes diffère suivant les ressorts. A Paris, le greffe du tribunal de commerce ne communique au requérant que les clauses qui doivent être insérées dans les journaux (v. *infra*). Ailleurs, on communique l'acte entier, ce qui est la pratique générale des greffes de justice de paix, mais ce qui ne paraît pas d'accord avec la loi. A tout le moins le requérant peut-il obtenir l'indication de la date du contrat, ce qui lui facilitera les recherches dans les journaux de l'arrondissement ayant paru à l'époque correspondante.

2° *Insertion dans un journal d'annonces légales* de ces mêmes arrondissements d'un *extrait* de l'acte, signé, soit par les associés en nom ou commandités, soit par le notaire, et contenant certaines clauses, à mentionner ci-dessous. Justification de l'insertion est faite au moyen d'un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois (art. 56 et 60) (1).⁴

Les journaux d'annonces, à Paris, sont désignés chaque année par un arrêté du préfet de la Seine. Pour les sociétés, dix journaux sont présentement affectés à cet objet (*Gazette des Tribunaux* et autres journaux judiciaires quotidiens, *Petites Affiches*, etc.).

Dans les départements, un décret de Bordeaux du 28 décembre 1870, rendu par la délégation du gouvernement de la Défense nationale, laisse les parties libres de choisir parmi toutes les feuilles du département, le journal où aura lieu l'insertion : régime dont on n'a pas lieu de se féliciter.

361 bis. — Cet extrait, qui est resté en substance tel que le décret de 1814 l'avait organisé, ne contient pas toutes les énonciations de l'acte de société, ni même les plus importantes. Notamment, il tait les noms des commanditaires : « Une société a été formée entre PRIMUS et un commanditaire dénommé dans l'acte », — ainsi que le mode de répartition des bénéfices ou des pertes entre les associés. Il renferme seulement les clauses que les tiers ont intérêt à connaître, c'est-à-dire (art. 57 et 58) :

a) Celles qui concernent la nature et l'étendue des *garanties pécuniaires* données par la société à ses créanciers. Soit : — le type dont elle relève (société en nom collectif ou en commandite) ; — la raison

(1) Lorsque l'exemplaire enregistré du journal ne peut être présenté par la société, il ne lui est pas interdit de prouver l'accomplissement des formalités prescrites par d'autres moyens équivalents, par exemple par la production d'un extrait du registre du receveur constatant l'enregistrement du numéro du journal où l'insertion a eu lieu, Req., 19 juin 1918, *Journ. des Soc.* 1918, 316.

sociale ; — les noms des associés solidaires, mais, nous le répétons, non pas ceux des commanditaires ; — le montant du capital social, en spécifiant dans ce capital la somme représentative des apports en commandite, connus ainsi impersonnellement sans désignation de ceux qui les ont faits (avant 1867, le montant des apports des associés en nom n'était pas publié).

b) Les clauses concernant la *durée de la société* : — l'époque où elle commence (la société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne pas une autre époque, art. 1843 C. civ.), — et celle où elle doit finir (à défaut de terme fixé, c'est la mort, la faillite, etc., d'un associé qui entraîneraient dissolution, art. 1865, cfr. n° 433 ci-dessous).

c) Les conditions d'*administration de la société* : — le *siège social* (afin de déterminer le tribunal compétent et le lieu où il faudra signifier les actes), — la désignation des *associés autorisés à gérer*, si l'acte de société s'exprime sur ce point, — les limitations mises à leurs pouvoirs.

Par un singulier oubli, la loi s'abstient d'exiger l'indication, dans l'extrait, de l'*objet* de la société ; les tiers ignoreront s'il s'agit d'une banque, d'une raffinerie, etc. La question, on le verra, a son importance pour déterminer la validité des actes accomplis par abus de la raison sociale.

d) La ~~date~~ du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce. Ce dépôt doit ainsi précéder l'insertion.

362. — En dehors de la double formalité (dépôt de l'acte de société aux greffes, insertion d'un extrait dans un journal d'annonces légales) prévue par la loi de 1867, la loi du 18 mars 1919 prescrit en outre (art. 6) l'*immatriculation* des sociétés commerciales françaises (notamment des sociétés en nom collectif et en commandite simple) *dans le registre du commerce du siège social* (v. *supra*, nos 217 et s., et *infra* nos 571 et s.). L'immatriculation doit être requise, dans le mois de la constitution de la société, par les gérants qui — en même temps qu'ils font le dépôt de l'acte de société prescrit par l'art. 55, L. du 24 juillet 1867, — produisent au greffe du tribunal du siège social une déclaration en double exemplaire, sur papier libre, signée d'eux et mentionnant : 1°) les noms et prénoms des associés commandités, la date et le lieu de naissance, la nationalité de chacun d'eux ; — 2°) la raison sociale ou la dénomination de la société ; — 3°) l'objet de la société ; — 4°) les lieux où la société a des succursales ou agences, en France ou à l'étranger ; — 5°) les noms des associés ou des tiers autorisés à gérer et signer pour la société et, s'il y a lieu, des membres du conseil de surveillance dans la commandite, la date et le lieu de leur naissance ainsi que leur nationalité ; — 6°) le montant du capital social, avec indication de la portion de ce capital fournie par les commanditaires (1) ; — 7°) l'époque où la société a commencé et celle où elle doit finir ; — 8°) la nature de la société ; — 9°) si elle est à capital variable, la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit.

(1) Pas plus que dans l'extrait destiné aux journaux (art. 57, l. 1867) *supra*, n° 361 bis, il n'y a lieu d'indiquer les noms des commanditaires.

Il y a lieu en outre à l'inscription au *Registre Central* d'un extrait transmis par le greffier à l'Office national de la propriété industrielle (art. 10 de la loi, 14 à 17 du Décret).

Pour les sociétés comme pour les particuliers, la formalité de l'immatriculation au registre du commerce est sanctionnée par des amendes (v. *supra*, n° 217 *ter*), mais non point par la nullité de la société qui n'aurait pas été immatriculée. Les sanctions de la loi de 1867 sont beaucoup plus graves. Il reste à les étudier.

§ 3. — Sanctions

363. — Cette partie du sujet est la plus délicate. Il faut pour la comprendre passer d'abord en revue la nature des différentes sortes de nullités dont une société commerciale peut être affectée (1). La matière manque absolument d'homogénéité.

364. — *A* Lorsque la société est nulle pour *vice de consentement*, ou pour *incapacité*, il y a lieu à *nullité relative*, sur la demande seulement de la partie lésée ou de l'incapable.

Cette nullité dure dix ans depuis la cessation ou la découverte du vice ou depuis la fin de l'incapacité (art. 1304), à moins que l'acte ne vienne à être confirmé (art. 1338).

Elle fera rentrer le demandeur rétroactivement dans son apport, libre de toute perte. Il n'y a donc pas lieu de liquider la société dans le passé, comme société de fait, ni à plus forte raison comme société de droit.

La nullité opérera *erga omnes*, même vis-à-vis des créanciers sociaux, excepté le cas de nullité pour cause de dol. Car le dol n'est opposable qu'à la partie de qui il provient (art. 1116). Invoqué avec succès contre les associés, il laisse subsister l'engagement qu'a pris l'intéressé, par l'intermédiaire de la maison sociale, *envers le public*, envers les créanciers sociaux auxquels aucun dol ne peut être reproché. Ceux-ci se paieront sur le capital : l'action en nullité deviendra une simple action en dommages et intérêts dans les rapports des associés.

Sous cette réserve, la nullité opère *in rem* (incapacité, violence), et elle déchargera du passif de la société l'associé demandeur. Solution qui, à l'égard d'un commanditaire, suggère quelque doute. Comment les tiers auraient-ils pu savoir que le commanditaire était un mineur non émancipé, ou que son consentement n'avait pas été libre, puisque la communication de l'acte au greffe leur était refusée et que les journaux d'annonces n'ont pas eu à donner ce nom de commanditaire ? Ils ont traité avec une société sur la foi d'apparences régulières. Donc la nullité, à la requête de cet associé invisible, maintient leur gage sur tout le capital social.

Ainsi, sauf exception, la nullité sera *relative*, susceptible de se prescrire, et elle opérera d'une manière *rétroactive* ; elle sera *opposable aux tiers*.

(1) V. HÉMAR, *op. cit.*

365. — B. Lorsque la société est nulle pour *objet illicite* (contrebande, office ministériel, etc.), la nullité est *d'ordre public*, elle ne peut se couvrir. On l'opposera aux créanciers, car ceux-ci devaient s'informer de l'objet illicite (proposition qui n'est pas très en harmonie avec le silence que peuvent garder les extraits de publicité sur l'objet de la société, n° 3f2).

Chaque associé exercera la répétition de sa mise aux mains de celui qui en est détenteur (art. 1376 C. civ.). Cette mise est dépourvue de cause. Le pacte social a été, dès le premier jour, sans valeur.

Cependant, malgré l'avis contraire d'une certaine partie de la doctrine, la jurisprudence estime que, la société ayant parcouru une période d'exploitation avec réalisation de bénéfices ou de pertes, on ne peut pas faire abstraction de cet état de fait. Conséquemment, les associés devront régler ce passé entre eux : les pertes ou les bénéfices seront partagés.

Seulement ce règlement des gains ou des pertes n'aura plus lieu d'après les stipulations de l'acte de société, puisque l'acte est juridiquement sans valeur. Il s'effectuera comme dans une société ordinaire telle que le droit commun l'organise, c'est-à-dire sur la base de la proportionnalité aux apports et conformément à l'art. 1853 C. civ. : société ou plutôt communauté de fait, à la liquidation de laquelle pourra être nommé un liquidateur par le tribunal (1).

Cette jurisprudence est *équitable* (autrement le gérant s'enrichirait de tous les bénéfices, ou endosserait toutes les pertes). Mais elle est encore *logique*. Car, quoi qu'on fasse, on sera en présence de marchés non annulés en eux-mêmes, qui ont produit des résultats. Pris un à un, ces marchés ont une cause suffisante pour engendrer une action en règlement entre ceux au compte de qui on les a conclus. Si l'on procède à ce règlement, non d'après l'acte social qui est nul, mais suivant une notion de communauté d'intérêts, tous les principes sont respectés.

Ainsi nullité *absolue*, impossible à couvrir, opposable même aux créanciers ; nullité anéantissant le pacte de société, mais obligeant les parties à liquider *en fait* les opérations du passé.

Cela nous amène, par une transition naturelle, à la nullité encourue pour *absence d'écrit ou de publicité*.

366. — C. Lorsque la société n'a pas été rendue *publique*, elle est frappée de nullité. « Ces formalités, dit l'art. 56, al. 3, de la loi de 1867, qui reproduit la règle du Code de 1807, seront observées, à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés ».

La sanction de la nullité n'est instituée que pour les formes de publicité à accomplir auprès du *siège principal*. Le fait de les avoir négligées dans les lieux de *succursales* ne pourrait donner ouverture qu'à une poursuite en dommages-intérêts, le cas échéant l'art. 59 renvoie

(1) LOUBERS, *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait* (th. Paris, 1908) ; Max RICHIER, *Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties* (th. Paris, 1910).

bien à l'art. 56, mais seulement pour la détermination des formes à suivre, et non pour la sanction). La jurisprudence est contraire (Trib. com. Amiens, 13 janvier 1910, *Journ. des Soc.*, 1911, 274 ; Civ. cass., 21 novembre 1916, cassant un arrêt de la Cour de Nancy du 14 octobre 1911, *Gaz. des Soc.*, 1913, 444) (1).

Cette nullité, on le voit d'après le texte lui-même, est variable, et d'aspect différent suivant les personnes au regard desquelles elle opère. En réalité même, ce n'est pas une nullité. La nullité suppose dans le contrat un vice d'origine. Or la société, dans l'acte qui la constitue, est irréprochable : elle est rendue caduque par suite d'une omission postérieure à sa fondation. Il est plus vrai de dire que la société non publiée est sujette à *dissolution anticipée* dans les rapports des associés, et qu'elle est inopposable aux tiers. Telle est la vraie formule.

367. — a) *Au regard des créanciers sociaux*, la société, qui est demeurée occulte par suite du défaut de publication, est sans valeur.

Ils peuvent donc se prévaloir du contrat de société, s'ils y ont avantage (c'est la situation normale) ; voilà pourquoi la loi dit que le défaut de publication ne peut être opposé *aux tiers* par les associés.

Mais ils sont fondés, s'ils le préfèrent, à soutenir que la société est inexistante. Dans ce dernier cas, leurs créances vont-elles tomber ? Non. Les associés qui ont personnellement contracté l'engagement deviennent, à la place de la société, *conjointement* (et, comme on est en matière de commerce), *solidairement* tenus de cette obligation. Au lieu d'un passif de société, on est en face d'un ensemble de dettes contractées par plusieurs personnes à la fois. Il ressort de là que dans une société en nom collectif les créanciers, quelque parti qu'ils prennent, demeurent fondés à poursuivre chaque associé pour le tout.

Mais voyons la situation dans la commandite, société où le bailleur de fonds a limité la responsabilité à son apport. Les créanciers vont-ils, à raison de la nullité de la société, poursuivre leurs créances, même contre les commanditaires, qui en seraient alors *indéfiniment tenus* ?

Cette conséquence serait dure. On frapperait un commanditaire auquel l'absence de publicité n'est point imputable, puisque c'était au commandité à y pourvoir. Aussi doit-elle être rejetée.

Les obligations contractées par le gérant n'ont pas été prises au nom du commanditaire. Les créanciers n'ont pas traité en considération de sa personne qu'ils ignoraient. Ils n'ont d'action, en arguant la société de nullité, que contre les associés en nom, les seuls avec qui ils se soient mis en rapports.

Toutefois, les circonstances de fait feraient au commanditaire une condition pire, si le public connaissait son existence. (Bordeaux, 10 mai 1899, D. 1900, 2, 158). Les tiers ont contracté alors en considération de sa personne. Le commanditaire aurait dû s'assurer que la publication avait eu lieu, et y procéder à défaut du gérant pour la sauvegarde de ses droits. En d'autres termes, la question se résoudra

(1) La jurisprudence de la toute dernière époque paraît cependant vouloir réagir contre cette sanction d'une sévérité excessive.

en fait. Autant que possible, la justice exonérera le commanditaire de cette responsabilité solidaire et indéfinie.

368. — Lorsque l'absence de publicité a porté non sur la société, mais sur l'une des mentions requises, la société existera bien au regard des tiers. Mais c'est la *mention omise* qui leur sera *inopposable*. Telle la société s'est présentée à eux, telle les tiers sont fondés à la dire constituée.

Ex. : L'acte de société limite les pouvoirs du gérant, et la clause n'a pas été publiée. Les actes que le gérant aurait accomplis, en outrepassant ses pouvoirs, seront obligatoires pour la société, du moment qu'ils rentrent encore dans les attributions d'un mandat général. La publication de la clause aurait, au contraire, permis à la société de s'en prévaloir contre les tiers.

369. — Le pouvoir qui appartient aux tiers d'opposer le défaut de publication dans le délai d'un mois (1) persiste à leur profit, alors même que, avant toute réclamation de leur part, la publicité aurait été *tardivement* faite. Le droit de se plaindre que la société ne se soit pas légalement révélée dans les délais leur est acquis : il ne peut plus leur être enlevé par une publication subséquente.

On pourrait être tenté de donner à l'action en nullité des créanciers, pour manque de publicité, beaucoup plus de portée que nous ne venons de le faire. Les créanciers obligerait judiciairement la société à entrer en liquidation, par cela seul que la publication n'a pas lieu à bonne date, et quand même tous les associés seraient d'accord pour en désirer la continuation. Pour savoir si la nullité à la requête des créanciers sociaux peut conduire à un semblable résultat, bien tyrannique, semble-t-il, et peu d'accord avec la logique du raisonnement, nous préférons différer l'examen de la question jusqu'à l'étude de la nullité des sociétés par actions, laquelle obéit aux mêmes idées (V. *infra*, n° 555).

370. — *b) Au regard des associés*, et dans leurs rapports réciproques, la société existe : elle a été connue des intéressés, malgré l'omission de la publicité. Mais cet oubli frappe la société d'un certain discrédit, ses débuts sont de mauvais augure, il y a juste cause de *dissolution judiciaire* (arg. art. 1871 C. civ.). Chacun d'eux est recevable à demander aux autres la rupture de la société ; sous le nom trompeur d'« action en nullité » on doit lire « action en dissolution ».

Cette dissolution déterminera une liquidation semblable à celle d'une société régulière. On devra régler les opérations faites, les bénéfices et les pertes, les conditions de reprise des apports, il y aura lieu à partage. La liquidation portera donc non plus sur une *société de fait*, comme c'était le cas pour une société illicite, mais sur la société même que

(1) Lorsqu'il s'agit d'une société constituée en France, mais avec siège social aux colonies, la jurisprudence admet que les tribunaux peuvent prolonger le délai d'un mois pour la publication au lieu du siège social. Trib. com. Tours, 13 juillet 1928, *J. des sociétés*, 1929, 126.

les associés avaient constituée, c'est-à-dire *en conformité du pacte social*.

La seule différence qui sépare cette société non publiée d'une société publiée, c'est que la première ne peut accomplir son temps statutaire et est obligée de *se dissoudre prématurément*. Cette règle est critiquable en législation ; il aurait mieux valu laisser la société debout et sanctionner le retard de publicité par des dommages-intérêts, ou tout au moins laisser le tribunal maître de statuer selon les circonstances dans le sens de la dissolution ou du maintien de la société.

Contrairement à la nullité invoquée par les tiers, l'action entre associés s'éteindra, si, avant son exercice, le siège social répare le vice et publie l'acte de société quoique le délai se trouve dépassé. — Ex. : Constitution faite le 1^{er} février, publicité effectuée le 1^{er} avril ; l'action en nullité intentée le 1^{er} mai sera repoussée ; il en serait autrement si elle avait été intentée avant le 1^{er} avril, le droit du demandeur se déterminant au moment de l'assignation.

371. — *c) Au regard des créanciers personnels d'associés*, l'absence de publication produit aussi un important résultat.

Un créancier personnel peut d'abord, *du chef de l'associé* son débiteur, et en vertu de l'art. 1166 C. civ., agir en nullité contre les autres associés. Mais il ne pourra pas produire pour sa créance, aussi longtemps que les créanciers sociaux n'auront pas été remboursés. Si la société est insolvable, l'action en nullité sera vaine pour lui.

Il a donc fallu se demander si les créanciers personnels n'avaient pas un *droit propre*, leur permettant, grâce à la nullité, de concourir avec les créanciers sociaux sur l'apport de leur débiteur. L'affirmative a prévalu (Cass., 7 juin 1904, D. 1904, 1, 455).

Cela est conséquent. La société de commerce n'est une personne morale et ne peut conférer à ses créanciers un droit de préférence qu'à la condition d'être publiée. Faute de quoi, le capital social tombe à l'état de biens indivis, et les créanciers particuliers rentrent dans leur droit de concours avec les créanciers de la société (n° 299).

Toutefois cette absence de personnalité ne nuira aux créanciers sociaux qu'autant que les créanciers personnels s'en prévaudront. — *a)* Le défaut de publicité ne saurait, par exemple, être opposé par le siège social à un créancier pour faire annuler une assignation signifiée par copie unique. Autrement, la nullité serait invoquée par les associés *contre* les créanciers, ce que la loi défend (art. 56, al. 3, de la loi de 1867). — *b)* De même, les créanciers sociaux obtiendront la mise en faillite de la société quoique non publiée. Seulement les créanciers personnels, usant de leur droit propre, formeront opposition à ce jugement de faillite dans le mois fixé par l'art. 580 C. com. et le feront tomber par l'action en nullité. Ce délai expiré sans opposition, la faillite aura passé en chose jugée (Req., 5 juillet 1900, D. 1902, 1, 89 et note THALLER ; Cass., 26 février 1913, *Gaz. Pal.*, n° du 19 avril 1913 ; PERCEROU, *Traité des faillites*, t. II, n° 1623).

372. — Cette corrélation entre la publicité et la validité de la société soulève, il est vrai, une difficulté concernant la personnalité de la *société civile*, reconnue en jurisprudence depuis 1891.

Comment se fait-il que les créanciers sociaux disposent dans la société civile, en l'absence de toute publicité (puisque la loi n'en requiert alors aucune), d'un droit de préférence, et que les créanciers personnels n'aient aucune action en nullité à leur encontre ?

C'est que la rareté plus grande des contrats, de la part d'une société de cette nature, laisse aux tiers traitant avec elle le temps de se renseigner sur le contenu du pacte social. On pouvait se dispenser d'instituer un mode légal de publication. — Nous ne donnons pas l'explication pour péremptoire. Les créanciers personnels souffriront de cette clandestinité.

373. — Une dernière observation. Le droit des créanciers particuliers à agir en nullité est naturel, lorsque leur débiteur est un associé en nom ou un commandité. Car les extraits d'annonces les auraient informés du déplacement de la partie de leur gage affectée par leur débiteur à une société, et cette information ne leur a pas été donnée.

Mais étendre l'action en nullité aux *créanciers d'un commanditaire* devient anormal. Même si le journal d'annonces avait fait connaître la société, le nom de leur débiteur n'y aurait pas été mentionné. Faute ou omission, la publication ne leur révélerait pas la diminution de leur gage. La communication de l'acte de société au greffe ne leur est pas non plus donnée.

En partant de ce raisonnement, la nullité ne peut être utilement exercée par les créanciers du commanditaire. La question est délicate.

374. — En résumé, la nullité d'une société faite de publication (ou faute d'écrit) est une arme à plusieurs tranchants, une voie de droit qui signifie les choses les plus diverses, selon les intéressés en cause : *non opposabilité de la société, dissolution anticipée, absence de personnalité morale*. C'est une théorie enchevêtrée qui gagnerait à être reprise et éclaircie (1)✕

§ 4. — Conséquences de la nécessité d'un écrit et d'une publicité quant aux modifications ultérieures de l'acte de société.

(C. com., art. 46 abr. : L. 1867, art. 61)

375. — La théorie de la publicité a sa répercussion sur les faits qui, au cours de la société, modifieraient les conditions de son fonctionnement.

En effet, les parties ne pourront pas *changer* d'un commun accord une des clauses du contrat de société, sans avoir à *renouveler* pour cette délibération les *formalités prescrites à l'origine*. Autrement, les tiers seraient fondés à croire que l'acte primitif persiste, et cet acte continuera à faire loi pour eux.

(1) V. la manière dont cette question est comprise à l'étranger, dans HÉMAR, *Nullité de sociétés et sociétés de fait en droit allemand et en droit italien (Annales de droit commercial, 1909)* : étude reproduite dans l'ouvrage précité du même auteur.

La délibération ne devient opposable aux tiers, et même elle ne lie les associés que moyennant : a) la confection d'un écrit, b) une publicité nouvelle. Il faudra déposer au greffe des tribunaux prémentionnés, et insérer dans le journal d'annonces un double de cet acte de modification (L. 1867, art. 61). L'insertion au journal d'annonces ne sera pas prescrite pour une délibération concernant une clause exempte dès l'origine de cette insertion (proportion des droits des associés dans les bénéfices, p. ex.).

376. — Cette règle est aussi large que possible. Elle comprend les actes qui ont pour objet « la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant le terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés, et tout changement à la raison sociale.

Exemple. — La société avait été fondée pour dix ans. A l'expiration de ce terme elle est prorogée pour dix autres années, par accord de l'unanimité des membres. — Ou, à l'inverse, on la dissout avant l'expiration des dix ans.

A défaut d'un écrit publié, les tiers pourront, dans le premier cas, considérer la prorogation comme inexistante (ils n'y ont pas avantage) et, dans le second cas, soutenir que la société n'est pas dissoute : d'où la validité des marchés qu'ils ont conclus depuis la délibération.

Malgré le défaut de publication de l'acte originaire par les associés, l'acte de prorogation ou de dissolution devrait être déposé aux greffes et inséré par extrait. Les tiers pourraient a) se prévaloir du contrat non publié de société, qu'ils connaissent en fait, et b) repousser, comme occulte, la délibération postérieure (Req., 2 février 1902, S. 1903, 1, 348).

Une délibération de cette nature serait, faute de publication, annulable même dans les rapports des associés. Par suite d'une prorogation verbale, le gérant pourra sans doute continuer l'exploitation et faire des marchés réguliers. Mais la durée de cette société sera désormais précaire, chaque associé étant admis, quand il le voudra, à plaider en nullité.

Dès lors, quant à cet acte de prorogation : 1° si la publicité en a été faite, le terme nouveau sera obligatoire ; 2° autrement, ou si l'on a procédé par tacite reconduction, la société continuera au jour le jour, jusqu'à ce qu'un intéressé fasse annuler cette continuation.

Autre exemple. — On choisit un nouveau gérant. Il faut publier, par les voies légales, sa nomination ; faute de quoi, les tiers contracteraient valablement avec le gérant qui s'est retiré.

377. — **Fixité du capital.** — C'est surtout à l'égard des délibérations modifiant la consistance du capital social que cette obligation de publicité trouve une application intéressante. On peut appeler les sociétés commerciales ordinaires des sociétés à capital fixe, bien que cette expression ne soit point dans la loi. Elles font opposition aux sociétés à capital variable qui, on le verra, disposent précisément de faveurs spéciales en ce qui touche l'obligation de la publicité.

Sans doute, il est toujours permis, dans une société quelconque,

par un accord nouveau, de modifier le capital primitif. On peut notamment le réduire, en convenant de la retraite d'un associé, commanditaire ou autre. Sa part sera alors remboursée, en la calculant à sa valeur au moment de cette retraite.

Mais il y aura lieu de rendre publique cette reprise d'apport ; faute de quoi, le commanditaire devra rapporter le montant de sa commande, à la demande ultérieure des créanciers ; au regard de ceux-ci, le capital, gage des dettes, est demeuré au chiffre que portait l'acte de société.

Il n'y aurait dispense de publicité que si l'entrée d'un nouveau membre, versant à la société une somme au moins aussi forte que celle qu'on rembourse à l'associé démissionnaire, devait concorder avec la sortie de celui-ci.

Même publiée, la restitution de l'apport à l'associé ne produit pas des effets immédiats au regard des tiers. Cette restitution équivaut, du côté de l'associé qui se retire, à une liquidation partielle de la société. Or le capital ne peut pas se décharger immédiatement du passif qui le grève. Les créanciers antérieurs à la publication de la retraite d'associé conservent un droit de poursuite d'une durée de *cinq années* sur l'apport de celui-ci, quoique revenu en ses mains (arg. art. 64 C. com., n° 459).

SECTION IV

BÉNÉFICES, DIVIDENDES, PERTES

(C. civ., art. 1853 à 1856 ; L. 1867, art. 10, al. 3 à 5 *a contr.*).

378. — La *théorie des bénéfices* (et par là même des pertes) ne peut pas être séparée de celle de la publication.

Il y a bénéfice *annuel* lorsqu'une société, par l'effet de sa bonne marche, s'est enrichie d'un exercice à l'exercice suivant. Cet enrichissement est déterminé dans les livres du solde du compte *profits et pertes*.

Il y a bénéfice *d'ensemble* lorsque la société s'est enrichie dans le cours complet de son existence, toute compensation faite entre les années bonnes et les années mauvaises s'il y a lieu.

Ces bénéfices, dans l'exemple simple du commerce par achat et vente, tiennent à ce que la maison a revendu ses produits plus cher qu'elle ne les a achetés, tous frais généraux (dépenses d'exploitation et intérêt des capitaux engagés) préalablement déduits.

379. — Suivant quelle *proportion* les associés participent-ils aux bénéfices ? -- La réponse est dans les art. 1853 et 1854 C. civ.

a) *L'acte de société garde le silence*. Les bénéfices se partageront entre les associés, non en parts égales, comme le voudrait le droit romain, mais proportionnellement à la valeur de l'apport de chacun. Un apport de 75.000 fr. dans un capital de 100.000 fr. aura droit aux $\frac{3}{4}$, etc. Lorsque ces apports consistent dans des biens autres que de l'ar-

gent, on devra les évaluer afin d'établir la quote-part, à moins que l'acte de société ne l'ait fait.

Mais, pour l'apport en industrie (en supposant que son auteur n'apporte pas en outre d'autres biens), la loi a repoussé l'estimation, comme offrant trop d'aléa : l'apport sera présumé être de la même valeur que l'apport en argent ou en nature le plus faible de tous.

Cela conduirait à dire, dans une société en commandite où le commandité n'apporte que son travail et où le capital-espèces de 100.000 fr. est constitué par deux commanditaires suivant une inégale proportion (le dernier a donné 75.000 fr. et le deuxième 25.000 fr.), que les bénéfices du commandité sont calculés sur 25.000 fr., valeur présumée de son apport de travail, et doivent ainsi ressortir à $1/5$ de l'ensemble des gains.

On devine, d'après ces chiffres, que les parties s'en rapportent rarement à la loi. Car il est à craindre que la loi ne statue peu équitablement.

b) *L'acte de société s'est expliqué* sur la quotité des bénéfices. Le règlement fera loi, quand même il attribuerait à l'auteur de l'apport le plus faible la part la plus forte dans les bénéfices, ou inversement.

c) L'acte de société a pu confier à un tiers, ou même à l'un des associés, le soin de déterminer les parts. Ce règlement ne pourra être attaqué en justice que dans les trois mois après que l'intéressé en a reçu connaissance, et seulement s'il est manifestement contraire à l'équité (A rapprocher de l'art. 1592 qui, dans une vente, permet aux parties de confier la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers, mais non à celui de l'un des contractants).

380. — Les bénéfices mis en distribution prennent le nom de *dividendes*. Le dividende est la part de gains que chacun reçoit respectivement.

On peut, à la fin d'un exercice, inscrire les bénéfices à la réserve ou au crédit du compte des associés, ou encore les porter en augmentation de capital. — On peut, à l'inverse, les répartir à l'issue de chaque année. Cette dernière pratique est de règle dans les sociétés par actions.

Que décider à cet égard dans les sociétés par intérêt, en cas de silence de l'acte constitutif ? — Certains auteurs (ARNOULD, dans les *Annales de droit commercial*, 1901, p. 239) estiment que la distribution annuelle des bénéfices ne peut pas être exigée, si les associés n'en sont pas expressément convenus, la société se privant ainsi de ressources éventuelles en vue de pourvoir à son extension ou de parer aux pertes de l'avenir. Mais l'opinion contraire prévaut (LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n° 56 ; PONT, *Soc. com.*, n° 1478).

381. — **Dividende réel.** — Le *dividende réel* est celui qui représente pour l'exercice clos le résultat véritable des affaires de la société.

Ce dividende est acquis aux associés. Quand même les exercices futurs mettraient la société en perte, les associés sont dispensés de rapporter ce dividende, aux fins de reconstituer le capital ou de payer les créanciers (1).

(1) Le contraire peut se présenter. Le capital est entamé par des pertes dans les premières années. Puis viennent les bénéfices. — Il faudra appliquer d'abord les bénéfices à

Ce point a été mis hors de doute dans la discussion du Code. La solution s'impose : autrement, nul ne consentirait à entrer en société.

Cette acquisition de dividende est d'ailleurs exempte de toute publicité. Les bénéfiques ne font pas, en effet, partie intégrante du capital. C'est le capital seul qui forme le gage des dettes de la société, les bénéfiques sont essentiellement *disponibles*. La société se liquide chaque année afin d'en déterminer le chiffre : le gain est une valeur acquise aux associés, et irrévocablement, si on le leur distribue. Il y a là un usage honnête que les créanciers connaissent et auquel ils ont adhéré.

382. — Dividende fictif. — Le *dividende fictif* résulte artificiellement d'une majoration d'inventaire. Ou, ce qui est plus rare, il est distribué sans un inventaire ou contrairement à ses résultats.

La majoration résultera notamment de ce qu'on a estimé les marchandises ou les valeurs de portefeuille à un cours exagéré, ou omis d'amortir les immeubles, etc. (Voir sur les livres de commerce, nos 201 et 202). On masque des pertes au moyen d'un mensonge d'écritures qui fait ressortir des bénéfiques. Par là, le gérant maintient le crédit de la maison ou s'évite les réclamations que l'état véritable des affaires aurait provoquées. C'est dans les sociétés par actions surtout que ces agissements sont fréquents.

Ces dividendes non réellement acquis seront-ils sujets à rapport à la demande des créanciers, lorsque plus tard la fraude sera découverte ?

Pour les sociétés par actions, la question est tranchée négativement par l'art. 10, al. 3 et suiv. (et par l'art. 45 *in fine*) de la loi de 1867. Les dividendes fictifs sont acquis aux actionnaires comme les dividendes réels, à une réserve près : lorsque l'actionnaire a été de mauvaise foi, il en devra la restitution. Hors de là, il en est dispensé.

On voudrait étendre, par analogie, cette disposition aux sociétés par intérêt, à la commandite simple (MM. LYON-CAEN et RENAULT). N'est-elle pas conforme à la règle du droit civil (art. 549 et 550), qui rend propriétaire des fruits celui qui les perçoit de bonne foi sur la chose d'autrui ?

Tel n'est pas le sentiment de la jurisprudence (Cass., 1^{er} juillet 1896, D. 98, I, 335). Elle argumente de l'art. 10 de la loi de 1867, non par analogie, mais *a contrario*, et avec raison, semble-t-il (1). — Le dividende fictif, n'ayant de bénéfice que le nom, est prélevé en fait sur le capital, et cela sans publicité. Il est logique qu'il soit rapportable à toute époque : c'est une reprise de capital, contraire à l'acte de société. Le gage des créanciers est amoindri, et l'associé, même de bonne foi,

refaire le capital statutaire. Les associés s'y sont implicitement engagés vis-à-vis du public. S'ils avaient voulu limiter le capital pour l'avenir au chiffre abaissé auquel le capital est tombé par le fait des pertes, une délibération prise par eux et dûment publiée, aurait réduit effectivement le capital à cette somme. Autrement, les bénéfiques distribués avant reconstitution du capital devront être traités au regard des créanciers comme dividendes fictifs (n^o 382).

(1) Cette solution de la jurisprudence a été d'ailleurs adoptée par la loi du 9 mars 1925 pour les sociétés à responsabilité limitée : l'art. 35 décide que la répétition des dividendes fictifs est admise contre les associés qui les ont reçus, même de bonne foi ; mais cette action en répétition se prescrit ici par 5 ans.

devra la restitution de ces valeurs. En vain les aurait-il consommées. Il doit répondre d'un gérant infidèle, il n'avait qu'à s'assurer de la source régulière de ce dividende. L'intérêt des créanciers prime le sien propre. Le dividende pris sur le capital n'est pas un *fruit*, et l'assimilation avec le possesseur de bonne foi de l'art. 549 C. civ. est téméraire.

Dans les sociétés par actions où l'action en répétition, dispersée contre cent actionnaires et davantage, eût été vaine, la loi a témoigné à l'actionnaire plus de bienveillance (nécessité d'encourager ces sociétés, absence pour l'actionnaire de moyens efficaces pour vérifier l'inventaire), parce que les créanciers retrouvent l'action en rapport sous forme d'action en responsabilité contre les administrateurs et contre les membres d'un conseil de surveillance. Pareille raison n'existe pas ici.

383. — Il convient de joindre à ce problème des dividendes deux autres questions, plus pratiques à l'égard d'une société par actions, mais dont la solution dépend d'une doctrine commune à toutes les sociétés de commerce.

384. — **Réserves.** — 1° La constitution d'une *réserve* suppose que la société, au lieu de distribuer le bénéfice total, en retient une portion, qu'elle laisse dans le fonds de roulement de l'exploitation, ou qu'elle emploie à un achat de valeurs séparées (immeubles, portefeuille). Si le bénéfice est élevé, les associés décident que 6 0/0 par exemple formeront dividende, et que l'excédent sera mis en réserve.

Un des avantages de ce fonds de réserve (qui pourrait être encore affecté à un renouvellement d'outillage, à une caisse d'assurance, etc.), est de régulariser le dividende sur tout le cours de la société. La réserve, bénéfices accumulés, se sépare du capital. Elle conserve son caractère disponible, malgré un exercice en perte. Vienne une année hors d'état de pourvoir à un dividende : les associés décideront le prélèvement d'une somme sur la réserve, et ils se la distribueront, sans être exposés à aucun rapport par la suite.

Il n'y a pas dans les sociétés de personnes de réserve *légale* obligatoire.

385. — **Intérêts fixes.** — 2° La *clause d'intérêts fixes* est une stipulation de l'acte de société assurant aux associés, même après un exercice en perte, et sans préjudice d'un dividende plus fort, un intérêt de 3, de 4 0/0 de leurs mises.

Cette clause, plus connue dans les sociétés par actions, se rencontre dans mainte commandite simple. Elle s'explique surtout de la part des grandes compagnies qui, ayant de longs travaux à faire (chemins de fer, percement d'isthme), laisseraient l'action longtemps improductive s'il fallait attendre des bénéfices pour la rémunérer ; cela détournerait les souscripteurs.

Hors de là, la clause ne mérite guère d'être encouragée. Est-elle licite ?

On est tenté de la considérer comme contraire à l'essence de la société. S'assurer un intérêt, à tout événement, c'est exclure le risque, faire dégénérer en un prêt à intérêt.

La jurisprudence pourtant s'est ralliée à la validité de cette clause et même, au début, sans condition de publicité, du moment qu'il est formellement expliqué dans les statuts que les intérêts seront portés au compte des frais généraux (Cass., 8 mai 1867, D. 67, 1, 193, S. 67, 1, 253 ; Paris, 9 août 1877, D. 79, 2, 193, S. 78, 2, 225, note LABBÉ). Alors en effet, ce prélèvement des intérêts même en l'absence de bénéfices *diminue bien l'actif de la société* ; mais, puisqu'il s'impute au compte des frais généraux, il ne constitue *pas une réduction du capital* (lequel devra être reconstitué sur les bénéfices à venir). Bien que dangereuse pour les tiers (THALLER, *Journ. des Soc.*, 1884, *passim*), cette thèse était logique et claire. Mais elle s'est quelque peu obscurcie dans la jurisprudence ultérieure, qui est venue exiger parfois — d'après des distinctions difficiles à saisir — la *publication de la clause*. — Dans une première espèce (Civ. rej., 7 novembre 1899, D. 1900, 1, 139, et note THALLER ; *Pand. franç.*, 1901, 1, 320, et note CHAMPCOMMUNAL, S. 1901, 1, 153, et note WAHL ; ARTHUYS, *Rev. crit.*, 1901, p. 321), la Cour de cassation a jugé que « ces intérêts (c'est-à-dire les intérêts fixes stipulés au profit des commanditaires même en l'absence de bénéfices), *du moment que les statuts ne les ont pas mentionnés au nombre des frais généraux*, ne constituent point une charge sociale qu'on puisse, comme telle, affranchir de la publicité prescrite par les art. 56 et 57 de la loi du 24 juillet 1867 ». — Plus récemment, un autre arrêt (Civ. cass., 15 novembre 1910, S. 1911, 1, 5, note LYON-CAEN, D. 1912, 1, 97, note PERCEROU) a même décidé que, pour être affranchie de la publicité, il ne suffisait pas que la clause fût rédigée dans la formule voulue (« les intérêts seront compris dans les frais généraux »), mais qu'il fallait en outre « qu'elle ne pût d'après les circonstances — et malgré la formule employée — être considérée comme constituant une réduction déguisée de capital ». — Ces arrêts ont paru obscurs (LYON-CAEN, *loc. cit.*). Ils signifient, semble-t-il, que les juges du fait doivent se préoccuper dans chaque espèce, non seulement des termes dans lesquels a été rédigée la clause d'intérêts fixes, mais aussi de l'interprétation qu'elle a reçue en fait ; c'est-à-dire qu'ils doivent rechercher si, en réalité, les intérêts ont bien été portés au compte des frais généraux et non pas imputés en réduction du capital (PERCEROU, *loc. cit.*). C'est du moins ce qui paraît résulter d'un nouvel arrêt de la Cour de Cassation rendu dans la même affaire, où il est dit « que les juges du fond sont tenus de rechercher, dans chaque espèce, si les conditions dans lesquelles la distribution a eu lieu n'ont pas eu pour but et pour *résultat* de dissimuler, sous les apparences d'une charge sociale, une réduction réelle et définitive du capital... » (Cass. civ., 5 mai 1915, 1, 65, note LYON-CAEN, D. 1920, 1, 142, *Journ. des Soc.*, 1916, 15 (1)).

(1) La Cour de cassation paraît s'attacher ainsi surtout à l'*exécution* qu'a reçue en fait la stipulation d'intérêts fixes. En réalité la question est double : 1° En stipulant des intérêts fixes qu'ont voulu les associés ? Ont-ils voulu simplement permettre, en l'absence de bénéfices, de porter ces intérêts aux frais généraux, sans pour autant réduire le capital ; ou bien prescrire leur imputation sur ce capital de manière à le réduire ? Si on donne à la clause le premier sens, qui est son sens normal, l'imputation des intérêts sur le capital de façon à le réduire, est nulle comme contraire au pacte social : et cela que la clause ait été publiée ou non. — Si au contraire

La loi de 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée a tranché la question, mais en ce qui concerne seulement ces dernières sociétés : elle exige une publicité de la clause d'intérêts fixes et décide qu'elle ne peut être stipulée que pour le temps nécessaire à l'exécution des travaux qui précèdent le commencement des opérations sociales, l'acte constitutif devant en déterminer la durée, et les intérêts ainsi payés devant être compris dans les frais de premier établissement.

En droit allemand, dans les sociétés en nom collectif, il est alloué de plein droit un intérêt de 4 0/0 à l'associé sur sa mise, même en cas de perte. En cas de bénéfices, il ne pourra retirer l'excédent au delà de cette somme que s'il n'en doit pas résulter de dommage pour la société (art. 122 C. com. allemand de 1897).

386. — Impôt. — Les dividendes sont passibles de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières créé par la loi du 29 juin 1872. Cet impôt, primitivement au taux de 3, puis de 4 0/0 (L. 26 décembre 1890, art. 4) est maintenant de 18 0/0 (art. 50, L. 25 juin 1920, 3, L. 22 mars 1924, 16, L. 3 août 1926). Un dividende de 100 fr. subit donc de ce chef un prélèvement de 18 fr. au profit de l'Enregistrement.

Cette taxe toutefois « n'est pas applicable aux parts d'intérêts dans les sociétés commerciales en nom collectif, et elle ne s'applique, dans les sociétés en commandite dont le capital n'est pas divisé en actions, qu'au montant de la commandite » (Loi du 1^{er} décembre 1875 (1)).

Elle n'atteint pas seulement d'ailleurs les dividendes, mais aussi les intérêts des emprunts contractés par les sociétés (autres cependant que les sociétés en nom collectif, depuis la loi du 28 avril 1893, article 36) (2), les revenus des obligations (3) ou des fonds publics, la rente exceptée.

La société en fait l'avance au Trésor, elle retient l'impôt sur le dividende de chaque associé. Les procès-verbaux des délibérations

on considère la clause comme prescrivant une réduction de capital à chaque versement d'intérêts payés en l'absence de bénéfices — ce qui serait singulier — la validité de ces réductions successives supposerait en tout cas qu'elles sont publiées chaque fois qu'elles ont lieu ; la publicité de la clause originale ne suffirait pas.

Mais 2°) si, d'une part, — et telle est la vérité pratique — la clause signifie seulement qu'en l'absence des bénéfices, les intérêts seront payés quand même et diminueront ainsi l'actif (mais non le capital, lequel figurera toujours pour le même chiffre au passif du bilan et devra être reconstitué sur les premiers bénéfices), et si, d'autre part, cette clause est correctement exécutée, on ne voit plus comment il pourrait être question d'une réduction de capital, au sens juridique de ce mot, à publier dans les termes des art. 56 et 57 de la loi de 1867. Seulement — et c'est peut-être pour n'avoir pas jusqu'à présent été envisagée sous cet aspect que la question demeure obscure — il resterait alors à se demander si la clause ne devrait pas quand même être publiée, non pas sans doute à titre de réduction du capital, mais du moins à titre de clause intéressant les tiers, parce que de nature à réduire progressivement l'actif (sinon le capital) de la société leur débitrice, sur lequel seul en définitive, ils peuvent se faire payer. C'est une clause dangereuse pour eux et qu'ils ont intérêt à connaître, surtout dans un pays où la loi ne prescrit pas la publicité des bilans. Il est donc pour le moins prudent de publier cette clause.

(1 et 2) Ces exemptions ont été maintenues à travers toutes les aggravations fiscales récentes (Cfr. l'art. 50 de la loi du 25 juin 1920).

(3) Le projet de « collectif » du mois de juin 1929 prévoyait la réduction de 18 à 15 0/0 de l'impôt sur le revenu des obligations à émettre dans l'avenir ; mais la loi du 2 août 1929 n'a pas consacré cette réduction qui paraît pourtant devoir être bientôt admise.

donnant la somme des bénéfices à distribuer sont communiqués à la Régie pour déterminer la taxe. Jusqu'à une date récente, à défaut de délibérations dans une société par intérêt, l'Enregistrement n'avait pas le droit de perquisition (1) et il taxait la société d'après un bénéfice présumé de 5 0/0 sur les mises. Mais ce régime a été profondément modifié par l'art. 32 de la loi du 23 mars 1924. Il résulte de ce texte que le forfait n'est plus applicable aux sociétés en commandite simple dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 50.000 francs et que, à défaut de délibérations, ces sociétés doivent obligatoirement, dans les trois mois de la clôture de l'exercice, souscrire une déclaration faisant connaître le chiffre des bénéfices distribués aux commanditaires.

387. — Pertes. — Après avoir traité des bénéfices, il faut s'occuper des pertes. Il y a perte lorsque le capital est diminué par de mauvaises affaires. La différence entre le chiffre nominal du capital et celui auquel il est tombé d'un exercice à l'autre donne la mesure de cette perte.

La perte n'entraîne pas l'insolvabilité. Elle peut y conduire graduellement ou d'un seul coup. Mais l'insolvabilité ne commence qu'à partir du moment où le capital est absorbé. Si le fonds social est de 100.000 fr., la société peut, pendant plusieurs années, subir des pertes répétées de 10.000 fr., sans que les créanciers soient menacés dans leurs droits.

En fait, les pertes annuelles, aussi longtemps qu'il y a un actif pour les couvrir, ne donnent pas lieu à un mouvement de caisse entre le siège social et les associés. On se contente d'en débiter le compte de chaque associé.

Quelle est la part de chacun dans les pertes ? La même que dans les gains, à moins de stipulation contraire. Elle se fixe donc proportionnellement aux apports, en cas de silence de l'acte ; et suivant la quotité fixée pour les bénéfices, dans le cas contraire (art. 1853).

388. — Clauses d'exonération des pertes. — Chaque associé, commanditaire ou autre, doit concourir aux pertes sociales. Autrement, la société est *léonine*, et contraire à l'art. 1855 : *la clause affranchissant l'associé de toute contribution aux pertes est nulle*. Par répercussion, la société entière est atteinte de nullité et liquidée comme société de fait (Cass., 31 janvier 1917, *Gaz. des Trib.* du 15 février 1917).

Il est vrai : 1° qu'un associé peut limiter sa perte à une somme déterminée, c'est le cas normal du commanditaire ; — 2° qu'un associé qui fait un apport d'industrie peut s'affranchir entièrement des pertes (art. 1855, al. 2, *a contr.* : contribution des *sommes* ou *effets*) ; cet affranchissement n'est qu'apparent, car l'associé aura donné son travail sans rétribution, ce qui est une perte suffisante ; — 3° qu'un

(1) V. une étude, sur le droit de communication du fisc au regard des Sociétés, dans le *Journ. des Soc.*, 1897, 481 et s. ; et 1906, 105. — V. aussi SERRES, *Du droit de communication accordé à l'Administration de l'Enregistrement en matière de sociétés*, th. Paris, 1912. — E. BOUVIER, *Le droit de communication d'après la nouvelle législation*, *Journ. des Soc.*, 1924, 5.

associé faisant un *apport en jouissance* atténue son risque : il pourra prélever sa mise avant les autres. Mais il ne pourrait pas, en cas d'épuisement du fonds social par les pertes, récupérer son apport sur les biens des autres associés, ni à plus forte raison produire concurrence avec les créanciers sur le fonds social, il ne peut revendiquer son apport de jouissance que s'il consiste en un corps certain (note THALLER, sous Amiens, 22 mai 1906, D. 1907, 2, 25, et PIC, *Des sociétés commerciales*, n° 47 — *contra*, HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 76).

389. — Une exonération complète est interdite, du moins dans le système français (*contra* en Allemagne). Il y a eu cependant des arrêts pour décider que la seule *convention* illégale était celle qui *affranchirait l'apport des poursuites des créanciers*, mais que, sitôt l'apport reconnu affecté aux dettes, la loi était sauve. Un associé pourrait donc garantir à l'autre sur ses propres biens le remboursement de l'apport, quicque absorbé par des pertes.

C'est une interprétation qui viole l'art. 1855. La Cour de cassation ne s'y est pas rangée, tout en semblant l'accueillir en cas d'apport en jouissance (Civ. cass., 11 juillet 1894, D. 94, 1, 531 ; *non obs.* Req., 23 mai 1900, D. 1901, 1, 101).

Mais la jurisprudence a eu le tort de donner effet à une combinaison qui aboutit au même résultat. Le commandité, afin de rassurer le commanditaire, contracte, par exemple auprès d'une compagnie d'assurances, pour une somme égale à la commandite, une police au profit du commanditaire, police payable à la mort du commandité et dont il paye les primes. Le commanditaire n'y aura droit qu'autant que sa mise disparaîtrait par suite des pertes de la société ; les héritiers du commandité la toucheront dans le cas contraire. — On a critiqué, et à bon droit, l'arrêt qui a validé cette combinaison (Civ. rej., 9 juin 1890, D. 90, 1, 409, et note PLANIOL).

390. — La doctrine, pour atténuer les effets de l'art. 1855, prenait texte d'une opinion présentée par Pothier, sans conviction d'ailleurs (n°s 25 et suiv. de son traité *De la société*), et qu'on a appelée quelquefois la *théorie des trois contrats*.

L'exonération des pertes à côté de la *société*, valait *assurance* du commanditaire contre le risque, et *cession* par lui à l'autre associé d'une portion de son bénéfice. Le gérant dit à son coassocié : « Votre mise est menacée, je vous donne l'assurance qu'elle vous sera remboursée. En échange, vous me servirez une prime. Sans cette clause d'assurance, vous stipuleriez 20 0/0 de bénéfices. Contentez-vous de 10 0/0, cédez-moi le surplus ».

La thèse s'expliquait à la rigueur dans l'ancien droit, lorsque le prêt à intérêt était défendu : on tournait la prohibition. Dans le droit moderne, ce n'est que dans la communauté conjugale qu'un associé (la femme comparable à un commanditaire) exerce ses reprises, en cas d'insuffisance, sur les biens propres de son coassocié (le mari).

391. — Il reste à se prononcer sur un point délicat. Pour payer le passif aux créanciers, on le prélève sur le capital. Mais la contribu-

tion des associés dans la perte est-elle par là définitivement réglée ? Non.

On calculera pour chaque associé la somme à laquelle s'élève sa part contributive et, si cette somme reste au-dessous du prélèvement que le siège social lui a fait subir sur sa mise pour rembourser les créanciers, il aura le droit de se faire bonifier la différence.

Ex. : Le commanditaire ne doit contribuer que pour la *moitié* des pertes. Le capital argent ou apports en nature a été constitué *par lui seul*. Les pertes absorbent ce capital, il pourra exiger du commandité une récompense de moitié de sa mise. — Ou bien un associé a fourni *moitié* du capital et ne devait concourir aux pertes que pour un *huitième*. Il aura droit de se faire rembourser l'écart de sept huitièmes sur la partie absorbée de sa mise, avant le partage du solde d'actif par moitié entre les deux associés (Req., 25 juin 1902, D. 1902, 1, 395).

SECTION V

ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ ET RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS

(C. civ., art. 1855-1859 ; C. com., art. 22 et 27-28, l. 6 mai 1863.)

392. — La société a besoin d'un ou de plusieurs *administrateurs* ou *gérants* pour la diriger. De même que l'administrateur, en droit public, fait *acte* tantôt de *puissance publique* et tantôt de *gestion*, toutes différences gardées il se passe ici quelque chose d'analogue. **1^o** L'administrateur rappelle l'associé au pacte social, l'oblige à verser son apport, etc., recrute le personnel des employés de tout ordre, qui sont liés à la société par un louage de services et non par un mandat : l'administrateur ne sera responsable envers le siège social de leurs fautes que s'il les a mal choisis ou mal surveillés ; — **2^o** L'administrateur, représentant la société au dehors, agissant en vertu d'un *mandat* lié au contrat de société, conclut des opérations avec les tiers pour l'exploitation sociale.

Pour tout mandat (C. civ., art. 1984-2010), le problème se décompose en deux questions : — la représentation du mandant par le mandataire, — la responsabilité du mandataire envers le mandant pour ses fautes.

393. — **Représentation.** — *a*) Le mandataire représentant le mandant, ses conventions sont passées *ès qualités*, et rendent directement le mandant (ici la société) créancier ou débiteur des tiers avec qui l'administrateur a traité.

Les administrateurs sont porte-parole du siège social, de la personne morale. Se servir de la *signature sociale*, c'est exécuter le mandat, c'est engager la société si l'opération est conforme aux pouvoirs donnés : en France, et contrairement au droit allemand, le contrat excédant les limites du mandat est inopposable à la société (voir l'abus de signature sociale, n^o 412).

Ces engagements n'atteignent pas seulement la personne morale, ils rendent aussi débiteurs solidaires et personnels les associés en nom, sortes de cautions de la société. Donc, si le gérant est tenu lui-même des engagements qu'il traite, ce n'est pas en tant que mandataire ; mais parce qu'il est associé.

394. — Comptes à rendre. — b) Le mandataire est comptable de sa gestion envers ses mandants, par l'*actio mandati directa*, ici par l'action *pro socio*. Il pourra être poursuivi, soit par chaque associé agissant en proportion de sa part, par exemple pour un quart des dommages-intérêts résultant des fautes commises, soit par tous les associés réunis réclamant alors une indemnité totale. Tous les associés aussi, mais non une simple majorité, pourraient conclure avec lui une transaction sur l'intérêt social qui était engagé dans la gestion prise dans son universalité.

L'action en responsabilité est de la compétence du tribunal de commerce du siège social, soit comme contestation entre associés en matière de commerce (art. 631-2° C. com.), soit comme demande contre un préposé de commerçant (art. 634).

395. — Rémunération. — Le gérant est responsable de sa faute, même légère, d'autant plus qu'il est toujours rémunéré (art. 1992 C. civ.)

Cette rémunération peut se composer d'éléments multiples : — 1° Son apport d'industrie lui vaut un tantième déterminé dans les bénéfices ; — 2° Il peut se faire allouer en outre un traitement fixe, payable sur les frais généraux même dans les années de pertes. Cette allocation, alors même qu'elle ne dépasserait point 6.000 francs, ne bénéficierait point de l'insaisissabilité établie par la loi du 27 juin 1921 (modifiant celle du 12 janvier 1895) au profit des petits traitements, à moins de présenter *en fait* un caractère alimentaire.

Il n'y a point de contradiction dans ce cumul. La règle qui oblige l'associé à contribuer aux pertes est respectée. Le gérant fait de son travail deux parts. Il s'engage par un louage de services, avec un premier appointement à forfait. Mais il évalue son industrie plus cher : c'est pour le surplus de son travail qu'il est associé et qu'il court le risque.

396. — Le gérant est habituellement un *associé*. Ce pourrait être un étranger (*non obst.* L. 1867, art. 57 : *associés autorisés à gérer*). L'étranger ne s'engage pas personnellement aux dettes sociales : il n'est que mandataire, partant responsable seulement de ses fautes.

397. — Faculté de substitution. — Le gérant, fût-ce dans le silence de l'acte, peut se *substituer un tiers* sans le consentement des associés. Des patrons ont coutume de prendre pour fondés de pouvoirs leurs principaux employés. Cette délégation de signature, annoncée à la clientèle, est tantôt temporaire, tantôt durable, selon que l'empêchement est passager ou non.

Régulièrement, cette nomination, comme celle d'un gérant, doit être rendue *publique*, par dépôt au greffe et par extrait dans les journaux.

Si le fondé de pouvoirs commet des *fautes*, le gérant en répond vis-à-vis de la société, à moins que la faculté de substitution ne lui ait été expressément consentie. Même alors il sera tenu, s'il a porté son choix sur une personne notoirement incapable, ou insolvable (art. 1994 C. civ.)

398. — Pluralité de gérants. — L'examen du droit de substitution sert de transition à l'étude de la pluralité des gérants.

S'ils sont plusieurs pour exercer la gérance, chacun peut, en principe, faire seul les contrats intéressant la société. Les actes juridiques n'ont pas besoin d'être délibérés ensemble (art. 22 C. com.).

Toutefois, les *fautes* de l'un d'eux peuvent être imputées à tous. Ils se représentent et se remplacent mutuellement dans les marchés par suite de l'impossibilité où ils sont d'y concourir simultanément. Un acte fait par un seul est censé provenir de tous ; ils se surveillent les uns les autres. D'après la jurisprudence de la faute commune, une action en réparation *in solidum* est donnée contre chacun : les associés lésés pourront, à leur choix, poursuivre l'un quelconque des gérants pour le tout. Le gérant dissident, qui désapprouve ses collègues et veut être indemne, devra former opposition à l'opération avant qu'elle ne soit conclue. En portant cette opposition à la connaissance des tiers, il rendra même le marché inopposable à la société (art. 1857 et 1859, al. 1 *in fine*, C. civ.).

Il n'y a que deux cas où chaque gérant n'aurait pas la plénitude de l'administration ; c'est lorsque d'après le contrat de société : 1° ils ne peuvent agir que réunis, — ou 2° lorsque leurs attributions sont partagées, les achats d'approvisionnements rentrant, par exemple, dans les fonctions de l'un, et les ventes dans celles de l'autre. Certains actes particulièrement importants (par exemple l'ouverture d'une succursale), peuvent d'ailleurs être soumis à des conditions spéciales (assentiment de la majorité des gérants après délibération en Conseil...). Mais ces clauses, pour avoir effet vis-à-vis des tiers, devront être publiées.

399. — Il existe deux sortes de gérance :

1° La *gérance statutaire*. Le gérant est désigné dans l'acte de société. Il est irrévocable, il ne peut démissionner à son gré, à moins de raisons graves (maladie, actes d'infidélité) qui seront appréciées par le tribunal et qui détermineraient également sa destitution. Le départ du gérant n'entraînera pas nécessairement dissolution de la société, si l'entreprise peut fonctionner avec un autre (art. 1856, al. 2).

L'irrévocabilité du gérant statutaire se justifie : sa nomination fait corps avec l'acte de société ; cette clause, comme l'acte social tout entier, constitue la loi des parties (art. 1134).

400. — 2° La gérance non statutaire. L'acte de société ne s'explique pas sur le choix du gérant. Alors chacun des associés en nom exerce l'administration. Mais ce n'est qu'une situation provisoire. Elle cessera par une délibération conférant la gérance à l'un d'eux (ou à un tiers).

Cette délibération ne vaut que comme simple mandat. En d'autres termes, un pareil gérant, à la différence du gérant statutaire, peut être

révoqué *ad nutum* et sans dommages-intérêts (même art. 1856). Cela revient à dire que la majorité des associés peut décider cette révocation ; car, s'il fallait l'unanimité, on ne voit plus en quoi ce cas se distinguerait de celui du gérant statutaire. Cette majorité doit s'apprécier par têtes. Mais il ne faudrait pas étendre à d'autres situations le pouvoir pour la majorité de faire loi dans les sociétés par intérêts. Ce droit de la majorité est au contraire usuel dans les sociétés par actions.

401. — Défense d'immixtion du commanditaire (1). — Les principes précédents sont fortement mis en échec dans les sociétés en commandite. Les art. 27 et 28 C. com. renferment une règle qu'on appelle la *défense d'immixtion du commanditaire*.

Le commanditaire « ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration ». Soit que ses associés lui en aient donné pouvoir dans l'acte de société ou dans un acte postérieur, soit qu'il ait agi de son propre mouvement sans se faire habiliter par les autres, sa participation à l'administration de la société est condamnée par la loi. Celle-ci va jusqu'à critiquer des actes tout à fait accidentels, provenant de ce que la signature aurait été confiée au commanditaire pour un jour ou deux par le commandité empêché.

402. — La mesure précise des actes qui sont interdits aux commanditaires par l'art. 27 dépend de la détermination du motif pour lequel cette règle sévère a été introduite. Or sur ce motif règne une incertitude, et quelques-uns tiennent même que la loi pose ici une énigme.

Il est permis d'hésiter entre deux explications.

1^{re} Explication (c'est celle qui paraît en faveur en jurisprudence). — Par la défense d'immixtion du commanditaire, on veut épargner une équivoque aux tiers qui traitent avec la société, sur la responsabilité respective des associés de l'une et de l'autre catégorie. C'est une règle de crédit ou, si l'on préfère, de loyauté.

Lorsque la signature est aux mains du commanditaire, les créanciers s'imaginent que c'est lui qui est l'associé principal, que c'est lui par conséquent qui répond des dettes sur ses biens. Supposons que sa fortune personnelle soit élevée, que celle du commandité soit faible ; les tiers traiteront avec la société en considération de fortune, en transposant les rôles des deux associés.

Cette transposition est excusable de leur part. L'attitude prise par le commanditaire suffit à l'expliquer. Vienne la faillite de la société ; les créanciers verront leur échapper ce gage indéfini du patrimoine qui leur avait inspiré confiance, puisque le commanditaire se prévaut de la limitation de responsabilité à sa mise, et ils devront se payer sur le patrimoine d'un autre, vraisemblablement de forces réduites, auquel ils n'avaient point attaché d'importance.

De là vient que la loi interdit cette attitude fertile en malentendus, et, pour le cas où l'on ne tiendrait pas compte de sa défense, pose la formule : *Patere legem quam ipse tulisti*. « Puisque tu t'es présenté

(1) V. E. PORU, *La défense d'immixtion du commanditaire dans la société en commandite par intérêts*, dans les *Annales de droit commercial*, 1910, p. 121, 209 et 265.

comme associé en nom, les créanciers seront fondés à te retenir pour tel ».

La seule objection d'une certaine gravité encourue par cette explication réside en ceci : les noms du commandité, d'une part, du gérant, de l'autre, sont mentionnés dans les extraits de publicité. Les tiers n'ont qu'à se reporter à ces extraits. Ils verront bien que le gérant n'est pas un associé responsable. S'ils se sont mépris sur la classe d'associés à laquelle il appartient, ils n'ont qu'à s'en prendre à leur propre étourderie.

Cette appréciation se confirme, lorsqu'on se demande ce qui se produirait au cas où la gérance de la commandite aurait été confiée à un étranger. Cette attribution serait tout à fait régulière (n° 396). Le gérant alors ne s'oblige pas lui-même, puisqu'il n'a point d'intérêt dans l'entreprise et qu'il n'y concourt qu'à titre de mandataire.

D'où vient qu'on se montre plus sévère à l'égard du commanditaire, dont la circonspection de gérant serait plutôt garantie par les fonds engagés par lui dans la société ? Si l'on autorise la gestion d'un tiers, à plus forte raison devrait-on permettre celle d'un associé « au petit pied ».

L'objection n'est point irréfutable. Lorsque le gérant est un étranger, il ne se produit pas dans l'esprit du public de malentendu sur sa qualité d'associé, on sait qu'il n'en est pas un. Le rôle de commanditaire est beaucoup plus sujet à provoquer des méprises. La situation de fait occupée par le commanditaire dans les bureaux de la société et dans la tenue de la correspondance, alors même que la signature sociale ne renfermerait pas son nom, induit naturellement les créanciers à penser que c'est avec un associé en nom qu'ils ont affaire, du moment qu'il est bien associé et qu'il n'en fait pas mystère. Les actes déposés aux greffes, et les extraits d'annonces pourraient les détromper, c'est vrai ; mais ils se sont guidés d'après les apparences, et on ne peut pas leur en tenir rigueur.

Si la règle de la loi est imposée par les raisons précédentes, les seuls actes interdits au commanditaire sont ceux qui déterminent de sa part des opérations avec le dehors, c'est-à-dire la *gestion externe* (achats, ventes, emprunts, etc.). Au surplus, pour qu'il y ait contravention à la loi, il n'est pas indispensable que le commanditaire ait accompli ces opérations au point de les mener jusqu'à leur conclusion définitive. Dans le cas où il les aurait seulement préparées, soit par des pourparlers de nature verbale, soit par un échange de correspondance, la loi frapperait encore cette nature d'immixtion, car elle est de nature à induire le public en erreur sur la classe d'associés à laquelle le commanditaire appartient (Cfr. Req., 10 juillet 1900, S. 1901, 1, 173 ; Req., 30 décembre 1907, S. 1908, 1, 125).

Sous cette réserve : a) Le commanditaire n'enfreint aucune interdiction en donnant, dans l'intérieur de la société, son autorisation à une modification à l'acte de société (augmentation de capital, élévation du chiffre des bénéfices alloués à la gérance, etc.), ou à un acte d'aliénation proposé par le gérant et dépassant les pouvoirs de celui-ci. Il peut concourir à cet acte d'aliénation à côté du gérant et aux seules fins de l'autoriser ; sa responsabilité solidaire n'est pas pour autant engagée (Limoges, 28 janvier 1898, D. 99, 2, 353).

b) Si le gérant venait à démissionner ou à mourir, et en supposant que l'acte de société, prévoyant cet événement, ait décidé que la commandite continuerait avec un gérant nouveau, le commanditaire pourrait sans la moindre déchéance, et devrait même concourir par son vote à la nomination de celui-ci (Même arrêt).

c) L'acte de société a pu conférer aux associés le droit de révoquer le gérant : à plus forte raison a-t-il pu spécifier que les actes d'une certaine importance, quoique rentrant encore dans la classe habituelle des actes d'administration, les opérations à crédit par exemple, ne pourraient être accomplis valablement qu'avec le consentement des associés. Cette stipulation, malgré l'empire qu'elle permet aux commanditaires d'exercer sur le gérant, ne porte aucune atteinte à la loi et elle doit sortir effet.

403. — 2^e Explication. — Il y a une autre manière de donner un sens à l'art. 27.

La loi n'a pas été influencée, dit-on, par la crainte d'une équivoque dont les tiers auraient souffert dans leur crédulité. Elle a redouté deux choses : d'une part, que des associés, disposant d'assez amples ressources, mais voulant limiter les risques pour tous, prissent à leurs gages une commandite de pacotille, simple mannequin dont ils tireraient le fil et qui même ne générerait pas du tout, car ils se seraient réservé la gérance à eux-mêmes : — d'un autre côté, que les capitalistes formant une commandite n'eussent l'habitude de s'adjoindre un gérant, domestiqué par eux en quelque sorte, gérant faiblement rétribué parce qu'il serait sans pouvoir sérieux. — Le premier de ces résultats serait fâcheux : les parties auraient fondé une véritable société anonyme sous le manteau trompeur de la commandite. Les créanciers ne se seraient point mépris sans doute, quoi qu'en pense l'autre système, sur les deux catégories d'associés, mais ils auraient pris au sérieux un commandité homme de paille, en lui imputant une fortune qu'il n'a pas. Ils souffriraient d'un leurre, autre il est vrai que celui dont la jurisprudence s'est émue. C'est ce qui s'est vu dans la période de fièvre des commandites vers 1835. — Le deuxième de ces résultats serait tout aussi regrettable : la commandite n'est un contrat moral que si elle laisse au gérant un émolument assez fort pour lui permettre, à lui homme de travail et sans fortune, de s'élever en rang. Il faut qu'il ait de l'indépendance et par conséquent des pouvoirs effectifs ; car, par là seulement, il peut avoir un traitement honorable. La confusion du commanditaire et du commandité dans la gestion, la prise de direction de la société par l'élément argent, empêchent d'atteindre ce but.

En partant de ces idées, la loi frappe non seulement les actes de gestion externe, mais toute *ingérence* même *intérieure* plaçant le commandité sous la coupe des commanditaires, et notamment : 1^o la stipulation obligeant le gérant de s'assurer le consentement des commanditaires pour les opérations à terme ; 2^o la clause de révocabilité du gérant en dehors de la révocation judiciaire pour justes motifs. — Mais, d'autre part, il va de soi que les modifications à l'acte de société, ainsi que les actes de disposition excédant les pou-

voirs d'administration, exigeront, car c'est la nature des choses qui le veut, l'adhésion des commanditaires.

Ce deuxième système doit être rejeté, d'abord parce que les termes de l'art. 27 y sont contraires (le commanditaire, dit le texte, ne peut faire aucun « acte de gestion », ce qui ne veut pas dire aucun « acte d'ingérence »), et ensuite à raison du caractère étrange que présente la sanction légale, appliquée à cette immixtion d'ordre purement intérieur. Dire que le commanditaire sera responsable indéfiniment envers les créanciers lorsqu'il a tenu la signature sociale, cela se conçoit ; mais, le frapper de cette manière, lorsqu'il s'est réservé le droit de révoquer le gérant ou d'autoriser préalablement certains de ses actes, c'est édicter une répression qui n'est plus du tout adéquate à la faute. Il aurait fallu dire : la société en commandite, en présence de semblables clauses, sera nulle ou sujette à la liquidation. La loi n'en a rien fait.

Quelle est donc la *sanction établie* ? La loi du 6 mai 1863 l'a adoucie. D'après le Code de commerce, le commanditaire contrevenant à la prohibition ci-dessus était obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société. Il était tenu indéfiniment du passif, là même où son immixtion se serait limitée à un ou à deux actes accidentels. C'était bien dur.

D'après le nouveau art. 28, cette responsabilité solidaire ne le frappe obligatoirement que pour les dettes qui dérivent de ses actes de gestion. La responsabilité personnelle des autres dettes de la société ne l'atteint que « suivant le nombre ou la gravité des actes qu'il a faits », à l'appréciation du tribunal.

Autrement dit : la gestion qu'il a exercée porte-t-elle sur des opérations multiples et successives ; ou bien, quoique restreinte à certains marchés, a-t-elle sérieusement contribué à déterminer la chute de la société ? Les juges *pourront* le déclarer solidaire pour le passif tout entier (mais, à notre avis, sans qu'il devienne pour autant un commerçant passible de la faillite : le « commerçant malgré lui » n'existe pas au nombre des catégories connues).

404. — La théorie des art. 27 et 28 règle-t-elle également les rapports avec les autres associés du commanditaire ayant fait acte d'immixtion ?

Cette question ne répond pas à une pensée bien claire (Req., 25 octobre 1898, S. 1900, 1, 410), ou bien elle doit être tranchée par la négative.

De deux choses l'une, en effet, ou bien le commanditaire s'est immiscé en vertu d'un mandat que lui ont donné ses coassociés. Les actes de gestion accomplis dans ces conditions emporteront responsabilité solidaire de tous les associés en nom, ainsi que le dit l'art. 28, sans que ceux-ci puissent obliger le commanditaire à contribuer à la perte au delà de sa commandite (Trib. com. Seine, 6 décembre 1911, *Journ. des Soc.*, 1912, 369) ; ils le rechercheront pour une somme plus forte s'il y a eu faute de gestion de sa part, mais ce recours se rattache alors à une idée bien différente.

! Ou bien le commanditaire a agi en dehors de tout mandat, et sans

que l'opération puisse être opposable à la société par suite des règles de la gestion d'affaires. En ce cas, la responsabilité solidaire ne pèsera que sur lui (malgré la généralité du texte de l'art. 28), elle n'atteindra ni la société ni les autres associés. Le recours de ceux-ci contre le commanditaire a moins encore lieu de s'exercer que dans le cas précédent.

405. — Cette théorie de la défense d'immixtion du commanditaire pourrait être abandonnée sans grand inconvénient par le législateur de l'avenir. Bien que la plupart des Codes l'aient empruntée au droit français, elle crée plus de gêne qu'elle ne donne de bons résultats ; car elle jette le trouble dans l'esprit du commanditaire sur la détermination des actes qui lui sont permis ou défendus (ARCANGELI, *La società in accomandita semplice*, p. 180 et suiv. : POTU, *loc. cit.*).

406. — Les art. 27 et 28 n'ont pas pour résultat d'exclure le commanditaire de toute intervention dans le fonctionnement de la société. Les deux systèmes précédents s'accordent pour lui reconnaître la double faculté suivante :

1° Il peut occuper dans la société un *poste subalterne* de commis, de directeur de travaux, le liant à la commandite par un louage de services, avec une rétribution, s'il y a lieu. L'ancienne rédaction de l'art. 27 lui interdisant plutôt ce genre de fonctions : le texte de la loi de 1863 est plus libéral. Le commanditaire fera bien cependant de ne pas se charger de certains emplois, tels que celui de voyageur de commerce, qui, tout en le plaçant dans une position subordonnée, le mettent en rapports avec le public et sont de nature à se confondre dans l'esprit des tiers avec des fonctions de gestion proprement dites.

2° Le commanditaire, dit l'art. 28 al. 2, peut donner des avis et des conseils, peut faire des actes de contrôle et de surveillance.

Cette question de contrôle est délicate. Les commanditaires peuvent se grouper pour désigner un comité permanent de surveillance qui agira pour eux par délégation. Cet organe se retrouvera dans la commandite par actions, où la loi le crée à titre obligatoire. Le défaut de diligence du conseil de surveillance dans la commandite simple ne donnerait pas aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers sociaux, quoique lésés par son inaction, le droit d'en poursuivre les membres, ceux-ci n'engageant leur responsabilité que vis-à-vis de leurs mandants, c'est-à-dire envers les commanditaires eux-mêmes (Req., 27 janvier 1880, *Journ. Pal.*, 80, 264).

S'il n'y a pas un organe de ce genre, chaque commanditaire est-il admis à pénétrer en tout temps dans les bureaux de la société et à prendre connaissance de l'état de la caisse, de sa comptabilité ? Ce pouvoir peut être limité par l'acte de société ; mais que décider dans le silence du contrat ?

Bien que la Cour de cassation (Req., 29 avril 1897, S. 97, 1, 396. cfr. n° 211) affirme pour les tribunaux le droit de limiter, même dans les quatre cas exceptionnels de communication de l'art. 14, la consultation des livres « soit quant à l'étendue des documents qui en seront l'objet, soit quant à son mode et à sa durée, soit quant aux personnes

aptes à être chargées du mandat de le recevoir », et qu'elle fasse application de cette règle au commanditaire (comme à tout associé, même en nom collectif, qui ne serait pas un gérant), il ne semble pas que son titre d'associé comporte une semblable restriction. — D'après nous, le commanditaire peut, à moins d'un conseil de surveillance institué ou de clauses contraires dans l'acte de société) :

1° Prendre communication des livres à une époque quelconque, sans soupçonner pour autant la régularité des affaires ou l'exactitude des comptes qu'on lui a remis, la communication n'impliquant point de sa part la pensée de faire éventuellement un procès au gérant ;

2° Procéder à cette inspection soit par lui-même, soit par un expert de son choix (Cfr. Cass., 24 janvier 1899, D. 99, 1, 260), le secret des affaires ne pouvant guère souffrir, semble-t-il, de cette ingérence d'un étranger que le commanditaire choisira parmi les personnes sûres et de confiance, ainsi que son propre intérêt l'y porte (si le commanditaire est peu versé en affaires, il faudra bien qu'il recoure au ministère d'une personne plus compétente que lui, et nous en dirons autant pour un associé en nom). Le seul pouvoir qu'il convienne de reconnaître à la justice, c'est de refuser des communications trop répétées ou confiées à des agents suspects, en vertu de la théorie de l'« abus du droit ».

En tout cas, il n'y a pas identité de situation entre le commanditaire dans la commandite simple et l'actionnaire : la loi de 1867 s'est attachée à enfermer le pouvoir d'inspection des livres par celui-ci dans des bornes très étroites qui n'ont pas été posées dans notre matière (V. dans les *Annales de droit commercial*, 1901, p. 124 et s., l'article de M. DEMOGUE, dont la doctrine restreinte paraît discutable).

407. — Revenons aux sociétés tant en nom collectif qu'en commandite.

1° *Par quels actes les gérants obligent-ils la société ?*

2° *A concurrence de quelle somme obligent-ils soit la société, soit les associés eux-mêmes ?*

I. — Pour engager la société, les gérants doivent agir ès qualités. Ils traitent sous la raison sociale, ou, encore, car tous équivalents sont admis, par représentation des associés.

Mais, en agissant, au contraire, sous leur nom personnel, même pour le compte social, ils cessent de rendre la société débitrice ou créancière des tiers. Aucun rapport direct ne se forme entre ces derniers et le siège social : les gérants seront alors eux-mêmes tenus (*non obst.* L. 82, D. Pro socio, et art. 1864 C. civ.). La société ne pourra être recherchée que du chef de son gérant (art. 1166 C. civ.).

! Le gérant oblige la société soit par des *contrats*, soit par des *délits*.

408. — **Contrats.** — *Par des contrats.* — En principe, il dispose des pouvoirs d'un mandataire général (art. 1988 C. civ.).

Le mandat général n'embrasse que les actes d'administration. Au sens commercial du terme, l'*administration* comprend tous les actes ordinaires d'exploitation : — l'achat des approvisionnements, — la vente des produits, — la location d'un magasin, — les souscriptions,

acceptations ou négociations d'effets de commerce pour régler les engagements courants, — les réceptions d'effets de débiteurs, — les réparations d'outillage, ou embauchages d'ouvriers, — les conventions avec commissionnaires pour écouler la marchandise ou en effectuer le transport, etc.

Le gérant, ayant par hypothèse une entreprise distincte qui ne fait pas concurrence à la société, pourrait accomplir ces actes avec sa propre maison ; il pourrait, banquier, escompter le papier de la société ; concessionnaire d'une mine, lui faire des marchés de fournitures de charbon. Il n'y a pas, dans notre droit, de règle générale interdisant à une personne d'occuper dans un même contrat les deux rôles opposés, et de traiter avec soi-même (ce que les Allemands appellent *selbstcontrahiren*). Il devient alors créancier, du chef de son contrat ; et il produira à la faillite de la société, sans s'effacer comme il devrait le faire au titre d'associé.

409. — Ce droit du gérant de prendre l'affaire à son compte n'est pas sans danger ; aussi, dans la société anonyme, y a-t-on mis une restriction (art. 40 L. 1867). Il est à craindre que le gérant ne fasse prévaloir son intérêt propre sur celui de la société. Voici le double correctif que comporte un tel pouvoir :

a) Si l'opération, pour avoir été conduite avec la maison du gérant, devient préjudiciable à la société, le gérant devra des dommages-intérêts.

b) Le droit que nous reconnaissons au gérant ne doit pas être séparé d'une autre règle, savoir que le mandataire ou gardien de la chose d'autrui ne peut, sans abus de confiance (art. 408 C. pén.), détourner les valeurs confiées à sa garde et comprises dans sa gestion. La conséquence s'impose : ces contrats avec lui-même, il est obligé de les faire ouvertement. Par là est frappée la pratique des pots-de-vin.

Il traite, avec un entrepreneur de travaux, un devis de 10.000 fr. Mais l'entrepreneur lui abandonne sous main 5 0/0, soit 500 fr. — Du moment que le marché ne coûtait que 9.500 fr., l'excédent est approprié par le gérant ; fût-il seul associé en nom, il commet un détournement, un abus de confiance. — Il aurait dû prendre franchement l'opération pour lui et sous-traiter ensuite avec 500 fr. de bénéfice au su de ses associés. Ce que la loi frappe, c'est le gain d'entremise occulte.

410. — A l'inverse, le mandat général exclut les actes de *disposition*. Le gérant ne peut les accomplir sans le consentement de tous les associés (à moins que l'acte de société ne se contente de l'adhésion d'une majorité). — Ex. : Achat de machines, de terrains ou d'une force motrice, vente de tout ou partie de l'établissement, emprunt, constitution d'hypothèque.

La séparation entre administrer et disposer n'est point facile. L'acte de société s'expliquera d'ordinaire sur l'étendue des pouvoirs du gérant. Alors, de deux choses l'une :

Ou bien les pouvoirs ordinaires sont *étendus* au delà des attributions légales. Le gérant pourra emprunter, hypothéquer, etc. Rappelons que le nouvel art. 69, ajouté par la loi du 1^{er} août 1893 à celle du 24 juillet

1867, autorise le pouvoir d'hypothéquer, en vertu des énonciations de l'acte de société, même dressé en la forme sous seing privé (n° 353).

Ou bien les pouvoirs du gérant sont *restreints*. — Ex. : Il ne pourra traiter que des opérations au comptant. Cette clause est valable à l'égard des tiers, même dans la commandite, comme nous allons le voir, pourvu qu'on l'aît publiée.

411. — Délits. — Le gérant peut obliger aussi la société *par ses délits*. Non pas qu'il ait reçu mandat de l'engager de cette manière. Mais il est préposé du siège social : le commettant répond du fait de son préposé dans l'exercice de ses fonctions (art. 1384 C. civ.).

Le délit du gérant ouvre donc, pour les *réparations civiles*, une action de la partie lésée contre la société : contrefaçon d'une marque ou d'un brevet, infraction aux règles d'exploitation des chemins de fer par fausse déclaration sur la nature d'un colis, contravention d'enregistrement, etc.

412. — Abus de raison sociale (1). — C'est dans la catégorie des délits qu'on fait rentrer l'*abus de la signature sociale*.

On entend, par cette appellation, des faits ou agissements assez variés, qu'il serait difficile de grouper sous une notion uniforme.

La clarté de ce sujet veut qu'on oppose l'*excès de pouvoir*, à l'*abus de pouvoir dans l'emploi de la signature sociale*.

Il y a *excès de pouvoir* lorsque le gérant dépasse les pouvoirs qui lui étaient attribués, sans détourner d'ailleurs, à son profit personnel, le résultat des opérations qu'il fait. — Ex. : Il vend ou achète un immeuble sans y être autorisé. — Si l'acte n'est pas de ceux qui rentrent dans les opérations d'administration, ou si l'acte de société, dûment publié sur ce chef, lui interdit de le faire, la société ne sera pas obligée de le respecter. Ce marché ou contrat est sans valeur au regard du siège social (il a été fait de cette doctrine par Req., 5 novembre 1900, D. 1902, 1, 5, et note THALLER, une application exagérée à des effets de commerce, qui devaient, d'après l'acte de société, exprimer une cause d'engagement social, et qui en réalité ne la contenaient pas).

Il y a *abus de pouvoir*, lorsque le gérant, procédant par abus de confiance, accomplit sous le nom de la société un acte qui lui est personnel, emprunte de l'argent, par exemple, ou souscrit des effets en vue de payer ses différences de bourse, ou afin d'affecter les fonds à une usine lui appartenant en propre.

A moins que l'autre partie contractante n'ait eu connaissance de ce détournement du produit du marché (Req., 26 janvier 1903 et 26 avril 1906, D. 1904, 1, 391, et 1908, 1, 500 ; Lyon, 21 juin 1911, *Journ. des Soc.*, 1913, 226), il faut dire que l'acte est opposable à la société, laquelle ne pourra pas se soustraire à son exécution. Car : 1° la société répond des faits délictueux de son préposé (art. 1384 C. civ.) ; 2° le tiers n'a pas pu scruter le fond des intentions du gérant et deviner à quelles fins le marché était conclu ; la loi n'exige même pas que l'objet

(1) V. PERCEROU, *Des abus de la raison sociale, dans les Annales de droit commercial*, 1898, p. 118 et s.

de la société soit rendu public (n° 362) ; peut-être le silence qu'elle garde à cet égard s'explique-t-il par le fait que, quand même cet objet serait révélé, les créanciers ne sont pas en état de savoir si le marché conclu y correspond ou non. L'opération, prise en elle-même et indépendamment de son but, est-elle régulière ? Il n'en faut pas davantage pour que la société soit tenue, car elle a été représentée en la forme, voulue.

Les exigences du crédit sont telles, que cette solution doit prévaloir, nonobstant toute clause par laquelle la société s'affranchirait formellement de la responsabilité de ceux des actes du gérant qui seraient pris en vertu d'un abus de signature. Cette clause est fréquente, mais, quoi qu'en aient décidé certains arrêts, elle ne doit pas produire effet.

413. — A cette question d'abus de raison sociale, on a mêlé, bien à tort, un problème reposant sur un tout autre ordre d'idées.

Le gérant peut-il obliger soit la société, soit la généralité de ses créanciers par des avances faites à l'un des associés avec le plein gré des autres ? Ex. : L'associé A a un passif personnel à éteindre. La société, à la teneur de l'acte constitutif, n'a pas pris ce passif à son compte. Mais elle a un intérêt au moins indirect à ce qu'il soit amorti. Souvent la connaissance qu'a le public de l'état obéré d'un associé, jette le discrédit sur la société elle-même. — Ou encore ce passif en souffrance se rattache à une précédente entreprise de commerce dudit associé, dont la partie « actif » a été déversée dans la société sous forme d'apport ; et les créanciers de cette maison maintenant disparue contesteraient la validité du contrat de société, si les associés réunis ne les remboursaient ou ne mettaient les « dettes anciennes » au compte du siège social.

a) Si la société demeure solvable, une convention de ce genre, quoique contraire à l'objet de la société, sera obligatoire, puisque par hypothèse, tous les associés l'ont approuvée.

b) Si, au contraire, la société a cessé d'être *in bonis*, les créanciers envers qui la société s'est substituée aux dettes primitives de l'associé, ou le prêteur des fonds qui ont servi à rembourser ces créanciers, ne sont plus en conflit avec les associés, mais bien avec les autres créanciers, dont les marchés à eux sont réguliers, conformes à l'objet social. Ces autres créanciers sont intéressés à réduire le chiffre du passif, à l'effet d'obtenir un dividende plus fort. Ils seront fondés à écarter la production des premiers, non peut-être à raison de l'atteinte portée à l'objet social par ces opérations destinées à couvrir des dettes personnelles : mais parce que *la société*, en procédant ainsi clandestinement, a réduit son capital au détriment des tiers, c'est-à-dire de la masse de ses créanciers. Le capital annoncé était de 1 million ; la prise en charge du passif personnel étant représentée par 200.000 fr., ce capital tombe en réalité à 800.000 fr. Les tiers sont lésés par une opération secrète n'ayant pour eux que la valeur de contre-lettre. C'est par suite d'un raisonnement de ce genre que peut s'expliquer la doctrine des arrêts qui ont vu dans lesdits agissements des espèces d'abus de signature sociale (V. PERCEROU, *loc. cit.*, p. 118 et suiv., et LYON-CAEN, sous Civ. rej., 11 juillet 1899, S. 1900, 1, 5).

414. — II. A concurrence de quelle somme le gérant oblige-t-il soit la société, soit les associés ?

A. La personne morale, débitrice principale, est tenue sur tout son capital.

B. Les associés en nom ou les commandités sont tenus *solidairement et indéfiniment* à côté d'elle. Tous sont obligés, — tant ceux qui font partie de l'administration que ceux qui en sont exclus, — tant ceux dont les noms figurent dans la raison sociale que ceux dont les noms en sont absents.

Celui qui sort de la société, en cours d'existence, cesse de répondre de ceux des engagements qui ont été formés postérieurement à la publication du fait déterminant sa sortie.

A l'inverse, celui qui entre dans la société en cours d'entreprise, quoique s'obligeant pour les engagements nouveaux (*non obst.*, art. 22 : associés indiqués dans l'*acte* de société), ne répond pas du passif contracté avant son entrée. La loi allemande, qui en décide autrement, n'est pas logique : dans les rapports des associés, le nouvel associé ne doit contribuer aux pertes que pour les affaires traitées depuis son arrivée. Pourquoi n'en serait-il pas de même au regard des tiers ? Sans doute, en cas de faillite, l'apport de ces associé qui s'est confondu dans le capital social servira à rembourser les créanciers, sans distinction de l'époque à laquelle remontent leurs droits. Mais cela ne prouve pas que l'associé réponde personnellement sur ses autres biens des dettes préexistantes à son entrée (AMROT, dans les *Annales de droit commercial*, 1900, p. 281 et suiv.).

415. — Ainsi, les associés en nom sont régis par le principe de la *solidarité*. Ils devraient être, dans ces conditions, solidaires non seulement *entrè eux*, mais aussi *avec* la société dont chaque associé est une *caution* non pas simple, mais *solidaire*. Les créanciers pourraient rechercher pour le tout, à leur convenance, soit le gérant *ès qualités* pris quant au capital social, soit tel ou tel associé individuellement pris sur son patrimoine propre, et sans avoir à observer un ordre déterminé de poursuites.

La jurisprudence ne l'entend pas ainsi. Les créanciers ne sont admis à assigner l'associé personnellement qu'à la condition : 1^o de mettre simultanément en cause le siège social, 2^o de justifier d'une mise en demeure déjà adressée préalablement à la société et non suivie d'effet (Civ. rej., 28 mars 1898, D. 99, 1, 49, et note THALLER. Comp. Douai, 13 novembre 1909, D. 1913, 2, 57, note LEVILLAIN ; Trib. com. Seine, 24 janvier 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 234). L'associé dispose donc d'un *bénéfice* qui n'est cependant pas celui de *discussion*. C'est de l'usage qu'il tire sa force, sans rien présenter d'ailleurs de bien avantageux.

A cela près, on suit les principes du cautionnement solidaire. Donc :

a) Les créanciers sociaux s'inscriront sur les biens personnels de l'associé, non pour le reliquat impayé de leurs créances, les biens sociaux une fois réalisés mais pour le plein montant de leurs titres (art. 542 C. com., n^{os} 1917 et suiv. ; *contra* en droit allemand).

b) Les poursuites contre la société interrompent la prescription

contre chaque associé pris individuellement, et les poursuites contre un associé produisent interruption vis-à-vis de tous les autres (art. 1206 C. civ.). Solution importante, surtout à partir du moment où la société sera en liquidation. La prescription des créances contre l'associé est réduite alors à un délai de cinq ans (art. 64 C. com.), mais la citation donnée à la société conserve l'action même vis-à-vis des associés, au delà dudit délai (ce qui n'est pas très équitable).

c) L'associé, payant la dette, est *subrogé* de plein droit aux sûretés appartenant au créancier désintéressé, telles qu'une hypothèque (art. 1251-3° C. civ.). Subrogation intégrale contre la société. Subrogation partielle contre chaque coassocié, pour la part contributive de celui-ci. Si le créancier avait, par son fait, abandonné ou *laissé périr ses sûretés* (hypothèque sur un immeuble de la société dont il aurait donné mainlevée), l'associé serait fondé à se dire dégagé envers lui, puisque la subrogation ne peut plus alors utilement s'exercer (art. 2037 C. civ.).

416. — La solidarité des associés en nom est de l'essence de la société en nom collectif : elle ne pourrait être écartée par une clause, même publique, de l'acte de société. En vain cette clause déclarerait-elle chaque associé tenu de sa *part conjointe et virile*, ainsi que ce serait le cas dans une société civile : vu sa nature insolite, les tiers n'ont pas dû s'attendre à la trouver dans l'extrait d'annonces. Elle est sans valeur.

417. — C. Commanditaire, action directe. — Quant au commanditaire, il semble que nul rapport de droit ne se soit formé entre les créanciers et lui. Il est personnellement inconnu des tiers. Tel était l'ancien droit.

Le commanditaire devrait seulement *contribuer* aux dettes. Il serait passible des pertes (arg. art. 26) dans la mesure limitée de son apport, sans être sujet aux *poursuites* des tiers.

La société l'obligera par l'action *pro socio* à verser sa commandite. Les créanciers pourront se subroger à cette action, notamment par le ministère d'un syndic ou d'un liquidateur ; mais ils agiront *du chef de la société* (art. 1166 C. civ.).

Afin d'armer plus énergiquement les créanciers, on a dans la pratique reconnu à leur profit l'existence contre le commanditaire d'une *action directe*, action également limitée, il est vrai, au montant de la commandite et éteinte par son versement.

1° *Justification*. — Les commanditaires, comme les associés en nom, ont donné mandat au gérant de les obliger par ses actes. Toute la différence est que l'associé en nom a donné un mandat sans restriction de somme, tandis que le commanditaire a limité à son apport les effets de ce mandat.

2° *Avantages*. — Grâce à cette action directe, les exceptions de dol ou de compensation, qui appartiendraient au commanditaire contre le siège social ou contre les autres associés, cesseront d'être opposables aux créanciers : c'est là le but qu'on s'est proposé d'atteindre. Si l'on admet que l'engagement du commanditaire est civil (n° 333), l'action devra être portée devant le tribunal civil.

Cet usage doit être approuvé. Les commanditaires, quoique leurs noms ne soient pas donnés dans l'extrait d'annonces, ont, par suite de la publicité, établi un lien entre les tiers et eux. Peut-être les créanciers les ont-ils connus par le greffe ou d'une autre manière : au pis aller, c'est à un débiteur masqué qu'ils ont fait crédit. — Les précédents de l'ancien droit sont peu probants : la société en commandite n'existait pas alors aux yeux des tiers : c'est le commandité qui s'engageait, seul et en son propre nom. La situation a notablement changé.

418. — Exceptionnellement, le commanditaire est tenu pour le tout, de la même manière qu'un commandité : — 1° si son nom est inséré dans la raison sociale (n° 339) ; 2° s'il s'est immiscé dans la gestion (n° 403) ; 3° si la commandite n'a pas été publiée, au moins dans certaines circonstances à apprécier en fait (n° 367).

SECTION VI

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE

(C. civ., art. 1865 à 1871 ; C. com., art. 64.)

419. — Il convient, après avoir examiné les sociétés par intérêt dans leur marche, de rechercher comment elles prennent fin et comment elles se liquident. Lorsque nous traiterons des sociétés par actions, ce sujet ne sera plus repris dans son ensemble. Il nous suffira de dire les modifications tenant à la nature desdites sociétés.

SOUS-SECTION-PREMIÈRE. — Dissolution

420. — La *dissolution* est l'expiration d'une société, l'anéantissement du lien social. Sitôt dissoute, la société cesse de vivre, du moins comme société d'exploitation.

Cette notion pourrait aussi bien s'étendre à plusieurs causes de nullité (à la nullité faute de publicité par exemple) : ces prétendues nullités, par suite d'une impropriété d'expression, sont plutôt des causes de dissolution, puisque la société se liquide dans le passé sur la base de l'acte social (nos 366 et 370).

421. — La fin de la société n'arrive pas toujours de la même manière. — Il y a des causes *normales* de dissolution, prévues dès l'origine (mort d'un associé ou expiration du temps convenu). — Il y en a d'autres qui sont *extraordinaires* (délibération prise par les associés, ou jugement).

422. — On distingue, d'autre part, les cas de dissolution opérant de plein droit, de ceux qui se réalisent par le fait de l'homme ou de la

justice. — Cette distinction, sans se confondre avec la précédente (la faillite d'un associé est un fait extraordinaire, qui agit cependant de plein droit), concorde avec elle dans la plupart de ses applications. Elle a de l'importance, à l'effet de déterminer dans quels cas la dissolution est sujette à publicité : il n'y a pas lieu de publier les causes de dissolution agissant de plein droit, tandis que la publication est exigée pour les autres causes (voir n° 439).

423. — Mais la méthode qui convient le mieux au plan général suivi dans cette étude des sociétés est celle qui tend à opposer :

a) Les causes de dissolution qui sont vraies des sociétés par actions comme des sociétés par intérêt, opérant à l'égard de toutes les sociétés de commerce et de toutes les espèces d'associés.

b) Aux causes de dissolution tenant à l'*intuitus personæ*, et spéciales aux sociétés en nom collectif et aux commandites simples.

§ 1. — Causes de dissolution communes à toutes les sociétés

424. — Il y a lieu d'écarter d'abord les dissolutions tenant a) soit à l'*extinction de la chose*, à la perte du bien servant de fondement à l'exploitation, b) soit à la *consommation de la négociation*, à la réalisation complète du but qu'on s'était proposé (art. 1865-2°).

Quant au premier de ces cas, le jeu des institutions de prévoyance et l'interprétation probable des volontés l'empêcheront le plus souvent de se produire. L'usine, qui forme le capital d'exploitation et qui vient à être incendiée, a été vraisemblablement l'objet d'une assurance. L'indemnité servira à en construire une autre, et la société ne se dissoudra pas (Cfr. Trib. com. Lyon, 27 mars 1913, *Journ. des Soc.*, 1914, 119). — On peut cependant supposer qu'une société de mine est mise dans l'impossibilité de continuer, par suite d'épuisement de minerai.

Quant au second cas, prenons pour exemple une société appelée à spéculer sur des terrains dans un certain périmètre, et les ayant tous revendus : la société cessera par la force même des choses. Soit encore une société concessionnaire. La concession, en vertu d'une réserve du cahier des charges, vient à lui être retirée (rachat, par l'Etat ou par un département, d'un chemin de fer ; rachat, par une ville, d'une concession d'éclairage). La société sera dissoute (1).

425. — Ces hypothèses éliminées, on distingue deux situations régies différemment au point de vue de la dissolution :

1° Ou le contrat assigne à la société une durée définie (dix ou vingt ans) ;

2° Ou la société est contractée sans un délai déterminé.

426. — 1° **Société à durée limitée.** — Si la société est à *durée limitée*, elle finira :

(1) A revoir, sous le n° 234, les effets sur la durée de la société de la perte de l'un des apports, de l'*apport en propriété* ou de l'*apport en jouissance*.

A) Soit par l'expiration du terme fixé (art. 1865) ;

B) Soit par le fait d'une convention nouvelle, réunissant le consentement de tous, qui changera l'époque à laquelle la société doit finir. Ce que tous ont décidé, tous peuvent aussi le modifier (art. arg. 1134, al. 2). Cette convention agira, selon les cas, de deux manières opposées :

a) Tantôt les parties prononcent la dissolution avant le terme indiqué ;
b) Tantôt elles prorogent la société pour une nouvelle période.

Il résulte déjà des explications que nous avons données (1^o 376) que ces délibérations doivent être prises en vertu d'un acte écrit dont il faudra effectuer la publication (voir aussi art. 1866). Sinon, la délibération sera nulle au regard des tiers et nulle même au regard des associés, sous réserve des actes d'exploitation accomplis jusqu'au prononcé de cette nullité.

427. — Mais à ces deux causes de dissolution, atteignant la société à terme fixe, il faut en ajouter une troisième : l'existence d'un juste motif, dont l'examen sera déféré à la justice par l'un des associés (art. 1871).

La dissolution résulte alors du jugement qui la prononce.

Il y a dans cette règle, avec l'ampleur qui lui est donnée, une importante dérogation au droit commun, qu'admettait déjà la loi romaine.

Dans un louage, par exemple, il n'appartient point à l'une des parties d'arrêter le cours du bail avant sa fin, parce qu'il y aurait, suivant elle, un juste motif de le faire. Le fermier se fonde sur une absence de capitaux, le bailleur sur le besoin qu'il a de sa maison. Ces moyens sont irrecevables. Tout autrement en est ici. La chaîne que forge la société a paru trop lourde pour imposer la continuation du contrat si les circonstances devaient changer (cessation d'entente, perte des débouchés, ou autrement).

Le juste motif, au surplus, relèvera de deux ordres de faits bien distincts.

428. — a) Le motif allégué tient à la faute d'un associé ; il ne se conforme point aux engagements qu'il a donnés dans le contrat de société. Ex. : il s'abstient de verser sa mise, il refuse de concourir aux délibérations.

Lorsque la demande en dissolution repose sur une raison de cette nature, c'est encore le droit commun qu'on suit. Le pacte commissaire est sous-entendu dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184 C. civ.). Les autres associés peuvent contraindre l'associé en défaut à s'exécuter. S'ils le préfèrent, ils feront prononcer la résolution de la société. Cette résolution s'opérera alors pour tous, la mesure à prendre étant indivisible. — Résolution : la loi dit dissolution, et à bon droit. La résolution ordinaire est rétroactive ; ici elle n'opère que pour l'avenir, parce qu'une société qui a fonctionné subsiste dans le passé.

L'associé, en la personne duquel la cause de dissolution est née, ne pourrait lui-même s'en prévaloir : *nemo auditur turpitudinem allegans*.

La justice pourrait donner un délai de grâce à l'associé, afin de lui laisser le temps de s'exécuter.

429. — *b)* Le motif déduit en justice tient à un *fait qui n'est pas imputable* à un ou plusieurs associés. On n'est plus en face d'un manquement au contrat. C'est la maladie d'un membre qui l'empêche de concourir aux affaires, une incompatibilité de caractères, une crise économique grave, etc. — Ce juste motif peut alors être invoqué par l'un quelconque des associés, y compris celui du chef duquel il s'est produit.

430. — 2^o **Société à durée illimitée.** — Quand la société est créée pour une *durée illimitée*, ou, ce qui revient au même, pour la durée de la vie des associés (art. 1844), elle finira scit par l'accord unanime des membres, comme il a été dit ci-dessus, soit même — et ceci est vraiment insolite — par l'expression unilatérale de la volonté d'un seul.

En d'autres termes, lorsque l'un des associés estimera, même contre l'avis des autres, qu'il y a désavantage à poursuivre l'exploitation, il ne sera pas tenu, comme dans une société à temps limité, de faire un procès. Il n'aura pas à appuyer sa demande sur un juste motif.

Il dépend de lui de signifier à tous ses coassociés sa volonté que la société soit dissoute. Le moyen que la loi lui donne, toujours suivant les traditions romaines, est qualifié par elle de *renonciation* (art. 1869 et 1870).

Mais il faut : *a)* que cette notification ait lieu de bonne foi, sans arrière-pensée de s'approprier un profit prochain destiné à tomber en société ; *b)* qu'elle ne se produise pas à contre-temps, à un moment inopportun pour le règlement des intérêts.

On n'est pas fixé sur la validité d'une clause qui écarterait ce motif de dissolution. Nous estimons qu'elle est valable : l'associé conserve alors le droit de faire dissoudre la société par le tribunal, et se fonde sur un juste motif. On retombe dans la dissolution judiciaire qui, elle, ne se prête pas à une convention contraire.

En partant de l'idée que la dissolution par volonté d'un associé n'est pas d'ordre public, on en a conclu encore que cette cause disparaissait *dans les sociétés par actions*. Les actionnaires l'ont tacitement écartée ; l'associé a un moyen plus simple de sortir de la société, c'est de négocier son titre. Nous cessons donc d'être dans la vérité, en disant de cette cause qu'elle agit dans toutes les sociétés, mais il a paru de meilleure méthode d'en parler ici.

431. — Cette expiration d'une société par la volonté d'un membre n'oblige pas les autres à renoncer au régime social. Ils formeront une seconde société, à l'exclusion de celui qui veut reprendre sa liberté. Il faudra bien vendre l'établissement de la société dissoute, mais cette société nouvelle s'en portera acquéreur. Elle recueillera sa clientèle et son outillage sans que rien, sauf la nouvelle raison sociale, ne témoigne de cette substitution. L'associé retiré prend sa part dans le prix de vente ; pour le surplus, le prix se compensera.

Mais cela ne se fera qu'à des conditions coûteuses ; peut-être l'associé dissident provoquera-t-il une concurrence pour faire surmiser les autres, et les droits de mutation grèveront lourdement cette société nouvelle.

Aussi, tout en reconnaissant à l'associé le droit de se retirer de la société à un moment quelconque (ou encore dans la prévision d'une dissolution judiciaire), l'acte de société peut-il convenir que *la société continuera de plein droit* entre les autres. L'associé retiré sera dédommagé de sa part, au moyen d'une somme que lui devra le siège social, sans qu'il ait la faculté de provoquer la vente des biens. Voir n° 436, la manière dont il faut analyser la clause. On constatera (n° 819) qu'elle est de droit dans la « société à capital variable » (1).

Mais on ne pourrait convenir que les associés aient le droit d'exclure l'un d'entre eux, même en l'indemnisant de sa part. Cette mesure humiliante est permise dans les sociétés à capital variable, du moment que les statuts l'ont prévue (art. 52, al. 2, l. 1867) : par cela même, elle est interdite dans les autres.

§ 2. — Causes de dissolution spéciales aux sociétés par intérêt et tenant à l'« *intuitus personæ* »

432. — Les sociétés par intérêt vivent sur la confiance que les membres s'inspirent mutuellement. Leurs qualités, leur état civil sont entrés comme autant de facteurs dans le contrat. Si l'associé disparaît ou si sa position juridique vient à changer, ces conditions de confiance se trouvent affectées, au point de nécessiter la cessation de la société. C'est telle personne qu'on a prise en considération, ce ne sont ni ses successeurs éventuels, ni un curateur à ses biens. On a voulu s'associer à un individu solvable, non pas à un failli.

De là, des causes de dissolution limitées aux sociétés de personnes, étrangères aux sociétés par actions, et provenant de ce qu'on pourrait appeler une *capitis deminutio*. Elles se produisent, en droit français, même si l'associé en qui le changement s'opère n'est qu'un commanditaire : celui-ci, comme l'associé en nom, est choisi à raison de ses qualités personnelles.

433. — Les causes tenant à l'*intuitus personæ* sont (art. 1865, 3° et 4°) :

a) La mort de l'un des associés. Ses héritiers ne prennent point sa place, la société finit de plein droit ;

b) L'interdiction dont un associé est l'objet, — soit l'interdiction légale provenant d'une condamnation criminelle, — soit l'interdiction judiciaire pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur. Il en serait de même, pensons-nous, de l'internement dans un asile d'aliénés sans interdiction, mais non pas de la nomination d'un conseil judiciaire pour prodigalité.

L'associé est alors remplacé par un tuteur ou par un administrateur

(1) Sur le droit pour les membres d'une société à capital variable de se retirer quand bon leur semble (art. 52, l. 1867), sous la seule condition que leur retraite ne soit pas *frauduleuse*, — comparé au droit pour les membres d'une société à durée illimitée de provoquer à tout instant sa dissolution, — mais sous la réserve que « cette renonciation ne sera pas faite à contre-temps » (art. 1869 C. civ.), v. note PERCEROU, D. 1914, 2, 89.

dans lequel les autres associés n'ont pas mis leur confiance. La société ne pourrait plus continuer dans les conditions primitivement convenues ;

c) La *déconfiture* de l'un des membres ou, si c'est un commerçant (ce qui est le cas pour tout associé en nom collectif), sa *faillite* ou sa *mise en liquidation judiciaire* (arg. l. 24 juillet 1867, art. 54 ; l. 4 mars 1889, art. 24). Il faut répéter, quant au syndic de faillite et quant au liquidateur, ce qui vient d'être dit du tuteur. En outre la faillite, et la liquidation judiciaire qui obéit aux mêmes règles, enlèvent le crédit ou le diminuent.

434. — Il n'est pas question ici de la *faillite de la société*, mais de celle d'un associé. La société, tombant en faillite, ne se dissout point nécessairement.

En principe, elle continue. L'administration des biens par un syndic, agent des créanciers, ne rompt pas le pacte social. C'est un régime temporaire qui peut aboutir à un concordat. La société, pourvue de son concordat, reprendra sa marche conformément au contrat qui l'avait instituée. Si la faillite devait se terminer, au contraire, par la vente des biens, par l'union, ce serait un cas de dissolution, tenant à l'extinction de la chose (1).

435. — **Continuation de la société malgré le décès d'un associé.** — Sur ces trois motifs de dissolution, mort, interdiction et faillite d'associé, sur le premier surtout, se posent des questions difficiles.

Ces causes n'opèrent que par interprétation de la volonté des associés : le contrat peut les écarter, notamment en prévision de la mort d'un associé. Ces conventions dérogoires sont extrêmement fréquentes, et elles se traduisent dans les actes sous l'une des deux formes suivantes (art. 1868) :

436. — 1° Il est convenu que, à la mort d'un associé, la société continuera entre les survivants, à l'*exclusion des héritiers* ou représentants du prédécédé. Il y aura réversion aux autres associés de la part de l'associé défunt. Ceux-ci bénéficieront d'un droit d'accroissement, à condition de dédommager les héritiers.

La clause doit s'analyser en une *cession conditionnelle* de part sociale. Chacun des associés y consent au profit de l'ensemble des autres, au cas où il mourrait avant eux, et pour valoir à la date de ce décès.

Cette cession est faite à titre de *vente* : les survivants devront indemniser les héritiers, d'après la valeur de la part sociale estimée au moment du décès.

Faut-il expressément convenir que cette indemnité aura lieu en argent ? La rédaction de l'art. 1868 veut que les héritiers, faute d'une clause formelle, aient droit au *partage*, c'est-à-dire à la licitation de l'établissement, les survivants ayant la ressource de se porter adjudicataires. Mais ce mot *partage* ne doit pas être pris ici dans un sens de

(1) V. cependant PERCEROU, *Des faillites*, etc., t. 2, n° 1713.

précision : autrement, les parties aboutiraient à un tout autre résultat que celui qu'elles désiraient.

D'après la pratique courante de la clause : a) cette évaluation se règle d'après l'inventaire social qui a précédé la mort ; — b) l'indemnité sera servie aux héritiers au moyen d'annuités à courir sur plusieurs exercices, les associés disposent d'un an ou de deux ans pour en effectuer le paiement.

Les ayants cause de l'associé défunt, trouvant dans l'hérédité cette créance d'un prix contre la société, devront acquitter au fisc les *droits de succession* sur le montant.

D'un autre côté, les associés survivants devront eux-mêmes acquitter à l'Enregistrement les *droits d'achat de part sociale* (v. *supra*, n° 313).

437. — 2° Il est convenu que, en cas de mort d'un associé, la société continuera, *même avec les héritiers* du prédécédé.

Cette clause n'était pas valable en droit romain : elle eût obligé les associés survivants à accueillir à l'aveugle des personnes inconnues d'eux lors du contrat de société. Aujourd'hui la clause produit effet, du moins pour la première génération. Il n'est pas admissible que l'on puisse, en dehors des sociétés par actions, organiser une *perpetua successio* qui, à la mort des héritiers, mettrait leurs propres héritiers à leur place, et ainsi de suite.

La clause produit effet, parce que, si la société était restée à la merci de la vie d'un de ses membres, on cesserait de la constituer. La prospérité ne vient qu'au bout d'un certain temps d'années, chaque associé escompte la durée de l'entreprise pour se dommer des sacrifices des débuts.

Les héritiers entreront dans la société à la place de leur auteur, par la seule acceptation de succession : du moment qu'ils ont fait acte d'héritiers, il leur devient impossible de décliner la condition d'associés. Il n'appartiendrait pas non plus aux survivants de les écarter, en leur payant le montant de la part. La clause sociale peut en décider autrement.

Lorsque cette part sociale fait partie d'une communauté entre époux, le remplacement de l'associé mort par ses ayants cause fera entrer dans la société : 1° les héritiers pour une moitié ; 2° le conjoint survivant pour l'autre.

Si c'est l'époux commun non partie au contrat de société, qui meurt le premier, la société se poursuit, là même où il n'y aurait aucune clause de continuation ; l'époux survivant, qui est le véritable associé, devra faire profiter les héritiers de l'autre de la jouissance de la part sociale, pour la moitié constitutive de leurs droits.

438. — **Présence d'héritiers mineurs.** — La convention est d'exécution malaisée, lorsque parmi les héritiers se trouvent des *mineurs*.

Négligeons le cas où l'associé mort n'était que commanditaire : ses héritiers mineurs pourront devenir commanditaires comme lui. Mais, s'il était un associé en nom, la transmission de la part aux mineurs se heurte à deux sérieuses objections. Car il ne peut être ques-

tion de convertir d'office cette part en commandite (*Contra* : Code de commerce allemand de 1897).

a) L'acceptation d'une succession par un mineur entraîne bénéficiaire d'inventaire, limitation de responsabilité aux valeurs de la succession (art. 461 C. civ.). Comment mettre cette prescription en harmonie avec la règle obligeant l'associé nouveau *sur tous ses biens* pour les dettes sociales postérieures au décès ? C'est impossible, semble-t-il.

b) L'associé en nom est un commerçant. Or le mineur ne peut devenir tel qu'après dix-huit ans, et dans les conditions de l'art. 2 C. com.

On n'a pas ici la ressource de dire, comme nous l'avons fait pour un commerce individuel dévolu au mineur, que le titre et la responsabilité du commerçant passeront à la personne investie de l'usufruit légal, ou qu'en donnera le fonds de commerce en location jusqu'à la majorité (n° 152). Car l'attribution de la part sociale en jouissance à un usufruitier ou à un locataire blesse elle-même un principe essentiel, à savoir que l'intérêt est « incessible ». Il n'y a point trace dans l'acte constitutif que la société puisse devenir, par l'effet d'un décès, l'objet de l'ingérence d'un tuteur ou d'un preneur étranger.

Malgré la gravité de ces objections, la Cour de cassation admet aujourd'hui sans réserve (Req., 2 mars et 10 mars 1885, D. 85, 1, 441 et 444 ; Req., 23 octobre 1906, D. 1907, 1, 43) que la clause recevra effet, nonobstant la minorité des héritiers. Il n'est pas besoin que l'acte de société ait donné *expressis verbis* vocation éventuelle aux mineurs.

La jurisprudence part de l'idée que la part sociale, même pour les engagements à conclure postérieurement au décès, continue à prendre sa source dans le contrat de société. Cette part reste donc une valeur de la succession. Pas plus pour l'avenir que pour le passé, elle n'expose l'héritier mineur au delà des forces de l'hérédité : les principes de l'acceptation bénéficiaire sont par là respectés.

Du même coup, le mineur, détenteur de cette part sociale, ne devient pas non plus un commerçant exposé personnellement à la faillite. C'est la succession elle-même qui, par fiction, continue la situation du défunt et assume la responsabilité dans les dettes. Les intérêts du mineur se trouvent suffisamment préservés, et il n'est point contrevenu à l'art. 2 C. com. (1).

La Cour de cassation a cédé à des raisons pratiques. — Je risque mes capitaux dans une affaire à longue échéance. Si mon associé vient à mourir l'année suivante laissant un héritier mineur, et qu'on oblige la société à entrer en liquidation, mes calculs de spéculation sont mis en échec. Il ne faut pas envisager seulement la situation du côté du mineur, et s'inspirer du précepte de droit civil de la prudence. Il convient aussi d'avoir égard à l'esprit d'entreprise qui, sans la solution qui a prévalu, n'aurait pu se consacrer à aucune œuvre de durée.

(1) C'est une doctrine empruntée au jurisconsulte TROPLONG, *Traité des sociétés*, n° 954 : « La continuation de la société ne saurait être jugée du même oeil que la constitution de la société. Celle-ci est une œuvre de la volonté, celle-là est une charge de l'héritage. C'est un pacte légalement formé, qui se transmet avec la succession ».

Mais, si l'on peut stipuler qu'une société par intérêt continuera avec les héritiers, même mineurs, d'un associé décédé, cette continuation, qui — d'après la jurisprudence — est une charge de la succession, ne peut en tout cas dépasser le temps primitivement fixé pour la durée de la société ; pour la proroger il faudrait, comme pour la formation d'une société nouvelle, un consentement que des mineurs sont incapables de donner (Req., 6 janvier 1913, D. 1914, 1, 16).

439. — Publicité. — Les causes de dissolution ci-dessus énumérées sont-elles sujettes à *publication* suivant le système de la loi (n^{os} 359 et suiv.)?

Oui, s'il s'agit d'un fait provenant de la volonté des associés (délibération ou renonciation) ou d'un jugement (Cfr. Req., 26 mars 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 361).

Non, au contraire, lorsqu'il s'agit d'un fait naturel, comme l'arrivée du terme ou le décès (arg. l. 24 juillet 1867, art. 61 : actes et délibérations). L'opinion, qui exige la publication dans tous les cas, n'est nullement fondée, la pratique paraît l'avoir abandonnée (1).

Le nombre des dissolutions publiées en France pour 1905 a été de 3.050 (contre 6.034 constitutions). Dans ce nombre entrent 2.247 sociétés en nom collectif et 384 commandites simples. Le complément s'applique aux sociétés par actions (44 commandites, 344 sociétés anonymes) et aux sociétés à capital variable (31) (2).

SOUS-SECTION II. — Liquidation (3)

440. — Cette matière est pratiquement très importante. Le Code ne la règle pas, sauf sur un point de détail (prescription de l'art. 64). C'est une grosse lacune qu'on a maintes fois regrettée.

On est donc obligé de construire toute une théorie dans le vide des textes en conciliant deux idées contradictoires. La société est éteinte, et cependant elle continue de s'administrer à des fins déterminées.

(1) En dehors de la publicité prescrite par l'art. 61, l. 1867, toute dissolution de société de commerce, quelle qu'en soit la cause, donne lieu à la *radiation de l'immatriculation de cette société au registre du commerce* (art. 15, l. 18 mars 1919). La radiation est effectuée au moyen de deux traits à l'encre rouge tracés en diagonale, et indication est faite en marge de la réquisition en vertu de laquelle la radiation a été effectuée (art. 11, Décret du 15 mars 1920). Il y a là une disposition peu heureuse : non point, comme on l'a pourtant dit, que les tiers ne puissent plus, à partir de la radiation, demander copie de l'immatriculation radiée et connaître ainsi la dissolution (rien en effet dans la loi, sauf en ce qui concerne les inscriptions radiées de nantissement de fonds de commerce n'interdit aux tiers de demander copie d'immatriculations même radiées, sauf au greffier à indiquer dans la copie la radiation et sa cause), — mais parce qu'il serait utile en vue d'une publicité complète que les événements qui surviennent après la dissolution et au cours de la liquidation de la société (par exemple le nom du liquidateur désigné, son remplacement, etc.) fussent, eux aussi, mentionnés au registre.

(2) En 1913 il y a eu, au tribunal de commerce de la Seine, 1.566 dissolutions publiées (contre 2.826 constitutions). En 1923, 2.516 dissolutions (contre 4.321 constitutions).

(3) BIBLIOGRAPHIE. — P. MONTÉGU, *Essai sur la liquidation des sociétés en droit français* ; ROY, *Liquidation des sociétés de commerce*, th. 1906 ; et pour l'étranger, A. SRAFFA, *La liquidazione delle società commerciali* (rapporté par M. SALEILLES, dans les *Annales de droit commercial*, 1891, 2, 217).

441. — La *liquidation* est la période de durée variable que la société traverse à partir de sa dissolution jusqu'à la distribution aux associés du solde disponible et à l'apurement définitif des comptes ; *période dans laquelle un ou plusieurs liquidateurs termineront les opérations anciennes, en feront au besoin de nouvelles, rembourseront les créanciers et transformeront l'actif social en argent.*

L'étymologie du mot dit assez en quoi consiste cette phase posthume. Les droits de l'associé étaient exposés pendant la marche de l'exploitation à tous les aléas des affaires. Que vaut votre intérêt ? *Non liquet*, pouvait-il répondre. Maintenant, grâce à la représentation prochaine de ses droits en une valeur qui lui sera remise en même temps qu'il recouvrera sa liberté, son intérêt est mis au clair, immobilisé, rendu ferme par un travail de pétrification en quelque sorte.

442. — Le *liquidateur* peut être pris parmi les associés ou en dehors d'eux. Il est généralement rétribué. Si les associés ne sont pas d'accord pour le choisir, et que d'ailleurs l'acte de société ne l'ait point nommé d'avance, il appartient au tribunal de commerce de le désigner. En fait, chaque fois qu'il y a dissolution par ordre de justice, le tribunal nomme le liquidateur, sans que les parties aient eu à conclure à sa désignation.

On voit auprès des tribunaux les plus importants, et notamment à Paris (où il existe deux corporations de cette nature attachées l'une au tribunal civil (1), l'autre au tribunal de commerce, sans qu'aucune des deux se confonde avec la compagnie des syndics de faillite et liquidateurs judiciaires), des liquidateurs professionnels en nombre limité. Ils sont organisés en compagnie, soumis à la discipline de leur chambre et indirectement à celle du président du tribunal, obligés de produire périodiquement leur comptabilité, de soumettre leurs frais et vacations à la taxe judiciaire, ainsi que de déposer à la Caisse des dépôts et consignations le montant de leurs recouvrements (2).

443. — Le liquidateur est lié par un mandat envers la société, qu'il peut engager par ses actes de liquidation. Il use de la raison sociale, sans avoir à la faire suivre nécessairement des mots *en liquidation*. Ses opérations obligent en outre les associés de la même manière que si la société était toujours en cours de marche, dans la mesure de responsabilité respective attachée à leur titre : un commanditaire, notamment, cesse au delà de sa commandite d'être tenu des actes du liquidateur.

Aussitôt nommé, le liquidateur doit faire publier son nom (art. 61, l. 1867), de la même manière qu'un nouveau gérant devrait en cours d'exploitation publier le sien (arg. art. 57 de la loi de 1867).

444. — Le liquidateur peut être *révoqué* comme un gérant non sta-

(1) Voir au sujet de celle-ci, LACOIN, *Des administrateurs commis par justice*, th. 1898, p. 274 et s.

(2) Le gouvernement a déposé le 30 juin 1910 sur le bureau du Sénat (*J. off.* du 1^{er} juillet) un projet de loi portant « réglementation des fonctions d'administrateurs judiciaires, syndics de faillites, liquidateurs et experts ».

tutaire (Paris, 8 juin 1912, D. 1913, 2, 161, note PERCEROU). Mais, lorsqu'il a été nommé par la justice, c'est à elle seule qu'appartient le droit de le révoquer. Tel est le sentiment de la pratique : les intéressés s'en sont rapportés au tribunal du soin de retirer éventuellement le pouvoir de l'agent.

Il est dans les habitudes qu'il rende ses comptes aux associés avant de sortir de fonctions. Il pourrait être appelé à les rendre en cours de liquidation, surtout si celle-ci se prolongeait. Mais, quand même la liquidation devrait durer plusieurs années (ce qui est fréquent en vertu d'une pratique qui tourne aux abus, la liquidation devenant en fait un régime d'exploitation comme un autre), quand même la continuation provisoire de l'entreprise devrait donner des bénéfices, ces bénéfices ne se distribuent plus tous les ans. Ils sont massés et répartis en même temps que le principal.

445. — La liquidation d'une société ressemble peu à celles qu'on pratique en droit civil, pour les successions.

Liquidier, dans la langue notariale, c'est faire le compte arithmétique des droits de chacun. La liquidation est le préliminaire du partage. Le partage peut être immédiat. Les biens de succession sont des valeurs de famille destinées à se répartir en nature. Si on les vend à des étrangers, c'est à l'occasion des opérations du partage, par le fait de la licitation. En outre, les patrimoines sont d'habitude grevés d'un faible passif. La division des dettes ne fait pas grand tort aux créanciers. Ils s'adresseront à chaque héritier respectivement et ils trouveront dans la séparation des patrimoines un moyen d'obvier à ce fractionnement.

Ces considérations sont hors de propos pour une société de commerce dissoute. D'une part, la conversion de l'actif en argent sera de règle ; car les immeubles, outils et marchandises, n'ont pas de valeur de conservation pour les individus. D'un autre côté, les sociétés, même très solvables, sont prises dans un réseau serré d'engagements qu'il faut liquider. D'où la grande extension donnée à la liquidation et aux opérations que ce terme embrasse dans l'ordre du commerce.

On peut dire que l'acte de société sous-entend une *clause*, en vertu de laquelle les associés s'engagent entre eux à réaliser, après que la société sera dissoute, une *loyale liquidation*, en continuant les affaires en cours dans la mesure où cela est nécessaire. Si la majorité des intéressés voulait faire un partage prématuré sans extinction préalable du passif, un seul associé pourrait s'y opposer et faire nommer un liquidateur par justice. Le partage immédiat détruirait dans son unité le capital social et l'être moral, avant que les créanciers ne fussent payés. On verra plus loin que ce serait manquer à la foi des créanciers. Il est inutile d'imaginer, comme l'ont fait certains auteurs étrangers, qu'une société nouvelle, société dont l'objet est de « liquider », se soude à la première au moment de la dissolution. C'est, au contraire, la même société qui se prolonge d'une vie désormais éphémère et différemment orientée.

446. — Occupons-nous successivement : de la condition de la société

pendant la liquidation, — des pouvoirs du liquidateur ainsi que des modes divers de liquidations possibles, — de la situation des créanciers sociaux.

447. — I. Société. Sa personnalité survit. — *Condition de la société.*

— Un principe important est unanimement accepté. — La *personnalité morale de la société survit* après dissolution et jusqu'à la clôture des comptes. Elle subsiste, quoique la société ait juridiquement pris fin, pour les besoins de la liquidation.

De la teneur des arrêts (Civ. rej., 27 juillet 1863, S. 63, 1, 457), il résulterait que ce maintien de la personnalité n'est vrai que d'une manière relative : la société continue *dans la mesure d'existence nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation* (En ce dernier sens aussi, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, I, n° 1244).

Ce tempérament ne concerne guère, (on va le voir,) que la nature mobilière de la part sociale. A tous autres égards la personnalité continue. Elle tient à ce que l'ensemble des biens sociaux forme une masse séparée, distincte du reste du patrimoine des associés. Or l'arrivée du terme de la société laisse subsister cet ensemble de valeurs grevées d'une affectation séparée.

C'est, d'ailleurs, à ce moment, plus encore que pendant l'exploitation, qu'il importe d'assurer aux créanciers sociaux leur droit de préférence. Et, si l'art. 529 C. civ. ne reconnaît comme meuble la part sociale que « pendant la durée de la société », c'est qu'aussi ce texte ne se rattache aucunement à la personnalité morale (n° 313, note, p. 229). — De là, ces conséquences (déjà étudiées sous les n°s 299 et suiv.) :

a) Les créanciers personnels des associés ne concourent, pas plus que précédemment, sur les valeurs formant le capital ; ils s'effacent devant les créanciers sociaux aussi longtemps que le passif est en souffrance ;

b) Les poursuites judiciaires sont dirigées par ou contre le liquidateur ès qualités, et la société encourt la faillite comme avant la dissolution ;

c) La vente des immeubles pourra se faire à l'amiable, bien qu'il y ait des mineurs intéressés, et sans tenir compte des causes d'hypothèques nées dans la personne des associés ;

d) Les ayants cause de l'associé décédé, y eût-il des mineurs parmi eux, ne peuvent apposer les scellés sur les valeurs sociales ou en faire l'inventaire. Une clause de style le décide ainsi dans la plupart des actes. La règle est de droit ; Entraver la marche de la société en arguant de la situation individuelle de telle ou telle partie intéressée, ce serait violer cette indépendance qui garantit la personnalité morale entre le patrimoine de la société et ceux de ses membres. Aussi longtemps que la liquidation n'est point terminée, le tuteur d'un héritier doit respecter la fiction qui veut que les objets de la société ne soient pas encore tombés dans la succession échue à son pupille.

En revanche : a) Dans le cas où le pacte de société autoriserait la cession des parts, cette cession, quoique encore permise après dissolution, ne bénéficiera plus de la taxe réduite (v. *supra*, n° 313), mais sera passible des droits de mutation ordinaires, à raison de la nature

mobilière ou immobilière des biens en liquidation. L'art. 529 C. civ. le dit assez clairement. Il n'y a point d'utilité à encourager la cession des parts ou actions après la dissolution (Civ. rej., 3 janvier 1900, D. 1900, 1, 586) (1) ;

b) On devra traiter, au point de vue de la composition de la communauté légale, l'intérêt de l'associé dans la société à partir de la dissolution, comme étant de nature immobilière, dans la mesure où le capital se compose d'immeubles. Les époux qui se marient sous ce régime ne mettent donc pas en commun les droits qu'ils peuvent avoir à cette date dans une société déjà dissoute.

448. — II. Liquidateur. Ses pouvoirs. — Les pouvoirs du liquidateur ne sont pas les mêmes que ceux dont disposait le gérant pendant la durée de la société. Le but à atteindre est différent de celui que le gérant poursuivait. Il s'agit désormais de clore les opérations et de convertir l'actif en argent. La continuation de l'exploitation ne peut être que provisoire, car en soi elle va contre le résultat cherché.

Comment peut-on déterminer la mesure de ces pouvoirs ? La loi est muette, il faut remédier à son silence.

Pas de doute, lorsque la délibération qui nomme le liquidateur ou lorsque le jugement qui le désigne précisent ses attributions. Il est arrivé à la justice de lui conférer le mandat le plus large, avec pouvoir même d'aliéner l'établissement, meubles et immeubles, sans recourir à une adjudication publique.

Hors de là, il semble que nous n'ayons d'autre règle pour nous conduire que le principe de l'art. 1988 C. civ. qui fait dériver du mandat général le droit d'accomplir les *actes d'administration* et non ceux de *disposition*. Pour accomplir les opérations de cette deuxième catégorie, le liquidateur devra se pourvoir d'une autorisation spéciale des associés. Mais à quel signe reconnaître si tel acte rentre dans l'administration ou dans la disposition ?

Il faut chercher si l'ensemble des institutions de droit privé nous donne ou non quelque point de rapprochement. Ce rapprochement nous est fourni : 1^o par le régime de la faillite (LAURIN, *Cours de droit commercial*) ; 2^o par celui de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Situation qui, à beaucoup d'égards sans doute, diffèrent d'une liquidation de société. Elles supposent un ensemble de biens hors d'état de payer le passif qui les couvre, tandis que la société en liquidation, au moins dans l'hypothèse normale, n'est ni insolvable ni empêchée de régler ses dettes.

Il y a pourtant un trait commun à toutes ces situations et qui crée entre elles l'analogie : la « réalisation nécessaire des biens », leur transformation en numéraire, et l'application du produit des ventes ou encaissements à un ensemble d'ayants droit sur une base de répartition

(1) Et encore la jurisprudence n'applique-t-elle cette solution rigoureuse qu'au cas où la dissolution n'est pas suivie de liquidation. Lorsque, au contraire, il s'agit de la cession d'une part de société, non seulement dissoute, mais en outre, en état effectif de liquidation, la cession de part continue à bénéficier de la taxe réduite (Cass. civ., 13 janvier 1892, S. 92, 1, 100. V. MAX RICHIER, *op. cit.*, p. 89).

proportionnelle. Ces ayants droit sont ici des « associés », au lieu d'être des « créanciers » (sauf ce que nous aurons à dire de ces derniers plus loin).

Mais ce n'est pas cette différence, si importante soit-elle, entre la provenance et la nature légale de la prétention des intéressés, qui fera varier la solution de ce problème : Quels sont les actes enfermés de plein droit dans le cadre des pouvoirs d'un administrateur qui liquide ? Quels sont les actes qui débordent de ce cadre ?

De là, deux propositions :

1^o Un liquidateur de société peut accomplir seul tous les actes de la nature de ceux que la loi permet, tant au syndic d'union qu'à l'héritier bénéficiaire de réaliser sans autorisation de personne. Il a toute capacité : a) pour recouvrer les créances (1) ; b) pour payer les dettes ; c) pour engager ou pour soutenir un procès ; d) pour vendre les meubles corporels ou incorporels, même l'outillage commercial ou industriel ; e) pour vendre le fonds de commerce, l'établissement tout entier, à condition que des immeubles n'en fassent point partie (arg. art. 534 C. com.).

Deux remarques sont à faire à ce propos. — D'une part, le liquidateur, par suite de la liberté qu'il a d'accomplir les actes sus-énoncés, se trouve à certains égards investi d'attributions plus larges qu'un gérant : le gérant ne peut en effet vendre ni le matériel ni le fonds de commerce, à moins d'y avoir été expressément habilité. — D'un autre côté, aucune desdites opérations ne sera subordonnée à l'emploi de formes de procédure déterminées, telles que la vente publique. Là même où des formes de ce genre seraient prescrites pour la faillite ou pour la succession bénéficiaire, il n'appartient pas de les étendre par analogie à notre régime de liquidation : la procédure est de droit étroit.

2^o Les opérations interdites à un syndic d'union ou encore à un héritier bénéficiaire, à moins qu'ils ne se soient fait autoriser, sont également refusées à un liquidateur de société. Ce sont : a) la continuation de l'exploitation, par voie d'achat ou de vente de marchandises, de souscription d'effets de commerce ou autrement ; b) la vente d'immeubles (Contra : LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 385) ; c) l'emprunt hypothécaire ou non ; d) les transactions au-dessus de 300 fr. (arg. 532, 535, 572 C. com.).

Ici encore une double observation rendra mieux compte du système qu'il faut organiser dans le silence des textes. — Le liquidateur, armé tout à l'heure de plus de pouvoirs qu'un gérant, apparaît maintenant comme en possédant moins : le gérant n'a pas à requérir l'autorisation de ses coassociés pour faire les actes d'exploitation, cela rentre dans son rôle naturel ; le liquidateur doit faire approuver la continuation transitoire de l'entreprise, qui retarde la liquidation et qui pourrait contrecarrer son but.

(1) Le liquidateur est fondé à poursuivre le recouvrement des sommes dues à la société par les associés à titre de mise sociale, sans que l'associé débiteur puisse exiger, avant de tenir ses engagements, un compte préalable de l'emploi qui sera fait de ses fonds : Cass. civ., 24 octobre 1910, D. 1912, 1, 487 (il s'agissait du liquidateur amiable d'une commandite par actions).

Quant à ces actes exceptionnels, dépassant la mesure de ses pouvoirs généraux, le liquidateur ne doit les faire ratifier, ni par les créanciers, ainsi qu'il en est dans le régime de la faillite ou de la succession bénéficiaire, ni par le tribunal ou par un juge commis (organes ici absents), mais bien par les associés, dont il est le mandataire. Toutes formalités de procédure, de la nature de celles qu'imposent la faillite ou la loi des successions, sont inutiles à remplir ici, par la raison plus haut déduite.

449. — **Modes divers de liquidation.** — Les développements qui précèdent supposent que le liquidateur procède en détail à la réalisation des biens de la société. Mais l'opération globale, consistant à transporter à une autre personne l'actif tout entier, n'est pas non plus un fait rare. Elle exigera bien entendu *a fortiori* l'autorisation des associés (arg. art. 570 C. com.). Autant la vente universelle d'un fonds de commerce individuel, actif et passif réunis, répugne à la pratique française, autant au contraire cette manière de faire est goûtée lorsque c'est une société qui liquide.

Au surplus, lorsqu'on parle d'opération *globale*, le mot dont on se sert doit être expliqué. Il peut se référer alternativement à deux combinaisons :

1^o Transmission à un acquéreur de l'actif, la charge du passif et le soin de l'acquitter par le ministère du liquidateur étant laissés à la société dissoute. C'est une vente portant sur l'*actif seul* (1). Une partie du prix permettra à la liquidation de payer les créanciers, le surplus sera distribué entre les associés (Paris, 23 janvier 1912, D. 1913, 2, 217, note PALMADE ; Comp. Lyon, 28 février 1907, D. 1913, 2, 265, note PIC) ;

2^o Transmission de l'actif et du passif, soit d'une « universalité ». Naturellement, le prix sera moins élevé que dans le premier cas : il est calculé sur l'*actif grevé des dettes* (2). L'acheteur est délégué par la société en liquidation aux créanciers de celle-ci, pour payer ses dettes à sa place ou pour se substituer à elle dans ses engagements. Il faudra donc s'assurer le consentement de ces créanciers, car on ne peut les contraindre à subir un remplacement dans la personne qui était leur débitrice.

D'ailleurs, quand même ils souscriront à l'opération, cela ne libérera pas envers eux la société à laquelle ils avaient fait foi. Ils auront désormais deux débiteurs au lieu d'un, la novation ne se présument point (art. 1273 C. civ.). Observation plus importante en théorie qu'en fait ; car, sitôt le prix de cette vente globale réparti par le liquidateur entre les associés, tout élément d'actif pour la société dissoute a disparu, et des deux engagements recueillis par les créanciers, celui de l'acheteur est le seul désormais qui ait de la valeur, l'autre étant devenu illusoire.

Le fait par une société, liquidant de la manière précédente, de ne pas se munir du consentement de ses créanciers, créerait une menace

(1 et 2) Mieux valent ces expressions que celles d'*actif net* ou *actif brut*, lesquelles prêtent au malentendu.

grave. Les créanciers, sans même attaquer le contrat pour cause de fraude dans les conditions de l'art. 1167 C. civ., pourraient le faire tomber, dès l'instant qu'il a été suivi de la distribution du prix entre les associés et de l'anéantissement de tout leur gage d'actif. L'acheteur qu'on leur désigne peut n'être pas solvable.

Cette situation, non prévue expressément par les lois (1), se rapproche de celle d'un débiteur qui meurt laissant son patrimoine à un héritier personnellement insolvable, lequel accepte la succession. Les créanciers héréditaires peuvent, par la *séparation des patrimoines*, obtenir la rescision de cette acceptation. Ici ils feront rescinder la vente globale, ils rendront à l'actif de la société dissoute, qui n'a pas cessé d'être leur débitrice, ses éléments de composition préexistants, ils se paieront sur eux. Il existe une règle générale d'honnêteté dominant le droit privé : un débiteur, personne morale ou physique, ne peut pas se suicider ou se laisser absorber dans un être nouveau, au détriment de ses propres créanciers, contre le gré de ceux-ci. Autrement, l'acte d'absorption sera de la part des créanciers ainsi lésés l'objet d'une *restitution in integrum*.

450. — Ce respect dû à la condition des créanciers rend d'autant plus délicate la liquidation de sociétés, possédant un ensemble de droits qui dérivent de contrats synallagmatiques en cours, ainsi que c'est le cas pour les *sociétés d'assurance*. La société a dans son portefeuille une masse de polices composant sa clientèle. Chaque police lui fait une situation double vis-à-vis de l'assuré correspondant : a) la société est créancière des primes des années futures ; b) elle est débitrice de la somme assurée envers cet assuré, sous la condition de l'arrivée du sinistre. Ces deux prestations sont connexes et indivisibles.

La société, entrant en liquidation, pourrait bien *transmettre son portefeuille* à une autre Compagnie, en tant qu'il s'agirait de céder à celle-ci sa position créancière, sauf au cessionnaire à signifier le transport à chaque assuré. Mais elle ne peut transmettre sa dette sans le gré de l'assuré intéressé : car, autrement, ce dernier n'aurait plus l'assureur qu'il s'était choisi. Il faudra donc que le nouvel assureur obtienne l'adhésion des assurés : ce qui se produira, par exemple, le jour où ceux-ci, sur présentation qui leur sera faite de la quittance de la prime suivante rédigée au nom de la Compagnie cessionnaire, la paieront sans protestation.

Hors de là, il faudra que la société qui liquide continue à entretenir un fonds de réserve, en mesure de répondre des risques en cours jusqu'à ce que le dernier de ces risques ait pris fin. Sinon, les associés seront admis à plaider aux fins de résiliation de leurs polices (ROSSY, *Des cessions de portefeuilles et des réassurances générales*, 1898 ; E. GAUDENET, *Etude sur le transport de dettes*, 1898, p. 416).

(1) Il faut réserver le cas où le liquidateur vend ou apporte le fonds de commerce, clientèle accompagnée généralement d'un bail de magasin, à une autre société. Le sort du passif est alors réglé expressément par la loi du 17 mars 1909 (art. 3 pour le cas de vente, et art. 7 pour le cas d'apport). V. *supra*, nos 83 et s.

451. — Ainsi, la liquidation d'une société comporte la transmission en bloc de tous ses droits à une autre entreprise. Cette transmission peut s'effectuer à titre de *vente*. Elle peut s'accomplir encore à titre d'*apport* à une société différente. Tantôt celle-ci se crée tout exprès pour recueillir l'actif de la société morte ou mourante (généralement avec le concours d'autres associés) } tantôt l'apport est fait à une société déjà existante qui augmente son capital de toute la masse de biens provenant de cette acquisition. On verra, sous les sociétés par actions, que c'est une hypothèse de *fusion* (1).

Le liquidateur n'a pas dans ses pouvoirs ordinaires la faculté de liquider sous cette forme : il lui faudra une délibération des associés ou une clause de l'acte de société l'y habilitant. Les associés ne trouvent plus alors dans la liquidation une mesure leur procurant de l'argent et les affranchissant pour l'avenir du risque des affaires. D'associés qu'ils étaient dans une première société, ils redeviennent associés dans une seconde.

Cette hypothèse d'apport se dédouble à son tour, suivant que la société nouvelle : a) prend comme apport l'actif seul de la société précédente, sans assumer la charge de son passif, ou b) reçoit l'apport « actif et passif », en s'engageant à payer les dettes de son apporteur.

Dans le premier cas, l'opération, pour être correcte, nécessitera, de la part de la société qui liquide, le prélèvement sur son actif, avant d'en faire l'apport, d'une somme suffisante pour payer ses dettes : **sinon** les créanciers pourront provoquer la révocation de cet apport, par le motif ci-dessus exposé (n° 449).

Dans le second cas, les créanciers devront recourir à l'arrangement et reconnaître leur nouvelle débitrice. (Il convient d'observer que) la deuxième combinaison sera, autant que possible, évitée par la pratique. Car elle oblige la société nouvelle à acquitter à l'Enregistrement, non plus le simple droit d'apport de 1,20 0/0, mais le droit de transmission de 6 ou de 12 0/0, selon que l'actif apporté se composera de meubles ou d'immeubles, à concurrence du chiffre de passif correspondant qu'elle s'engage à prendre à sa charge (n° 357).

452. — III. **Condition des créanciers.** — Il a été déjà question dans cet exposé des créanciers de la société en liquidation. Il s'agit maintenant, sans plus nous occuper davantage de l'issue que cette liquidation recevra, par cession ou par apport (global ou non) des droits de la société à un tiers, d'examiner de front le sort fait à ses créanciers. Il importe notamment de rechercher : 1° si la liquidation entraîne juridiquement une modification dans la condition de ceux-ci ; 2° si le liquidateur est un représentant des créanciers, de même qu'il est certainement le représentant de la société. Ces deux questions sont l'une et l'autre très laborieuses à résoudre.

453. — 1° Le droit des créanciers se déroule-t-il dans la liquidation à la teneur de leurs titres primitifs ? Si leur droit subit quelque altéra-

(1) V. HOUPIN, *De la fusion, Pouvoirs de l'assemblée générale*, dans le *Journ. des Soc.*, 1910, 290 et s.

tion en quel sens le régime de la liquidation se répercute-t-il sur eux ? Le problème se présente relativement à l'exigibilité de leurs créances, et relativement à la durée de la prescription de leurs droits.

454. — A) Parlons d'abord de l'exigibilité des créances. Aucun doute à l'égard des créances échues ou qui viennent à échoir au cours de la liquidation. Elles seront calculées d'après leur valeur nominale. Mais quid, si le terme n'est pas échu ? Il s'agit (hypothèse simple) d'une créance pour avances d'argent exigible « dans dix ou vingt ans », la société débitrice ne s'étant pas réservée la faculté de rembourser par anticipation. La survenance de la liquidation donne ouverture à deux problèmes.

455. — a) La société veut rembourser ce créancier comme les autres. Le créancier refuse et prétend exiger que la société se maintienne en liquidation jusqu'à ce que le terme normal soit arrivé. — Cette prétention n'est pas fondée. L'art. 1187 C. civ. est applicable. La liquidation, à moins d'être le résultat d'une manœuvre, délie la société de l'obligation de respecter le terme. Autrement, le créancier l'obligerait à éterniser un régime qui doit, dans l'intérêt de tous, finir au plus tôt. On peut considérer la liquidation, au moins par à peu près, comme un événement de « force majeure » qui fait échoir les créances à terme, le maintien du terme étant incompatible avec ce régime.

Admise à rembourser la créance lorsqu'elle prend la même mesure vis-à-vis de toutes les autres dettes d'ordre similaire, la société ne devra pas nécessairement faire ce remboursement d'après la valeur nominale de l'obligation. Dans l'exemple choisi d'un prêt, c'est bien cette valeur intégrale qui sera due, parce qu'on suppose une charge d'intérêts annuels attachés à ce prêt ; et, si la société se libère des intérêts pour l'avenir, c'est bien le moins qu'elle acquitte le capital en son entier.

Mais l'espèce peut être plus complexe. C'est un prix d'immeuble dû par la société « à dix ans d'échéance », et sans intérêts.

La société en liquidation est admise à payer sa dette en déduisant un escompte. Autrement, cet état de liquidation, imposé par les circonstances plus souvent qu'il n'a été le fait d'une volonté libre, aggraverait la condition de la société en l'obligeant à payer une somme, qui avait été calculée dans la prévision que l'immeuble aurait pu être tenu en valeur dix ans de plus, ce qui n'est plus vrai désormais.

On peut objecter que, dans l'hypothèse d'une faillite, le débiteur, perdant le bénéfice du terme (art. 444 C. com.), reste cependant tenu du chiffre nominal de la dette, à concurrence duquel le créancier produira, sans escompte. — Mais il n'y a pas identité d'un cas à l'autre ; car la faillite provient de la faute du débiteur, de l'impossibilité où il s'est mis par la mauvaise direction de ses affaires de régler ses engagements, et une faute ne peut être la source d'un avantage ; tandis qu'ici il y a plutôt un événement de force majeure.

456. — Cela nous amène à dire incidemment deux mots d'une nature spéciale d'engagement à terme. Elle se présente seulement dans les

sociétés par actions, mais nous sommes induits à en traiter à cette place, ne devant plus reprendre le sujet dans son ensemble. La société a emprunté sous forme d'obligations négociables de 500, de 1.000 francs ; l'emprunt a été placé à l'origine au-dessous du pair, à 400 fr., au lieu de 500 fr., laissant au porteur, outre les intérêts annuels, le bénéfice éventuel, pour le jour où il sera remboursé, d'une prime de 100 fr. supérieure au versement. Ce remboursement se règle d'après un tableau d'amortissement, en vertu de tirages au sort, auxquels la société s'engage à procéder à raison de tant de titres par année.

La liquidation survient en cours d'amortissement. La société peut rembourser en bloc toutes les obligations encore en cours, et cesser par conséquent de pratiquer les tirages pour l'avenir. Car la continuation de ces tirages contreviendrait aux fins de la liquidation et méconnaîtrait le droit qu'avaient les parties de faire cette liquidation.

Dire que la société avait le pouvoir de liquider, en versant à une autre société de capitalisation somme suffisante pour parfaire les remboursements à leur date, et en invitant cette société à prendre sa place au regard des obligations par le moyen de tirages futurs (raisonnement qui exclut le droit de rembourser par anticipation), ce n'est pas une réplique suffisante.

Car cette combinaison, tendant à payer la dette par substitution de débiteur, n'est elle-même possible que si l'obligataire y consent. Dès lors qu'il y consent, il est bien plus simple de permettre à la société de se libérer directement envers ce créancier de la somme représentant la valeur actuelle du titre, ce que nous croyons licite. L'obligataire remboursé versera cet argent dans une société de capitalisation, si bon lui semble. Le résultat est toujours le même.

Quant au chiffre de ce remboursement anticipé, nous renvoyons à ce qui sera dit plus loin du cas de faillite. Pour cette hypothèse d'obligations à prime, la règle doit être la même dans la liquidation et dans la faillite. Or les interprètes reconnaissent que l'obligataire ne produit dans la faillite que pour la valeur actuelle de son titre, sans pouvoir par conséquent s'inscrire à raison d'être de cette production restreinte, contraire en apparence aux art. 444 et 445 C. com., et l'on recherchera les bases du calcul arithmétique permettant de la déterminer.

Ce qu'il suffit de dire, c'est que, si cette production à taux réduit est légale dans la faillite, à plus forte raison une société dissoute a-t-elle le droit de procéder au remboursement de ses obligations sur la même base. Elle ne remboursera donc qu'une partie proportionnelle de la prime, afférente au temps de l'emprunt déjà couru, quitte à chiffrer pécuniairement cette part proportionnelle. Ceux qui soutiennent que l'obligataire aurait droit à la prime entière (en ce sens, Lyon, 13 mars 1900, D. 1900, 2, 329, note PERCEROU, approuvant cet arrêt, et Civ. rej., 20 juillet 1904, deux arrêts, D. 1906, 1, 516, rachat des chemins de fer du Rhône) omettent de voir que la société qui rembourse ses titres en liquidation n'est pas libre d'agir autrement. En tout cas, les défenseurs de cette thèse devraient distinguer suivant que la dissolution aurait sa cause dans un fait volontaire des associés (Paris, 10 mars 1914, *Gaz. des Soc.*, 1914, 258) ou dans un fait forcé. A nos yeux,

les cas de mauvaise foi exceptés, elle vaut toujours comme juste motif de remboursement (V. sur ces questions LÉVY-ULLMANN, *Des obligations à primes et à lots*, 1895, n^{os} 344 et suiv., et Bulletin judiciaire de la Bourse dans les *Annales de droit commercial*, de 1899 à 1905 ; LACCUR, note sous Civ. cass., 10 mai 1887 dans les mêmes *Annales*, 1887, 2, 157 ; PERCEROU, note précitée).

457. — b) L'anticipation de paiement des dettes à terme n'est pas encore complètement élucidée. Elle demande à être prise sous un aspect inverse.

Si la société en liquidation s'abstient de payer ses dettes non encore parvenues à leur échéance, le créancier à terme peut-il la contraindre à procéder à ce paiement ?

En principe, non. Le droit de la faillite (art. 444) ne doit pas s'étendre à notre cas, et l'on ne peut pas considérer la société, par cela seul qu'elle s'est mise en liquidation, comme « ayant diminué par son fait les sûretés qu'elle avait données par le contrat à son créancier », au sens de l'art. 1188 C. civ., d'autant qu'elle n'avait promis aucune « sûreté » audit créancier.

Mais cela suppose que la société ne procède à aucun paiement, pas même à celui des dettes exigibles. Si elle règle certains de ses créanciers, surtout d'après un plan de répartition proportionnelle, les créanciers à terme, menacés de voir l'actif s'évanouir pour le jour fixé comme l'échéance de leur contrat, sont admis à former une opposition à ce paiement. Ils n'exigent pas qu'on les paie, ils défendent qu'on en paie d'autres, s'ils ne doivent pas en même temps recevoir leur part.

Cette faculté d'opposition est reconnue par l'art. 808 C. civ. aux créanciers d'une succession bénéficiaire, sans distinction entre les créanciers à terme et les créanciers purs et simples. L'analogie que nous avons cru voir plus haut (n^o 448) entre la liquidation de société et la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, en tant qu'elles déterminent toutes deux un concours de prétentions sur un même actif, justifie l'extension de l'article 808 à notre matière.

L'opposition une fois formée, le créancier viendra aux répartitions. Tout paiement à un autre que lui justifiera dans la même mesure la demande d'un paiement *immédial* pour lui-même. Ce n'est pas à une simple consignation judiciaire de la somme qu'il sera admis à conclure. Sa créance étant estimée à sa valeur actuelle par suite de l'escompte ou du rabais de la prime d'amortissement (ainsi qu'il est dit ci-dessus), il est équitable qu'il entre immédiatement en jouissance : une consignation lui ferait perdre le revenu jusqu'à l'échéance originellement stipulée.

458. — En deux mots, la société débitrice peut *payer* la dette à terme en la ramenant à sa valeur actuelle : le créancier peut *exiger* (mais seulement si la société se libère envers les autres) le paiement de cette même dette évaluée de la même manière.

459. — B) La seconde question à examiner, relativement à l'influence exercée par la liquidation sur le sort des créanciers, concerne la durée de la *prescription*. Elle est réglée par l'art. 64 C. com.

Aussi longtemps que fonctionnait la société, la prescription de ses dettes était de trente ans (art. 2262 C. civ.). Après la dissolution, elle est limitée à un temps plus bref, qui est de *cinq ans*.

Ces cinq ans courent du jour où la dissolution a été rendue publique, si la société s'est dissoute par une cause exigeant cette publicité (Lyon, 16 février 1912, *Journ. des Soc.*, 1914, 29), et autrement du jour de la dissolution elle-même.

C'est une mesure établie pour la sécurité des associés. Du fait de l'ancienne entreprise dont ils étaient membres, ils doivent être garantis contre tout recours, ils doivent être en mesure de pourvoir sans inquiétude à des placements nouveaux.

460. — Cette prescription est applicable même aux créances constatées par jugement. Elle s'étend aussi à celles qui ne sont nées que depuis l'ouverture de la liquidation (Req., 18 juin 1912, *Annales de droit commercial*, 1913, 310), quitte aux cinq ans alors à ne prendre cours que du moment de leur exigibilité.

Les causes d'interruption de prescription (reconnaissance de dette, jugement) opèrent comme d'habitude. Il faut en dire de même des causes de suspension (autres toutefois que la minorité ou l'interdiction, arg. art. 2278 C. civ.). Lorsque la prescription est interrompue, elle recommence à courir à nouveau, sans se transformer en une prescription de trente ans.

On admet, en pratique, que la prescription demeure suspendue par suite de la mise *en faillite* de la société. La loi ne dit rien de pareil. Cette opinion, quoique inexactement formulée, a sa part de vérité, les travaux préparatoires en portent la trace. En cas de faillite, la plupart des créanciers produisent leurs titres. Cette production vaut interruption de prescription, comme l'aurait fait un exploit d'ajournement si la société était restée *in bonis*. Dès lors les associés en nom, à raison de la solidarité qui les lie (art. 1206 C. civ.), sont présumés touchés eux-mêmes par cette production ; la créance se perpétue contre eux, aucune prescription ne pouvant courir pendant la marche de cette faillite (1).

461. — Toutes les actions appartenant aux créanciers ne s'éteignent point par cinq ans. Il y a d'importantes distinctions à faire.

L'art. 64 laisse entière l'*action contre la société*, prise comme personne morale. Tant qu'il y a des valeurs dépendant du fonds en liquidation, les créanciers peuvent exercer sur elles leurs poursuites. Et de même de l'action en responsabilité contre le liquidateur en supposant que les créanciers en aient une : elle survit à l'expiration des cinq ans.

La prescription n'atteint donc que les actions *contre les associés*, recherchés sur leurs biens personnels, dans la mesure de la responsabilité attachée à leur titre.

(1) La jurisprudence va jusqu'à exclure la prescription de cinq ans lorsque la société a été déclarée en faillite et en même temps dissoute (Req., 27 décembre 1905, D. 1908, 1, 145, note PERCEROU).

462. — Or, il existe deux sortes d'associés. Les *associés en nom* peuvent incontestablement opposer l'art. 64, lorsqu'ils sont poursuivis à raison de leur responsabilité personnelle, *in infinitum*.

Pour les *commanditaires* (même question pour les actionnaires), les avis sont divergents.

a) On soutient *en doctrine* qu'ils ne sont pas libérés de la dette de leur mise après les cinq ans. La loi n'a voulu venir au secours que des associés solidaires, cela ressort des discussions du Conseil d'Etat en 1807.

On fait observer de plus que, si l'on déchargeait après cinq années l'associé, qui n'a point réalisé son apport, de l'obligation de le verser, ce résultat ne pourrait se produire qu'à l'égard de l'action directe. L'apport resterait dû à la société en vertu de l'action *pro socio*. Car l'article 64 est, d'après l'opinion générale, étranger aux créances entre associés (Cass., 22 mars 1905, D. 1906, 1, 206). Les créanciers, atteints par la prescription, auraient donc toujours la ressource d'attaquer le commanditaire conformément à l'art. 1166 C. civ. L'avantage qu'on veut assurer à ce dernier disparaîtrait ainsi dans la plupart des cas.

463. — b) Aux yeux de la jurisprudence, la prescription quinquennale profite même au commanditaire, car la loi est conçue en termes généraux (Req., 24 janvier 1894, D. 94, 1, 519). Elle vise donc l'action en paiement de mise, comme l'action solidaire. Elle vise même l'action en restitution des valeurs sociales, qui, par un partage prématuré du liquidateur, auraient été attribuées aux associés (Cass., 27 janvier 1873, D. 73, 1, 371).

L'objection tirée du maintien de la dette de l'apport à l'égard de la société a sa gravité. Elle est cependant susceptible de réfutation. — Si, après cinq ans, la liquidation court encore, il est exact que l'action oblique permettra aux créanciers de faire condamner le commanditaire (en admettant qu'il n'y ait pas eu entre associés des arrangements ayant pour objet de le libérer). Mais, presque toujours, le liquidateur aura clôturé ses comptes à cette date. Alors la société a pris fin à tous égards, et on ne voit plus qu'aucune action judiciaire puisse désormais être exercée de son chef (Cfr. BOISTEL, et WAHL sous Req., 24 janvier 1894, S. 95, 1, 497).

464. — Assez bien venue dans la solution de la controverse précédente, la jurisprudence était moins heureuse dans sa manière de trancher une autre question : — L'associé qui reste étranger à la liquidation profite de la prescription de cinq ans. En est-il de même de l'*associé liquidateur* ?

Les arrêts, invoquant la rédaction de l'art. 64, prétendaient que non : « Toutes actions contre les associés *non liquidateurs*... ». Le liquidateur, associé en nom ou commanditaire, continue à être responsable.

Mais alors, ce n'est pas ce liquidateur seul qui va se trouver frappé. Un contre-coup se produira sur les autres associés ; car le liquidateur, par l'action *pro socio*, les fera contribuer à ses déboursés. — Avec une semblable thèse, on ne trouvait plus d'associé pour accepter les fonctions de liquidateur. C'était la liquidation fatalement attribuée à un étranger.

L'art. 64 n'a pas le sens qu'on lui donne. Il distingue, sans le dire, deux actions auxquelles le liquidateur peut être en butte : 1° l'action contre le siège social ou la personne morale dont il est le représentant qualifié, et 2° l'action solidaire ou en versement de mise, selon qu'il est associé en nom ou commanditaire. La première de ces deux actions seule dure après cinq ans, pendant toute la liquidation, c'est tout ce que le texte veut dire ; la deuxième est bien prescrite. La jurisprudence en est enfin convenue (Civ. cass., 27 mai 1914, S. 1914, 1, 425, note LYON-CAEN).

465. — Question de la représentation des créanciers par le liquidateur. — 2° Il existe un problème d'ordre différent par lequel il faut achever cette matière. Le liquidateur est-il le représentant des créanciers ?

Le fait que les créanciers peuvent participer aux distributions, même avant que le terme de leur créance ne soit venu, ne préjuge point la question. Elle n'est pas préjugée davantage par le fait que, en cas de partage prématuré du fonds social, les créanciers pourraient agir contre le liquidateur en dommages-intérêts. Car ce partage, sans que le capital social se soit dépouillé préalablement de son passif, contrevient à la défense pour tout débiteur de disparaître au détriment de ses créanciers (n° 449), et lorsque le liquidateur prête la main à cette disparition irrégulière, le principe de la réparation des délits civils (article 1382) veut qu'il indemnise les personnes lésées.

Lorsque les associés s'abstiennent de requérir la désignation d'un liquidateur, les créanciers peuvent le faire à leur place ; ils pourraient également saisir le tribunal d'une demande en dissolution. Mais ils agissent alors du chef de la société, en vertu de l'art. 1166. Cela ne prouve point que le liquidateur soit leur mandataire.

466. — Il n'est pas vrai que le liquidateur représente les créanciers. L'opinion adverse confond le liquidateur de société dissoute avec un syndic de faillite ou avec un liquidateur judiciaire au sens de la loi du 4 mars 1889. Or, il n'est pas investi d'une mission de même nature que ces derniers agents, représentants de la masse créancière. La masse créancière est absente ici. Chaque créancier a conservé ses droits aux poursuites individuelles, et la raison d'un lien le rattachant au liquidateur ne se voit point.

Toutefois, en fait, la liquidation d'une société dissoute tient souvent la place d'une faillite plus ou moins dissimulée, lorsque l'actif n'atteint pas le passif à éteindre. Les créanciers trouvent dans cette liquidation assez d'avantages pour se dispenser de demander une mise officielle en faillite. Le liquidateur, particulièrement lorsqu'il appartient à une catégorie d'agents placés sous le contrôle judiciaire, sert la cause de leur remboursement avec toute la vigilance d'un syndic, sans avoir à suivre la procédure lente et coûteuse d'une faillite légale.

467. — S'ensuit-il que le liquidateur devienne le mandataire des créanciers ? Il convient dans un seul cas de lui reconnaître ce caractère. C'est lorsque le liquidateur s'est offert, soit expressément, soit

par l'ensemble de son attitude, à opérer *au nom des créanciers*, et que ceux-ci, par leur propre attitude, ont accepté cette offre : ils ont considéré les actes qu'accomplira le liquidateur comme ayant la même valeur que s'ils étaient faits par eux-mêmes. C'est une question à résoudre en fait, et eu égard aux circonstances de chaque espèce.

Alors, mais seulement alors, on pourra dire : a) Que le liquidateur, investi d'un mandat des créanciers, répond envers eux de sa liquidation et continue à être tenu de ses fautes, là même où il aurait obtenu un *quitus* des associés ;

b) Que, si l'actif de la société ne couvre pas tout le passif, le liquidateur pourra, au titre du privilège des frais de justice, se faire attribuer ses frais et honoraires sur le produit de la liquidation *par préférence aux créanciers*, car il a conservé leur gage ;

c) Que le liquidateur, faisant un procès aux associés, sera censé agir au nom des créanciers, ce qui exclura pour les défendeurs l'*exception de dol* pour manœuvres employées par d'autres associés contre eux : — ou'il pourra même obliger un associé en nom collectif à payer solidairement les dettes, tandis qu'il ne pourrait, au titre d'agent de la société, que lui réclamer sa part contributive (Cfr. Cass., 14 mai 1890, D. 91, 1, 241, note BOISTEL) ;

d) Et (quoique ce dernier résultat soit plus discutable) que les créanciers qui ont accepté le liquidateur pour leur représentant ont implicitement renoncé à pratiquer des saisies individuelles : ils s'en sont rapportés à la prudence de sa liquidation de procéder sans trouble aux répartitions d'actif jusqu'à ce que les dettes soient entièrement amorties. Ainsi s'explique la pratique de ces répartitions, précédées de la production des titres, et rappelant ce qui se passe dans une faillite, au point qu'une personne médiocrement versée dans le droit s'imaginerait que c'en est bien une en réalité (1).

Ce que la liquidation, en revanche, ne saurait réaliser, à moins qu'une faillite ne vienne se greffer sur elle, c'est le groupement légal essentiellement propre à ce dernier régime, et qui habilite l'assemblée des créanciers à prendre à la majorité des voix cette mesure qui s'appelle le *concordat*.

SOUS-SECTION III. — Partage.

468. — C'est la *répartition entre les associés de l'actif net*, habituellement transformé d'abord en argent.

Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés (art. 1872 C. civ.). Comme, dans les sociétés commerciales, le partage portera presque toujours sur de l'argent, la réalisation en espèces des biens du capital ayant d'abord

(1) Pour la liquidation de la Compagnie de l'anama, société civile, une loi du 1^{er} juillet 1893 a investi le liquidateur, ainsi qu'un autre agent, le mandataire des obligations, de la représentation des créanciers, et a pourvu cette liquidation d'une partie des règles légales de la faillite.

été effectuée, nous ne nous attarderons pas à rechercher : — si le partage lui-même doit être *judiciaire* en cas de présence de mineurs (voir ce qui a été dit dans la sous-section II), — si le partage est *déclaratif de propriété* (art. 883), — s'il y a lieu au retrait de la cession qu'aurait faite un associé de ses droits à un étranger, par analogie du *retrait successoral* de l'article 841.

469. — Le droit fiscal de partage était naguère encore un droit fixe gradué, comme le droit dû sur les actes de société. Il est devenu droit proportionnel réduit, d'abord de 0 fr. 15 0/0 (art. 19 L. 28 avril 1893), actuellement de 0 fr. 60 0/0 (art. 271, § 5, 1^o des lois d'enregistrement codifiées par le décret du 21 décembre 1926). Nous écartons le droit de mutation dont seraient passibles à ce moment les valeurs originaires d'apport, si elles étaient mises dans le lot d'un autre que l'associé qui les avait constituées (n^o 356).

470. — **A quoi se ramène le partage.** — On se souvient que les apports des associés ont été faits tantôt en *propriété*, tantôt en *jouissance*. Ceux de la seconde espèce donnent lieu à reprise, avant tout partage. Les apports en propriété, au contraire, sont l'objet du partage lui-même.

Il n'y a là qu'une fausse apparence. C'est inexactement qu'on qualifie de « partage » la liquidation des ayants droit dans le capital.

Si le capital est grossi de bénéfices et de réserves non encore distribués, la première opération de compte consiste à détacher ces bénéfices, pour les répartir d'après la proportion déjà suivie pour les bénéfices annuels.

Le partage véritable ne porte que sur l'excédent qui représente la valeur même du capital. Est-ce bien un « partage » ? — Non, voici pourquoi. Chacun est alloué, non au prorata de son tantième dans les bénéfices, mais à proportion de son apport respectif. De deux associés qui ont apporté l'un 40.000 et l'autre 60.000 francs, le capital étant toujours représenté par 100.000 francs, le premier recevra précisément 40.000 et le second 60.000 francs. C'est-à-dire que chacun fait la reprise de son apport, soit en nature, soit en valeur. Les apports sont présumés tous avoir été faits en jouissance, ou au moins en quasi-usufruit : thèse qui a été maintes fois défendue par les vieux auteurs et qui est en soi très juste, car l'associé ne se dessaisit pas irrévocablement de sa mise et compte bien la récupérer un jour.

Ainsi s'éclaire plus d'une pratique : 1^o le maintien, pour l'acte de partage, de la franchise fiscale dont avait profité l'acte de société, quant aux droits de mutation, pourvu que l'associé rentre dans l'objet de son apport, l'application de ces droits de mutation étant limitée au seul cas où ledit objet est mis dans le lot d'un autre (n^o 356) ; — 2^o le droit pour un apporteur de biens de reprendre ceux-ci, à l'exclusion de l'apporteur qui reprend de son côté l'industrie constituant sa mise. Comprendrait-on que ce dernier concourût au capital, en s'appliquant une portion des biens provenant d'un coassocié ? Non. Donc, au fond il n'y a point partage.

471. — Lorsque la liquidation s'est réalisée sous forme de vente du fonds de commerce, soit à un tiers, soit à l'un des associés, se pose la question de *garantie* (Sur cette obligation pendant la société, cfr. n° 330).

Les associés, sauf clause spéciale (1), contractent envers l'acquéreur l'obligation de lui transmettre la clientèle et de ne se rétablir ni les uns ni les autres à son préjudice (Req., 18 juin 1897, D. 97, 1, 384 ; Paris, 31 octobre 1908, *Journ. des Soc.*, 1909, 127). Cette obligation ne doit pas frapper le commanditaire, qui demeure inconnu des tiers et dont la foi n'a pas été suivie (il en serait autrement si le fonds était licite à l'un de ses coassociés, car les associés se connaissaient mutuellement).

Il se pourrait que le fonds de commerce, en tant que matière d'achalandage, n'eût point de valeur reconnue. Alors il ne sera l'objet d'une transmission ni entre les membres, ni à un acquéreur. Chaque associé reconquerra donc sa liberté et pourra ouvrir à ses risques la même nature d'entreprise, en ressaisissant la clientèle que la société a laissée perdre.

APPENDICE AUX SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊT

DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION (2)

(C. com., art. 47 à 50, rédaction de la loi du 24 juin 1921.)

472. — Il vaut mieux parler de *l'association en participation* à la suite des sociétés de personnes qu'en reporter l'étude après les sociétés par actions. Car elle n'a avec celles-ci aucune ressemblance, et tend plutôt à prendre la place des sociétés de personnes, particulièrement de la société en commandite.

Une simple lecture des art. 47 à 50 montre l'association en participation disposant d'une faveur notable par rapport aux autres sociétés. Elle peut se fonder sans écrit ni publicité, verbalement par conséquent ; elle se prouve, comme un contrat ordinaire de commerce, au moyen des livres, de la correspondance, de la preuve testimoniale (art. 50 C. com., rédaction de 1921).

473. — **Signe distinctif.** — Mais quel est le *signe* qui distinguera l'association en participation d'une société véritable ? Quelles conditions doit remplir dans le commerce une communauté d'intérêts pour rentrer dans le cadre de la participation et jouir de ses faveurs ?

Le Code n'était pas explicite. Ses auteurs s'étaient inspirés des précédents de l'ancienne jurisprudence. Or SAVARY et POTHIER, qui ont écrit sur les sociétés au XVII^e et au XVIII^e siècle, signalent une

(1) Si les associés ont exclu la clientèle de leur apport et ont entendu se la réserver en propre, elle ne doit pas être comprise dans la licitation, et les rétablir dans le même commerce (Douai, 20 février 1913, *Journ. des Soc.*, 1913, 495).

(2) BIBLIOGRAPHIE. — POULLE, *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales en participation*, 1887 ; M. JOBIT, *L'association commerciale en participation*, th. Paris, 1912 ; et pour la Belgique, DE PELSMAEKER, *Association en participation*, 2^e édit.

convention que le Code de commerce a dû avoir en vue à son tour dans nos articles. Cette convention était dénommée autrefois *compte en participation*, ou encore *commandite, société anonyme*, terme pris aujourd'hui en un autre sens.

L'exemple sur lequel dissertent les anciens commentateurs est devenu banal : — Un négociant veut spéculer sur une cargaison de marchandises arrivées dans un port, mais non pas supporter le risque sur la cargaison entière. Celle-ci cependant doit se vendre en bloc. Il propose à un confrère d'entrer « de compte à demi » dans l'opération, et ce confrère accepte.

Mais le promoteur de l'affaire traite « seul et en son nom ». Il s'abstient de faire connaître au public son participant. Il ne révèle même pas l'existence d'une participation pour l'accomplissement de l'affaire.

Il y aura ensuite à faire compte des bénéfices ou des pertes entre eux.

Cette convention présente deux particularités : a) la société est *momentanée*, elle ne concerne qu'une opération, peut-être plusieurs, ~~mais peu nombreuses~~ ; — b) le gérant opère *proprio nomine*, comme si l'affaire n'intéressait que lui : la société est occulte.

474. — Or, chacun de ces deux traits répond à une pensée différente. Exiger aujourd'hui qu'ils se rencontrent tous deux concurremment, pour la validité d'une association en participation, ne serait point logique. On comprendrait que, comme en Belgique, ou comme en Allemagne (ancien Code), la loi française eût considéré comme des associations en participation tant les « sociétés momentanées » que les « sociétés occultes ».

Elle n'a pas procédé ainsi. Toutes les participations obéissent chez nous à une condition semblable. Mais quelle est cette condition ? Quelle est, des deux particularités sus-indiquées, celle qui a été retenue par le Code et qui donne à la participation actuelle sa véritable économie ?

Nous écarterons les cas où les parties ont contracté sous le nom inexact d'association en participation une « société civile » ordinaire, en révélant cette société au dehors. C'est ce qui arrive pour les nombreuses *Fourmis*, sociétés d'épargne qui achètent en commun, moyennant les cotisations périodiques des adhérents, des valeurs à lots pour en capitaliser les revenus et partager le tout après cinq ou dix ans, chaque catégorie annuelle d'adhérents formant une série, c'est-à-dire une société séparée. Une société de ce genre, n'étant ni momentanée ni occulte, ne mérite à aucun égard d'être classée parmi les associations en participation, en dépit de sa qualification.

475. — **Système de la société momentanée.** — Avant la loi du 24 juin 1921, il y avait, sur ce point, deux systèmes en présence.

Le premier système, tombé en défaveur, voyait dans l'association une *société momentanée*, portant sur une ou plusieurs opérations limitées dans leur nombre (*societas unius negotiationis*). — Ex. : J'achète 500 balles de soie pour moi et pour un autre fabricant qui en

prendra la moitié. Je donne l'offre d'achat soit en mon nom (c'est moi qui suis l'unique débiteur du prix), soit en notre nom commun (moitié du prix sera facturée au débit de mon confrère). Dans les deux cas, il y a association en participation.

Entre la *participation* et une *société ordinaire* existerait donc la même différence qu'entre un *acte isolé* de commerce et le *commerce de profession*.

476. — Système de l'association occulte. — Un deuxième système, admis depuis longtemps en jurisprudence, l'a définitivement emporté et se trouve aujourd'hui consacré en termes formels par la loi du 24 juin 1921 (*J. Off.* du 28 juin) modifiant les articles 47 à 50 C. com.

L'association en participation se distingue des autres sociétés par son caractère *occulte*. Il faut et il suffit que le gérant opère en son nom, et sans faire connaître aux tiers l'intérêt qui l'unit à ses participants. Il n'est pas leur mandataire par représentation, mais leur commissionnaire, si la commission (ce qu'on recherchera plus loin) est un mandat *sui generis* dans lequel l'agent masque son donneur d'ordre.

Pour exprimer autrement la nature de l'association en participation, elle constitue un retour à la pratique de la *société civile* sans existence externe (n° 292). Elle se réduit à un rapport intérieur de comptes, forme un contrat, non une personne, et ne prend point jour sur le dehors ; elle n'occupe pas la scène, nul ne la voit ni ne doit la voir.

Ex. : J'entreprends une manufacture sous mon nom. Mais les trois quarts du capital ont été constitués par un autre, contre promesse de la moitié des bénéfices. L'exemption des formes habituelles s'explique. Une société ordinaire se publie afin de manifester aux tiers les conditions de son organisme, puisque celles-ci sont opposables au public. Or, ici l'organisme est inexistant, l'association est pour les tiers *res inter alios acta*. La publication serait un non-sens. Par corrélation, l'exigence d'un acte écrit disparaît.

Cette manière d'être de l'association en participation a été précisée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, notamment par ceux du 21 mars 1876, du 26 août 1879 et du 18 mai 1896 (D. 76, 1, 198 ; 80, 1, 120 ; 97, 1, 249). C'est le système que consacre l'article 49, 1^{er} al. C. com. (modifié en 1921) aux termes duquel « Les associations en participation, sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers ».

477. — Conséquences. — Des déductions très importantes ressortent de ces prémisses :

1° La participation obéit, en thèse, aux règles de fond d'une société ordinaire. Mais cela est vrai seulement des relations des participants et de leur gérant, puisqu'elle ne saurait produire le moindre effet au regard des tiers. Animée de *l'intuitus personæ*, elle cesse par la mort de l'un de ses membres, elle engendre une action en reddition de comptes, pour laquelle le tribunal de commerce a compétence, mais sans qu'il y ait lieu de désigner un liquidateur (ce dernier agent n'étant rendu nécessaire dans une société que parce que celle-ci a besoin d'une représentation au dehors pour la phase postérieure à la dissolution).

2° Une association en participation peut être contractée pour une longue durée, et avoir toute une exploitation pour objet (art. 48 nouveau, C. com.). Si les applications les plus usuelles de ce contrat concernent une affaire de durée relativement courte (ex. : publication d'un livre aux frais et risques communs d'un éditeur et de l'auteur), il se pourrait que l'entreprise fût à longue échéance. Le concessionnaire d'un chemin de fer pourra s'adjoindre des participants.

3° La règle de la contribution nécessaire de tout associé aux pertes (art. 1855 C. civ.) est également vraie de l'association en participation. Hésitante jadis à l'admettre, la jurisprudence paraît maintenant tenir ferme pour le respect de ce principe. Il n'y a aucun motif de l'écartier, puisque l'association en participation se comporte comme le faisait autrefois une société civile.

C'est ainsi qu'un établissement de finance, chargé de placer des obligations de société, organise une participation irrégulière, ne faisant courir aucun risque aux intéressés, lorsqu'il s'adjoit des syndiqués ou participants en leur promettant de ne faire entrer en compte que les obligations qui seront souscrites réellement par le public, moyennant une prime devant laisser certainement un bénéfice (Civ. rej. et Cass., 11 décembre 1900, aff. de Panama, D. 1901, 1, 257).

Cela n'empêche pas qu'un participant puisse stipuler un intérêt annuel, du même en cas de pertes. Cette clause est licite dans toute société (n° 385).

4° La société en participation étant conduite sans manifestation extérieure par le seul gérant, celui-ci, seul aussi, devient créancier (Paris, 16 juin 1910, *Journ. des Soc.*, 1911, 429) ou débiteur, et encourt personnellement la faillite. Comment obligerait-il une société ? Il n'en existe pas aux yeux du public (1). A plus forte raison, cette association forcément exempte de raison sociale, est-elle dépourvue de personnalité (art. 49 nouveau, 4^e al., C. com.) (2).

Les participants ne sont tenus que d'une simple action en contribution. Le gérant les obligera d'abord à verser l'apport convenu. Il peut aussi, après consommation de l'opération, les obliger à payer leur part respective dans la perte. Cette part a pu être limitée à une somme déterminée (clause de commandite), comme aussi elle a pu ne comporter aucune restriction.

Les créanciers du gérant sont fondés à exercer cette action, mais du

(1) Aussi la prescription de cinq ans de l'art. 64 est-elle écartée par la jurisprudence de l'association en participation (Req., 22 mars 1905, D. 1906, 1, 206) ; comme encore l'obligation de supporter l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (Civ. Châtellerault, 19 décembre 1906, S. 1909, 2, 61). — En ce qui concerne la contribution sur les bénéfices de guerre (l. 1^{er} juillet 1916) elle est due par le gérant aucune déduction n'ayant d'ailleurs lieu pour les parts de bénéfices revenant aux participants.

(2) Du défaut de personnalité morale, la Cour de Paris a tiré cette conséquence que : « l'association en participation n'ayant pas de personnalité distincte de celle des associés, le coparticipant chargé de la gérance est obligé de présenter à chacun des comptes d'administration apurés avec pièces justificatives » ; et même — solution plus contestable — « qu'on ne saurait opposer au coassocié qui demande des comptes une clause aux termes de laquelle l'acceptation des comptes arrêtés par le comité est obligatoire pour tous les membres de la participation », Paris, 13 mars 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 428.

chef de leur débiteur seulement (art. 1166), et ils subiront les exceptions dont elle serait passible. Ils n'ont contre les participants ni action solidaire, ni même action directe.

Ce résultat suppose que le gérant n'a pas démasqué ses coparticipants, et que ceux-ci n'ont point parcouru aux opérations par lui faites. Autrement, on serait en présence d'une véritable société en nom collectif. Cette société nulle, faute de publicité, exposerait les participants à la responsabilité illimitée sur l'ensemble de leurs biens (Cass., 23 juillet 1877, D. 78, 1, 88 ; Civ. Orléans, 3 juillet 1908, *Journ. des Soc.*, 1910, 30). L'essentiel est donc, pour une association de cette nature, de demeurer secrète (1).

Là aussi est le danger pour ceux qui en font partie. Une indiscretion du gérant laisse croire aux tiers qu'ils traitent avec une société. Si les noms de ces associés ont en effet été portés à leur connaissance, les participants, tolérant cette manière de faire, deviendront personnellement codébiteurs de toutes les dettes contractées. Comme, dans le commerce, les dettes sont présumées solidaires, chacun d'eux en répondra pour le but, nonobstant toute clause limitative de responsabilité.

Les choses se passeront de la même manière que pour une société en commandite non publiée, dans laquelle on constaterait que le commanditaire ne s'est pas suffisamment dissimulé (n° 367). À plus forte raison, le participant ne doit-il pas traiter seul les actes, à défaut du gérant (2).

On comprend, dans ces conditions, ce qu'il faut penser de ces singulières associations en participation qui créent des parts bénéficiaires au porteur nécessairement destinées à la publicité, et donnant à leurs titulaires le droit de réclamer une quotité dans les bénéfices sociaux. Ces parts ont donné lieu à des procès engagés par les acheteurs de parts pour faire rescinder leur acquisition (Paris, 8 janvier 1900, 27 juin 1905 et 9 janvier 1907, D. 1902, 2, 105, et 1908, 2, 393, notes LACOUR ; *contra* WAHL, sous S. 1903, 2, 185, et 1907, 2, 153). En tout cas elles transformaient la prétendue participation en une société en nom collectif (3).

Aujourd'hui l'art. 49 nouveau, 5° al. C. com. (modifié en 1921) décide expressément que, dans les associations en participation, « il ne peut être émis de titres cessibles ou négociables au profit des associés ».

478. — Toutefois, si le droit commun des sociétés s'étend à ces associations, il cesse d'en être ainsi pour deux conditions importantes,

(1) Mais le participant n'est pas engagé par des actes d'ordre intérieur, de contrôle et de surveillance, alors qu'il n'a pas passé avec les tiers aucun acte de nature à donner au public la croyance qu'il eût la qualité d'associé en nom collectif. Req., 8 juin 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 302.

(2) Il pourrait cependant agir par procuration de ce gérant sans s'obliger lui-même. Il y a à cet égard une différence entre un commanditaire et lui : la règle de l'art. 27 C. com. ne lui est pas applicable.

(3) Ou, selon les circonstances, en une société en commandite par actions, Cass. crim., 28 mars 1908, *Journ. des Soc.*, 1908, 352.

qui sont bien de l'essence des sociétés et auxquelles cependant contrevennent les associations en participation, sans devenir irrégulières : — l'existence d'un fonds commun, — l'obligation d'un apport pour chaque adhérent.

C'est parce que ces deux conditions sont absentes des participations qu'on cesse de les ranger dans la classe des sociétés et qu'on les traite comme des associations.

479. — *a) Fonds commun.* — Il faut dans une société, même civile, un capital commun à tous les associés. Cela résulte de la définition du contrat (art. 1832).

Or la pratique écarte de la participation la nécessité du fonds commun. Celui-ci ne se présume même pas. Le gérant ne met pas en copropriété les biens sur lesquels il opère, ces biens lui restent propres, jusqu'à ce qu'il en communique le produit à chacun de ses cointéressés, lors du règlement des bénéfices (Req., 7 mai 1902, D. 1902, 1, 286, arrêté avec la doctrine duquel concorde mal l'arrêt plus ancien de Civ. rej., 20 mars 1900, critiqué par WAHL, S. 1902, 1, 321).

A quoi bon, en effet, un fonds commun, si ce fonds ne doit pas être affecté comme gage exclusif à des créanciers sociaux ? Les créanciers ont action sur tout le patrimoine du gérant. Leur condition serait plutôt empirée, si l'on détachait de ce patrimoine des valeurs individuelles au profit d'autres personnes (1).

480. — *b) Apport.* — Le gérant peut opérer avec ses seules ressources, sans demander de mises à ses participants. Ce qui lui importe, ce n'est pas de se procurer les moyens de faire la spéculation (car peut-être les possède-t-il), mais de diviser le risque. L'association en participation n'est plus, en pareil cas, cet agent « créateur de richesse » que représente la société véritable. Elle fractionne la perte dans l'affaire traitée à compte commun.

Néanmoins, les apports peuvent se rencontrer. Les participants couvrent le gérant au moyen de valeurs. Mais on ne doit pas attribuer à ces apports les mêmes effets que dans une société ordinaire.

481. — 1) Consistent-ils en argent (le participant remet 50.000 francs au gérant) ? Le participant a droit, comme créancier, au remboursement de la somme. — Le gérant tombe en faillite. Son associé sera fondé à produire au marc le franc dans cette faillite, avec les autres créanciers. Il ne s'efface pas devant ceux-ci comme le ferait un associé ordinaire.

Toutefois, ce n'est pas uniformément pour 50.000 francs qu'il se portera créancier. La participation a pu faire de mauvaises affaires. Comme le participant doit contribuer à la perte, il diminuera de sa production la somme par laquelle se chiffre sa contribution ; il peut lui arriver de n'avoir rien du tout à réclamer.

(1) BONNECASE, *De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation, aux Annales de droit commercial*, 1908, p. 51 : « L'art. 1832 C. civ. n'exige pas autre chose que l'emploi des apports des associés dans un intérêt commun », p. 13.

Mais il peut se faire aussi que la faillite du gérant tienne à une autre cause que la participation : celle-ci laisse même ressortir un bénéfice. Alors le participant s'inscrira non seulement pour son apport, mais en outre pour sa part de gain. La faillite du gérant n'y met pas obstacle.

2) L'apport consiste-t-il en *corps certains* ? Le participant a couvert le gérant en marchandises sorties de ses magasins. Ces marchandises doivent, d'après les conventions, être vendues à profit commun, probablement avec d'autres marchandises que le gérant fournira de son côté. — Vienne la faillite de ce gérant. Le participant sera traité pour ses marchandises comme un commettant. Si elles ne sont pas encore vendues, il est resté propriétaire de ses marchandises qui suivent le sort de la consignation déposée chez un commissionnaire failli (art. 575 C. com.). Il les *revendiquera* par préférence, quitte à régler son compte de pertes.

482. — Lorsque l'usage de la participation se sera propagé dans le commerce, les négociants constateront que cette forme d'association tient l'emploi commode d'une commandite. Ils s'apercevront qu'elle offre cependant aux tiers de moindres garanties : le défaut de capital social, et la répétition possible d'apports par les participants qui viennent en concurrence avec les créanciers, quelquefois même préférentiellement à eux. On voit surtout prédominer aujourd'hui ce type de contrat dans les syndicats formés par des financiers, en vue d'introduire sur le marché public, par l'action personnelle de l'un d'eux, les actions d'une société qu'ils avaient commencé à s'attribuer pour une souscription globale (v. *infra*, n° 498).

483. — Il existe des contrats nombreux accompagnés d'une clause de participation aux bénéfices et qui ne sont pas des associations en participation. Nous avons déjà dit (n° 322) que le trait propre à la société, c'est l'obligation pour le gérant de répondre de son administration et d'indemniser ses consorts lorsqu'il a fait preuve d'impéritie. Là où cesse la nécessité de rendre compte, et où une personne se borne à allouer à une autre un tantième de bénéfices dans son entreprise, en s'engageant ou non, selon les cas, à justifier du chiffre de ces bénéfices, cette promesse est très régulière, même si elle doit contrevenir aux règles ordinaires de la société. Notamment, le bénéficiaire pourra être exempté des pertes, l'art. 1855 cessant d'être applicable. *Le contrat n'est pas une société.*

C'est ce qui arrivera : 1° Dans la convention par laquelle un patron admet ses *ouvriers* ou un *employé* à participation.

La situation de commis intéressé est fréquente, celle d'ouvriers intéressés est beaucoup plus rare (Imprimerie Leclaire, papeterie Laroche-Jouvert). Ni le premier ni les seconds ne sont associés. La critique de la gestion du patron leur est interdite (Cass. civ., 2 février 1914, v. *supra*, n° 196, en note). Ils sont liés par un louage de services que le patron peut faire cesser, à seule condition de respecter l'art. 1780 C. civ. La participation est un élément du salaire ou de l'appointement qui, au lieu d'être fixe, devient aléatoire.

La communication des livres ne peut pas être exigée (voir cependant

Rennes, 29 juin 1871, S. 71, 2, 83 ; Bordeaux, 30 janvier 1872, S. 72, 2, 66) ; c'est par la voie de la *représentation* que l'intéressé demandera la justification des bénéfices (n° 211), et encore peut-il renoncer à tout pouvoir de contrôle. Cass., 1^{er} juin 1875, D. 75, 1, 417 (Sur cette matière, voir VIOLOT, *Essai juridique sur la participation aux bénéfices*, 1898 ; PIC, *Les lois ouvrières*, n° 1367 ; projet de loi déposé en 1894 et qui n'a pas abouti ; P. LESCOT, *La participation ouvrière aux bénéfices*, 1914 ; Jean SAVOYE, *La participation aux bénéfices* 1924. *Adde, infra*, Section VI).

2° Dans le contrat d'*assurance sur la vie*, lorsque la compagnie promet à ses assurés de les faire participer à ses bénéfices après que la police a parcouru plusieurs années d'existence. Cette participation est un élément intégrant des primes. Elle a pour résultat d'en abaisser le chiffre. La somme servie à l'assuré représente la restitution d'un trop payé (un peu comme sont les bonis d'une société coopérative).

3° Dans le contrat de *prêt*. Le prêteur peut convenir de tant pour cent dans les bénéfices à allouer à l'emprunteur, entre un intérêt fixe de 4 ou 5 0/0 par exemple. C'est un intérêt aléatoire supplémentaire (Req., 6 février 1905, D. 1905, 1, 391 ; comp. Req., 18 mai 1896, D. 97, 1, 249). Ce prêteur ne concourra donc pas aux pertes, à la différence d'un associé en participation, lequel ne saurait s'en affranchir. Pratiquement, le rôle tenu par le bailleur de fonds sera difficile à dégager, les parties n'ayant pas dû s'expliquer formellement sur le droit pour le bailleur de fonds de critiquer les comptes, qui est cependant, selon nous, la véritable pierre de touche (n° 322 et les citations).

CHAPITRE III

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE
PAR ACTIONS ET SOCIÉTÉ ANONYME

(C. com., art. 29 à 38, 40 et 45; L. 24 juillet 1867, titres I, II et IV;
L. 1^{er} août 1893; L. 16 novembre 1903; L. 22 novembre 1913; L. 26 avril 1917;
L. 23 janvier 1929.)

484. — L'économie de toute société commerciale ressort de l'examen, maintenant achevé, de la société par intérêt. Cette économie persévère pour la société par actions, malgré les très nombreuses particularités que présente celle-ci, surtout à raison de la circulation du titre social. Cela nous dispensera de revenir sur une quantité de règles communes aux deux sortes de sociétés, pour ne plus insister que sur les points spéciaux à la deuxième catégorie.

485. — **Considérations économiques.** — Les sociétés par actions ne doivent pas être rendues responsables des scandales auxquels donnent lieu un certain nombre d'entre elles. La forme par actions est indispensable à la création des grandes exploitations, les seules qui mettent le commerce en mesure de soutenir la lutte sur le terrain international.

Tout ce qu'on peut demander à la loi, afin de protéger l'épargne, c'est d'environner ces sociétés de prescriptions qui ne gênent pas les entreprises honnêtes et sérieuses. Tout ce qu'on peut demander au pouvoir judiciaire, c'est de sévir sans faiblesse contre les personnalités qui auraient profité de leur influence pour faire des victimes autour d'elles.

Les sociétés de capitaux, ou par actions, se distinguent en ce que la part sociale, au lieu d'être personnelle et intransmissible, devient un titre circulant. On en peut trafiquer et la transmettre à ses héritiers.

En outre, comme cette action n'entraîne qu'une responsabilité limitée à la mise, l'attrait qu'elle donne est très grand, à la fois par la modicité du risque et par la possibilité de revente à la hausse.

Le taux de l'action peut être abaissé à un *minimum* très faible. C'est donc la petite épargne, la moins instruite, la plus enthousiaste, qui est le plus fortement sollicitée. On pourrait relever ce taux, comme on l'a fait en Allemagne, mais alors ce serait au détriment de la richesse générale. Seule la multiplicité des petites économies permet de constituer les grandes affaires : dans les démocraties, les gains se dispersent, il faut les grouper, les réintégrer dans les grosses entreprises.

Deux sortes de personnes vont se trouver en présence. La société par actions se forme et se maintient au moyen de l'« appel au public ».

Il y a de nombreuses exceptions : beaucoup de sociétés se créent entre personnes se connaissant d'avance, et sans que leurs titres soient ensuite l'objet d'une spéculation.

Mais, si le capital à constituer est considérable, le mode de formation diffère. Le personnel des *souscripteurs* n'existe pas au début, il faut

l'attirer par des mesures de publicité. Ceux qui se chargent de placer les titres appartiennent au milieu des *financiers*.

Même, lorsque les financiers souscrivent le capital, leur ministère n'est que provisoire. Individuellement ou par voie de syndicat, ils *introduiront* les titres *sur le marché*, par suite d'une *fonction distributrice*. La finance ne peut ni ne doit immobiliser ses ressources. Il faut organiser des campagnes de Bourse, faciliter le passage des actions, jusqu'à ce que l'épargne les ait absorbées. L'épargne, au début, n'aurait pas été en mesure de réaliser le capital demandé. L'épargne, au surplus, est timide ; elle veut, comme on dit, « voir venir les événements ».

Plus tard, les actions une fois *classées*, si leur cours faiblit, il appartiendra à la finance de reprendre position sur elles, de les racheter, de montrer que l'épargne cède à une fausse panique. Cela suppose le fonctionnement du marché à terme, dont il n'y a pas à parler dans ce chapitre.

Ce travail d'aspiration de l'épargne par la finance nous donne la clef de la formation des sociétés par actions. L'*appel au public* est l'invitation que font les fondateurs, par circulaires ou autrement, aux capitalistes, petits et grands, de souscrire les actions d'une société ou, s'il les ont souscrites eux-mêmes, de les leur acheter.

Nous laissons au roman ou au théâtre le soin de montrer quels genres variés de mystifications peut recéler un pareil appel, — avec les mensonges des prospectus et des réclames de journaux, — avec les fausses nouvelles ou autres manœuvres de Bourse, — avec le concours de parasites, inévitable cortège de lanceurs d'affaires, — avec la vénalité possible de la presse ou des membres du Parlement, — et surtout avec ce mirage dont disposent sur le public les grands hommes, comme aussi les grandes œuvres, qu'il n'a pas l'occasion de voir de près.

Mais vouloir d'après ces tristes exemples généraliser la conduite des affaires manque de vérité. Si on devait céder à l'obsession de ces abus, c'est à la suppression complète des sociétés par actions qu'il faudrait conclure. Et encore, même supprimées, renaîtraient-elles sous un voile plus ou moins déguisé.

486. — Il y a deux sociétés par actions : la *société en commandite par actions*, visée au Code de commerce dans le seul article 38 ; et la *société anonyme*.

487. — **Société anonyme.** — La *société anonyme* est de beaucoup la plus répandue. Elle est *composée uniquement d'actionnaires ou associés à responsabilité limitée, dont les parts sociales, de valeur égale, sont représentées par des certificats négociables*. Ces actionnaires ont à leur tête un conseil d'administration, nommé et renouvelé périodiquement par eux.

Cette définition cependant n'est plus tout à fait exacte lorsqu'il s'agit de *sociétés anonymes*, dite « à participation ouvrière », parce qu'alors, si les actions de capital répondent toujours bien à la définition qui précède, les prétendues « actions de travail » n'y répondent plus, étant la propriété collective du personnel salarié et comme telles inaliénables (art. 74 et 75, l. 1867, ajoutés par la loi du 26 avril 1917).

488. — Société en commandite par actions. — La *commandite par actions* participe en ore, par un côté, de la nature des sociétés par intérêt. La part du commandité ou des commandités continue à être un *intérêt*, engageant la responsabilité indéfinie de l'associé : c'est une part sociale obéissant à l'*intuitus personæ*, intransmissible.

La société n'est par actions qu'au regard des commanditaires. Elle est gouvernée par les mêmes règles qu'une commandite simple (art. 33), à cela près que les parts des commandites sont des actions.

On la définira : une *société composée*, d'un côté d'un ou de plusieurs *commandités, associés en nom et gérants*, et de l'autre côté d'*actionnaires étrangers à l'administration ainsi qu'à la raison sociale*. a) La société continue avec les acheteurs des parts des commanditaires, ou avec leurs héritiers. b) Elle finit par la mort du commandité, qui en outre ne peut céder sa part.

489. — La nature de la commandite par actions est rendue plus nette, lorsque l'on fixe l'attention sur ses deux unités composantes : le *commandité, l'ensemble des actionnaires*.

Un groupe d'actionnaires, une *compagnie* se constitue en vue d'une entreprise. Si cette compagnie est en mesure par elle-même, c'est-à-dire par ses administrateurs élus, de mener l'exploitation, c'est la forme de la société ancyne qui prévaudra.

Autrement, si elle a besoin d'un homme déterminé, assez fort pour traiter avec elle d'égal à égal, la compagnie entrera en rapport avec cet homme, et on verra s'établir une société entre : 1° cet associé en nom, Paul, et 2° le corps des actionnaires, la compagnie.

D'cù, la *raison sociale Paul et C^{ie}*, et la responsabilité assumée par ces deux êtres : l'individu sur tous ses biens, la collectivité sur le capital qu'elle apporte. On est en présence de deux sociétés superposées : l'une conclue entre les actionnaires, société véritablement anonyme, et l'autre entre cette société et l'associé en nom.

Si la loi a cru devoir expressément reconnaître et organiser la commandite par actions, au lieu de laisser les intéressés libres d'adopter ce genre de société par la simple entente d'un individu et d'une société anonyme, c'est parce qu'il y aurait eu quelque chose d'illogique dans le silence des textes, à voir surgir une prétendue société anonyme qui, au moment même où elle se crée, s'absorbe dans une société plus large avec un associé solidaire dont la présence est un démenti donné à l'anonymat.

Toujours est-il que, grâce à la décomposition précédente, on s'explique fort bien comment le commandité peut lui-même faire partie du corps des actionnaires en souscrivant des actions, et toucher sa part de bénéfices des deux côtés et à deux titres différents.

490. — Raison sociale. — Les sociétés par actions ont-elles une raison sociale ?

Oui, pour la commandite par actions : la raison sociale comprend exclusivement les noms des commandités.

Non, pour la société anonyme. Celle-ci n'existe point sous un nom

social, elle n'est désignée par le nom d'aucun associé, elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise (art. 29 et 30 C. com). La raison sociale fait connaître les personnes solidairement responsables ; il n'y en a point dans la société anonyme. Si elle se donnait un raison sociale, l'actionnaire ou le tiers dont le nom y figurerait serait tenu indéfiniment sur tous ses biens (n° 339).

Cette défense de toute raison sociale est excessive. On s'expliquera que la société anonyme pût prendre les noms de ses fondateurs (principaux actionnaires, en les faisant suivre des mots *limited* (autres termes équivalents. Ainsi en est-il en Allemagne et en Angleterre, sans que les personnes visées par cette appellation soient exposées à une responsabilité indéfinie.

L'absence de raison sociale oblige les administrateurs à signer les actes au moyen d'une formule assez longue : « Pour la Société anonyme de préparation des quinquinas, l'administrateur délégué N... », tandis que la raison sociale est une signature simple dont se servent uniformément tous ceux qui ont qualité pour l'employer.

Il convient au surplus d'observer que la désignation que se donne la société anonyme n'exclut pas le droit d'insérer le nom du fondateur ou d'un prédécesseur, soit qu'il ait souscrit des actions, soit qu'il n'en possède aucune : « Société des établissements Robert ». L'essentiel est que les engagements ne soient pas signés du nom de Robert.

491. — Publicité et réglementation. — Nous avons déjà dit que les sociétés par actions tenaient leur place dans la *vie publique*. Ceci s'explique par l'appel qu'elles font et qu'elles renouvellent incessamment à l'épargne. Les actions s'offrent aux capitaux disponibles pendant tout le temps que la société fonctionne ; il faut tenir le public au courant de la confiance qu'elles méritent.

Les sociétés par actions ne sont donc pas seulement « publiques » en ce qu'elles doivent déposer leurs statuts aux griffes des tribunaux (car c'est le sort commun à toutes les sociétés commerciales). La publicité doit s'entendre pour elles dans une acception plus large. Elles s'adressent à l'épargne publique : de là deux ensembles de prescriptions.

492. — 1° D'une part, on a dû instituer pour les sociétés par actions un régime propre qui les place sous le contrôle de l'opinion et qui exclut dans une large mesure le secret des affaires (n° 113).

a) D'après la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, art. 35, la diffamation (1), exercée contre les directeurs et administrateurs des « entreprises industrielles, commerciales ou financières faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit » (les sociétés par actions, mais non pas elles toutes, seront seules, par le fait, à répondre à cette condition) est assimilée à la diffamation contre les fonctionnaires publics. No

(1) Sur le point de savoir si une assemblée générale d'actionnaires peut être considérée comme une « réunion publique » pour l'application de l'art. 32 de la loi de 1881 réprimant le délit de diffamation, v. Cass. crim., 27 novembre 1920, *Recueil juridique des Sociétés*, 1921, p. 47.

quant à la compétence judiciaire, mais au point de vue du droit pour le défendeur de prouver l'exactitude de ses imputations et d'être absous.

b) L'enregistrement a le droit d'exiger la *communication* (1) de la comptabilité des associés par actions, pour le contrôle de la matière imposable, dividendes, transferts d'actions, etc. (notamment L. 21 juin 1875, art. 7 : v. *supra*, n° 211, texte et note).

c) Le *bilan annuel* est en fait *publié* par les journaux financiers. Il y a des lois étrangères qui en exigent le dépôt au greffe et l'insertion dans les journaux ; la nôtre ne le décide pas ainsi, le projet de 1903 réparaît cette lacune.

493. — 2° D'un autre côté, comme la fondation d'une société par actions peut cacher des pièges ou réussir par suite d'entraînements irréfléchis, la loi a dû, par police préventive et répressive, soustraire cette constitution au régime de la *liberté contractuelle ordinaire*. A ce point de vue, deux systèmes de protection ont été pratiqués selon les époques : l'autorisation gouvernementale, la réglementation.

494. — a) *Autorisation*. — C'est un système subordonnant la constitution de la société par actions à une autorisation délivrée par le gouvernement. Ce système a fonctionné en France entre 1807 et 1867, mais pour les sociétés anonymes seulement et sauf un léger tempérament introduit depuis 1863 à l'égard des sociétés à responsabilité limitée. De là, les abus commis sous la forme de la commandite par actions (n° 268).

L'autorisation est aujourd'hui un système condamné. Il a été abandonné à peu près partout (sauf en Hollande, en Autriche, où il a été bien atténué depuis 1899, en Russie, en Grèce, etc.). Il entraînait, pour les sociétés les plus sérieuses, des lenteurs extrêmes : examen successif des statuts par les bureaux, par une commission consultative du Ministère du commerce, par le Conseil d'Etat. — L'administration exerçait un pouvoir discrétionnaire, partant arbitraire. Elle se déterminait d'après les chances de succès de la société, ce qui entre mal dans ses fonctions. L'autorisation n'était pas volontiers accordée, sauf aux Compagnies de chemins de fer, grandes banques ou entreprises d'assurances, exerçant une concession ou un service d'intérêt général. La société anonyme, avant 1867, n'était pas, en réalité, à la portée des entreprises particulières.

On ne pourr. it reprendre ce système qu'en le modifiant profondément : le gouvernement n'aurait à délivrer l'autorisation que pour constater que la société s'est constituée conformément à la loi et, s'il la refusait, les intéressés pourraient se pourvoir en Conseil d'Etat pour excès de pouvoir (système admis en 1898 pour les sociétés de secours mutuels dites approuvées, en 1905 à l'égard des sociétés d'assurances sur la vie, en 1907 à l'égard des sociétés de capitalisation, et en 1913 à l'égard des sociétés d'épargne, v. *supra*, n° 271 bis).

(1) Ce droit de communication s'étend même aux registres des délibérations d'assemblées générales d'actionnaires ou du Conseil d'administration. Réponse du Ministre des Finances à une question écrite du 13 novembre 1923.

495. — *b) Réglementation.* — Dans ce nouveau système, la société par actions n'a besoin de se faire autoriser ni par l'administration, ni par la justice, ni par personne. Vis-à-vis des pouvoirs publics, elle est libre.

Sans doute, quand la société se propose d'exploiter une concession sur le domaine public, cette concession ne pourra être délivrée que par l'autorité compétente. Cette autorité aura sur les statuts un pouvoir d'examen, et elle pourra, en outre, stipuler dans le cahier des charges que les statuts en seront modifiés qu'avec sa permission. L'administration ne choisit son concessionnaire qu'en considération des garanties qu'il donne. La situation serait la même si la concession était délivrée à toute autre personne.

Dans le système de la réglementation, la société est obligée, pour se constituer, de se soumettre à un certain nombre de *prescriptions* spécifiées par la loi, répondant du caractère sérieux, viable et honnête de l'entreprise et, pour fonctionner, de se pourvoir de rouages permanents, assurant le contrôle des actionnaires.

C'est un mode en quelque sorte automatique de protection. A défaut par les actionnaires de veiller eux-mêmes à leurs intérêts, la loi intervient à leur place, ou elle leur fait tenir un rôle machinal de surveillance qui concourra à leur sécurité.

Le contrat de société devient ainsi un contrat de nature solennelle inaccoutumée. C'est le régime français depuis la loi du 24 juillet 1867. La règle de l'autorisation administrative n'a été conservée que pour les sociétés de tontines et d'assurances sur la vie et même, à l'égard de celle-ci, elle a été profondément modifiée en 1905.

Régime assez différent de celui pratiqué en Angleterre, où les sociétés par actions jouissent de plus de liberté, à la seule condition de faire enregistrer leurs statuts (*Companies Consolidation Act*, 1908, ch. 69, 21 décembre, codifiant les lois des sociétés par actions, codification modifiée elle-même en 1929) (1).

L'examen des critiques que comporte ce système déborderait le cadre de ce livre. Nous nous bornerons à remarquer ici que la protection donnée aux actionnaires par la loi de 1867 est plus nominale que vraie, que ceux-ci appelés à délibérer en assemblée générale, votent à l'aveugle toutes les mesures qu'on leur propose, que le moyen de vérifier la sincérité des comptes leur échappe, et que la nouvelle d'un dépôt de bilan éclate d'une manière inattendue dans un milieu d'intéressés qui n'avaient pas la veille le moindre soupçon du danger (2).

(1) V. BRICARD, *Des sociétés par actions en droit anglais au point de vue de leur constitution*, th. 1912 ; Fernand LAURENT, *Législation française et britannique sur les Sociétés par actions*, 1919 ; et pour la codification de 1929, CAMERLYNCK, dans les *Annales de droit commercial* 1929, n° 4. Adde, sur les règles fondamentales qui gouvernent les « corporations » au Canada, DORE, *Les sociétés par actions au Canada*, 1927 ; et pour les États-Unis de l'Amérique du Nord, LÉPAULLE, *De la condition des sociétés étrangères aux États-Unis d'Amérique*, 1923.

(2) V. THALLER, *De la réforme de la loi des sociétés*, dans la *Revue politique et parlementaire*, janvier 1903, et les études précitées (*supra*, n° 273, note 1) de MM. LÉOUZON LE DUC, M. COLIN. René NOUËL, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Certains pays étrangers connaissent le contrôle des apports en nature et avantages particuliers par des experts dont la désignation, plus ou moins officielle, présente des garanties de capacité et d'indépendance vis-à-vis des fondateurs apporteurs (*Revisoren* du droit allemand

496. — Ne séparons pas l'une de l'autre la société en commandite par actions et la société : nonyme : ne suivons pas l'exemple de la loi de 1867 qui les réglemente successivement. Il vaut mieux les réunir dans un commentaire commun, sauf à indiquer, chemin faisant, les différences, souvent arbitraires, qui les séparent. La communauté de régime est plus grande encore qu'entre les deux sociétés par intérêt.

Nous nous occuperons : — des règles de constitution et de publicité de ces sociétés, — de l'action et de sa circulation — de l'administration, — de la surveillance, — des assemblées générales, — des sociétés anonymes à participation ouvrière, — de la matière des obligations.

SECTION PREMIÈRE

CONSTITUTION, PUBLICITÉ

SOUS-SECTION PREMIÈRE. — Règles constitutives

(L. 1867, art. 1 et 4, 21, 23 à 25 et 30; L. 1893, art. 1^{er}).

497. — Dans une société par intérêt, les associés se connaissent au préalable et signent ensemble l'acte social. Ici, la société n'est pas constituée le jour où se rencontrent des hommes pour la former : son personnel d'associés n'est pas encore réuni.

De leur initiative, et sans mandat d'autres personnes, un ou plusieurs individus prennent sur eux de créer une société et de lui recruter des souscripteurs. On appelle ces individus *fondateurs*. Ils opèrent en vertu de *statuts* qui n'ont au premier jour qu'une valeur unilatérale. Dans la société en commandite par actions, c'est le futur gérant qui occupe ce rôle. Dans la société anonyme, se sont des personnes quelconques, désireuses également d'exercer des fonctions dans la future entreprise.

La première opération à accomplir est de dresser les statuts. Mais la société ne sera pas constituée pour autant. Il faut qu'elle ait son cercle d'actionnaires, que son capital soit couvert.

Or, pour atteindre ce but, deux voies sont ouvertes aux fondateurs.

498. — I. **Constitution entre fondateurs.** — Il en est une qui paraît simple. Les fondateurs s'appliqueront à eux-mêmes le capital social et les actions suivant la proportion qui leur conviendra. Il n'y a point lieu à *souscription*, mais plutôt à *approbation* des actions. Si l'on délivre des bulletins de souscription en cette hypothèse, si l'on procède à des déclarations notariées, ce sera pour la forme et cette forme peut être écartée.

désignés par les Chambres de commerce, v. SOLUS, *Les Reviseurs, organe de contrôle dans les sociétés par actions du droit allemand, Annales de droit commercial*, 1923, p. 309). Mais jusqu'à présent, le législateur français s'est refusé à entrer dans cette voie (V. *infra*, n° 530 et s.); et, s'inspirant, d'assez loin du reste, du système anglais du *prospectus d'émission*, il s'est contenté à la dernière époque de prescrire — sans que ce système paraisse avoir donné de résultats sérieux — une publicité plus large des émissions financières (art. 3, L. 30 janvier 1907, v. *infra*, n° 573).

Non pas que la loi du 24 juillet 1867 cesse d'être applicable. Les dispositions de cette loi sont générales. Les défiances qui les ont inspirées n'ont aucune raison de disparaître lorsque ce sont les fondateurs qui se répartissent les actions avec la pensée de les introduire ensuite sur le marché. Bien au contraire.

Il faudra donc l'appropriation par eux du capital intégral, le versement du quart, l'approbation des apports en nature, sous les réserves que nous mentionnerons, bref les mêmes conditions à observer que si la société devait se constituer suivant le deuxième moyen ci-dessous décrit.

Mais, en fait, ces formalités pourront se condenser, s'accomplir en seul trait de temps, puisque les signataires des statuts et les attributaires de la totalité des actions se confondent. Au lieu de décomposer les opérations de fondation, il serait plus simple : — de dresser l'acte de société en forme notariée, — de déterminer dans son texte le nombre d'actions appliquées respectivement aux divers intéressés, avec les nom, prénoms, qualité et domicile de chacun d'eux, — d'affirmer dans ce même acte de société que le quart des actions a été d'ores et déjà versé (ce à quoi auront pourvu d'avance les fondateurs), — et par là il aura été donné satisfaction d'une manière simultanée à la plus grande partie des souscriptions légales (souscriptions, versements et déclaration notariée).

Il est vrai qu'on ne pourra pas se soustraire à la tenue d'assemblées générales, à l'effet de « vérifier les apports en nature » et d' « élire les administrateurs et commissaires ». Mais encore verra-t-on plus loin : quant aux assemblées d'apports, qu'il n'y a pas lieu de les tenir dans certains cas, qui ont justement toute chance de se produire lorsque ce sont les fondateurs qui s'attribuent les actions ; et, quant à l'assemblée appelée à élire le personnel des administrateurs, que l'on peut aussi se dispenser de la tenir, en désignant les membres du conseil d'administration dans les statuts.

Ce mode de constitution s'est beaucoup développé depuis 1867 (1). Les fondateurs, bien entendu, ne conserveront pas les actions. Ils se groupent fréquemment en un *syndicat* (2) et chargent l'un d'entre eux de pourvoir au mieux des intérêts de tous à l'écoulement de l'ensemble des titres. S'il y a un bénéfice obtenu par suite du placement des actions dans le public au-dessus du pair, l'excédent ou prime reste aux fondateurs, au prorata du nombre d'actions appliquées à chacun d'eux (3).

(1) Cfr. JACQUANT, *Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions*, 1886 ; THALLER, *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, p. 14 et s.

(2) Sur les syndicats d'émission, v. CHASSERIAU, *Des syndicats d'émission de valeurs et de leur responsabilité*, th. 1898 ; DE PELSMÆKER, *Des associations commerciales en participation et des syndicats financiers*, 2^e édit. ; E. THALLER, *Syndicats financiers d'émission* (organisation, responsabilité), *Annales de droit commercial*, 1911, p. 5 et 83 ; ANGELONI, *Sindacati finanziari*, 1909, et principalement Yves LE ROY, *Les syndicats d'émission*, th. Paris, 1914 (ouvrage aussi remarquable par ses vues historiques que par ses dissertations de droit privé). P. FURET, *Les syndicats financiers d'émissions*, *Journ. des Soc.*, 1921, p. 50. *Adde supra*, n^o 75, note 3 ; TCHERNOFF, *Droit pénal financier*.

(3) Ces syndicats de placement des actions émises par les sociétés ont parfois donné lieu à des abus et en particulier à des manœuvres d'accaparement tendant à fausser le

Ce placement des titres dans le public peut lui-même s'effectuer de différentes façons : a) par une émission en bloc aux guichets d'un établissement de crédit à un jour déterminé et à un cours ferme publié d'avance ; b) par la vente en Bourse, grâce au Ministère d'agents de change ou de coulissiers, sur le cours variable qu'on pourra obtenir d'après le plus ou moins d'empressement des acheteurs.

L'opération est d'ailleurs une *vente* dans le premier cas comme dans le second. Ce sont les fondateurs malgré la durée éphémère de la possession, qui auront composé le personnel originaire des associés, et c'est de leurs mains que les actionnaires subséquents tiennent leurs droits en qualité de cessionnaires.

499. — II. Constitution par appel au public. — Le procédé auquel pensait surtout la loi de 1867 est celui de la *mise du capital en souscriptions*. Les fondateurs offrent publiquement les actions à ceux qui voudront les prendre ; la société pourra se constituer lorsque les souscripteurs auront répondu en assez grand nombre à cette invitation pour égaler le capital, et émis en outre certains votes en assemblée générale. La phase à parcourir, depuis le premier acte entrepris par les fondateurs jusqu'à la dernière des délibérations demandées aux souscripteurs, s'appelle la *période constitutive*. Elle est plus ou moins longue selon les sociétés. Cette phase peut aboutir à un avortement.

Comment analyser la nature des droits et des obligations qui vont se former pendant cette période entre les *souscripteurs*, les *fondateurs* et la *société* elle-même (1) ?

500. — De prime abord, on est tenté d'éliminer celle-ci. Elle n'existe pas encore ; c'est à l'issue de la phase préparatoire seulement que l'on pourra parler de la formation d'un être juridique.

Tel n'est pas notre sentiment. Si l'on refuse à la société la faculté d'acquérir d'ores et déjà dans la période constitutive des droits à l'encontre des souscripteurs, ainsi que celle de s'engager envers eux, on verra les difficultés surgir. Il n'y aura plus que l'une de ces trois explications possibles, et elles sont mauvaises toutes trois :

1° Les promesses de souscriptions ont été données personnellement aux fondateurs, lesquels transmettent ensuite ces promesses à la société par actions le jour où elle atteint sa constitution définitive. Décomposition qui, à l'égard des *actions en numéraire*, n'a peut-être pas de grands inconvénients, mais qui, en revanche, en présente beaucoup à l'égard des *apports en nature*, sujets alors à un droit proportionnel de mutation, puisqu'il seront présumés avoir passé par le patrimoine des fondateurs et subi deux transmissions, au lieu d'une ;

cours des valeurs. La jurisprudence (Cf. *supra*, n° 75) refusait de leur appliquer l'art. 419 du Code pénal, qui ne visait que les « denrées ou marchandises ou les papiers et effets publics ». Mais la loi du 3 décembre 1926 a spécifié que l'art. 419 du Code pénal pourrait s'appliquer désormais à tous ceux qui auraient opéré la hausse ou la baisse artificielle des denrées ou marchandises, ou des effets publics ou privés.

(1) V. FERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, 1896 ; GOIFFON, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, th. 1898 ; MASSART, *ibid.*, th. 1901 ; LESCOT, *Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé*, th. Dijon, 1913.

2° Les fondateurs ont ou bien agi comme *gérants d'affaires* de la société qui, par sa constitution, ratifie rétroactivement leurs actes, ou bien *stipulé pour autrui*, pour la société par actions (art. 1121 C. civ.), les engagements des souscripteurs. Lorsque la société prendra définitivement corps d'existence, elle acceptera le bénéfice de ces engagements « non par voie dérivée », mais « par voie directe », comme si les souscripteurs ou apporteurs s'étaient dès l'origine liés envers elle. — Cette explication permet d'éviter le double déplacement de propriété ou de créance qui forme le vice du premier système. Mais elle se heurte à des objections. Peut-on se constituer gérant d'affaires d'une personne qui n'existe pas encore ? — D'autre part, par suite du cercle réduit dans lequel se meuvent en notre droit les stipulations pour autrui régulières la décomposition perd tout appui légal dans le cas où les fondateurs n'ont pas commencé à prendre un intérêt personnel dans la société. On ne peut stipuler pour autrui qu'à titre accessoire d'une stipulation principale faite pour soi-même. — Cet intérêt personnel des fondateurs ne se présentera pas toujours : peut-être ne se sont-ils réservé aucune action, peut-être ne prétendent-ils à aucune rétribution de leurs services. La créance directement acquise à la société contre les souscripteurs cède alors, faute d'un point d'appui ;

3° Les souscripteurs s'engagent en vertu d'un *acte unilatéral*, sans qu'il y ait une contre-partie créancière pour recevoir leur promesse. — Nous n'insistons pas : l'acte unilatéral n'étant point une source d'obligation reconnue dans notre droit.

501. — Il vaut mieux raisonner ainsi : La société par actions, sans doute, n'acquiert son existence *au dehors* qu'à partir de la constitution définitive, une fois son personnel d'actionnaire entièrement acquis et son capital couvert. Alors seulement elle peut légalement commencer ses opérations, se servir de sa signature (arg. art. 5, al. 2, de la loi de 1867). Si elle les commençait prématurément, elle s'exposerait à une action en nullité.

Mais cela laisse un point d'interrogation suspendu sur la question de savoir si, dans les rapports réciproques des souscripteurs et apporteurs, il ne s'établit pas déjà, pendant le cours de la période constitutive, des liens d'obligation, rattachant l'individu à un *groupe* et rendant inutile l'interposition juridique des fondateurs.

Il convient de conclure à l'existence de ce *groupement intérieur* dès avant que la société n'ait rejeté le voile qui la recouvrait jusque-là. La société procède du groupe des souscripteurs, groupe qui s'est formé par adhésions successives de membres, et qui a grandi jusqu'au jour où il a pu se révéler au public avec l'épithète de *société par actions*. Il suffit que deux souscriptions aient été recueillies pour que l'on soit autorisé à dire : le noyau d'association est créé (d'autres se serviront des mots de « nébuleuse diffuse » pour caractériser cet état « amorphe » d'origine). Deux personnes sont tenues l'une envers l'autre à respecter la parole qu'elles se donnent. A ces deux personnes s'en joindront cent ou mille autres : c'est la même formation automatique qui se continue, c'est la même agglomération moléculaire.

[La société par actions ne sera pas autre chose que la manifestation,

à partir du jour où la loi permet de se produire, de ce groupe intérieur, de telle sorte qu'elle aura vécu d'abord d'une existence latente et sourde avant d'apparaître au soleil, et que dans cette existence latente elle a pu contracter avec les membres qui sont agrégés successivement à elle, des droits et des obligations, ceux-là mêmes qui régiront plus tard les rapports des actionnaires avec le siège social. On pense à l'enfant conçu qui a des droits préexistants à sa naissance. C'est une situation comparable.

Ia *personnalité morale intérieure* de la société (n° 315) doit être affirmée, même en présence d'un cercle encore très réduit de souscripteurs, par cela seul que les fondateurs ont ouvert leur campagne de constitution, ou tout au moins (puisqu'une société exige au minimum deux membres) sitôt que deux personnes auront fait savoir à ces fondateurs qu'elles voulaient souscrire ne fût-ce qu'une action chacune.

Cela ne prouve pas qu'on ait toute certitude d'aboutir à une société en mesure d'entreprendre l'objet statutaire : l'insuffisance de souscriptions empêchera au contraire la société définitive de se réaliser. Mais cela prouve au moins que, si cette société définitive réussit à prendre charpente, elle ne sera pas subitement sortie du vote de la dernière assemblée qui en reconnaît l'existence ; elle aura eu, au contraire, une expression première, et encre invisible du deliçs, dans la société des souscripteurs, tout instables, précaires et problématiques qu'aient été jusque-là le personnel et les ressources de celle-ci.

502. — Faut-il dans ces conditions faire abstraction des *fondateurs*, sous le prétexte que ce n'est pas sur eux personnellement que se pose la créance ou inversement la dette de chaque souscripteur ? — Certainement non, ils jouent un rôle de droit considérable, soit qu'on les envisage au regard de ses souscripteurs, soit qu'on s'occupe de leurs rapports mutuels de fondateurs les uns vis-à-vis des autres.

503. — 1° *Au regard des souscripteurs*, ou plus simplement du public, les fondateurs se constituent *gérant d'affaires* (1); ils entreprennent l'œuvre qui consiste à conduire à bonne fin la constitution de la société par actions. Par là ils *engagent leur responsabilité*, à raison de faits divers : — a) S'ils suspendaient cette constitution sans motif plausible, ils pourraient être tenus à des dommages-intérêts envers les souscripteurs dont ils auraient déjà retenu les engagements. — b) Ils sont tenus de respecter entre les souscripteurs l'ordre d'attribution d'actions qu'ils s'étaient obligés à suivre. — c) Si les fonds provenant des versements ont été confondus par les fondateurs dans leur caisse personnelle, au lieu d'être l'objet d'un dépôt séparé (par exemple dans un établissement de banque et sous la rubrique de la société en cours de constitution), ils en devront personnellement la restitution définitive à qui de droit. Survienne leur insolvabilité, sans que la constitution définitive ait été réalisée, les souscripteurs produiront dans leur fail-

(1) « Gérants d'affaires » non de la société, mais des souscripteurs. Ceux-ci sont, il est vrai, des personnes incertaines à l'origine. Mais on n'émet plus aujourd'hui les mêmes exigences qu'autrefois sur la certitude d'un sujet actif pour la validité des contrats.

lite à cet effet et seront réduits à toucher un dividende. — *d*) La question de savoir si, en cas d'avortement du projet de société, ils devront rendre aux souscripteurs la somme intégrale qui leur a été versée, ou pourront au contraire retenir proportionnellement les frais par eux exposés, doit se résoudre en fait et par application des intentions. En principe, ils se sont engagés à restituer la somme versée sans retenue. — *e*) Si la constitution de la société a été affectée d'un vice dont on s'aperçoit plus tard, la nullité de la société ouvrira une action en responsabilité contre les fondateurs, action à examiner plus loin, ayant sa base dans un mandat ratifié par les souscripteurs et dont les fondateurs se sont mal acquittés.

504. — 2° Dans les rapports réciproques des fondateurs, il y a également lieu de faire intervenir des principes de droit intéressants. Le fondateur peut être unique (en Allemagne et en Angleterre ils doivent être au nombre de cinq ou de sept au moins), mais cette situation est rare. En général, ils sont plusieurs. Les uns appartiennent au milieu technique de l'industrie, les autres au monde de la finance.

Il s'est formé entre ces hommes un contrat qui n'a pas toujours été rédigé par écrit, qui n'est pas, à proprement parler, une société, puisque l'objet de cette collaboration est de constituer une société définitive et non pas directement de partager les bénéfices, mais qui est plutôt une association civile *sui generis*, précédée souvent elle-même d'une société d'études.

Dans cette association peuvent être insérées des stipulations diverses qui au regard des souscripteurs et même au regard de la société par actions n'existent pas, [au moins comme telles et en l'état :)

Par exemple : — *a*) le versement, par chacun d'eux ou par certains d'entre eux seulement, d'une certaine somme, fonds commun de cette association innommée, destiné aux premiers frais ou à des travaux d'études, de sondage de terrains, de captage de sources, frais qui seront perdus pour eux en cas d'insuccès, et dont on conviendra, dans le cas contraire, la mise à la charge de la société par actions, à titre de dépenses d'établissement de celle-ci ;

b) l'obtention d'une concession à postuler des pouvoirs publics, concession qui sera attribuée d'abord à l'un des membres de cette association ou à un prête-nom, avec clause de rétrocession à une société par actions, c'est-à-dire à celle-là même dont les fondateurs poursuivent la constitution ;

c) la réserve de la qualité de « premiers administrateurs » à tels ou tels fondateurs, l'acte de société devant alors les désigner, ainsi qu'il sera dit plus loin :

d) l'attribution éventuelle à chaque fondateur respectivement d'un certain nombre d'actions ou de parts de fondateur à délivrer par la société par actions, et à spécifier dans les statuts ;

e) la mise en train de l'exploitation, qui sera conduite sous le nom des fondateurs aussi longtemps que la société par actions n'aura pas été constituée, puis repassée à celle-ci à partir du moment de sa constitution, avec ou sans report des résultats de cette exploitation au jour où ils l'avaient eux-mêmes entreprise (ce qui ne contrevient pas à la dé-

fense de commencer les opérations sociales avant que la société par actions ne soit formée).

Ces conventions, et beaucoup d'autres encore, laissées à l'appréciation des intéressés, sont échangées non pas avec les souscripteurs ou avec la société, mais entre fondateurs. Pour faire loi au respect de la société, il faut ou que les statuts les reproduisent, ou que les premiers administrateurs, une fois entrés en charge, les prennent au compte de la société ; ou, quant aux actes dépassant les pouvoirs normaux de ces administrateurs, qu'une assemblée générale en délibère pour les approuver. Aussi longtemps que les pouvoirs sociaux ne seront pas intervenus pour asquiescer aux avantages de divers ordres que les fondateurs ont pu se réserver sur les ressources de la société par actions, l'arrangement pris entre lesdits fondateurs a la valeur d'un contrat intime, qui est par rapport à cette société *res inter alios acta* (1).

505. — Ne poursuivons pas l'analyse des liens complexes qui s'entrecroisent entre ces intéressés de plusieurs catégories, à l'occasion de la fondation de la société par actions.

Examinons la série des actes que les fondateurs doivent accomplir pour réaliser la constitution de la société. La loi en détermine cinq. Ce sont dans l'ordre où l'on doit les faire :

1° La *souscription intégrale du capital social* ;

2° Le *versement* sur chaque action, tantôt du *quart* et tantôt de la *totalité* de son montant ;

3° La *déclaration par-devant notaire* de l'état des souscriptions et des versements, avec le dépôt des statuts ;

4° La *vérification et l'approbation*, en assemblée générale des actionnaires, *des apports en nature et des avantages particuliers* ;

5° La tenue d'une assemblée générale qui désignera les premiers fonctionnaires de la société, et, dans la société anonyme seulement, *vérifiera la sincérité des souscriptions et versements* (L. 24 juillet 1867, art. 1^{er}, 4, 23, 24 et 25 ; L. 1^{er} août 1893, art. 1^{er}).

En tête de cette énumération, il convient de placer la *confection des statuts* par les fondateurs, sauf à s'expliquer sur les effets du retard qu'on mettrait à les dresser. Ce qui porte à six les conditions légales.

§ 1. — Confection des statuts

506. — Comment s'adresser au public, sans lui présenter un texte complet de société ? Il faut que les souscriptions puissent trouver une base. Les statuts seront donc composés dans tous leurs articles. Acte en sera dressé ; les fondateurs, mais non pas tous nécessairement, le signeront.

(1) On verra les questions précédentes étudiées par LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 1^{er} vol. 1898, §§ 24 et suiv., particulièrement au § 32 ; dans ZERAPPA, *Des souscriptions d'actions de sociétés anonymes*, th. 1901 ; dans SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, 5^e ch., 1906 ; ainsi que dans GOIFFON, et LESCOT, *op. cit.*, *supra*, n^o 499 en note.

La loi ne donne point la définition de la qualité de *fondateur*. Toute personne coopérant d'une manière active à la formation de la société mérite ce titre. Ce sera une question de fait à trancher. Les signataires des statuts seront tous considérés comme « fondateurs ». Mais, en outre, des personnes demeurées à l'écart de cette rédaction pourront, au point de vue des responsabilités, être retenues pour tels, à raison du concours qu'elles auraient donné.

En tout cas, les *souscripteurs* n'ont à signer cet acte ni à l'origine ni plus tard. Le fait de souscrire emportera *ipso facto*, adhésion à ces statuts.

Cette rédaction devrait, en bonne logique, précéder toute souscription. Ainsi en serait-il si la loi exigeait que les statuts soient publiés au *Journal officiel*, avant les souscriptions publiques (projet de 1903), ou encre, depuis la loi de finances du 30 janvier 1907, si les fondateurs précédaient par « émission publique des titres » au moment même de leur souscription. Ce cas excepté, les fondateurs pourraient transporter l'ordre des faits. Une souscription donnée sur une simple relation *verbale* du projet de société serait obligatoire. Cela laisse aux fondateurs le moyen d'arrêter un autre texte que celui auquel s'attendait le souscripteur. Celui-ci n'en est pas moins tenu, sauf l'hypothèse du dol.

507. — Les statuts peuvent être rédigés par *acte notarié* ou par *acte sous signature privée* (avant 1867, il fallait, pour la société anonyme, un acte authentique, C. com., art. 40). La forme sous seing privé est aujourd'hui possible, même quand les statuts contiennent pour les administrateurs pouvoir d'hypothéquer (art. 69 ajouté à la loi de 1867 par celle de 1893, cfr. n° 353) (1).

Il suffit de rédiger l'acte sous seing privé en deux originaux (plus un original pour l'Enregistrement). L'un restera au siège social. L'autre sera déposé en une étude de notaire, après la réussite des souscriptions et après les versements.

508. — Quel sens faut-il donner à ces statuts, à partir du moment où ils ont été établis ? Forment-ils un simple *projet* de société ? On pourrait le croire, puisque l'opération est unilatérale et que les adhésions des souscripteurs ne sont pas encore parvenues aux fondateurs.

Cette interprétation doit être cependant repoussée. Par cela seul qu'une souscription aurait été donnée depuis cette confection, fût-elle encore unique, comme elle a eu lieu sur la foi des statuts, les fondateurs ne sont plus maîtres de changer le contenu de ceux-ci. Autrement, ils commettraient un faux. On verra toutefois que la modification des statuts dans la période constitutive, par suite d'une délibération d'assemblée générale, n'est pas irréalisable.

(1) Mais, lorsque les statuts constatent l'apport d'un *brevet d'invention*, la doctrine (par argument de l'art. 20, L. 5 juillet 1844, qui exige un acte authentique pour la cession des brevets) estime généralement que les statuts doivent nécessairement être notariés. La jurisprudence toutefois est en sens contraire : Cass. crim., 11 mars 1911, *Annales de droit commercial*, 1912, 329. — En tout cas, l'apport en société étant une « transmission de propriété », l'apport en société d'un brevet doit aujourd'hui (art. 4, L. 26 juin 1920), pour être valable au regard des tiers, être inscrit au registre spécial des brevets à l'Office national de la propriété industrielle.

509. — Les statuts contiennent, entre autres mentions, un article déterminant le *chiffre du capital social*, soit 1 million. Ils contiendront encore la division du capital en actions, ainsi que le nombre de ces actions et le montant nominal de chacune d'elles : 2.000 actions de 500 fr. chacune.

Il y a un taux légal minimum, au-dessous duquel ni action ni coupure d'action ne doit tomber. La loi française, à la différence de celles d'autres Etats, comme la Belgique, ne consacre point la liberté du taux de l'action. Elle se souvient des abus de l'ancienne commandite par actions, ainsi que du proverbe : « Protégez les gros sous, les louis se défendront toujours ». Mais elle ne pousse pas la rigueur aussi loin que la loi allemande d'avant-guerre, qui a adopté comme règle le minimum de 1.000 marks (1.250 fr.).

Ce taux, d'après la loi de 1867, était de 500 fr. Par faveur, et seulement pour les sociétés d'un capital n'excédant pas 200.000 fr., il pouvait être abaissé à 100 fr. Ces sociétés n'ont probablement pas un grand rayonnement ; le marché de leurs titres est restreint, un taux trop élevé aurait mis obstacle à leur placement.

Par la loi de 1893, le taux minimum de 100 fr. a été admis pour toutes les sociétés. Exceptionnellement, à l'égard des sociétés formées à un capital ne dépassant pas 200.000 fr., il peut tomber jusqu'à 25 fr.

Il a été question de généraliser l'action de 25 fr. et de l'admettre sans distinction de chiffre de capital (disposition votée à la Chambre en 1893, et proposition GRAUX). Sur le marché français des titres, une cause d'inégalité résulte de ce que des actions étrangères, affranchies de cette obligation d'un taux minimum (actions des sociétés anglaises), circulent librement chez nous, sur le marché libre, en dehors du ministère des agents de change. L'épargne se place de préférence sur elles, mais sans pouvoir, au milieu de ces valeurs, faire le départ des bonnes. Les sociétés françaises souffrent de la concurrence ; l'admission de l'action de 25 fr. la ferait disparaître. Cette extension n'a pas été admise par le projet de 1903. Elle a perdu actuellement en raison de la dépréciation du franc et de l'interdiction d'exportation des capitaux, beaucoup de son intérêt.

510. — **Actions de numéraire et actions d'apport** — Les actions dont l'ensemble forme le capital social, à la teneur des statuts, peuvent relever de deux groupes différents. On distingue, en effet :

a) Les actions de numéraire ; b) les actions d'apport.

Les *actions de numéraire* sont représentées par une mise à effectuer en argent. Elles répondent à la part de capital offrant le plus de certitude, puisqu'il n'y a pas de tromperie possible sur la valeur de l'argent. C'est cette part de capital qui seule est mise en souscriptions, et qui n'a pas encore preneur lors de la rédaction des statuts.

Les *actions d'apport* sont émises en représentation de biens matériels ou immatériels, ou simplement de travaux (1) que les fondateurs

(1) Mais le capital d'une société anonyme ne peut pas être formé, en totalité ou en partie, par l'apport de l'« industrie personnelle » de ses fondateurs ; car cet apport,

ou leurs auxiliaires apportent à la société, stipulant en retour une part des bénéfices. Ces valeurs entrent dans le fonds social et en courent les risques. Les actions correspondantes sont attribuées à des personnes déterminées. — Ex. : Une usine évaluée 100.000 fr. est apportée à la société par son propriétaire ; il lui sera délivré 200 actions de 500 fr. Si le capital est de 1 million, les actions de numéraire à faire souscrire seront alors au nombre de 1.800.

Il y a des sociétés qui se fondent exclusivement avec un capital-espèces et sans apports. Il en est d'autres dont le capital ne se compose que d'apports. Enfin on en trouve dans lesquelles les deux éléments coexistent.

La nature du capital de la société influe sur la marche à suivre par les fondateurs. Il y a des prescriptions relatives au capital en numéraire, il y en a d'autres concernant les apports en nature. Les fondateurs doivent recruter les actionnaires du premier groupe. Lorsqu'ils les auront trouvés, ils doivent mettre en présence de ceux-ci les actionnaires du second groupe, pour que ceux-ci justifient de la valeur de leurs apports. Il y a un premier chemin à suivre tout droit, puis un tournant de route à prendre où les deux groupes se rejoindront. C'est ce dont on va s'assurer.

§ 2. — Souscription intégrale du capital social

511. — La souscription est le fait par une personne de se constituer preneur d'une ou de plusieurs actions. — Le capital-espèces est mis en émission, on demande au public de se porter sur les actions et de les prendre.

Les souscriptions sont reçues chez les fondateurs, ou plus souvent chez un ou plusieurs banquiers qu'ils désignent, et cela pendant une période déterminée (1). Le souscripteur signe un bulletin. Les fondateurs peuvent lui en délivrer un double, quoique cela ne se fasse point.

Le bulletin de souscription n'est pas exigé par la loi. Son utilité est grande surtout pour ceux qui considèrent que le souscripteur d'une action est lié « civilement » envers la société (n° 334). Dans cette opinion en effet, s'il conteste sa souscription, on ne pourra recourir contre lui à la preuve testimoniale, lorsque l'intérêt dépasse 500 fr. (En sens contr. motifs de Req., 25 octobre 1899, S. 1900, 1, 65, et note LYON-CAEN).

Chaque bulletin de souscription doit être établi sur timbre ; l'omission de cette formalité expose le souscripteur (ou la société) à une amende.

Il est question, d'après le projet de 1903, non seulement de rendre obligatoire la confection de bulletins, mais aussi d'y mentionner les

étant successif et éventuel, n'existe pas encore lors de la constitution de la société : une telle société est nulle. Caen, 26 juin 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 65, D. 1914, 2, 161, note PALMADE ; S. 1918, 2, 73, note BOURCART, en sens contraire.

(1) Sur le point de savoir à qui appartiennent les fonds déposés pendant cette période, v. Douai, 14 mai 1925 (*Journ. des Soc.* 1926, p. 211).

dispositions les plus graves de l'acte de société, le chiffre des apports en nature, etc.

512. — Les émissions ont pu donner l'un des résultats suivants :

Ou bien *elles n'obtiennent pas un entier succès*. Le capital social ne trouve point souscripteurs pour le tout. Alors la société ne peut se former (Bordeaux, 16 février 1903, D. 1905, 2, 193, note PERCEROU ; Amiens, 5 février 1910, *Journ. des Soc.*, 1911, 213, Comp. Cass., 13 novembre 1907, D. 1909, 1, 65).

Les fondateurs, s'ils estiment l'affaire possible même avec un capital inférieur, procéderont différemment. Ils rédigeront de nouveaux statuts avec un capital moindre. Sur une nouvelle publicité par prospectus ou autrement, ils recommenceront la mise en souscriptions, sans tenir aucun compte des premières qui avaient échoué.

513. — Ou bien *les souscriptions réussissent* : le capital est entièrement couvert. Une parité rigoureuse entre le nombre d'actions offertes et celui des actions souscrites ne pourra pas se produire. Le public souscrit plus d'actions qu'il n'en avait émises. Il faut réduire les souscriptions, au moyen d'une répartition dont le résultat est notifié à tous les intéressés.

Les bases de cette répartition dépendent de ce que renferment les prospectus. On admettra, en cas de doute, qu'elle doit se faire proportionnellement aux souscriptions de tous, avec irréductibilité des souscriptions d'unités. En cas de contravention à cette règle, les souscripteurs écartés pourraient se plaindre. Le caractère public de l'opération emporte renonciation des fondateurs au pouvoir d'exclure, par la raison qu'il n'aurait pas leur agrément, un souscripteur n'étant point d'ailleurs, en état d'incapacité ou de faillite. — Nous ne parlons pas des statuts subordonnant la négociation à l'acceptation du cessionnaire par le siège social : à plus forte raison, le souscripteur devrait-il être agréé ; mais les actions de ces sociétés-là ne sont pas émises par voie d'appel public.

514. — Les souscriptions doivent être *complètes, loyales et sincères, fermes et irrévocables*. Elles doivent, dans les sociétés anonymes, comprendre au moins *sept souscripteurs*.

515. — *Complètes.* — Les fondateurs peuvent souscrire des actions. De même du gérant de la commandite par actions, quoiqu'il soit associé en nom, tenu déjà comme tel sur tous ses biens. Dans la pratique, tout apport que le commandité fait à la société, autre que son travail de gérant, apporé tel qu'un brevet d'invention, revêt la forme d'actions. S'il concourt avec son argent au capital en numéraire, il s'attribuera des actions dans cette mesure.

La souscription du capital *par fractions successives* est interdite. Les fondateurs ne sauraient diviser un capital de 10 millions en plusieurs séries de 2 millions chacune, et se contenter de mettre la première seulement de ces séries en souscription. Le capital statutaire ne serait pas couvert, le public a cru à 10 millions versés ou promis ferme.

Il faut donc s'en tenir à un premier capital de 2 millions, sauf à l'augmenter plus tard au moyen de nouvelles émissions, en vertu de délibérations de l'assemblée générale extraordinaire.

Toutefois, on ne doit pas pousser la rigueur au point de proscrire l'émission du capital avec la clause que, « si les souscriptions n'atteignent point le chiffre d'actions convenu, les fondateurs pourront retenir le capital obtenu, quoique inférieur à celui qu'on avait d'abord cherché, et en faire le capital social ». Ni les actionnaires ni les tiers ne sont alors trompés dans leur attente. Cette combinaison avait été condamnée par la Cour de Paris, 21 mars 1905, D. 1905, 2, 409, et note THALLER ; S. 1906, 2, 1, et note WAHL. Mais elle a été reconnue licite par la Cour de cassation (Cass. civ., 13 novembre 1907, S. 1908, 1, 65 en note LYON-CAEN, aff. de la *Gauloise*).

516. — *Loyales et sincères.* — Il faut des actionnaires de surface et sérieux. La jurisprudence a annulé des sociétés qui comptaient parmi les souscripteurs de simples hommes de paille des fondateurs : employés ou acolytes qui manquaient personnellement de ressources, mais qui recevaient sous main de l'argent des fondateurs en vue de libérer leurs titres.

Les arrêts ont traité de semblables souscriptions de *fictives* comme si les actions attribuées à ces personnes n'avaient pas trouvé du tout de souscripteurs (Rouen, 26 juillet 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 264).

517. — *Fermes et irrévocables.* — Le souscripteur, en signant et en remettant son bulletin, est désormais tenu envers la société.

Une offre d'actions a été faite par les fondateurs. Les souscripteurs ont adhéré. Le contrat est lié. De même que les fondateurs ne peuvent repousser les souscriptions, mais seulement les réduire en cas d'excès, de même les souscripteurs sont tenus. L'opinion qui leur permettrait de retirer leur adhésion jusqu'à la constitution définitive ne doit pas être accueillie. La seule cause justifiant ce retrait serait un retard mis par les fondateurs au delà du terme annoncé ou, faute d'un terme convenu, d'un délai raisonnable (comme inversement emporterait forclusion le fait de donner la souscription tardivement).

Cela n'empêchera pas le souscripteur de faire rescinder son engagement s'il a été surpris par dol : le dol du mandataire ou du gérant d'affaires peut être opposé au mandant (ici à la société). Mais ce dol serait inopposable aux créanciers, agissant contre le souscripteur en vertu de l'action directe.

Plus délicate est la question qui s'agit au sujet des réserves, insérées dans le bulletin de souscription (garantie d'un rendement déterminé dans les deux premières années, résiliation conditionnelle pour le cas où tel emploi ne serait pas donné au souscripteur, etc.). Ces réserves confèrent-elles au souscripteur le moyen de se dégager en cas de défaillance de la condition ? — Nous répondons : non, en tout cas envers les créanciers à qui le capital a été annoncé et promis sans restriction semblable. Il faut suivre le régime des contre-lettres (art. 1321 C. civ.). Nous sommes tentés d'ajouter que la réserve est même *inopposable à la société* ; car ce n'est pas d'elle que provient la clause, mais

des fondateurs. Autrement, il faudrait conclure à la nullité de la société pour absence de capital intégralement souscrit ; et cette dernière solution a plus d'inconvénient que celle qui lie un souscripteur par suite de son excès de crédulité, en laissant la société debout.

518. — Les souscripteurs doivent, enfin, mais dans la *société anonyme* seulement et à peine de nullité de celle-ci, provenir de sept personnes au moins : la société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept (art. 23).

Dans la commandite, en présence du silence de la loi, on dit parfois que le nombre des actionnaires devait être au minimum de *quatre* (trois pour former le conseil de surveillance, dont les membres, *on le verra*, doivent être actionnaires, et un quatrième au moins pour pouvoir au besoin exercer la responsabilité encourue par le conseil). — Ce n'est pas très sérieux : la loi sous-entend que le conseil aura trois membres, si la commandite contient au moins trois associés ; implicitement, elle se contente d'un nombre inférieur, s'il n'y a qu'un ou deux souscripteurs.

Le nombre des sept associés dans la société anonyme est difficile à justifier. Il a été emprunté aux lois anglaises, mais par suite d'un malentendu. Les Anglais demandent sept fondateurs ; par là, les souscripteurs ont une action en responsabilité plus efficace si la société est nulle ou entachée de dol. Le nombre de sept a été transporté des « fondateurs » aux « actionnaires ». Ce qui est peu logique dans un système acceptant le fondateur unique.

Néanmoins, comme les fondateurs s'habituent de plus en plus à s'attribuer toutes les actions, quitte à les revendre ensuite, la règle est bonne à conserver. Ces *fondateurs seront sept au moins*, ce qui est bien le trait propre au système anglais.

Le nombre de sept associés, obtenu au début, peut décroître dans la suite. Par le fait des négociations dont elles sont l'objet, les actions se ramassent aux mains de six porteurs ou d'un nombre moindre. La société est alors sujette à dissolution (art. 38 de la loi de 1867) ce qui est moins explicable encore.

Toutefois la dissolution : *a)* n'a pas lieu de plein droit et est demandée à la justice qui est libre de ne pas la prononcer ; — *b)* n'est encourue que lorsque cette diminution d'actionnaires s'est continuée depuis plus d'un an. — Il ne paraît pas s'être élevé de procès sur cette singulière question ; une fois les actions converties en titres au porteur, la preuve du rabais au-dessous de sept est à peu près impossible à administrer (1).

§ 3. — Versement en espèces, tantôt du quart et tantôt de la totalité du montant de chaque action

519. — Chaque action doit être l'objet d'un versement avant la constitution définitive de la société. Il faut la libérer d'une partie de

(1) Sur la question de savoir si la réunion de toutes les actions sur la tête d'un seul actionnaire emporte dissolution de la société, — et, dans ce cas, si la déclaration dûment

son montant et même, pour les petites entreprises, de tout son montant. Ce versement a lieu, d'ordinaire au moment de la répartition, à moins qu'on ne l'ait demandé avec la souscription. Il est constaté par un reçu, ou par le certificat provisoire d'action qui le mentionne.

Il est prescrit pour chaque action *respectivement*. Il ne suffirait pas, le capital étant de 1 million, que le quart de cette somme versé, soit 250.000 francs, si les uns avaient libéré la totalité de leurs titres, quand d'autres n'auraient libéré aucune partie des leurs.

Le contrat de société par actions devient ainsi un contrat se formant par une remise de valeurs. La règle est autre dans une société par intérêt : aucun versement du commanditaire n'est prescrit pour le commencement des opérations ; à la rigueur, l'entreprise peut arriver au terme de son existence, sans appeler l'apport de la commandite ; néanmoins lorsque telle a été l'intention des parties, le commanditaire qui n'a rien versé participe aux bénéfices avec ses coassociés. Ici la situation est autre.

520. — Le but de la loi est d'écarter les *coureurs de primes*, les hommes souscrivant des actions sans bourse délier, avec la pensée, sur un coup de hausse prochaine, de revendre avec un fort bénéfice. On fait échec au marché à terme, sans l'interdire, cependant à partir du moment où la société sera constituée. Le spéculateur aura fait du moins une première mise sur l'action et témoigné par là d'une certaine surface.

Au surplus, le souscripteur a pu obtenir par voie d'emprunt l'argent nécessaire pour effectuer son versement. Certaines décisions exigeant, à peine de nullité de la société, que l'argent fût constitué par les ressources propres du souscripteur, n'ont pas fait jurisprudence.

521. — La quotité à verser sur chaque action est du *quart* de son montant nominal : 125 fr. pour une action de 500 fr. ; 25 fr. pour une action de 100 fr.

Exiger le tout eût été excessif. La société n'aura pas à mettre immédiatement en valeur tout son capital ; du moment qu'elle doit en placer une partie en réserve, mieux vaut la laisser aux souscripteurs.

Exceptionnellement, depuis la création des actions à 25 fr. pour les sociétés de 200.000 fr. par la loi de 1893, ces actions doivent être libérées *pour le tout*. On a trouvé qu'un versement de 6 fr. 25 constituerait une première mise de fonds trop faible : elle transformerait l'action en un simple billet de loterie, particulièrement pour les petites bourses d'artisans.

La loi de 1893 renferme une lacune. La loi parle des actions de 100 fr., sujettes à la libération du quart, 25 fr. Elle parle des actions de 25 fr. sujettes au versement de la totalité, 25 fr. Elle ne signale pas le taux du versement à faire pour les *actions d'un chiffre intermédiaire*, émises entre 25 et 100 fr. dans une société d'un capital n'excédant pas

200.000 fr., par exemple pour des actions de 60 fr. Est-ce la totalité qui est alors prescrite (60 fr.) ou doit-on se contenter du quart (15 fr.) ?

Cette seconde solution aurait le résultat illogique d'exiger pour les toutes petites actions un versement de 25 fr. et de le faire tomber plus bas pour des actions d'un taux plus élevé (6 fr. 50 pour une action de 26 fr.).

Le premier mode de calcul n'est pas non plus le vrai.

Le sens exact de la loi se comprend à la réflexion. On a admis des actions de moins de 100 fr. pour les petites entreprises, avec abaissement des coupures jusqu'à 25 fr. Mais on a voulu que ces petites actions fussent assujetties à la même mise de fonds que celles du taux ordinaire de 100 fr. La vraie formule est donc celle-ci : « Versement du quart sur chaque action, pourvu que ce versement atteigne invariablement la somme de 25 fr. ». Les actions entre 25 et 100 fr. doivent verser 25 fr., comme celles de 25 fr. et comme celles de 100 fr.

522. — Versement en espèces (1). — Il n'est pas fait un devoir aux fondateurs de déposer le montant des versements à une caisse publique à la Caisse des Consignations (combinaison accueillie par le législateur italien et recommandée par le projet français de 1903). Mais à tout le moins, faut-il que le versement, au moment où il est fait, ait lieu *en espèces* (la loi de 1893 le dit maintenant en termes exprès) ou en billets de banque. Si le souscripteur remettait un effet de commerce, un chèque, le versement ne serait regardé comme effectué que du jour où cet effet serait réellement encaissé (Req., 31 décembre 1906, D. 1908, 1, 513, note PERCEROU).

a) La remise d'une valeur autre que de l'argent, telle qu'un immeuble, un procédé de fabrication, des travaux d'étude, etc., serait inopérante. Un souscripteur qui voudrait se libérer de cette manière s'est porté à tort actionnaire en espèces. Il devait se faire classer dans les « apporteurs en nature » et attribuer par les statuts, sauf vérification en assemblée générale, des actions de la seconde espèce.

b) D'autre part, le souscripteur ne pourrait *compenser* le quart des actions par lui souscrites avec une somme pareille que lui devrait la société, par exemple à raison d'une vente de marchandises. Les conditions de la compensation font défaut, les versements sont dus « à la société » (quoique non encore constituée), la créance du souscripteur lui est due « par les fondateurs ». Là même où ces marchandises, dont le souscripteur voudrait faire servir le prix à libérer le quart de ses actions, seraient destinées à la société, ce n'est que plus tard que la société sera appelée à en prendre charge, par une convention conclue avec son pouvoir dirigeant. Jusque-là, l'opération concerne les fondateurs personnellement (2).

(1) V. PIC, *Traité des Sociétés* (collection THALLER, t. II, n° 896 à 911).

(2) Il résulte de là que, s'il s'agissait non du capital originaire de la société, mais d'une augmentation de ce capital (n° 694), les conditions de libération des actions nouvelles seraient différentes. La société, pouvant alors contracter des dettes, peut aussi employer à les payer les sommes provenant des versements effectués sur les actions, ce à quoi elle arrive par compensation si les créanciers sont en même temps souscripteurs de ces actions (art. 1289 C. civ.). Rapport BOZÉRIAN au Sénat en 1884 ; THALLER, *Annales*

c) Cependant les *versements* abrégés par *compensation* ne sont pas absolument proscrits. Deux exemples le montreront.

523. — 1° Les fondateurs s'attribuent les actions entre eux. Voici comment ils les libèrent du quart.

Ils ont un banquier commun, sur les livres duquel ils sont d'ores et déjà crédités de pareille somme.

Ce banquier devient également celui de la société. Ils lui donnent alors, chacun quant à soi, ordre de procéder à un *virement* d'écritures. Le banquier les débitera par leur compte personnel et créditera le compte social. Retirer les sommes par un guichet et les faire rentrer à la même caisse par un guichet différent, serait une pure comédie.

Mais n'est-il pas à craindre que ces virements ne dissimulent des fraudes ? Des financiers ne vont-ils pas constituer des sociétés postiches, sans ressources réelles, avec la complicité d'un prétendu banquier, opérant sur des capitaux dont il n'a pas en caisse la contre-valeur ?

Il n'y a aucune solution de principe à donner en pareil cas. Le *virement* d'écritures n'est pas un mode de versement défendu. Mais les juges apprécieront si le banquier eût été en mesure de faire les mouvements des fonds. Alors seulement le versement sera régulier.

524. — 2° Par application de la même méthode, un industriel, qui veut mettre son établissement par actions, pourra éteindre son passif en s'adjoignant ses créanciers comme souscripteurs en numéraire, sans versement effectif des souscriptions.

Il faudrait s'entendre avec un établissement de crédit qui : 1° ouvrira audit industriel un crédit de somme égale ; 2° remboursera par ordre les créanciers au moyen d'un article d'écritures ; 3° recevra le même argent desdits créanciers comme versement des actions par eux souscrites ; 4° portera la somme au crédit de la société par actions.

Sans doute, l'industriel devra rembourser la maison de banque. C'est à quoi il parviendra encore par voie d'écritures, pourvu qu'il ait des marchandises à concurrence de ce chiffre. Il vendra ces marchandises à la société par actions aussitôt après sa constitution, et le prix servira à éteindre son débit chez le banquier, à éteindre aussi le crédit de la société.

Bref, un industriel disant à un banquier : « Prêtez-moi cent mille francs ; payez avec eux mes créanciers. Puis, recevez-les d'eux. Puis, versez-les-moi ; car je suis vendeur, et l'acheteur vous tient pour son mandataire. Puis je vous rends la somme, ou plutôt rendez-la vous à vous-même ». — Et, au total, une courbe, une vibration de capitaux, partis d'un point, y revenant par une série de circuits ; et tout cela dispense de les mobiliser (1).

de droit commercial, 1907, p. 177 ; HOUFIN, *Journ. des Soc.*, 1908, p. 186 et 291 ; 1909, p. 5 et 481 ; AMIENS, 2 mai 1907, D. 1908, 2, 116 ; DECUGIS, *Les obligations convertibles en actions*, au *Journ. des Soc.*, 1914, 193. Mais encore faudra-t-il que la société ait un actif net suffisant pour couvrir l'augmentation de capital. Adde, sur le versement par virement de compte en banque, Cass. crim., 25 juin 1927, *Annales de droit commercial*, 1928, p. 156, note RAULT.

(1) V. THALLER, *De l'augmentation du capital par transformation du passif en actions*, aux *Annales de droit commercial*, 1907, p. 177.

525. — Ces versements par voie d'écritures peuvent être ainsi, suivant les cas, d'un emploi régulier. Ils cesseraient d'être praticables, si la loi exigeait le dépôt des sommes par les fondateurs à une caisse publique.

Mais la nécessité d'un tel dépôt soulèverait des difficultés d'une autre nature. On s'y trouve d'ailleurs dès à présent exposé, lorsque les fondateurs remettent de leur plein gré ces versements dans une banque, sous un compte ouvert à la société.

Qui donc est qualifié pour retirer ces fonds ? Nous distinguons.

a) La société est encore en cours de constitution. Les fonds sont, au regard de toute personne, indisponibles.

b) La société est définitivement constituée. Il appartient à ses premiers administrateurs d'effectuer le retrait des sommes.

c) Le projet de constitution est abandonné, ou les assemblées générales ont pris des délibérations contraires à cette constitution. Il subsiste une société de souscripteurs toujours représentée par les fondateurs, et qui doit pourvoir maintenant à sa liquidation. Cette liquidation est naturellement à la charge des fondateurs.

Moyennant justification donnée par eux à l'établissement de crédit de l'impossibilité où est la société de se constituer, le retrait des fonds sera opéré par lesdits fondateurs. Nous ne croyons pas que chaque souscripteur ait respectivement qualité pour opérer ce retrait.

526. — Dans les sociétés d'assurances, le capital social doit être égal au moins à 1.000.000 de francs (art. 50 du Décret du 8 mars 1922) ; ce qui implique un versement immédiat minimum de 250.000 francs (tout au moins lorsque le capital est souscrit tout entier en numéraire). Pour les sociétés d'assurances sur la vie, cfr, n° 741.

§ 4. — Déclaration des souscriptions et des versements par devant notaire

527. — Le capital a été souscrit, le premier quart versé. Les fondateurs doivent maintenant faire, en une étude de notaire, une déclaration de l'état de ces souscriptions et de ces versements. Acte leur en est donné (1).

Il y sera annexé la *liste nominative des souscripteurs*, nom, prénoms, qualités, demeure (Civ. rej., 21 janvier 1895, D. 95, 1, 112) et nombre d'actions de chacun d'eux et quotité de leurs versements (L. 1867, art. 1^{er}, al. 3 et 4, et art. 24, cbn. avec l'art. 55, al. 3).

En outre, on doit annexer à cette déclaration le *double ou une expé-*

(1) Cet acte notarié est sujet à enregistrement dans le délai de six jours (L. 22 frim., an VII, art. 20). Ainsi, l'acte de société par actions sera passible des droits (3 0/0), même s'il n'est pas présenté au greffe pour la publication (voir le n° 357). Mais ces droits ne sont exigibles qu'à partir de la constitution définitive. — En cas d'émission d'actions avec prime, le droit d'apport est-il dû non seulement sur le montant nominal de l'action, mais en outre sur le montant de la prime ? Sur cette question controversée en Belgique comme en France, v. pour la Belgique Cass. Belge, 1^{er} mars 1928, *Rev. pratique des Sociétés*, 1928, 195. Adde, *ibid.*, 1929, 246 et s.

dition de l'acte de société, suivant qu'il a été dressé en la forme sous seing privé ou en la forme authentique. Les fondateurs, nous l'avons dit, pourraient, par suite d'une fissure dans la loi, attendre la déclaration des souscriptions et des versements, pour dresser alors seulement les statuts chez le notaire.

528. — Cette formalité marque le moment où la société a son capital et son personnel acquis de souscripteurs. Cela ne veut pas dire qu'elle soit définitivement formée. Le dépôt des statuts était nécessaire, afin de mettre le texte des statuts à l'abri des altérations possibles.

La liste des souscriptions et des versements empêche en outre une manœuvre, consistant à poursuivre la constitution, avec des souscriptions ou des versements insuffisants, en se réservant de les compléter plus tard et de masquer la fraude par des antidates.

Il est paré à cette manœuvre au moyen de la formalité susdite. On arriverait au même résultat en exigeant, ainsi que le fait le projet de 1903 le dépôt de la liste nominative au greffe du tribunal de commerce, et non plus chez un notaire. Ce serait une formalité moins coûteuse.

Le notaire n'a pas à vérifier l'exactitude de la déclaration. Mais, si celle-ci contient des indications mensongères, les fondateurs encourent la nullité de la société pour inobservation de la loi de 1867, ainsi que la responsabilité, sans préjudice des peines du faux, le cas échéant.

529. — On ne saurait être trop attentif à la manière dont ces actes notariés seront dressés, ainsi qu'au choix du notaire. Quoi qu'il arrive à raison du caractère mensonger de la déclaration, elle est, quant à la forme, sanctionnée par la nullité de la société, fût-ce pour un vice peu apparent.

On a prétendu annuler des sociétés, parce que la liste nominative ne mentionnait pas le domicile d'un souscripteur déterminé. — On en a annulé d'autres pour incompatibilité du notaire qui était, soit personnellement souscripteur d'actions, soit parent ou allié, au degré prohibé (1) par l'art. 8 de la loi de ventôse an XI, de l'un des fondateurs, ou simplement d'un souscripteur (Civ. cass., 11 décembre 1888, D. 90, 1, 13 et 10 novembre 1897, D. 99, 1, 527, Société française des mines de cuivre) (2).

(1) V. H. B., *De la capacité des notaires d'instrumenter aux actes intéressant les sociétés dont ils font partie*, au *Journ. des Soc.*, 1910, 373.

(2) En cas d'augmentation du capital d'une société anonyme, on se demande si, lorsque le Conseil d'administration délègue l'un de ses membres à l'effet de faire la déclaration de souscription et de versement des actions nouvelles, il est nécessaire de recourir à la forme authentique ou s'il suffit d'un mandat sous seing privé ? Pour la nécessité de l'acte authentique (par application du principe que le mandat est nécessairement authentique quand il se réfère à un acte pour la validité duquel la loi, en vue de protéger l'intérêt du mandant, a exigé l'authenticité), v. Douai, 15 juillet 1910, D. 1911, 2, 25, note PERCEROU. Cass. civ., 4 mai 1925, *Journ. des Soc.*, 1925, 426. En sens contraire cependant : Trib. com. Seine, 13 avril 1913, *Journ. des Soc.*, 1914, 267. Comp. Trib. com. Nantes, 11 juillet 1921, *ibid.*, 1922, 230.

§ 5. — Vérification et approbation en assemblée générale des apports en nature et des avantages particuliers (1)

530. — Cette cinquième condition nous ramène aux apports en nature, que nous avons perdus de vue depuis l'ouverture des souscriptions.

Les fondateurs ou leurs auxiliaires ont pu faire « des apports qui ne consistent pas en numéraire » (immeubles, usine, brevet, achalandage, marchés par eux conclus), pour lesquels ils s'attribuent des actions ou une quotité de bénéfices.

Ils ont pu ainsi « stipuler à leur profit des avantages particuliers », — soit à raison des services qu'ils rendent à la société en la constituant, de leurs démarches, de leurs études préliminaires, — soit en représentation du travail de gestion ou autre qu'ils s'engagent à lui donner pour l'avenir (traitement fixe ou proportionnel, parts de fondateur).

Ces émoluments sont mentionnés dans les statuts. En pure logique, l'article qui les règle devrait avoir *de plein droit* la même force obligatoire que tous les autres articles. Les statuts ne sont pas soumis à la ratification des souscripteurs. Ceux-ci y ont adhéré en souscrivant, ils sont présumés en avoir pris connaissance et en approuver l'entier contenu.

Pendant, quant aux apports en nature et aux avantages particuliers, la loi ne l'a pas jugé ainsi. Elle s'est souvenue des abus des mandites par actions avant les lois réglementaires.

Ces abus n'ont pas disparu. Ils se produisaient au moyen des majorations d'apports et de rétribution de services fictifs. Les fondateurs s'attribuaient des actions en disproportion avec leurs mises. Des usines hors d'usage étaient évaluées comme neuves ; on apportait comme brevets précieux des inventions inexploitable. De même, les services rendus à la société étaient fantaisistes. La création d'une société est une occasion de caser des amis, de pourvoir en prébendes des oisifs qui vivront aux dépens de l'entreprise et qui la feront crouler sous les frais généraux.

Seul, à distance des fondateurs, le souscripteur ne donne pas à ces évaluations une approbation éclairée, alors même qu'il aurait compétence en la partie. La loi veut qu'il se tienne une assemblée générale. L'ordre du jour portera vérification de la valeur de ces apports et avantages.

Les souscriptions d'actions en numéraire vont donc juger le mérite des actionnaires de l'autre groupe à participer à la société, dans la mesure et sous la forme où les statuts les aurent admis. La société ne pourra se fonder qu'autant que leur vote sera favorable à ces rétributions.

Il est vrai que le vote risque de n'être pas non plus très éclairé, il le sera cependant plus que ne l'était la souscription. Car : — a) les apporteurs auront à s'expliquer ; — b) les souscripteurs réunis se communi-

(1) Prc, *op. cit.*, t. II, n° 919 et s.

queront leurs impressions ; — c) les actionnaires ne pourront pas voter l'approbation dans leur première réunion. On veut qu'ils prennent le temps de réfléchir.

Cette première assemblée aura pour but la désignation de commissaires; il faut espérer qu'ils ne seront pas à la dévotion des fondateurs, bien que leur indépendance soit difficile à obtenir.

Il y aura lieu à la tenue d'une seconde assemblée, après nouvelle convocation. La seconde assemblée ne pourra statuer qu'après un rapport des commissaires, qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires *cinq jours* au moins avant la séance (1).

531. — Quels sont les *apports* et *avantages* sujets à *vérification*, — et les *règles de forme* à suivre pour la validité de la délibération ?

I. La détermination des clauses statutaires pour lesquelles la loi réclame la vérification et l'approbation, est délicate. Elle présente une grande importance, puisque l'omission de la délibération, même s'il s'agit d'avantages insignifiants, est sanctionnée par la nullité de la société.

Cette procédure, à prendre la loi dans sa lettre, serait limitée aux clauses qui allouent à une personne, figurant ou non d'ailleurs parmi les fondateurs, une part dans les bénéfices, à *titre d'associé*, en représentation d'un bien ou d'un service. « Lorsqu'un associé, dit l'art. 4, fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers... ». Cela exclurait les rémunérations fermes et à forfait.

Mais il s'en faut que la jurisprudence et la doctrine enferment la procédure de vérification dans ces étroites limites. Elles tendent à en prescrire l'emploi pour un très grand nombre de clauses ne répondant pas à la notion précédente, du moins lorsque ce sont des *avantages particuliers* qu'elles ont pour objet de conférer. Cela conduit à des solutions très illogiques.

La loi mentionne deux sortes d'attributions :

532. — 1^o Celles qui sont faites pour des *apports en nature*. Ici l'on s'en tient au sens strict du mot *apport*. L'apport est assorti d'une part sociale : des actions sont attribuées en représentation d'une manufacture, d'un brevet, etc. Leur valeur est sujette à vérification. Aucun doute.

L'apport est-il *global*, porte-t-il sur tout l'actif pris en masse d'une entreprise préexistante ? C'est tout l'inventaire de sortie de cette entreprise en liquidation que les commissaires de vérification devront contrôler à leur tour. Le passif de cette entreprise étant par hypothèse compris dans l'apport (n^o 541), les commissaires devront en vérifier le chiffre exact, et l'assemblée devra statuer. Si les créanciers de cette ancienne entreprise consentent à changer leur première condition contre celle d'actionnaires (à moins de les avoir fait figurer dans les souscripteurs en numéraire et d'avoir procédé au versement de leur quart

(1) E. LAFFARGUE, *L'évaluation des apports en nature dans les sociétés anonymes françaises et étrangères*, th. Paris, 1920.

suivant le mode *traditio brevi manu* décrit dans le n° 524), c'est la décharge de leurs créanciers qu'ils apportent, et la valeur de ces créances doit être vérifiée.

Toutes ces hypothèses se réfèrent à des *apports* proprement dits. Que décider d'un immeuble ou d'un matériel vendu à la société *pour une somme déterminée*, de travaux de construction, c'est-à-dire des éléments divers du capital fixe payés à forfait ?

Les statuts n'en diront rien. Ce sont les fondateurs qui ont traité ces marchés en leur nom (ne pouvant le faire encore sous la signature sociale) et qui les repassent à la société.

Rigoureusement, il faudrait attendre la constitution définitive, dresser alors, entre les fondateurs et le premier conseil d'administration, un acte opérant transmission à la société de ces biens ou contrats, et faire ratifier par une assemblée cet acte dépassant les actes d'administration.

Rien n'empêche cependant de procéder à l'approbation pendant la période constitutive, et d'en saisir l'une des deux assemblées de vérification des apports. — On objectera que la société par actions use prématurément de sa signature et fait par là, indûment une opération sociale. — C'est une erreur. Les souscripteurs réunis, organisme collectif représentant déjà la future société par actions, donnent pouvoir aux premiers administrateurs, quoique non encore désignés à cette date, à l'effet de prendre toutes ces opérations à la charge de la société. C'est une délibération toute intérieure et licite.

Seulement, ce n'est plus au titre d'apports que la vérification a lieu. Par conséquent : a) la majorité requise sera celle qu'établissent les statuts pour les actes de gestion extraordinaires ; b) il n'y aura lieu ni à deux assemblées ni à un rapport de commissaires ; c) l'ordre du jour des convocations devra viser cette approbation de contrats ou d'achats de matériel.

Il existe des lois, telle que la loi anglaise de 1900 (confirmée sur ce point par la loi de 1908), qui sont particulièrement rigoureuses à l'égard de ces conventions d'acquisition par lesquelles trop fréquemment tant de sociétés ont été mises en coupe réglée dès le jour de leur naissance. Elles en exigent la description analytique dans un prospectus, à déposer au bureau public des sociétés. Le régime français n'est pas assez protecteur sur ce point des intérêts sociaux.

Ainsi, il faut distinguer, dans les apports en nature, entre ceux qui sont exposés au risque social et les autres : l'art. 4 ne concerne que les premiers.

L'apport peut être *mixte*, rétribué en partie par des actions, et pour le surplus au moyen d'une somme ferme. Il pourra être approuvé par l'assemblée constitutive au double titre dont il est revêtu grâce au raisonnement précédent.

533. — 2° Les *avantages particuliers* sont les rémunérations attribuées aux fondateurs ou à leurs auxiliaires pour services rendus ou à rendre.

Tantôt ils consistent en une quotité dans les bénéfices futurs, alloués, soit au *gérant* de la commandite par actions (30 ou 40 0/0), soit

aux fondateurs se faisant délivrer des *actions de prime, d'industrie* (1) ou de *jouissance* (si tant est que des actions de cette espèce soient licites dans notre droit, ce que nous verrons n° 640).

La vérification s'impose indubitablement, à peine de nullité, conformément à l'art. 4, pour de pareils avantages.

Mais il arrive souvent que ces avantages particuliers confèrent au bénéficiaire, non une part sociale, mais un droit de créance, somme fixe, ou même, part de fondateur, dans les bénéfices (V. ci-dessous, n°s 638 et suiv.). — La jurisprudence manque alors de théorie d'ensemble. Par symétrie avec les apports en nature, il faudrait exempter ces stipulations de la vérification et de l'approbation, sauf, dans le cas où les statuts s'abstiendraient de les mentionner, à les faire approuver par les premiers administrateurs et par un vote d'assemblée générale tenue *ad hoc* (frais de constitution, commissions allouées aux banquiers pour le placement des actions, stipulations d'honoraires déterminées au profit des fondateurs, etc.).

Mais la pratique comprend autrement la situation. Elle estime que les avantages, même de nature fixe, et à plus forte raison payables sur bénéfices, sont sujets à vérification et à approbation, pourvu toutefois, qu'il s'agisse d'*avantages* au sens propre du mot : un recouvrement de frais, même les commissions servies aux banquiers, n'auraient point ce caractère. C'est une doctrine extrêmement évasive.

Sur un autre point, la jurisprudence décide que l'« avantage particulier » doit se limiter à une rémunération visant une *personne déterminée* (2).

Que dire de celle qui est attribuée impersonnellement à une *fonction* ? Ex. : jetons de présence alloués à tout conseil d'administration dans l'avenir. Les bénéficiaires sont des personnes futures, étrangères à la constitution de la société. On ne peut les soupçonner d'avoir inspiré la disposition qui a fixé leurs émoluments (3).

Toutefois, vu le flottement de la jurisprudence, on fera bien de soumettre cet avantage, comme les avantages *ad hominem*, au vote de l'assemblée.

534. — II. Les règles de forme sont également compliquées.

Les souscripteurs convoqués aux assemblées y comparaitront, soit eux-mêmes, soit par mandataires. Il y aura lieu d'appliquer les dispositions des statuts, concernant la tenue des autres assemblées générales, à moins que des règles spéciales n'y soient insérées, relativement à ces assemblées constitutives.

Toutefois, au moins dans la *société anonyme*, un souscripteur, ne

(1) Contre la validité des actions dites d'industrie, v. Caen, 26 juin 1912, précité, n° 510, en note.

(2) En ce sens Paris, 14 janvier 1926, *Annales de droit commercial*, 1928, p. 353.

(3) Sur le point de savoir si, lorsque les parts de fondateur — au lieu d'être attribuées immédiatement à des personnes déterminées — sont mises en réserve et laissées à la disposition du conseil d'administration pour rémunérer des services futurs, il y a lieu de les soumettre à la vérification de l'art. 4 de la loi de 1867, v. HOUPIN, *Journ. des Soc.*, 1898, 481 ; PERCELOU, dissertation, D. 1904, 1, 482 ; LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*, édit. 1914, n° 61.

fût-ce que d'une seule action, a droit de concourir à ces assemblées.

La clause qui subordonnerait l'entrée aux assemblées à la possession d'un certain nombre d'actions n'a pas d'effet. Elle ne vaut que pour les assemblées ordinaires qui se tiendront après la constitution (L. 1867, art. 27, 2^e al.). En outre les voix dont dispose chaque actionnaire ne pourront être supérieures à dix, malgré toute clause contraire (même texte).

535. — Il y a une condition de *quorum*, mais également pour la seule société anonyme. Les assemblées ne peuvent délibérer que si un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social concourent à la réunion. Cette moitié se compose seulement des apports non sujets à vérification. — Ex. : Capital de 1 million, dont 200.000 fr. représentés par des actions d'apports, 800.000 fr. par des actions de numéraire. Il faut que les actionnaires de la deuxième catégorie représentent à l'assemblée au moins 400.000 fr. Autrement, il n'y aura qu'une délibération provisoire, et une assemblée subséquente, précédée de mesures de publicité particulières, pourra délibérer avec un nombre d'actionnaires ne représentant que le cinquième de ce même capital, 160.000 fr. (L. 1867, art. 30).

536. — Les délibérations seront prises à la majorité des voix. Les apports ou avantages demeurent et sont acquis, malgré la présence d'une minorité. Mais les apporteurs ou associés avantagés ne peuvent participer à ce vote, ni faire nombre. Ils discuteront la valeur de leurs apports et n'auront qu'une voix consultative. Autrement, ils seraient juges et parties dans leur cause (art. 4, al. 5, et art. 24).

Ils ne pourraient même pas voter, du chef des actions en numéraire par eux souscrites. En revanche, la jurisprudence leur donnait naguère encore le droit de vote, lorsqu'ils agissaient comme mandataires d'un souscripteur. Mais sur ce dernier point, un revirement semble aujourd'hui se produire (Req., 31 décembre 1906, D. 1908, 1, 513, et note PERCEROU ; voir cependant WAHL, S. 1909, 1, 137), et à bon droit ; car, même comme mandataires, leur vote est partial et suspect.

Supposons que les apporteurs aient voté, sans en avoir le droit. — Leur seule participation au vote a autrefois emporté nullité de la délibération et par suite celle de la société, quoique, dans l'espèce, en faisant abstraction de leurs voix, la majorité requise se trouvât obtenue (Req., 17 décembre 1894, D. 95, 1, 101). Mais ici encore, la jurisprudence évolue : aujourd'hui leurs voix ne comptent plus, on les retranche (Req., 31 décembre 1906, cit.).

Il ne suffit pas, pour obtenir une majorité régulière, que la moitié plus une des voix soit acquise à l'approbation. Il faut qu'une quotité déterminée d'actionnaires participe au vote. Cette condition ne se confond pas avec le *quorum* de présences. Quand même ce *quorum* serait atteint, l'abstention d'un certain nombre de souscripteurs rendrait la délibération caduque. La majorité dans les deux types de sociétés doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire (L. 1867, art. 4, al. 4, et art. 24).

537. — Cette condition du quart, rapprochée de la règle qui exclut l'apporteur du vote, même pour les actions de numéraire qu'il aurait souscrites, soulève une difficulté. Il peut arriver que le fondateur auteur d'apports, ait souscrit une forte portion du capital en espèces, plus des trois quarts de ce capital, 650.000 fr. sur 800.000. Le nombre des actionnaires habiles à voter ne représente que 150.000 fr., par conséquent moins du quart. Si l'on suit à la lettre l'art. 4 de la loi de 1867, la majorité requise est d'ores et déjà irréalisable.

Ce serait étrange : certaines sociétés par actions seraient impossibles à constituer, par suite de la proportion selon laquelle les étrangers et les auteurs d'apports se seraient partagé les actions. Aussi la solution bienveillante a-t-elle prévalu ; le quart prescrit par la loi, et qui doit se prononcer en faveur des apports, se calculera non sur le capital en numéraire brut et entier, mais sur ce capital, *défalcation faite des actions en espèces souscrites par les apporteurs*. Soit, dans notre exemple, 37.500 fr. (Civ. rej., 7 novembre 1894, D. 95, 1, 150).

538. — Une autre situation est possible. Il n'existe pas de souscripteurs, en dehors des apporteurs eux-mêmes.

C'est le cas où les fondateurs se sont attribué toutes les actions, et où ils sont en même temps tous apporteurs.

a) Les apports en nature appartiennent-ils *par indivis* à tous les actionnaires (usine dont ils sont déjà copropriétaires)? Les dispositions de l'art. 4 cessent d'être applicables (*in fine*). Où serait le personnel des votants ?

b) Les apports proviennent-ils respectivement de chaque apporteur, sans être indivis ? La jurisprudence accepte, au moins pour la société anonyme, la même solution, par interprétation de l'art. 30 de la loi, qui refuse à la part de capital correspondant aux apports (ici à tout capital) la faculté de délibérer.

On désirerait en pareille occurrence voir la loi, comme en Allemagne, instituer une vérification d'apports par des experts que nommerait le tribunal de commerce (1) : la réforme a été accueillie par le Sénat en 1884 mais le commerce y paraît réfractaire, il y voit un retour indirect à l'homologation par les pouvoirs publics.

539. — Revenons à la partie principale du sujet.

1° Les apports sont purement et simplement *approuvés*. — Le contrat est lié, la société est formée, sous réserve de la tenue d'une dernière assemblée. Les chiffres sont acquis. On ne pourra plus les contester postérieurement, à moins qu'il n'y ait eu surprise exercée sur l'assemblée au moyen de manœuvres frauduleuses. L'action de nul appartiendra alors à tout actionnaire, lorsque ces manœuvres seront découvertes (L. 1867, art. 4, al. 7) : une action pour simple lésion n'est point de mise.

540. — 2° Les apports sont *rejetés* à la majorité. La société tombe, à moins que les fondateurs ne rédigent de nouveaux statuts en abaissant

(1) V. *supra*, n° 495, note 2.

leurs évaluations, n'ouvrent de nouvelles souscriptions, et ne tiennent de nouvelles assemblées (L. 1867, art. 4, al. 6). Tout sera à refaire.

541. — Réduction des apports. — 3° Reste une situation intermédiaire. Les souscripteurs hésitent. Les fondateurs font un sacrifice. Ils proposent une *réduction* sur la valeur de leurs apports. Ils se contenteront de 200 actions, au lieu de 400 : cela diminue le capital social.

Cette réduction est acceptée. Si elle l'est à l'unanimité, le vote est régulier, tout comme si l'on promulguait de nouveaux statuts.

Mais la simple majorité suffit-elle pour donner effet à la réduction ? La discussion confuse au Corps législatif en 1867 ne permet pas d'utiliser les travaux préparatoires. Au premier aspect, on ne voit pas la raison d'hésiter. Réduire les apports, c'est améliorer la position des souscripteurs, puisque les apporteurs prélèveront sur les bénéfices une part moindre : et qui peut voter la somme la plus forte peut aussi voter la plus faible.

Toutefois ce raisonnement n'est pas concluant. Autre chose est à prouver, c'est-à-dire reconnaître la cause des souscriptions, et autre chose est réduire, c'est-à-dire reconnaître que cette cause n'existait point. Des actionnaires ont souscrit, parce que l'usine valait 400.000 francs : ils ne croient plus à son avenir, si elle n'en vaut que 200.000. Le droit individuel de *chaque* souscripteur à ce que la société réponde à ses conditions statutaires n'est-il point violé ?

La majorité est cependant en droit de voter la réduction, parce que le vote peut être analysé en une *délibération modificative des statuts*. Expliquons-nous.

542. — Droit pour les assemblées constitutives de modifier les statuts. — Les souscripteurs groupés dans les premières assemblées forment déjà le cercle des actionnaires, et la société des souscripteurs est déjà la société par actions (n° 501). Cette société, inhabile à traiter des opérations au dehors peut prendre les mêmes mesures intérieures qu'une société déjà constituée.

Quel avantage y aurait-il à retarder après la constitution les mesures modificatives, si on les juge dès à présent nécessaires ?

Seulement, il est bien entendu que ces modifications ne pourront être décidées qu'aux mêmes conditions de *quorum* et de majorité que si elles devaient être prises par l'assemblée extraordinaire d'une société en cours de marche (1) et que, en outre, les lettres de convocation devront les viser (cpr. THALLER, dissertation sous Req., 9 février 1903, D. 1905, 1, 265).

(1) Donc, depuis la loi du 22 novembre 1913, il faudra exiger la réunion des garanties (*quorum* des 3/4 à la première assemblée, etc...) prescrites par cette loi pour la modification des statuts.

§ 6. — **Nomination en assemblée générale des premiers fonctionnaires sociaux, et, pour la société anonyme, vérification de la sincérité des souscriptions et des versements.**

543. — En pratique, pour ne pas multiplier les assemblées, celle-ci se confondra avec la deuxième assemblée de vérification (1).

La société doit, avant de commencer, être pourvue de ses organes de gestion et de contrôle.

1° En ce qui concerne la *gestion* : — a) Dans la commandite par actions, il n'y a pas à désigner de gérant : c'est le commandité signalé dans les statuts.

b) Dans la société anonyme, l'assemblée élira les membres du *premier conseil d'administration*, dont les pouvoirs seront de *six* ans au plus. Exceptionnellement, les premiers administrateurs ont pu être désignés dans les statuts avec la clause que leur nomination ne serait pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de *trois* ans (art. 25, al. 1 à 4).

2° En ce qui concerne le *contrôle* : — a) Dans la commandite par actions, le *premier conseil de surveillance* (trois actionnaires au moins) est nommé par l'assemblée générale « immédiatement, dit l'art. 5, après la constitution définitive et avant toute opération sociale » ; plus exactement, avant la constitution définitive, la validité de la société étant subordonnée à cette nomination. — Le premier conseil n'est nommé que pour *un an*. On examinera plus loin sa responsabilité.

b) Dans la société anonyme, l'assemblée nomme le ou les *commissaires* (actionnaires ou non) pour la première année (art. 25, al. 2).

544. — En outre, mais seulement dans la société anonyme, l'assemblée générale reçoit la déclaration des souscriptions et des versements que les fondateurs ont faite devant notaire. La déclaration notariée doit *précéder*, la convocation de l'assemblée doit *suivre*, la loi le dit (art. 25). Cependant, la société ne serait pas nulle si la convocation avait été antérieure à la déclaration notariée, le jour de la réunion étant fixé à une date postérieure à celle-ci (Req., 31 décembre 1906, précité, et note PERCEROU).

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, sur ce dernier point, l'assemblée, directement ou par le moyen d'une commission, vérifiera la sincérité de la déclaration (art. 24). Les fondateurs n'avaient pas eu, jusque-là, à justifier de son exactitude, par la production des bulletins de souscription et des pièces certifiant la réalité des versements : ils sont maintenant obligés de le faire en présence des souscripteurs réunis.

On verra que ce rôle dans la société en commandite est dévolu au premier conseil de surveillance (art. 6, l. 1867). C'est entre les deux formes de sociétés une de ces différences dont on cherche vainement la

(1) On a soutenu que c'était la *première assemblée* qui devait, à peine de nullité dans la société anonyme vérifier la sincérité des souscriptions ou versements. C'est attacher à la lettre de l'art. 24, al. 2, trop d'importance. En parlant de la *première assemblée*, la loi veut seulement dire une assemblée antérieure à la constitution définitive.

raison d'être, — si ce n'est que la loi de 1867 a copié pour la commandite la loi de 1856, et pour la société anonyme la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée.

545. — Lorsque les administrateurs et commissaires auront accepté leurs fonctions, de quoi fera foi le procès-verbal, la société se trouvera définitivement constituée, et habile à faire des opérations comme telle (art. 5 et 25 *in fine*). Elle est debout, et la phase critique est franchie.

SOUS-SECTION II. — Sanctions des règles constitutives

(L. 1867, art. 6, 7, 8, 13, 15, 16, 42 et 45 ; L. 1893, art. 3 et 5).

546. — Si l'une des conditions exigées par la loi de 1867 (versement du premier quart, déclaration notariée, etc.) n'a pas été observée, la société a été à tort déclarée l'objet d'une constitution définitive, et c'est à tort aussi qu'elle a commencé ses opérations.

Il y a trois sanctions établies : — la nullité de la société ; — l'action en responsabilité contre les personnes à qui la nullité est imputable ; — certaines pénalités.

§ 1. — Nullité de la société (1)

(L. 1867, art. 7 et 41 ; L. 1893, art. 3 et 5).

547. — D'après les dispositions des art. 7 et 41 de la loi de 1867, (sous-entendus dans le deuxième de ces textes), la société par actions, constituée contrairement à la loi, est nulle, « sans toutefois que cette nullité puisse être opposée aux tiers par les associés » (par les actionnaires). Cette nullité est basée : 1° tantôt sur un vice apparent de forme (absence de déclaration notariée) ; 2° tantôt sur un vice de fond (fictivité d'un engagement de souscripteur, etc.).

Notons que la nullité pourrait avoir sa cause non pas dans l'inobservation de la loi de 1867, mais dans un *dol* : faux rapports ou autrement. Ce serait une nullité fondée sur le droit commun. Mais on va voir que la nullité tirée d'une contravention à la loi de 1867 produit les mêmes effets.

La formule de l'article 7 est identique à celle que contient l'art. 56, al. 3 de la même loi, à propos de la non publicité d'une société commerciale quelconque par intérêt ou par actions (n° 366).

La jurisprudence en a conclu que ces deux nullités étaient de même nature et engendraient des conséquences uniformes. Ce qui revient à dire que, de par et d'autre, l'action en nullité aboutira non à un anéantissement du pacte social, mais à une dissolution prématurée, à partir du prononcé du jugement (nos 370 et suiv.).

Cette identité de régime est discutable. Si la société n'a point été

(1) V. HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de sociétés*, 2° éd., 1926.

publiée, cela n'empêche qu'elle se soit formée régulièrement. Une négligence postérieure à sa création s'oppose à la continuation de sa marche. Le contrat originaire est demeuré sauf.

Ici, au contraire, on relève un vice interne dans les statuts ou dans les actes qui les accompagnent, un vice contemporain de la constitution.

La nullité, s'attaquant à l'œuvre vive du contrat, devrait emporter la société dans sa base, et rendre les statuts nonavenus, les intéressés ayant pratiqué entre eux une *communauté de fait*.

C'est par des considérations de symétrie que la jurisprudence a préféré consacrer l'assimilation des deux nullités. Il y a pour les sociétés assez de nullités disparates dans leurs causes comme dans leurs effets, pour qu'on ne les charge point d'une variété de plus, réglée à part des autres.

548. — Il résulte de là : 1) Que la nullité n'a point lieu de *plein droit*. Elle doit être réclamée par un intéressé, *actionnaire* ou *créancier* ; et elle ne date que du jugement qui la prononce :

2) Que la demande sera formée contre le *représentant actuel* du *siège social* (1). Si les fondateurs sont en même temps mis en cause, c'est au gré du demandeur et à l'effet de conclure à des dommages-intérêts contre eux :

3) Que le tribunal, en déclarant la société nulle, nommera un *liquidateur* pour payer le passif et, s'il reste un excédent, pour le répartir entre les actionnaires. Cette répartition s'opérera en conformité des statuts :

4) Que, dans la période de son fonctionnement, la *société a pu contracter des engagements valables* (2). Les créanciers poursuivront le siège social, la personne morale, comme s'il s'agissait d'une société régulière. Ils seront préférés sur le capital aux créanciers personnels de chaque associé, — en supposant que cette société nulle ait reçu la publication légale.

A cet égard, la nullité présente une moindre portée que la nullité faute de publicité. On se souvient que, dans la liquidation d'une société dont l'acte n'a pas été déposé au greffe ou inséré dans les journaux, les créanciers personnels et les créanciers sociaux concouraient ensemble (n° 371).

(1) L'action en nullité étant intentée contre le représentant du siège social, c'est-à-dire du groupe des actionnaires, il en résulte que, lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a repoussé la demande de nullité formée par l'un d'eux, ce jugement dispose de l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de tous (puisqu'ils ont tous été parties à l'instance par l'organe de leur représentant), et qu'aucun d'eux ne peut plus renouveler la demande de nullité en se basant sur la même cause. V. *Annales de droit commercial*, 1903, 307. Cela paraît admis pour le jugement qui prononce la nullité (v. *infra*, n° 687 *in fine*). Logiquement il doit en être de même pour celui qui la repousse.

(2) Les actes passés par les organes réguliers de la société avec des tiers seront maintenus (arg. art. 7, l. 1867 : nullité inopposable aux tiers). Aussi, lorsqu'après s'être dissoute et avoir fait, conformément à ses statuts, apport de son actif à une autre entreprise, une société anonyme vient à être annulée, comme constituée dans les formes de la loi anglaise en fraude de la loi française, cette annulation ne porte pas atteinte à la validité de l'apport antérieurement fait par le liquidateur : Angers, 23 juin 1913, *Annales de droit commercial*, 1913, 523. — V. cependant Req., 17 janvier 1905, D. 1906, 1, 169 et note THALLER, critiquant cet arrêt.

Les créanciers sociaux pourront provoquer la *faillite* de la société. Ils primeront dans cette faillite les actionnaires qui demandent la restitution de leurs mises. Bien mieux, ils obligeront les actionnaires (et leurs cessionnaires) qui n'auraient versé que le premier quart ou qui n'auraient rien versé du tout, à livrer entièrement leurs titres pour éteindre le passif.

Pourquoi donner ainsi le pas *aux créanciers* sur les *actionnaires*, au point d'exposer ces derniers à des versements nouveaux ? — Les fondateurs ont formé la société au nom de tous les souscripteurs. Ceux-ci en se prêtant à la constitution définitive, ont répondu envers les tiers des faits de leurs agents, de leurs préposés (arg. art. 1384 C. civ.). — Mais peut-être les fondateurs ne les ont-ils convoqués à aucune assemblée : cette constitution, ils n'y ont pas délibéré ! Même alors les actionnaires répondent des fondateurs, ils auraient dû surveiller leurs agissements.

549. — Cette nullité est-elle perpétuelle et irréparable, ou comporte-t-elle tant une *rectification*, du vice que la *prescription* ?

Sur ce point, le régime de la loi de 1867 et celui de la loi de 1893 ne sont pas en concordance.

550. — 1) D'après la *loi de 1867*, la nullité était *perpétuelle*. Tout au plus, la jurisprudence avait-elle admis que l'action le prescrivait par trente ans, mais au regard des actionnaires seulement (Civ. cass., 3 août 1892, *Annales de droit commercial*, 1893, 1^{re} p., p. 53 et note).

Les administrateurs, constatant après coup la contravention, ne pouvaient pas utilement la réparer, à moins de liquider la société et d'en constituer une nouvelle. Ainsi en était-il, quand même le vice découvert n'eût consisté que dans une absence de versement sur une seule action.

Aucune *ratification* n'était possible. On s'était laissé influencer par l'idée que les souscriptions légales sont, en définitive, des prescriptions *de forme*, et qu'un vice de forme rend le contrat nul, sans aucune confirmation possible : « nul en la forme, il faut qu'il soit refait dans la forme légale » (art. 1339 C. civ.).

Cette thèse pouvait à la rigueur se comprendre, lorsque les fondateurs avaient contrevenu à la confection d'un acte ou l'avaient irrégulièrement dressé. Mais bien des vices commis s'attaquent au fond et non à la forme. Ce régime aboutissait à une sorte d'impasse, résultat d'autant plus injuste que nul n'a la certitude d'observer la loi de 1867 à tous égards. De là, la réforme de 1893.

551. — 2) Aujourd'hui l'action en nullité se couvre : a) Par la prescription de *six ans depuis la constitution de la société* (art. 3, av.-dern. al.). La disposition profite même aux sociétés antérieures à la loi de 1893, mais les dix ans ne courent alors que du jour de sa promulgation (art. 7) (1) ;

(1) Cette prescription de dix ans est étrangère à l'action en nullité *pour défaut de publicité* (Douai, 26 octobre 1911, *Journ. des Soc.*, 1912, 171), soit dans les sociétés par

b) Par la *réparation effective du vice*, ou « la cessation de l'existence de la nullité », avant l'introduction de la demande. Ex. : Le déficit dans les versements du quart a été comblé (1). Les administrateurs ont déposé la liste cotariée qu'ils avaient omise à l'origine, etc. L'action en nullité s'éteint par là même, si elle n'était pas encore intentée à cette date.

Lorsque, pour couvrir la nullité, une assemblée générale doit être convoquée (2), l'action en nullité ne sera plus recevable, à partir de la convocation régulière de cette assemblée (art. 3) (3). Plus exactement, cette convocation *suspend* l'action en nullité, et le vote de l'assemblée *l'éteint*. — Ex. : Les apports n'avaient pas été originairement vérifiés, ou le vote des deux assemblées était nul.

552. — Il importe d'examiner encore deux questions se rapportant à cette action en nullité. L'une est du domaine de la législation, et l'autre du droit appliqué. 1° L'action en nullité soit d'un actionnaire, soit d'un créancier, est-elle une institution bienvenue ? 2° Cette action a-t-elle un caractère individuel ou collectif ?

553. — **Critique du régime légal.** — 1° Sur le premier point, l'action en nullité ne comporte pas les mêmes critiques, lorsqu'on l'envisage par rapport aux actionnaires ou par rapport aux créanciers.

a) Il est logique que l'*actionnaire* puisse exercer la nullité, sauf à différer de sentiment sur les résultats que cette nullité doit produire. Le pacte de société ne remplit pas les conditions légales. Les parties entre lesquelles la société a été contractée peuvent la faire tomber.

Toutefois, il serait de meilleure législation d'abolir cette nullité. Il y a d'assez nombreux Etats (Belgique, Italie, Angleterre, Allemagne sous certaines réserves) qui, même en présence d'irrégularités de fondation constatées après coup, n'admettent point cette sanction. Ils ne reconnaissent que l'action en dommages-intérêts ou, à l'appréciation des juges, l'action en dissolution. On ferait bien de s'inspirer de leur exemple. La loi a organisé par ailleurs des contrats indestructibles malgré leurs vices, parce qu'ils ont besoin de rester stables : le concordat de faillite, par exemple.

On donnerait à cette indestructibilité un meilleur fondement en faisant de la société par actions un contrat judiciaire (comme l'est précisément le concordat), c'est-à-dire en soumettant les statuts et

actions, soit à plus forte raison dans les sociétés par intérêt. On commet à cet égard un fréquent malentendu.

(1) Lorsqu'un souscripteur n'a pas libéré le premier quart en numéraire, et qu'il verse ensuite des espèces, la nullité est couverte dès l'instant où le versement en espèces a été effectué, sans qu'il soit nécessaire de réunir une nouvelle assemblée de vérification (Req., 31 décembre 1906, D. 1908, 1, 513, note PERCEU).

(2) Cela ne veut pas dire qu'une assemblée puisse déclarer que le vice tenant à l'insuffisance des souscriptions ou versements est réparé de droit sans que le manquant soit couvert.

(3) Mais, si la convocation de l'assemblée n'intervient qu'après que le tribunal a déjà été saisi de la demande de nullité, cette convocation et, par suite, les décisions qui y sont prises à l'effet de couvrir la nullité, sont inopérantes (Trib. com. Seine, 4 janvier 1909, D. 1912, 2, 1, note PERCEU).

les délibérations de constitution à l'*homologation du tribunal* : système qui fonctionne en Italie. Voie de nullité n'a lieu contre les jugements. Malheureusement, la crainte de voir par cette homologation reparaître le régime de l'autorisation fait reculer les Français devant une telle mesure.

Mais, même en n'instituant pas cette homologation, on devrait supprimer l'action en nullité. La nullité arrête la société et l'oblige à liquider, sans qu'il soit établi que son vice, à présent découvert, mette obstacle à sa réussite. Elle est souvent une faute irréparable. L'action en nullité est une arme prise par le chantage, elle met les administrateurs en demeure de composer, de transiger devant les menaces de procès.

L'erreur du système français provient de la conception suivante qui est fautive, parce qu'elle repose sur une pétition de principe. L'action en nullité est le préliminaire de l'action en responsabilité. On ne saurait priver les intéressés (ce qui est vrai) du droit d'exiger une réparation pécuniaire. Or, cette réparation ne peut être demandée qu'à condition par la société d'être annulée. Mais c'est résoudre la question même. Pourquoi serait-il interdit de poursuivre une réparation pécuniaire, en arguant du tort causé, tout en laissant la société debout ?

554. — b) Que si, d'autre part, on examine l'action en nullité intentée par les *créanciers*, la base de cette action en nullité devient inexplicable. Les créanciers n'ont pas participé au contrat de société : d'où vient qu'ils attaquent une convention qui leur est étrangère ?

Il convient qu'ils puissent résoudre des marchés conclus sur la foi d'une régularité qui n'était que factice, ou encore qu'ils prétendent à des dommages-intérêts. L'arme que la loi leur donne est autrement dangereuse. Ils ont le pouvoir de faire tomber la société, de la pourvoir d'un liquidateur pour leur intérêt propre, alors que tous les actionnaires protesteraient contre une telle mesure ; ils ont le pouvoir d'exercer sur les statuts une mainmise qui ne leur appartenait pas le jour où la société s'est fondée.

Au surplus, ce pouvoir leur appartient-il bien ? C'est la pratique qui l'a ainsi décidé. Il est permis de croire qu'elle s'est trompée. Société nulle « à l'égard des intéressés » disent les art. 7 et 41 : ils ne précisent pas quels sont ces intéressés : — administrateurs responsables envers les tiers « lorsque la nullité a été prononcée » porte l'art. 42 ; il ne dit pas que les administrateurs disposent d'une immunité envers les tiers tant que la société reste debout, ou tout au moins son texte pouvait être entendu comme limitant l'action en nullité aux actionnaires, et laissant les créanciers maîtres d'agir en réparation civile, selon les circonstances, alors même que l'action en nullité n'eût pas été intentée.

La direction prise par les arrêts ne concorde pas avec nos idées.

555. — Dès l'instant que les créanciers bénéficient du droit exorbitant d'exiger la liquidation de la société pour inaction à la loi de 1867, la question que nous avons laissée en suspens, en parlant des mesures de publicité imposées à toutes les sociétés commerciales, est par là même résolue. Les créanciers peuvent-ils arguer de l'absence ou du retard des

mesures de publication pour obliger la société à arrêter sa marche (n° 369) ?

Il n'y a point de motif pour mettre les créanciers en moins bonne position lorsque la nullité a été encourue pour manque de publicité que pour non-souscription intégrale, etc. Toute symétrie disparaîtrait si l'on interprétait l'art. 56, al. 3, autrement que les art. 7 et 41 de la loi de 1867. Les créanciers ont donc bien ce pouvoir, si abusif qu'il soit en législation pure. Ils l'ont même *a fortiori*, car c'est surtout pour eux que la publication avait été imposée. Tout ce qu'on peut ajouter, c'est que les créanciers (mais dans le cas de non-publicité seulement, et non plus dans l'hypothèse actuelle) hésiteront à annuler la société, parce qu'ils risquent par là de laisser les créanciers personnels concourir avec eux.

556. — **Caractère individuel ou collectif de l'action (1)** — 2° L'action en nullité a-t-elle le caractère *individuel* ou *collectif* ? La question se présente dans les mêmes termes et implique les mêmes solutions pour l'action en responsabilité. Nous la traitons sans devoir la reprendre.

Procédons ici encore à l'égard des *actionnaires* d'abord.

a) Chaque actionnaire peut intenter isolément l'action. A ce point de vue l'action est *individuelle* (2). Les actionnaires ne sont pas tenus de se grouper pour plaider ensemble. Le demandeur tire de son contrat de souscription le droit de former le procès seul. Il agit *pro socio* pour faire tomber une société dont il est membre. S'il obtient la nullité contre les représentants qualifiés de la société, celle-ci sera annulée au regard de tous les actionnaires, même non mis personnellement en cause. Tous les actionnaires sont représentés dans l'instance par le gérant ou par le conseil d'administration (3). Le jugement non attaqué dans les délais d'opposition ou d'appel, est passé en chose jugée au regard de tous (arg. art. 1351 C. civ.).

L'action appartient à l'actionnaire *actuel*. En cédant son action, le souscripteur a transmis tous les attributs de son titre d'actionnaire, y compris la faculté de plaider aux fins de nullité.

(1) Sur la distinction des actions sociales et individuelles, v. notamment : BOURCART, *Rapport au Congrès des Sociétés de Bruxelles* (1910) sur la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle (Documents du Congrès, t. 1, p. 207 et s.) THALLER, *Annales de droit commercial*, 1913, p. 222 et s. et note sous Civ., 26 novembre 1912, D. 1913, 1, 377 ; — et sur cette distinction envisagée spécialement au point de vue de la faillite de la société, PERCEROU, *Traité des Faillites*, collection THALLER, t. II, n° 1649 et suiv.

(2) La clause des statuts qui subordonne l'exercice de toute action touchant l'intérêt général de la société à l'avis préalable, ou même à l'autorisation de l'assemblée générale, s'applique-t-elle valablement à l'action en nullité qu'un actionnaire veut intenter individuellement ? Non, pour la *clause prohibitive* ; non même, d'après la dernière jurisprudence (Cass. civ., 20 décembre 1911, *Journ. des Soc.*, 1912, 345), et quoique ce soit plus contestable, pour la *clause d'avis*. Sur ces clauses, v. PERCEROU, *Journ. des Soc.*, 1908, p. 203 et s., et *Contribution à l'étude des sociétés par actions*, n° 41 ; BOSVIEUX, *Journ. des Soc.*, 1909, 49 ; THALLER, *Annales de droit commercial*, 1913, 222.

(3) De cette idée de représentation des actionnaires par le siège social dans l'action en nullité, il résulte aussi que le jugement qui rejette la demande en nullité formée par un actionnaire dispose de l'autorité de chose jugée vis-à-vis de tous les actionnaires. V. *supra*, n° 548, 2, en note.

557. — Cela exclut-il l'action en nullité (ou en responsabilité) exercée d'une manière collective, *ut universi*, suivant l'expression consacrée, au nom de tous les actionnaires à la fois ? Nous ne le pensons point. Cette action collective est recevable. La société étant dissoute, le liquidateur a qualité pour l'exercer (motifs de Req., 6 août 1894, D. 95, 1, 144). Même si elle n'est pas dissoute, l'assemblée générale pourra non pas renoncer à l'action en nullité (car celle-ci ne se couvre que par la répartition du vice), mais la confier à des commissaires ad hoc.

On verra prendre cette forme collective aux actions en responsabilité contre les administrateurs, au cours de la société. La société elle-même ouvre un procès contre ses mandataires qui l'ont mal administrée, sans préjudice du droit de l'actionnaire habile à plaider séparément (n° 673).

Pourquoi cette même procédure deviendrait-elle irrégulière lorsque c'est un vice de constitution, au lieu d'un vice de gestion, qui est la cause de la demande, lorsqu'il s'agit, en un mot, de l'action en nullité et de l'action en responsabilité qui lui fait escorte ?

Tous les actionnaires ont des droits égaux, procédant de souscriptions semblables. Pourquoi ces droits égaux ne se ramasseraient-ils pas afin de donner lieu à une action commune ? Les fondateurs se sont engagés, par gestion d'affaires ou par mandat, à effectuer une constitution régulière. Ils ont fait cette promesse à la collectivité de ces souscripteurs, au corps des actionnaires d'origine. Le corps des actionnaires actuels est aux droits de ce corps d'origine. C'est toujours la même société, irrégulière sans doute, qui s'est développée depuis le premier jour. L'action *ut universi* condense les actions individuelles que tous les actionnaires auraient exercées à la fois.

La mention des demandeurs dans les exploits est inutile, l'issue du procès n'est pas subordonnée à la connaissance des individualités qui se dissimulent sous l'assignation, puisqu'aucune exception tirée de leur personne ne peut plus faire échec à la demande. Cet avantage d'échapper à la règle : « Nul ne plaide par procureur » a été l'une des raisons d'être de la personnalité morale : c'est le cas d'utiliser ladite fiction.

La société plaide en nullité contre elle-même. Cela semble illogique au premier abord. Mais la proposition veut dire en réalité : tous les actionnaires plaident les uns contre les autres à l'effet de rompre le pacte social, parce qu'il est irrégulier.

558. — L'exercice *ut universi* de l'action en nullité considérée en elle-même, n'a peut-être pas une grande utilité : mais ce mode collectif de poursuites a pour l'action en responsabilité, qui est la succédanée de la nullité, des avantages incontestables. Car : — 1) les fondateurs ou autres personnes responsables seront atteints par là d'une condamnation globale, dont le chiffre sera calculé sur l'ensemble des sommes qui se trouveraient dans l'actif de la société si la société avait été régulière, et qui ne s'y trouvent pas à raison de l'insuffisance des souscriptions ou autrement ; — 2) le produit de cette condamnation tombera dans la caisse sociale : il servira à couvrir le passif, et l'excédent sera distribué par le liquidateur entre les actionnaires ; — 3) les mandataires *ad litem* pourront également recevoir pouvoir à l'effet de

transiger avec les fondateurs ; cette transaction emportera règlement de tous les litiges des personnes responsables avec des actionnaires quelconques, et elle liquidera la situation une fois pour toutes ; — 4) si la société est mise en faillite, ce droit de plaider en nullité et d'agir en responsabilité collective ou de transiger appartiendra au syndic de faillite, tant pour le compte de la société que pour celui des créanciers.

Bref, la manière précédente d'analyser les actions nées, au profit des actionnaires, de l'inobservation des règles de constitution, apporte plus d'unité à l'étude des sociétés, en identifiant ces actions avec celles qui résultent d'une mauvaise gestion. Elle rend la nature et les effets de ces actions plus intelligibles, et elle permet d'effectuer un règlement d'ensemble, sans mettre chaque actionnaire dans la nécessité d'ouvrir un procès séparé, sans exposer non plus le fondateur à de perpétuelles réclamations.

559. — *b*) Le caractère individuel ou collectif des actions en nullité ou en responsabilité appartenant aux *créanciers* ne prête pas aux mêmes difficultés.

Chaque créancier peut agir de son côté aux fins de nullité et de réparation civile, aussi longtemps que la société est *in bonis*. Les créanciers manquent d'un organe commun. La condamnation obtenue à la requête de l'un ne profite pas aux autres. Le tribunal statue seulement sur l'intérêt pécuniaire du créancier demandeur. L'action, à ce point de vue, est individuelle.

Mais, lorsque la société est mise en faillite, le syndic, qui est à la fois le représentant de la société et celui de la masse des créanciers, peut, du chef de ces derniers, intenter les actions qui leur appartiendraient à tous selon une commune mesure. Les actions en nullité et en responsabilité contre fondateurs répondent bien à cette dernière condition. Tous les créanciers peuvent se dire lésés de la même manière. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à déclarer le syndic recevable à agir en justice, comme aussi à faire une transaction avec les personnes responsables, lorsque c'est au titre d'agent des créanciers qu'il se présente. Nous avons dit que, suivant notre opinion, il n'était pas moins qualifié pour agir et pour transiger du chef des actionnaires.

En scrutant ces questions, nous n'avons pas cherché à dissimuler tout ce qu'elles présentent d'aride et même de fastidieux. C'est qu'aussi le système légal tout entier a été hérissé de complications, en dehors de ce que la simplicité du droit demandait d'organiser.

§ 2. — Responsabilité pécuniaire

(L. 1867, art. 8 et 42 ; L. 1893, art. 3 et 5).

560. — La liberté de fondation des sociétés par actions a pour contre-poids la responsabilité. Les fondateurs, qui font mauvais usage de leur mandat, doivent expier leurs fautes ou négligences. Les sociétés par actions donnent l'exemple des responsabilités les plus graves et les plus étendues. La multiplicité des intérêts lésés dans une entreprise de plusieurs millions rend la sanction de la loi très menaçante. Si elle est trop

sévère, elle découragera les hommes d'entreprise de fonder des sociétés.

C'est une responsabilité vis-à-vis du public tout entier. Elle a quelque rapport avec celle que la constitution d'un Etat fait peser sur les ministres ou sur les autres fonctionnaires, en cas de faute. Cette dernière responsabilité est admise, quitte à chercher si elle suppose un acte illicite ou simplement un acte préjudiciable, soit à l'Etat, soit à certains individus (1). Il n'y a pas lieu d'écarter davantage celle des fondateurs ou des administrateurs de sociétés. — Toutefois, la législation établira peut-être avec le temps une distinction entre le dol et les simples fautes. La responsabilité ne serait illimitée que dans le premier cas ; en cas de faute la loi la taxerait à une somme mesurée sur le capital social, à la moitié dudit capital par exemple. Ce système serait plus équitable.

En l'état, la responsabilité des fondateurs n'est pas toujours effective. Elle est éludée par son étendue même. Un jugement portant condamnation à dix millions de dommages-intérêts est passible d'un droit d'enregistrement énorme (2 0/0 d'après la loi de frimaire an VII, 3 0/0 en matière civile et de commerce, d'après celle du 26 janvier 1892, art. 16, § 7, plus le double décime, art. 3, l. 24 mars 1924) ; et les droits sont perçus sur minute, quand même le jugement ne serait pas levé. Le demandeur s'expose donc à voir tous les frais retomber sur lui. De là l'habitude de condamner les fondateurs par provision à une somme très inférieure au préjudice, en commettant, pour faire état du complet dommage, un arbitre qui amènera les parties à transiger.

En outre, la transformation, si facile, des fortunes en valeurs mobilières, met les fondateurs en mesure de dissimuler leurs ressources lorsque la catastrophe ne les a pas ruinés eux-mêmes. Ils s'entendent avec les actionnaires, avec le syndic de la faillite ou avec les liquidateurs, moyennant des réductions sensibles (2).

561. — La nullité d'une société fondée au mépris de la loi de 1867, occasionne-t-elle, par elle-même, un préjudice soit aux *créanciers*, soit aux *actionnaires* ? — Cela dépend des circonstances.

Il se peut, d'abord que le préjudice provienne du fait même de l'annulation. C'est une société qui, malgré un vice originaire, réalise de bonnes affaires, et que la nullité prononcée oblige à se reconstituer : d'où des frais considérables, sans compter l'atteinte portée au crédit social.

Plus fréquemment, lorsque la nullité est prononcée, la société est déjà tombée. Mais sa chute peut tenir à des causes variables :

a) Tantôt elle a été déterminée par le vice de constitution : le fait par le premier quart des actions de n'avoir pas été versé a empêché la société de surmonter une crise, et elle a dû déposer son bilan. Il y a un *rapport de cause à effet* entre le vice originaire et l'effondrement de l'entreprise.

b) Tantôt la société est tombée pour des raisons indépendantes du

(1) Sur ces questions de responsabilité civile en droit public, voir M. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 3^e éd., p. 290 et 650.

(2) A consulter sur la responsabilité des fondateurs, PERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, th. Dijon, 1896.

vice d'origine : ou bien à cause d'une mauvaise administration mettant en jeu d'autres responsabilités que celles des fondateurs, ou bien par suite d'événements de force majeure (fermeture d'un marché étranger, nouvelles découvertes industrielles, etc.).

Sous le bénéfice de cette observation, qui expliquera un important changement de législation opéré en 1893, nous avons deux points à examiner : — 1° Qui va répondre, soit envers les créanciers, soit envers les actionnaires, des dommages provenant d'une irrégularité de constitution, suivie de l'annulation de la société ? 2° Dans quelle mesure pécuniaire, et pendant quelle durée les personnes responsables demeurent-elles obligées ?

562. — 1° *Qui est responsable ?* — Dans la commandite par actions, ce sont des *gérants* ou commandités, considérés comme fondateurs. **Seulement, au regard des créanciers, la question est sans importance ; leur qualité d'associés en nom les rend responsables du tarif intégralement.**

Dans la société anonyme, ce sont les *fondateurs*.

On sait déjà que la loi n'a pas précisé le signe auquel le fondateur se reconnaîtra, et que cette qualité dépendra de la coopération effective, publique ou dissimulée, donnée à la constitution (banquiers, quelque **non signataires des statuts qui auraient procédé aux mesures de publicité, afin de placer les titres, etc.**). C'est une question de fait. La règle est la même pour les responsabilités qui résultent des manœuvres frauduleuses exercées sur les souscripteurs (prospectus mensonger, etc.).

563. — Mais, à côté de ces personnes, il y en a d'autres que la loi tient encore pour responsables.

A. Ce sont d'abord, dans les deux formes de sociétés, les *auteurs d'apports*, même non fondateurs : ils sont dûment recherchés, si ces apports n'ont pas été vérifiés et approuvés (art. 8 et 41 *in fine*).

B. Ce sont, ensuite, certaines personnes auxquelles la loi confie le soin de contrôler la constitution. En laissant fonctionner cette société, au lieu d'en arrêter la marche, elles ont contribué au dommage. Pour la détermination de ces responsabilités adjointes, la commandite n'est pas organisée de la même manière que la société anonyme :

a) Dans la société en commandite, les membres du *premier conseil de surveillance* doivent, immédiatement après leur nomination, vérifier si toutes les dispositions de la loi ont été observées par les fondateurs (art. 6). **Faute de quoi, ils sont responsables avec eux (art. 8).** Le projet de 1903 faisait disparaître cette cause de responsabilité.

b) Dans la société anonyme, on se souvient que cette vérification est faite par la dernière assemblée générale (n° 544), et que les commissaires de la première année n'ont pas à pratiquer, en notre matière, le contrôle spécial imposé au conseil de surveillance dans la commandite. L'action en dommages-intérêts n'est pas donnée contre les **membres de l'assemblée générale** : si celle-ci avait désigné des commissaires dans son sein, ceux-ci seraient responsables vis-à-vis des souscripteurs qui les ont élus, parce qu'ainsi le veut le droit du mandat.

Le rôle correspondant à celui du premier conseil de surveillance de la

commandite est occupé par « les *administrateurs* de la société anonyme, en fonctions au moment où la nullité a été encourue » (art. 42), par les membres du premier conseil d'administration. Ils doivent, sous leur propre responsabilité, rechercher sans retard si la constitution a été régulière.

La jurisprudence induit de cette phrase équivoque, que le premier conseil d'administration, même composé d'autres personnes que les fondateurs, répond avec eux des vices de constitution. Et cette solution est admise, soit que le premier conseil ait été désigné dans les statuts, soit qu'il ait été élu par l'assemblée générale des souscripteurs (1).

564. — La loi s'est attachée ainsi à multiplier les personnes responsables. Plus elles seront, et plus l'action en responsabilité sera efficace.

La faute leur étant commune, il y aura condamnation pour le tout contre chacune d'elles (art. 42 : *solidairement*), sauf à elles à contribuer entre elles, malgré le prétendu adage : *Ex delicto actio non oritur*. Cette contribution s'exercera suivant des parts inégales, s'il en est qui aient pris dans la constitution une responsabilité plus forte (2).

565. — 2^o Pour quel chiffre et pendant quelle durée les personnes responsables seront-elles tenues ?

Distinguons le régime de la loi de 1867 de celui de la loi de 1893.

566. — A. La loi de 1867 établissait une différence fondamentale entre la demande faite par les actionnaires et celle exercée par les créanciers.

a) Les actionnaires devaient établir le rapport de cause à effet entre la nullité encourue et la ruine de la société. Ils n'avaient droit à réparation que dans la mesure où le vice constitutif leur avait fait perdre leurs mises. Si l'actif avait péri par un autre motif, ils étaient sans droit.

L'action, disait-on, a pour base un mandat mal exécuté, ou encore l'article 1382 C. civ. ; dans ces deux cas, l'indemnité doit se limiter au tort subi ; ils doivent justifier de ce tort et de son montant : dommage « résultant de l'annulation », art. 8 ; « sans préjudice de droits des actionnaires », art. 42.

b) Les créanciers disposaient d'une situation meilleure. Dans la commandite par actions, ils étaient munis, sans doute, vis-à-vis du

(1) Cependant, peut-on dire des administrateurs élus par l'assemblée qu'ils étaient « en fonctions » quand la nullité a été encourue, du moment que le vice de nullité a été commis avant leur nomination ? — On a essayé de soutenir, en doctrine, qu'il fallait traiter en lettre morte la partie de l'art. 42 dans laquelle il est question des premiers administrateurs. Ce texte a été emprunté à l'art. 25 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui statuait à la fois sur la nullité pour non publicité. Cette dernière nullité est certainement imputable aux premiers administrateurs. Leur responsabilité va dès lors de soi. Or l'art. 42 de la loi de 1867, ne parlant plus que de la première nullité, a, par mégarde, conservé pour l'énonciation de la sanction la même formule. Erreur ne fait pas compte. — Cette argumentation n'a pas trouvé faveur en jurisprudence.

(2) V. HAMEL, *La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du Conseil d'administration dans les sociétés anonymes*, *Revue des Sociétés*, 1923, p. 134 et s.

conseil de surveillance et des apporteurs (art. 8), de la même action *en réparation* que les actionnaires (le gérant se trouvant responsable de tout le passif).

Mais, dans la société anonyme, les créanciers bénéficiaient d'un privilège. Ils pouvaient, dans tous les cas, poursuivre individuellement les fondateurs et autres personnes assimilées, *pour le passif social intégral*. Ils le pouvaient, là même où n'existait aucun rapport de cause à effet, la société ayant succombé par suite de force majeure.

Leur gage d'exécution devenait ainsi plus large que si la société avait été régulière : la nullité de celle-ci tournait à leur enrichissement (action de même ordre que les anciennes *actions pénales*).

C'est en ce sens qu'avait été entendu un texte, l'art. 42 (auquel cependant la majorité de la doctrine donnait une autre signification). Les fondateurs « sont *solidairement responsables* envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires ». Solidairement responsables, cela veut dire, dans la terminologie des sociétés : nom collectif. — De fait, puisque la société est nulle, son passif ne peut plus se fixer sur un être moral, qui s'évanouit : il frappe *personnellement* les fondateurs. Ces fondateurs encourrent même la faillite personnellement.

D'ailleurs, au point de vue de la durée, les actions précédentes s'éteignaient toutes par *trente ans*. Cependant, ces mêmes infractions étant frappées d'amende, la connexité bien connue de l'action civile et de l'action publique (art. 638 C. inst. crim.) ne veut-elle pas qu'elles se prescrivent par trois ans ? Non. L'action en dommages-intérêts n'est pas *née du délit*, elle préexistait à sa consommation, elle résulte d'une promesse de constitution non tenue, ce n'est pas une *action civile au sens du droit criminel*.

A tous égards, les rigueurs de ce régime étaient excessives : — la responsabilité de tout le passif, sans distinction, était injuste, — la prolongation de la responsabilité pendant trente ans était intolérable.

567. — B. La loi du 1^{er} août 1893 innove à deux points de vue :

1^o Elle assimile la mesure de l'action appartenant aux créanciers à celle qui appartient aux actionnaires. Les fondateurs, et autres, sont responsables *solidairement* envers les tiers et les actionnaires du *dommage résultant de l'annulation* (art. 5). La preuve d'une relation entre le vice relevé et la perte de l'actif, preuve requise de la part de l'actionnaire, l'est aussi de la part du créancier. Celui-ci n'obtiendra pas une somme plus forte que celle que l'actif social lui eût donnée, si le vice n'avait pas été commis (Douai, 6 mars 1900, D. 1901, 1, 207).

La règle s'applique, en vertu d'une disposition transitoire de la loi (art. 7, al. 3), même aux sociétés déjà constituées lors de sa promulgation. Une jurisprudence, d'ailleurs discutable, a été jusqu'à l'étendre aux actions qui se trouvaient déjà *en cours d'exercice* au moment de cette promulgation (Civ. rej., 17 février 1896, critiqué par M. LYON-CAEN, S. 1896. 1, 257).

568. — 2^o La loi de 1893 restreint dans leur durée les actions en responsabilité tant au regard des créanciers qu'au regard des actionnaires. Elles cessent d'être recevables, lorsque, avant l'introduction de

la demande, la cause de nullité a cessé d'exister, c'est-à-dire, *sitôt le vice couvert*.

Exceptionnellement, l'action ^{en responsabilité} persévère pendant les trois premières années depuis le jour où la nullité a été encourue, c'est-à-dire depuis la fondation de la société. Nonobstant toute réparation du vice dans l'intervalle, cette action triennale est maintenue (art. 8, al. 3, l. 1867, ajouté par la loi de 1893).

De toute manière, l'action en réparation du préjudice causé par la nullité se prescrit par dix ans, puisqu'après dix ans cette nullité ne peut plus être prononcée (art. 8, *in fine*).

Nous nous sommes prononcé plus haut sur le point de savoir si l'action est individuelle ou si elle peut être exercée à titre collectif (n° 556).

§ 3. — Responsabilité pénale (1)

(L. 1867, art. 13, 15, 16 et 45).

569. — Il y a eu inobservation des règles sur la constitution des sociétés par actions, soit de propos délibéré, soit par négligence. Le droit pénal général permettait de réprimer certains agissements et laissait les autres impunis. De là, la création de certains délits propres à la matière des sociétés, délits que relève la loi de 1867.

Le fait de violer la loi sciemment donnera lieu aux *pénalités de l'escroquerie* (art. 405 C. pén.), si les fondateurs ont usé de manœuvres frauduleuses, c'est-à-dire employé une mise en scène trompeuse, pour attirer à eux l'argent des souscripteurs.

La loi de 1867 fait application de cette idée dans ses art. 15 et 45, en plaçant sur le même rang que l'escroquerie : — 1° le fait, par simulation de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, d'en avoir obtenu ou tenté d'obtenir d'autres ; — 2° celui de publier faussement dans le même but, comme attachées à la société, des personnes déterminées. La mise en scène propre à l'escroquerie apparaît dans ces étalages de souscriptions fictives ou de noms fictifs. Et, alors même que les fondateurs ne se seront pas approprié pour eux-mêmes les fonds ainsi recueillis, et auront constitué une société effective mais nulle, la généralité des art. 15 et 45 permet de les frapper (Crim. rej., 9 mars 1885, 26 juin 1886, D. 86, 1, 89 ; Crim. cass., 28 mars 1887, D. 87, 1, 353, aff. Mary-Reynaud, aff. de la Banque de Lyon et de la Loire). L'émission d'obligations serait punissable pour le même motif (voir cependant AUDIBERT, sous Crim. rej., 30 avril 1887, *Ann. dr. comm.*, 1886-1887, II, 126).

Si la prétendue société était purement postiche, l'intention des fondateurs étant de se partager les fonds, l'emploi de manœuvres semblables ou d'autres encore, à l'appui des souscriptions qu'ils sollicitent, les ferait tomber directement sous l'art. 405 C. pén. (Crim. rej., 17 janvier 1896, *Ann. dr. comm.*, 1893, 262).

Mais une incidente de l'art. 15-1°, que l'on ne remarque pas de suite, permet d'aller plus loin dans l'ordre de la répression. La loi frappe, en

(1) RUBAR DU MÉRAC, *Des délits relatifs aux sociétés par actions* ; TCHERNOFF, *Sociétés par actions, délits et sanctions pénales*, 1910, et *Traité de droit pénal financier*, 2 vol., 1920.

effet, des peines de l'art. 405 la *publication de tous faits faux* pour se procurer des souscriptions ou versements. Le cadre de l'escroquerie est ainsi dépassé. Il n'est plus besoin de « manœuvres » proprement dites pour faire intervenir la répression. Une simple déclaration inexacte suffit. Cela concerne surtout l'hypothèse où les fondateurs ou autres introducteurs des titres sur le marché auraient émis de mauvaise foi des allégations contraires à la vérité sur les précédents de l'affaire, sur les études ou enquêtes faites, sur le rendement économique du produit, sur la possibilité d'une concession à obtenir, sur la cote de la valeur alors qu'elle n'a pas été traitée encore ou ne l'a été qu'avec un compère, etc. Autrement dit, l'action ordinaire de dol est considérablement élargie, civilement et pénalement. La jurisprudence correctionnelle (Paris, 14 mars 1924, *Gaz. des Sociétés*, 1924, 159) tend à faire état de plus en plus de cette disposition spéciale : ce qui lui permet d'atteindre, ainsi qu'on le verra, les agissements de certains syndicats de finance, devant lesquels on s'était cru, pendant un certain temps, désarmé (1).

570. — Lorsque la loi a été violée sans intention coupable, il est édicté une simple *amende* de cinq cents à dix mille francs, encourue nonobstant la bonne foi de l'agent (c'est un délit contraventionnel). Le délit est attaché non à l'omission des règles légales, mais au fait d'avoir délivré des titres d'actions malgré cette omission (art. 13 et 45).

En frappant plus durement, la loi aurait découragé l'esprit d'entreprise.

Elle présente une lacune. Elle punit dans la *commandite*, l'oubli de la nomination du premier conseil de surveillance ; elle ne parle pas, dans la *société anonyme*, de l'oubli de la désignation du premier commissaire (2).

Dans tous les cas, aussi bien celui de l'art. 15 que celui de l'art. 13, la peine comporte les circonstances atténuantes (art. 16).

SOUS-SECTION III. — Publicité

(C. com., art. 45 abr. : L. 1867, art. 55 et s., 63 et 64 ;

Lois de finances, 30 janvier 1907, art. 3, et du 13 juillet 1925, art. 101 ;

L. du 14 mars 1919, art. 6, 7 et 10).

571. — Les principes longuement développés plus haut (nos 359 et s.), sur la publicité des sociétés par intérêt, doivent également être

(1) Sur le délit d'émission irrégulière d'actions, v. Cass. crim., 12 décembre 1925, D. H. 1926, p. 37 ; et 25 juin 1927, *Annales de droit commercial*, 1928, p. 156.

(2) Les membres des Chambres législatives ne doivent pas se servir de leur qualité parlementaire dans les prospectus faisant appel à l'épargne publique. C'est une prescription établie par le règlement des assemblées, ou tacitement consacrée. D'autre part, diverses propositions sur les incompatibilités parlementaires tendant à interdire le cumul des fonctions de député ou de sénateur avec celles d'administrateurs de sociétés concessionnaires de l'Etat ou subventionnées par lui, etc. (proposition de loi de MM. J. GODART et E. BENDER déposée à la Chambre des députés le 31 janvier 1911), viennent d'aboutir au vote de l'art. 88 de la loi de finances du 30 décembre 1928 aux termes duquel « sont incompatibles avec le mandat législatif les fonctions de directeur, administrateur, etc... dans les sociétés jouissant, à titre spécial... d'avantages assurés « par l'Etat ».

suivis pour les sociétés par actions. La publicité a été rendue uniforme pour toutes les sociétés commerciales par le titre IV de la loi de 1867. Autrefois, la commandite par actions était régie comme la commandite simple, et quant à la société anonyme, les statuts étaient affichés avec le décret d'autorisation (art. 45 C. com.).

Mais, lorsqu'on parle aujourd'hui de la publicité des sociétés par actions, le sujet demande à être subdivisé. Depuis la *loi de finances du 20 janvier 1907* (art. 3), il y a lieu à un double système de publication, à un moment différent, et sous des sanctions qui ne sont pas les mêmes. Ainsi en est-il du moins pour les sociétés qui désirent introduire leurs titres sur le marché public.

Enfin, la *loi du 18 mars 1919* est venue superposer à ces deux moyens de publicité un troisième procédé consistant dans l'immatriculation au *Registre du commerce* (v. *supra*, nos 217 et s., 362) (1).

Il sera parlé successivement de ces trois procédés.

571 bis. — A. *Publicité de la loi de 1867.* — Toute société par actions, même celle qui ne fait pas appel à l'épargne, doit, après sa constitution, d'après la loi de 1867, procéder à une publicité de même ordre que les sociétés par intérêt. Les statuts ne sont obligatoires pour les actionnaires et pour les créanciers qu'à ladite condition. A défaut de cette prescription, la société est nulle, sans que la nullité soit opposable aux tiers (Cfr. nos 366 et suiv.).

Donc, dans le mois à partir de la formation définitive de la société, le gérant ou les premiers administrateurs doivent :

a) Déposer un *double* ou une *expédition* des statuts aux *greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix* du siège social et des succursales ;

b) Faire insérer dans un *journal d'annonces* du même arrondissement un *extrait* contenant les clauses de l'acte que nous avons déterminées (no 362).

Les modifications ultérieures aux statuts doivent être également publiées (art. 56 et 61).

571 ter. — Les particularités suivantes sont les seules à relever :

1) Il faut déposer au greffe, avec les statuts, une *copie* certifiée des

(1) Dès avant la loi du 18 mars 1919 et l'institution par elle d'un registre central du commerce (v. *infra*, no 573), diverses tentatives avaient été faites pour centraliser en un endroit unique, où il serait facile de les consulter, tous les renseignements relatifs tant à la constitution qu'au fonctionnement des sociétés par actions. V. notamment en ce sens, la proposition de MM. GEO-GERALD et autres à la Chambre des députés (séance du 17 février 1913) portant création d'un *Office national des sociétés anonymes* faisant appel, sous quelque forme que ce soit, au crédit public.

Il faut signaler en outre, dans cet ordre d'idées, la transformation (à dater du 16 juin 1913) de l'ancienne « Association nationale des porteurs français de valeurs étrangères » en *Office national des valeurs mobilières* (constitué sous le patronage de la Chambre syndicale des agents de change de Paris), et l'extension de ses services — limités d'abord à la protection des porteurs français de valeurs étrangères (comités de défense), — à la concentration de tous renseignements et « documents relatifs aux valeurs mobilières, françaises ou étrangères, émises ou négociées sur le marché français ». L'Office met à la disposition des intéressés des « statuts, rapports, bilans, prospectus et autres communications des sociétés françaises ou étrangères réunies par lui... ».

délibérations des assemblées générales constitutives, et une expédition de l'acte notarié constatant les souscriptions et versements. Pour la société anonyme, il faut en outre le dépôt de la liste nominative des souscripteurs (art. 55) : prescription qui n'aurait d'utilité que si elle était renouvelée chaque année, ce que notre loi ne demande pas.

2) Quoique la question soit résolue en sens contraire pour les sociétés par intérêt, il est certain ici (art. 63) que les pièces précédentes sont à la disposition de toute personne qui voudra les consulter au greffe ou s'en faire délivrer expédition à ses frais. D'autre part, le siège social doit délivrer à tout requérant copie des statuts, moyennant un versement de un franc.

A noter encore, l'affichage apparent de toutes les pièces dans les bureaux de la société, ainsi que l'obligation, sous peine d'amende, pour tous les documents imprimés ou autographiés de la société, de faire suivre la dénomination sociale des mots « société anonyme » ou « société en commandite par actions », avec l'indication du montant du capital (art. 64).

572. — B. *Publicité par insertion au Bulletin des annonces légales obligatoires*. — A la publicité de la loi de 1867, l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 en ajoute une seconde.

Il faut que toute personne procédant à une émission (1), exposition, mise en vente, introduction sur le marché d'actions, d'obligations ou titres quelconques de toute société, fasse insérer dans un bulletin hebdomadaire (paraissant le lundi de chaque semaine), annexé au *Journal Officiel* et dénommé *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* (2), préalablement à toute mesure de publicité, une notice, que devra viser ensuite tout document d'affichage ou d'annonces se rapportant auxdites valeurs. L'émetteur doit signer cette notice et donner son adresse, il faut qu'il soit domicilié en France. Toute infraction à cette prescription est passible d'une amende de 10.000 à 20.000 francs, sous réserve de l'art. 463 C. pén. (3) : elle est constatée par les agents de l'Enregistrement.

La notice ne contient pas (du moins pour les entreprises fran-

(1) Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 31 mars 1916, « l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché de France, de titres de rente, emprunts et autres effets publics des gouvernements étrangers, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils soient, de villes, corporations ou sociétés françaises ou étrangères sont interdites... jusqu'à une date à fixer par décret... après la cessation des hostilités. — Toutefois, il peut être dérogé à cette disposition par arrêté du Ministre des Finances ». L'art. 32 de la loi de finances du 31 décembre 1920 a abrogé cette disposition en ce qui concerne les émissions des villes ou sociétés françaises, mais l'a maintenue à l'égard des sociétés, villes ou Etats étrangers. (*Snia fiscosa*).

(2) Cette dénomination a été substituée par le décret du 3 février 1912 à celle de « Bulletin annexe au *Journal Officiel* », primitivement employée par le décret du 27 février 1907, rendu pour assurer l'exécution de l'art. 3 de la loi de finances du 30 janvier 1907. Ce dernier décret fixe les détails de fonctionnement du Bulletin et notamment le coût de l'insertion.

(3) Il a été jugé que, en raison du caractère spécial et fiscal de la loi, l'infraction existe indépendamment de toute intention coupable, par le seul fait de la violation matérielle des formalités imposées par la loi : Trib. corr. Seine, 4 juin 1913, *Journ. des Soc.*, 1914, 37.

çaises) (1) la reproduction complète des statuts, mais le nom de la société, la législation applicable, le siège social, l'objet, la durée de l'entreprise, son capital, le dernier bilan s'il y en a, les obligations émises, les apports en nature et avantages particuliers.

Quand cette publication a-t-elle lieu ? Cela dépend. Lorsque les actions sont prises par les fondateurs, on la retardera aussi longtemps qu'ils ne chercheront pas à les écouler. Mais, si les titres sont mis en souscription publique dès l'origine, c'est pendant la phase constitutive elle-même qu'on y devra procéder, antérieurement à ces souscriptions. L'omission des émetteurs n'entraînera pas d'ailleurs nullité de la société.

La nécessité de la notice au B. A. L. O. ne s'impose pas d'ailleurs seulement en cas d'émission d'actions mais aussi en cas d'émission « d'obligations ou de titres quelconques de la société » (art. 30 précité l. 1907). L'insertion doit avoir lieu au moment où ces titres sont offerts au public. Une fois effectuée elle produit en outre, depuis la loi budgétaire du 13 juillet 1925 (art. 101) cet effet particulier que « tous les tableaux d'amortissements, tous les tirages, avec ou sans lots, de titres..... ayant fait l'objet d'une insertion au B. A. L. O. depuis sa fondation, et les listes des titres sortis dans les tirages précédents et non remboursés seront insérés au *Journal Officiel*, à la charge et aux frais des émetteurs », le tout sous peine « d'une amende de 50 à 2.000 francs » (2).

Il s'agit, dans la loi de 1907, d'une innovation empruntée à la pratique du *prospectus obligatoire*, déjà suivie en droit anglais et allemand, et qui avait fait l'objet de propositions de MM. FLEURY-RAVARIN et CHASTENET, en 1897 et 1902 (3). Elle a pour but de tenir en garde les souscripteurs publics ou acheteurs publics de titres contre le mirage des valeurs qu'on leur propose. Ainsi qu'on l'a dit, elle a été réalisée par l'art. 3 (4) de la loi de finances du 30 janvier 1907 (5).

Ce sont les *syndicats de finance* (6) qui sont principalement visés, c'est-à-dire les fondateurs qui se groupent pour prendre tous les titres, confient à l'un d'eux le soin de les écouter à un prix minimum (7), for-

(1) Pour les sociétés étrangères, l'art. 3, L. 1907 exige, au contraire, la publication intégrale des statuts en langue française dans le Bulletin, v. *infra*, n° 779.

(2) Avant la loi de 1925, la publication obligatoire des tirages au *Journal officiel* ne concernait (art. 26, l. 30 décembre 1895) que « les titres émis avec l'intervention ou l'autorisation de l'Etat ».

(3) Le projet de loi de 1903 faisait plus largement usage de la publicité par la voie du Bulletin : notamment il exigeait (art. 58) que le projet de statuts, en son entier, fût inséré au Bulletin dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription. La nouvelle loi du 22 novembre 1913 impose également l'usage du Bulletin pour la convocation des deuxième et troisième assemblées modificatives des statuts, v. *infra*, n° 685.

(4) V. le commentaire de ce texte par M. WAHL, dans le *Journal des Sociétés*, mai et juin 1907.

(5) Un décret du 20 mars 1910 a étendu ce texte à certaines colonies françaises.

(6) Sur les syndicats de finance, v. les auteurs cités *supra*, n° 498, note 2. Adde : PIC, sous Paris, 12 décembre 1893, D. 96, 2, 481 ; SAYOUS, *Des Bourses allemandes de valeurs et de commerce* ; BAYART, *Le prospectus et son rôle dans la législation anglaise, 1903* ; COLLIEZ, *Les ententes de producteurs et de commerçants, 1903*.

(7) Depuis la loi du 3 décembre 1926, ces syndicats peuvent théoriquement tomber, selon les circonstances, sous le coup de l'art 419 nouveau C. pén. (v. *supra*, n° 498).

ment entre eux une association en participation à laquelle chacun adjoint, quant à lui, les membres de sa clientèle, devenant croupiers de leur participant de tête, et liquident finalement entre eux les résultats de l'affaire. Ceux à qui ils repassent insidieusement le stock après avoir tâté le marché, avec la connivence d'intermédiaires peu scrupuleux, sont trop souvent bernés. De là, un effort pour ouvrir les yeux à ces absorbeurs de titres. Ce qu'on publie alors, ce n'est plus, en réalité, la société, c'est la valeur rendue accessible à toutes les bourses, c'est l'action.

En la forme, l'innovation est assez maladroite. On ne sait pas bien encore aujourd'hui si le fait d'écouler les titres par *démarcheurs* opérant à domicile, si l'envoi des circulaires fermées ou ouvertes à des personnes quelconques, constitue ou non l'« introduction sur le marché » (1). La loi ne parle pas non plus des réparations civiles.

En fait, l'introducteur ne se contente pas d'insérer au Bulletin annexe du *Journal Officiel* la notice sus-énoncée. Il faut amorcer le public par d'autres moyens. Il chauffe la valeur, en lui attribuant des qualités qu'elle n'a pas, et la décrit dans un journal de finances, en mentionnant des « faits faux ». Même avant la loi de 1907, il y avait une sanction : celle que donne l'art. 15-1^o de la loi de 1867.

Sans doute, les personnes prenant ainsi les titres sur le marché seront liées par leur souscription publique ou par leur achat, et, à plus forte raison, les acheteurs ultérieurs. Les opérations sur valeurs ont un caractère plus ou moins aléatoire, qui ne permet pas de faire jouer sur elles les principes de la rescision pour vices rédhibitoires ou pour qualités faussement attribuées au bien trafiqué (art. 1641 C. civ.). Autrement, la publication primordiale d'un fait faux entraînerait pour les négociations une cascade de nullités, chose inadmissible.

Mais il reste du moins que le propagateur du fait faux est tenu de son délit, passible des peines de l'escroquerie même en l'absence de manœuvres proprement dites (voir n^o 569), et obligé de dédommager tout individu qui s'en est rapporté à ses allégations. L'art. 1382, combiné avec l'art. 15-1^o de la loi de 1867, suffisait à l'atteindre, avant même la loi de 1907. Celle-ci ne paraît pas avoir apporté au public un surcroît sérieux de protection, à une réserve près : l'émetteur, au lieu de garder le masque de l'anonymat, devra désormais se révéler dans la notice. Mais sera-t-il solvable ? Puis, de ce qu'il a fait insérer à l'*Officiel* les énonciations prescrites, s'ensuivra-t-il qu'il doive endosser la responsabilité de faits faux, sortis on ne sait de quelle officine ? Car est-ce bien lui qui en est l'auteur ? (2) Nous touchons ici les plaies les plus vives de la circulation des valeurs. La loi n'a pas encore trouvé le moyen thérapeutique de les traiter, ni l'hygiène pour les prévenir.

(1) Cfr. Trib. corr. Marseille, 10 juin 1908, *Journ. des Soc.*, 1909, 135.

(2) Le projet de loi KLOTZ sur la protection de l'épargne publique (Chambre des députés, 5 novembre 1912), étendant la notice obligatoire dans le Bulletin aux titres émis par les villes, provinces ou Etats, n'apporte pas, sur ce point capital de la preuve à fournir pour mettre en jeu la responsabilité de l'émetteur, signataire de la notice, d'éclaircissements notables (art. 13 du projet). Et par ailleurs — inconvénient sérieux — il offre un caractère nettement fiscal. V. *Annales de droit commercial*, 1913, p. 336 et s.

573. — C. *Publicité par inscription au registre du commerce* (loi du 18 mars 1919). — Les développements déjà fournis à ce sujet, à propos des sociétés par intérêt (v. *supra*, n° 362), nous dispensent d'insister. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, la déclaration au greffe du siège social doit être faite par les administrateurs de la société (art. 6, l. 1919). Les mentions sont en principe les mêmes que pour les sociétés en commandite, sauf en ce qui touche le personnel. Elles concernent : le siège social, la dénomination, la nature, l'objet, la durée, le capital de la société, la nationalité et l'état civil des administrateurs et, le cas échéant, du directeur (mais non pas des commissaires de surveillance), enfin les lieux où la société a des succursales ou agences en France et à l'étranger.

Lorsqu'il existe des *succursales* en France, leur immatriculation, mais seulement sommaire (dénomination, objet de la société, référence pour le surplus au registre du siège social), avec indication de l'état civil et de la nationalité du directeur de la succursale, doit avoir lieu en outre sur le registre du commerce des lieux de chacune de ces succursales ou agences (art. 11 et 4, 11° l. 1919).

Enfin, dans la première semaine de chaque mois, le greffier de chaque tribunal relève des *extraits* de chacune des déclarations qu'il a enregistrées dans le cours du mois précédent et les transmet à l'Office national de la propriété industrielle pour la constitution du *Registre central*, ou plutôt des registres centraux. Il existe en effet à l'Office national, non pas un registre central unique, mais deux séries de registres centraux. L'une de ces séries renferme les extraits relatifs aux commerçants, l'autre ceux relatifs aux sociétés ; et chacune d'elles comprend autant de volumes qu'il y a de tribunaux de commerce ou de tribunaux civils en tenant lieu (art. 15, décr. du 15 mars 1920 ; art. 7 de l'arrêté du 22 mars 1920). Ainsi se trouve organisé, ou tout au moins ébauché, un registre central des sociétés de commerce.

SECTION II

DE L'ACTION ET DE SA CIRCULATION

(C. com., art. 34 à 36 ; L. 1867, art. 2 et 3 ; L. 1893, art. 2 ; LL. 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 ; L. 26 avril 1917, art. 1).

574. — On a dit de l'action, comme Esope de la langue, beaucoup de bien et beaucoup de mal. Elle a groupé et dirigé sur les grandes entreprises les faibles épargnes, démocratisé le titre d'associé, en le mettant à la portée des petits, mobilisé les chemins de fer, les usines, en en transportant la copropriété sur des certificats de circulation facile.

Mais, sans parler des traquenards tendus par ce titre, il y aurait aussi contre lui bien des motifs de censure. C'est encore d'AGUESSEAU, après le système de Law, et personnellement victime des intrigues que lui avait values son courage devant l'agiotage, qui a le mieux dénoncé ses dangers (*Mémoires sur le commerce des actions*). Il a eu tort de généraliser en disant, sans assez de restrictions, que son trafic engendre de

fausses richesses, diminue les travailleurs, compromet les fortunes privées, pousse au luxe et aux dépenses, engage les consciences honnêtes, est funeste à la bonne foi.

Ce qui demeure vrai, c'est que l'action a fait pénétrer le lucre dans les classes autrefois étrangères à la spéculation. Elle a développé de nombreuses convoitises qui neutralisent en partie ses avantages économiques.

575. — L'action est opposée à l'intérêt, droit fixé à la personne, en ce qu'elle forme une part sociable *négociable*. L'actionnaire est un associé dont on ne cherche point les qualités individuelles, mais seulement la mise.

Il convient de parcourir les études suivantes : d'abord une *comparaison de l'action tant avec la commandite qu'avec l'obligation* ; puis l'examen des *traits caractéristiques de l'action* ; enfin l'*exposé des règles concernant respectivement les actions de numéraire, les actions d'apport, les parts de fondateur*.

Il ne sera parlé ici qu'en passant des « *actions de travail* » qui en réalité ne sont pas de véritables actions : leur étude est réservée pour une Section spéciale (VI) de ce Chapitre.

§ 1. — Comparaison avec la commandite d'une part et avec l'obligation de l'autre

576. — I. **Rapprochement avec la commandite.** — L'action se rapproche de la *commandite*. La part qu'elle représente est, au fond, de même nature qu'une part de commanditaire.

Nous avons dit : 1^o Que la nature (civile ou commerciale) du contrat qui lie le commanditaire à la société était discutée (n^o 333). Si on le considère comme civil, il faut statuer de la même manière à l'égard de l'actionnaire, encore que le *tribunal de commerce* du siège social, toujours compétent pour connaître des procès entre associés dans une société commerciale (art. 631-2^o C. com. depuis 1856, et art. 59 C. proc. civ.), connaisse par là même des contestations engagées par ou contre les actionnaires. — En tout cas, l'actionnaire, qui souscrit pour revendre, fait en revanche acte de commerce ;

2^o Que le commanditaire était tenu d'une *action directe* envers les créanciers (n^o 417). Il en est de même de l'actionnaire. Cette action directe procure aux créanciers (le plus souvent au syndic de faillite) l'avantage d'échapper aux exceptions que l'actionnaire pourrait opposer à la société, du chef d'un dol, d'une compensation, etc.

577. — De part et d'autre également, la *responsabilité est limitée*. L'actionnaire ne doit que le montant nominal de son action, c'est-à-dire au moins 25 ou 100 fr., si les statuts ont pris le type d'action le plus faible, et généralement une somme plus forte, 500 ou 1.000 fr. (C. com., art. 33). S'il l'a versée entièrement, il ne doit plus rien. S'il en a versé une partie, il ne doit plus que le complément.

C'est ainsi qu'on dit d'une action qu'elle est *libérée* du quart, de la

moitié, qu'elle est intégralement libérée. On sait que la libération du premier quart au moins est prescrite avant la constitution de la société (n° 521).

Le *non-versé* peut être l'objet, dans deux circonstances, de ce qu'on désigne un *appel de fonds* :

1° La société est *in bonis*, elle veut s'agrandir, procéder à de nouveaux travaux, achever sa mise en train. Il lui faut tout ou partie du complément des actions. On appellera un nouveau quart ou tout le reliquat. C'est à l'assemblée générale ordinaire à décider pareille mesure, — à moins que le conseil d'administration n'ait reçu des statuts pareil pouvoir ;

2° La société est au-dessous de ses affaires, *en faillite* ou *en liquidation*. L'appel de fonds servira à couvrir le déficit, à payer les créanciers. On admet en jurisprudence que, s'il y a faillite, le *syndic*, substitué à tous les organes de la société par le dessaisissement de cette dernière, peut de sa propre autorité exiger des actionnaires le complément. Il pourrait, s'il y trouvait avantage, provoquer le liquidateur (quand il y en a un) à l'exiger de sa place (PIC, dans les *Annales de dr. commercial*, 1886-87, p. 137). — On admet encore que ni le liquidateur, ni le syndic n'a à justifier préalablement du déficit, pour contraindre les actionnaires à libérer leurs titres (Req., 1^{er} mai 1907, D. 1907, 1, 373 ; Cass., 24 octobre 1910, D. 1912, 1, 487 ; PERCEROU, *Traité des faillites*, t. II, n° 1657). Il faudra donc rendre plus tard les versements, si l'actif suffit à rembourser les créanciers ou si la société obtient un concordat. Cela laisse des doutes sur l'exactitude de la solution (1).

578. — II. Rapprochement avec l'obligation. — La commandite diffère du prêt à intérêt. Nous allons, par symétrie, entreprendre un autre parallèle, celui de l'*action* et de l'*obligation*, quoique l'étude de celle-ci doive reparaître dans la section VII.

Beaucoup de sociétés procèdent, indépendamment de leur capital-actions, à des émissions d'obligations. Les émissions, ayant lieu en vertu du droit que la société a de conclure des actes, ne sont pas légitimement possibles avant le commencement de ses opérations. Mais une assemblée constitutive pourrait autoriser le premier conseil d'administration à y procéder une fois que la société aura été constituée. On se demandera, à propos des assemblées générales, sous quelles conditions cette opération est possible au cours de la société.

On ne doit point confondre l'action et l'obligation. Malgré leurs ressemblances de forme et une similitude fiscale, les droits nés de l'une et de l'autre diffèrent. C'est la distinction entre la *commandite* et le *prêt à intérêt* (n° 322) qu'il faut reprendre en substance.

579. — 1° L'obligation est une *créance*, un *prêt* ; — l'action est une part du fonds social, un droit d'*associé*.

L'obligation fait crédit à la société, à un autre que lui. Le capital-

(1) Voir THALLER, observations dans l'Examen doctrinal de jurisprudence commerciale de la *Revue critique de légis. et de jurispr.*, 1887, p. 227, et LABBÉ, dans le *Journal du Palais*, sous Cass., 20 novembre 1886, 1887, p. 113.

obligations ne forme point partie du capital de la société, de l'actif des associés. Cet actif se greève du montant des obligations émises. Les ressources s'augmentent bien des versements des obligations, ce qui permet à la société d'entreprendre de nouveaux travaux, en lui faisant espérer les bénéfices d'autant plus forts. Mais son passif se trouve, d'autre part, élevé d'un chiffre égal ; donc son capital n'a pas varié.

Placé lors du cercle des associés, l'obligataire ne concourt pas à leurs *délibérations*, il ne participe point aux assemblées générales de la société, pas plus qu'à son administration.

580. — 2° Le *risque* n'est pas le même pour l'obligataire et pour l'actionnaire. L'obligataire ne court pas l'aléa de la société, il est exposé seulement à le voir périlcliter. En cas de *faillite* de celle-ci, il sera *colloqué* avec les autres créanciers, car il en est un. A moins d'avoir stipulé les garanties telles qu'une hypothèque, il produira au marc le franc. Ce n'est qu'autant que le passif dépasse le capital, que l'obligataire, ainsi que tout autre créancier, se trouve atteint. C'est un résultat de fait.

L'actionnaire, si la société fait faillite, *s'efface* en présence des créanciers, obligataires compris. Il ne peut prétendre qu'au reliquat, une fois tous les créanciers remboursés. Si le passif égale l'actif, il perd sa mise, tandis que l'obligataire, en ce cas, sera rentré dans la sienne.

581. — 3° Comme rendement annuel, l'obligataire a droit à un *intérêt fixe*. Cet intérêt d'ailleurs, depuis la loi du 12 janvier 1886, n'est plus soumis à un taux maximum : dans le commerce il peut dépasser 6 0/0 (*Adde*, loi du 18 avril 1918, v. *supra*, n° 55).

L'actionnaire a droit à un *dividende variable*, selon l'état des bénéfices à l'inventaire. Ce dividende est illimité, il peut atteindre 20 0/0, il peut aussi tomber à néant, par absence de gains ou par pertes constatées (1).

La jurisprudence, on le sait, valide, sauf à savoir s'il faut en exiger la publicité, la *clause statutaire*, allouant aux actionnaires un *coupon fixe* de 5, de 6 0/0, même après un exercice en perte (n° 385). Ailleurs (Italie, etc.), la loi en limite la validité aux sociétés appelées à construire avant d'exploiter (chemins de fer, isthmes, etc.), pour cette période de construction seulement, et à un taux d'intérêt réduit (En ce sens, projet voté par le Sénat en 1884).

582. — 4° L'obligataire a droit à son remboursement : tout prêt est essentiellement remboursable. Les échéances seront réglées de manière à ne pas dépasser la durée de la société. Car c'est le produit de son exploitation qui permettra à celle-ci de se libérer. Lorsque le remboursement a eu lieu l'obligation est *amortie*.

(1) Dans beaucoup de sociétés de chemins de fer (spécialement dans les cinq grandes Compagnies, conventions de 1893), la *garantie d'intérêt*, procurée à titre d'avances par l'Etat (ou par le département), assure aux actionnaires un minimum de dividende. Au-dessus de ce minimum les excédents devront rembourser les avances que l'Etat avait faites dans les précédents exercices au titre de la garantie, ce qui ne laisse aux actionnaires l'espoir d'un dividende supérieur qu'une fois ce remboursement terminé. La notion du dividende variable est ainsi mise en échec pendant un certain temps.

L'amortissement s'opère d'après des *tirages au sort annuels*, échelonnés sur dix, vingt, trente ans ou davantage, par séries tantôt de nombre égal, tantôt d'un nombre croissant de titres. On sait combien d'obligations sortiront par an, et la société peut déterminer la somme qu'elle devra consacrer au service des titres, coupons d'intérêts et amortissement réunis. Mais nul obligataire ne sait quand sortira son propre numéro.

Lorsque l'obligation a été émise *au-dessous du pair*, à un chiffre inférieur à son montant nominal, le remboursement procurera une prime à l'obligataire : les porteurs les plus favorisés sont ceux dont les titres sortent au tirage en premier lieu. L'obligataire porteur d'un titre remboursable à 500 fr. n'a eu que 400 fr. à verser. L'écart entre le capital versé et le capital remboursé, entre le taux d'émission et le taux nominal, constitue la *prime*.

583. — Ces principes ne sauraient être suivis sans un correctif, pour les actions. Les actions, en général, ne sont pas remboursables. Les fonds des actionnaires restent dans la société jusqu'à sa fin. A ce moment, les actionnaires concourront au *partage*, ce qui n'est point un remboursement. Ils ont avant cette époque un moyen de rentrer dans leur argent, semblable à celui dont disposent les obligataires : c'est la négociation du titre.

Toutefois, certaines sociétés pratiquent l'amortissement statutaire de leurs actions, par tirages annuels, comme pour les obligations.

Ces sociétés sont généralement celles, comme les chemins de fer, les compagnies de gaz, qui exercent sur le domaine public une concession destinée à revenir à jour fixe à l'Etat ou à la commune avec le capital engagé, sans que le concédant ait à en fournir alors la contre-valeur.

Si l'on n'amortissait pas les actions, les actionnaires verraient à la dissolution s'éclipser le fonds social et, à moins d'avoir de longue date reconstitué leur mise par des prélèvements annuels sur leurs dividendes, ils perdraient alors la valeur sur laquelle ils comptaient.

Mais voici à quels points de vue cet amortissement se distingue de celui des obligations (1).

584. — A. Il ne donne pas droit à une *prime de remboursement*. Les actions n'ont pas été émises au-dessous de leur taux nominal. Autrement, le capital social annoncé n'aurait pas été *intégralement* souscrit (2).

(1) Une série de décrets (29 août, 23 et 27 septembre, 27 octobre et 21 décembre 1914, 23 mars 1915), avaient, pendant la guerre, accordé aux sociétés régies par les lois françaises, des délais pour le remboursement des obligations, la délivrance des lots, l'amortissement des actions, et le paiement des coupons, dividendes et intérêts. Mais un décret du 3 février 1920 (*J. off.* du 10 février) a mis fin, à partir du 31 mars 1920, à ce régime moratoire, sauf en ce qui concerne les sociétés dont l'exploitation se trouve dans les territoires précédemment envahis par l'ennemi.

(2) Il se peut, sans doute, que la société n'ait pas encaissé le montant nominal « au net », car elle a dû en déduire le montant de la commission (2 0/0 par exemple) servie aux banquiers qui ont fait le placement des actions. La différence entre 98 et 100 fr. ne constitue pas une prime de remboursement. L'actionnaire, par le fait de l'amortissement, ne retrouve toujours que la somme par lui déboursée.

585. — B. L'obligataire remboursé n'a plus aucun lien avec le siège social. L'actionnaire ne sort pas de la société par suite de l'amortissement. Il reçoit à la place de son ancienne *action*, dite de *capital*, une action nouvelle, dite de *jouissance* (1). L'action de jouissance ne confère pas autant de droits que l'action de capital. Comme l'actionnaire récupère sa mise, tandis que les autres ne sont pas rentrés dans les leurs, il bénéficiera désormais de moindres avantages que par le passé, ce qui est naturel.

1° On commencera par prélever sur les bénéfices des exercices à venir une somme suffisante pour servir aux actions de capital 5 ou 6 0/0 de leur montant, premier dividende, auquel les actions de jouissance ne concourront pas. Le surplus des bénéfices sera partagé *au prorata* entre tous les actionnaires des deux catégories indifféremment. — Les coupons annexés au titre relèvent quelquefois cette différence. L'action de capital a deux coupons : un coupon incorrectement appelé *coupon d'intérêt* et un *coupon de dividende*. L'action de jouissance n'a que ce deuxième coupon.

2° Si la société liquide avant l'amortissement total, l'actif, préalablement à tout partage, servira à rembourser les actions de capital encore en circulation.

586. — C. Il y a une troisième différence à relever. Elle résulte de ce que l'amortissement des actions ne doit s'exercer que *sur les bénéfices* et qu'il faut le suspendre dans les années où le bénéfice fait défaut.

Les obligations forment une *dette*, le tirage des séries exigibles doit s'effectuer avant tout calcul des bénéfices et quand même il n'y en aurait point. Le capital n'est point affecté par le remboursement, la société se libérant dans la mesure où elle diminue ses ressources : il y a balance.

A l'égard des actions la situation est autre. La société doit conserver son capital intact : tout remboursement aux associés équivaut à une entreprise occulte d'apport, violant le gage promis aux créanciers (voir le n° 377). La compagnie est au capital de 1 million. Si, après la première année, on amortit 100 actions de 500 francs sans bénéfice réalisé, le capital se trouve réduit de 50.000 francs. Les créanciers n'auront plus devant eux qu'un actif inférieur à celui qu'on leur avait annoncé. Ils pourront exiger de l'actionnaire remboursé, en cas de mauvaises affaires, le rapport de la somme payée à titre d'amortissement.

On doit, dans ces conditions, se demander quelle est la nature du remboursement procuré à l'actionnaire. Le problème est malaisé.

587. — Supposons d'abord que l'amortissement des actions doive véritablement, d'après les statuts, ne s'effectuer qu'avec des bénéfices

(1) Sur la question de savoir si, lorsqu'une société est amenée à la suite de pertes à réduire son capital social, elle peut, pour la portion du capital atteinte par la réduction, remettre aux actionnaires des actions de jouissance, v. DROUETS, *A propos d'un nouvel emploi des actions de jouissance*, *Annales de droit commercial*, 1923, 220 ; et FERROUD, *ibid.*, 1924, 57.

et être suspendu à la suite d'un exercice en perte. Certaines sociétés n'exploitant pas de concession de travaux publics, procèdent de cette manière.

Nous estimons qu'au regard de la société tout au moins, l'amortissement n'est pas un remboursement de l'action, en dépit des expressions employées, mais qu'il constitue un *dividende extraordinaire* dont profite l'actionnaire désigné par le sort. Les fonds de l'action demeurent dans la société, le capital de celle-ci est demeuré sauf (1). Il serait contradictoire de prétendre que le montant de l'action a fait retour à l'actionnaire et qu'il continue cependant à être intégré dans le capital.

Pourquoi alors faire fonctionner l'amortissement ? Par mesure de prévoyance, afin que l'actionnaire, dans les belles années, puisse se donner l'illusion que le montant de son action lui a été rendu, et capitaliser à nouveau ce dividende extraordinaire en opérant le placement ailleurs, au lieu de le consommer. Si la société doit éprouver ensuite un revers, du moins le principal de son action lui est-il rentré. Si la société doit continuer à être prospère, il trouvera une seconde fois dans le fonds de liquidation le montant de son titre ; cet élément de sa fortune aura été doublé.

Si ce point de vue est vrai, la règle couramment admise, du maintien pour l'action de jouissance du droit de concourir aux assemblées générales sur le même pied qu'une action de capital, se conçoit très bien. Nous en concluons encore : — a) que l'insolvabilité de la société survenant plus tard n'oblige pas l'actionnaire à rendre aux créanciers la somme qu'une fausse terminologie déclare lui avoir été remboursée ; — b) que même l'insuffisance de ressources au moment de la liquidation pour amortir les actions non encore sorties au tirage n'aurait pas pour résultat de contraindre à un rapport des porteurs d'actions de jouissance (à moins que de l'interprétation des statuts ne ressorte une volonté différente) ; — c) que l'amortissement n'a pas besoin d'être public.

588. — Une autre opinion a été soutenue (2) : l'amortissement serait un *partage anticipé* du fonds social, effectué par étapes et progressivement, quelque chose comme un « avancement d'hoirie », la remise donnée d'avance de sommes qui normalement n'auraient dû être distribuées qu'à la liquidation.

Ce système, du moment qu'il présuppose la condition essentielle de laisser le capital statutaire intact, et de n'effectuer l'amortissement qu'avec des bénéfices, ne se sépare pas sensiblement du précédent : ce qui est l'objet du partage anticipé, c'est le surplus des ressources sociales constatées par l'inventaire et dépassant le capital dû au public.

(1) MOREL, *Des actions de jouissance* (th. 1903) ; MARIA, *Etude sur les actions de jouissance*, préface THALLER, 1905 ; THALLER, *Dissertation dans le Journ. des Soc.*, 1906.

(2) VALERY, dans la *Revue générale de droit*, 1906, p. 32 et 121, 1907, p. 110 ; RIPERT, dans les *Annales de droit commercial*, 1907, p. 372 ; PIC, *Sociétés* (collection THALLER), t. II, n° 805 et s. — Voir d'autres constructions de BOUVIER-BANGILLON, dans le *Journ. des Soc.*, 1906, p. 147 et s. ; PLIQUET (th. Bordeaux, 1908) ; PERROUD, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 435 et s.

Le dissentiment ne se produira que sur l'une ou l'autre des règles d'application, sur la deuxième particulièrement.

588 bis. — La nature (dividende extraordinaire ou remboursement de capital) de l'amortissement des actions sur les bénéfiques présente un *intérêt fiscal* dont l'importance a d'ailleurs diminué depuis la loi du 13 juillet 1925 (art. 80 devenu l'art. 50 du décret de codification des valeurs mobilières). En stricte logique, si cet amortissement s'analyse en un dividende extraordinaire, il doit supporter l'impôt (aujourd'hui 18 0/0) sur le revenu des valeurs mobilières. La pratique s'était fixée pourtant en sens contraire. Mais la loi de 1925 précitée a statué en principe dans un sens opposé à cette pratique, et établi en règle générale que l'opération est soumise à l'impôt de 18 0/0. Il n'en est autrement que :

1° Pour « les sociétés concessionnaires de l'Etat, des départements, des communes, des colonies et protectorats qui établissent que l'amortissement par remboursement de tout ou partie de leur capital social... est justifié par la caducité de tout ou partie de leur actif social, notamment par dépérissement progressif ou par obligation de remise en fin de concession à l'autorité compétente » — solution parfaitement logique car, en pareil cas, c'est en réalité le capital qui sert à effectuer l'amortissement (v. le n° suivant 589).

2° S'agissant même d'amortissement sur les bénéfiques, pour « les sociétés dont les statuts prévoient l'amortissement obligatoire des actions » (1) — solution assez étrange car, encore qu'il soit obligatoire d'après les statuts, du moment qu'il n'a lieu que sur les bénéfiques, l'amortissement n'en demeure-t-il pas moins un dividende extraordinaire ?

589. — Mais tout cela ne tranche pas la difficulté à l'égard des compagnies de chemins de fer, c'est-à-dire des sociétés qui les premières ont mis l'amortissement des actions en faveur, bien que pour certaines d'entre elles la phase des tirages n'ait commencé qu'à une date relativement récente.

Pour ces compagnies, le remboursement s'effectue bien aux dépens du capital, lequel décroît d'année en année, de manière à être évaporé à la fin de la concession. Et c'est afin d'empêcher cette évaporation de frustrer l'actionnaire de sa mise initiale, qu'on a fait appel à sa prévoyance, en lui conseillant de refaire le placement de son action lorsqu'elle lui sera remboursée.

Les Compagnies de chemins de fer ont une façon particulière de tenir leur comptabilité. Le « compte d'établissement » est séparé du « compte d'exploitation ». On ne s'attache pas à maintenir à l'actif du premier compte les valeurs suffisantes pour assurer la stabilité du capital social : ce capital baisse à mesure que la concession suit son cours, puisque la valeur des travaux se rapproche du jour où l'Etat les reprendra gratis. On entend par bénéfiques nets les « recettes nettes » du trafic,

(1) Si l'amortissement obligatoire des actions n'a été stipulé dans les statuts que par voie de modifications, sans y figurer à l'origine, bénéficie-t-il quand même de l'exemption légale ?

déductio . faite des frais d'exploitation, et ces bénéfices sont distribués partie en amortissement d'actions, partie en dividende ordinaire. Rigoureusement, il aurait fallu retenir sur eux de quoi conserver le capital immuable. La Compagnie ne le fait point.

S'ensuit-il que la pratique des Compagnies soit irrégulière ? On peut la défendre en disant : 1° que les statuts remontent à une époque où n'existaient encore ni les lois réglementaires des sociétés par actions, ni avec elles le principe de l'immutabilité du capital ; 2° que le décret, qui les a homologués par application de l'art. 37 C. com., fait loi à l'égard du public ; 3° que ces Compagnies, par la garantie que l'Etat leur donne sont d'une solidité que les brèches faites à leur capital ne sauraient ébranler.

On peut défendre mieux encore cette pratique, au point de vue doctrinal, en la décomposant suivant le deuxième système précédemment décrit, en un remboursement anticipé, mais avec la clause tacite que le capital remboursé serait sujet à rapport au cas improbable de revers et de cessation de paiements. La Compagnie aurait placé une partie de ses ressources chez ses actionnaires eux-mêmes.

Dans les Compagnies de chemins de fer comme dans les sociétés de la première catégorie, les actions de jouissance donnent accès aux assemblées générales avec des droits égaux à ceux des actions de capital.

590. — Au sujet des actions de jouissance, il y a d'autres remarques à faire :

1° Les statuts pourraient décider que l'amortissement emportera sortie complète de l'actionnaire et ne donnera pas lieu à la délivrance d'un titre nouveau : en ce cas, son concours aux assemblées postérieures n'aurait plus de raison d'être.

2° Mais que le remboursement dût se faire d'une manière ou d'une autre, il fallait, avant la loi du 22 novembre 1913, qu'il eût été prévu par les statuts. Une assemblée générale extraordinaire ne pouvait pas, sans porter atteinte aux droits individuels, décider une pareille mesure, même dans les conditions réglées par l'art. 31 de la loi de 1867 : encore cette solution était-elle contestable (1). En tout cas, elle n'est plus exacte aujourd'hui, du moins pour les sociétés postérieures à la loi du 22 novembre 1913 : par cela même qu'elle reconnaît en principe à l'assemblée générale extraordinaire le droit de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, cette loi (V. *infra*, nos 693 et s.) l'autorise à décider un prélèvement sur les bénéfices en vue de l'amortissement des actions.

3° Dans tous les systèmes, on admet que les sommes provenant de l'amortissement représentent *dans la fortune particulière de l'actionnaire*, à qui elles sont remboursées, une valeur de capital, et non un

(1) Par argument de la loi du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité, d'où il semble bien résulter que désormais l'assemblée extraordinaire peut modifier la répartition statutaire des bénéfices : PERCEROU, *Du pouvoir de l'Assemblée générale extraordinaire de modifier les statuts, spécialement au point de vue de la loi du 16 novembre 1903*, 1908, nos 32 et s. V. *infra*, n° 693.

revenu (1). Si l'action est l'objet d'un usufruit ou dépend d'une société matrimoniale d'acquêts, la liquidation de cet usufruit ou de cette société obligera qu'on fasse état du montant du remboursement au nu propriétaire ou à l'époux de qui provient l'action. L'usufruitier ne pourra pas conserver cette valeur, il la restituera avec l'action de jouissance à l'expiration de son droit.

4° On signale, à côté des actions de jouissance résultant du remboursement des actions de capital, d'autres actions dites aussi actions de jouissance, créées dès l'origine de la société, en représentation d'apports en industrie, et rétribuées par une simple participation aux bénéfices. On se demandera si elles sont régulières, à l'occasion des parts de fondateur (n° 640).

591. — Il y a une question commune à l'amortissement des actions et à celui des obligations. Elle naît de la *continuation par erreur, aux obligations et aux actions sorties au tirage, du service des intérêts ou des dividendes*.

Elle a été résolue par l'art. 70 ajouté à la loi de 1867 par celle de 1893, mais seulement à l'égard des titres émis par des sociétés françaises, ce qui écarte l'application de ce texte : 1° des *obligations d'Etat*, de département, d'établissements publics (Chambres de commerce, etc.) ; 2° des titres des *sociétés étrangères*, même quand le service des coupons serait effectué en France, leur législation d'origine les réglant exclusivement.

Le porteur ignore l'amortissement dont son titre a été l'objet. Il continue à le présenter, et touche les intérêts ou les dividendes. Le siège omet de collationner avec la liste des numéros sortis le titre présenté.

Cette méprise se prolonge pendant dix ans, par exemple. Le porteur a touché indûment un montant de coupons atteignant maintenant la moitié du principal de son titre. Lorsqu'il réclame ce principal, la société lui oppose qu'elle a payé un *indu* de coupons pendant dix ans (art. 1376 C. civ.), et elle veut déduire cet indu du montant du titre, n'en rembourser que la moitié.

Cette prétention a été autrefois accueillie en jurisprudence. Elle était doublement injuste : — *a*) en ce que la société, ayant gardé la valeur du titre, en avait profité, et devait raisonnablement en servir toujours l'intérêt ; — *b*) en ce que, s'il y avait eu une faute dans le retard, elle retombait surtout sur le siège social, qui n'avait point organisé ses bureaux pour retirer de la circulation ce titre amorti.

D'après le nouvel art. 70, cette jurisprudence est condamnée. La

(1) De là, avant la loi du 13 juillet 1925, art. 80 (v. *supra*, n° 588 bis), des arrêts ont conclu aussi que le montant de l'action amortie, représentant dans le patrimoine de l'actionnaire un capital et non un revenu, est exempt de la taxe sur le revenu des valeurs mobilières (Cass., 8 mars 1898, D. 1900, 1, 388). — Cette solution est peu d'accord avec celle, admise pourtant aussi en jurisprudence, d'après laquelle les actions nouvelles émises en représentation des réserves, à titre d'augmentation du capital, sont au contraire soumises à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, Cass., 3 avril et 24 juillet 1911, *Journ. des Soc.*, 1912, 491. *Contra*, Saint-Quentin, 6 mai 1914, *Journ. des Soc.*, 1916, 37.

société ne peut plus exercer, ni par voie de demande ni par voie d'exception, la répétition des coupons indûment payés.

Mais, dit-on, cette règle n'étant pas d'ordre public, la société introduira dans les reçus d'encaissement des coupons une clause de répétition ! — Quoique telle ait été la déclaration du commissaire du gouvernement, il vaut mieux considérer cette clause comme sans effet : on est en présence d'une faute lourde dont la société ne peut pas s'exonérer.

§ 2. — Signes distinctifs de l'action

592. — En relevant les articles qui parlent de l'action (art. 34 à 39 C. com.), ainsi que ses traits sur le marché, on constate en elle, au moins dans la plupart des cas, trois caractères : 1° l'égalité de coupures ; 2° la délivrance d'un certificat ; 3° la négociabilité du droit.

Nous ne parlons pas en outre de la limitation de responsabilité à la mise (art. 31) qui a bien son importance, une importance même très grande.

593. — 1° **Egalité de valeur.** — Les actions sont de valeur égale, dit l'art. 34, ce qui signifie à la fois : a) égalité dans le montant des actions ; b) égalité proportionnelle dans les bénéfices à recueillir.

Ce principe est-il de l'essence de l'action ? Dans deux cas déterminés, on n'a pas hésité à y contrevenir : 1° Certaines petites sociétés commencent par adopter le taux de 25 francs ; puis, lorsqu'elles élèvent leur capital au-dessus de 200.000 francs, elles sont obligées de donner aux actions nouvelles la valeur de 100 francs. Elles pourraient alors convertir les actions d'origine en titre au taux nouveau, elles ne le font pas toujours.

2° Dans certaines sociétés de charbonnages du Nord, qui étaient civiles, il est vrai, on a divisé le capital en actions de quotité, type reconnu par la loi du timbre du 5 juin 1850, art. 14 (v. infra, nos 761 et 761 bis). Celles-ci sont chiffrées non par une somme fixe, mais par une fraction, 1/100, 1/50 du capital, et la fraction n'est pas la même pour chacune d'elles.

594. — **Actions de priorité** (1). — Plus délicate était restée, jusqu'à la dernière époque, la légalité des actions de priorité ou actions privilégiées, aujourd'hui tranchée par deux lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903, dont la seconde a abrogé la première en corrigeant ses erreurs et ses obscurités.

(1) V. sur les actions de priorité, WAHL, dans le *Journ. des Soc.*, 1902, p. 97 et s., et 1903, p. 49 et s. ; LECOUTURIER, *La nouvelle législation des actions de priorité*, 1903 ; DECUGIS, *Les actions d'apport et les actions de priorité*, 2° éd., 1904 ; BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées*, 1905 ; LYON-CAEN et RENAULT, 4° éd., 866 bis ; PERCEROU, *Journ. des Soc.*, 1907, janvier et mars ; HOUPIN, *Traité des Soc.*, 6° éd., t. I, n° 369 et suiv. ; THALLER, *Des divers emplois possibles d'actions de priorité*, au *Journ. des Soc.*, 1912, 385. — On examinera plus loin, à l'occasion des modifications des statuts, le contre-coup exercé par la loi de 1903 sur l'interprétation des pouvoirs d'ensemble de l'assemblée extraordinaire.

On entend par actions de priorité des actions « jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité soit sur les bénéficiés, soit sur l'actif social, soit sur les deux ». Ex. : Une catégorie déterminée d'actions s'attribueront un dividende minimum de 5 0/0 de leur montant, avant que l'autre catégorie puisse toucher les bénéficiés. L'excédent ou bien reviendra totalement aux actions ordinaires, ou bien leur sera appliqué jusqu'à un dividende de pareil taux, ou bien sera partagé également entre les actions des deux espèces.

D'autres variétés sont concevables : si les bénéficiés d'un exercice ne suffisent pas à parfaire le dividende minimum des actions privilégiées, la différence sera portée par *accumulation* aux exercices postérieurs, et les actions de priorité récupéreront sur les gains d'une année prospère l'arriéré qui leur avait précédemment échappé. Cette pratique, rare chez nous (1), est courante dans les sociétés anglaises, lesquelles créent, dès l'origine de l'entreprise, deux classes d'actionnaires ayant ainsi des droits inégaux.

L'utilité des actions de priorité surtout en cours de société et après de mauvaises affaires. L'appel à de nouveaux capitaux risque de n'être pas entendu, si les nouveaux actionnaires doivent concourir avec les anciens à des bénéficiés probablement médiocres. Une émission d'obligations n'aurait pas non plus de succès : l'obligataire tient à une certitude de revenu.

594 bis. — Le privilège conféré aux actions de priorité peut consister en un droit de vote plus fort (art. 34, 3^e al. C. com., modifié en 1903) : elles sont dites alors « actions à vote plural ». Depuis un quinzaine d'années, il a été fait en France de ce genre de titres, qui paraît nous être venu d'Allemagne, un emploi de plus en plus fréquent, et qui parfois tourne nettement à l'abus (2).

(1) Sur le caractère pratiquement illusoire (en raison de l'abus des « reports à nouveau » de bénéficiés sans aucune mise en distribution) du droit préférentiel aux dividendes conféré aux actions de priorité, lorsque le dividende préférentiel stipulé en leur faveur n'est pas cumulatif, v. la Chronique financière du *Temps*, n^{os} des 5 et 26 novembre 1923.

(2) THALLER, *Journ. des Soc.*, 1912, p. 394 et s. ; DANOS, *Les actions à vote plural*, th. Paris, 1922 ; AMIAUD, *Les actions à droit de vote inégal*, 1922 ; LAURENT, dans *l'Economie nouvelle*, 1921, p. 519, et 1923, p. 233 et s. ; BOURCART, *Journ. des Soc.*, 1923, 417 ; HENRI MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, 1924, 2^e édition, 1929 ; ESCARRA, *A propos des actions à droit de vote privilégié*, *Annales de dr. comm.*, 1927, p. 5 ; BARATIN, *Les actions à droit de vote privilégié*, *Rev. Soc.*, 1927, p. 169 ; H. SOLUS, *La réglementation des actions à droit de vote privilégié*, *Rec. jurid. Soc.*, 1927, p. 275 ; H. SOLUS, *Les actions à droit de vote privilégié*, 1923. En 1922, M. LESACHÉ a déposé une proposition de loi tendant à la suppression pure et simple des actions à vote plural (v. cette proposition de loi dans le *Recueil jurid. Soc.*, 1923, p. 69) ; remaniée dans un sens plus libéral par la Commission de législation civile, cette proposition a été adoptée par la Chambre en 1926 (*J. off.*, Documents parl., annexe, n^o 3096). Le gouvernement a d'ailleurs déposé le 18 mars 1927 un projet de loi réglementant les actions à droit de vote privilégié (*J. off.*, Documents parlém. Sénat, annexe n^o 133). La Commission extra-parlementaire pour la protection de l'Épargne publique instituée au Ministère des Finances (1929) a élaboré un nouveau projet, plus sévère que celui de 1927. — Sur l'état de la question en Allemagne v. G. DERNIS, *Le droit de vote dans les sociétés anonymes en droit allemand*, 1929, compte rendu dans les *Annales de droit commercial*, 1929, 190. — En France il semble que finalement on veuille s'orienter vers la suppression complète des actions à droit de vote privilégié.

595. — La société pouvait-elle, d'après le Code de commerce et la loi de 1867, émettre des actions de priorité ?

Oui, (et encore était-ce discuté, à cause de l'art. 34 C. com., faisant peut-être de l'égalité des actions une règle essentielle), lorsque les statuts avaient dès l'origine divisé le capital en deux groupes d'actions.

Mais non, en vertu d'une délibération prise au cours de la société : les actions nouvelles devaient conférer les mêmes droits que les anciennes. Exceptionnellement cela était permis : 1° si tous les actionnaires, à l'unanimité, se prononçaient en faveur de la mesure ; 2° si les statuts avaient formellement reconnu à l'assemblée générale le pouvoir d'augmenter le capital *par émission d'actions même de priorité*. — On parlait de l'idée, qui sera reprise plus loin dans l'étude des assemblées générales extraordinaires, que toute mesure nouvelle qui contrevient à l'« égalité » des droits des actionnaires porte atteinte aux bases fondamentales de la société et ne peut être délibérée à la majorité.

596. — Cette rigueur n'a pas été maintenue dans les lois nouvelles de 1902 et de 1903 inspirées par la législation allemande. — Dorénavant, même dans le silence de l'acte de société, l'émission d'actions de priorité est reconnue licite (pour toute société par actions, en commandite ou anonyme, et même pour une société fondée antérieurement à ces lois), pourvu que les statuts n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature.

Cette émission est subordonnée à un vote de l'assemblée extraordinaire pris aux conditions de majorité de l'art. 31 de la loi de 1867. En outre, lorsque la décision comporte une modification dans les droits attachés à une catégorie parmi les actions déjà existantes, il faudra tenir une *assemblée spéciale* des actionnaires de la catégorie visée. Celle-ci réunira la moitié (les 3/4, depuis la loi du 22 novembre 1913, art. 2, modifiant l'art. 34 dernier § C. com., puis la moitié et enfin le 1/3 seulement dans les deuxième et troisième assemblées subsidiaires prévues par la loi nouvelle, v. *infra*, n^{os} 693 et s.) au moins du capital représenté par les actions intéressées, et devra ratifier la délibération de l'assemblée générale (1).

Les actions de priorité ont reçu par le fait des lois de 1902 et 1903 un sérieux élan. Elles ressemblent aux obligations en ce que, comme celles-ci, elles passent avant les actions ordinaires. Mais elles s'en séparent profondément : 1° en ce que l'action de priorité ne peut prétendre qu'à un prélèvement sur le bénéfice effectif ; 2° en ce que, dans les années prospères, l'actionnaire de priorité aura, non un intérêt fixe, mais un dividende peut-être illimité ; 3° en ce qu'il concourt aux assemblées générales, et cela, à moins de clause contraire, avec un droit de vote égal à celui des actionnaires ordinaires.

(1) BOURCART, *op. cit.* Cet auteur observe justement que la loi de 1903 substitue à l'opposition individuelle de l'actionnaire l'opposition du groupe qui comprend en face de la collectivité l'ensemble des actionnaires soumis au même traitement, et que, tous les membres de ce groupe ayant un intérêt semblable, le vote émis par lui à la majorité protège largement ses droits.

597. — Il se peut, tout à l'inverse, que la société augmente son capital, en pleine prospérité. Les actionnaires d'origine, qui ont été à l'épreuve, méritent un sort meilleur que les actionnaires nouveaux, sûrs de l'avenir.

Ils pourraient se réserver à eux-mêmes, un dividende de priorité. Plus généralement, ils conviennent que les actions seront émises avec une *prime* (1), à 600 fr. au lieu de 500 : cette prime sera portée à la réserve déjà alimentée par les bénéfices des anciens exercices, à moins qu'elle ne leur soit directement partagée. Cette dernière convention est proscrite en Allemagne.

598. — Une dernière qualité de l'action se rattache à l'égalité des coupures. Les actions, pour comporter un cours, se chiffrent par des fractions d'arithmétiques régulières, ou mieux par des sommes rondes. Elles doivent se prêter à une *unité de mesure* : la *tonne* ou l'*hectolitre* devient ici le *titre* de 100 ou de 500 fr. Les actions, mêmes inégales, obéissent toujours à un facteur commun.

Par la même raison, l'action est *indivisible*. On ne peut pas la faire tomber, par une transmission partielle, au-dessous du taux statutaire. L'action ne se divisera pas entre les héritiers de l'actionnaire, il faudra la liciter ou la mettre dans un seul lot. Pendant l'indivision, les héritiers devront déléguer aux assemblées un représentant commun.

599. — 2° **Délivrance de certificats.** — L'action est établie sous la forme d'un titre (art. 35 et 36). Les actions sont représentées par des *certificats* soumis à un droit de timbre au comptant de 2 francs ou de 4 fr. 0/0 (suivant que la société doit durer dix ans ou davantage), convertible, à la demande de la société, en une taxe annuelle de 0 fr. 20 0/0, décimes compris (art. 27 et 30 de la loi du 4 avril 1926 ; Décret de codification des valeurs mobilières, art. 1, 6, 10 et 13).

De l'existence de ce titre, des écoles étrangères, surtout allemandes, ont déduit une nature d'engagement *sui generis* : la dette matérialisée dans le certificat, se dégagant de sa cause concrète, l'*engagement littéral*. Quoi qu'il en soit de la doctrine vraie, on doit présenter le titre afin de justifier de son droit. D'après une expression, également usitée à l'étranger, l'action est un *titre de présentation*.

L'incorporation du droit dans un instrument de papier intervient, ainsi que l'égalité de valeur, comme une nécessité du trafic. Il faut, pour que l'action circule, qu'elle soit matérialisée, qu'elle devienne marchandise.

(1) Sur la nature juridique de la prime (bénéfice, capital, ou apport en sus du capital) en cas d'émission d'actions au-dessus du pair, v. U. MANARA, *La pretesa impossibilita di sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione*, 1910, dans les *Annales de droit commercial*, 1911, 161 ; 1912, 336 ; les articles de MM. WODON et CORBIAU, dans la *Revue pratique des sociétés* (belge), 1913, 72 et 129 ; HOUPIIN, *Du caractère des primes d'émission d'actions*, dans le *Journ. des Soc.*, 1921, p. 241 ; BARATIN, *Rev. Soc.*, 1920, p. 65, et 1921, p. 1 ; AMIAUD, *Des comptes de réserve dans les sociétés par actions*, 2^e éd., n^{os} 82 et suiv. ; THALLER et PIC, n^{os} 1413 et suiv. On trouvera un exposé complet de la question (nature juridique, affectation, régime fiscal dans le livre de M^{lle} J. VANDAMME, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, Paris, 1928 (préface PERCEROU).

600. — 3^o **Négociabilité.** — L'action est *négociable*. C'est là un de ses traits dominants. Qui dit titre *négociable*, dit titre plus que *cessible*. La négociation est considérée comme une cession plus rapide que la cession de créance ordinaire du droit civil. En réalité, la négociation relève non pas de la cession-transport, mais d'un genre d'opération très différent : on la peut rattacher à la *délégation*.

Il faut ici prendre les choses de haut. Une créance, ou plus exactement un « *droit incorporel* » (expression incorrecte, mais employée dans la rubrique du chapitre VIII au titre *De la vente* dans le Code civil) peut être aliéné d'une personne à une autre alternativement par deux procédés : par la *cession-transport* et par la *délégation*.

La *cession-transport* est réglée dans les art. 1690 et suiv. Le cessionnaire est mis au lieu et place du cédant, il acquiert en vertu d'un mode dérivé. La cession opère *inter partes* par la seule vertu de la convention. Mais, pour produire effet au regard des tiers, la convention doit être complétée : a) soit par une signification du transport au débiteur cédé ; b) soit au moyen d'une acceptation en forme authentique faite par le débiteur agissant de sa propre initiative ou invité à donner cette acceptation (art. 1690). Le débiteur, même après cette signification ou acceptation, peut opposer au cessionnaire les moyens de défense qui lui appartenaient contre le cédant (sauf une réserve relative à l'exception de compensation) : ce cessionnaire n'a pas pu être investi d'un droit meilleur que n'était celui de son cédant.

La *délégation* est un acte fort différent, réglé dans la partie du Code civil qui a trait à la novation (art. 1271 et s.). Elle suppose une participation plus étroite à l'opération du tiers débiteur du droit aliéné. L'aliénateur donne ordre à ce débiteur de se prêter à une substitution de créancier. Il l'invite à contracter envers l'acquéreur un engagement de même nature que celui dont le débiteur était jusque-là tenu envers lui. Le tiers, obéissant à cette invitation, donne sa foi à l'acquéreur à qui il est délégué. Il y a acceptation non de cession, mais de délégation, et celle-ci n'a pas besoin d'être faite par acte authentique. L'acquéreur n'argue pas des droits d'un auteur, il n'est pas ayant cause, il agit en vertu d'un droit propre, né de la délégation en sa personne. Les moyens qui viciaient le droit chez l'aliénateur cessent de militer contre lui-même, si la délégation dûment acceptée est exempte de ces vices.

La délégation ne perd pas de jour en jour ses anciens retranchements, elle n'est pas devenue un mode d'aliénation vieilli. Le contraire est plus vrai. Le succès des institutions commerciales tient à une place de plus en plus considérable prise par la délégation aux dépens de la cession-transport. Elle sert la cause du crédit plus énergiquement que la cession. Le nombre des applications que reçoit la délégation est incalculable : nous citerons : a) la transmission actif et passif de l'établissement commercial (n^o 449), b) l'endossement de l'effet de commerce et même l'émission originaire de la lettre de change ainsi que du chèque, c) le virement de banque entre deux clients, dont le chèque n'est lui-même que la préparation, d) la circulation des filières de Bourse, e) le transport par voituriers successifs.

Or c'est à cette même délégation que peut se rattacher la négociation des actions (ainsi que celle des obligations ou des rentes sur

l'Etat), soit que ces titres affectent la forme *nominative* ou la forme au porteur.

601. — I. **Action nominative.** — L'action est dite *nominative*, lorsque la propriété en est établie par une inscription de son titulaire sur les registres de la société (art. 36, al. 1^{er} C. com.). Son aliénation s'opère par voie de *transfert* (art. 36, al. 2). Le transfert est soumis à un droit de transmission, naguère de 0,50 0/0, puis (L. 26 décembre 1908, art. 5) de 0,75 0/0 sans décimes, et aujourd'hui (art. 21 L. du 19 décembre 1926) de 0,80 0/0 sans décimes, sur le montant du prix. La société doit après chaque trimestre transmettre à l'Enregistrement le relevé des transferts effectués : pour se couvrir, elle avait prélevé le droit contre l'acheteur lors de chaque transfert (L. 23 juin 1857 (art. 7 ; L. 16 septembre 1871, art. 11 ; L. 30 mars 1872, art. 1^{er}).

L'action nominative n'a pas besoin d'un titre détaché. Une société qui ne livrerait aucun certificat à ses actionnaires agirait régulièrement. Il y a des exemples de cette pratique. On se soustrait par là à l'impôt du timbre (n° 599).

La société connaît l'actionnaire par l'immatriculation faite de son nom sur les registres sociaux (1). Entrer à l'assemblée générale, faire un procès à la société ou à ses administrateurs, concourir au partage du fonds social, obtenir le remboursement de son action amortie, bref, exercer les divers avantages du droit, on le peut, à condition de prouver qu'on est celui qui est inscrit au registre. Pour le paiement du dividende, on verra que la présentation du titre suffit.

Pour qu'une aliénation opère au regard de la société et des tiers, il faudra « inscrire sur les registres sociaux une déclaration de transfert signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir » (art. 36, al. 2 C. com.). Le transfert consiste donc en une substitution sur les livres du nom de l'acheteur à celui du vendeur.

Un lien direct s'est ainsi établi entre la société et l'acheteur. Celui-ci aura des droits aussi fermes que s'il avait souscrit l'action, et les exceptions que la société aurait pu opposer au vendeur, pour l'empêcher d'exercer les avantages apparents de l'action, ne lui sont pas opposables à lui-même.

Le vendeur a sans doute « aliéné » l'action ; mais cela ne prouve pas du tout que le moyen employé en vue de réaliser cette aliénation soit une « cession ». Le vendeur a donné ordre à la société de prendre envers l'acheteur l'engagement qui la liait envers lui, et s'est obligé de son côté à ne plus se porter actionnaire. La société a déferé à cet ordre, elle a accepté la substitution.

Ce qu'il y a de particulier dans cette acceptation, c'est que la société s'est privée d'avance du pouvoir de la refuser, si l'acheteur pré-

(1) Il existe un moyen de rapprocher, en fait sinon en droit, le titre au porteur du titre nominatif : c'est d'en faire le dépôt contre récépissé nominatif dans les caisses mêmes de l'établissement émetteur. Celui-ci, connaissant le titulaire, le convoque aux assemblées générales par lettre individuelle comme s'il s'agissait d'un titre nominatif, etc. Mais cela n'empêche pas qu'en droit, les titres déposés restent des titres au porteur. — Comp. René POMMIER, *Du dépôt de titres au porteur dans les caisses de l'établissement émetteur*, th. 1914.

senté n'est pas incapable ou failli et si le vendeur n'est pas frappé d'incapacité lui-même. La société accueille toute les personnalités du public, sans égard à la confiance individuelle qu'elles peuvent lui inspirer. A l'origine, elle reçoit toutes les souscriptions. Puis, elle reçoit toutes les négociations, sans pouvoir écarter les acheteurs qui lui déplaisent. Pour les écarter, il faudrait insérer une clause dans les statuts.

Le seul rôle de la société est de vérifier, d'une part l'identité, et de l'autre la capacité des parties. Le donneur d'ordre devient un faussaire, ou bien est-il interdit, failli, etc. ? La société devra refuser le transfert. Hors de là, elle n'est pas admise à le faire. De même quant aux conditions d'identité et de capacité de l'acheteur : à dire vrai, inscrire un acheteur incapable ou autre que la personne qui a traité la négociation, induit la société en un risque moindre que quand c'est le vendeur qui est faux ou sans droit.

602. — Ce rattachement à la délégation, et non à la cession, de la négociation d'action ou d'obligation, est judicieux. Le transfert doit garantir l'acheteur de tous vices latents que les rapports de son vendeur avec la société auraient introduits dans le droit : il n'est plus possible d'invoquer ces vices contre lui. L'aliénation est consolidée à partir du moment où la société a enregistré son nom. Il n'y a de sécurité dans le trafic qu'à ce prix.

Cette décomposition s'appuie surtout sur l'histoire. Toutes les études publiées depuis trente ans, surtout en Allemagne, concernant l'évolution des sociétés dans l'ancien régime, concordent sur le point suivant : la pratique du transfert primitif, notamment à Amsterdam pour la négociation des actions de la Compagnie des Indes, sous la forme d'un *virement de parties*. L'actionnaire, lorsqu'il vend l'action, fait débiter son compte à la Compagnie et ouvrir un compte créditeur à celui qui le remplace. Le Dictionnaire de SAVARY relate la même opération. La procédure de la *reconstitution*, admise en France par arrêt du Conseil du Roi du 1^{er} février 1747 pour l'aliénation des rentes de l'Hôtel de Ville, repose sur la même idée. Le transfert moderne descend de là (1).

603. — De là, les conséquences suivantes : — 1° Si la société procède indûment au transfert, à la requête d'un faussaire ou d'un incapable, le *verus dominus* ou le représentant de l'incapable exigera le rétablissement de l'inscription primitive.

2° Mais la société, quoique trompée sur l'identité ou sur la capacité du vendeur, ne pourra pas se dégager envers l'acheteur immatriculé. Au regard de celui-ci, l'opération a eu une cause licite, il a versé un prix. L'interposition d'un agent de change ou autre courtier ne lui

(1) V. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 2^e vol., 1904, § 54 ; KOSTANECKI, *Das Aktienindossament*, 1900 ; MINARD, *Le titre nominatif, nature et fonctionnement*, 1897 ; LÉVY-ULLMANN, *Essai sur les titres nominatifs (Annales de droit commercial, 1897, p. 50 et 117)* ; THUILLIEZ, *Essai historique sur le titre nominatif et sa transmission*, 1900 ; JULLIOT, *Nature juridique du transfert des titres nominatifs, stipulation pour autrui ou délégation (Annales de droit commercial, 1904, p. 201 et 273)* ; THALLER, *De la nature juridique du titre de crédit*, 1907, n^o 120 et s.

aura même pas permis de connaître son vendeur. Nous reportons à la matière de l'endossement de la lettre de change, voisine en réalité du présent sujet, l'explication de ce phénomène curieux : le nouveau bénéficiaire est investi du droit, dès que le tiers délégué l'a accepté, et quoique ce délégué ne fût pas tenu envers le déléguant.

L'imprudence de la société détermine une extension du nombre des actions, quoique le capital demeure le même. L'action irrégulièrement vendue se dédouble et aura deux inscriptions intégrales au nom de deux personnes. Ce résultat n'a rien d'irréalisable. Les tiers ne sont pas trompés sur le capital. Il y aura seulement un prenant part de plus dans les bénéfices et dans le partage. Cela fera tort aux autres actionnaires, mais ils répondent de la faute de la société et de ses administrateurs (art. 1384).

3° Afin de se couvrir contre le risque de responsabilité, la société peut exiger que l'identité et que la capacité des parties lui soient certifiées par un *agent de change* ou par un *notaire*. Les statuts énonceront la classe d'officiers publics dont les parties auront à employer le ministère. S'ils ne disent rien, il faut sous-entendre le droit pour la société d'exiger le concours d'un agent de change à cet effet (D. 7 octobre 1890, art. 76, al. 3).

Le soin de vérifier la légalité du transfert incombe alors à cet officier public. Non pas que le siège social puisse se dégager envers les intéressés : la faveur que nous verrons, sous le chapitre de la Bourse, pratiquée à l'égard du Trésor, quant à la rente sur l'Etat, et qui découle de l'arrêté du 27 prairial an X, art. 15 et 16, ne s'étend pas aux actions de sociétés. Mais le siège social aura son recours contre l'agent de change ou officier public, qui lui a certifié la validité de l'opération (1).

4° On étudiera plus loin la répercussion exercée par cette délégation, non plus sur la « partie active » de l'action, mais sur sa « partie passive », c'est-à-dire sur les appels de fonds dont est sujet le titre encore incomplètement libéré. Le vendeur continue-t-il à en répondre (n° 623) ? La question est temporairement réservée.

5° Nous estimons, sans être d'accord sur ce point avec l'opinion générale, que l'aliénation de l'action nominative ne pourrait pas, au regard de la société, s'effectuer par un autre mode que le transfert. La cession par une *signification* au siège social, en conformité de l'art. 1690 C. civ., serait inopérante (2). En offrant le transfert aux parties, la société a exclu les autres modes de transmission, qui créent d'ailleurs à sa charge plus de risques. Un acheteur, arguant de l'arti-

(1) Sur la transmission des titres d'actions nominatifs, v. BÉZARD-FALGAS, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, 1924, et le nouveau régime des transports de titres nominatifs et le certificat de propriété, 1928 (commentaire de la loi du 26 mars 1927 sur les transferts de titres nominatifs).

(2) Cette solution, si l'on voulait bien y prendre garde, serait de nature à faciliter et accélérer les négociations en bourses de titres nominatifs, et à écarter la plupart des objections et résistances qu'a rencontrées l'application de l'art. 16 de la loi du 31 juillet 1920, et de l'art. 49, 3° al., de la loi du 25 juin 1920, v. *infra*, n° 922, 958. — La Cour de cassation a jugé cependant que l'existence du transfert n'empêche pas en principe les actions nominatives d'être cédées par les modes de droit commun (Civ., 5 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 359, S. 1926, 1, 97, note LYON-CAEN).

cle 1690, ne pourrait pas venir aux assemblées générales. Ici encore une réserve s'impose pour la période de temps pendant laquelle le transfert des actions ne serait pas encore légalement possible (n° 635).

6° La société, à la différence d'un délégué ordinaire, n'est pas maîtresse de repousser un acheteur régulier. Tel est le principe. Mais les sociétés qui se constituent dans un cercle de personnes connues l'écartent, et leurs statuts décident que le transfert sera subordonné à l'agrément de l'acheteur par le conseil d'administration ou même par l'assemblée générale. Cette clause est licite (Cass., 27 mars 1878, S. 78, 1, 277) (1) bien qu'elle expose le porteur à ne pouvoir se défaire de son titre si tous les acheteurs sont repoussés par le siège social. L'action n'est pas rendue indisponible ; son trafic subit seulement plus de gêne.

Une stipulation plus fréquente apporte à la liberté une restriction moindre. La société se réserve en cas de négociation le *droit de préemption* : elle exercera à son profit (ou plutôt au profit d'un de ses clients, qu'elle n'a pas à faire connaître) le retrait de l'action des mains de l'acheteur proposé, en s'engageant à payer au vendeur le même prix que cet acheteur. Du moment que la clause précédente était régulière, celle-ci est *a fortiori* valable (Req., 14 novembre 1895, S. 99, 1, 397). Les bases du prix que la société devra servir seront généralement établies dans les statuts ; autrement, elle serait à la discrétion d'un actionnaire simulant un prix exagéré. Ex. : l'action sera capitalisée à 5 0/0 sur la moyenne des dividendes mis en distribution dans les cinq dernières années (2).

604. — Nous avons supposé qu'aucun certificat n'avait été délivré. Le contraire a lieu à peu près toujours. Le certificat est un extrait du registre des transferts, certifié par un administrateur. A chaque transfert nouveau, il sera remplacé par un certificat différent.

La forme du transfert s'est ressentie de cet emploi d'un titre détaché. Les parties ne viennent plus au siège pour effectuer le transfert, même par fondés de pouvoir. Le siège social s'est habitué à remettre aux intéressés une double feuille de *déclaration* de transfert par le vendeur et d'*acceptation* par l'acheteur. Sur la rentrée de ces deux feuilles, avec signatures certifiées par agent de change s'il y a lieu, la société opère le transfert hors de la présence des parties.

A ce certificat nominatif adhèrent des cases vides, afférentes aux dividendes. C'est ici qu'apparaît l'utilité du titre détaché. Le certificat vaut *titre au porteur* pour le recouvrement des dividendes. Quiconque en est détenteur a qualité pour les toucher. Le guichet de paiement oblitère, au moyen d'un timbre la case correspondante et rend ainsi impossible une nouvelle réquisition du même dividende. Il est annexé

(1) Mais, d'après un arrêt récent (Req., 2 janvier 1924, *Journ. des Soc.*, 1925, 83), dont la doctrine est du reste des plus contestable, les clauses restrictives de la liberté de cession des actions ne pourraient être introduites dans les statuts par un vote de l'Assemblée extraordinaire.

(2) Sur les contestations auxquelles peut donner lieu l'exercice du droit de préemption, voir *Annales de droit commercial*, 1903, p. 303 et s. — Adde : Jean ESCARRA, *Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions*, dans les *Annales de droit commercial*, 1911, p. 333, 435.

parfois au certificat nominatif de véritables coupons au porteur, on les détache du titre pour les encaisser. Le titre alors est dit *mixte*.

605. — II. Action au porteur. — Par la forme au porteur l'action (ou l'obligation) atteint son *maximum* de mobilité. *L'action au porteur est constatée par un certificat qui ne désigne pas le nom du titulaire, et elle se négocie, en vertu de la circulation du titre de main en main.*

Les avantages attachés au titre peuvent être exercés alors, moyennant sa simple présentation : entrée aux assemblées, procès intenté, partage du capital, etc. Le paiement du dividende a lieu contre remise du coupon correspondant, portant la date imprimée de l'exercice.

De là, toute une théorie sur la nature juridique du titre au porteur. Il participe du caractère des *meubles corporels*. a) Celui qui l'acquiert de bonne foi, même *a non domino*, peut user de la maxime de l'art. 2279 : *en fait de meubles, possession vaut titre* (Voir dans le chapitre de la Bourse, la loi du 15 juin 1872). b) La société, faisant de bonne foi le service du titre au porteur apparent, se procure sa libération (art. 1240 C. civ.). c) Le titre au porteur comporte un don manuel.

La négociation du titre au porteur peut être rattachée à la même conception que celle de l'action nominative. Le vendeur donne ordre à la société de recevoir l'acheteur à sa place. Il y a délégation et non cession.

Mais, objecte-t-on, cette délégation n'est pas acceptée ! Le transfert fait défaut. — Fausse apparence : la forme du titre donne l'équivalent du transfert.

La société s'est engagée à reconnaître pour son actionnaire non pas telle personne dénommée, mais celui quelconque qui se présentera muni du titre. Il y a acceptation donnée *in futurum* et à un inconnu. En cela l'opération diffère du transfert : la base première est la même.

La validité de l'aliénation de l'action au porteur, si le vendeur est *non dominus* ou incapable, ne se présente plus ici sous le même jour que dans l'action nominative.

Sans insister à cette place sur une question qui se retrouvera dans le droit de la Bourse, disons que la société ne participe pas ici à l'arrivée au titre d'un acheteur irrégulier : elle ne peut point être exposée à faire de deux côtés le service d'un titre qui n'est représenté que par un seul certificat, et qui s'est déplacé en dehors d'elle.

La manière dont la forme au porteur s'est introduite dans le trafic des actions a été éclairée par les travaux historiques. L'action au porteur procède de l'action nominative. Si la forme au porteur a été très en faveur au moyen âge par suite de traditions germaniques (cpr. les nombreux travaux de BRUNNER, en Allemagne), de là ne date pas son entrée en scène dans le droit moderne. La réception du droit romain au xvi^e siècle avait au contraire refoulé la clause au porteur. Elle a dû renaître dans le milieu de la finance sous des influences nouvelles. Le transfert lui en a fourni l'occasion. La société délivra à l'acheteur un certificat ; ce certificat fut rendu endossable, afin de laisser l'acheteur libre de déléguer sa position à un tiers, et de là l'*action à ordre*, qui a encore des manifestations, rares il est vrai, notamment dans les sociétés d'assurances. Puis, la société laissa en blanc le nom de l'acheteur dans

le certificat délivré. Il suffit alors d'opérer la tradition manuelle de ce titre pour revendre l'action. C'était rendre le transfert superflu. La forme au porteur descend du titre circulant en blanc. Pour les rentes françaises de l'Hôtel de Ville, les *quittances de finances* délivrées aux acquéreurs par le garde du Trésor témoignent de cette évolution (1).

L'action, de nominative, peut être rendue titre au porteur à la demande de l'intéressé, ou l'inversement : c'est la *conversion*, il y a lieu à un échange de certificat. Cette faculté de convertir le titre est d'ailleurs, on le verra, sujette à des restrictions, tant d'après la loi que suivant les statuts.

605 bis. — Actions à ordre. — Les actions ont toujours été susceptibles de revêtir la forme de titres à ordre et de se transmettre par voie d'endossement. Dans la pratique, ces actions sont fort rares. La *loi du 4 avril 1926*, témoignant une fois de plus de la méfiance du législateur à l'égard des titres au porteur (qui favorisent l'évasion fiscale), a eu pour but de répandre l'usage des actions à ordre. A cet effet, elle crée un nouveau type de titres à ordre bénéficiant de faveurs fiscales (art. 17 à 29).

La loi dispose que les actions, obligations et autres titres émis par les collectivités peuvent revêtir la forme à ordre. Dans ce cas, les noms, prénoms, profession et domicile du titulaire (sa dénomination et son siège, s'il s'agit d'une personne morale), doivent être inscrits sur un registre spécial tenu par la société débitrice. Le transfert se fait à la fois : 1° par endossement inscrit sur le titre et indiquant les noms, prénoms, domicile et profession de l'endossateur, et 2° par inscription sur le registre spécial tenu par l'établissement émetteur. Cette inscription seule emporte transfert de propriété à l'égard des tiers.

La loi de 1926 a manqué son but : le titre qu'elle crée est en réalité un titre nominatif, et les formalités de la transmission en sont à peu près aussi gênantes que celles du *transfert* des titres nominatifs. Le seul avantage de ces nouveaux titres est un avantage fiscal. La taxe de transmission de 0,80 0/0 des titres nominatifs ne leur est pas applicable, et la taxe annuelle qui en tient lieu pour les titres aux porteurs est réduite de moitié en leur faveur (0,25 0/0 au lieu de 0,50 0/0. L. 24 avril 1926, art. 22 ; D. 28 décembre 1926, art. 30 à 34 (2). Aussi bien, à la date où nous écrivons, le règlement d'administration publique prévu pour la mise en application des dispositions de la loi de 1926 sur les titres à ordre n'a-t-il pas été promulgué.

606. — Régime fiscal. — Les dividendes d'actions au porteur subissent une retenue inconnue des titres nominatifs, naguère de 0 fr. 25 0/0 (L. 26 décembre 1908, art. 6), puis de 0.30 0/0 (art. 41, § 2, l. 29 mars 1914), 0,50 0/0 (art. 49, 1^{er} al., l. 25 juin 1920), 0,60 0/0 (art. 8, l. 30 juin 1923), 0,72 0/0 (L. 24 mars 1924), et *aujourd'hui de 0,50 0/0* (L. 3 août 1926, art. 17). Cette taxe se liquide d'après le cours moyen de l'action

(1) THULLIEZ, *op. cit.*, p. 190 et s., et THALLER, brochure citée n° 602, en note, aux nos 1^{er} et s.

(2) Sur ces titres à ordre, v. HAMEL, *Revue des Soc.*, 1926, p. 262.

dans l'année précédente, et elle est destinée à tenir lieu de l'*impôt de transmission* de 0,80 0/0, ici irrecouvrable. La société paie l'impôt à l'Etat par trimestre et le récupère sur le dividende (L. 25 juin 1857, art. 6 et 7 ; l. 16 septembre 1871, art. 11 ; l. 30 mars 1872, art. 1^{er} ; l. 29 juin 1872, art. 3 et 4) (1).

Jusqu'à une date récente, la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur encourait le droit qui était dû en cas de transfert, et la conversion d'un titre au porteur en titre nominatif était soumise au même droit. Par hostilité contre le titre au porteur, considéré comme un dangereux moyen d'évasion fiscale, la loi du 25 juin 1920 avait augmenté considérablement le droit applicable à la conversion du titre nominatif en titre au porteur (2, puis 2 fr. 40 0/0). Ce droit est aujourd'hui de 0,80 0/0 comme au cas de transfert (L. 19 décembre 1926, art. 22). Par contre la loi encourage l'opération inverse, c'est-à-dire la conversion du titre au porteur en titre nominatif, en le déclarant franche de droit (L. 26 décembre 1908, art. 5, D. de codification, art. 35).

En outre, lorsque le titulaire d'un titre nominatif a dû le convertir en titre au porteur en vue de le vendre et qu'il a acquitté, de ce chef le droit de 0,80 0/0, il peut obtenir le remboursement de ce droit si, dans le délai d'un mois à compter de la conversion, il a employé le prix de la vente intégralement en valeurs mises au même nom et dont la conversion au porteur est assujettie au droit proportionnel (art. 17, L. 31 juillet 1920 ; art. 42, D. de codification sur des valeurs mobilières).

La taxe annuelle des titres au porteur, ainsi que le droit de transmission des valeurs nominatives, relève de tout autres idées que l'*impôt sur le revenu des valeurs mobilières* (2) (actuellement 18 0/0 (3) dont sont passibles les dividendes ou intérêt des actions et obligations tant nominatives (4) qu'au porteur, et qui a pour assiette non le principal, mais le dividende lui-même. Quant à cet impôt sur le revenu, remarquons incidemment que la part de bénéfices distribuée aux commandités (5)

(1) Jean MICHEL, *Guide pratique du droit fiscal des sociétés financières*, 2^e éd. avec Suppl., 1923 ; BAUDOUIN-BUGNET, *Guide fiscal des sociétés anonymes*, 1922.

(2) En dehors de l'impôt de transmission et de l'impôt sur le revenu, les obligations et actions émises par les sociétés sont soumises en outre à un *droit de timbre* : au comptant 2 p. 100 de la valeur nominale pour les actions quand la durée de la société n'excède pas 10 ans, 4 p. 100 au delà ; pour les obligations 4 p. 100 dans tous les cas ; par abonnement 0,20 p. 100 par an.

(3) Afin d'éviter de doubles emplois de l'impôt, aujourd'hui 18 p. 100, sur les revenus, diverses mesures ont été prises par la loi de finances du 31 juillet 1920, au profit (art. 27, 28 et 30) soit des « *Omnium* » (Société française par actions, propriétaire elle-même de titres de ses filiales, ou de titres de sociétés étrangères qui payent déjà l'impôt de 18 p. 100), soit (art. 29) des sociétés françaises de banque, par actions, qui émettent des obligations en représentation des prêts par elles consentis aux commerçants. Cette disposition a été étendue par l'art. 4 de la loi du 31 juillet 1929.

(4) A signaler toutefois que les titulaires de titres *nominatifs* d'obligations des villes et départements français, ainsi que du Crédit Foncier et des Compagnies de chemins de fer, ont droit au remboursement de la moitié de l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers qu'ils ont payé, l'année précédente, sur les intérêts de ces titres, lorsqu'ils satisfont aux conditions fixées par l'art. 51 de la loi du 25 juin 1920.

(5) Mais les bénéfices revenant aux commandités (comme aussi d'ailleurs aux *commanditaires*) doivent, dans les sociétés par intérêts aussi bien que dans les sociétés par actions, être compris par chaque associé dans sa déclaration personnelle en vue de l'*impôt général sur le revenu*. En ce qui concerne les sociétés de personnes l'Administra-

y est assujettie dans la commandite par actions (1), tandis qu'elle en est affranchie dans la commandite simple (n° 386) (2).

607. — Quel est le vrai signe de l'action ? (3). — Des caractères multiples que revêt l'action, à la teneur des explications précédentes, il en est un, probablement, qui suffit à donner à ce titre sa véritable économie. Mais lequel ? — Dira-t-on que, chaque fois que l'associé ne s'engage que dans la mesure de sa mise, il est un actionnaire ? Apparemment non, le commanditaire dans la commandite simple n'a pas cette qualité. Ou que l'égalité des parts sociales constitue le trait propre à la société par actions ? Ou bien la délivrance des certificats ? Ou encore la cessibilité des parts ? Ou enfin leur négociabilité ?

tion prétend même et a fait admettre par le Conseil d'Etat que les associés en nom doivent comprendre dans leur déclaration la quote-part leur revenant dans la réserve constituée par prélèvement sur les bénéfices de l'exercice.

(1) Sauf à savoir si, dans la commandite par actions, l'impôt (autrefois de 4 p. 100, aujourd'hui 18 p. 100), frappe, non seulement les dividendes afférents aux actions remises au gérant pour rémunérer ses apports en nature ou en argent (ce qui est certain), mais aussi la part de bénéfices allouée à ce gérant pour rémunérer l'apport complémentaire (non représenté par des actions) qu'il fait en s'engageant à consacrer à l'entreprise tout son temps et son industrie, et en consentant à être indéfiniment responsable du passif social. — Quant à cette part de bénéfices, il semble bien que, dans la commandite par actions aussi bien que dans la commandite simple, elle doit échapper à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières, l'art. 1^{er} de la loi du 29 juin 1872 ne visant que « le produit des actions ». V. cependant en sens contraire : Req., 2 février 1904 (d'après cet arrêt, seul le traitement fixe du gérant échapperait à la taxe de 4 p. 100), D. 1904, 1, 385, avec la note critique de M. BINET.

Mais, plus récemment, la Cour de cassation a décidé que « si l'exemption de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières... n'a pas été étendue aux apports en industrie dans les sociétés en commandite par actions... par contre, la rémunération des services rendus par le gérant à la société en concourant à sa gestion et en se rendant personnellement responsable des dettes sociales échappe à cet impôt ». Civ. cass., 16 janvier 1923, *Revue de l'Enregistrement*, 1923, 158. Il résulte donc tout d'abord de cet arrêt — et sur ce point, il est parfaitement clair — que les bénéfices alloués au gérant pour compenser sa responsabilité illimitée vis-à-vis des créanciers sociaux ne peuvent être taxés. Mais quant à la distinction que (peut-être pour ne point paraître rompre trop ouvertement avec la jurisprudence antérieure) l'arrêt semble vouloir faire entre les « revenus de l'apport d'industrie » (lesquels seraient taxés) et les « rémunérations des services rendus par le gérant à la société en concourant à sa gestion » (lesquels ne seraient pas taxés), nous avouons ne pas la comprendre : car, qu'est-ce que l'apport d'industrie, sinon précisément « les services rendus à la société en concourant à sa gestion », le travail de gestion.

(2) En dehors des impôts indiqués dans le n° 606 ci-dessus (taxe de transmission, taxe de 18 p. 100 sur le revenu, *droit de timbre*), les titres des sociétés par actions se trouvent exposés en outre aujourd'hui à une sorte de confiscation édictée au profit de l'Etat par l'article 111 de la loi du 25 juin 1920 aux termes duquel : « Sont définitivement acquis à l'Etat, exception faite pour les sociétés d'habitations à bon marché : 1° le montant des coupons, intérêts ou dividendes atteints par la prescription quinquennale afférents à des obligations émises par toutes sociétés... ; 2° les actions et parts de fondateur, obligations et autres valeurs mobilières des mêmes sociétés ou collectivités, lorsqu'elles sont atteintes par la prescription trentenaire ; 3° les dépôts de sommes d'argent, et, d'une manière générale, tous avoirs en espèces dans les banques... lorsque ces dépôts ou avoirs n'ont fait l'objet de la part des ayants droit d'aucune opération ou réclamation pendant trente ans ». Décret d'application du 14 mai 1921 (*J. Off.* du 27 mai 1921). Instruction de la Régie du 1^{er} juin 1921.

(3) PIC, *Critérium de la distinction de l'intérêt et de l'action*, dans les *Annales de droit commercial*, 1910, et *Traité des Sociétés* (collection THALLER), II, n° 721 à 728 ; FRAISBAINGEA, *Le double critérium de l'action*, dans les *Annales de droit commercial*, 1914.

Une controverse dogmatique a été échangée autrefois, non sans éclat, entre MM. BEUDANT et BATBIE (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 34^e vol.) sur la propriété différenciant l'action de l'intérêt. Ce qui importe pratiquement, c'est moins le nom (intérêt ou action) que doit prendre telle part de société dans un cas donné, que les circonstances où la part devra obéir à la réglementation de la loi de 1867, et s'y conformer à peine de nullité de la société.

Exemple : Une société en commandite se qualifie « commandite simple ». Mais les parts sont déclarées cessibles *jure civili*, moyennant une signification au siège social. Dira-t-on que ce sont des « actions » déguisées, que la société est une commandite par actions, commandite nulle faute d'avoir fait verser le premier quart ou vérifier les apports en nature, etc. (1) ?

608. — Cette incertitude ne se produit point à l'égard de parts entraînant *responsabilité indéfinie* de l'associé. On pourrait constituer une société en nom collectif avec parts cessibles et même librement négociables, tout au moins sous forme de titres nominatifs. Dans l'acte de société, on pourrait avoir dénommé ces parts *actions*. Nul texte ne cantonne ce terme dans la société anonyme et dans la commandite par actions. Une société semblable échappe à la loi de 1867 (on voit en Angleterre des sociétés où l'actionnaire est ainsi tenu *in infinitum* et peut se substituer un acheteur qui répondra indéfiniment du passif).

Le problème n'est délicat qu'à l'égard des parts où la responsabilité est circonscrite à la mise. Faire dépendre la nature de l'action de la délivrance d'un certificat, est inexact. L'égalité ou l'inégalité des parts semble également chose secondaire. On peut hésiter entre ces deux doctrines.

609. — a) La *négociabilité* constitue le *critérium* de l'action. Il ne suffit pas que la part soit cessible, il faut qu'elle puisse être aliénée sans le consentement individuel des autres associés, par transfert, ou de main en main (BOISTEL, VAVASSEUR, etc.). Le mode de cession conforme à l'art. 1690 sera peu engageant pour les acheteurs, puisqu'il ne leur donne pas l'assurance d'un droit régulièrement acquis envers le siège social. Sur cette part sociale aucun marché ne s'établira, ce qui rend inutiles les précautions de la loi de 1867.

610. — b) Il est préférable de dire que, toutes les fois que la part est déclarée *cessible* sous une forme ou sous une autre, elle devient une action, un titre, assujetti à la législation de 1867. C'était naguère la théorie de la Chambre des Requêtes (9 février 1887, D. 87, 1, 439).

La transmission du droit peut être aussi souple avec l'art. 1690 que par le moyen du transfert. La cession inspirera autant de confiance, si

(1) Il y a un autre intérêt, d'ordre fiscal, engagé dans le problème : lorsqu'il s'agit d'une commandite par actions, l'impôt de 18 p. 100 frappe même les bénéfices revenant au commandité (sauf à savoir s'il frappe tous ces bénéfices, ou seulement ceux afférents aux actions du commandité, à l'exclusion de ceux rémunérant son travail ; v. *supra*, n° 606, en note). Il en est différemment lorsqu'il s'agit d'une commandite simple.

la société prend l'habitude d'accepter les transports de parts, ce qui est l'une des formes que prévicit l'art. 1690. Là est le danger : le public souscrira ces parts avec la même facilité que des actions.

Faut-il du moins qu'il y ait eu des titres délivrés ? Nous répétons que non. La société sera par actions, alors même que cette condition ferait défaut.

611. — La société n'est-elle soumise à la loi de 1867 que lorsque la cession en est absolument libre ? L'acte de société stipule, par exemple, que la cession ne sera possible qu'avec l'agrément du cessionnaire par le gérant, représentant, à cet effet tous les associés. Même alors, la société est par actions. La gêne, résultant de cette approbation, n'est pas assez sérieuse pour qu'on doive écarter de la société les lois réglementaires.

La Chambre civile a décidé cependant (arrêt de rejet du 10 août 1887, D. 87, 1, 440) que la part, transmissible avec le gré du gérant seulement et sans certificat circulant, n'est pas une action, mais une part d'intérêt. V. dans le même sens Req., 23 juin 1913, D. 1913, 1, 515, et la dissertation de M. FRAISSAINGEA, dans les *Annales de droit commercial*, 1914, 160.

612. — Peut-être le mieux est-il de résoudre la question en fait, sans s'attacher à la forme extérieure, selon laquelle la part peut se transmettre. Elle deviendra une action lorsque les statuts l'auront considérée comme susceptible d'un trafic courant et ordinaire (LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, I, n° 520).

613. — Nous avons supposé la part sociale apte à une cession. Mais on trouve dans quelques sociétés anonymes une clause d'incessibilité des parts. Dira-t-on que c'est encore une société par actions ? — Oui, semble-t-il, si elle s'est constituée dans les formes de la loi du 24 juillet 1867. Mais, depuis la loi du 9 mars 1925 qui a introduit en France les sociétés « à responsabilité limitée », cette situation est de nature à se présenter plus rarement : car, pour empêcher la libre cession de leurs titres, tout en limitant leur responsabilité au montant de leur mise, les associés n'ont qu'à recourir aujourd'hui aux formes simples de la loi de 1925, et ne sont plus obligés de constituer une société anonyme (1).

614. — Il existe une autre discussion platonique sur l'action en général. Est-elle un droit de créance, un droit de propriété, un droit *sui generis* ? En réalité elle est une créance et une propriété tout à la fois : 1° Créance : chaque actionnaire a des prétentions à exercer *pro socio* contre les autres ; 2° Propriété : malgré la fiction de personnalité morale, le fonds social est indivis entre tous les actionnaires. La querelle ne conduit pas à des résultats utiles, et nous la négligeons.

(1) V. J. ESCARRA, article précité (*supra*, n° 603, en note).

§ 3. — Actions de numéraire

(L. 1867, art. 2, 13, 14, 24, 41, 45 ; L. 1893, art. 2 et 3).

615. — A partir de quel moment l'action peut-elle être rendue négociable, et la part sociale peut-elle justifier la délivrance d'un certificat ? A partir de quel moment la société peut-elle ouvrir le registre des transferts et y immatriculer les acheteurs ?

L'action n'est négociable qu'après la constitution définitive de la société, dit l'art. 2 de la loi de 1867, lorsqu'on le prend dans son sens réel et non pas seulement dans son sens apparent (les lois de 1856 et 1863 exigeaient le versement des 2/5).

Tant que dure la période constitutive, le droit social n'existe pas, en tant qu'action, il ne peut pas circuler. Les chances d'aboutir sont, pour la société problématiques. Le trafic s'exercerait vraisemblablement à titre aléatoire, sans restriction du prix pour le cas de non-constitution. Ce serait un vrai pari, les cours auraient des soubresauts, la loi n'a pas voulu encore que les titres pussent aborder le marché. Tout au plus, pourrait-on traiter l'action *livrable à l'émission* : l'acheteur sera délié pour le cas où l'émission n'aurait point lieu ; encore cette convention a-t-elle été déclarée nulle comme faite en contravention à l'art. 2 (Paris, 2 mars 1883, sur les concl. de l'av. gén. LOUBERS, aff. de l'Union générale, *Journ. Soc.*, 1883, p. 226).

Il y a deux prohibitions contenues en même temps dans la loi :

616. — 1° Défense aux fondateurs d'émettre autre chose que des reçus provisoires de souscription ou de versement. L'émission d'actions proprement dites est interdite aussi longtemps que la société n'est pas constituée, et cela sous les sanctions suivantes :

a) Nullité de la société, si les statuts autorisaient cette émission anticipée (art. 7 et 41).

b) Pénalités encourues par les fondateurs, qui ont pratiqué cette émission, amende de 500 à 10.000 francs (art. 13 et 45).

617. — 2° Défense aux souscripteurs de négocier le droit, même au cas où des certificats leur auraient été délivrés, et à tous intermédiaires de concourir à ces négociations. Ce qui a pour résultat : a) d'emporter une amende de pareille somme à la charge des vendeurs, acheteurs et intermédiaires (art. 14 et 45) ; b) de déterminer, quoique la loi ne le dise pas, la nullité des ventes faites au mépris de cette défense, la sanction pénale entraînant *a fortiori* la sanction civile de la nullité.

Néanmoins, l'actionnaire ou futur actionnaire pourrait céder son droit par application des règles de l'art. 1690 ; il pourrait en faire donation ou le constituer en dot ; la part sociale se transmettrait à ses héritiers, en cas de mort. La cession, entraînant garantie de l'existence du droit et nécessité pour le vendeur de restituer le prix en cas de non constitution, n'a pas les mêmes périls que la négociation.

618. — Nous avons lu l'art. 2 autrement qu'il n'est écrit. Son texte porte : « Les actions sont négociables après le versement du quart ».

C'est un défaut de rédaction avoué par le rapporteur lui-même, M. MATHIEU, à la tribune du Corps législatif. Cette formule fautive, suivie à la lettre, conduirait à une double conséquence qu'il faut cependant repousser :

a) Sitôt le quart versé, fût-on encore dans la phase de constitution, les actions deviendraient négociables ;

b) En revanche, si le versement du quart n'a pas eu lieu, et si la société, par conséquent, se constitue irrégulièrement, l'inaptitude des actions à la négociation persévérerait par la suite. Quand même ce vice ne se révélerait que quelques années plus tard, la nullité de la société étant prononcée, tous les acheteurs d'actions pourraient faire tomber leurs contrats et récupérer leur prix, tant par l'interprétation dudit art. 22 que par suite du principe que la nullité de la société fait considérer la part sociale comme n'ayant jamais existé et les ventes comme ayant été dépourvues d'objet (art. 1601, 1693 C. civ.).

La doctrine et la jurisprudence n'admettent pas la nullité des ventes postérieures à la constitution *de fait* de la société, lorsque celle-ci est atteinte d'un vice initial et annulée. On estime : — que l'argument tiré de l'art. 2 perd toute valeur lorsqu'on lui rend son véritable sens ; — que la nullité de la société laisse subsister celle-ci dans le passé (n° 547), — que par conséquent il y a bien eu des parts sociales susceptibles de trafic, — et que les ventes n'ont pas manqué d'objet, la chose vendue ayant été affectée seulement d'un vice caché (art. 1641) dont le vendeur n'a pas assumé la garantie, car les parties, surtout dans les ventes de spéculation, ont tacitement opéré sur un *alea* (Civ. rej., 3 juin 1883, aff. de la Banque de Lyon et de la Loire, S. 84, 2, 49 et note LYON-CAEN ; THALLER, Examen doctrinal dans la *Revue critique de lég. et de jur.*, 1883, p. 319 ; Cass., 9 novembre 1892, D. 93, 1, 73) (1).

619. — Cette première question étant épuisée, il en surgit deux autres qui doivent former le véritable objet du présent paragraphe. Ces deux questions étant connexes, il convient de les examiner de front.

1° A partir de quel moment l'action d'une société peut-elle être convertie en titre au porteur ? 2° Tant que l'action est incomplètement libérée, la société ou le syndic de sa faillite (n° 577) peut diriger un appel contre les porteurs. Mais quelle est la personne débitrice de cet appel de fonds ?

620. — La conversion d'une action nominative en titre au porteur n'est point un avantage que l'actionnaire puisse revendiquer dans toute espèce de société. Il faut que l'acte de société ait reconnu la forme au porteur. Dans le silence des statuts, et à plus forte raison lorsqu'ils le décident expressément, l'action restera forcément nominative à toute époque, même après que tous les titres auront été libérés (En ce sens, HOUPIIN, BOUVIER-BANGILLON, *contra* PONT et WAHL). C'est le cas pour la Banque de France et pour la presque totalité des sociétés d'assurances. La création d'actions au porteur ne serait pos-

(1) V. toutefois, à propos de la vente d'obligations dépourvues de toutes valeurs, Paris, 4 décembre 1913, *Journ. des Soc.*, 1921, 81.

sible qu'à condition par la société de modifier préalablement ses statuts par un vote de son assemblée extraordinaire.

621. — Pour renverser l'ordre des deux questions, la pensée se fixe sur les personnes qui seront redevables de l'appel de fonds, du complément ou de partie de celui-ci. L'action, souscrite par *Primus*, a été transmise à *Secundus*, puis de *Secundus* à *Tertius*, et ces trois personnes sont, grâce au registre des transferts, également connues du siège social. Quel est celui des trois, du *souscripteur*, du *cessionnaire intermédiaire* ou du *porteur* actuel, qui doit répondre à ce non-versé ? Doivent-ils en répondre tous trois, et par voie solidaire ? Y en a-t-il deux seulement de tenus, et lesquels ?

622. — Le bon sens donne à entendre que de toute manière le *porteur actuel* pourra être recherché. C'est sur lui que doit retomber finalement la charge de l'appel de fonds, si un autre en a fait l'avance. Quiconque achète une action entre dans le titre pris sous ses divers aspects, c'est-à-dire dans ses obligations comme dans ses avantages, actif et passif tout à la fois. Celui qui a l'action en supporte le risque actuel et futur, dont la charge de payer le complément au moyen de ses ressources. L'usage de la Bourse confirme ce point de vue. On fait entrer dans le cours d'une action non libérée (soit 550 fr.) la partie non versée, mais l'acheteur déduit le non-versé (375 fr.) de son prix (soit un prix net de 175 fr.), et il en demeure couvert, ce qui implique la promesse de le payer de son propre argent lorsqu'il en sera requis.

D'autre part, le porteur actuel est pour ce non-versé lié *directement* envers la société : il a concouru au transfert par son acceptation, il a été partie à l'opération qui s'est faite au siège social.

Mais ses prédécesseurs sont-ils, en outre, concurremment avec lui, tenus de ce complément envers la société ?

En législation, deux systèmes opposés peuvent se concevoir :

623. — 1° Responsabilité *cumulative* de tous ceux qui, depuis le souscripteur inclus, ont acquis l'action et ont été inscrits sur le registre des transferts. Le souscripteur a pris le non-versé en charge à l'origine. Il s'est substitué sans doute un acheteur, mais cette substitution ne vaut que pour l'émolument du titre, non pas pour la charge correspondante. Le transfert ne l'en a pas libéré. De même pour le premier cessionnaire, entré à son tour dans cette dette, et qui en demeure grevé. De même pour chacun des cessionnaires suivants.

En un mot, la société peut s'attaquer indifféremment à l'un quelconque des porteurs. L'insolvabilité de tel d'entre eux ne saurait lui nuire. Il y a solidarité. Le crédit de la société y gagne, la rentrée de la portion de capital non encaissé est d'autant mieux garantie, que l'action aura été l'objet de transferts plus nombreux (1).

2° *Décharge du non-versé* au profit de chaque cédant à raison du

(1) CHÉRON, *De la nature et des effets de la solidarité entre porteurs successifs d'une action de société* (Annales de droit commercial, 1904, p. 347).

transfert fait de l'action. La société ne peut poursuivre que le porteur actuel.

Ce système, en stricte logique, est le vrai. Il découle du mécanisme de la délégation. Que s'est-il produit lors du transfert ? Le vendeur a substitué un acquéreur à ses droits (n° 601). Il l'a aussi substitué à sa dette. Sa situation est indivisible. Autrement l'opération est tronquée. On ne peut pas cesser d'être actionnaire à un point de vue et le rester à un autre. Il y a deux délégations fondues l'une dans l'autre. « Je vous délègue à mon acheteur dans mes droits sur l'action, a dit le vendeur à la société. Je vous le délègue dans ma dette. Vous me donnez acte de cette double substitution, je n'ai plus le profit de l'action, je n'en ai plus la charge : ils ont passé tous deux à *Secundus* ».

Et qu'on ne vienne pas objecter : a) L'extinction d'une dette par novation ne se présume point. Il aurait fallu que la société donnât **décharge expresse au vendeur** (art. 1273 C. civ.) ! Cette déclaration formelle n'était pas indispensable, elle résulte de l'intention des parties, du jeu symétrique de la convention prise en ses éléments contraires. En droit commercial, l'art. 1273 est inapplicable, l'usage l'emporte sur lui, on écarte constamment l'art. 1202 qui dit également que la solidarité ne se présume pas.

b) Le siège social, qui ne peut pas refuser l'acheteur, va se voir imposer un actionnaire peut-être insolvable ! Mais le vendeur, souscripteur primitif, offrait-il plus de garanties ? On a dû l'accueillir sur les listes de souscriptions, par cela seul qu'il s'est présenté.

624. — Cette dernière remarque a cependant sa force. Le système commandé par la logique conduirait à de fâcheux résultats. L'actionnaire s'évadera de son titre aux approches de la débâcle. Il se substituera un acheteur de paille sans surface. Au moment de l'appel de fonds, la société n'aura plus qu'un droit illusoire de poursuite.

Faut-il pour autant recommander le premier système ? Non, il est excessif. L'actionnaire, même après aliénation de son action, resterait tenu indéfiniment, et non pas seulement pendant trente ans, car la dette est conditionnelle et la prescription est suspendue tant que la condition n'est pas arrivée. Nous serions donc recherchés du chef d'actions dont notre grand-père s'était depuis longtemps dessaisi ! Un recours nous serait donné sans doute contre les acheteurs suivants, dont le siège social devrait nous donner les noms. Mais que vaudrait ce recours, la société s'étant adressée à nous, probablement parce que le porteur n'était pas en état de payer ?

Il faut donc s'arrêter à un *moyen terme*, à une organisation qui tienne compte : 1° du besoin de garantir la société contre les transferts, souvent fictifs, de la dernière heure ; 2° de la nécessité de ne pas faire de l'action une tunique de Nessus.

625. — L'obligation de donner à la société, sous de sages réserves, le moyen d'attaquer les porteurs antérieurs au détenteur actuel, a sa répercussion sur la forme que doit conserver l'action aussi longtemps qu'elle n'est pas libérée. *Cette forme est la forme nominative imposée*. Le titre ne peut être mis au porteur qu'après sa libération intégrale.

S'il est mis au porteur prématurément : 1° la société ne connaît plus les porteurs précédant le porteur actuel ; 2° elle ne connaît pas davantage ce porteur actuel. La forme nominative est la sauvegarde de l'appel de fonds, de la rentrée de la société dans son capital. Et, de là, la corrélation entre les deux questions que nous devons faire marcher de front.

626. — Cela dit, il faut parcourir rapidement les étapes suivies par le législateur en cette matière. Quatre régimes ont été expérimentés depuis 1807. Le quatrième, qui est le régime actuel, reproduit en substance le deuxième.

1° Régime en vigueur depuis le *Code de commerce* jusqu'en 1856, sauf que pour les sociétés anonymes leurs statuts homologués résolvait la question : régime des commandites par conséquent. — Silence de la loi. *Liberté entière de convertir l'action en titre au porteur*, même avant tout versement, ou après un versement modique. *Décharge du vendeur résultant du transfert*. La société ne peut s'adresser qu'au dernier porteur. Si elle ne le connaît pas, sa seule ressource est de procéder à l'exécution en Bourse (voir ci-dessous, n° 633).

C'est la porte ouverte à la fraude. Il existe encore des sociétés de ce genre dont les statuts remontent à cette période. Elles restent soumises au droit de faveur ou, plus exactement, au droit de licence propre à ce régime, même quant aux négociations dont leurs titres seraient aujourd'hui l'objet. On applique le principe du respect des droits acquis (disposition transitoire de la loi de 1893).

627. — 2° Régime appliqué entre 1856 et 1867 aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés à responsabilité limitée par les deux lois de 1856 et de 1863.

D'un extrême on passe à l'autre. Deux principes : a) *Maintien obligatoire de la forme nominative* jusqu'à la complète libération de l'action intéressée (à sa libération) ; b) *responsabilité solidaire* de tous les porteurs successifs, nonobstant tout transfert intervenu, et nonobstant toute clause d'exonération. La société a ainsi son recours assuré contre tous ceux qui occupent la filière des ventes. Elle ne peut se voir opposer aucune prescription autre que celle de trente ans, et ces trente ans partent du jour de l'appel de fonds lui-même.

En ce qui touche la prescription, telle ne serait plus la situation à l'égard des actions de ces sociétés, sujettes aujourd'hui à un appel de fonds : le porteur qui a cédé son titre peut user de la prescription de deux ans instituée, comme on le verra, par la loi de 1893 ; ces deux ans courent soit de son transfert, s'il a eu lieu depuis la promulgation de ladite loi, soit de la date de cette promulgation, s'il avait eu lieu à une date plus ancienne (sous certaines réserves d'un intérêt secondaire contenues dans les dispositions transitoires).

628. — 3° Régime concernant les sociétés par actions qui se sont fondées entre la loi du 24 juillet 1867 et celle du 1^{er} août 1893 et résultant de l'art. 3 de la première de ces lois.

La règle de la deuxième période est maintenue, mais en tant que dis-

position générale seulement. L'action restera nominative, et les porteurs successifs seront solidaires sans limite de temps.

Exceptionnellement, lorsque les statuts contiennent une clause permettant la *conversion des actions en titres au porteur après versement de la moitié du capital*, cette conversion sera possible, une fois ce versement obtenu, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale qui l'autoriserait. Des sociétés pourront faire circuler légalement leurs titres sous la forme au porteur, alors qu'il reste 50 0/0 du capital à recouvrer.

629. — L'effet de cette délibération d'assemblée générale était de procurer aux actionnaires l'exemption de la seconde moitié du non-versé, en justifiant, au moment de l'appel de fonds, qu'ils s'étaient dessaisis de leurs titres. La dette était novée sous deux conditions : négociation faite de l'action par son porteur, et vote de la conversion par l'assemblée générale, conformément audit art. 3. Cette conversion votée, l'actionnaire était libre de laisser à son titre la forme nominative; même alors il échappait à l'appel de fonds par la revente de son action.

La société n'avait de recours : 1° que contre le *dernier porteur*; 2° et aussi contre tous ceux figurant sur le registre de la société comme ayant possédé l'action avant le vote de conversion de l'assemblée générale, les actionnaires de cette seconde catégorie ne demeurant, toutefois, responsables que pendant *deux ans* à partir dudit vote (on n'avait pas voulu permettre aux tuteurs de la libération de se procurer un *quitus* immédiat) (1).

630. — Ces dispositions, sorties d'une discussion extrêmement confuse, étaient consignées dans un texte elliptique et mal rédigé.

L'action de la société contre le *dernier porteur* n'était même pas certaine. La jurisprudence l'affirmait, avec l'appui de M. LABBÉ, bien qu'en fait l'ignorance par la société de ce dernier porteur rendit la poursuite la plupart du temps illusoire, et obligeait le siège social à se contenter de l'exécution en Bourse. En doctrine (MM. BEUDANT, VALETTE, PONT, BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT) en émettait une opinion plus radicale : grâce au vote de conversion, disait-on, il n'y a plus dorénavant aucune personnalité d'actionnaire tenue du non-versé. *Le titre seul est obligé*, la société le fera vendre à ses risques et périls et, si son cours est avili, elle n'en tirera rien. Il est inutile de faire revivre cette ancienne querelle.

Et cependant, le problème n'a pas perdu de son actualité. Des sociétés stipulant la clause de conversion, nées pendant cette phase de vingt-cinq ans, peuvent, aujourd'hui encore, après réalisation de la moitié seulement de leur capital, opérer la transformation de leurs actions en titres au porteur, en exonérant du non-versé les porteurs,

(1) Comment ceux-ci se retourneront-ils contre le porteur actuel, dont la société ne peut leur fournir le nom, et qu'ils ne connaissent pas eux-mêmes, car ils ont vendu par l'intermédiaire d'un agent de change ? Feut-on contraindre celui-ci à lever le secret professionnel ? V. Cass., 20 juin 1885, S. 86, 1, 17, et 18 novembre 1902, D. 1904, 1, 417, note THALLER.

sauf le dernier. Cela encore ressort des dispositions transitoires de la loi de 1893, et, de ce chef, la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de l'art. 3 de la loi de 1867 n'a pas cessé de fonctionner.

631. — 4^o Régime nouveau, créé par la loi du 1^{er} août 1893. C'est un retour au régime en vigueur entre 1856 et 1863, avec une atténuation de durée pour la responsabilité de ceux qui auraient vendu leurs titres avant l'appel de fonds.

Maintien nécessaire de la forme nominative, si le titre n'est pas pleinement libéré, les nouveaux statuts ne pouvant plus contenir la clause de conversion après réalisation de la moitié du capital. — *Solidarité de tous les porteurs successifs*, nonobstant toute décharge que la société aurait donnée au vendeur. — Mais (et c'est en cela que consiste le tempérament) cessation de la responsabilité de tout vendeur, lorsque deux ans se seront écoulés depuis le transfert qu'il a effectué de son action (art. 3, al. 3 et 4, de la loi de 1867, tels que les a modifiés la loi nouvelle).

Les poursuites de la société se circonscrivent donc au porteur actuel et à ceux des anciens porteurs dont la vente ne remonte pas à plus de deux ans pris en arrière depuis l'appel de fonds. Si cet appel a lieu le 1^{er} février 1930, les auteurs de transferts postérieurs au 1^{er} février 1928 sont seuls menacés, sans pouvoir opposer l'« exception de discussion ». Ils se récupéreront contre les porteurs qui les suivent, jusques et y compris le dernier, en vertu de la subrogation de l'art. 1251-3^o C. civ. Le recours s'exercera du plus ancien au plus nouveau, à l'inverse de ce qui se passe dans la lettre de change, où le recours remonte au lieu de descendre (1).

632. — Quoique en progrès sur l'art. 3 de la loi de 1867, cette organisation est encore malaisée à saisir.

Notamment, quel est l'événement qui fixera ce délai en arrière de deux années, de manière que la société puisse établir irrévocablement la liste des personnes responsables ? Est-ce la délibération votant cet appel de fonds ou la décision du syndic de faillite qui l'ordonne (1^{er} février) ? Est-ce la *sommation* intimée au porteur d'avoir à payer (1^{er} avril) ? Est-ce l'*assignation* judiciaire (1^{er} juin) ? Selon que l'on s'arrêtera à l'une ou à l'autre de ces dates, la société retiendra un nombre plus ou moins grand de transferts anciens (2). Quoi qu'on en ait dit, l'assignation n'est pas nécessaire, car il ne s'agit pas ici d'une prescription à interrompre, mais d'un délai préfixe.

La même question se présentait, dans l'interprétation de l'ancien art. 3 de la loi de 1867, à l'effet de justifier de la qualité de *porteur actuel*. Dans cette justification, la société était bien mal traitée ; car, de ce que tel individu avait possédé l'action naguère (la feuille de présence d'une assemblée en témoignant par exemple), il n'y avait pas à déduire la présomption qu'il en est encore porteur aujourd'hui.

(1) V. A. CHÉRON, article précité, *Annales de droit commercial*, 1904, p. 347.

(2) Comment calculer ces deux ans lorsque la date de l'appel de fonds a été fixée d'avance dans les statuts, mais que celui-ci n'a été effectué en réalité que plus tard ? Cons. Paris, 9 janvier 1906, D. 1909, 2, 81.

Puis, pour une société qui invoque l'ancien art. 3 de la loi de 1867 quelles sources d'hésitations ! L'assemblée avait décidé la conversion avant que la moitié du capital ne fût encaissé. La délibération est nulle. Les acheteurs postérieurs sont de bonne foi. Va-t-on les poursuivre, comme si le titre était resté obligatoirement nominatif (Paris, 26 juillet 1887, D. 88, 2, 145, et note SARRUT ; Paris, 28 janvier 1898, D. 99, 2, 97, note THALLER) ?

En exigeant que les titres gardent la forme nominative jusqu'à leur entière libération, la loi de 1893 a supprimé ces difficultés dans l'avenir. Mais elles subsistent pour les actions libérées seulement de moitié, qui, dès avant 1893 avaient été mises au porteur et qui continuent à circuler sous cette forme. Dans ce cas (assez rare il est vrai), depuis 1893, comme avant cette date, l'appel dirigé sur des actions mises au porteur est presque toujours illusoire. Ce n'est que dans des circonstances rares que la société sera informée, par indiscrétion du nom du porteur. L'*ultimatum subsidium* sera l'*exécution en Bourse*.

633. — Exécution en Bourse. — Cette exécution est praticable et de nature à donner des avantages de célérité dans tous les cas d'appel de fonds, quand même la forme nominative aurait été respectée. Elle est d'un emploi général.

On entend par là une procédure s'attaquant au titre et non à la personne.

La société a) déclare déchu l'actionnaire, qui n'a pas répondu à l'appel ou à la sommation, — b) annule le certificat non représenté et en crée un autre portant l'estampille du nouveau versement demandé, — c) fait vendre en Bourse ce nouveau certificat par l'intermédiaire d'un agent de change, après avoir suivi les formes statutaires ou, dans le silence des statuts, celles du décret du 7 octobre 1890, art. 71-2^o (affiche apposée vingt-quatre heures avant la vente à la Bourse et dans les bureaux de l'agent).

L'opération, même non prévue dans l'acte de société, est consacrée par la pratique, partant licite (cfr. note THALLER, D. 1886, 2, 89, et BERNARD, *Etude sur l'exécution en Bourse*, dans les *Annales de droit commercial*, 1904, p. 65 et 125 (1)). C'est une résolution du contrat de souscription, par application de l'art. 1184 C. civ. et sans jugement, parce qu'ainsi le veut l'usage (2).

Le souscripteur avait promis de libérer le titre, il manque à sa promesse ; la société se dégage de la sienne et rend l'action caduque ; la clause commissaire est incluse dans tout contrat synallagmatique. Le

(1) V. également sur l'exécution en Bourse, DALSACE, dans la *Revue des Sociétés*, 1916, p. 64, et FERROUD, *ibid.*, p. 174.

(2) En cas de faillite ou de liquidation judiciaire du souscripteur d'actions non entièrement libérées, la société peut-elle, malgré ces événements, exécuter le titre et se payer par préférence sur le prix ? Pour l'affirmative, BERNARD, *loc. cit.* *Contra* : Trib. com. Se ne, 6 mars 1924, *Annales de droit commercial*, 1924, 75 ; Trib. com. Gand, 4 janvier 1913. Mais ce dernier jugement a été infirmé par arrêt de la Cour d'appel de Gand conformément aux conclusions de M. l'avocat général Soenens où l'on trouve un exposé très fouillé et très solide de la question (Cour d'appel de Gand, 8 janvier 1925, *Revue pratique des Sociétés*, 1925, p. 335 et s.).

nouvel acquéreur n'est pas un acheteur, mais un souscripteur substitué à l'ancien.

L'exécution laissera généralement un découvert. Si l'action est dépréciée de moitié et que l'appel porte sur les $\frac{3}{4}$ de sa valeur, il subsiste, après liquidation de l'opération, un écart dont l'actionnaire défaillant reste tenu envers la société.

634. — Terminons, en observant que la forme au porteur ne peut jamais être imposée à l'actionnaire. Dans les sociétés qui admettent le titre au porteur, tout propriétaire d'actions (comme aussi d'obligations) a toujours la faculté de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs, ou réciproquement (L. 23 juin 1857, art. 8) : il n'a de droits à payer que dans le dernier cas (n° 606).

§ 4. — Actions d'apport

(L. 1^{er} août 1893, art. 2; L. 16 novembre 1903, art. 2; L. de finances du 30 décembre 1928, art. 23).

635. — Les actions d'apport représentent des apports en nature, préalablement vérifiés et approuvés. De même que pour les actions en numéraire, leur délivrance et leur négociation sont interdites, avant la constitution définitive. Mais la loi de 1893 a introduit, à leur égard, une règle encore plus sévère.

« Les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. — Pendant ce temps, elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution » (art. 2 de la loi de 1893 ; art. 3 nouveau de la loi de 1867, al. 3 et 4).

La négociabilité de ces actions est ainsi différée pendant les deux premières années de la société. En voici la raison. Les fondateurs sont pressés de liquider les actions de leur entreprise et d'exploiter l'engouement ou la crédulité du public. La loi modère cet empressement. Elle les oblige à rester associés deux ans, pendant lesquels ils suivront les destinées de la société (1).

Toutefois les actions ont pu être, dès le premier jour, l'objet d'une cession, faite *jure civili* : seule la négociation est temporairement interdite. Il ne s'établit point de marché sur des titres pour la transmission desquels il faut user de significations par huissier. Les défiances de la loi civile (2) cessent. Le cessionnaire, justifiant des formes de l'art. 1690,

(1) Mais, dit-on, la règle sera éludée. Les apporteurs vendront l'usine à la société. Puis ils emploieront le prix à souscrire des actions de numéraire ; celles-ci seront négociables aussitôt après constitution ! — On oublie la cherté des droits de mutation, qu'il faudra acquitter en suivant cette deuxième combinaison, et dont l'apport en nature est au contraire exempté.

(2) Mais non les défiances de la loi fiscale, car, aux termes de l'art. 23 de la loi de finances du 30 décembre 1928, « Les cessions d'actions d'apport effectuées pendant la période de non négociabilité sont considérées, au point de vue fiscal, comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés ».

a droit d'accès aux assemblées générales qui se tiennent dans ces deux premières années (Paris, 12 avril 1902, D. 1906, 2, 345, note LEVILLAIN ; Civ., 4 juillet 1911, D. 1911, 1, 449, note PERCEROU). Nous n'avons pas admis, cependant, qu'on pût vendre au regard de la société une action par la voie de l'art. 1690, mais cela n'est vrai que lorsque son transfert est devenu possible.

636. — Quant à la question de la *libération* des actions d'apport, elle n'est plus de nature à se poser depuis 1893.

La jurisprudence avait avant cette date, reconnu des actions dites *mixtes*, représentées par des apports en nature pour leur premier quart, et par des appels de fonds éventuels pour les trois autres quarts. On établissait ainsi la péréquation entre les actions des deux catégories. Cela offrait des avantages de simplification.

Aujourd'hui cette pratique n'est plus licite. « Les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société (art. 3 nouveau de la loi de 1867, al. 2) ». Cette restriction est critiquable.

637. — La défense temporaire de négocier les actions d'apport est considérée comme draconienne par diverses personnes. Il ne serait pas équitable de l'étendre aux apports, qui, avant d'être versés dans la société actuelle, auraient déjà été représentés dans une société pré-existante, ayant duré deux ans au moins et dont celle-ci a pris la suite. Des sociétés par actions se fondent les unes après les autres, recueillant l'actif de celles qui les ont précédées ; à chaque transformation va-t-il falloir attendre deux ans, pour que les titres soient négociables ? Les lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité ont remédié à cet inconvénient et dérogé au principe de la loi de 1893 : « En cas de fusion de sociétés par suite d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés pré-existantes, l'interdiction de négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence » (1).

Remarque finale. — Il n'est pas nécessaire d'insérer dans les statuts, contenant des actions d'apport, une clause de défense temporaire de les négocier ; cette défense résulte impérativement de la loi elle-même. Toute clause contraire insérée dans les statuts rendrait la société nulle. Hors de là, si les actions d'apport étaient émises contrairement à la loi de 1893, la société ne serait point nulle, mais l'émission des certificats et leur négociation seraient punissables (art. 13 et 14).

(1) Sur la question de savoir si, lorsqu'une société, qui a augmenté son capital depuis moins de deux ans, fusionne avec une autre par apport global de son actif, les actions d'apport à elle remises bénéficient des lois de 1902 et 1903, c'est-à-dire sont immédiatement négociables, v. WAHL, *Journ. des Soc.*, 1911, 481.

§ 5. — Parts bénéficiaires ou de fondateur (1)

(Loi du 23 janvier 1929).

638. — L'usage a introduit cette forme de titres. Jusqu'à une époque toute récente, la loi n'en parlait pas. La première disposition législative les concernant se trouve dans la loi du 31 mars 1927 (art. 16) qui leur étend le régime de non négociabilité pendant deux ans des actions d'apport. La loi du 23 janvier 1929 pour la première fois réglemente dans leur ensemble les parts de fondateur ou parts bénéficiaires (elle consacre et emploie ces deux appellations sans établir entre elles aucune différence, comme la pratique le faisait déjà) (2).

Les parts de fondateur ou parts bénéficiaires sont des parts constatées par des certificats négociables, nominatifs ou au porteur, et donnant au porteur droit à une quote-part dans les bénéfices sans lui conférer aucun droit dans le capital social ni — ajoute l'art. 1 de la loi de 1929 — « la qualité d'associé ».

Ces parts sont, par exemple, au nombre de 1.000 ; il leur est attribué 20 0/0 des bénéfices nets, calculés après un prélèvement de 5 à 6 0/0 à servir aux actions, à titre d'intérêt. Chaque part peut se subdiviser, à son tour, en coupures de 1/10, 1/100, etc. Les plus connues sont celles qui furent émises par la Compagnie de Suez. Aujourd'hui, elles sont extrêmement répandues.

La loi de 1929 n'est donc intervenue que pour réglementer une institution déjà existante. Cette loi est l'aboutissement lointain d'un projet de 1903 relatif à la fois aux obligations et aux parts de fondateur. Ce projet fut repris en 1914 devant le Sénat par M. CHASTENET ; en 1922, la Commission sénatoriale du commerce et de l'industrie en disjoignit le titre I, consacré aux obligations ; le titre II, remanié assez profondément à plusieurs reprises, devint la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur.

L'objet de cette loi est double. D'abord et surtout, le législateur a voulu organiser les groupements de porteurs de parts, que la pratique avait multipliés (comme du reste les groupements d'obligataires). Accessoirement, il a cru devoir aussi — il est permis de croire, à tort — se prononcer sur la nature juridique de la part bénéficiaire.

Le statut légal des porteurs de parts repose essentiellement sur l'idée que — pour éviter qu'un seul porteur puisse paralyser le bon

(1) Ce sujet est celui des sociétés par actions qui a donné lieu au plus grand nombre de monographies françaises : CHAVEGRIN, S. 1889, 1, 417 ; BOUSQUET, *Journ. des Soc.*, 1885 ; WAHL, *ibid.*, 1897, 2, 89 et suiv., 1898 ; TRYSTRAM, 1902 ; R. ROUSSEAU, 1899 ; PERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, 1896 et D. 1902, 2, 1 et 7, 1904, 1, 89 et 482 ; THALLER, D. 1899, 1, 553 et 2, 361 et *Rev. crit.*, 1881, p. 553 et 1886, p. 219 ; et surtout LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*, 2^e éd., 1914. Celui des ouvrages d'ensemble sur les sociétés qui consacre le plus de développement aux parts de fondateur est le traité de M. HOUPIN (6^e éd., t. I, p. 531 à 583).

(2) Sur la loi du 23 janvier 1929, v. le commentaire de M. René GAIN au D. 1929, 449, et celui de M. CORDONNIER, au *Journ. des Soc.*, 1929, p. 257 et 321. Cf. également RAULT, *Du champ d'application de la loi du 23 janvier 1929*, *Rec. jurid. des Soc.*, 1929, p. 184 et *Traité des parts de fondateur*, 1930 ; MARIN, *La loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur*, dans les *Annales de droit commercial*, 1929. — Adde, au point de vue fiscal, WEISS, *Droit fiscal des parts de fondateur*, 1930.

fonctionnement du groupement et de la société émettrice elle-même, — il faut permettre à la majorité du groupe de prendre des décisions obligatoires pour tous, sous réserve toutefois, de certaines précautions destinées à sauvegarder l'intérêt des porteurs pris individuellement.

Malgré certains droits nouveaux conférés aux porteurs de parts, et qui, à l'occasion, peuvent constituer une gêne réelle pour la société, il n'est pas douteux, cependant, que la loi nouvelle soit conçue dans un esprit plutôt défavorable que favorable aux parts bénéficiaires. Le législateur a été surtout frappé des abus auxquels elles avaient donné lieu et des inconvénients qu'elles présentaient pour la société (1); c'est ce qui explique que les porteurs soient, dans le système de la loi de 1929, dans une situation moins avantageuse à bien des égards que sous le régime de la jurisprudence antérieure.

639. — Nature juridique. — La loi de 1929 pose en principe, dans son article 1, al. 2 : « ces titres, qui sont en dehors du capital social, *ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé*. Mais il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ». La loi a voulu ainsi trancher une vieille controverse sur la nature juridique du droit.

Un parti, auquel s'étaient ralliés à l'origine MM. LYON-CAEN et RENAULT, soutenait que le porteur a un *droit d'actionnaire*, déguisé sous un nom trompeur. La part bénéficiaire serait une *action de jouissance*. Le principal avantage pratique de ce système était — comme l'a fait depuis, la loi du 31 mars 1927 — de suspendre pendant deux ans la négociabilité des parts, assimilées ainsi à des actions d'apport, et de refréner une partie des abus qu'elles ont causés. Cette opinion était néanmoins inadmissible en droit, car toute action doit, à l'origine, tout au moins, représenter une portion déterminée du capital social, et conférer un certain droit de vote : double caractère qui manque à la part bénéficiaire.

Suivant la jurisprudence, au contraire, sous réserve d'un arrêt fiscal (Req., 16 novembre 1904, S. 1906, 1, 49) destiné à frapper la part de l'impôt cédulaire sur le revenu, la part de fondateur est une *créance contre la société*, donnant droit à une part annuelle des bénéfices. Le porteur ne fait point partie des associés. Il est assimilable à un obligataire qui aurait, non un coupon d'intérêt fixe, mais un coupon variable et qui, en outre, ne pourrait prétendre au remboursement du principal. Il est comparable à un employé participant aux bénéfices, à qui l'on remettrait un titre négociable.

C'est cette opinion que paraît consacrer en termes exprès la loi du 23 janvier 1929. Toutefois, la solution donnée par elle à la controverse, n'est peut-être définitive qu'en apparence. La loi de 1929, en effet, accorde aux porteurs de parts — en même temps qu'elle leur refuse

(1) V. notamment rapport LEVASSEUR, Chambre des députés, 7 juillet 1927, Docum. parlem., annexe n° 4793 et rapport LESACHÉ, 2 février 1928, Docum. parlem., Chambre, 1928, annexe n° 5422.

la qualité d'associés — des droits importants (droit d'assister par des représentants aux assemblées d'actionnaires, droit de *veto* pour les modifications touchant à l'objet et à la forme de la société, etc.) qui n'appartiennent pas à des créanciers (lesquels ne peuvent, tant que leur débiteur fait honneur à ses engagements, s'immiscer dans l'administration de son patrimoine), et ne sauraient, dans une saine conception juridique (plus forte, parce que conforme à la réalité des choses, qu'une terminologie légale peu exacte), appartenir qu'à des associés. Si bien que, si le porteur de part est baptisé, légalement, « créancier » de la société, il nous apparaît tout au moins comme un créancier d'une nature bien singulière, et dont la situation originale ne sera pas aussi facile qu'on pourrait le croire à préciser avec soin. Par ses solutions d'ensemble, sinon par sa formule liminaire, trop absolue, il semble que la loi de 1929 se rapproche en réalité d'une opinion intermédiaire, soutenue par certains auteurs (MM. GENEVOIS, HOUPIN, PERCEROU) : la part serait un droit social, latéral aux actions, non inclus dans le capital.

640. — Création des parts de fondateur. — Quelles sont les sociétés qui peuvent émettre des parts de fondateur ? La loi du 23 janvier 1929 (art. 1, al. 1) ne parle que des sociétés commerciales par actions. Mais cette formule ne paraît pas restrictive. Rien en effet, dans les travaux préparatoires n'indique que la loi ait entendu innover sur ce point, et interdire aux sociétés commerciales autres que les sociétés par actions la création de parts bénéficiaires, création généralement admise par les auteurs (1). La formule de l'art. 1 n'est restrictive que dans la mesure où elle vise des parts émises sous la forme de « titres négociables ». Mais il convient, pensons-nous, d'admettre qu'en principe, des sociétés civiles et des sociétés commerciales par intérêt peuvent créer des parts de fondateur, pourvu que celles-ci ne soient pas représentées par des titres négociables.

640 bis. — La loi de 1929 décide que, si la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu *en rémunération d'un apport en nature*, cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification, prescrites par l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867.

A prendre à la lettre cette formule peu heureuse, on pourrait croire qu'elle soustrait la création des parts à l'art. 4, quand elles sont émises *contre espèces*. Mais il résulte au contraire, des travaux préparatoires (rapport Coignet au Sénat), qu'elle a eu pour but de soumettre la création des parts à l'art. 4 dans tous les cas, même quand elles sont attribuées à des personnes non associées (tranchant par là une ancienne controverse), sans distinguer aucunement, selon qu'elles rémunèrent un apport en nature ou en espèces. Dans tous les cas, la procédure spéciale de l'art 4 doit être suivie.

641. — Les parts bénéficiaires peuvent revêtir une forme quelconque : nominative, au porteur, à ordre. La loi ne réglemente pas da-

(1) V. notamment pour les sociétés à responsabilité limitée, WAHL, *Les obligations et les parts de fondateur dans les sociétés à responsabilité limitée*, *Rec. jur. Soc.*, 1927, p. 227 ; v. également DROUETS, *Soc. à responsabilité limitée*, n° 275.

vantage leur transmission ; elles sont donc, en principe, librement cessibles. Mais, depuis la *loi du 31 mars 1927*, art. 16, elles ne sont pas *négociables* pendant les deux ans qui suivent la constitution définitive de la société.

La loi de 1927 a étendu sur ce point aux parts bénéficiaires les dispositions de l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifiée en 1893, relatives aux actions d'apport. Son but a été de mettre fin à des abus nombreux, consistant à négocier en bourse et à livrer à la spéculation les parts bénéficiaires d'une société qui n'avait pas encore deux ans d'existence ou n'était même pas encore définitivement constituée. Le danger était d'autant plus sérieux que, lorsque les parts de fondateur étaient immédiatement négociables, il était très facile d'é luder la règle de la non-négociabilité pendant deux ans des actions d'apport, en attribuant aux apporteurs, non pas des actions, mais des parts de fondateur.

642. — L'organisation des porteurs de parts. — Les porteurs de parts ont des droits individuels et des droits collectifs. Le but essentiel de la loi du 23 janvier 1929, a été d'établir une organisation collective des porteurs de parts. Elle a résolu par voie d'autorité une question, que la pratique s'était efforcée de résoudre par l'institution conventionnelle de groupements de porteurs de parts, analogues aux groupements d'obligataires dont il sera question plus loin (v. *infra*, n° 713). Ces deux sortes de groupements, assez voisins en fait, posent des problèmes, qui ainsi — et l'on peut s'en étonner — ne se trouvent résolus législativement que pour les porteurs de parts.

L'habitude s'était établie de former entre ces porteurs un groupement, qu'on qualifiait, généralement, de « société civile », mais qui ne pouvait être constituée que par le consentement unanime de ses membres. L'étendue des pouvoirs des groupements de ce genre et leur nature juridique propre restaient assez incertaines. La loi de 1929 organise un groupement obligatoire des porteurs de parts, mais elle évite, et cela volontairement, de prendre parti sur sa nature (1). Elle déclare seulement (art. 1, art. 13) qu'il constitue une « masse », masse que l'expression même employée par la loi invite à rapprocher de la masse des créanciers d'une faillite, et à laquelle il convient, comme à cette dernière, de reconnaître la personnalité morale.

Il peut, du reste, y avoir plusieurs masses ; tel est le cas lorsqu'il existe dans une même société plusieurs catégories de parts bénéficiaires pourvues de droits inégaux ; chacune de ces catégories forme alors une masse distincte.

L'article 1, al. 6, de la *loi du 23 janvier 1929* pose dans toute sa rigueur le principe de cette organisation majoritaire des porteurs de parts : « Nonobstant toute stipulation contraire, les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale, à toute époque, et prendre, à la majorité, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs ».

642 bis. — L'assemblée des porteurs. — La loi de 1929 a réglementé

(1) V. rapport COIGNET au Sénat, séance du 25 juin 1927, sur l'art. 1.

la composition, la tenue et les pouvoirs de l'assemblée des porteurs avec un luxe de détails peu commun. L'assemblée ne comprend, comme nous venons de l'observer, que les porteurs d'une même masse, c'est-à-dire des porteurs pourvus de droits égaux. Mais elle les comprend tous et chaque propriétaire d'une part a le droit d'y siéger avec une voix par part, sans limitation.

C'est à la société émettrice qu'il appartient de *convoquer* l'assemblée générale des porteurs de parts (Loi du 23 janvier 1929, art. 2, al. 1). Toutefois, un groupe de porteurs représentant un vingtième des parts existantes dans une masse peut prendre l'initiative de la convocation. Mais, même dans ce cas, il n'appartient pas à ce groupe de convoquer directement l'assemblée ; il doit présenter à cet effet une demande à la société, indiquant l'ordre du jour de l'assemblée. Si, dans le mois qui suit cette demande, l'assemblée n'a pas été convoquée par la société, le groupe des porteurs pourra y procéder, mais seulement s'il obtient l'autorisation du président ou du tribunal de commerce. On peut s'étonner que la loi n'ait pas donné au représentant des porteurs, dont il sera question plus loin, le droit de convoquer leur assemblée générale. Si l'on ajoute à cette observation la manière réticente dont elle donne à un groupe de porteurs le droit de demander cette convocation, il semble bien qu'il faille en conclure que, dans l'esprit du législateur, la faculté de réunir l'assemblée des porteurs est instituée surtout dans l'intérêt de la société. En fait, il en sera d'ailleurs le plus souvent ainsi.

La loi prévoit que cette convocation sera faite par deux insertions successives au *Bulletin des annonces légales obligatoires* et par une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social. Huit jours au moins doivent s'écouler entre la dernière insertion et la tenue de l'assemblée. La loi réglemente tout au long dans ses articles 3, 4 et 5, l'organisation matérielle de la séance, la rédaction d'une feuille de présence, l'élection du bureau.

L'assemblée, pour délibérer valablement, doit réunir certaines conditions de *quorum* et de *majorité*. Le législateur n'a fait, du reste, que transposer en cette matière les solutions de l'art. 31 de la loi de 1867, modifiée par la loi du 22 novembre 1913, relatives aux assemblées extraordinaires d'actionnaires (v. *infra*, nos 684 et 687 et suivants). Dans les assemblées de porteurs de parts, la *majorité* doit toujours être des *deux tiers* des parts présentes ou représentées. Le *quorum* au contraire est *dégressif*. Il doit être des *trois quarts* au moins à la première assemblée. S'il n'est pas atteint, il est possible, après nouvelles convocations, de tenir une seconde assemblée, où le *quorum* de la *moitié* est suffisant ; si même ce second *quorum* n'est pas atteint, une troisième assemblée peut être réunie et délibérer valablement avec un *quorum* du *tiers* (1).

La loi stipule que la société n'a pas le droit de voter avec les titres dont elle est propriétaire ou qui sont en sa possession pour une raison

(1) Il faut, croyons-nous, considérer comme absolument impératives les dispositions de la loi sur le *quorum* et la *majorité* dans les assemblées de porteurs de parts ; ils ne peuvent être ni abaissés (ce qui serait enlever aux porteurs individuellement leur garantie légale), ni élevés (ce qui aboutirait à ruiner le principe que dans l'assemblée la minorité des porteurs doit s'incliner devant les décisions de la majorité).

quelconque (art. 6, al. f). Par contre, un porteur de part qui est également actionnaire peut valablement voter à l'assemblée des parts, et cela même sur des questions où les intérêts des actionnaires et les intérêts des porteurs sont en conflit. On peut se demander si rationnellement cette solution est bien fondée, mais légalement elle paraît certaine.

Les *pouvoirs de l'assemblée* sont définis de la manière la plus large par l'art. 7 : « L'assemblée générale, régulièrement constituée, statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir, notamment, à toutes modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéficiaires, ainsi que dans le mode de calcul de ces droits, au rachat de parts par la société à la conversion des parts en actions ou en obligations. Les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables ».

La loi, ici encore, tranche une vieille question, très discutée en doctrine et en jurisprudence (mais plus discutée peut-être pour les groupements d'obligataires que pour les groupements de porteurs de parts) dans le sens de l'omnipotence absolue de l'assemblée générale. On peut se demander s'il n'eût pas été préférable de laisser aux porteurs certains droits individuels (par exemple relativement au rachat des parts), ou de distinguer — comme la jurisprudence l'a fait pour les actionnaires et paraît vouloir incliner à le faire pour les obligataires (comp. Paris, 13 juillet 1928, *Gaz. Pal.* 1929, 1, 79) — entre les droits essentiels et les droits secondaires des porteurs de parts, les premiers ne pouvant leur être retirés que de leur consentement unanime.

Il convient d'ailleurs de remarquer que, si, d'après le texte, l'assemblée est omnipotente, elle ne l'est cependant que dans la mesure où elle dispose des droits communs à tous les porteurs ; elle ne pourrait disposer des droits particuliers d'un ou de quelques porteurs seulement. De plus, il va de soi que l'action de l'assemblée n'est sans limite que dans la mesure où elle agit *sans fraude*, et notamment en dehors de toute collusion frauduleuse entre elle et la société. Les tribunaux gardent à ce point de vue un droit de contrôle nécessaire sur ses délibérations, en vertu de la vieille maxime *fraus omnia corrumpit*.

643. — Droits reconnus aux parts. — Outre le droit essentiel à une portion des bénéfices sociaux, les porteurs de parts ont, à l'égard de la société, d'après la loi nouvelle, trois droits principaux :

1° Ils ont, d'abord, un certain *droit de regard* sur la marche de la société. Mais ils n'exercent pas directement ce droit, la loi en confiant l'exercice à leur représentant. C'est en étudiant le rôle de celui-ci qu'il conviendra de revenir sur ce point (v. *infra*, n° 645).

2° L'article 9 de la loi de 1929 donne aux porteurs de parts un *droit de veto* pour les modifications touchant à l'objet et à la forme de la société ; ces modifications ne seront valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts les aura approuvées. C'est là une des principales innovations de la loi de 1929 ; la jurisprudence ne reconnaissait aux porteurs qu'un droit à des dommages-intérêts, en cas de

décision prise en fraude de leurs droits ; mais la décision de l'assemblée des actionnaires restait souveraine. La loi nouvelle est ainsi venue donner aux parts, en ce qui concerne l'objet et la forme de la société, une garantie très forte, et qu'il est permis de trouver excessive, car ces modifications intéressent beaucoup plus les actionnaires que les porteurs de parts.

3° Les porteurs ont enfin un certain droit de contrôle, en cas de dissolution anticipée de la société. Lorsque la dissolution anticipée a lieu à la suite de pertes absorbant le quart au moins du capital social, les porteurs ne peuvent la contester, et doivent la subir. Mais lorsque la dissolution anticipée est proposée pour une autre cause, quelle qu'elle soit, la proposition de dissolution doit être soumise à une assemblée générale de porteurs de parts. Si l'assemblée approuve la résolution, toute action des porteurs est de ce fait éteinte contre la société. S'ils la rejettent, la société n'en est pas moins dissoute, mais les porteurs ont alors à l'égard de la société, une action éventuelle en dommages-intérêts, que leur représentant doit exercer dans les six mois de la date de l'assemblée générale des actionnaires prononçant la dissolution anticipée.

La loi a voulu protéger ainsi les porteurs contre une manœuvre pratiquée parfois par la société émettrice : la dissolution n'avait pour but que de faire disparaître les parts bénéficiaires, après quoi, la société se reconstituait sans eux. Ici toutefois le droit de veto des porteurs disparaît ; il est remplacé par le seul droit de donner, ou de refuser, une approbation, et, au cas de refus, d'intenter, par l'organe d'un mandataire *ad litem* spécialement désigné (art. 13), une action collective en dommages-intérêts, pendant un délai, du reste assez court (1).

La loi ne dit pas quelle assemblée statuera la première, celle des actionnaires décidant la dissolution ou celle des porteurs ayant à se prononcer sur elle. Il paraît préférable que la proposition de dissolution soit soumise d'abord, à l'assemblée générale des porteurs de parts : sans quoi — en tenant cette assemblée très peu de temps avant que n'expire le délai de six mois, à partir de l'assemblée des actionnaires ayant prononcé la dissolution, dans lequel les porteurs de parts doivent agir en dommages-intérêts — on parviendrait pratiquement à paralyser leur action.

644. — Avant la loi de 1929, le porteur de part ne pouvait en principe être remboursé contre son gré par la société ; il n'en était autrement que si ce remboursement avait été prévu lors de l'émission, ou si les porteurs se trouvaient réunis par les statuts en un groupement ayant le pouvoir de consentir le rachat. D'après la loi nouvelle ce rachat peut *de plano* être imposé aux porteurs par une délibération de leur assemblée générale (art. 7). Les actionnaires ne pourraient y consacrer des réserves qu'à la condition qu'elles leur appartiennent exclu-

(1) Sous le régime antérieur à la loi du 23 janvier 1929, la dissolution anticipée de la Société, à moins qu'elle n'eût été décidée en fraude des droits des parts, n'exposait pas la société à une action en dommages-intérêts, et devait être rapprochée des événements de force majeure (Req., 9 et 24 mars 1903, D. 1904, 1, 89 et 481, note PERCEROU). Cette solution paraît bien demeurer exacte.

sivement. Ils pourraient aussi y affecter une partie du capital, mais à la condition de réduire en même temps celui-ci d'une somme égale (Paris, 8 juin 1901, D. 1901, 2, 7, note PERCEGU ; Req., 8 décembre 1902, S. 1904, 1, 449, note WAHL) et sous réserve des droits des créanciers sociaux antérieurs.

La loi prévoit expressément (art. 8), la *conversion des parts en actions*. Sous le régime antérieur pareille opération n'était possible qu'avec le consentement unanime des porteurs de parts (v. la discussion engagée à la *Société d'Etudes législatives* en 1913 ; *Bulletin*, p. 213 et suiv.). Mais cette conversion ne peut avoir lieu que par l'affectation de réserves sociales d'un montant correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de l'opération (art. 8). La conversion ne peut pas être décidée moins de deux ans après la création des parts : mais les actions ainsi attribuées en représentation des parts échappent à la non-nécessité pendant deux ans de l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifiée en 1893.

645. — Le représentant des parts. — L'article 11 donne à l'assemblée des porteurs la *faculté* de nommer un ou plusieurs représentants. Ce représentant est un mandataire soumis aux règles générales du mandat. Il n'est point nécessaire qu'il soit pris parmi les porteurs de parts, au moins lorsqu'il n'a pas pour mission d'agir en justice au nom de la masse contre la société ; dans ce dernier cas, en effet, il doit être pris parmi les membres de l'assemblée.

Alors que le groupement des porteurs est obligatoire, la nomination d'un représentant n'est que facultative. Ce n'a pas été là, aux yeux du législateur, un rouage essentiel de l'organisation nouvelle. Aussi bien, la loi ne lui donne-t-elle aucun rôle dans le fonctionnement intérieur de la masse ; nous avons vu déjà qu'elle ne lui donne même pas le pouvoir de convoquer l'assemblée. Toutefois, en pratique, il sera presque toujours utile, sinon indispensable, de recourir à cette nomination. Une des principales utilités des groupements de porteurs de parts, tels qu'ils ont été constitués avant la loi de 1929, a été précisément (à côté de la possibilité de prendre des décisions à la majorité) la désignation d'un ou plusieurs mandataires chargés de représenter les porteurs et de négocier en leur nom avec la société.

Les *pouvoirs* du ou des représentants sont fixés par l'assemblée qui les nomme (art. 11, al. 1). Toutefois, la loi leur donne en tout état de cause un certain nombre de droits qui leur appartiennent d'office, et que la convention ne pourrait leur enlever. Ce sont :

1° Le droit d'assister aux assemblées générales d'actionnaires (mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations). L'accès aux assemblées d'actionnaires était formellement refusé par la pratique antérieure aux porteurs de parts et aux représentants de leur groupement. La loi fait donc ici un avantage aux porteurs, limité il est vrai très raisonnablement par l'interdiction pour leur représentant de prendre part au vote. (1).

(1) Il va de soi que, si le représentant des porteurs est en même temps actionnaire, il conserve, en sa qualité d'actionnaire, son droit de vote dans l'assemblée générale.

2° Les représentants ont droit aux mêmes communications que les actionnaires. Ils peuvent donc prendre communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires quinze jours avant l'assemblée annuelle, et se faire délivrer copie du bilan et du rapport des commissaires (art. 12 et 35 de la loi du 24 juillet 1867 : sur le droit de communication des actionnaires, cf. *supra*).

3° Ils peuvent se faire délivrer copie des procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires (droit qui n'appartient pas *de plano* aux actionnaires).

Ces trois pouvoirs principaux accordés par la loi aux représentants des porteurs de parts constituent pour ces derniers l'exercice d'un véritable droit de regard sur la marche de la société. Mais ce droit est en quelque sorte passif, et ne comporte à juste titre aucun pouvoir d'immixtion dans la gestion des affaires sociales ;

4° La loi enfin attribue un rôle *exclusif* au représentant des porteurs en ce qui concerne l'exercice des actions judiciaires. Déjà l'article 10 prévoit que l'action en dommages-intérêts pour dissolution anticipée de la société ne peut être intentée par les porteurs que collectivement, par l'organe de leurs représentants. L'article 13 stipule en termes plus généraux qu'« aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale, et par un représentant de la masse nommée par l'assemblée générale, et pris parmi les membres de cette assemblée ». Ainsi, toutes les actions exercées au nom de la masse contre la société sont confiées exclusivement au représentant des porteurs. Quoique la loi ne parle que des actions *contre la société*, et non de celles à diriger contre des tiers (par exemple les administrateurs personnellement), il semble bien que même ces dernières doivent être réservées au représentant des porteurs de parts, du moment qu'elles concernent leurs intérêts collectifs et sont ainsi des actions « de masse ».

646. — La loi du 23 janvier 1929 comporte des sanctions *pénales*. Elle punit des peines de l'escroquerie (art. 405, C. pén.) : ceux qui, en se présentant comme porteurs de parts qui ne leur appartiennent pas, ont voté aux assemblées générales ; ceux qui ont remis des parts pour en faire un usage frauduleux ; ceux qui se sont fait garantir ou promettre des avantages particuliers pour voter dans l'assemblée dans un certain sens, ou pour ne pas participer au vote, de même que ceux qui ont garanti ou promis ces avantages particuliers (art. 12) (à rapprocher de l'art. 13, al. 3 et 4 de la loi du 24 juillet 1867).

646 bis. — La loi du 23 janvier 1929 est-elle rétroactive ? Elle s'applique à toutes les parts qui seront créées après la promulgation de la loi même par des sociétés antérieures. Mais elle s'applique également aux parts créées avant sa promulgation, lorsque ces parts ne sont pas soumises conventionnellement à un mode de représentation collective.

Cette application *rétroactive* d'un régime collectif à des parts créées sous l'empire d'une loi qui reconnaissait à chaque porteur individuellement un droit intangible aux avantages à lui concédés, ne laisse pas

d'être grave, et de porter une rude atteinte au principe du respect des droits acquis. N'en a-t-on pas vu toute la gravité, ou bien serait-ce que le législateur moderne fait bon marché de ce principe, pourtant si tutélaire ? Quoi qu'il en soit la solution est certaine.

Ainsi que nous l'avons dit, seules les parts qui étaient avant la promulgation de la loi de 1929 soumises à un régime conventionnel de représentation collective conservent donc en principe leur régime antérieur. Mais le législateur a voulu qu'elles pussent également adopter, si elles le voulaient, le régime de la loi nouvelle. L'article 14 dispose en effet que « les sociétés, associations ou groupements quelconques déjà constitués en vue d'assurer une représentation collective pourront, à toute époque, en délibérant dans la forme prévue à leur acte constitutif, se soumettre aux dispositions de la présente loi, qui leur sera ensuite applicable dans son ensemble ». Les groupements existants peuvent donc adopter l'organisation légale ; mais, s'ils le font, ils doivent l'adopter toute entière, et ne pourraient se soumettre à certaines de ses dispositions, en prétendant écarter les autres (1).

SECTION III

ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (2)

(C. com., art. 31 abr. et 32 ; L. 1867, art. 10, al. 3 à 5 ; 15, n° 3 ; 17, 22, 25, 32-36, 39-40).

647. — Les principes généraux sur l'administration des sociétés sont exposés dans le chapitre précédent.

La *commandite par actions* est administrée d'après les mêmes règles qu'une commandite simple. Le *gérant statutaire* (associé en nom, ou l'un d'eux) est, en principe, irrévocable. Les statuts peuvent toutefois le déclarer révocable, pour cause déterminée, ou *ad nutum* (n° 402), ils peuvent décider encore que, à sa mort, la société continuera avec un autre gérant, et que les actionnaires lui désigneront un successeur.

On étend d'ordinaire à la commandite par actions la règle de la commandite simple sur la *défense d'immixtion du commanditaire* (arg. art. 38 C. com. cbn. avec 27 et 28) : la gérance, déferée à un actionnaire autre que l'associé en nom, le rendrait indéfiniment responsable (nos 401 à 404). Mais cela n'a qu'un intérêt médiocre. En pratique, un commandité gérant délèguera la signature, en cas de nécessité, à l'un des actionnaires. Si les actions sont au porteur, comment saura-t-on la contravention ?

(1) Sur les difficultés que peut présenter cette adoption de la loi nouvelle, v. CORDONNIER, *op. cit.*, au *Journ. Soc.*, 1929, p. 270 et suiv.

(2) BIBLIOGRAPHIE. — BERTIN, *De la responsabilité des fondateurs et administrateurs de société anonyme*, 1882 ; LARUE, même titre, 1883 ; VILLARD, *Des attributions et de la responsabilité des administrateurs*, 1884 ; GUÉRIN, *De la responsabilité des administrateurs*, 1893 ; DEGUCIS, *De la responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions*, 1898 ; MOURET, *Responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes*, 1907 ; FRAISSAINGEA, dans les *Annales de droit commercial*, 1907, p. 378.

648. — Dans la *société anonyme* apparaissent les règles originales : — quant à la *nomination des administrateurs*, — quant à leurs *attributions*, — quant aux *actions en responsabilité* qu'ils encourent.

649. — I. **Nomination des administrateurs** (1). — (1°) Ils ont des pouvoirs *temporaires* (L. 1867, art. 22). On ne peut les élire que pour *six ans* au plus. Ce délai est même abrégé pour les premiers administrateurs. S'ils sont désignés par les statuts, ils ne peuvent être nommés pour plus de *trois ans* : mais la loi veut alors par un esprit vraiment trop sacramentel, qu'il y ait une stipulation *formelle* de ces statuts décidant que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée (2).

En fait, les statuts disposent les réélections, de manière à soumettre les administrateurs à un renouvellement partiel, et de même quant au conseil de surveillance. Cela donne à la marche des affaires plus d'unité. — Ex. : Si le conseil d'administration a six membres, chaque année on en réélira un, un tirage au sort à l'origine déterminera l'ordre des sorties.

650. — Les administrateurs ne sont pas sûrs d'atteindre le terme de leur mandat. Ils sont *révocables* à toute époque (art. 22). L'assemblée générale peut les destituer sans justifier d'aucun motif.

Toute clause limitant ce droit de l'assemblée est nulle et sans effet. Les administrateurs révoqués ne peuvent demander de dommages-intérêts à raison de leur révocation (excepté si la mesure est prise en une forme et dans des circonstances injurieuses). Au contraire, d'après le droit commun du mandat, ces clauses dérogoires, cette promesse éventuelle d'indemnité seraient valables. Le droit de révoquer emporte, par réciprocité, le droit pour l'administrateur de démissionner.

La loi veut par là que les administrateurs soient sous la coupe des actionnaires, ce qui en fait sera rarement exact. D'ailleurs, comment le droit de révocation s'exercera-t-il, du moment que l'assemblée générale, seul pouvoir en mesure d'en user, est liée par un ordre du jour des convocations que le conseil d'administration seul (ou les commis-

(1) Nous laissons de côté les particularités propres à certaines Compagnies : le droit pour le gouvernement de nommer le gouverneur et le sous-gouverneur de la Banque de France (et du Crédit Foncier), lequel joue vis-à-vis des régents le même rôle qu'un directeur vis-à-vis d'un conseil d'administration. — Sur la représentation de l'Etat au Conseil d'administration dans les Sociétés auxquelles il contribue financièrement, voir le Décret du 18 octobre 1923. Adde l'étude de Ch. CROIZAT, « Statut juridique des délégués des collectivités publiques dans les sociétés d'économie mixte », dans les *Annales de droit commercial*, 1929, p. 97 et s. — La qualité de citoyen français n'est pas requise chez un administrateur de société anonyme. Une femme, un failli non réhabilité, pourraient en exercer les fonctions. — Une proposition de loi déposée en 1912 par M. BRUNER à la Chambre des députés tendait à interdire à certains condamnés de droit commun la fondation, la direction et l'administration des sociétés anonymes.

(2) Les administrateurs *statutaires* d'une société anonyme diffèrent du gérant d'une commandite par actions : — 1° En ce qu'ils sont nommés pour trois ans, le commandité ayant au contraire une durée indéterminée de fonctions ; — 2° En ce qu'ils sont révocables, le gérant ne l'étant pas ; — 3° En ce qu'ils ne s'engagent pas, par les marchés qu'ils contractent, envers les créanciers de la société ; le gérant étant au contraire tenu indéfiniment du passif comme associé en nom.

saies) règle souverainement ? — Cette remarque cependant n'est pas péremptoire : si les comptes des administrateurs produits à l'assemblée annuelle révèlent des fautes graves, l'assemblée pourra donner la révocation pour sanction à son refus d'approbation des comptes (Sur la possibilité de prononcer cette révocation, lorsqu'elle est déterminée par des incidents imprévus survenus au cours de l'assemblée elle-même, cfr. Civ. rej., 15 juillet 1895, D. 96, 1, 31 ; Req., 20 décembre 1910, *Journ. des Soc.*, 1911, 495 ; Req. 2 juin 1924, D. H. 1924, 430).

651. — (29) Les administrateurs doivent être associés, c'est-à-dire *actionnaires* (art. 22 ; en sens contr., art. 31 ancien du C. de com.) (1). C'est une différence avec les autres formes de société. Il y a nullité de la société, quand les statuts déclarent les étrangers habiles à faire partie du conseil, ou quand la dernière assemblée constitutive a élu des étrangers au premier conseil (art. 41, l. 1867). La loi attend d'un actionnaire plus de vigilance dans la gestion que n'en montrerait un tiers (2).

652. — Il faut même que les statuts déterminent le *nombre d'actions* que doit posséder chaque administrateur : autrement il sera nécessaire, par une assemblée générale, de réparer cet oubli.

Ces actions (3) sont *nominatives, inaliénables*, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. Elles forment la *garantie solidaire* de la gestion de l'un quelconque des administrateurs.

Décliner dans tel cas déterminé sa responsabilité personnelle, en votant contre une délibération qui a rallié la majorité, ce n'est pas dégager ses actions déposées de la garantie de gestion des collègues. Un administrateur ne peut, en démissionnant et en obtenant son *quitus* individuel, dégrever ses actions avant la fin du mandat des autres.

Cette garantie est un nantissement sur valeurs, qui n'obéit point aux formes habituelles du gage commercial (cfr. art. 91 C. com.) : la société a le droit de se payer par préférence sur le produit des actions de l'un, pour la faute des autres ainsi que pour la sienne. — Garantie précaire : le cours des actions sera avili, les fautes commises ayant porté un coup au crédit de la société.

(1) Sur les clauses des statuts tendant à imposer le choix des administrateurs parmi certaines catégories d'actionnaires (porteurs d'actions de numéraire, par exemple) v. WAHL, *Journ. des Soc.*, 1913, 337 ; TAMBOISE, *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, 1929.

(2) Lorsqu'une société (notamment une société anonyme) possède dans une société anonyme le nombre d'actions voulu, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être administrateur de la société dont elle est actionnaire, sauf à exercer ces fonctions par l'organe d'un représentant désigné par elle (HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 843 — *contra*, LACOUR, I, p. 317, note). Cette combinaison a été employée notamment dans les *consortium* constitués pendant la guerre sous forme de sociétés anonymes. — Cf. VIENOT, *De la capacité juridique nécessaire aux administrateurs de sociétés anonymes*, *Journ. des Soc.*, 1920, 193.

(3) Sauf clause contraire des statuts, l'administrateur peut fournir la garantie exigée au moyen d'actions d'apport, même pendant les deux ans qui suivent la constitution de la société, Lyon, 27 novembre 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 260. — Pourrait-il fournir en dépôt des actions de jouissance ? v. THALLER, *Journ. des Soc.*, 1906, 493.

653. — 3° Dans les contrats ou marchés qu'ils traitent, les administrateurs ne peuvent représenter la société individuellement et séparément. A cet égard encore, on s'écarte des règles des autres sociétés. Ils prennent leurs *délibérations en commun*, en un *conseil d'administration*, lequel se réunit périodiquement. Les mesures à prendre seront ainsi concertées.

Les statuts fixeront le minimum des membres qui doivent être présents aux séances, et les conditions de la majorité nécessaire pour l'efficacité du vote. Sinon, la décision sera prise à la moitié plus un ; mais le tribunal aurait un pouvoir discrétionnaire pour annuler la délibération, faute d'un nombre raisonnable d'administrateurs présents.

Au surplus, la loi laisse la société libre de se contenter d'un seul administrateur, ce qui est tout à fait exceptionnel.

654. — Cette organisation a son contre-coup sur la faculté de *substitution*. Le droit commun (art. 1994 C. civ.) ne saurait être suivi.

Un administrateur ne peut désigner un tiers, qui le remplacerait au conseil d'administration. Chacun d'eux a été nommé pour ses aptitudes personnelles le mettant en mesure d'éclairer les autres : cette qualité ne se délègue point.

Mais le conseil tout entier dispose d'une certaine faculté de délégation, qui lui appartiendrait, même dans le cas de silence des statuts (art. 22, al. 2). Ne siégeant pas en permanence, il lui faut désigner un agent, un *administrateur délégué* : 1° pour exécuter les marchés par lui délibérés et pour prendre les mesures urgentes ; 2° pour répondre aux actions judiciaires ou pour les exercer ; 3° pour donner les ordres d'achats ou de ventes suivant le plan général arrêté par le conseil ; 4° pour engager les employés ou effectuer le mouvement des fonds, etc. Ce sont encore là, au premier chef, des actes juridiques.

La distribution des fonctions qui, entre le conseil et son délégué, résultera nécessairement de cette situation en partie double, est fort difficile à préciser. L'agent délégué ne peut pas être investi du pouvoir d'administrer en toute liberté. Le cercle de ses opérations doit lui être tracé par le conseil. Autrement le conseil d'administration se désaisirait de ses attributions. Comme cette délégation est un mandat, on suivra la règle d'après laquelle le mandataire général ne peut pas *proprio motu* faire des actes de disposition (art. 1988, al. 2, C. civ.) : il ne doit modifier les conditions normales de l'exploitation qu'en en référant préalablement au conseil.

L'administrateur délégué doit être choisi dans le conseil. Exceptionnellement, si les statuts le permettent, il peut être choisi parmi les étrangers. C'est un heureux correctif que la loi apporte à l'exclusion de l'administration dont sont frappés les étrangers. Dans les deux cas, les administrateurs répondent de la faute du délégué envers la société et peuvent toujours le révoquer (1).

(1) Contrairement à la substitution de mandat autorisée par l'art. 1994 : a) le Conseil ne pourrait « annihiler » ses fonctions en laissant le délégué administrer à sa place ; b) le gérant dans une autre forme de société peut, de plein droit, se substituer un non-associé, ce qui n'est pas vrai ici ; c) le mandataire ordinaire ne répond de son substitué

L'administrateur délégué ne peut pas à son tour transporter ses pouvoirs à un autre, faire acte de subdélégation. Toutefois, il pourrait se faire remplacer pour accomplir une affaire particulière. A cet égard la formule dont s'est servie la Cour de cassation pour interdire cette substitution de mandat est trop absolue (Cass. crim., 22 mai 1896, S. 98, 1, 542).

655. — L'art. 22 de la loi de 1867 désigne ce délégué du terme amphibologique de *directeur*. En général, le directeur est plutôt un agent technique, le premier employé de la maison. Il ne fait ni marchés, ni correspondances d'affaires (directeur d'une société d'éducation, directeur d'usine).

Le directeur, d'ailleurs, est plus souvent nommé par les statuts ou par l'assemblée générale que par le conseil d'administration : ce n'est plus un mandataire. Il est lié à la société par un *louage de services*, et conséquemment : *a)* on peut le choisir en dehors des actionnaires ; — *b)* le conseil ne répond des fautes du directeur, que s'il est en faute lui-même pour avoir exercé un mauvais choix ou s'être abstenu de surveillance ; — *c)* la société ne peut rompre, avant le terme convenu, que pour cause légitime l'engagement pris avec le directeur ; et, dans aucun cas, elle ne pourra prononcer son renvoi que sous réserve du nouvel art. 1780 C. civ. (Cass., 12 décembre 1892, S. 93, 1, 72 ; Douai, 31 mars 1898, S. 98, 2, 2²²) ; — *d)* il n'assiste pas, en principe, aux séances du conseil.

Parfois ce directeur présente un rôle mal défini, par suite d'un cumul de fonctions où entrent à la fois le louage de services et le mandat : — c'est ce qui se voit chez les directeurs des compagnies d'assurances, qui dressent les polices et ont en même temps une administration intérieure.

Il faudra appliquer alors distributivement les règles de l'un ou de l'autre contrat : l'agent sera révocable comme administrateur délégué, mais non pas comme directeur. Des arrêts ont préféré rechercher quel était celui des deux contrats qui primait l'autre (1) : si le louage de services prédomine, la révocation emportera dommages-intérêts, sans distinction entre l'un et l'autre rôle de l'administrateur (Orléans, 2 mars 1898, S. 98, 2, 270) ; si au contraire le mandat prédomine, le directeur sera révocable *ad nutum* (Paris, 11 novembre 1909, *Journ. des Soc.*, 1911, 19 ; Req., 20 décembre 1910, D. 1912, 1, 441, note THAL-LEL). V. également sur le cumul possible des deux qualités d'administrateur délégué et de directeur technique : Civ., 9 janvier 1928, D. H. 1928, 153.

655 bis. — Toute cette construction des pouvoirs respectifs du conseil d'administration et du directeur ou délégué est pénible et bien mal venue. L'art. 22 a été au Corps législatif l'objet d'une discussion confuse. L'état des faits répond inexactement à la loi.

que si ce droit de substitution ne lui a pas été expressément réservé : tandis que le Conseil répond de son délégué dans tous les cas.

(1) En ce sens : Civ., 9 juillet 1923, D. 1926, 1, 40.

Les conseils d'administration ont une assez mauvaise presse. Plus souvent il est vrai que de raison, on voit dans leurs membres des hommes disposant de leur puissance de gros actionnaires pour accaparer une fonction donnant des jetons de présence et un tantième de bénéfices (1) ; habiles au cumul, dans les diverses entreprises où ils ont des actions, mais sans influence réelle sur la direction, hors d'état de rien prévoir, de rien empêcher : une « scorie » de notre régime capitaliste, a-t-on été jusqu'à dire.

Le nom trop prétentieux que la loi leur donne a contribué à cette mauvaise réputation. En réalité, ils ne forment pas un « conseil d'administration ». Ils ne concentrent pas en eux, au regard des tiers, la représentation de la société. C'est à tort qu'assignation judiciaire leur serait donnée, elle devrait l'être au directeur seul. Ils ne sont pas plus les représentants de la société que le curateur ne l'est du mineur émancipé. Tout au plus le conseil est-il appelé à compléter la capacité du directeur pour les actes qui excèdent les pouvoirs de celui-ci sans excéder le sien propre. Encore le fait est-il rare, les statuts produisant la même liste d'opérations pour le conseil et pour son délégué, ce qui revient à absorber les pouvoirs du premier dans le second.

La vraie désignation devrait être, comme en Allemagne, celle de « conseil de surveillance ». Conseil, il est vrai, qui a reçu de l'assemblée générale pouvoir de déléguer l'administration à l'un de ses membres ou à un étranger, ce qui a bien son importance.

Si l'on fait abstraction de cette faculté de délégation et du droit de compléter la capacité du directeur s'il y a lieu, le prétendu conseil d'administration a pour mission de se constituer *garant pécuniaire* de la gestion du directeur, même quand il n'aurait pas coopéré à ses fautes (ce qui est équitable en retour de la rétribution qu'il touche), et par conséquent de contrôler ce directeur.

Ce dernier ne devrait point pâtir de la médiocre popularité du conseil, car il est, lui, dans les sociétés sérieuses, l'homme méritant et la cheville ouvrière de l'entreprise (2).

656. — II. Attributions des administrateurs. — Il faut publier les noms des administrateurs et de leurs successeurs, ainsi que les clauses qui limitent ou qui étendent leur mandat (art. 57, l. 1867) (3).

Dispensons-nous de reprendre ici la distinction connue entre les

(1) Les tantièmes de bénéfices alloués aux membres du Conseil d'administration ont été assujetties à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières. Cette taxe est aujourd'hui de 18 0/0 (L. 3 août 1926, art. 16). Mais elle n'atteint pas la rémunération spéciale allouée, en dehors des tantièmes du Conseil, à l'administrateur délégué pour son travail particulier, cette rémunération n'étant soumise qu'à l'impôt sur les salaires et traitements (loi de finances du 13 juillet 1911, art. 12, rendu applicable à l'Algérie par décret du 18 janvier 1914).

(2) MAUREIL-DESCHAMPS, *De la situation respective du conseil d'administration et du directeur*, th. 1909.

(3) La loi (art. 57, l. 1867) dit que l'extrait de publicité doit contenir « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société », ce qui paraît ne viser que l'administrateur délégué. Cependant, en fait, l'extrait renferme les noms de tous les administrateurs.

actes d'*administration* et ceux de *disposition* (1) — la faculté pour les administrateurs de constituer *hypothèque*, s'ils y sont habilités par des statuts même sous signature privée, ou d'autoriser l'administrateur délégué à passer la convention d'hypothèque, qui, elle, sera dressée devant notaire (nouvel art. 69 ajouté par la loi de 1893 à celle de 1867); — la responsabilité encourue par la société du chef des *délits* de ses administrateurs, notamment par suite d'un abus dans la *signature sociale*, etc. (sur tous ces points de vue, voir nos 408 et s.).

657. — Trois questions spéciales touchent : la distribution de dividendes fictifs ; l'intérêt personnel pris par un administrateur dans un marché de la société ; le rachat des actions de la société effectué par les administrateurs.

658. — 1° *Dividendes fictifs*. — Les bénéfices annuels constatés par l'inventaire, sont destinés à être mis en distribution, après le vote de l'assemblée générale ordinaire. La part de chaque actionnaire forme le dividende.

Voici un modèle de statuts des plus simples. Sur les bénéfices nets après dotation de la réserve (n° 669), il sera prélevé une somme suffisante pour servir aux actionnaires un *premier dividende* de 5 0/0 (faussement dénommé *intérêt*). L'excédent sera ainsi réparti : 30 0/0 aux parts de fondateur (n° 638), 10 0/0 au conseil d'administration, le reliquat de 60 0/0 étant à la disposition de l'assemblée qui pourra en faire l'objet d'un *superdividende*.

Le dividende est tantôt réel et tantôt fictif.

659. — A. Le *dividende réel* est irrévocablement acquis à l'actionnaire qui le touche sans pouvoir être l'objet d'une demande en rapport (voir pour les sociétés par intérêt, nos 378 et 381).

L'actionnaire a cinq ans pour réclamer son dividende à partir de son exigibilité, après quoi il est prescrit (art. 2277, *in fine*, C. civ.) (2). Si, au lieu de le toucher, il le fait porter à son compte, il devient créancier pour son montant, avec faculté de le réclamer même en cas de faillite.

660. — Toutefois, dans la société anonyme, la loi ne permet pas de mettre tout le bénéfice en distribution. Il faut effectuer un prélève-

(1) Sur le point de savoir à quelles conditions le Conseil d'administration a le droit de transiger et de compromettre, — et si, lorsque les statuts lui reconnaissent ce droit et l'autorisent à déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à l'un de ses membres, la délégation donnée en termes généraux à l'administrateur délégué comprend de *plano* le droit pour celui-ci de compromettre sans en référer au Conseil, v. Cass. req., 1^{er} mars 1921 (*Journ. des Soc.*, 1922, 264) et Trib. civ. du Havre, 10 mars 1928, *ibid.*, 1929, 430.

(2) Aujourd'hui d'ailleurs, ce n'est plus l'établissement débiteur qui fait siens les dividendes prescrits. Aux termes de l'art. 111 de la loi du 25 juin 1920, portant création de nouvelles ressources fiscales : « Sont définitivement acquis à l'Etat... : 1° le montant des coupons, intérêts ou dividendes atteints par la prescription quinquennale et afférents à des actions ou à des obligations négociables émises par toute société commerciale ou civile ou par toute collectivité, soit privée, soit publique... ». Un décret du 14 mai 1921 (*Journal Officiel* du 27 mai) et une Instruction de la Régie du 1^{er} juin 1921 (*J. Off.* du 7 juin) déterminent les conditions d'application de cet article 111.

ment d'un vingtième, soit de 5 0/0 (1) du bénéfice net (5.000 fr. sur 100.000 fr.) — et affecter ce prélèvement à la *réserve légale* (art. 36) (2). L'alimentation de ce fonds cesse d'être obligatoire, lorsque la réserve atteint le dixième du capital.

Il n'est pas besoin de faire emploi de cette réserve en valeurs déterminées, sauf clause contraire des statuts. Il suffit d'ouvrir sur les livres un compte créditeur à la réserve, qui figurera au passif des bilans. Ce compte s'équilibrera nécessairement par un actif correspondant. La société aura en biens quelconques, demeurés ou non dans son fonds de roulement, la représentation de cette somme. La réserve, formant ainsi pour les créanciers un gage complémentaire du capital, a pour but de parer aux pertes dans les années où il s'en produirait. On balancera ces pertes au moyen de la réserve, quitte à « recomblar » celle-ci par les bénéfices des années suivantes.

Les actionnaires ne pourraient s'attribuer un dividende sur le fonds de réserve légale. Il n'a pas été institué dans ce but. Il aurait fallu pour cela organiser une seconde réserve *ad hoc*.

La loi n'a pas imposé cette retenue dans la commandite par actions. Des statuts prévoyants doteront celle-ci d'une *réserve statutaire*, afin de remplacer la *réserve légale absente*.

660 bis. — La réserve dont il vient d'être parlé n'est pas la seule que pratiquent les sociétés par actions.

D'abord, là même où les statuts ne s'en sont pas expliqués, il arrive que, dans les sociétés bien administrées, le bénéfice procuré par l'exercice écoulé n'est pas intégralement distribué et transformé en dividende. L'assemblée générale, même ordinaire, peut prendre une résolution, à la teneur de laquelle, une partie de ce bénéfice, 20.000 fr. par exemple, est portée à la réserve pour constituer une provision. Le vote des actionnaires peut déterminer l'emploi que recevra cette *réserve facultative* (ex. : réfection du matériel, assurance contre l'incendie, risque de non-recouvrement de créances douteuses). L'assemblée ne sort pas de ses attributions en prenant une semblable mesure : la minorité ne peut pas protester, à moins de fraude, alors surtout que l'acte de société dit expressément que l'assemblée générale est maîtresse de déterminer l'emploi du bénéfice net.

(1) Dans les sociétés anonymes d'assurances, la société doit faire un prélèvement d'au moins 20 0/0 (au lieu de 5 0/0) sur les bénéfices nets pour former un fonds de réserve, et ce prélèvement ne cesse d'être obligatoire que lorsque le fonds de réserve est égal au 1/5^e (au lieu du 1/10^e) du capital, art. 51 du décret du 8 mars 1922.

(2) L'opinion habituelle veut que les « bénéfices nets », sur lesquels on doit exercer le prélèvement de l'art. 36 ne visent que les bénéfices, déduction faite d'une somme suffisante pour attribuer aux actions un intérêt dont on ne fixe pas d'ailleurs le taux. On se fonde pour le dire sur une circulaire du 11 juillet 1819, datant du régime de l'autorisation administrative des sociétés anonymes. — Cette thèse ne doit pas être accueillie. Si les statuts attribuent un intérêt *minimum* aux actions même dans les années mauvaises, et que les gains de l'année n'atteignent pas ce *minimum*, comme la clause est licite (n° 385), il faudra l'observer. Mais, hors de là, on ne voit pas pourquoi le prélèvement de 5 0/0 ne porterait pas sur le bénéfice intégral. Le premier bénéfice, qualifié intérêt, est encore un bénéfice. Quand la société a gagné 200.000 fr., son capital étant de 1 million, de quel droit limiter à 150.000 fr. l'assiette du prélèvement ?

Si, à côté des actionnaires, il existe d'autres intéressés (porteurs de parts de fondateur, administrateurs ayant droit à un tantième sur bénéfices nets, Etat ou ville ayant stipulé de la société concessionnaire un tant pour cent), on se demande si l'assemblée générale (dont ces intéressés n'ont pas l'accès) peut encore voter un semblable prélèvement, ou si l'on doit d'abord calculer la part de bénéfices revenant à ces personnes tierces, le prélèvement ne portant alors que sur la part devant revenir aux actionnaires.

Il faut répondre que le prélèvement doit être supporté concurremment par ces intéressés et par les actionnaires, là où il est établi, en fait, que les deux catégories profiteront des avantages recherchés par la société au moyen de ce prélèvement, sous forme d'une augmentation espérée de bénéfices dans l'avenir (V. plus haut pour les porteurs de parts, n° 643) (1).

Cette réserve facultative, à la différence de la réserve légale, ne suit pas la condition légale du capital. Sa conservation n'est pas due aux créanciers sociaux. Au cas où elle paraîtrait superflue, une nouvelle assemblée générale pourra, sans publicité, en décider la distribution en argent entre les actionnaires. L'empreinte bénéficiaire que ces valeurs avaient à l'origine ne s'est pas effacée. On peut les employer à constituer un dividende.

Si la société augmentait son capital, pourrait-elle appliquer, par virement de comptes, ces valeurs de réserve à la libération des actions nouvelles, chaque actionnaire devant alors recevoir de seconds titres sans être obligé de les libérer en espèces ? Cette mesure dépasse-t-elle les pouvoirs de l'assemblée, et exige-t-elle l'unanimité ? Nous ne le pensons pas (V. THALLER dans les *Annales de droit commercial*, 1907, p. 190) (2) (3).

La constitution d'une réserve facultative peut être encore le résultat d'une délibération d'« assemblée extraordinaire » modificatrice des statuts. Un article nouveau, ajouté à l'acte de société, décidera alors que, chaque année désormais, il sera fait sur les bénéfices un prélèvement déterminé. Les solutions présentées plus haut pour la mise en réserve d'une somme à la fin d'un exercice, sans engagement pris pour les exercices suivants, doivent être étendues à cette nouvelle forme de réserve, en quelque sorte consolidée. On a pu soutenir autrefois que l'unanimité des voix s'imposait, parce que la délibération rompt

(1) En tous cas, en ce qui concerne les porteurs de parts de fondateur, à supposer qu'ils prétendent critiquer la constitution d'une réserve. leur action (sans même examiner son bien fondé) ne serait plus recevable aujourd'hui qu'à la condition d'être intentée conformément à l'article 13 de la loi du 23 janvier 1929, c'est-à-dire comme action collective mise en jeu par une délibération de l'assemblée générale des porteurs de parts.

(2) Adde, dans le même sens, AMIAUD, *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 2^e éd. 1920, p. 392 et s., et les références ; et pour la Belgique de PELSMOEKER, *Revue pratique des Sociétés*, 1922, p. 37 et 1926, p. 82. Adde, pour l'examen de la question au point de vue fiscal ; CAPRASSE, *ibid.*, 1929, p. 246. — *Contra*, HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n°s 715 et 729 ; BOURCART, *Annales de droit commercial*, 1914, p. 258 et s. Comp. : WAHL, *Journ. des Soc.*, 1914, 79.

(3) Une question analogue se pose en ce qui concerne les plus-values de l'actif, spécialement des immobilisations, V. sur ce point, PERCEROU, *La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social*, *Journ. des Sociétés*, 1921, 145.

l'« égalité » des actionnaires, les porteurs qui conserveront leurs titres jusqu'à la fin de la société devant retirer de la mesure un profit que n'auront pas eu ceux qui vendront leurs actions. Mais ce raisonnement, fragile par lui-même, tombe en tout cas, en ce qui concerne les sociétés régies par la loi du 22 novembre 1913, devant les dispositions de cette loi qui consacrent l'omnipotence de l'assemblée extraordinaire (V. *infra*, nos 691 et s.).

Dans l'amortissement des constructions et du matériel de la société, c'est-à-dire dans la dépréciation annuelle de l'outillage résultant de son usure, inscrite en inventaire avant clôture des comptes, on a pu voir une *réserve occulte*, lorsque cette dépréciation prétendue est plus forte que la réalité. La société retient par devers elle un supplément d'actif qui, suivant sa consistance, augmentera le fonds de roulement (1).

661. — B. Le *dividende est fictif*, lorsqu'il provient d'une majoration d'inventaire ou encore, fait plus rare, lorsqu'il y a eu absence d'inventaire, ou distribution non conforme à ses résultats. — Nous avons déjà fait allusion aux règles applicables aux deux sociétés par actions : elles diffèrent de celles d'une commandite simple (n° 382) (2).

D'après les principes généraux, les dividendes fictifs seraient restituables, sans distinction entre l'actionnaire de bonne ou de mauvaise foi. Mais les principes sont écartés par les art. 10, al. 3 à 5, et 45 de la loi de 1867 ;

a) *Actionnaire de mauvaise foi* (la loi ne parle que d'absence d'inventaire ou de non-conformité à l'inventaire, mais la disposition a plus de largeur).

L'*action en répétition* est donnée contre lui. Mais elle se prescrit par *cinq ans*, à partir du jour fixé pour la distribution (délai emprunté par analogie à la prescription quinquennale établie par l'art. 64 C. com., en cas de dissolution de la société). — Cette répétition n'appartient qu'aux créanciers, elle suppose donc la mise en faillite ou en liquidation de la société dans ces cinq ans. Pratiquement, on l'a vu (n° 382), elle est peu efficace. Fractionnée, elle ne peut s'exercer que moyennant production des quittances de dividendes qui ont été autrefois retirées par la société. Elle est dirigée contre ceux qui ont touché le dividende, ne fussent-ils que des intermédiaires chargés du recouvrement des coupons, le nom de l'actionnaire étant, si le titre est au porteur, inconnu du siège social.

b) *Actionnaire de bonne foi*. Il est dans la position du possesseur qui fait les fruits siens sur la chose d'autrui (arg. art. 549 C. civ.), donc il est exempt de restitution.

Un dédommagement est donné aux créanciers : l'*action en dommages-intérêts* contre les administrateurs, et au besoin contre le con-

(1) Sur toute cette matière, voir la thèse précitée très instructive et très complète d'AMLAUD, *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 1912, 2^e éd., 1920.

(2) Renvoyons aussi à la partie de notre traité concernant les livres, pour connaître les règles d'après lesquelles doit s'établir l'inventaire, et notamment aux ouvrages cités au n° 202, en note.

seil de surveillance et les commissaires. Mais celle-ci se prescrit par *trois ans* ; car la distribution de dividendes fictifs constitue, de la part du gérant ou des administrateurs, un délit passible des peines de l'escroquerie (art. 15-3^o, et 45, L. 1867), et l'action civile se prescrit en même temps que l'action publique (art. 638 C. inst. crim.). En outre, l'exercice en est suspendu par celui de l'action publique, en vertu de la règle que le criminel tient le civil en état (art. 3, même Code).

662. — 2^o *Intérêt pris dans un marché de la société anonyme.* — Tout marché fait pour le compte de la société suppose une contre-partie. La société fait escompter son papier à une banque, assure ses immeubles auprès d'une compagnie, s'approvisionne de charbons à une mine, etc.

Dans cette seconde entreprise, un administrateur de la société a parfois un *intérêt* : — soit de propriétaire si elle lui appartient ; — soit d'associé, d'actionnaire, d'administrateur : — soit de créancier, intérêt « indirect » à la réussite des affaires de son débiteur (1).

L'art. 40 de la loi de 1867, applicable à la société anonyme seulement, défend à tout administrateur de prendre ou de conserver un intérêt semblable, dans l'entreprise avec laquelle il met la société en rapports ; l'assemblée générale peut néanmoins autoriser de tels marchés ou les ratifier ; en ce cas, il doit lui être rendu compte annuellement de leur exécution (2).

Ce qui est défendu, ce sont non pas toutes *opérations* traitées dans ces conditions, ainsi que disposait la loi de 1863, mais seulement les *entreprises* et *marchés*, c'est-à-dire les contrats se traduisant par des prestations répétées (Paris, 31 juillet 1911, *Journ. des Soc.*, 1912, 176).

Le marché fait au mépris de la loi est nul au moins dans le cas où l'administrateur y a un *intérêt direct*. Il serait excessif de maintenir une sanction aussi rigoureuse si l'administrateur n'était que simple actionnaire dans la société formant la contre-partie, cette société par actions ne devant pas souffrir des irrégularités occultes d'une convention passée avec l'un de ses membres.

663. — La pensée de la loi a été d'empêcher l'administrateur de faire prévaloir son intérêt sur celui dont la garde lui était confiée. Mais quel démenti les faits ne donnent-ils pas à ces précautions !

La société commence par faire apport d'une part de ses ressources à

(1) La question peut se compliquer d'abus de confiance. Alors le gérant serait punissable, même dans une commandite par actions. C'est ainsi que l'ancien gérant de la *Société du Printemps*, fut inculpé pour avoir emprunté les fonds de celle-ci à un rayon d'épargne en vue de les faire servir à ses affaires personnelles (*Annales de dr. com.*, 1905, p. 311).

(2) Dans la pratique ce compte rendu se borne le plus souvent à une formule vague générale d'approbation (l'assemblée déclare approuver, conformément à l'article 40 l. 67, les marchés passés par les administrateurs), c'est-à-dire qu'en réalité il est escamoté. Pour mettre fin à cette pratique, qui constitue un abus, le projet de loi sur les commissaires de surveillance, élaboré par la Commission extra-parlementaire de protection de l'Épargne publique instituée en 1929 au Ministère des finances, prévoit que le rapport des commissaires devra désormais porter spécialement sur chacun des marchés passés dans les conditions de l'art. 40, l. 1867.

une seconde société (*filiale*). Elle a la majorité du capital, elle place à sa tête ses propres administrateurs, elle entre en rapports d'affaires avec elle. Deux maisons, que le public croyait indépendantes, sont rendues solidaires. Lorsque la filiale tombe, la société mère s'effondre avec elle. On a présentes encore à la mémoire les mésaventures du *Crédit mobilier*, du *Comptoir d'escompte* et de la *Société des métaux*, de la *Banque d'escompte* et de la *Société des immeubles de France*.

664. — 3° *Rachat d'actions de la société par ses administrateurs* (1). — Les gérants ou administrateurs de sociétés par actions ne doivent pas employer les fonds de la société à racheter les actions de celle-ci. Cette défense, non écrite dans la loi, résulte de la fixité du capital social. Ce n'est pas que les administrateurs dépassent leurs pouvoirs en procédant à une semblable opération. L'objet de la société pourrait être, au contraire, d'acheter et de revendre des valeurs industrielles (chose fréquente pour les banques de spéculation). Les administrateurs pourraient acheter les actions des autres sociétés, mais non pas celles de la leur propre (à moins d'opérer personnellement et pour eux-mêmes et non pas *ès qualité*).

Cependant il y a des circonstances qui excusent ce rachat. La société cherche à réagir contre le discrédit dont ses actions sont l'objet sur le marché, et qui la menace elle-même. Grâce à la demande apportée à la Bourse pour son compte par les intermédiaires dont elle emploie le ministère, elle relèvera les cours, et revendra ensuite les actions plus cher qu'elle ne les a achetées. Le plan est pourtant périlleux, comme l'a démontré l'exemple de l'*Union générale*, la combinaison pouvant être brusquement interrompue par une catastrophe qui laissera aux mains de la société des actions avilies, avec une brèche très forte faite à sa caisse.

665. — La raison qui interdit à la société le rachat de ses actions au moyen de son capital est la suivante : l'opération revient à rembourser un actionnaire de sa mise sans au une publicité. Ce remboursement est irrégulier, le fonds social a été illégalement réduit. Les créanciers sont lésés. Le capital, nominalemeut de 1 million, n'est plus que de 500.000 fr., si la moitié des actions ont été rachetées au pair.

Les créanciers sont donc admis à demander la nullité de cette opération. Ils exigent des vendeurs, contre restitution des titres, le prix qui a été sorti de la caisse sociale pour leur payer les actions achetées. Cette action sera le plus souvent vaine contre les vendeurs eux-mêmes, qui, ayant traité par l'intermédiaire d'agents de change, n'ont pas connu leur contre-partie et ne sont point alors responsables ; mais elle a plus de chance d'aboutir sous la forme d'une action en dommages-intérêts contre les agents de change de la société, coupables d'avoir prêté leur ministère à un acte illégal.

666. — Dans certains cas, le rachat d'actions devient régulier, quand les administrateurs d'ailleurs n'ont pas excédé leur mandat.

(1) V. PIC, *Traité des Sociétés* (collection THALLER), t. II, n^{os} 1156 et s.

a) Le rachat a été suivi de la *revente des actions*, conformément au plan qu'on s'était proposé. L'opération a réussi. Le capital, temporairement ébréché par la première partie de l'opération, a été reconstitué grâce à la seconde. Le vice du marché se trouve réparé. Les créanciers ne peuvent plus se dire lésés.

b) L'opération a été accomplie non avec le capital, mais avec des réserves provenant de bénéfices. Les bénéficiaires sont essentiellement disponibles, les créanciers n'y ont aucun droit.

La combinaison a pu être entreprise alors à des fins diverses.

Ce peut être une opération de relèvement de cours comme ci-dessus.

Ou bien, le rachat procure à la société un amortissement de ses actions, plus commode qu'un amortissement proprement dit ; car en cas de baisse il se réalisera en-dessous du pair, et pour y procéder il n'est pas besoin que les statuts l'aient autorisé. Les actions rachetées seront annulées.

Ou mieux, la société place ses réserves sur ses propres actions, les conserve en son portefeuille, leur applique le dividende annuel, ce qui les fait fructifier (mais ces actions n'auront pas de représentant aux assemblées générales).

Une objection doit être écartée. Comment la société peut-elle ainsi racheter une action, un droit sur elle-même ? Une *confusion* juridique résulte de la réunion des deux qualités opposées dans la même personne. — Sans doute ; cependant la confusion n'est pas à vrai dire une cause d'extinction des droits, mais une paralysie temporaire de leur exercice. *En fait* la société disposera sur ses actions rachetées des avantages pécuniaires qu'elles procurent, sans l'exercice des actes juridiques correspondants.

Rien ne l'empêche même de racheter des actions non libérées, si ses réserves de bénéfices ont de quoi couvrir le non-versé.

667. — Voici des remarques complémentaires : a) Le rachat, même avec le capital, suivi de destruction des titres, serait un moyen licite de réduire ce capital s'il était accompagné des mesures de publicité prescrites ;

b) Une société peut racheter ses obligations, même avec son capital : le rachat n'a pas alors pour effet de diminuer le capital, il constituera selon les cas soit une alimentation des réserves, soit une extinction des dites obligations avant leur tirage au sort ;

c) Le rachat d'actions résulte parfois d'un marché lié appelé *report* de bourse, dans lequel la société achète au comptant et revend instantanément à terme la même valeur. Cela ne paraît pas illicite, l'opération fût-elle accomplie au moyen du capital. Car la société remplace, sans aucun intervalle de temps, son actif de caisse par une créance contre le « reporté », créance à la merci d'une baisse de bourse, sans doute, mais qui n'en est pas moins effective. Un certain nombre de sociétés de finance prennent ainsi en report leurs actions et font travailler leurs capitaux de cette manière. — A plus forte raison, une société peut-elle prêter des fonds à un des actionnaires aux conditions d'un gage pris sur ses actions. Le report et le prêt sur nantissement ont, ainsi qu'on s'en convaincra dans l'étude de la Bourse, une grande affinité.

668. — III. **Responsabilité des administrateurs** (1). — Cette responsabilité peut être encourue, tant à l'égard de la société, qu'à l'égard de tiers déterminés (art. 44, l. 1867).

A l'égard de la société. — Il est vrai que les administrateurs de la société anonyme « ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la société » (art. 32 C. com.). Mais cela veut dire que, à la différence du gérant de la commandite, ces administrateurs ne sont pas personnellement tenus des dettes sociales, qu'ils contractent : ces dettes vont frapper la société, sans les atteindre, eux qui ne sont que mandataires.

Mais la responsabilité des fautes est réservée ! « Ils sont responsables de l'exécution du mandat, qu'ils ont reçu » (même art. 32), et, comme tels, soumis au traitement des gérants de commandite : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société (ou envers les tiers), soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer des dividendes fictifs » (art. 44, l. 1867).

Ce texte contient une formule dense. Ecartons : 1° la responsabilité envers les tiers, dont il sera parlé plus loin ; 2° celle qui provient des infractions aux dispositions de la loi et qui atteint les *premiers* administrateurs, assimilés aux fondateurs, à raison des vices de constitution (n° 563).

669. — Quel est le rapport unissant les administrateurs à la société et justifiant l'action en responsabilité ?

Un rapport de *mandat*, qui, d'ailleurs, n'est qu'un des aspects du rapport de *société*, établi par les statuts entre les actionnaires et leurs représentants. Plus afin de gérer les affaires sociales, les administrateurs doivent rendre compte aux actionnaires du préjudice qu'ils leur ont causé par suite d'une mauvaise gestion.

Cette responsabilité doit être appréciée d'une manière plus rigoureuse lorsqu'ils sont rétribués que lorsque leur concours a été gratuit (art. 1992). L'hypothèse d'un mandat gratuit est prévue par l'art. 22, al. 1^{er}, de la loi de 1867, mais elle est rare.

670. — Dans quelle mesure les administrateurs répondent-ils des fautes communes ? L'art. 44 parle de responsabilité *individuelle* ou *solidaire*, selon les cas. La solidarité sera le cas le plus fréquent. Il s'agit d'une obligation *in solidum*, plutôt que d'une solidarité proprement dite, si tant est qu'il y a lieu de distinguer dans notre droit la « solidarité parfaite » et la « solidarité imparfaite » : cette dernière échappe à certaines règles propres à la première, notamment l'assignation donnée à un seul des débiteurs n'interrompt pas la prescription contre les autres.

On fait application des règles sur la *faute commune*. Les actes in-

(1) Voir plus spécialement : MOURET, FRAISSAINGEA, *op. et loc. cit.*, en note sous le titre de cette section.

criminés résultent d'une délibération ou d'une surveillance collective et sont imputables à tous. Chacun peut être recherché pour le tout, à raison du dommage que ses actes ont occasionné.

L'administrateur, qui a réglé le plein dommage, peut se retourner contre ses collègues et faire répartir entre eux et lui la condamnation. Cette répartition ne se produira pas toujours par portions viriles. La responsabilité peut être taxée à un chiffre plus élevé, à l'égard de l'administrateur qui, par sa situation sociale, par son expérience, par son ascendant sur le conseil, semble avoir pesé dans la délibération plus fortement que les autres (Cass., 14 février 1898, D. 1900, 1, 73).

Il y a des cas où la responsabilité est individuelle, l'action ne pouvant alors être dirigée que contre certains membres. Ex. : Tel administrateur justifiera des efforts qu'il a faits pour que la délibération ne fût pas votée, ou encore d'une absence tenant à des raisons plausibles, l'administrateur une fois informé de la délibération, ayant manifesté sa désapprobation. Le moyen le plus sûr de décliner la responsabilité, c'est de donner sa démission. Le fait par le préjudice de s'être réalisé après son départ ne suffit pas à l'exonérer, quand ce préjudice résulte directement de mesures plus anciennes, auxquelles il a coopéré ou auxquelles il n'a pas opposé une résistance assez ferme.

Sans aller jusqu'à démissionner, l'administrateur en désaccord avec ses collègues peut faire insérer sa protestation au procès-verbal, et exciper de cet incident, à sa décharge.

671. — Envers qui les administrateurs sont-ils responsables, et quelles sont les personnes admises à leur procurer décharge ? Ce point est le plus intéressant, par suite de la multiplicité des aspects qu'il soulève.

Il faut placer successivement les administrateurs successivement vis-à-vis de la *collectivité* des actionnaires, vis-à-vis d'un *actionnaire* seulement, enfin vis-à-vis de *groupes d'actionnaires*.

672. — **Reddition des comptes.** — Ceux, à qui les administrateurs doivent rendre compte de leur mandat (art. 1993) sont ceux, qui les ont élus. Le mandat leur a été conféré par l'assemblée ; celle-ci représente la société, *personne morale*, c'est-à-dire l'ensemble des associés invoquant le pacte social, indivisément, au profit de tous.

La loi a organisé cette reddition de comptes. Elle a lieu périodiquement, au moins une fois par an, après la clôture de l'exercice. Nous reparlerons plus longuement de l'assemblée générale ordinaire (art. 27 et 32, l. 1867). Elle tend à procurer aux administrateurs leur *quitus*, pour la gestion de l'année expirée. La tenue de l'assemblée annuelle réalise, grâce au *vote d'approbation*, s'il est donné par les actionnaires, l'exonération des mandataires, la reconnaissance que leur gestion a été régulière, la renonciation à toute réclamation ultérieure, du chef de cette gestion écoulee (1).

(1) Sur le point de savoir si les administrateurs peuvent voter aux assemblées générales sur leur propre *quitus*, et dans le sens de l'affirmative, v. Cass., 29 juillet 1925, *Journ. Soc.*, 1926, p. 168, D. 1926, 1, 17, et la note de M. CHÉRON. — *Contra* VALÉRY, *Annales de droit commercial*, 1927, 208. V. *infra*, n° 683, note 2.

Le vote vaut convention de décharge. Il a été préparé par deux rapports. a) Rapport ou état de gestion des administrateurs, document dont la loi n'établit pas la forme, qu'elle ne requiert même pas expressément, mais qui est généralement fait par écrit. — b) Rapport des commissaires, exigé à peine de nullité de la délibération (art. 32, al. 2) ; celui-ci est mis quinze jours d'avance à la disposition de tout actionnaire (art. 35) ; de même que le rapport du conseil de surveillance dans la société en commandite (art. 12).

Les effets du vote d'approbation des comptes doivent être mis en lumière. Ce vote entraîne décharge des administrateurs à l'égard de tous les actionnaires présents ou absents, votants ou non votants, adhérents ou opposants, par cela seul que la délibération a été prise aux conditions de *quorum* et de majorités exigées. C'est que l'assemblée générale formait l'organe qualifié de la personne juridique. Il faut appliquer la même règle que celle posée par la loi des faillites dans l'article 516 pour préciser les effets d'un concordat.

Cependant, il y a quelques restrictions à apporter à cet effet libératoire irrévocable : — 1° D'une part, si la délibération n'a pas eu lieu en la forme voulue, c'est-à-dire si les délais de convocation que nous retrouverons n'ont pas été respectés, si l'ordre du jour a omis les questions qui ont été délibérées, si les *quorum* ou majorités n'ont pas été atteints, il appartient aux intéressés de se pourvoir contre le vote d'approbation. — Le droit de faire annuler la délibération appartient à tout actionnaire, et sans limite de temps. Des lois plus prudentes, comme la loi allemande, enferment cette action dans un délai de courte durée afin de ne pas laisser trop longtemps la situation indécise, et elles restreignent le droit de recours aux actionnaires qui n'ont pas assisté à l'assemblée ainsi qu'aux actionnaires présents qui ont immédiatement protesté par inscription au procès-verbal.

2° Cette faculté d'attaquer la délibération doit-elle être reconnue encore, lorsque les faits, à raison desquels le *quitus* a été donné aux administrateurs, consistent non pas dans des *fautes de gestion*, mais dans des *violations de la loi ou des statuts* ? — Par exemple, on avait relevé contre eux une distribution de dividendes fictifs dans un exercice plus ancien, et on les en a tenus quittes, ou c'est en pleine connaissance de pertes que les actionnaires s'attribuent un dividende et approuvent la gestion. Ou encore les comptes n'ont pas fait état de l'alimentation de la réserve légale ou des autres réserves. Ou enfin les administrateurs ont obtenu décharge pour des actes qui dépassaient leurs pouvoirs.

Cette question de la validité d'un pareil vote est demeurée confuse. Si les actionnaires ont déclaré un bill d'indemnité pour un vice que la loi défendait de couvrir, le vote pourra être attaqué à toute époque : c'est ce qui arrivera en cas de ratification de dividendes fictifs. Il y a eu atteinte à une règle d'ordre public.

Mais il se peut que l'infraction ait comporté un vote de décharge. Notamment, lorsque les administrateurs ont excédé leur mandat, pourquoï l'assemblée générale n'aurait-elle point pouvoir à l'effet de confirmer l'opération ? La ratification, dit-on, ne pouvait émaner que d'une assemblée *extraordinaire*, avec insertion à l'ordre du jour de la

question soulevée par cette infraction. Mais cette appréciation n'est pas démontrée.

Une assemblée *ordinaire* pourrait, avant son accomplissement, autoriser cet acte dépassant les pouvoirs des administrateurs, sans énonciation dans les lettres de convocation de ce point spécial. — Pour-**quoi**, si l'acte est condamné, l'assemblée ordinaire n'aurait-elle pas compétence à l'effet de lui donner décharge ? Une assemblée extraordinaire n'eût été nécessaire que pour modifier les statuts à titre permanent, non pour compléter dans une circonstance déterminée des pouvoirs restreints (Voir Paris, 6 février 1890, D. 98, 2, 369, et note THALLER).

3° La décharge n'est pas irrévocable, lorsque les administrateurs ont obtenu leur *quitus* au prix de réticences ou de déclarations inexactes. Si un compte une fois reçu ne peut être révisé dans son ensemble, il comporte cependant des rectifications postérieures, « lorsqu'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois (art. 541 C. proc. civ.) ».

673. — Actions judiciaires. — Cette faculté pour la collectivité de recevoir les comptes comporte pour elle le droit de les repousser. L'assemblée, afin de donner une sanction pratique à son refus, décidera l'ouverture d'une action contre les administrateurs à raison de la gestion irrégulière qu'elle leur reproche, et elle nommera un mandataire, peut-être le conseil de surveillance, pour engager et suivre l'instance. — Aucune limite de temps n'est assignée au procès, excepté si les faits reprochés sont des délits correctionnels, tels que distribution de dividendes fictifs (prescription de trois ans des actions publique et civile). Il y aura litispendance si l'action publique est déjà en cours d'exercice. Sauf ces cas exceptionnels, le procès sera porté devant le tribunal de commerce (action entre associés, art. 631-2° ; action contre facteur de commerçant, art. 634 C. com.).

Cette action est dite *sociale*, elle est formée *ut universi* pour tous. Ce n'est pas la seule de ce genre. L'action en responsabilité contre les fondateurs pour constitution illégale de la société, telle que nous l'avons analysée, lorsqu'elle est intentée au compte de la collectivité, présente, à nos yeux tout au moins, le même caractère (n° 556 texte et note). Il s'agit d'un grief articulé non pas seulement par un actionnaire ou par un groupe, mais bien par la masse des intéressés uniformément atteints.

Ce qui a pour conséquence : — *a*) d'habiliter le mandataire *ad hoc* à demander condamnation au nom même de la société et dans la mesure du préjudice total ; *b*) de faire que le montant de cette condamnation soit versé à la caisse sociale, appliqué au paiement du passif en souffrance et pour le surplus aux besoins de la société pour réparer dans la mesure du possible les brèches faites à ses ressources ; — *c*) d'exclure l'intervention d'un actionnaire isolé, puisque le mandataire les représente tous ; — *d*) de justifier, en cas de mise en faillite de la société, l'exercice de cette action sociale par le *syndic*, qui est bien l'organe autorisé de la société, sans réunion préalable d'une assemblée générale pour repousser les comptes, car dans la faillite, par suite du dessaisis-

sement, l'assemblée générale voit ses pouvoirs à cet effet suspendus : — e) de permettre aux représentants de la société ou au syndic de transiger avec les personnes responsables.

674. — **Action sociale exercée individuellement** (1). — Envisageons maintenant la situation des administrateurs envers chaque actionnaire en particulier, et dans la supposition qu'il n'y a eu ni tenue d'assemblée générale, ni par conséquent d'approbation des comptes.

Au premier aspect, on n'est point d'avis que l'actionnaire puisse demander aux administrateurs compte de leur gestion et leur intenter un procès. Le mandat de ceux-ci s'est exercé au regard de la collectivité, de la personne morale. L'actionnaire sans doute est membre de cette collectivité, mais n'a pas droit d'action séparée. — Il ne faut pas persévérer dans cette réponse. La faculté pour les actionnaires d'intenter l'action sociale *ut singuli*, chacun à proportion de l'intérêt qu'il a dans la société (soit pour 1/10 du préjudice si le demandeur possède le dixième du capital), est admise par la jurisprudence et consacrée par l'art. 17 *in fine* de la loi de 1867 pour la commandite : « sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel », texte que l'art. 39 déclare applicable également à la société anonyme.

On peut douter de l'efficacité pratique de cette action : — 1° Elle est exercée aux frais et aux risques de l'actionnaire ; — 2° la demande n'est recevable que si le demandeur justifie de la possession actuelle de ses actions, ce qui, pour les actions au porteur, entraîne le dépôt nécessaire ; en les cédant, il transmet par là même à l'acquéreur le droit de profiter de tous les avantages du titre, y compris les procès en responsabilité qui y sont attachés ; — 3° la demande, d'après de nombreux statuts, sera subordonnée à un avis préalable de l'assemblée générale dont l'actionnaire devra s'assurer (Req., 29 juin 1899, D. 1900, 1, 101 (2)) ; — 4° sitôt une transaction survenue entre les administrateurs et le siège social, agissant par le ministère de ses représentants réguliers, l'action individuelle sera épuisée, ce qui se produira aussitôt après l'approbation des comptes par l'assemblée, pourvu que celle-ci ait lieu avant le commencement du procès fait par l'actionnaire (Req., 1^{er} juillet 1897, D. 98, 1, 569, note THALLER).

Mais, en soi, l'existence de ce droit ne paraît pas contestable (3). Les administrateurs se sont engagés à bien gérer envers tous et envers chacun. La poursuite collective est un moyen de mettre la réclamation en

(1) PERROUD, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, 1901, et note sous Nancy, 23 juin 1906, S. 1908, 2, 137. La doctrine de cet auteur consiste à cumuler avec le mandat que chaque actionnaire donne aux administrateurs un second mandat délivré par l'assemblée générale par une sorte de représentation à deux degrés. Ce second mandat prévaut sur le premier, mais sans l'absorber.

(2) Sur la clause d'avis ou sur la clause prohibitive, au point de vue de l'action en nullité, v. *supra*, n° 556, deuxième note.

(3) Sauf à savoir si, en cas de faillite de la société, l'actionnaire garde le droit d'exercer *ut singuli* l'action sociale, tant que le syndic ne l'a pas intentée *ut universi*, ou n'a pas négocié une transaction ? Pour l'affirmative, v. Paris, 6 mai 1885, D. 86, 2, 25, note THALLER. — *Contra*, PERCEROU, *Faillites*, II, n° 1649.

œuvre, sans obliger tous les actionnaires à concourir simultanément au procès. Mais cet avantage ne doit pas se retourner contre l'individu. Il peut exercer l'action *pro socio* quant à lui, quitte à obtenir ce résultat assez étrange de faire verser la condamnation, une condamnation fractionnée, dans la caisse sociale et non pas dans la sienne propre.

L'objection la plus grave contre ce droit privatif de poursuivre les administrateurs en cours d'exercice, c'est que la reddition des comptes a été scandée par intervalles réguliers, et que c'est envers la masse et non vis-à-vis de l'individu que les administrateurs ont lié dette de gestion. Le procès individuel vient rompre l'harmonie du système que la loi a organisé.

Au point de vue législatif, il aurait mieux valu peut-être établir le système italien, lequel reconnaît à des groupes d'actionnaires le pouvoir, suivant leur importance numérique, de requérir certaines mesures d'immixtion dans les affaires sociales : — rapport spécial des commissaires sur des points précisés, — inspection des livres par experts judiciaires, — convocation de l'assemblée par ordre du tribunal, etc., afin d'aviser les moyens de défense ou de salut, sans attendre l'assemblée annuelle.

675. — Syndicats d'actionnaires. — Nous venons de parler de « groupes » ne formant pas la majorité des actionnaires. Ces groupes trouvent également dans la loi française une protection, plus apparente, il est vrai, que réelle. — Le pouvoir d'exercer l'action sociale est reconnu par les art. 17 et 39 aux « actionnaires représentant le vingtième au moins du capital ». Ils sont admis, dans un intérêt commun, à charger un ou plusieurs mandataires de soutenir à leurs frais une action contre le gérant ou contre les administrateurs (contre les membres du conseil de surveillance ou les commissaires).

Si un seul actionnaire peut plaider, à plus forte raison plusieurs sont-ils recevables à le faire en se syndiquant. La maxime *nul ne plaide par procureur* n'y met pas obstacle, puisque l'action est exercée du chef de la société, et que les actionnaires ne sauraient être déboutés à raison de moyens à eux personnels.

La faveur faite par ces textes aux actionnaires groupés est bien médiocre. Plusieurs personnes peuvent toujours, en cas d'intérêt commun, se réunir pour agir par voie d'assignation unique. Seulement, les règles strictes de la procédure voudraient qu'en pareil cas la signification du jugement à partie fût faite non pas au seul mandataire commun, mais cumulativement à toutes les personnes qu'il représente. Ici la signification ne nécessitera qu'un exploit unique.

Nous étendrions cette faculté de syndicat : — a) aux actions en nullité ou en dissolution, puisqu'elles aussi sont exercées au titre social, — b) même aux actions en responsabilité dirigées par des porteurs d'obligations, sans nécessité de dénommer les détenteurs de titres dans l'acte de procédure, pourvu que les titres eux-mêmes soient déposés (cfr. FERROUD, op. cit., n° 304).

676. — Actions purement individuelles. — Le tableau précédent n'épuise pas la liste de tous les procès qu'on peut tenter aux adm-

nistrateurs. A l'exercice individuel de l'action sociale, on oppose l'action purement individuelle, résultant du tort causé par la gestion non à la société, mais à un tiers, créancier ou actionnaire, qui en argue. — Ex. : Par suite d'un exposé mensonger des affaires sociales fait à l'assemblée générale, une hausse s'est produite sur les actions et le demandeur actuel en a acheté, ou a ouvert un crédit à la société : celle-ci s'effondre ensuite et la fraude est démasquée.

Il n'est pas au pouvoir de l'assemblée générale de priver l'intéressé de cette action, puisqu'il se prévaut d'un droit propre. Elle pourra se répéter, si diverses personnes ont souffert du même fait. Mais elle ne peut être exercée en syndicat, et chaque demandeur devra justifier du préjudice qui lui a été causé à lui-même, préjudice dont le chiffre variera d'un plaideur à un autre. Il rapportera le bordereau d'agent de change certifiant le prix auquel il a acheté les actions, et il devra soit les représenter, soit établir le cours auquel il les a revendues.

Cette action a sa base dans une conception élargie de l'art. 1382. Contrairement à ce qui a lieu dans les sociétés par intérêts, le personnel de la société par actions a des devoirs envers le public. S'il les enfreint, il encourt une responsabilité comparable à celle d'un fonctionnaire en faute. « Les administrateurs, porte l'art. 44 de la loi de 1867, sont responsables... envers la société ou envers les tiers ». Cette responsabilité est encourue fréquemment par la distribution de dividendes fictifs, et elle appartient alors exceptionnellement à chaque créancier suivant une même mesure, avec pouvoir pour le syndic de faillite de l'exercer au nom de tous.

La démarcation de l'action individuelle, soustraite au *quitus* de l'assemblée, et de l'action sociale individuellement exercée, tombant au contraire sous ce *quitus*, est extrêmement embarrassante. Les arrêts ne parviennent pas à dégager une pierre de touche. Tantôt, ils prennent pour *criterium* la communauté de dommage à tous les actionnaires et tantôt le caractère délictuel ou contractuel de l'action (Cfr. LEVILAIN, sous Orléans, 27 février 1904, D. 1905, 2, 337) (1).

SECTION IV

SURVEILLANCE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

L. 1867, art. 5, 6, 7, 9, 10, al. 1 et 2 : art. 11, 12, 13 *in fine* ; 32 à 35 et 43).

677. — Le pouvoir de surveillance, facultatif dans les sociétés par intérêt, est obligatoire dans les sociétés par actions : la loi de 1856 a été la première à en prescrire l'établissement.

Les actionnaires sont trop loin du gérant et des administrateurs

(1) Adde, THALLER, note sous Cass., 26 novembre 1912, D. 1913, 1, 377 (où l'auteur cherche à établir un nouveau *criterium* de la distinction entre l'action sociale et l'action individuelle) et *Annales de droit commercial*, 1913, p. 223 (où il montre, d'après la dernière jurisprudence, tout ce qu'il y a encore de flottant dans les arrêts sur la matière). V. également PIC, *Sociétés* (collection THALLER), 2^e éd., n^o 1547 et s.

pour les contrôler directement. Une délégation permanente suivra la gestion, vérifiera les comptes et signalera les périls. Elle procédera, s'il le faut, à une convocation d'assemblée.

678. — Ce pouvoir n'est pas homogène dans les deux sociétés. En 1867 pour la *commandite*, on a suivi la réglementation de 1856 ; pour la *société anonyme*, on a reproduit celle de 1863. Or les lois de 1856 et de 1863 avaient organisé le contrôle sans se copier. De là des divergences peu justifiables.

a) Dans la *commandite par actions*, il faut un *conseil de surveillance*, composé de *trois actionnaires* au moins (une action suffit pour chaque membre si les statuts ne sont pas plus exigeants) ; — et la durée du mandat est fixée librement par l'acte de société, sauf que le premier conseil, rééligible comme les autres, n'est nommé que pour un an (art. 5).

Dans la *société anonyme*, il faut un ou plusieurs *commissaires*, quelquefois qualifiés « censeurs », *actionnaires* ou *non* (1). — Le commissaire est nécessairement soumis à la réélection *chaque année*. Si l'assemblée a omis de le nommer, le président du tribunal de commerce le désignera par ordonnance, à la requête de la partie la plus diligente (art. 52) (2).

b) Le conseil de surveillance de la *commandite* exerce un contrôle plus continu et plus énergique. D'abord le premier conseil vérifie l'accomplissement des prescriptions constitutives (n° 563), ce qui n'entre pas dans le rôle légal du commissaire.

D'autre part, les membres du conseil peuvent, réunis ou séparément, entrer à tout instant dans les bureaux et départements de la société, vérifier les livres, la caisse, le portefeuille, les valeurs (art. 10, al. 1^{er}).

(1) Le choix des commissaires de surveillance et des membres du Conseil de surveillance (sauf que ceux-ci doivent être actionnaires) est absolument libre, et trop souvent les personnes appelées à ces fonctions manquent de la compétence désirable. Pour parer à ce grave inconvénient, certaines personnes, s'inspirant de l'exemple de l'Angleterre (*Chartered accountants*) plutôt que de l'Allemagne (*revisoren*, v. SOLUS, *op. cit.*, *Annales de droit commercial*, 1924, p. 34 et s.), demandent qu'en France la loi exige la vérification des bilans et rapports annuels des sociétés par actions par des comptables spéciaux, présentant, à raison de leur caractère plus ou moins officiel, des garanties d'expérience et de moralité (par exemple des membres d'une association de comptables agréée par le Ministre du commerce), v. BELLOM, *La vérification des bilans dans les sociétés anonymes* 1913. L'initiative privée a fait récemment certains efforts en ce sens, soit par la constitution de sociétés dites fiduciaires (à forme anonyme) se chargeant moyennant rémunération du contrôle des comptes, soit par la création d'associations entre comptables. Sur l'organisation de la Compagnie des experts-comptables du département de la Seine, constituée en 1920 sous le régime de la loi du 1^{er} juillet 1901, et devenue depuis « La Compagnie des experts-comptables et organisateurs-conseils de France », v. *Journal des Sociétés*, 1921, 217. Adde, une proposition de loi Fleury-Ravarin, du 22 avril 1921, « tendant à renforcer le contrôle de la comptabilité dans les sociétés par actions », *Annales de droit commercial*, 1921, p. 224, et, pour la critique de cette proposition, *L'Economie nouvelle*, 1922, 46 et s. Depuis, d'autres propositions sont intervenues ayant spécialement pour objet les commissaires aux comptes, v. *infra*, p. 435, note 2.

(2) Nous ne reviendrons pas sur l'observation consignée dans la section précédente. Le véritable organe de surveillance dans la société anonyme est non le commissaire des comptes, mais le Conseil d'administration, mal à propos qualifié de ce nom (n° 655 bis). Un rapprochement des commissaires avec le conseil de surveillance de la *commandite* est dans une mesure, artificiel et scolastique.

— Le conseil, délibérant en séance aux conditions de présence et de majorité voulues par les statuts, peut décider la convocation de l'assemblée générale (art. 11). Il se rend responsable de faits de gestion survenus au cours de l'exercice, si, par son intervention, ces faits avaient pu être arrêtés à temps.

Au contraire, dans la société anonyme, le commissaire ne peut que se faire délivrer après le premier semestre de l'exercice un *état de situation sommaire* (art. 34) (1). Cela a lieu sans droit actuel d'immixtion pour lui : le pouvoir de vérifier cet état de situation lui est refusé. Aussi la faculté qui lui appartient en tout temps de convoquer l'assemblée générale (art. 33, al. 2) a-t-elle chance de rester lettre morte. Le droit de s'ingérer dans la comptabilité et dans les dépendances de l'actif ne commence qu'aux approches de l'assemblée annuelle, *trois mois* avant la date fixée pour qu'elle ait lieu (art. 33, al. 1) (2).

Cette absence de contrôle permanent dans la société anonyme témoigne d'une surveillance de nature différente dans les deux espèces de sociétés.

Le commissaire a à rechercher si les comptes sont honnêtement établis (3), si les estimations sont exactes, si les bénéfices sont réels, ou encore en cours d'année si le déficit survenu met la société en péril et nécessite d'urgence une délibération des actionnaires. Le commissaire

(1) C'est d'après les résultats de cet état de situation semestriel, que dans certaines sociétés, les administrateurs procèdent à la répartition d'un *acompte sur le dividende annuel*. Il se peut que la seconde moitié de l'exercice, détruise les bénéfices de la première : l'acompte serait alors sujet à restitution de la part des actionnaires qui l'ont touché, puisqu'il a été distribué en dehors d'un inventaire (art. 10 de la loi de 1867). Plus délicate serait la question de savoir si la distribution de ces acomptes constitue à la charge des administrateurs le délit de distribution de dividendes fictifs, aux termes de l'art. 13-3° lorsque l'exercice doit se solder par des pertes. Nous ne le pensons pas.

(2) M. CHASTENET a déposé à la Chambre une proposition de loi tendant : 1° à la réforme des commissaires aux comptes ; 2° à la réglementation des bilans ; 3° à la réglementation de la profession d'expert comptable (v. le texte de la Commission du commerce et de l'industrie, annexe au procès-verbal de la 2^e séance du 17 novembre 1927, docum. parlém., n° 5065). Ce projet tend en particulier à modifier l'art. 33 de la loi de 1867, et à donner le droit aux commissaires aux comptes de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société non plus seulement pendant le trimestre qui précède la réunion de l'assemblée générale, mais à toute époque. Un décret du 22 mai 1927 a du reste créé un diplôme d'expert-comptable reconnu par l'Etat (V. ce décret, ainsi que les arrêtés ministériels du 25 mai 1927 et 7 septembre 1927 dans les *Annales de droit commercial* de 1927, p. 323 et suiv.). Sur la profession d'expert-comptable et le décret de 1927, v. BERNET ROLLANDE, dans *Rec. jur. des Soc.* 1929, p. 33.

Certains voudraient que la loi exigeât de tout commissaire de surveillance ce brevet d'expert-comptable. Pareille solution serait impraticable. Aussi n'est-elle pas retenue par la proposition de loi sur les commissaires de surveillance, qu'a élaborée la *Commission pour la protection de l'épargne publique* constituée en 1929 au Ministère des Finances. V. C. REYMONDIN, *Les commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes devant l'opinion*, Paris, 1929.

(3) V. Gabriel FAURE, *Guide-Memento à l'usage des commissaires de sociétés*, 1913, ouvrage renfermant de très utiles renseignements pratiques, mais qui a le tort de considérer que les membres du conseil de surveillance, aussi bien que les commissaires de surveillance (personnages que l'auteur réunit inexactement sous la désignation commune de commissaires), ne sont guère que des experts en comptabilité, alors qu'au contraire dans l'esprit de la loi, les membres du conseil de surveillance en tous cas (et même, quoique dans une moindre mesure, les commissaires de surveillance) ne sont pas seulement des vérificateurs des comptes, mais « des appréciateurs de la conduite des hommes » (v. le texte ci-dessus).

n'a pas à rechercher si la gestion est conforme aux intérêts de la société. L'orientation donnée aux affaires sociales peut être critiquable, le commissaire n'engage pas, semble-t-il, sa responsabilité en se dispensant de dénoncer le péril encore que, dans son rapport, il doit donner tous les renseignements nécessaires pour apprécier sciemment la situation comptable de la société.

C'est au contraire, ce contrôle exprès sur le fond de la gestion et sur les fautes que la loi requiert d'un conseil de surveillance dans la société en commandite. Les aptitudes demandées à ce dernier organe sont, sans doute, celles de vérificateur de comptes, mais en outre, celles d'appréciateur de la conduite des hommes.

679. — Les deux organes se retrouvent avec des attributions communes en tant que pouvoir destiné à éclairer l'assemblée générale annuelle.

Ils rédigent un *rapport*, appuyant celui de gérant ou du conseil d'administration, concluant dans le sens de l'approbation des comptes ou du refus de cette approbation, s'il y a proposition de dividendes fictifs, art. 10, al. 3, erreurs signalées, etc. Sur la foi de ce rapport l'assemblée émettra son vote. Le vote serait nul dans la société anonyme si ce rapport n'était pas fait et communiqué (art. 32, al. 2).

Pour rédiger le rapport, un temps assez long est mis à la disposition du commissaire de la société anonyme : il peut exiger que le bilan lui soit remis *quarante jours* avant l'assemblée générale (art. 34, al. 4) : ce qui a pour conséquence de retarder celle-ci de près d'un mois et demi, après clôture de l'inventaire. L'inventaire lui-même est souvent long à établir, et nécessitera plusieurs semaines après clôture de l'exercice.

Le rapport ne doit pas être prêt seulement le jour de l'assemblée, il faut qu'il soit mis *quinze jours* d'avance à la disposition des actionnaires qui voudraient en prendre communication au siège social (art. 12 et 35). Cette pièce n'est pas la seule que les actionnaires pourront consulter dans le même délai. Il faut y ajouter : 1° la liste des actionnaires dans la société anonyme, et non pas seulement la liste de ceux qui sont aptes à venir à l'assemblée ; 2° l'inventaire ; 3° le bilan.

Délivré par copie peut être exigée du bilan ainsi que du rapport des commissaires, dans la société anonyme ; ce qui n'exclut pas la faculté pour l'actionnaire de prendre des notes au vu des autres pièces et même d'en relever intégralement copie lui-même. Ce droit d'examen de l'actionnaire, dans une période limitée, peut être exercé par un fondé de pouvoir (prescription édictée pour la commandite seulement, mais qu'il y a lieu d'étendre par analogie) (1).

680. — Les membres du conseil de surveillance, ainsi que le commissaire, engagent leur *responsabilité* à raison des fautes par eux com-

(1) Les art. 12 et 35 ne sont pas concordants. L'absence de communication ou le retard mis à y procéder emporte-t-il nullité de la délibération de l'assemblée ? Cfr. PERCEROU. *Droit de communication*, dans ses *Contributions à l'étude des sociétés*, 1908, et *Journ. des Soc.*, 1908, p. 97, 145, 193. Adde LEPARGNEUR, *A propos de la communication de documents aux actionnaires*, *Journ. des Soc.*, 1924, p. 49 et s.

mises, dans des conditions semblables à celles où les gérants et administrateurs engagent la leur.

Sans doute, ils ne répondent point « des actes de la gestion et de leurs résultats » (art. 9, al. 1^{er}), n'ayant pas eu le pouvoir de les empêcher ; mais le préjudice provenant de ces actes pourra leur être imputé, s'ils ne les ont pas dénoncés lorsqu'ils ont été en mesure de le faire.

Leur faute *dans le contrôle* ne doit pas s'apprécier aussi sévèrement que la faute des administrateurs *dans la gestion*, leur rétribution étant plus faible et souvent nulle. En pratique on les considère comme tenus seulement de leur *faute grave* et à plus forte raison de leur dol.

Ils seront poursuivis conjointement avec les administrateurs, lorsque les frais commis par ceux-ci se traduiront par une faute à leur propre charge. La loi a voulu, pour la sauvegarde de la société et du public, multiplier le nombre des personnes responsables.

Mais, lorsque le fait allégué contre les administrateurs tombe sous le coup de la loi pénale (distribution de dividendes fictifs), et que la poursuite est dirigée contre eux en police correctionnelle, les membres du conseil de surveillance et commissaires ne pourront pas être cités concurremment devant la juridiction répressive, même aux simples fins de dommages-intérêts. Il faudra ouvrir contre eux une instance séparée devant le tribunal de commerce. Il est vrai qu'une personne civilement responsable d'un délit peut être traduite devant le tribunal de répression, accessoirement à l'action publique dirigée contre l'auteur principal. Mais ils ne sont pas tenus d'une « responsabilité civile », au sens de l'art. 1384, n'ayant pas autorité sur la gérance comme le père a autorité sur son enfant ou le préposant sur le préposé. La comparution en police correctionnelle aurait quelque chose de flétrissant. Elle ne serait légitime que s'il y avait eu de leur part *complicité* véritable dans l'acte reproché à la gérance (art. 60 C. pén.). C'est seulement cette assignation devant la juridiction pénale, discutée sous l'empire de la loi de 1856, qu'a entendu exclure l'art. 15 *in fine*, dans un texte sur la portée duquel on pourrait se méprendre à première lecture.

Condamnés avec les gérants et cela *in solidum*, par suite de la communauté de la faute, les membres du conseil de surveillance ou les commissaires auraient un recours contre le personnel d'administration, dont la faute est certainement plus caractérisée que la leur. A défaut de ce recours possible, ils seraient obligés de supporter définitivement les effets d'un acte qui, s'il a été mal contrôlé, a été surtout un fait de mauvaise gestion, et ce serait peu équitable. — De là il résulte que, lorsque les administrateurs ont fait approuver leurs comptes annuels, la poursuite de la société est éteinte, par voie de conséquence, contre les commissaires et surveillants. L'action ne pourrait renaître plus tard que contre les organes de l'administration et de contrôle tout à la fois, dans les circonstances prévues par l'art. 541 C. proc. civ., donnant ouverture à la ratification de comptes approuvés jadis (erreurs, omissions, faux, etc.).

Voici donc, en deux mots, les deux natures d'actions auxquelles ils sont exposés : — 1^o Responsabilité envers la *société*, du chef du mandat qu'ils auraient mal accompli (art. 9, al. 2 et art. 43). Action exercée tantôt *ut universi* pour le compte de la collectivité, tantôt *ut sin-*

guli par un seul ou par plusieurs actionnaires dans la mesure de leur intérêt, tantôt par un groupe d'actionnaires en conformité des art. 17 et 39 (nos 673 et 674).

2° Responsabilité envers les *tiers* en mesure de justifier d'un tort propre qui leur aurait été causé par la négligence du personnel de contrôle, à plus forte raison par sa connivence dans les actes préjudiciables de la gérance. Action que l'intéressé ne peut exercer que sous son nom et sur laquelle l'assemblée générale n'a aucune prise (n° 676).

SECTION V

DÉLIBÉRATIONS ET ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

(L. 1867, art. 4, 5, 12, 13, 18, 19, 25, 27 à 32, 37, 45 à 47 ; l. 1893, art. 4 ; l. 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 ; l. 22 novembre 1913).

681. — « L'assemblée générale forme, par antithèse aux actionnaires pris séparément, le *pouvoir délibérant* d'un ensemble de pensées convergentes. Elle constitue l'âme même de la personne morale, réglant les intérêts de la collectivité ; elle est l'instrument de la volonté supérieure de la compagnie » (voir THALLER, dissertation sous Civ. cass., 30 mai 1892, D. 93, 1, 105).

C'est pour le compte de la masse des actionnaires que s'exercent les actes d'exploitation. C'est en vertu du mandat que ces actionnaires ont donné, que fonctionnent les organes d'administration et de contrôle. Ceux-ci doivent revenir devant leurs mandats pour justifier de la constitution régulière de la société, pour rendre leurs comptes périodiques, pour obtenir les modifications aux statuts qu'ils croient nécessaires. C'est de l'autorité de cette assemblée générale que dépend la marche de l'entreprise.

Par là nous est donnée la division des assemblées générales. Il y en a trois espèces différentes. Leur fonctionnement à toutes trois suppose préalablement comprise la distinction du *quorum* et de la *majorité* (1).

Le *quorum* est le nombre d'actions nécessaires, pour que l'assemblée puisse délibérer et qui doivent concourir à l'assemblée, soit par la présence de leurs porteurs, soit par le ministère de mandataires (présence dont fait foi la signature de l'intéressé sur une feuille d'émargement).

La *majorité*, c'est la proportion des voix, qui, sur l'ensemble des votants, doit se déclarer dans le sens de la mesure proposée.

Les propositions fixées par la loi ne peuvent être abaissées par les statuts. Mais les statuts peuvent se montrer plus exigeants que la loi, et requérir, par exemple, un *quorum* des $\frac{3}{5}$ au lieu de la moitié, une majorité des $\frac{3}{4}$ au lieu de la majorité simple. — Il est à noter que, dans les associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, il n'y a ni

(1) Nous avons déjà rencontré cette distinction à propos des Assemblées de porteurs de parts de fondateur prévues par la loi du 23 janvier 1929. V. *supra*, n° 642 bis.

quorum ni majorité légalement réglementés, et que la tenue des assemblées générales n'y est soumise à aucune organisation.

Les trois espèces d'assemblées sont : les assemblées constitutives, les assemblées ordinaires, les assemblées extraordinaires.

682. — 1° Les *assemblées constitutives* (ayant pour objet la vérification et l'approbation des apports en nature, la désignation du premier conseil de surveillance dans la commandite, des premiers administrateurs et commissaires dans la société anonyme, ainsi que la vérification de la sincérité des souscriptions et des versements, mais dans cette seconde forme de société seulement). Nous en avons déjà longuement parlé (nos 534 et s.).

Quorum (dans la société anonyme) de moitié du capital ou du cinquième, à la seconde réunion. — Majorité de la moitié des voix plus une, comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire (1) (les actions des apporteurs demeurant en dehors de ce calcul). — Droit pour tout actionnaire, n'ayant même qu'une action, de concourir à l'assemblée. — Limitation à dix du nombre de voix appartenant à un seul et même porteur (art. 4 § 4, 24, 27 et 30, l. 1867).

683. — 2° Les *assemblées générales ordinaires* : la tenue en est obligatoire, au moins une fois par an (art. 12 et 27). Nous nous en sommes occupés à l'occasion des gérants et administrateurs (section III). Elles ont pour but : — 1° de recevoir les comptes de l'exercice clos et de délibérer sur l'approbation du bilan ; — 2° de voter la distribution d'un dividende, s'il y a lieu ; — 3° de réélire ou de remplacer les administrateurs, ainsi que les commissaires, et dans la commandite les membres du conseil de surveillance sortant de charge ; — 4° d'approuver les actes des gérants ou des administrateurs qui dépassent leurs pouvoirs statutaires (par ex. : émission d'obligations, emprunt hypothécaire, vente d'immeubles).

Pour cette catégorie d'assemblées, la loi exige un délai minimum entre la convocation et la tenue de la réunion. Ce délai est implicitement de quinze jours, les actionnaires ayant le droit de consulter, pendant cette durée de temps, les inventaires, rapports, etc., déposés au siège social.

a) Condition de *quorum* : quart du capital social, présent ou représenté dans la société anonyme (la loi ne requiert aucun *quorum* dans la commandite) et, en cas d'insuffisance, tenue d'une seconde réunion, sans qu'un minimum de présence soit exigé (art. 29).

b) Majorité de vote (art. 28) basée sur le principe que chaque actionnaire a un nombre de voix proportionnel à ses actions (dix voix, s'il y a dix actions, cent voix s'il y en a cent), mais avec faculté dans les statuts

(1) Cette exigence (majorité comprenant le quart au moins du capital) ne concerne pas toutefois (dans les sociétés anonymes) l'assemblée constitutive réunie à défaut du *quorum* de moitié lors d'une première convocation : cette assemblée de seconde convocation, délibère en effet valablement avec un *quorum* du 1/5^e du capital (art. 30 *in fine*, l. 1867).

d'y déroger. On spécifiera, par exemple, que le maximum des voix d'un seul actionnaire sera de trente. Ou bien les dix premières actions donneront droit à dix voix, puis de dix à vingt actions l'actionnaire n'aura qu'une voix supplémentaire, de vingt à cinquante il n'en aura qu'une encore, et ainsi de suite par progression décroissante, afin que le vote des forts actionnaires n'écrase pas les votes réunis des petits porteurs.

Majorité se chiffrant ainsi non *par tête*, mais *par intérêt*, et faisant état, grâce à l'atténuation pratique précédente, du nombre des votants ; car il peut arriver qu'une mesure votée par 50 actionnaires, n'ayant qu'une unité chacun (soit 50 voix), l'emporte sur la résistance d'un porteur de 1.000 actions, n'ayant, d'après les statuts, qu'un maximum de 40 voix (1).

c) Majorité se calculant, non pas sur le total des actions *présentes* ou représentées, ainsi que le disent ou le laissent entendre les auteurs (MM. HOUPIŒN, LYON-CAEN et RENAULT), mais sur le total des actions *qui participent au vote*, les actions de ceux qui s'abstiennent ne devant point compter. — Ex. : Dix actionnaires sont présents ou représentés ; le nombre des voix serait de 400, s'ils votaient tous ; mais cinq d'entre eux ayant 350 voix s'abstiennent. La mesure votée par 26 voix contre 24 sera régulière et obligatoire. Les non-votants s'en rapportent à la majorité. Pourquoi ne concourent-ils pas à la former ? C'est la pratique générale des assemblées. La loi de 1867 ne s'en est pas écartée (art. 28, al. 1^{er}, cpr. à l'art. 4, al. 4).

d) Dans ce calcul des voix, les gérants et administrateurs font nombre, du chef des actions dont ils sont propriétaires. Ils sont habiles à voter l'approbation de leur propre gestion, et, à plus forte raison, la distribution du dividende ainsi que les autres mesures. — N'ont-ils pas cependant, une partialité manifeste, par suite de leur intérêt personnel à ce que décharge leur soit donnée ? Sans doute ; mais la loi ne dit pas que le vote soit incompatible avec l'intérêt que l'on a dans la délibération, et la défense établie par l'art. 4, pour les auteurs d'apports en nature, de participer à l'approbation de leurs apports, ne doit pas être étendue. En législation, cependant, leur exclusion du vote, déjà imposée dans certains Etats de l'étranger (2), serait souhaitable.

Le seul correctif aux abus, c'est la limitation des voix, lorsque les statuts ont eu la sagesse de l'établir : dussent-ils posséder les 3/4 des actions, les administrateurs risquent d'être mis en minorité (V. Civ. cass., 26 octobre 1896, D. 98, 1. 65. note THALLER).

e) Validité de la clause, qui écarte de l'assemblée générale les porteurs d'une ou de quelques actions. Les statuts subordonnent alors le droit d'entrée dans l'assemblée à la possession de trois, de cinq, de dix actions, etc., art. 27, al. 1, *in fine* (Ce n'est que pour les assemblées

(1) Le fait, en cours de société, de limiter pour l'avenir le nombre de voix des forts actionnaires, qui disposaient jusque-là d'une représentation proportionnelle, constitue une *modification des statuts*, relevant de l'assemblée extraordinaire.

(2) En ce sens, art. 252 3^e al. C. com. allemand. — D'après M. VALÉRY, il faudrait, dès à présent, interpréter le droit français dans le sens de cette exclusion (*Annales de droit commercial*, 1920, 208). Mais cette opinion demeure isolée, v. *supra*, n^o 672 en note.

constitutives et, depuis la loi du 22 novembre 1913, pour les assemblées extraordinaires, appelées à modifier les statuts, que règne obligatoirement le principe du suffrage universel).

Toutefois, une règle sage a été introduite par la loi de 1893 (art. 27, § 1, *in fine*, l. 1867, modifié par la loi de 1893) : les porteurs d'unités peuvent, nonobstant toute clause statutaire contraire, se grouper à l'effet de désigner l'un d'eux comme *mandataire commun*, qui les représentera à l'assemblée générale, avec le nombre de voix résultant du nombre d'actions ainsi groupées. — On se demandait si cette disposition avait un effet rétroactif et pouvait être invoquée dans les sociétés par actions antérieures à la loi de 1893. La jurisprudence se refusait à l'admettre (Paris, 19 février 1897, D. 98, 2, 153, note LACOUR ; S. 99, 2, 185, note WAHL). C'est en vue de mettre fin à cette controverse que l'art. 3 de la loi du 22 novembre 1913 a complété l'art. 27, § 1, de la loi de 1867, en décidant que « cette disposition (droit de groupement des petits actionnaires) est applicable même aux sociétés constituées avant le 1^{er} août 1893 ».

684. — 3^o Les *assemblées extraordinaires*, dites encore « assemblées modificatives des statuts », dont l'objet est d'apporter un ou plusieurs changements aux statuts. Le mot *extraordinaire* ne doit pas être pris dans le sens attaché au qualificatif *exceptionnel*. Il n'est pas « ordinaire » que les administrateurs fassent un emprunt, et cependant la délibération, qui les y habilitera, s'ils n'ont pas statutairement ce pouvoir, sera une assemblée ordinaire, convoquée en cours d'exercice et à titre *exceptionnel*.

Le caractère « extraordinaire » de la mesure à prendre par l'assemblée désignée de ce nom tient à ce qu'il s'agit d'aller à l'encontre de l'ordre, de l'organisation statutaires, tels que l'acte fondamental les avait établis. On veut procéder à une retouche, à un remaniement des statuts, modifier l'un des éléments de capital, de durée, d'objet, d'administration, etc., de la société. — Ex. : On se propose d'augmenter ou de réduire le capital, de dissoudre prématurément la société, de déplacer le siège social, d'annexer à l'exploitation d'éclairage par le gaz l'éclairage par l'électricité (1), de changer l'époque de l'assemblée générale, d'exercer, à titre permanent, des prélèvements sur les bénéfices annuels, d'augmenter le nombre des administrateurs ou d'étendre leurs attributions, de modifier leur mode de rémunération, etc.

Quorum (art. 31, l. 1867, modifié par la loi du 22 novembre 1913) ; trois quarts au moins du capital social, à la première assemblée ; — mais (sauf pour les assemblées appelées à modifier l'objet ou la forme de la société, lesquelles exigent toujours les 3/4 du capital) possibilité de descendre, dans une seconde réunion, au *quorum* de moitié du capital, et même, dans une troisième, au *quorum* du tiers du capital social (v. *infra* n^o 693).

(1) Sur le droit pour l'assemblée de substituer à l'exploitation directe la mise en location de l'entreprise. Cfr. WAHL, sous Req., 29 octobre 1902, S. 1905, 1, 89.

Avec le contrat de location ou « d'affermage », il ne faut pas confondre d'ailleurs le contrat dit « de gérance », lequel laisse les risques de l'exploitation à la charge de la société qui confie à autrui le soin de gérer ses affaires.

Majorité (la même pour les trois assemblées successives) ; deux tiers au moins des voix des actionnaires présents ou représentés ; — à chaque actionnaire, autant de voix qu'il a d'actions, sans limitation, nullité de toute clause contraire (art. 31, § 2, l. 1867, modifié en 1913, v. *infra*, n° 693).

685. — Règles communes. — Toutes ces assemblées obéissent d'ailleurs, pour la validité des délibérations qu'elles auront à prendre, à des conditions communes de forme et de fond. Ces conditions sont imposées sous la sanction implicite de la nullité, qu'ique les juges disposent d'un certain pouvoir d'appréciation pour maintenir la mesure, lorsque l'irrégularité commise ne présentera à leurs yeux qu'une faible importance.

En la forme, il faut une délibération, prise au siège social ou en tel autre lieu convenu dans les statuts, c'est-à-dire une rencontre des actionnaires ou de leurs représentants, mis ainsi en état de discuter le pour et le contre de la proposition qu'on leur soumet. — Les votes ne pourraient pas être recueillis par correspondance, ainsi que cela a lieu dans maintes associations. Il faut la tenue d'une « assemblée », suivant la loi. La convocation de cette assemblée doit laisser aux actionnaires un délai suffisant pour s'y rendre, et même pour réfléchir aux mesures à prendre : ce délai est généralement fixé dans les statuts. Pour la deuxième (et aussi, s'il y a lieu, la troisième) assemblée extraordinaire, à réunir en cas d'échec de la première pour insuffisance de *quorum*, la loi de 1913 exige, en dehors de la convocation faite dans les formes statutaires, deux insertions à quinze jours d'intervalle, dans le *Bulletin des annonces légales* (annexe du *Journal officiel*, v. *supra*, n° 573 bis) et dans un journal d'annonces légales du lieu où la société est établie.

Seuls les administrateurs ou le gérant, d'une part, le conseil de surveillance ou les commissaires, de l'autre, peuvent prendre l'initiative de l'assemblée (Trib. com. Seine, 4 janvier 1909, D. 1912, 2, 1, note PERCEROU). En l'état actuel de nos lois, les actionnaires, même représentant une quotité sérieuse du capital, ne peuvent, soit faire la convocation, soit mettre les administrateurs en demeure d'y procéder (*contra* projet de 1903 : *quart* du capital) ; à tort ou à raison, on a craint, par cette immixtion des porteurs d'actions, de compromettre le bon ordre des affaires sociales (1).

La *convocation* doit être faite par lettres individuelles ou par avis collectifs dans les journaux (cette dernière forme étant seule possible pour les actions au porteur), et en suivant, d'ailleurs, la publicité établie par les statuts. En outre, ainsi qu'il vient d'être dit, pour les deuxième et troisième assemblées extraordinaires, la loi (art. 31, l. 1867, modifié en 1913) prescrit obligatoirement deux insertions à quinze jours d'intervalle dans le *Bulletin* annexe du *Journal officiel*, et dans un journal

(1) Toutefois, en cas d'inertie calculée du Conseil d'administration, les actionnaires seraient fondés, même dans le silence des statuts, à introduire une demande judiciaire contre le Conseil à l'effet de faire ordonner par justice la convocation de l'Assemblée, sauf aux tribunaux à apprécier la légitimité de cette demande. — Cf. Trib. du Havre (ordonnance sur requête), 12 février 1915, S. 1917, 2, 25, note Wahl.

d'annonces légales du siège social. — La convocation doit être accompagnée d'un ordre du jour assez précis, pour que les actionnaires sachent quelles mesures seront mises en délibération (1). Quand il s'agit d'une seconde (ou troisième) assemblée extraordinaire, la convocation, ainsi que les deux insertions au *Bulletin officiel*, doivent reproduire l'ordre du jour de l'assemblée précédente en indiquant sa date et son résultat (art. 31, § 4, l. 1867, modifié en 1913).

La faculté de recourir à un *mandataire* étant de droit, à moins que les statuts n'en aient autrement disposé, les actionnaires, qui ne voudront ou ne pourront pas assister à la réunion, sont autorisés, soit à remettre un pouvoir à la personne, qu'ils délèguent à leur place, et qui, d'après de nombreux statuts, doit être actionnaire elle-même, soit plus simplement, à retourner au siège social un pouvoir en blanc que les administrateurs distribueront eux-mêmes le jour de la séance entre les actionnaires présents.

Il est habituel que le porteur justifie de son identité, en produisant sa carte d'actionnaire, soit que cette carte ait une valeur permanente, soit qu'elle n'ait été délivrée qu'en vue de telle assemblée. Les titres au porteur seront déposés dans le lieu et dans le temps voulus par les statuts, au bénéfice de la présomption *possession vaut titre*, et leurs propriétaires recevront en échange une carte nominative d'admission à l'assemblée.

Il y a lieu à la tenue d'un procès-verbal de l'assemblée, accompagné de la feuille de présence, réglée par l'art. 28, al. 2. Ce procès-verbal signé des membres du bureau, et les extraits, qui en seraient délivrés, feront foi des délibérations prises. L'assemblée est présidée soit par le président du conseil d'administration ou de surveillance, soit par telle autre personne qualifiée par les statuts, pour exercer cette fonction (2).

686. — *Quant au fond*, la délibération doit être exempte de manœuvres et de dol, réunir le *quorum* et la majorité nécessaires, émaner d'actionnaires capables. Le fait de créer une majorité factice, en se présentant comme propriétaire d'actions, dont on n'a pas la détention régulière, ou de remettre les actions pour cet usage entraîne une amende, et, à l'appréciation du juge, un emprisonnement de quinze jours à six mois (art. 13, al. 4 et s., art. 45).

Le rôle de l'actionnaire est non pas de prendre une décision propre, mais de concourir à la formation d'une délibération d'ensemble : les individus s'absorbent dans le tout, et la fiction de personne morale intervient, ici encore pour déterminer la position de chaque ayant droit dans la collectivité. On a pu dire (GIRERD, *Du droit d'assister aux assemblées générales*, th. 1902) que concourir aux assemblées était un « acte d'administration », même au cas, où il s'agirait de modifier les

(1) En principe, l'assemblée ne délibère valablement que sur les questions portées à l'ordre du jour ; à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une mesure urgente et imprévue, rendue nécessaire, par exemple, par des incidents survenus au cours de l'assemblée (Req., 20 décembre 1910, D. 1912, 1, 441, note THALLER ; Paris, 8 juin 1912, D. 1913, 2, 161, note PERCEROU).

(2) En cas de dissolution, le liquidateur régulièrement nommé a-t-il qualité pour présider l'assemblée des actionnaires ? V. Paris, 8 juin 1912, cité à la note précédente.

statuts. Car c'est afin de coopérer à la marche de l'entreprise, afin de satisfaire aux exigences de l'exploitation, quand même celles-ci commanderaient des mesures très graves, que l'actionnaire fait acte d'intervention. Il seconde l'œuvre de la société, dùt-il participer à un remaniement statutaire. La société, toute modifiée qu'elle soit, poursuit sa marche et demeure elle-même.

D'où il résulte : 1° que le *tuteur* d'un mineur a pleins pouvoirs, sans observer les formes imposées aux actes d'aliénation dans la tutelle, pour voter du chef de son pupille, fût-ce dans une assemblée extraordinaire qui déciderait la vente d'immeubles, la propagation de la société, etc ; — 2° que, lorsque les actions font partie de la dot d'une femme sous le *régime dotal*, le principe de l'inaliénabilité ne met point obstacle à la représentation de ces actions à ces mêmes assemblées, votant des mesures d'aliénation ; — 3° que, si les actions sont grevées d'*usufruit*, l'usufruitier, ayant sur elles les pouvoirs d'un administrateur, est qualifié pour venir aux assemblées, même extraordinaires, non le nu propriétaire, sous réserve de statuts contraires ; — 4° que si les actions ont été données en nantissement, c'est également au *créancier gagiste*, et non pas au débiteur, qu'il appartient de les représenter aux assemblées, ordinaires ou non, proposition dont la jurisprudence prend plutôt le contre-pied (Lyon, 21 mars 1894, *Ann. dr. com.* 95, 1, 53, et note HUVÉLIN ; l'arrêt de Paris du 19 janvier 1897, *Journ. des Soc.*, 97, 265, habilite le débiteur, mais exige qu'il prenne le consentement du créancier gagiste).

La délibération, prise dans des conditions régulières, est obligatoire pour tous. Elle a un caractère indivisible. Les absents et les adversaires sont tenus d'en subir l'effet. Le tempérament établi par la loi italienne, suivant lequel les actionnaires dissidents, en présence d'une mesure particulièrement grave, peuvent se retirer et exiger que la société reprenne leurs actions et les indemne, n'a pas été défendu jusqu'à présent en France.

686 bis. — Mais, dès l'instant que la mesure est *irrégulière*, soit dans la forme, soit dans le fond, chaque intéressé peut provoquer l'annulation de la délibération et plaider, à cet effet, contre la société, prise en la personne de ses gérants et administrateurs. — Nous avons déjà dit que, — si les Allemands ont enfermé cette action dans un délai très court d'un mois, en excluant, en outre, les actionnaires présents et non immédiatement protestataires, du pouvoir de l'exercer (n° 672), — rien ne limite dans notre propre droit l'action en nullité (si ce n'est la réparation du vice et la prescription de dix ans, par analogie des règles établies en 1893 à l'égard de l'action en nullité de la société elle-même).

Tout *actionnaire*, même ayant concouru favorablement au vote, a pouvoir d'agir : les *créanciers* de la société ont également ce droit. On peut arguer d'un vice latent, comme l'était, sous l'ancien art. 3 de la loi de 1867, le non-versement préalable de la moitié du capital avant l'assemblée qui a décidé la conversion des actions en titres au porteur (Paris, 19 janvier 1897, D. 1900, 2, 169, et note THALLER). La nullité, si elle atteint par exemple une délibération de réduction du capital, peut avoir des conséquences extrêmement graves en réveillant contre

les actionnaires une dette d'appel de fonds qu'ils pouvaient croire définitivement éteinte (Req., 18 juin 1902, aff. de la Banque d'Escompte, D. 1902, 1, 385, et note LACOUR). Toutefois, pas plus que la nullité de la société elle-même pour vices constitutifs (v. *supra*, n° 548, 4, texte et note), la nullité d'une délibération d'assemblée générale ne peut être opposée aux tiers qui ont traité sur la foi de cette délibération (V. cependant Req., 19 janvier 1905, D. 1906, 1, 169, note THALLER, critiquant cet arrêt).

Le jugement, qui statue sur la nullité d'une assemblée (de même que celui, qui statue sur la nullité de la société, v. *supra*, n° 548, 2, en note) a *autorité de chose jugée*, même à l'égard des actionnaires, qui n'ont point figuré au procès ; par suite de la notion de personnalité juridique de la société, ils y ont tous été parties. Cela paraît admis, si le jugement prononce la nullité (Req., 18 juin 1902, *supra*) ; mais cela semble moins établi dans la pratique lorsque le jugement la repousse. La logique veut, cependant, la même solution dans les deux cas (cpr. *Annales de droit commercial*, 1903, p. 307).

687. — Modifications des statuts. — La plus grosse question qui ait surgi relativement aux assemblées générales, concerne les assemblées extraordinaires.

Ces assemblées ont-elles vraiment pouvoir à l'effet de modifier les statuts quand même ceux-ci ne contiendraient pas une clause leur en conférant le droit ? En cas d'affirmative, ce pouvoir de modifier les statuts est-il absolu ? Depuis trente ans la jurisprudence et la doctrine ont subi sur ce point, une évolution, à phases multiples, dont la dernière date de la *loi du 22 novembre 1913*.

688. — Première phase. — La société est un *contrat*, qui, comme tout autre, ne peut être changé que du *consentement unanime* des parties contractantes (art. 1134 C. civ.). En principe, toute modification aux statuts requiert l'unanimité des actionnaires : le vote de l'assemblée extraordinaire à la majorité ne suffit pas. Sans doute, l'art. 31 de la loi de 1867 (rédaction antérieure à 1913) prévoit que « les assemblées, qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ».

Mais ce texte suppose que, dès l'origine, les statuts ont stipulé, pour la majorité, le droit de modification, et il se contente d'en régler le mode d'exercice, en exigeant un *quorum minimum* de moitié. C'est un texte non de faveur, mais de précaution. Pendant de longues années, cette thèse fut celle de la majorité de la doctrine (LYON-CAEN et RE-NAULT, 3^e édit., t. II, n° 864, p. 744 et s. ; HOUPIIN, 3^e édit., n° 906, t. II, p. 103 et s.).

689. — Deuxième phase (de la personnalité interne de la société). — Pareil système était trop contraire aux exigences des affaires pour se maintenir longtemps devant les tribunaux. Depuis un arrêt célèbre de

la Chambre civile de la Cour de cassation du 30 mai 1892 (D. 93, 1, 105, note THALLER ; *adde* : Cass. civ., 29 janvier 1894, conclusions de l'avocat général DESJARDINS, D. 94, 1, 313, note LACOUR), la thèse qui prévalut en jurisprudence fut au contraire *favorable au droit pour l'assemblée de prendre les mesures de modification*, aux conditions de *quorum* plus fort), même en l'absence de toute disposition expresse dans l'acte de société. La société forme un organe autonome, elle a dans l'assemblée son représentant fondamental. Ce représentant peut, par délibération collective, amender les statuts ; car la société n'est pas atteinte par là dans son existence ni convertie en un organisme différent. *Modifier les statuts, c'est non pas détruire ou renouveler un contrat, mais perfectionner un organisme.*

689 *bis*. — Seulement, le principe du pouvoir de modification étant admis même dans le silence des statuts, une autre question non moins essentielle demeurerait incertaine. Ce pouvoir ne comporte-t-il aucune restriction ? Peut-on introduire, aux conditions de l'art. 31, des changements quelconques à l'acte de société ? — C'est pour résoudre cette grave difficulté que la jurisprudence formula sa distinction entre les modifications qui n'ont qu'une *importance relative* et celles qui affectent les *bases substantielles des statuts*. Ces dernières ne peuvent être accomplies que moyennant l'*adhésion unanime* des actionnaires (condition impossible à remplir si les titres sont au porteur). Ou bien il faut que les statuts, prévoyant nommément cette mesure importante, donnent compétence à l'assemblée pour la voter, sous le *quorum* de l'art. 31. Le rôle de la jurisprudence et de la doctrine consista dès lors surtout à déterminer le signe auquel le changement affectant les bases substantielles doit se distinguer des modifications d'importance secondaire (1). Appréciation conjecturale (nul ne sachant *a priori* si tel article n'a pas été envisagé par tel souscripteur comme un élément essentiel, et par tel autre comme un élément accessoire du contrat de société) et nécessairement plus ou moins arbitraire.

Par application de diverses natures de *criterium*, plus différentes peut-être en apparence qu'en réalité (distinction jurisprudentielle des « bases essentielles » et des « modifications secondaires » ; théorie doctrinale de la « personnalité interne », limitée par le respect des « droits propres de l'actionnaire », ou *Sonderrechte*), on était généralement d'accord (2) pour considérer comme éléments substantiels : 1° le principe de l'*égalité* du droit des actionnaires (3) ; — 2° le maintien de l'*objet* de

(1) V. CLÉMENT, *Des pouvoirs des assemblées générales relativement aux modifications du pacte social*, 1897 ; BOUSQUET IONTIÉ, *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale et les droits individuels*, 1899 ; P. APPLETON, *Du droit pour les assemblées extraordinaires de modifier les statuts*, th. Lyon, 1902 ; FRAISSAINGEA, dans le *Recueil de l'Académie de législation*, 1901-1902 ; CLUZANT, *Les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire*, th. Toulouse, 1906 ; BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales* ; et pour l'étranger, BACHMANN, *Die Sonderrechte des Aktionäers* ; VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, 1902.

(2) V. PERCEROU, *Rapport au Congrès juridique international de Bruxelles de 1910*, Documents du Congrès, t. 1, p. 358.

(3) P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris 1924, et *Journal des Sociétés*, 1925.

la société ; — 3° le *droit* pour l'actionnaire de ne pas être dessaisi de sa part sociale sans son consentement ; — 4° la *limitation* à la somme primitivement convenue du versement dû sur l'action ; — 5° le droit pour la société de ne pas se laisser absorber par *fusion* dans une autre entreprise. Nulle délibération amendant sur l'un des cinq points les statuts originaux n'est possible que moyennant l'unanimité (celle-ci pouvant d'ailleurs se prononcer alors en dehors des formes d'une assemblée générale).

Les autres modifications rentraient au contraire de plano dans les attributions de l'assemblée extraordinaire. Elle statuera en toute liberté, à moins que, d'après les statuts, l'assemblée ne puisse délibérer sur ces modifications que moyennant l'agrément préalable d'un comité d'actionnaires, clause valable d'après Req., 16 juillet 1901 (S. 1901, 1, 255, et note critique de M. LYON-CAEN) (1).

690. — **Troisième phase.** — Elle débute avec la loi du 16 novembre 1903, modifiant celle du 9 juillet 1902 sur les actions de priorité. On sait (V. *supra* nos 594 et s.) que, d'après la loi du 16 novembre 1903 — à laquelle son art. 2 reconnaît un caractère interprétatif (2) (elle est « applicable aux sociétés fondées antérieurement ou postérieurement ») — sauf prohibition directe et expresse des statuts, l'assemblée générale extraordinaire des sociétés par actions, délibérant aux conditions de l'art. 31, l. 1867, peut créer des « actions de priorité » : modification statutaire renfermant à la fois — une augmentation du capital social, — un changement à la répartition des bénéfices, — et aussi une dérogation au principe de l'égalité entre les actionnaires anciens et les nouveaux).

En outre, prévoyant le cas où il existe déjà dans la société plusieurs catégories d'actionnaires, la loi de 1903 ajoute : « Dans le cas où une décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés à une catégorie d'actions, cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie visée » (3) : — ce qui est la reconnaissance du droit pour l'assemblée générale de rompre, même entre actionnaires préexistants (4), l'égalité proportionnelle, du moment que cette rup-

(1) Depuis la loi de 1913, comme auparavant, la validité des clauses tendant ainsi à dessaisir l'assemblée générale du pouvoir de modifier les statuts, pour le transporter aux administrateurs ou à un comité quelconque — surtout lorsque ces clauses ont une portée générale et visent toute modification quelconque —, est pour le moins douteuse. Car elles réalisent une confusion de pouvoirs qu'il est permis de juger illégale. V. PERCEROU, *Pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions, etc.*, n° 23 et s. Comp. en ce qui concerne l'interdiction de déléguer le pouvoir de décider une augmentation du capital au Conseil d'administration, l'art. 72 de la loi belge sur les sociétés, refondue en 1913, et WAUWERMANS, *op. cit.*, p. 285 et s.

(2) Sur l'importance de ce caractère interprétatif, pour la justification du système d'après lequel (depuis 1903, en tout cas), l'art. 31 de la loi de 1867 doit être entendu comme donnant à l'assemblée générale, même dans le silence des statuts, le droit de les « modifier » et spécialement de « proroger la société ou de la dissoudre avant terme ». Cf. PERCEROU, *op. cit.*, n° 19.

(3) La suite du texte, relative aux conditions de *quorum* et de majorité des assemblées spéciales, a été modifiée par la loi de 1913 qui les a mises en harmonie avec ces mêmes conditions dans les assemblées générales extraordinaires, v. *infra*, n° 693.

(4) THALLER, *Journ. des Soc.*, 1912, p. 400 et s.

ture d'égalité est approuvée par une assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie atteinte.

Sur la base de ces textes, au moyen d'un raisonnement par analogie ou *a fortiori*, une théorie nouvelle s'était édiflée, largement extensive du pouvoir modificateur de l'assemblée générale. Elle se condense dans la formule suivante : « L'assemblée extraordinaire peut faire aux statuts des modifications, soit équivalentes à celles que vise la loi de 1903, soit de gravité moindre » (1). Beaucoup d'auteurs s'étaient ralliés à cette thèse, soit entièrement (2), soit avec des réserves (3). Mais la jurisprudence, d'abord hésitante ou favorable (4), incline aujourd'hui à nier la portée générale de la loi de 1903 (5).

D'ailleurs une loi nouvelle est intervenue depuis en cette matière : c'est la *loi du 22 novembre 1913*, dont les dispositions formelles relèguent au second plan (6) la controverse relative à l'influence de la loi de 1903 sur les modifications aux statuts.

691. — Quatrième phase. — Loi du 22 novembre 1913 (7). — C'est un morceau détaché du projet de 1903. Si l'on néglige l'art. 3 (rétroactivité du droit de groupement des petits actionnaires, v. *supra*, n° 683),

(1) PERCEROU, *Des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à l'effet de modifier les statuts, envisagés spécialement au point de vue de la loi du 16 novembre 1903*, *Journ. des Soc.*, 1907, p. 49, 97 et brochure à part.

(2) HOUPIN, 4^e éd., t. II, n° 907 bis ; LYON-CAEN et RENAULT, 4^e éd., t. II, 2^e part., n° 865 ; LACOUR, *Droit commercial*, n° 593 ; NAQUET-RADIGUET, *Des modifications aux statuts*, 1910 ; BOURCART, *De l'influence de la loi du 16 novembre 1903, etc.*, *Journ. des Soc.*, 1912, p. 201 et s. — *Contra* : LECOULTURIER, *Manuel pratique des assemblées d'actionnaires*, 4^e éd., p. 493 ; WAHL, notes S. 1911, 1, 145, et 2, 162 et 193.

(3) THALLER, *loc. cit.*

(4) Des décisions affectaient d'ignorer la loi nouvelle (Trib. com. Seine, 22 juillet 1909 et sur appel Paris, 16 février 1911, *Journ. des Soc.*, 1914, p. 274). D'autres adoptaient l'interprétation restrictive, soit nettement (Lyon, 20 mai 1911, *ibid.*, 1912, 306 ; Trib. com. Seine, 12 décembre 1912, *Gaz. des Sociétés*, 1913, 103 et note PERCEROU critiquant ce jugement), soit d'une façon plus douteuse (Req., 22 janvier 1912, D. 1912, 1, 145, note THALLER). Mais, par contre, plusieurs juridictions se sont rangées à l'interprétation extensive (Trib. com. Rochecouart, 28 mai 1909, *Journ. des Soc.*, 1909, 461 ; Rennes, 3 juillet 1912, *Journ. des Soc.*, 1913, 18 ; Paris, 11 février 1914, *ibid.*, 1914, 256).

(5) Civ. Cass., 7 novembre 1916, *Journ. des Soc.*, 1917, p. 71, note BOSVIEUX, *Comp. Req.*, 22 janvier 1912, précité. V. encore, cependant en faveur de la portée générale de la loi de 1903, Trib. com. Seine, 10 novembre 1921, *Journ. des Soc.*, 1922, 265. Comp. Trib. com. Marseille, 14 décembre 1926, *Journ. des Soc.*, 1927, p. 668.

(6) Cette controverse garde pourtant son intérêt pour les sociétés antérieures à la loi du 22 novembre 1913, si l'on admet que, au point de vue de l'étendue des pouvoirs de modification, cette loi ne rétroagit pas (v. *infra*, n° 694 *ter*). — En outre le système des assemblées spéciales, tel que l'organise la loi de 1903, demeure certainement en vigueur. Surtout si l'on admet qu'il concerne, non seulement les mesures portant une atteinte différente aux droits de deux catégories d'actions préexistantes, mais aussi les mesures entraînant rupture d'égalité entre actionnaires réunis auparavant dans la même catégorie (en ce sens THALLER, *loc. cit.* — *Contra* : CORDONNIER, *op. cit.*), ce système des assemblées spéciales peut servir de frein utile et même nécessaire à l'omnipotence de l'assemblée générale, posée en principe par la loi de 1913.

(7) V. *Annales de droit commercial*, 1913, p. 516 ; BOURCART, *Les modifications aux statuts et la loi du 22 novembre 1913*, dans les *Annales de droit commercial*, 1914, p. 89 et s. ; BOSVIEUX, *Commentaire de la loi du 22 novembre 1913* ; BOUVIER-BANGILLON, *Lois nouvelles*, 1914, p. 145 et s. ; POTHIER, *Commentaire de la loi du 22 novembre 1913* ; WAHL, *Journ. des Soc.*, 1914, p. 54 et s. ; HOUPIN, *ibid.*, novembre 1913 et 1914, p. 241, etc.

dont le lien logique avec les autres articles ne s'aperçoit pas, la loi du 22 novembre 1913 a pour objet :

Essentiellement (art. 1^{er} de la loi, modifiant l'art. 31 de la loi de 1867), *d'étendre et de préciser les pouvoirs des assemblées générales extraordinaires* dans les sociétés par actions (1) à l'effet de modifier les statuts, en même temps que de *fixer les règles relatives à la tenue des assemblées* (convocation, droit de vote, *quorum*, majorité) ;

Puis accessoirement (art. 2 de la loi, modifiant le dernier paragraphe de l'art. 34 C. com.), et par raison de symétrie, d'appliquer ces règles nouvelles sur la tenue des assemblées aux *assemblées spéciales* créées par les lois de 1902 et 1903 (v. *supra*, n° 690).

692. — Pouvoirs de l'assemblée. — Désormais, aux termes du paragraphe 1^{er} du nouvel art. 31, l. 1867, « sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale, délibérant comme il sera dit ci-après, peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Elle ne peut changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires ».

En principe, sauf interdiction par les statuts, l'assemblée générale peut donc tout faire (2). Ainsi elle peut : *modifier* (augmenter ou réduire) le *capital social* ; *proroger la société* ou la *dissoudre* avant terme ; transférer le *siège social* dans une autre localité de France ; changer la *forme* ou le *taux* des actions, le *nombre* des titres requis pour assister aux assemblées générales ordinaires ; et aussi — question jusqu'alors controversée — modifier la *répartition statutaire* des bénéfices (augmentation du tantième des administrateurs, allocation ou suppression d'un intérêt fixe aux actions, création de parts bénéficiaires, constitution de réserves extraordinaires, etc...). Ces modifications sont licites, quand même il en résulterait une rupture de l'égalité proportionnelle entre actionnaires, même préexistants, sauf, dans ce cas, la nécessité d'obtenir l'approbation d'une assemblée spéciale des actions atteintes (v. *supra*, n° 690).

L'assemblée générale peut même — mais alors avec un *quorum* non décroissant et irréductible des 3/4 du capital (art. 31, § 3, v. *infra*) — changer l'*objet* (3) ou la *forme* (4) de la société.

(1) La loi du 22 novembre 1913 concerne-t-elle les *sociétés en commandite par actions* ? Cela dépend du point de savoir si l'art. 31 de la loi de 1867, dans lequel la loi nouvelle est incorporée, est applicable à ce type de sociétés. Or, depuis la loi du 16 novembre 1903 tout au moins, cela ne paraît guère contestable, v. PERCEROU, *Journ. des Soc.*, 1907, 119.

(2) Toutefois, en dehors même des restrictions expressément formulées par la loi (nationalité, augmentation des engagements des actionnaires, restrictions de la loi du 16 novembre 1903), l'omnipotence de l'assemblée générale doit être limitée par l'idée de *fraude* (PERCEROU, *Contribution*, etc., p. 21, note 3) ; limitation d'autant plus nécessaire que les pouvoirs de l'assemblée sont plus étendus.

(3) Même avant la loi de 1913, et dans le dernier état de la jurisprudence tout au moins, il était admis que l'assemblée extraordinaire pouvait, sinon changer complètement l'objet de la société, du moins *l'étendre* à des exploitations connexes (Req., 6 décembre 1904, D. 1904, 1, 624. — Mais voir Civ. cass., 26 novembre 1894, D. 95, 1, 57, note THALLER ; Req., 29 mars 1898, D. 99, 1, 595).

(4) La fusion (par voie de création d'une société nouvelle ou d'annexion à une société préexistante) implique-t-elle un changement de *forme*, alors même que la société absor-

Mais l'assemblée générale ne peut (il faudrait l'unanimité) changer la nationalité de la société (1) ni augmenter les engagements des actionnaires (2). Ainsi elle ne saurait porter de 100 à 200 fr. le taux des actions, avec obligation de verser 100 fr. de plus par titre (3).

A raison de leur grande importance pratique, et des difficultés de détail que peut soulever leur réalisation, les plus fréquentes des modifications dont il vient d'être parlé feront tout à l'heure l'objet de quelques développements complémentaires (v. *infra*, n^{os} 695 et s.).

693. — Composition de l'assemblée. Quorum. Majorité. — Aux termes de l'art. 31 § 2, de la loi du 24 juillet 1867 (rédaction de 1913), « *nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, dans les assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts* (4), tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation » (5).

Il résulte de là : — 1^o) que tout actionnaire, quel que soit le nombre de ses titres, est de plein droit membre des assemblées générales extra-

bante appartient au même type juridique que la société fusionnante (société anonyme fusionnant avec une autre société anonyme) ? — Même question pour l'objet.

(1) Résulte-t-il de là que, en cas de dissolution de la société, il soit interdit au liquidateur de faire apport de l'actif de la société dissoute à une société étrangère ? V. la question posée par M. FERCEROU à la *Société d'Etudes législatives*, *Bulletin*, 1913.

(2) Encore ne faut-il pas donner à l'expression légale « augmenter les engagements des actionnaires » un sens trop large, qu'elle n'a pas et entendre par là — comme le font à tort certaines décisions — tout changement quelconque à la situation des actionnaires, du moment qu'à certains égards il leur est défavorable. A ce compte aucune modification statutaire ne serait plus possible qu'à l'unanimité ! En réalité l'« augmentation des engagements des actionnaires » désigne uniquement l'obligation où ils seraient de mettre dans la société plus d'argent que le montant des actions qu'ils ont souscrites, et pas autre chose.

(3) Lorsque, à la suite de pertes, une société réduit son capital par échange de titres (deux titres anciens contre un nouveau par exemple), l'obligation pour le porteur d'un seul titre ancien d'en acheter un second en vue de l'échange (à moins qu'il ne vende son titre unique, ce qui aboutit à une expropriation indirecte) constitue-t-elle une « augmentation de son engagement » faisant obstacle à la validité de cette combinaison ? V. Cass., 29 janvier 1894, *Journ. des Soc.*, 1894, 207 ; MARIA, *Des modifications du capital social*, 1913, p. 95 et s. — D'autre part, ne faut-il pas voir aussi une augmentation des engagements contractés par les actionnaires dans la transformation de réserves en actions, créées à titre d'augmentation du capital ? (*supra*, n^o 660) V. THALLER, *Annales de droit commercial*, 1907, 190 et *Journ. des Soc.*, 1907, 477 ; HOUPIN, *ibid.*, 1908, 387 ; MARIA, *op. cit.*, p. 214 et s. ; AMAUD, *Des comptes de réserve dans les sociétés par actions*, p. 452 et s. ; PERCEROU, *La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social*, *Annales de droit commercial*, 1921, 173 ; et *Journ. des Soc.*, 1921, n^o 4. — Sur cette même question, *adde*, Req., 2 janvier 1924, D. 1927, 1, 161, note ESCARRA ; Douai, 19 janvier 1926, *Journ. Soc.*, 1927, p. 275, v. *supra*, n^o 660 bis, texte et note 2.

(4) Cette disposition (art. 31, § 2, rédaction de 1913) est étrangère aux assemblées ordinaires ou constitutives (lesquelles demeurent soumises au droit antérieur, v. *supra*, n^{os} 682 et 683) ; et même parmi les assemblées extraordinaires, elle ne vise que celles tenues par des sociétés constituées après la loi de 1913, car l'art. 31, § 2 nouveau n'est pas rétroactif, v. *infra*, n^o 694 ter.

(5) En ce qui concerne les sociétés postérieures à la loi du 22 novembre 1913, est-il permis de stipuler un droit de vote plus fort dans les assemblées extraordinaires au profit des actions d'une certaine catégorie A (cinq voix), qu'au profit des actions de la catégorie B (une voix) ? Pour la négative, LYON-CAEN et RENAULT, Appendice au t. II, p. 12 ; AMAUD, *op. cit.*, n^o 594 bis ; Paris, 14 janvier 1929, *Revue des Sociétés*, 1929, 296. — Pour l'affirmative, HOUPIN et BOSVIEUX, II, n^o 970 ; Trib. com. Seine, 12 juin 1922,

ordinaires ; — 2^o) qu'il peut y voter avec autant de voix qu'il a d'actions (soit par lui-même, soit comme mandataire), *sans limitation* ; — enfin 3^o) que toute stipulation contraire des statuts est réputée nulle et non avenue.

Ainsi qu'on l'avait fait observer dès avant la loi de 1913 (à propos du projet de 1903) (1), cette proportionnalité illimitée du nombre de voix au nombre des actions, va, en réalité, directement à l'encontre du but de la loi, qui était de protéger les petits porteurs ; elle facilite au contraire leur écrasement. C'est là très certainement une des dispositions les plus contestables de la loi nouvelle. Elle paraît être le résultat d'une erreur qu'il eût été pourtant facile d'éviter, les avertissements n'ayant pas manqué.

Quant aux règles, déjà brièvement indiquées (n^o 684), sur le *quorum* et la *majorité*, elles sont inscrites dans les paragraphes 3 et 4 de l'art. 31 nouveau. — La *majorité* requise est en toute hypothèse des *deux tiers* des voix des actionnaires présents ou représentés. — Le *quorum* est toujours pour la première assemblée des *trois quarts* du capital social. Mais, tandis que, lorsqu'il s'agit de modifications touchant à l'objet ou à la forme, ce *quorum* est irréductible et ne peut être abaissé dans les assemblées subséquentes ; pour les autres modifications au contraire, il va en décroissant : dans la seconde assemblée (2) il descend à la *moitié* du capital social, et dans la troisième au *tiers*.

Ces dispositions sur la majorité et le *quorum* (y compris, malgré une rédaction peu exacte de l'art. 4, l. 1913, celles sur le *quorum* de la première assemblée, « trois quarts » au lieu de la « moitié » dont se contentait la loi de 1867) sont applicables rétroactivement, c'est-à-dire même aux sociétés antérieures à la loi du 22 novembre 1913 (art. 4).

693 bis. — **Assemblées spéciales** (art. 2, l. 1913, modifiant l'art. 34, dernier § C. com.). — Elles sont soumises *mutatis mutandis* aux paragraphes 2, 3 et 4 du nouvel art. 31, l. 1867, c'est-à-dire que : 1^o) l'assemblée spéciale doit être composée de tous les actionnaires de la catégorie intéressée, chacun ayant autant de voix que d'actions, sans limitation et nonobstant toute clause contraire des statuts ; — 2^o) qu'elle doit réunir le *quorum* des *trois quarts* (*moitié* ou *tiers*, selon les distinctions précédentes) de la portion du capital que représentent les actions dont il s'agit ; — 3^o) que ses résolutions doivent toujours être prises à la majorité des *deux tiers* des voix présentes.

Ces dispositions — y compris celles de la proportionnalité illimitée du nombre de voix au nombre des actions (3) — sont *rétroactives* (art. 4, l. 1913), c'est-à-dire s'appliquent même aux sociétés antérieures à la loi de 1913.

Gaz. des Sociétés, 1922, 144. — Cette question perdra son intérêt si le projet de loi supprimant les actions à vote plural, dont le Gouvernement vient d'annoncer le dépôt (décembre 1929), est adopté.

(1) V. notamment PERCEROU, *Documents du Congrès des Sociétés de Bruxelles*, 1910, p. 364 ; THALLER, *Observations à la Société d'Etudes législatives*, *Bulletin* 1913.

(2) Sur les délais et le mode spécial de convocation de ces deuxième et troisième assemblées, v. *supra*, n^o 685.

(3) Au contraire, quand il s'agit de l'assemblée *générale* extraordinaire, cette proportionnalité illimitée n'est pas rétroactive. On cherche vainement la raison de distinguer.

694. — Tel est, dans son ensemble, le système inauguré par la loi de 1913. Pour se rendre un compte exact de sa portée, il reste à résoudre deux questions essentielles, dont le législateur a eu le tort de laisser la solution incertaine : — 1^o) les dispositions de la loi du 22 novembre 1913 sont-elles simplement *interprétatives* de la volonté des contractants (ceux-ci pouvant y déroger dans les statuts) ; ou bien, au contraire, sont-elles *impératives*, de sorte qu'elles doivent s'appliquer nonobstant toute clause contraire ? — 2^o) parmi les dispositions de la loi nouvelle, quelles sont au juste celles qui s'appliquent aux sociétés même antérieures, c'est-à-dire dans quelle mesure cette loi est-elle *rétroactive* ?

694 bis. — **Première question, caractère impératif.** — Les dispositions de la loi du 22 novembre 1913 ont-elles un caractère *impératif*, avec interdiction d'y déroger par les statuts ? — La question ne se pose que pour les stipulations statutaires qui étendraient les pouvoirs de modification de l'assemblée extraordinaire *en diminuant ou en supprimant les garanties légales*. Car il n'est pas douteux qu'on doive juger valables les clauses qui tendraient, au contraire, à restreindre ces pouvoirs en renforçant les garanties légales (par exemple défense de changer l'objet de la société, ou bien exigence d'un *quorum minimum* de moitié au lieu du tiers).

Les clauses extensives sont-elles donc permises ? Peut-on stipuler dans les statuts que l'assemblée extraordinaire aura le droit : de changer la nationalité de la société ou d'augmenter les engagements des actionnaires (art. 31, § 1) ; ou de changer l'objet ou la forme de la société avec un *quorum* inférieur aux trois quarts (art. 31, § 3) ; ou enfin, d'une façon générale, de modifier les statuts avec un *quorum* inférieur au tiers (art. 31, § 4) ?

L'excès même des conséquences auxquelles conduit logiquement l'opinion affirmative (possibilité de supprimer tout *quorum*, et plus généralement toute garantie légale quelconque) en est la condamnation. Etant donné l'esprit de la loi du 22 novembre 1913, il faut admettre que, en principe, ses dispositions ont un caractère nettement impératif.

Cela du reste ressort du texte lui-même : les mots « sauf dispositions contraires des statuts » ne concernent que la première phase du paragraphe 1^{er} de l'art. 31, relative au droit de modifier les statuts, et non pas les restrictions apportées à ce droit, lesquelles ont l'objet de la seconde phrase du paragraphe 1^{er} et des paragraphes 3 et 4.

Enfin, sous l'empire de la loi de 1867 déjà, n'était-on pas d'accord pour reconnaître que le *quorum* de moitié, prévu par l'ancien art. 31 pour les assemblées extraordinaires, était un *minimum* impératif au-dessous duquel les statuts ne pouvaient descendre ? Rien ne permet de croire qu'en 1913 on ait voulu s'écarter de cette règle.

Nonobstant toute clause contraire, aucune modification ne peut donc être votée avec un *quorum* inférieur au tiers du capital social ; et de même, nonobstant toute clause contraire, l'objet ou la forme de la société ne peuvent être changés avec un *quorum* inférieur aux trois quarts (BOURCART, *loc. cit.* — V. en sens contraire, WAHL, *loc. cit.*, qui fait à cet égard une distinction peu logique).

On doit dire même — quoique cette dernière question soit plus délicate (en sens contraire, BOSVIEUX, *loc. cit.*). — que la clause des statuts qui, contrairement à la deuxième phrase du paragraphe 1^{er} de l'art. 31, permettrait à l'assemblée extraordinaire de changer la nationalité de la société ou d'augmenter (tout au moins sans limite) les engagements des actionnaires, serait nulle et de nul effet. Sans doute cette dernière solution est — du moins en ce qui concerne le changement de nationalité — fort critiquable au point de vue pratique ; mais la logique du système légal, comme aussi la rédaction du texte, paraissent bien l'imposer.

694 ter. — Deuxième question, rétroactivité. — Dans quelle mesure la loi du 22 novembre 1913 est-elle *rétroactive* ? — Ainsi que nous l'avons indiqué, sont rétroactives (art. 4, l. 1913) : — 1^o les dispositions de l'art. 31, § 4 nouveau, relatives aux conditions de majorité et de *quorum* des deuxième et troisième assemblées générales extraordinaires, et aussi (à cause du caractère indivisible du système des assemblées successives) de la première assemblée (v. *supra*, n^o 693) ; — 2^o les dispositions relatives à la tenue des assemblées spéciales (v. *supra*, n^o 693 *bis*).

En outre, si l'on se reporte aux déclarations des rapporteurs de la loi tant à la Chambre qu'au Sénat, il ne paraît pas douteux qu'ils ont voulu appliquer aux sociétés déjà existantes, non seulement les dispositions nouvelles sur le *quorum* et la majorité, art. 31, § 4 —, mais aussi celles ayant pour but d'étendre les pouvoirs de l'assemblée générale (sauf toutefois en ce qui concerne le droit de modifier l'objet et la forme de la société), art. 31 § 1 et § 3. Mais si telle a été l'intention du législateur, il ne l'a point réalisée. Car il suffit de lire l'art. 4 de la loi de 1913 pour constater que la règle de rétroactivité posée par ce texte (règle d'interprétation stricte comme dérogeant au droit commun) ne vise que le paragraphe 4, et non les paragraphes 1 et 3 de l'art. 31 nouveau.

Quelque singulier que soit ce résultat, force est donc de conclure, en l'état actuel des textes, que, dans les sociétés antérieures à la loi de 1913, l'étendue des pouvoirs modificateurs de l'assemblée extraordinaire doit être déterminée, non point d'après l'art. 31 nouveau, §§ 1 et 3, mais uniquement d'après l'art. 31 ancien, en tenant compte de la jurisprudence qui s'était formée sur ce texte et de l'évolution doctrinale (v. *supra* n^{os} 689 et 690) (1).

695. — Ainsi que nous l'avons annoncé (*supra*, n^o 692), avant de quitter cette matière, il convient de donner quelques détails sur les modifications aux statuts les plus importantes. Ce sont les suivantes :

1^o *Modifications dans le montant du capital*, soit qu'on l'augmente, soit qu'on le réduise (MARIA, *Des modifications du capital social*, 1913).

(1) En ce sens : *Annales de droit commercial*, 1913, p. 519, note 1 ; LYON-CAEN, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 580 ; BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 48 ; HOUPIIN, *Journ. des Soc.*, 1914, 252. Une proposition de loi déposée au Sénat par M. Antony Ratier le 8 avril 1922 (Rapport Chastenot du 14 décembre 1922) tend à donner un effet rétroactif aux dispositions de la loi du 22 novembre 1913 relatives tant à l'étendue des pouvoirs des assemblées extraordinaires, qu'au mode de computation des voix dans ces assemblées. Il serait fort à désirer que cette proposition déjà votée au Sénat, devint loi (avec peut-être certaines précisions) afin de mettre fin à une incertitude très gênante en pratique

A. *Augmentation du capital* (WAHL, *Annales de droit commercial*, 1893, p. 81 et s.). — L'assemblée générale porte le capital de 10 à 20 millions. On émet des actions nouvelles, tantôt simples, tantôt de priorité (1). Il faut observer pour ces émissions les mêmes règles que pour le capital originaire (souscription intégrale, versement du premier quart (2), confection de la liste nominative des souscripteurs devant le notaire, maintien de la forme nominative pour les nouvelles actions jusqu'à leur pleine libération, publicité selon la loi, etc.), sous peine de nullité de cette augmentation, nullité d'ailleurs inopposable aux tiers. La loi n'exige pas, formellement, que la procédure initiale s'étende au capital nouveau. Elle ne le dit qu'indirectement dans l'article 45, à propos des sociétés anonymes antérieures à 1867, qui voudraient augmenter aujourd'hui leur capital. Mais on arrive à ce résultat par un raisonnement d'analogie.

Un droit de préférence est fréquemment accordé aux actionnaires primitifs pour souscrire à ces émissions (v. BOSVIEUX, *Journ. des sociétés*, 1911, 385, et WAHL, *ibid.*, 1912, 337) (3). Mais la mesure serait illégale, en tant qu'elle imposerait aux actionnaires anciens l'obligation de prendre eux-mêmes les nouveaux titres. Ce serait une atteinte aux « droits individuels ». Il faudrait le consentement de chacun et de tous.

Fréquemment aussi, les actions nouvelles sont émises au-dessus du pair, avec une prime payable en sus du montant nominal de l'action (sur la prime d'émission, v. *supra*, n° 597, et les références citées en note).

A la dernière époque les augmentations de capital ont comporté souvent l'émission d'actions dites « à droit de vote privilégié » : combinaison qui en soi (réserve faite de certaines modalités) n'a rien d'illégal (4), mais dont la généralisation peut donner lieu à des abus (5).

(1) Les statuts pourraient-ils déléguer à un simple comité d'actionnaires ce pouvoir d'augmentation, ce qui reviendrait à en dessaisir l'assemblée, ou soumettre le vote de l'assemblée à la ratification d'un semblable comité ? L'assemblée pourrait-elle, dans le silence des statuts, subordonner l'augmentation à ce vote ou à cette ratification de comité ? V. *supra*, n° 689 bis, en note. — De toute manière, l'assemblée peut laisser le Conseil d'administration libre de choisir le moment opportun pour effectuer l'augmentation votée par elle, et même de n'y procéder que par séries.

(2) Sur la possibilité d'un versement par compensation, lorsque le souscripteur a, d'autre part, une créance contre la société, Cf. n° 522, note.

(3) L'attribution et les conditions d'exercice de ce droit de souscription par priorité soulèvent maintes difficultés, notamment quand l'action appartient pour la nue propriété à une personne et pour l'usufruit à une autre (V. l'article de M. Pror, dans le *Journ. des Sociétés*, 1917, p. 5), spécialement quand il s'agit d'actions d'une femme dotale (DECUGIS, *Journ. des Soc.*, 1922, p. 49, dont les solutions sont très contestables). — L'assemblée extraordinaire peut-elle, en vue d'une augmentation de capital, supprimer le droit de préférence que les actionnaires tenaient d'une clause des statuts ? En faveur de l'affirmative, v. Trib. com. Marseille, 14 décembre 1926, *Journ. Soc.*, 1927, 688, D. H. 1927, 196. — Sur l'ensemble de la matière v. JAUFFRET, *Le droit de souscription par préférence*, th. Paris, 1927.

(4) Paris, 14 janvier 1929, *Rev. des Soc.*, 1929, p. 396. — Mais pour un cas particulier de nullité, à raison des circonstances spéciales d'une augmentation de capital par émission d'actions à droit de vote privilégié, v. Trib. com. Chambéry, *Journ. des Soc.*, 1929, 296.

(5) En vue de lutter contre ces abus le Gouvernement a déposé, en mars 1927, sur le bureau du Sénat un projet de loi portant réglementation des actions à droit de vote privilégié. A la toute dernière époque les idées du Gouvernement à cet égard paraissent avoir changé, puisqu'il vient d'annoncer (décembre 1929) le dépôt d'un projet de loi

On peut procéder à l'émission d'actions nouvelles, quand même les anciennes ne seraient pas libérées intégralement (ce qui n'est pas de bonne législation).

Il ne faut pas conclure de l'augmentation du capital à la création d'une « société nouvelle » : le conseil d'administration demeure en fonctions, le capital ancien n'est point passible d'un nouveau droit de 3 0/0, à plus forte raison les dettes qui grèvent la société au moment de cette augmentation ne sont pas taxées au droit proportionnel, comme si une nouvelle société prenait ce passif en charge (v. LACOUR, *Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effets de créer une société nouvelle*, dans le *Journ. des Soc.*, 1913, p. 97 et s.) (1).

696. — B. *Réduction du capital.* — SÉE, *De la réduction du capital social*, 1889 ; BOSSY, *De l'augmentation et de la réduction du capital*, 1889 ; DELOISON, *De la réduction du capital*, 1905). Trois circonstances peuvent la déterminer : a) Le capital est trop abondant pour les besoins de la société. On en remboursera une partie en espèces à tous les associés, en retirant de la circulation un titre sur deux, ou en convertissant les actions de 200 francs en actions de 100 fr. (*Comp. Civ. cass.*, 2^e octobre 1905, D. 1910, 1, 529, note PERCEROU). — Malgré la publicité donnée à cette réduction, elle n'a lieu que « sous réserve des droits des créanciers ». Ceux-ci sont encore admis par la suite à répéter contre les actionnaires les sommes dont le capital a été réduit, puisqu'elles ont fait partie de leur gage. Comme il s'agit d'une liquidation partielle de ce capital, on étendra par analogie l'article 64 C. com. (prescription de cinq ans). Mieux aurait valu organiser une procédure de sommation aux créanciers, afin de les inviter à se présenter dans un certain délai, passé lequel les sommes auraient été payées aux actionnaires sans plus aucune menace de restitution (système allemand).

b) On se contente de la partie réalisée du capital ; on renonce au non-versé. Conversion d'actions de 500 fr., libérées de moitié, en une égale quantité d'actions de 250 fr., intégralement libérées. — Même observation que ci-dessus, quant au maintien, pendant cinq années encore à partir de la publication de la réduction, du droit des créanciers antérieurs aux appels de fonds, comme si les titres avaient conservés leur première forme.

c) Réduction du capital au chiffre auquel il est déjà tombé *en fait* par suite de pertes. Les mauvaises affaires ont absorbé 5 millions sur 10. Le capital sera réduit au premier de ces chiffres, on retirera les

porte suppression pure et simple, dans un certain délai, des actions à droit de vote privilégié.

(1) Une autre augmentation de capital peut résulter de l'incorporation des réserves au capital ou encore de la conversion des créanciers en actionnaires. V. THALLER, *Annales de droit commercial*, 1907, 177 ; HOUPIIN, *Journ. des Soc.*, 1909. Cf. *supra*, n° 660 bis et p. 450, *in fine*.

Sur les difficultés d'ordre fiscal que soulève la première de ces combinaisons (notamment les actions nouvelles remises en représentation des réserves doivent-elles figurer dans la déclaration pour l'impôt général sur le revenu faite par les attributaires ?), v. deux arrêts du Conseil d'Etat du 15 février 1923, *Annales de droit commercial*, 1923, 88 et la note ; et, pour la Belgique CAPRASSE, précité n° 660 bis, en note.

actions de 500 francs, pour en délivrer d'autres aux taux de 250 francs. Dès l'année suivante, les bénéfices pourront être partagés, au lieu qu'on devrait, faute de réduction, les appliquer à la reconstitution du capital primitif. — Opération qui se combine souvent avec une augmentation de capital. Avant d'émettre de nouvelles actions, on rabaisse les anciennes à leur valeur d'inventaire (1), (2).

D'assez grosses difficultés d'exécution surgiront dans ces trois hypothèses, lorsque la réduction doit avoir pour résultat l'échange de deux ou trois titres anciens contre un nouveau, à l'égard des porteurs d'unités n'ayant pas le nombre *minimum* (v. MARIA, *op. cit.*). On ne pourra, dans les voies et moyens à employer, éviter la dépossession de force de ces petits porteurs en les indemnisant (3).

697. — 2^o *Modification dans la nature juridique de la société* (transformation de la société). — C'était une société en commandite par actions. Il s'agit d'en faire une société anonyme, en supprimant l'élément responsable et en remplaçant le gérant par un conseil d'administration élu et temporaire. Depuis la loi du 22 novembre 1913 (si l'on admet que cette loi est applicable aux sociétés en commandite par actions), pareille transformation peut être réalisée, même dans le silence des statuts, mais seulement par une assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant les trois quarts au moins du capital social (art. 31 nouveau, § 3, v. *supra*, n^o 692).

Auparavant — et, selon nous, il en est de même aujourd'hui encore pour les sociétés antérieures à la loi du 22 novembre 1913, v. *supra*, n^o 694 *ter*, — cette mesure n'était possible qu'à l'unanimité des actionnaires ; car elle anéantit l'ancienne société et en crée une nouvelle (résultat très grave au point de vue fiscal, à raison de la transmission de passif), à moins que les statuts n'aient prévu cette éventualité en habilitant l'assemblée générale de l'art. 31 à y procéder (LACOUR, *loc. cit.*). — L'art. 19 de la loi de 1867 confirme cette interprétation. S'occupant de sociétés en commandite par actions antérieures au vote de cette loi, il subordonne à une disposition statutaire expresse le droit qu'à la majorité de transformer cette société en société anonyme.

698. — Deux dispositions transitoires méritent d'être retenues :

a) La transformation d'une *commandite*, constituée avant la loi de 1867, en société anonyme *libre* n'a pu être prévue par des statuts contemporains du régime des sociétés anonymes *autorisées* ; elle est cependant permise par la loi aux conditions de majorité fixées par lesdits statuts (art. 19). Et de même pour la transformation de *sociétés à*

(1) Sur le point de savoir si l'augmentation de capital faite dans ces conditions doit ou non être précédée d'une réduction, voir THALLER, article des *Annales de droit commercial* sur l'« assainissement des sociétés », 1909, p. 182.

(2) Sur le point de savoir s'il est possible de remettre aux actionnaires anciens, à concurrence du capital absorbé par les pertes, aux lieu et place des actions de capital supprimées, des actions en jouissance, v. HOUPIIN, *Journ. des Soc.*, 1923, p. 5 ; DROUETS, *Annales de droit commercial*, 1923, 220. *Adde, ibid.*, 1924, 57. V. *supra*, n^o 585.

(3) Sur la réduction du capital par suite de pertes, quand il existe des titres ayant des droits différents (actions ordinaires et actions de priorité), v. HOUPIIN, *Journ. des Soc.*, 1911, 97 ; THALLER, *Annales de droit commercial*, 1911, p. 275.

responsabilité limitée, créées entre 1863 et 1867 en sociétés anonymes libres (art. 47).

698 bis. — b) La transformation d'une ancienne *société anonyme* autorisée en société anonyme *libre* est plus difficile à réaliser (art. 46). La clause statutaire de modification à la simple majorité n'habilite pas cette société à se placer pour l'avenir sous le régime de liberté de la loi de 1867, moyennant une délibération de son assemblée extraordinaire. Il faudra que cette délibération soit elle-même revêtue de *l'autorisation du gouvernement*. Après quoi, la société, affranchie de la tutelle administrative, sera admise à pourvoir, en dehors d'un décret, à toutes autres modifications, comme si sa charte de constitution s'était formée sous le droit nouveau. — C'est que les souscripteurs de cette société y étaient entrés sur la foi de la tutelle administrative qui, au moment du pacte social, traduisait le droit en vigueur. Ils se sont dit qu'une modification future ne pourrait être entreprise qu'avec la sanction des pouvoirs publics. Il y a, de ce chef, des « droits acquis » qu'il a fallu respecter.

Des décrets autorisant la transformation d'une ancienne société anonyme en société nouvelle ne sont point rares aujourd'hui encore. En revanche, il est dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de repousser une demande tendant, non à une transformation « globale », mais à une modification « limitée » des statuts, qui laisserait la société pour l'avenir sous la tutelle administrative.

699. — 3° *Modifications dans la durée de la société ou dans son mode de liquidation* (prorogation de société, dissolution anticipée, fusion).

A. Par la généralité de ses termes, l'art. 31, § 1 nouveau (rédaction de 1913) permet à l'assemblée extraordinaire, même dans le silence des statuts, de *proroger* la société. Au reste, déjà auparavant, pareille mesure rentrait, selon nous, dans ses pouvoirs. La prorogation ne change pas le contrat primitif dans ses bases essentielles, lorsque les besoins nouveaux de l'exploitation l'exigent et que les statuts ne contiennent pas à cet égard une prohibition formelle (Orléans, 9 janvier 1901, thèse accueillie par M. COTELLE dans ses conclusions sur le pourvoi devant la Chambre des requêtes, et défendue par M. FRAISSAINGEA, *loc. cit.*) (1).

En tout cas cette solution n'était plus contestable depuis la loi du 16 novembre 1903. Du moment que cette loi a fait dire à l'art. 31 (ancien) de la loi de 1867 — lequel place sur la même ligne « modification, prorogation, dissolution » — qu'il habilitait l'assemblée *de plano*,

(1) En ce qui concerne les sociétés commerciales, ayant leur siège social ou exploitation en régions libérées ou dévastées, qui, par suite des événements de guerre, étaient arrivées à leur terme normal sans avoir pu se proroger, les lois du 16 juillet 1919 et du 24 mars 1921 ont apporté d'importantes dérogations au droit commun, afin de permettre quand même cette prorogation. La première de ces lois leur a permis, bien qu'elles fussent arrivées à terme, de faire décider leur prorogation rétroactive en assemblée extraordinaire pendant les six mois suivant la date de la cessation des hostilités, c'est-à-dire jusqu'au 24 avril 1920. Et la seconde a prolongé ce délai, en le portant jusqu'au 21 septembre 1921.

même dans le silence du pacte social, à « modifier » les statuts de la société, — la faculté de la « proroger » ou de la « dissoudre avant terme », dans les mêmes conditions également *de plano*, en découle par là même (PERCEROU, *Contribution*, etc.).

700. — B. La dissolution de la société avant le terme statutaire peut être prononcée de la même manière et pour les mêmes raisons (Montpellier, 29 décembre 1909, D. 1910, 1, 525, note PERCEROU). La Chambre des requêtes de la Cour de cassation (29 avril 1897, D. 98, 1, 107) avait pourtant autrefois consacré l'opinion contraire. Mais les arguments qu'on faisait valoir en ce sens n'étaient pas décisifs. On disait :

1° La loi de 1867 ordonne bien aux administrateurs de provoquer la réunion de l'assemblée générale à l'effet de prononcer la dissolution de la société anonyme, mais dans un seul cas prévu par l'art. 37, c'est-à-dire *s'il y a perte des trois quarts au moins du capital social* (la part non appelée encore de ce capital doit être considérée dans le calcul comme figurant à l'actif non perdu). Cette délibération (composée alors de tous les actionnaires, sans distinction) (1) est soumise à des règles spéciales : faute par le conseil d'administration de la réunir, faute par l'assemblée d'atteindre le *quorum* légal, chaque intéressé peut demander la dissolution devant les tribunaux ; et enfin la résolution de l'assemblée doit être rendue publique, en quelque sens qu'elle soit prise. — Mais, disait-on, la loi conférant à l'assemblée le pouvoir de dissoudre, dans une hypothèse déterminée, le lui refuse implicitement dans les autres ! — Rien n'est moins démontré. La loi n'a pas voulu limiter à un seul cas le droit de prononcer la dissolution. Elle a seulement obligé les administrateurs, sous peine de responsabilité, à réunir l'assemblée générale, afin de lui poser la question de dissolution, « lorsque les trois quarts du capital seraient absorbés ». Cela n'exclut point le droit de mettre un terme à la société, dans les circonstances variées qui rendraient cette mesure désirable, pourvu que les lettres de convocation et que l'ordre du jour soient explicites.

2° Pourquoi, disait-on encore, armer l'assemblée de cette faculté de dissolution, déjà conférée au tribunal, sur la demande d'un actionnaire et pour un juste motif, par l'art. 1871 ? Ne va-t-on pas créer entre l'assemblée et la justice un conflit d'attributions ? — Non. Le pouvoir qu'a la justice de prononcer la dissolution ne doit être reconnu dans la société par actions qu'« à titre subsidiaire », c'est-à-dire faute par les administrateurs d'avoir saisi l'assemblée générale, ou faute par celle-ci d'avoir pu se constituer régulièrement (Cfr. par analogie, Civ. cass., 29 janvier 1894, D. 94, 1, 313, et note LACOUR). C'est aux actionnaires de délibérer d'abord et, s'ils l'ont fait, aucun recours ne doit être admis en justice contre leur vote. — Il n'en va pas de même dans une société par intérêt. Mais l'organisation d'un pouvoir délibérant dans les sociétés par actions exclut le droit, pour l'actionnaire, de saisir *de plano* le tribunal d'une question, sur laquelle l'assemblée

(1) Cette règle est devenue la règle générale de toutes les assemblées extraordinaires, art. 31, § 2, l. 1913, v. *supra*, n° 693.

statuera souverainement, en meilleure connaissance de cause que la justice (V. *Annales de droit commercial*, 1894, p. 177).

701. — Il reste à fournir quelques notions sur le rôle de l'assemblée générale, dans la question de *liquidation*. Le problème de la liquidation des sociétés par actions ne sera pas repris à cette place. On se bornera à un renvoi à la Section VI du Chapitre II, Sous-Section II. C'est à cet endroit que l'on retrouvera toutes les questions qu'il y a lieu d'agiter : — sur la survivance de la personne morale, — sur les conditions de nomination du liquidateur, — sur ses pouvoirs, — sur la représentation des créanciers par le liquidateur, — sur la déchéance ou sur le maintien du terme des créances non échues, problème particulièrement grave pour les obligations négociables dont la liquidation arrête l'amortissement, etc.

Pendant la liquidation, les organes institués par la loi pour la durée de la société cessent de fonctionner. Il n'y a plus, ni *conseil de surveillance*, ni *commissaires*, ni *assemblée générale annuelle*, car il n'y a plus d'administrateurs ou de gérant, appelés à produire des comptes d'exploitation. Seule demeure debout, en face du liquidateur, l'assemblée représentant la personne morale, et délibérant sur les points, à l'occasion desquels on l'aura convoquée.

702. — C. L'une des délibérations importantes, rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, se réfère à la *fusion* de la société dans une société différente : mesure susceptible d'ailleurs d'être prise sans qu'il y ait eu dissolution préalablement votée ou ordonnée par justice (DE NOAILLAT, *Etude sur la fusion des sociétés*, th. 1899 ; GOMPEL, *De la fusion des sociétés anonymes*, th. 1908).

On entend par fusion : « le fait par la société de se laisser absorber dans une autre entreprise par actions, soit que celle-ci ait une existence plus ancienne, soit qu'elle se crée en vue de poursuivre l'exploitation de la société fusionnée et de recueillir son actif ».

Si l'actif est transmis, pour un prix ferme, à la société cessionnaire, il n'y aura point fusion, mais transport de droits réalisé à forfait. Dans la fusion, l'actif transmis constitue un *apport social* : il est délivré, en représentation de sa valeur, un ensemble d'actions de la société survivante, et ces actions sont réparties, comme boni final de liquidation, aux membres de la société défunte, au prorata de leurs droits.

Le montant des biens, appartenant à la société, qui veut disparaître, est estimé 1 million, toute compensation étant faite entre l'actif et le passif, et ce passif passant à la charge de l'autre société. Celle-ci a d'autre part un actif indépendant de 1 million, en représentation duquel on émet ou on a émis déjà précédemment dix mille actions de 100 francs. On en émettra dix mille autres de pareil chiffre. Voir l'esquisse de cette combinaison à propos des liquidations en général, sous le n° 451.

703. — Il semblerait nécessaire d'observer, pour la régularisation de cet apport, les dispositions tant de l'art. 4 de la loi de 1867, sur la véri-

fication des apports, que la loi du 1^{er} août 1893, sur l'indisponibilité temporaire des actions pendant deux ans.

Or, au premier de ces points de vue, la *procédure de vérification et d'approbation* est surabondante, pourvu, toutefois, que la fusion réunisse deux masses d'apports en nature l'une et l'autre, la masse des biens de la société fusionnée et ceux de la société fusionnante. Car, alors le personnel des actionnaires en numéraire fait défaut et, en son absence, la procédure des art. 4 et 30, au moins dans les sociétés anonymes, n'a plus lieu d'être suivie (n° 538).

Au deuxième point devue, les lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 sur les actions de priorité ont en outre prévu le cas de fusion (absorption ou création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes), et décidé que l'*interdiction de négocier* ne s'appliquerait pas aux actions d'apport qui sont délivrées à une société par actions ayant déjà plus de deux ans d'existence (n° 637).

703 bis. — On présente généralement la fusion comme l'un de ces actes d'une extrême gravité, affectant les bases essentielles du pacte social, et pour lesquels, en dehors d'une clause expresse, il faudrait le consentement *unanime* des actionnaires. — Ce n'est pas exact (*Comp. HOUPIŒN, De la fusion, dans le Journ. des Soc., 1910, 290*). La fusion est une opération de liquidation. La société étant, par hypothèse d'ores et déjà dissoute, la fusion ne constitue même pas une modification aux statuts. Elle forme une mesure, grave il est vrai, mais rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée ordinaire, comme y entrerait l'aliénation globale de l'actif à titre de vente (1). — En tout cas, depuis la loi du 22 novembre 1913, la fusion en elle-même rentre dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, sauf les difficultés spéciales qu'elle peut soulever lorsqu'elle entraîne un changement d'objet, de forme ou de nationalité de la société fusionnante (V. *supra*, n° 692, texte et note) (2).

704. — Les fusions ont donné lieu à d'extraordinaires abus dans le groupement des industries américaines. Les grands *trusts*, celui de l'acier, celui de l'Océan, et d'autres encore, se sont constitués par le procédé de la fusion. Ainsi a pu se poursuivre l'œuvre d'« accaparement » qui émeut à si juste titre tous les hommes soucieux du maintien de la concurrence universelle.

L'opération qui, dans ces *trusts*, reproduit le mieux le mécanisme de la fusion, c'est la *consolidation* ou *amalgamation*, c'est-à-dire, la dissolution simultanée, sur un mot d'ordre, d'un certain nombre de Com-

(1) Seulement, en pareil cas — comme les actionnaires de la société dissoute qui se refuseraient à recevoir, pour les remplir de leurs droits, des actions de la société nouvelle ne sauraient y être contraints, puisqu'ils ont droit à de l'argent —, il y aura lieu pour l'assemblée, qui autorise le liquidateur à faire apport global de l'actif, de l'autoriser en outre à vendre les actions nouvelles non acceptées par certains actionnaires, de façon à remettre à ceux-ci le prix de vente. Cf. HOUPIŒN et BOSVIEUX, II, n° 1095, p. 395.

(2) En vue de répondre au besoin moderne de concentration des entreprises, la loi du 19 mars 1928 (art. 25) fait bénéficier temporairement les fusions de sociétés réalisées dans certaines conditions d'avantages fiscaux importants.

pagnies similaires, dont une vaste société nouvelle, se formant le même jour, reprend l'actif collectif en se chargeant de leur passif.

Actuellement, on procède de préférence par la *combinaison* ou *holding trust*. Les sociétés qui se réunissent ne fusionnent pas à vrai dire, elles conservent leur existence indépendante. Mais elles se laissent acheter la moitié au moins des actions de chacune d'elles par un syndicat financier, et ce sont ces actions qui forment le capital de la société nouvelle (*Holding Co*) (1), maîtresse de faire marcher toutes ces entreprises suivant une politique concertée.

Un des plus gros scandales qu'avaient révélé ces formations gigantesques, fut la surcapitalisation ou mouillage (*watering*), l'estimation des apports pour une somme double ou triple de leur valeur réelle, à la manière du laitier qui additionne d'eau le liquide livré au consommateur. Des actions ainsi majorées n'ont pu donner un revenu proportionné à leur montant nominal et elles ont subi, sur le dos des acheteurs, une baisse formidable. Les gouvernements se sont inquiétés, et celui du président Roosevelt s'est énergiquement prononcé pour une réglementation des *trusts*, que ses successeurs n'ont pas désavoué (2).

SECTION VI

DES SOCIÉTÉS ANONYMES A PARTICIPATION OUVRIÈRE

(Titre IV, art. 72 à 80, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par celle du 26 avril 1917) (3).

705. — Les perturbations profondes apportées par la guerre dans les rapports du capital et du travail ont abouti dans certains pays (4), à une orientation de la production vers l'accès des classes ouvrières, non plus seulement à la participation aux bénéfices, mais au contrôle ou même à la gestion des entreprises. Dès 1917, le Parlement français avait cherché à s'engager dans cette voie par le vote de la *loi du 26 avril 1917* (5) sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, issue d'un projet déposé à la Chambre des députés le 10 mai 1913 par M. Chéron, alors ministre du travail (6).

(1) Sur les *Holding Companies*, leurs diverses sortes (société de contrôle d'autres entreprises, ou société de placements divisés) et leurs dangers, v. les articles de M. LÉVY-ULLMANN, dans la *France économique et financière*, 1929. — Adde, CHEMINAIS, *Des sociétés de gestion de valeurs mobilières étrangères*, th. 1927.

(2) V. les autorités déjà citées, n° 75, texte et note.

(3) Pour l'étude de cette loi, v. PIC, *Journal des Sociétés*, 1917, p. 289 et s. et *Annales de droit commercial*, 1923, 95 et s.; MOURET, *Sociétés anonymes à participation ouvrière*, 1 vol., 1919, préface PERCEROU; SPINETTA, ancien Directeur de la Verrière ouvrière d'Albi, *Contrôle et gestion des travailleurs au moyen de Sociétés anonymes à participation ouvrière*, dans *l'Information ouvrière et sociale*, n° du 5 août 1920.

(4) V. PAGNOT, *La part du Travail dans la gestion des entreprises*, 1 vol., 1919; DELONCLE, *Capital et Travail, vers des temps nouveaux*, 1921.

(5) Rapports de M. DELONCLE au Sénat (*J. Off.*, 1916, p. 565, Doc. Sén. n° 386) et de M. DESCHAMPS à la Chambre (*J. Off.*, p. 429, Doc. Chambre, n° 3.207).

(6) Sur les travaux qui ont préparé la loi, v. GALE, *L'actionariat ouvrier, les modes d'entente entre le capital et le travail*, 1910; ANTONELLI, *Actions de travail et sociétés à participation ouvrière*, 1911; GRANIER, *Les actions de travail*, 1910, et *Annales de droit*

L'idée fondamentale de cette loi a été d'élever les salariés au rang d'associés en leur assurant à la fois une part des bénéfices, s'ajoutant à leur salaire fixe, et une participation à la direction de l'entreprise, par la création d'un nouveau type d'actions dites « actions de travail » qui sont la propriété collective du personnel salarié de la Société.

705 I. — Constitution de la Société. — Actions de travail. — Dans toute société anonyme (1) qui se fonde — ou s'il s'agit de sociétés déjà existantes, par modification aux statuts votée dans les conditions de l'art. 31 de la loi de 1867 — il peut (2) être stipulé que la société sera « à participation ouvrière » (art. 72 l. 1867). Dans ce cas, les actions de la société se composent : 1° d'actions ou coupures d'actions de capital ; 2° d'actions dites « actions de travail » (art. 73).

Ces actions, correspondant à un *apport de services futurs* par l'ensemble du personnel, ne peuvent, en aucun cas, être attribuées individuellement aux salariés de la société, et demeurent obligatoirement la propriété de la masse des salariés (ouvriers et employés des deux sexes) constituée, dit la loi — et sauf à examiner la valeur de cette expression — « en société coopérative de main-d'œuvre » (art. 74). Elles sont nominatives, inscrites au nom de la société coopérative de main-d'œuvre, inaliénables pendant toute la durée de la société à participation ouvrière, et frappées d'un timbre indiquant leur inaliénabilité (art. 75).

Malgré le nom que la loi leur a donné, les actions de travail ne sont donc pas en réalité de véritables actions, au sens usuel et juridique du mot, puisqu'elles manquent des deux traits caractéristiques de ce genre de titres, à savoir : d'être négociables, et de représenter une part du capital social. L'apport des services futurs ne peut pas figurer dans le capital social, garantie des tiers, lequel doit se composer uniquement de biens susceptibles de réalisation au profit des créanciers (3). Il s'ensuit notamment : 1° que les actions de travail ne sauraient avoir de valeur nominale ; 2° qu'elles ne participent aux bénéfices qu'après le prélèvement au profit des actions de capital d'une somme correspondant à l'intérêt des versements effectués, au taux déterminé par les statuts (art. 74, § 3) ; 3° qu'en cas de dissolution de la société anonyme, les propriétaires d'actions de capital ont le droit de prélever le montant du capital de ces actions avant tout partage sur l'actif net réalisé (art. 79, § 1).

Par contre, les actions de travail donnent droit à une part des

commercial, 1912, p. 130, 209, et 1914. — Adde une proposition de loi faite à la Chambre des députés le 17 mai 1909, par M. Justin GODART, qui recourait, pour résoudre le problème aux « actions de jouissance du travail ».

(1) La clause de « participation ouvrière » n'est prévue par la loi que pour les sociétés anonymes ; on l'a considérée comme inadaptable à la commandite où la gestion est réservée aux commandités gérants.

(2) L'insertion de cette clause est purement *facultative*. La loi se borne à en favoriser l'insertion en accordant certains avantages (fiscaux) aux sociétés qui en usent, mais elle ne l'impose pas.

(3) Sur l'impossibilité de faire figurer l'apport de services futurs dans le capital social, et la différence irréductible qui sépare à cet égard l'apport capital et l'apport travail, v. PERCEROU, *loc. cit.*

bénéfices. La loi n'indiquant pas comment ils seront répartis entre elles et les actions de capital, les statuts ont, semble-t-il, toute liberté à cet égard ; mais il s'en faut que la base d'une répartition équitable soit facile à trouver (1).

705 II. — *Gestion de la société. Conseil d'administration. Assemblées générales.* — Les actions de travail ne donnent pas seulement un droit aux bénéfiques, mais en outre — et c'est par là qu'elles diffèrent de la participation aux bénéfiques (v. *supra*, n° 483) —, le droit de participer à la gestion de la société. Ce droit s'exerce par l'organe de délégués représentant la coopérative de main-d'œuvre dans le conseil d'administration de la société anonyme, et par la représentation des actions de travail dans les assemblées générales de cette société (art. 76 et 78).

Les administrateurs chargés de représenter la coopérative de main-d'œuvre dans le *Conseil d'administration de la société* anonyme, sont élus par l'assemblée générale des actionnaires et choisis parmi les mandataires qui — ainsi qu'il sera dit tout à l'heure — représentent la coopérative à cette assemblée générale. Le nombre en est fixé par le rapport qui existe entre les actions de travail et les actions de capital. Ils sont nommés pour le même temps que les autres administrateurs et comme eux rééligibles ; toutefois, leur mandat prend fin s'ils cessent d'être salariés de la société et par suite membres de la coopérative. Si le conseil d'administration ne compte que trois membres, il doit comprendre au moins un représentant de la coopérative (art. 78).

Ainsi qu'on l'a fait observer (2), les administrateurs ainsi désignés pour représenter les salariés dans le conseil d'administration, n'étant pas personnellement actionnaires, et d'ailleurs les actions de travail attribuées à la coopérative de main-d'œuvre ne pouvant en aucun cas être mises en vente, il en résulte que ces administrateurs échappent à l'application de l'art. 26 de la loi de 1867, d'après lequel les administrateurs de sociétés anonymes doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts et les déposer comme garantie de leur gestion dans la caisse sociale. La responsabilité des administrateurs représentant le personnel salarié n'est donc pas garantie ; et c'est là sans doute, parmi d'autres, une des raisons qui expliquent le peu d'empressement des actionnaires à user de la loi nouvelle.

La représentation des actions de travail est assurée aussi dans les *Assemblées générales de la société anonyme*. A cet effet, les statuts doivent indiquer le nombre des mandataires que les membres de la coopérative de main-d'œuvre sont appelés à élire parmi eux pour les représenter à ces assemblées. — Le nombre de voix dont ces mandataires y disposent « est au nombre des voix attribuées au capital qui y est représenté, dans la même proportion que le nombre des actions de travail à celui des actions de capital » (art. 76, 3^e al.). Les mandataires présents partagent également entre eux les voix qui leur sont attri-

(1) V. sur ce point, la très intéressante étude précitée de M. SPINETTA, où l'auteur cherche « à déterminer la valeur de la force-travail et par voie de conséquence, la règle de répartition des bénéfices et du nombre des actions de travail ».

(2) HOUFIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, II, n° 1377 (12).

buées, les plus âgés bénéficiant des voix restantes (art. 76, 4^e al.).

Lorsqu'il s'agit de modifier les statuts de la société anonyme, l'assemblée extraordinaire « n'est régulièrement constituée et ne peut valablement délibérer qu'autant qu'elle comprend un nombre d'actionnaires représentant les trois quarts des actions de capital (1). Il ne peut en être décidé autrement par les statuts » (art. 77, 1^{er} al.). — Dans le cas où une décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés aux actions de travail, cette décision ne devient définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée générale de la coopérative de main-d'œuvre (art. 77, 2^e al. — Comp. l'art. 34 C. com.).

705 III. — Coopérative de main-d'œuvre. — La loi partant de l'idée que les actions de travail doivent être la propriété collective et inaliénable du groupe des salariés de l'entreprise, il était nécessaire de donner à ce groupe une existence juridique. A cet effet, l'article 74, 1^{er} al., ajouté par la loi de 1917 à celle du 24 juillet 1867 décide que « le personnel salarié (ouvriers et employés des deux sexes) est constitué en société commerciale coopérative de main-d'œuvre. Cette société de main-d'œuvre comprendra, obligatoirement et exclusivement, tous les salariés attachés à l'entreprise depuis un an au moins, et âgés de plus de vingt et un ans. La perte de l'emploi salarié fait perdre au participant, et sans indemnité, tous ses droits dans la coopérative de main-d'œuvre sous la réserve de l'article 79 (2) de la présente loi ».

Sans insister sur les confusions et erreurs de droit renfermées dans cet article (3), nous observerons seulement que, malgré le nom sonore mais impropre dont on l'a baptisé, le groupement des salariés de l'entreprise n'est point en réalité une société (où sont les apports individuels ?), mais un simple « organe corporatif » (4) dont, sauf quelques dispositions légales (5), il appartient aux intéressés de fixer pour leurs libres conventions le mode de fonctionnement. Ainsi, ils détermineront

(1) Le texte ne fixant le *quorum* des assemblées extraordinaires que d'après le nombre des actions de capital — « les trois quarts des actions de capital », dit-il —, il y a lieu d'en conclure que les actions de travail (qui d'ailleurs ne figurent pas dans le capital social et n'ont pas de valeur nominale (v. *supra*, n° 705 1) ne doivent pas entrer en ligne de compte pour le calcul de ce *quorum*, et que celui-ci s'établit d'après le nombre des seules actions de capital.

(2) Ce texte réserve, en cas de dissolution de la coopérative de main-d'œuvre, certains droits aux participants ayant plus de 10 ans de services et qui ont quitté la société depuis moins de dix ans, v. *infra*.

(3) Ainsi qu'on l'a justement observé, ce groupement baptisé « société commerciale coopérative de main-d'œuvre » n'est : ni une coopérative, car il ne fait pas d'opérations avec ses propres membres ; ni une société commerciale ; pas plus par son objet (il ne se livre pas à des actes de commerce) que par sa forme (à moins toutefois que les salariés ne lui donnent la forme d'une société anonyme à capital variable dont ils souscriraient les actions — ce qui sera rare). V. HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, n° 1377 (16).

(4) PIOT, *Les Sociétés anonymes à participation ouvrière*, Journ. des notaires, 1917, art. 31.694.

(5) Ces dispositions se réfèrent notamment, à la composition du groupe qui comprend « obligatoirement et exclusivement des salariés attachés à l'entreprise depuis 1 an au moins et âgés de plus de 21 ans » (art. 74, 1^{er} al.), ainsi qu'aux assemblées du groupe appelées à élire les mandataires qui le représenteront aux assemblées générales de la société (2/3 des participants, nombre de voix proportionnel au salaire, art. 76, 1^{er} al.).

conventionnellement le mode de convocation des assemblées des participants, ainsi que les règles relatives à la répartition entre eux des bénéfices.

La dissolution de la société anonyme amène la dissolution de la coopérative de main-d'œuvre. Dans ce cas, une assemblée générale des participants procède à la répartition entre eux de la part d'actif revenant aux actions de travail. Cette part est répartie conformément aux décisions de l'assemblée, « entre les participants et anciens participants comptant au moins dix ans de services consécutifs dans les établissements de la société, ou tout au moins une durée de services sans interruption, égale à la moitié de la durée de la société et ayant quitté la société pour cause de maladie ou de vieillesse. — Toutefois, les anciens participants remplissant les conditions prévues à l'alinéa précédent, ne figureront à la répartition que pour 9/10^e, 8/10^e, 7/10^e, etc... d'une part correspondant à la durée de leurs services, suivant qu'ils auront cessé leurs services depuis un an, deux ans, trois ans, etc... » (art. 79, l. 1867).

705 IV. — En dehors des particularités qui viennent d'être indiquées, les sociétés anonymes dites « à participation ouvrière », demeurent d'ailleurs soumises aux règles ordinaires de fonctionnement et de constitution des sociétés anonymes. Lorsque la clause de « participation ouvrière » est insérée dans une société qui se fonde, les actions de travail doivent être mises en réserve jusqu'à l'expiration de la première année, et c'est alors seulement qu'elles seront délivrées à la coopérative de main-d'œuvre (art. 74). — Dans tous les documents émanant d'elles, les sociétés constituées conformément à la loi du 26 avril 1917 doivent insérer les mots « société anonyme à participation ouvrière » (art. 2, l. 1917 complétant l'art. 64 de la loi de 1867).

La loi accorde à ces sociétés des *immunités fiscales* très appréciables. Elles sont « affranchies, en ce qui concerne leurs statuts ou actes d'augmentation de capital, des droits de timbre et d'enregistrement, exclusivement applicables au montant des actions de travail » (1^{er} alinéa, art. 80, l. 1867, ajouté en 1917). — En outre, celles dans lesquelles le nombre des actions de travail est égal au moins au 1/4 du nombre des actions de capital bénéficient, pour leurs actions de travail, des avantages accordés par l'art. 21 de la loi du 30 décembre 1903, complété par l'art. 25 de la loi de finances du 8 avril 1910, aux parts d'intérêts ou actions dans les sociétés de toute nature dites de coopération, formées exclusivement entre ouvriers et artisans (exemption de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières). Ces mêmes titres sont de plus affranchis du droit proportionnel de timbre et du droit de transmission (2^e al., art. 80).

Enfin, indépendamment de ces immunités fiscales, les sociétés anonymes à participation ouvrière bénéficient des avantages accordés par les lois et décrets en vigueur aux sociétés coopératives en ce qui concerne les adjudications et soumissions de travaux publics (v. notamment les lois des 28 juillet 1893 et 13 juillet 1914).

705 V. — Malgré les avantages ainsi faits au type nouveau de société

institué par la loi de 1917, il s'est jusqu'à présent fort peu développé ; au début de l'année 1924 il ne s'était constitué en France que onze sociétés anonymes à participation ouvrière (1). La présence dans le Conseil d'administration d'administrateurs irresponsables qui, mandatés par le personnel salarié, risquent de n'avoir en vue que le gros dividende sans se préoccuper de l'avenir de l'entreprise, n'est pas fait pour séduire les bailleurs de fonds ; tandis que par ailleurs les salariés paraissent assez indifférents à l'avantage collectif résultant pour eux de la création d'actions de travail, cet avantage — précisément parce que collectif et malgré le nom dont on l'a décoré —, ne pouvant avoir pour eux l'attrait de l'action individuelle. Aussi bien, semble-t-il, qu'actuellement on tende plutôt vers le système de la participation aux bénéfices, sauf à assurer de façon plus efficace le contrôle des bénéfices par les participants (2).

SECTION VII

DES OBLIGATIONS

706. — Nous ne nous occuperons des *obligations*, mode d'emprunt également employé par les Etats, départements et villes, que dans leur

(1) Voici, avec l'indication de leur siège social, quelles sont ces onze sociétés : les Grands Moulins de Paris, Paris (statuts publiés dans la *Gazette du Palais*, n° du 26 avril 1919 ; Société des produits agglomérés, Paris ; Usines et Fonderies de Quimperlé, Paris ; Ateliers du Lendi, à la Plaine-Saint-Denis ; Les entreprises maritimes basques à Socoa, Libourne ; Syndicat transatlantique, Honfleur ; Société anonyme « Le bâtiment du Nord et du Nord-Est de la France et Belgique », Lommes (Nord) ; Le Petit Troyen, Troyes ; Grands Moulins de Nogent-sur-Seine, Nogent-sur-Seine ; Verreries du Roannais, Roanne ; Grands Moulins de la Loire. Et encore, six de ces sociétés seulement fonctionneraient effectivement, PIC, *Questions pratiques*, 1924, p. 64. Depuis 1924 leur nombre paraît avoir encore diminué.

(2) La commission du travail de la Chambre des députés, saisie de deux propositions tendant à réserver aux travailleurs une quote-part des bénéfices des entreprises auxquelles ils collaborent (proposition BROUSSE, Chambre, 20 janvier 1920, n° 193 ; proposition MAILLARD et BUREAU, Chambre, 23 janvier 1920, n° 229) a chargé son rapporteur, avant de se prononcer, de procéder à une vaste enquête auprès des Chambres de commerce, Fédérations patronales et principaux chefs d'industrie. Parmi les questions incluses dans le questionnaire à eux adressé, l'une des principales est ainsi libellée : « 5° Etes-vous partisan de l'obligation légale de la participation aux bénéfices ? » Elle a reçu, à peu près unanimement, une réponse négative. — Cependant, en sens inverse, il faut signaler les décisions de la Fédération des employés de Banque (Congrès de 1921) en faveur de l'adoption de trois projets de loi : 1° le premier tendant à rendre obligatoire dans toute société anonyme à participation ouvrière le prélèvement, sur les bénéfices revenant à la coopérative de main-d'œuvre, d'une réserve pour l'achat de valeurs mobilières destinées à garantir la gestion des administrateurs désignés par la coopérative, art. 26, l. 1867 (serait-ce vraiment là une garantie de bonne gestion, étant donné que les valeurs garantes appartiendraient non aux administrateurs personnellement, mais à la coopérative ?) ; 2° un second projet tendant à rendre l'application de la loi du 26 avril 1917 obligatoire pour toutes les sociétés tenant une concession de l'Etat, du département ou de la commune ; 3° enfin un troisième projet tendant à rendre obligatoire, dans les autres sociétés par actions, la création, non plus d'actions, mais de parts bénéficiaires « de travail », qui seraient également la propriété collective de la coopérative de main-d'œuvre armée, non plus du droit de participer à la gestion, mais d'un droit de contrôle. On ne précise pas d'ailleurs quelle serait la part de bénéfices obligatoirement réservée au

rapport avec les sociétés, et afin de compléter le parallèle succinct que nous avons dû faire de l'obligation et de l'action (section II) (1).

707. — On peut définir l'obligation : un titre négociable dépendant d'un emprunt à long terme, qui a été contracté le plus habituellement par la voie de l'appel au public, — titre donnant droit à des intérêts annuels, ainsi qu'au remboursement dont un tirage au sort déterminera la date.

Par des émissions d'obligations, l'entreprise se constitue, indépendamment des ressources que lui donne son propre capital, des fonds d'établissement, qui, mis en valeur, laisseront chaque année un excédent de ressources disponible pour rembourser graduellement les prêteurs, en vingt ans par exemple. C'est ce qui les distingue des effets de commerce, titres également négociables, mais procurant des ressources flottantes, un fonds de roulement.

L'entreprise pourrait, sans doute, demander au contrat de société tout son fonds d'établissement, augmenter d'autant son capital, en répartissant les bénéfices annuels entre un plus grand nombre de parts. Elle préfère ne promettre qu'un intérêt fixe et le remboursement à des créanciers qui ne courent point l'aléa du commerce (2), et qui, faisant acte civil, ne relèvent pas de la juridiction consulaire.

708. — Rappelons brièvement des points déjà développés (nos 578 et suiv.). Malgré la ressemblance extérieure de ce titre avec l'action (négociabilité sous la forme nominative ou au porteur, mêmes taxes fiscales), il existe entre eux des différences de fond considérables. L'action est plutôt un titre de spéculation et l'obligation plutôt un titre de placement (3).

709. — 1° L'obligataire n'a pas droit à un dividende, à une part de

personnel salarié ! — La question de « la participation aux bénéfices et à la gestion » a été discutée par le Conseil supérieur du travail dans sa session des 11-16 novembre 1923 (*Questions pratiques*, 1923, p. 41 et 62, avec le discours de M. Godart). — Ajoute le projet de loi de la Société d'Etudes législatives sur la participation aux bénéfices, *Bulletin*, 1924. — V. aussi SAVOYE, *op. cit.*, 1923.

(1) Cfr. ainsi que pour l'action, l'ouvrage de M. WAHL, *Traité des titres au porteur*, et l'ouvrage plus spécial, quoique très vaste encore, de M. LÉVY-ULLMANN, *Des obligations à primes et à lots*.

(2) La proportion du capital obligations par rapport au capital actions est en France, bien plus considérable que dans la plupart des pays étrangers, notamment en Angleterre. Ce serait la conséquence du besoin de sécurité particulièrement développé chez l'épargnant français ; et d'aucuns se félicitent de cette tendance. Il faut reconnaître pourtant que la guerre 1914-18 et la consolidation du franc Français à 0,20 — qui a fait perdre aux obligataires les 4/5^e de leur capital, alors que les actionnaires voyaient leurs titres monter nominalement et souvent même réellement — illustrent de façon singulièrement ironique cette prétendue sécurité ! Au reste, même en temps normal, quand une société dépose son bilan les obligataires ne sont souvent, pour des raisons diverses (v. PERCEROU, *Traité des Faillites*, II, *Faillites des Sociétés*), guère mieux traités en fait que les actionnaires.

(3) Ce qui ne veut pas dire que l'obligation constitue un placement « plus sûr » que l'action (v. la note précédente). La différence consiste plutôt dans la fixité relative (sous réserve des augmentations d'impôts et abstraction faite de la dépréciation de la monnaie) du revenu de l'obligation, par opposition à la variabilité du dividende de l'action.

bénéfices, mais à un *intérêt* fixe (1). Ce n'est pas une règle constante. Le droit de l'obligataire peut être représenté par un coupon *variable*, ne donnant droit qu'à une part dans les bénéfices, sans qu'il devienne pour autant associé, si d'ailleurs aucune immixtion dans les affaires sociales ne lui est reconnue (n^{os} 322 et 483).

2^o L'obligataire est *créancier* de la société ; il produit à la faillite de celle-ci pour son remboursement, puisqu'aussi bien ne court-il point le risque social.

3^o L'obligataire n'a pas à participer aux *assemblées générales*, puisqu'il ne fait point partie du personnel de la société. D'autre part, le contrat qui lie la société ne saurait être modifié par elle. Tandis que l'assemblée générale a le pouvoir de changer, par exemple, l'échéance des coupons d'actions, à condition seulement d'observer les dispositions concernant les modifications statutaires, elle ne saurait prendre une résolution pareille à l'égard des coupons d'obligations : autrement elle manquerait à cette dette sans le consentement de son créancier.

710. — Précédents. — La pratique des obligations de sociétés n'est pas fort ancienne. Les finances publiques, en France, où l'Etat emprunte par voie de rentes perpétuelles, n'y ont concouru que faiblement. Il n'en a pas été de même pour les municipalités (obligations de la Ville de Paris, par exemple).

Les sociétés recouraient bien à l'emprunt, pour se procurer le complément de leurs capitaux d'établissement ; elles recevaient des fonds remboursables à longue échéance, avec constitution d'hypothèque ; quelques-unes faisaient travailler en compte courant des dépôts de parents ou d'amis dont le capital n'était en réalité jamais retiré, bien que le retrait à toute réquisition fût à la base de l'opération.

L'obligation *négociable* a remplacé ces formes anciennes. La durée du placement, qui peut faire hésiter le prêteur, a son correctif dans la faculté de vendre le titre. A la réflexion, cette longueur du terme d'échéance a même paru, avant la guerre 1914-18, plutôt avantageuse. Elle a permis au capitaliste de s'assurer, pendant un certain nombre d'années, le maintien du taux actuel de l'intérêt.

Un système ingénieux de *prime de remboursement* a été imaginé, afin d'accroître avec le temps la valeur du titre, et de dédommager le porteur d'une baisse de l'intérêt lorsque viendrait son remboursement. Attiré par ces avantages, le prêteur n'a plus attaché à la garantie hypothécaire la même importance, et s'en est souvent passé (2).

(1) Quand il s'agit d'obligations dites « à change », c'est-à-dire dont les coupons (et le capital en cas d'amortissement) sont stipulés payables en or, avec indications de différents pays de paiement, et, pour chacun d'eux, de la somme correspondante en la monnaie locale (supposée au pair avec l'or), l'*option de change appartient en principe au créancier*. En ce sens, Paris, 20 mars 1924 (affaire du Banco El Hogar Argentino) ; *Gaz. trib.*, n^o du 30 avril, 1^{er} mai 1924, et sur pourvoi, Req., 17 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, n^o du 23 octobre 1929. V. *infra*, n^o 718, en note.

(2) Il existe cependant d'assez nombreuses émissions d'« obligations avec constitution d'hypothèques ». — La convention d'hypothèque est passée alors par la société avec le banquier émetteur des titres, gérant d'affaires de tous les souscripteurs futurs. L'*inscription hypothécaire* sera faite à la requête de ce gérant d'affaires, elle produira effet à cette date quoique les titres ne soient pas encore souscrits ; la mention impersonnelle

711. — Les obligations de sociétés ont surtout pris leur élan en France, après 1850, sous les influences suivantes :

1° Les six grandes Compagnies de *chemins de fer* ont émis sous leur nom et avec la garantie de leur propre crédit des obligations, afin de construire leur deuxième (puis leur troisième) réseau. Ces émissions avaient dépassé, avant la guerre, 17 milliards en face d'un capital-actions qui n'atteint pas 2 milliards. C'est, au moins quant au troisième réseau, une avance faite à l'Etat, qui, à mesure que sortiront les obligations, s'est engagé à rembourser aux Compagnies sur les fonds du budget les sommes qu'elles devront employer aux amortissements. Le passif « obligataire » des Compagnies s'est considérablement accru par les émissions d'obligations, 4, 5 et 6 0/0 faites pendant et depuis la guerre, tant en France qu'à l'étranger (l. 27 mars 1920) pour faire face aux déficits d'exploitation ; et c'est là une des raisons qui rendaient urgent le vote de la loi nouvelle sur la réorganisation de nos chemins de fer (Doc. parl., C. Dép., sess. 1920, n° 862, v. *infra* nos 1151 et s.).

2° Le *Crédit Foncier de France* a répandu et popularisé les obligations foncières (remplaçant les lettres de gage) et les obligations com-

qu'elle est prise au profit des futurs porteurs des titres vaudra désignation suffisante des créanciers bénéficiaires : Civ. cass., 20 octobre 1897, S. 97, 1, 489. Le contrat d'émission pourra également réunir les obligataires en une société civile dont l'opération d'entrée consistera à désigner un mandataire chargé de prendre l'inscription hypothécaire. — (Sur cette question, voir WAHL, dans *Journ. Soc.*, 1898 ; LABBÉ, note dans S. 79, 2, 313 ; *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1901, p. 304 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 584 et s. ; BARAZZETTI, *Des obligations hypothécaires ou porteur*, th. Paris 1921 ; et les dispositions du projet de 1903, art. 11, organisant l'inscription éventuelle d'une semblable hypothèque, destinée à être complétée par une mention marginale dans les six mois suivants). — L'inscription devra désigner une personne au domicile de laquelle se feront les notifications de purge ou autres. — Il y aura lieu à son renouvellement, avant qu'elle ne soit atteinte par la péremption de 10 ans (art. 2148, 2154, C. civ., etc.), les obligataires pouvant se grouper en vue de nommer un mandataire commun ou de confirmer les pouvoirs du mandataire primitif pour veiller à ce renouvellement.

Une hypothèque ne peut être constituée par une *Compagnie de chemins de fer* sur son réseau. On explique cette impossibilité par l'absence de tout droit de propriété des Compagnies sur leurs lignes. Les droits comportant l'hypothèque sont limités par la loi (art. 2118 C. civ.), l'emphytéose n'y est pas comprise. Or c'est une sorte de bail emphytéotique de longue durée que l'Etat a passé avec la Compagnie. — Cette explication ne paraît pas bonne : 1° La tendance de la jurisprudence était de classer l'emphytéose parmi les droits réels immobiliers, comportant au profit du preneur la faculté d'hypothéquer, et la loi du 25 juin 1902, destinée à figurer dans le futur Code rural, est venue définitivement reconnaître au bail emphytéotique ce caractère ; 2° Si la concession ne donne pas à la Compagnie un droit immobilier, elle l'investit de ces avantages multiples qui composent son exploitation, droit mobilier dans son ensemble, puisque de toute nécessité un droit est meuble ou immeuble. A défaut d'« hypothèque », c'est au « nantissement » que les Compagnies pourraient recourir, quitte à rechercher quelles formes cette sûreté devait remplir (peut-être bien celles qui sont consacrées pour le nantissement de fonds de commerce, l. 17 mars 1909). V. MOULIN, *De l'hypothèque des chemins de fer*, 1892. — Il est préférable de faire dériver la règle qui exclut les voies ferrées des constitutions tant d'hypothèque que de gage, de l'idée que la concession, d'ordre domanial, n'est point dans le commerce, du moins d'après le régime français. La Compagnie ne peut affecter à ses créanciers une délégation de souveraineté. Il en est différemment dans les pays où l'Etat obéré a dû faire trafic de ses droits régaliens (emprunts gagés sur des ressources fiscales qu'administrera un syndicat de créanciers, une commission de la dette comme c'est le cas en Egypte, etc.).

Même en France d'ailleurs, des concessions autres que celles des chemins de fer (concessions de mines ; concessions d'énergie hydraulique, art. 12 et 16, l. 16 octobre 1919) peuvent être hypothéquées valablement par le concessionnaire.

munales (plus de 5 milliards, avec un capital-actions autrefois de 200 millions seulement, aujourd'hui 300 millions).

Cet établissement de crédit prête sur hypothèque aux particuliers (ou aux communes), au moyen de fonds qu'il se procure en émettant des *titres négociables* sur le marché. Ces prêts sont remboursables par annuités : le produit de ces remboursements sert au Crédit Foncier, qui joue économiquement un rôle d'intermédiaire, à amortir d'autre part une valeur égale d'obligations négociables. — Ainsi à la différence des obligations de chemins de fer et de la plupart des autres entreprises, l'obligation émise par le Crédit Foncier réalise des actes d'exploitation et non un fonds d'établissement (1).

712. — Questions de législation. — C'est un thème de législation rebattu mais toujours instructif, de savoir s'il ne conviendrait pas de réglementer les droits des obligataires. Ils ne disposent pas, en l'état actuel du droit, d'une protection suffisante. Des sociétés d'un capital trop réduit exagèrent leurs émissions d'obligations, et font de l'obligataire celui qui court le risque, sans vocation au bénéfice. La Compagnie tombe, les obligataires croyaient à un gage de remboursement solide et étendu, ce qui n'est pas.

a) Ne conviendrait-il pas d'*admettre*, au moins à titre consultatif, les *obligataires aux assemblées générales* de la société emprunteuse (système belge) ? Si l'on refuse de les y admettre tous, vu leur nombre, pourquoi n'y seraient-ils pas représentés par un mandataire nommé par eux (2) ?

713. — b) Ne devrait-on pas sur le modèle de plusieurs lois étrangères (loi allemande du 4 décembre 1899 ; loi argentine du 23 février 1912 ; art. 88 à 94 de la loi belge sur les sociétés du 23 mai 1913, modifiée par la loi du 23 novembre 1919), organiser le groupement des obligataires d'une même émission, de manière à leur donner le pouvoir de délibérer dans une *assemblée* composée d'eux seuls, en face de l'assemblée générale de la société leur débitrice, et de se désigner un représentant ? — Cela permettra de prendre au nom de tous, et pourvu que les conditions de *quorum* et de majorité soient observées, des mesures concertées d'intérêt commun, telles que : — procès à intenter, — rabais du taux d'intérêt ou prolongement de la durée d'amortissement consentis à la société, — réception de sûretés hypothécaires ou autres.

En France, bien que la question y soit étudiée depuis longtemps déjà (3), aucune loi n'est encore intervenue sur ce point.

(1) MONTAGNON, *Traité sur les Sociétés de Crédit foncier*, Paris 1886. — Spécialement sur le « Crédit Foncier de France », v. les ouvrages de JOSSEAU.

(2) C'est la solution admise par la loi de 1929 pour les parts de fondateur.

(3) THALLER, *Annales de droit commercial*, 1894, où l'auteur cherche à établir que le seul fait par les obligataires d'avoir concouru ensemble aux souscriptions, crée entre eux une société virtuelle. — Rapports de MM. LYON-CAEN, LÉVY-ALVAREZ, DECUGIS et WAHL, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901. — DEPUICHAULT, *Les Sociétés civiles d'obligataires*, *Annales de droit commercial*, 1911 ; PRESTAT, *Des assemblées d'obligataires*, th. Paris, 1908 ; A. PRUDHOMME et J. MICHEL, *Les Groupements d'obligataires*, *Recueil juridique des sociétés*, 1921 ; MARAIS, *De la limitation des pouvoirs des*

Mais dès à présent, les obligataires d'une émission sont réunis conventionnellement en *société* (société imparfaite aux yeux de l'art. 1832 C. civ.), et désignent un mandataire pour surveiller l'emploi des versements. Cette société pourra plaider, parce que la Compagnie emprunteuse s'est obligée envers elle à ne pas se prévaloir de la règle : *Nul ne plaide par procureur*. — Ces sociétés civiles d'obligataires ont été constituées d'abord à la suite et comme condition d'un concordat (Concordat de la Compagnie des chemins de fer de Santa-Fé). Mais aujourd'hui elles sont le plus souvent contemporaines de l'émission. Elles ont trouvé une application particulièrement intéressante dans les émissions d'obligations auxquelles ont procédé les groupements de sinistrés ou de communes des régions envahies, avec remise en gage au profit des obligataires des annuités dues par l'Etat aux emprunteurs au titre des dommages de guerre (art. 152 et s., l. 31 juillet 1920, art. 67, loi 31 décembre 1920, art. 40, l. 28 février 1921, art. 2, l. 24 mars 1921).

Malgré leur grand développement pratique, il s'en faut d'ailleurs de beaucoup qu'en France les groupements d'obligataires soient au point. Leur nature juridique demeure controversée, les uns y voyant une véritable société (ce qui est inexact, l'art. 1382 C. civ. exigeant la poursuite d'un « *bénéfice* » qui fait ici défaut), tandis que d'autres veulent constituer ces groupements sous forme d'associations déclarées de la loi de 1901 (ce qui cadre mal avec la véritable notion de l'association qui est d'être un groupement à but désintéressé et le plus souvent altruiste). La vérité paraît être plutôt qu'il s'agit ici d'une convention spéciale, ne rentrant exactement dans le cadre ni de la société ni de l'association. Mais, quel que soit le nom qu'on lui donne, cela n'empêche pas qu'en vertu du principe (dont on fait vraiment trop bon marché) de la liberté des conventions, les clauses du contrat, groupant les souscripteurs d'obligations en une masse où la majorité fait la loi à la minorité, doivent en principe être tenues pour parfaitement valables, à la condition bien entendu que les souscripteurs y aient adhéré en connaissance de cause (1).

Cependant, désireuses à juste titre d'éviter les abus auxquels peut conduire le fonctionnement des sociétés d'obligataires, des décisions relativement récentes de jurisprudence, pour justifier l'annulation de délibérations d'assemblées d'obligataires qu'elles jugeaient abusives, ne se sont pas contentées — comme elles auraient pu, et comme il est permis de croire qu'elles auraient dû le faire — d'invoquer l'idée de fraude (l'assemblée n'ayant reçu de pouvoirs que pour agir en conformité de l'intérêt des obligataires et non pas en fraude de leurs droits) et ont cru devoir faire précéder leur dispositif de considérants d'une généralité dangereuse et d'une exactitude pour le moins douteuse.

Sociétés civiles d'obligataires, *Annales de droit commercial*, 1912, 181 ; ESCARRA, *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires*, 1922 ; BUISSON, *De la nature juridique des groupements d'obligataires et de la validité de leurs actes*, 1927 ; HAMEL, *Les Sociétés civiles d'obligataires*, 1927.

(1) Voir en ce sens (à propos d'un groupement de porteurs de parts, mais le raisonnement est le même pour un groupement d'obligataires) un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 14 janvier 1917 (*Journ. des Soc.*, 1927, 288) rendu sous la présidence de M. Got. — *Comp. Cass. Req.*, 17 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, 23 octobre 1929.

De là résulte une grande incertitude dans l'état actuel de la jurisprudence en cette matière : certains jugements ou arrêts prononcent la nullité des sociétés civiles d'obligataires (1) dans des termes d'une généralité telle qu'à les prendre à la lettre aucun groupement de ce genre ne serait susceptible de produire un effet juridique quelconque ; tandis que d'autres, émanant parfois de la même juridiction, déclarent au contraire, dans d'autres espèces, les décisions prises par l'assemblée générale des obligataires valables et opposables même aux obligataires dissidents ou absents (2).

Cette incertitude de la jurisprudence — sans compter la difficulté que l'on éprouve, lorsque la société débitrice dépose son bilan, à combiner les règles de la faillite ou de la liquidation judiciaire (3) avec le fonctionnement des sociétés civiles d'obligataires — rend urgente l'intervention du législateur en cette matière. Il serait extrêmement désirable qu'une loi bien faite vienne à bref délai régler en France cette question importante et complexe (4).

714. — c) On peut préconiser une législation qui permettrait aux obligataires d'opposer leur *velo* à certains actes de la société, là du moins où ils se seraient réservé ce droit. Le droit civil, qui refuse au créancier une réelle ingérence dans les affaires du débiteur, devrait mieux servir le crédit public ; celui-ci a besoin d'autres principes que le crédit privé, les parties étant à trop grande distance l'une de l'autre pour se surveiller.

(1) Paris, 20 mars 1924 (affaire du *Banco El Hogar Argentino*), *Journ. des soc.*, 1924, 257, note critique de M. Bosvieux ; Besançon, 11 décembre 1926, *D. H.* 1927, 106 ; Paris, 30 mars 1928 (affaire des bons des *Etablissements Delaunay-Belleville*) ; Paris, 25 octobre 1928 (Anciens *Etablissements Chauvière*. — Comp. Bordeaux, 13 janvier 1919 *Journ. des Soc.*, 1919, 287 ; Trib. civ. Seine, 19 janvier 1927, *D. 1927*, II, 57, note ESCARRA ; Trib. civ. Seine, 11 mai 1927, *D. H.* 1927, 401 ; Trib. com. Seine, 19 décembre 1927, *D. H.* 1927, 164.

(2) Paris, 24 juillet 1929 (deux arrêts. Société maritime Française du Pacifique), *Annales de droit commercial* n° 3 de 1929, avec une note où l'auteur cherche à concilier les décisions divergentes de la jurisprudence en recourant à l'idée de gestion d'affaires (les décisions de l'Assemblée ne seraient obligatoires pour les dissidents ou les absents que si l'on peut considérer qu'en les prenant la majorité a utilement géré leurs intérêts). N'est-ce pas revenir sous une autre forme à l'idée que la majorité n'a de pouvoirs que pour ce qui est décidé dans l'intérêt des obligataires et non pas en fraude de leurs droits.

(3) Quant au règlement transactionnel, la loi du 2 juillet 1919 réunissait les obligataires en une masse spéciale délibérant séparément des autres créanciers : moyennant quoi elle écartait l'application des statuts des sociétés d'obligataires « en tant qu'ils seraient contraires à la présente loi » (art. 29). Mais cette loi a cessé d'être en vigueur ; et, dans la faillite ou la liquidation judiciaire, les obligataires ne sont pas actuellement groupés en une masse spéciale, distincte de la masse générale des créanciers. Le récent projet de réforme de la loi sur la liquidation judiciaire, élaboré par la Société d'Etudes législatives, reprend sur ce point l'idée (qui était une des meilleures) de la loi de 1919, et tend à organiser, encore que sur des bases un peu différentes, une masse distincte des obligataires, délibérant en assemblée spéciale (Bulletin, 1924, p. 153 et s., rapport de M. G. MARAIS).

(4) Ce ne sont pas pourtant les projets et propositions qui manquent sur ce point. On en peut citer au moins cinq : 1° projet de loi du 4 juillet 1903 (second projet Vallé sur les obligations et les parts de fondateur) ; 2° projet de la Société d'Etudes législatives (Bulletin, 1912 et 1913) ; 3° proposition Raoul Péret du 27 mars 1917 ; 4° proposition René Lafarge du 16 novembre 1920 ; enfin, en dernier lieu, proposition Chastenot au Sénat (1923) avec rapport Coignet.

715. — *d) Quid d'une réforme, qui interdirait à une société d'emprunter par voie d'obligations, aussi longtemps que ses actions ne seront pas libérées ?*

716. — *e) Quid encore d'une réforme, qui interdirait à une société d'émettre des obligations pour un chiffre supérieur à son capital-actions (cfr. loi du 31 juillet 1913, remplaçant celle du 11 juin 1880 qui pour les sociétés de chemins de fer d'intérêt local, en dispose ainsi, art. 28) ? Un débiteur ordinaire peut emprunter au delà des forces de son actif, il répond sur sa personne. Les sociétés de capitaux donnent un gage d'ores et déjà limité, c'est bien différent. Mais cette règle de parité laisserait en dehors d'elle les émissions faites pour des besoins courants d'exploitation (Crédit foncier, etc.).*

717. — Il y a des obligations : 1° remboursables au prix d'émission ; 2° remboursables avec une prime déterminée ; 3° attributaires de lots (200.000 fr., 100.000 fr., etc.) aux premières obligations qui sortiront à chaque tirage.

A chacune de ces trois catégories correspondent des questions délicates.

718. — **I. Obligations remboursables au prix d'émission** (la même question se présenterait d'ailleurs pour les autres).

Si l'emprunt a été contracté à un taux d'intérêt élevé qui ne s'est pas maintenu, l'obligataire, obligé de replacer son argent ailleurs à un intérêt très faible, voit avec défaveur son remboursement.

Inversement, en prévision du même événement, la société désire alléger sa dette en émettant à un taux moins élevé d'autres obligations ; les fonds nouveaux serviront à amortir les titres anciens (opération de conversion).

Il a été décidé, par un arrêt de fait plutôt que de principe, que (même en payant toute la prime convenue), sauf clause contraire, la société n'avait pas le droit d'avancer ainsi le remboursement de ses obligations et de renoncer aux délais que lui fixait pour les tirages la convention conclue avec l'ensemble de ses obligataires (C. Paris, 28 novembre 1895, aff. des obligataires de la Compagnie de l'Est, rejet du pourvoi par Req., 21 avril 1896, S. 97, 1, 481, et note CHAVEGRIN).

Si, en général, le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur (1),

(1) Les perturbations du change — conséquence de la guerre — ont fait naître d'autres questions, relatives aux obligations dites *obligations « or »*, titres internationaux payables (intérêts et capital) en divers pays et diverses monnaies, par exemple, à Paris en francs et à Buenos-Ayres en pesos, ou bien encore en francs à Paris, en livres sterling à Londres et en marks à Berlin. A qui en pareil cas appartient le choix du lieu et de la monnaie de paiement, tant en ce qui concerne les intérêts que le remboursement du capital des titres amortis ? Est-ce au porteur du titre ou à l'Etablissement débiteur ? En principe, au porteur de l'obligation, car c'est évidemment pour faciliter le placement et la circulation des titres sur divers marchés, en laissant à leur propriétaire le choix de se faire payer en plusieurs pays et diverses monnaies, que pareille clause a été stipulée. V. *supra*, n° 709, p. 468, note 1, et n° 713, note 2. Sur cette question, dite des *« obligations à change »* un grand nombre de décisions judiciaires sont intervenues en des sens divers,

il cesse d'en être ainsi, dès qu'il résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été convenu également en faveur du créancier (art. 1187 C. civ.). Les termes successifs de l'amortissement des titres ont été fixés aussi bien dans l'intérêt des obligataires que dans celui de la Compagnie débitrice.

Solution mauvaise en législation, lorsqu'on la compare à la faculté qu'a toujours l'Etat, dans ses emprunts en rentes, d'effectuer le rachat (ou la conversion), nonobstant toute clause contraire, sous la seule réserve de s'interdire le rachat pour un *maximum* de dix ans (art. 1911 C. civ.). — La société est enchaînée aux conditions originaires de son emprunt, quoique le marché de l'argent présente maintenant des conditions plus favorables, dont bénéficient des entreprises rivales, de date plus récente.

Quant à l'anticipation d'échéance par le fait, soit de la liquidation, soit de la faillite de la société, cfr. nos 454, 1912, et 2201 ; cfr. aussi n° 723 ci-dessous.

719. — II. Obligations à primes. — L'obligation est émise au taux nominal de 500 fr., qui sera le taux de remboursement. Mais la somme versée par le prêteur n'a été que de 400 fr. L'écart est la *prime* : 100 fr. Les lois de l'impôt sur le revenu veulent que le fisc exerce, lors du remboursement, son prélèvement sur cette prime, comme aussi sur les lots dont il sera question plus loin : les primes sont assujetties aujourd'hui à la taxe de 18 0/0 et les lots à la taxe de 36 0/0 (Art. 71, Codification valeurs mobilières) (1).

Cette prime est-elle légale ? L'emprunteur peut-il s'engager à rembourser, outre les intérêts, une somme supérieure à celle qu'il a reçue ? Deux objections ont été faites.

720. — a) La prime est une redevance usuraire.

Si l'emprunt rapporte déjà 6 0/0 du prix d'émission, la prime, même quant aux obligations qui sortiront les dernières, constitue pour un louage d'argent une redevance supplémentaire, excédant le taux licite de la loi du 3 septembre 1807. Mais dût-il rapporter un taux moindre,

soit en France (obligations du *Banco El Hogar Argentino* du *Crédit Foncier France-Canadien*, de la *Cie du Canal de Suez*, du *Chemin de fer de Rosario*, etc.. et tout récemment de la *Ville de Tokio*), soit à l'étranger (v. notamment pour la jurisprudence Egyptienne en cette matière les décisions des juridictions mixtes rapportées aux *Annales de droit commercial*, 1927), les juridictions étrangères se prononçant d'ailleurs assez souvent en sens contraire des juridictions françaises (par exemple dans l'affaire de Suez). La même question se pose du reste pour les fonds d'Etat jet a été soumise à la Cour de La Haye (deux arrêts du 12 juillet 1929, *Clunet*, 1929, p. 977, relatifs aux emprunts Brésiliens et aux emprunts Serbes). Le cadre de ce traité ne comporte pas l'étude approfondie de cette question ni la citation de toutes les décisions qui s'y réfèrent. — V. au surplus *infra*, Lettre de change, Monnaie de paiement.

(1) Mais il a été jugé que le montant des lots ne saurait entrer en compte pour la détermination du revenu imposable en vertu de l'art. 10 de la loi du 15 juillet 1914, qui a institué l'impôt sur le revenu global (arrêt du Conseil d'Etat du 28 janvier 1921 à propos des obligations à lots du *Crédit Foncier*, *Recueil juridique des Sociétés*, 1921, p. 37). — *Comp.* la décision du Conseil de Préfecture de la Seine, rapportée dans la *Gazette du Palais* du 13-14 février 1921, qui soustrait à l'impôt global sur le revenu les actions distribuées en représentation des réserves. — V. au surplus *infra*, Lettre de change, monnaie de paiement.

l'addition d'une prime peut faire encourir à l'opération le reproche d'usure. L'obligataire remboursé au premier tirage recevra, outre son coupon, 100 fr. de plus que ses 400 fr. versés, soit 25 0/0 !

On répondait autrefois à cette objection : Pour savoir s'il y a usure, il faut, non examiner chaque obligation séparément, mais voir ce que la société paie chaque année pour le service de tous les titres réunis. Lorsque ce service, coupon et amortissement compris, ne représente pas plus de 6 0/0 sur le chiffre d'émission, l'opération est licite.

La loi du 12 janvier 1886, en rendant libre l'intérêt en matière de commerce, a fait tomber cette controverse pour les sociétés qui sont commerciales par leur objet ou même par leur forme (loi du 1^{er} août 1893) (1).

721. — *b*) La prime paraît contrevenir à la loi des loteries du 21 mai 1836, qui frappe de pénalités « toute opération offerte au public pour faire naître l'espérance du gain acquis par la voie du sort ».

L'objection ne porte pas plus que l'autre, pourvu que toutes les obligations d'une même émission soient remboursables *par la même somme*, quoique à des dates différentes. La loi des loteries n'interdit que les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition du gain, non celles où, le gain étant déjà acquis, le sort ne fait que fixer le terme où il sera payé (Crim. cass., 14 janvier 1876, D. 76, 1, 185 ; Cass. crim., 24 avril 1902, D. 1903, 1, 369, S. 1903, 1, 156. Comp. crim. rej., 24 avril 1902, D. 1903, 1, 369, note THALLER).

722. — Suit-il de là que l'émission à prime, avec remboursement de sommes égales pour tous, soit toujours licite même lorsqu'*aucun intérêt* n'est servi aux obligataires ? Il y a là, semble-t-il, une question d'espèces. Certains arrêts ont proscrit la pratique d'obligations sans coupons, ou avec coupons faibles, comme ne représentant plus un placement sérieux (Paris, 25 mars 1870, D. 70, 2, 165 ; consultation SÉNARD et autres avocats de Paris, 1870).

723. — Plus sujette à controverse est la détermination du droit de l'obligataire à prime, lorsque, avant la fin du remboursement de l'emprunt, *la société fait faillite ou entre en liquidation*.

Le jugement de faillite rendant exigibles les dettes à terme du failli (art. 444 C. com.), l'obligataire produira d'abord pour le capital versé. Ce capital est déjà de détermination difficile, lorsque les obligations ont été émises à diverses dates et à des cours différents (placement des obligations de chemins de fer « au robinet »). — Mais produira-t-il également pour la *prime* ou pour une portion de celle-ci ?

On conçoit que deux systèmes exclusifs, tout à l'opposé l'un de l'autre, aient été recommandés.

1^o Production pour la prime *intégrale*. La prime fait corps avec le principal de la créance et elle en suit la condition. Elle est un forfait

(1) Quant aux emprunts des sociétés civiles, on sait que l'application de la loi du 3 septembre 1807 qui limite à 5 0/0 le taux de l'intérêt en matière civile a été suspendue par la loi du 18 avril 1918.

convenu pour le préjudice que le remboursement cause à l'obligataire, en le forçant à se chercher un placement ailleurs.

2° Défense de produire pour une partie *quelconque* de la prime. Les primes sont constituées chaque année sur les ressources de la société, au moyen de prélèvements supplémentaires et en addition à ceux qui sont affectés au coupon. L'intérêt nominal est, par exemple, de 3 0/0 du capital versé ; la société considère la charge de l'emprunt comme ressortant pour elle à 4 0/0, et la différence, soit 1 0/0, forme les primes des obligations qui viennent à amortissement. — Or, permettre à l'obligataire de se faire colloquer pour une portion quelconque de la prime, ce serait l'autoriser à produire pour des « intérêts futurs », le jugement déclaratif arrêtant au contraire le cours des intérêts (art. 445). — La production serait injuste ou contraire à la loi tacite du contrat. La société ne s'est engagée à la prime qu'autant qu'elle conserverait jusqu'à la fin, avec possibilité de la tenir en valeur, la somme que l'obligataire lui a versée. On lui rend la somme prématurément, la source de la prime est tarie. A cet égard, la créance de la prime est affectée plutôt encore d'une « condition » que d'un « terme ».

La doctrine et la jurisprudence préfèrent se rallier à une solution moyenne, donnant à l'obligataire le droit de se faire colloquer pour une *fraction de la prime*. Seulement la fixation de cette fraction a engendré les calculs les plus variés que nous ne pouvons que résumer.

a) Détermination de la plus-value de l'obligation d'après son cours actuel de Bourse.

b) Droit pour l'obligataire de récupérer la masse des retenues annuelles qu'il a subies sur ses coupons depuis l'origine, c'est-à-dire la différence entre le taux de l'intérêt qui lui a été servi et le taux qu'il aurait touché si la société n'en avait pas appliqué une portion aux amortissements (Civ. rej., 10 août 1863, D. 63, 1, 349).

c) Nécessité de calculer l'époque d'avenir où, de toutes les obligations encore en circulation aujourd'hui, la moitié sera amortie et l'autre non amortie (ce que l'examen des tableaux permet de vérifier), et admettre la collocation de la prime, à raison du temps couru, par rapport à cette époque moyenne, soit les 2/3 de cette prime, si l'emprunt date de vingt ans, et que l'époque moyenne doive arriver dans dix ans.

d) Admission au passif de tous les obligataires pour une somme totale, égale au capital qu'on obtient en ramenant à leur valeur actuelle, au taux réel de l'emprunt, les obligations qui restent à échoir, chiffrées à leur montant nominal. Chaque obligation sera respectivement admise pour le quotient obtenu en divisant ce capital par le nombre des obligations non encore éteintes (système de la loi belge et du projet français de 1903) (1). — Il reste deux séries à éteindre en 1909 et en 1910, soit 50 obligations de 500 fr. pour la première de ces deux années, et 52 pour la seconde. En face du taux nominal de 3 0/0, le taux réel de l'emprunt est de 5 (sur la base de 300 fr., qui fut le versement originnaire) (50 multiplié par 500, soit 25.000 fr.) plus 52 multiplié par 500 soit 26.000 fr., soit 51.000 fr. A déduire pour escompte 5 0/0 de 25.000,

(1) C'est aussi le système que consacre le projet (art. 14) de la commission de la *Société d'Etudes législatives*, 1912, p. 269. — Adde, le projet de 1924, *Bulletin*, 1924, 153 et s.

soit 1.250, et 10 0/0 de 26.000, soit 2.600 ; soit 3.850. Reste 47.150 fr., dont 1/120 est de 462 fr.

e) Appréciation par les tribunaux, *ex æquo et bono*, du supplément qu'il y a lieu d'ajouter au capital d'émission, la question étant de pur fait et échappant à la censure de la Cour de cassation.

On a indiqué plus haut les motifs pour lesquels, dans une opinion, le calcul à adopter dans l'hypothèse d'une faillite est aussi celui qu'il faudrait suivre dans le cas d'une liquidation de la société, fût-elle *in bonis*. Mais la jurisprudence est contraire : Req., 20 juillet 1904, D. 1906, 1, 516 (n° 456). Cfr. LE COURTOIS, *Le remboursement des obligations de chemins de fer*, 1881, et LÉVY-ULLMANN, *op. cit.*, n° 710.

724. — III. **Obligations à lots.** — Ces émissions sont des loteries véritables, et ne peuvent devenir licites que moyennant une loi dérogeant à leur égard à la loi de 1836, complétée par celle du 18 avril 1924 (on n'a pas oublié les faits se rapportant au vote de la loi d'emprunt du Panama). Exceptionnellement, pour certains établissements (Crédit Foncier de France, décret 21 décembre 1853, art. 8), un simple acte administratif suffirait (1).

Les obligations à lots, ainsi que les autres, donnent lieu au trafic de la Bourse. Les règles qui concernent ces marchés sont réservées à la partie suivante de ce livre. Mais les émetteurs de valeurs ont trouvé le moyen d'écouler ces titres en dehors de la Bourse, en sollicitant la petite épargne par des procédés divers de réclames et par des tournées de courtiers. Ils les ont vendus à des cours majorés sur ceux de la Bourse, avec faculté de régler le prix par acomptes mensuels ou autres. C'est la pratique des *ventes à tempérament* que la loi du 14 décembre 1926 est venue interdire en ce qui concerne les valeurs à lots.

La loi du 12 mars 1900 avait déjà réglementé (sans effet rétroactif, Cass., 14 janvier 1902, D. 1903, 1, 217, note LELOIR) ces ventes qui avaient occasionné un certain nombre d'abus. Elle exigeait : — a) *en la forme*, qu'elles soient constatées par écrit en un double original, contenant le cours de la Bourse de Paris, le numéro du titre vendu, le prix, le taux d'intérêt et les délais ; — b) *au fond*, que de ce contrat deux clauses soient exclues : l'une par laquelle le vendeur se réserverait le droit d'« engager le titre » en mains tierces pour la garantie d'avances à lui faites, ce vendeur devant au contraire, à peine d'abus de confiance, conserver le titre, et ne pas s'en dessaisir (2) ; et une seconde clause dérogeant aux règles habituelles de la « compétence ». La durée du crédit ne peut dépasser *deux ans*, et les prescriptions de la loi sont sanctionnées par la nullité.

D'autres difficultés avaient été agitées au sujet de ces ventes ; la loi de 1900 ne les résolvait pas. La plus importante est celle qui se rapporte à la clause dite « de liquidation ». Le vendeur convient que, si

(1) Le lot (même question pour la prime) revient-il à l'*usufruitier* ou au *nu propriétaire*, si l'obligation est démembrée entre deux personnes, généralement par suite d'une succession ? On le considère comme accroissant au capital, de sorte que l'*usufruitier*, quoique fondé à le toucher, devra en rendre le montant à l'expiration de sa jouissance.

(2) Sur la validité de cette clause pour les ventes antérieures à la loi de 1900, voir Paris, 26 avril 1904, S. 1905, 2, 211.

l'acheteur laisse passer une échéance sans s'acquitter, l'opération sera liquidée de plein droit sur le cours du jour, la vente étant résolue aux torts de cet acheteur en défaut, sans qu'il soit besoin de prendre un jugement contre lui : il ajoute même que les acomptes versés lui demeureront acquis à tout événement. La jurisprudence était sévère à l'égard de ces stipulations (Rej., 30 mars 1900, S. 1900, 1, 345, et Civ. cass., 4 mars 1902, D. 1903, 1, 215). Elle les annulait comme constituant le « pacte comissoire tacite » prohibé par les art. 2078 C. civ. et 93 C. com. : un créancier n'a pas le droit de s'approprier le gage à l'échéance en dehors des formes légales (conclusion d'ailleurs contestable, une vente et un nantissement formant deux opérations différentes).

Les dispositions de la loi de 1900 et les remèdes apportés par la jurisprudence ont été jugés insuffisants à protéger les petits épargnants trop souvent trompés par une publicité ou par des « démarcheurs » habiles. Aussi la loi du 14 décembre 1926 dispose-t-elle : « est interdite, sous les peines de l'art. 405 du Code pénal (cet article punit le délit d'escroquerie), la vente à tempérament des valeurs à lots, s'effectuant par paiements fractionnés ».

La loi de 1926 n'a pas d'effet rétroactif ; son article 2 le déclare expressément. Par contre, elle ne frappe pas expressément de nullité les ventes qu'elle interdit ; cependant cette nullité ne saurait faire doute, les opérations interdites étant manifestement illicites et tenues par la loi pour contraires à l'ordre public.

Il est à remarquer que la loi du 14 décembre 1926 n'abroge pas, même implicitement, celle du 12 mars 1900, et ne la rend pas inutile. La loi de 1926 en effet n'interdit que « la vente à tempérament des valeurs à lots s'effectuant par paiements fractionnés », tandis que la loi de 1900 réglemente « toute cession... de valeurs ou parties de valeurs cotées à la Bourse moyennant un prix payable à terme, en totalité ou en partie ». Si donc le contrat se bornait à accorder à l'acheteur un terme unique pour se libérer du prix total de la valeur vendue, l'opération ne tomberait pas sous le coup de l'interdiction formulée par la loi de 1926, mais elle devrait satisfaire aux prescriptions de la loi de 1900.

D'autres pratiques de ces ventes à tempérament de valeurs à lots ont pour but de séparer le droit à la chance du droit au capital et aux intérêts ; elles contreviennent à la loi d'autorisation, qui n'a voulu admettre le titre au marché qu'avec son rôle double et gémé de valeur de placement et d'expectative de lot. Ainsi en est-il de l'opération dite à *option*, par laquelle on achète un numéro déterminé aux approches d'un tirage, mais en se réservant, moyennant un dédit, de le laisser pour compte au vendeur le lendemain de ce tirage. On a altéré dans un pareil contrat la valeur que les pouvoirs publics avaient revêtu de leur approbation (Crim. rej., 14 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 26 juin). Cfr. VAL-LAT, *Etude théorique et pratique des ventes à tempérament*.

CHAPITRE IV

DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

(Loi du 7 mars 1925 ; Loi de finances du 31 décembre 1928, art. 4) (1)

725. — En esquisant une comparaison entre les variétés essentielles de sociétés de commerce prévues par la loi française (*supra*, nos 254 et 272), nous avons indiqué déjà que la loi du 7 mars 1925 avait introduit en France un type nouveau de société. Ce type juridique correspond aux « *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* » du droit allemand (par abréviation *G. m. b. H.*) et aux *private companies* du droit anglais. Les *G. m. b. H.* existaient en Alsace-Lorraine avant la guerre, et dès 1919 il parut hors de doute qu'elles y seraient conservées (PERCEROU, *Le régime légal à appliquer aux sociétés à responsabilité limitée en Alsace et en Lorraine, Annales de droit commercial*, 1920, p. 34 et s.). La loi du 1^{er} juin 1924, portant introduction de la législation commerciale française dans les départements recouverts mentionnait, parmi les lois locales maintenues en vigueur, la loi du 20 avril 1892, révisée le 20 mai 1898, sur les sociétés à responsabilité limitée.

Il parut alors souhaitable de les introduire dans la France toute entière. Un projet de loi, déposé à cet effet, à la Chambre des députés le 16 mars 1920, fut adopté par elle le 16 juillet 1923 (*J. off.*, 11 juillet, Chambre, p. 33271). Ce projet, voté par le Sénat dans sa séance du 17 février 1925 (*J. off.* du 18), au rapport de M. Chapsal, est devenu la loi du 7 mars 1925 « tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée ».

725 bis. — **Caractères distinctifs. Nature.** — Bien avant de figurer dans le titre de la loi du 7 mars 1925, l'expression « société à responsabilité limitée » avait été employée déjà par le législateur français, mais dans un tout autre sens. La loi des 23-29 mai 1863 (abrogée depuis par la loi du 24 juillet 1867) désignait sous ce nom les sociétés anonymes, dont le capital ne dépassait pas 20.000.000 francs, et les soustrayait à la nécessité de l'autorisation gouvernementale, pour les soumettre au régime de la réglementation légale. C'est dans une acception fort différente que le législateur de 1925 a entendu cette expression, traduite exactement des mots allemands « *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* ».

La « société à responsabilité limitée » moderne de la loi de 1925 n'est

(1) HATT, *La Société à responsabilité limitée en droit allemand contemporain*, th. Paris, 1908 ; PERCEROU, *Annales de droit commercial*, 1925, p. 91 et s. ; CHAPSAL, *Les sociétés à responsabilité limitée* ; G. DROUETS, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., 1927 ; PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e édit., 1929 ; PIOT, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., 1927 ; AUGER et MICHEL, *Les Sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., 1926 ; René GAIN, *Les sociétés à responsabilité limitée, Guide formulaire*, 3^e éd., 1928 ; DROUETS, *Rapport à la Société d'Etudes législatives sur la réforme de la loi du 7 mars 1925 (Bulletin de la Société, 1927, p. 235)*.

plus, comme celle de 1863, une société anonyme à capital restreint ; c'est un *type spécial de société, intermédiaire entre la société anonyme et la société de personnes.*

Elle ressemble à la société anonyme, en ce qu'elle ne comprend que des *associés responsables du passif social seulement à concurrence de leur mise.* Mais elle en diffère et se rapproche des sociétés de personnes, en ce que les *parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables* (art. 21), *ni même être cédées selon les modes du droit civil à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés,* représentant au moins les trois quarts du capital social (art. 22), et en ce qu'elle peut être désignée sous une *raison sociale* comprenant les noms d'un ou de plusieurs associés (art. 11).

Par ailleurs, de même que les sociétés anonymes (art. 68, l. 1867 ajouté par la loi du 1^{er} août 1893), les sociétés à responsabilité limitée, *quel que soit leur objet,* sont *commerciales* et soumises aux lois et usages du commerce (art. 3) (1).

Parmi les traits distinctifs, qui viennent d'être indiqués, le plus significatif, celui par lequel se manifeste peut-être le mieux le caractère essentiel, que la loi de 1925 a entendu imprimer au type nouveau de société, qu'elle introduisait, consiste dans les restrictions très graves qu'elle a mises impérativement à la liberté de cession des parts sociales. Dans l'esprit du législateur, la cession de ces parts à des étrangers apparaît comme un acte anormal, exceptionnel. *Il ne faut pas qu'elles circulent dans le public, fût-ce par la voie des cessions civiles, — sans quoi elles deviendraient un objet de spéculation, à l'égal des valeurs de bourse. Or, c'est précisément cela que la loi veut éviter,* et son vœu, sinon son ordre absolu, serait que les parts restassent entre les mains des souscripteurs primitifs ou de leurs héritiers. Il importera, à notre avis, si l'on veut éviter de fausser la loi, que praticiens et juges, chargés de l'appliquer, ne perdent jamais de vue cette idée essentielle.

725 ter. — Conditions de constitution. Sanctions. — Les sociétés à responsabilité limitée peuvent être constituées pour un *objet quelconque.* Toutefois, les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent pas adopter cette forme (art. 2). Au cours des travaux préparatoires, il fut proposé d'ajouter à cette liste les sociétés ayant pour objet le commerce de banque ; mais la proposition n'a pas été retenue.

Quant aux conditions de constitution, elles sont beaucoup plus simples qu'en ce qui concerne les sociétés anonymes, et cette simplicité de formes est même l'un des principaux avantages du type nouveau de société. Plus n'est besoin de sept souscripteurs primitifs au moins (art. 23 et 38, l. 1867). Les associés peuvent n'être que deux, comme aussi ils peuvent être très nombreux, la loi déclarant que leur nombre n'est pas limité (art. 5, l. 1925).

Le capital social doit être de 25.000 francs au moins, et ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre (2). Il se divise en parts sociales de

(1) Sur les conséquences de cette solution, v. *supra*, n° 762.

(2) On rencontrait déjà dans la loi du 24 juillet 1867, à propos des sociétés à capital

100 francs ou de multiples de 100 francs : toutes ces parts ne sont pas nécessairement égales (l'apport d'un associé pouvant être beaucoup plus fort que celui d'un autre), mais il faut que toutes soient divisibles par 100 (art. 6) : ceci pour simplifier le calcul des parts proportionnelles dans les bénéfices et du nombre de voix dans les Assemblées.

Il est interdit à la société (en cours de constitution ou déjà constituée) d'émettre, pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques (art. 4, dernier al.). Les fondateurs ne doivent donc pas ouvrir une souscription publique, pour réunir le capital social nécessaire. Celui-ci doit être fourni entièrement, en dehors de toute publicité, par des personnes, qui se répartissent entre elles l'intégralité des parts sociales (art. 7, 1^{er} al.), et qui signent toutes (par elles-mêmes ou par mandataires) l'acte de société (art. 4, 3^e al.). Cet acte peut être notarié ou sous seing privé : dans ce dernier cas, il n'est pas prescrit d'observer l'article 1325 (art. 4, 2^e al.), exigeant seulement « qu'il soit rédigé autant d'originaux qu'il est nécessaire, pour que l'un reste déposé au siège social et les autres à l'appui des diverses formalités requises » (enregistrement et dépôts dans les greffes).*

Les fondateurs doivent déclarer expressément, dans l'acte de société, que toutes les parts ont été réparties entre les associés et qu'elles ont toutes été intégralement libérées (art. 7, 3^e al.). La loi du 7 mars 1925 (art. 7, 1^{er} et 2^e al.) prescrit en effet, que, dès l'origine, toutes les parts, y compris celles, qui rémunèrent des apports en argent, soient libérées pour le tout. C'est une aggravation du régime de la loi du 24 juillet 1867, qui (art. 3, 2^e al., modifié en 1893), en matière de sociétés anonymes, n'exige la libération originaire intégrale qu'en ce qui concerne les actions rémunérant les apports en nature (actions d'apport), mais non les actions en numéraire. Pareille aggravation, à notre avis regrettable et en contradiction avec la souplesse, que l'on a voulu donner au type nouveau de société, ne figurait pas dans le projet de loi primitif, qui, à l'exemple de la loi de 1867, modifiée en 1893, ne prescrivait la libération intégrale que des parts sociales correspondant à des apports en nature, et, pour celles correspondant à un apport en argent, se contentait d'un premier versement du quart au moins (1). Mais, par contre, pour le versement des trois autres quarts, le projet (s'inspirant sur ce point, du droit allemand) établissait la responsabilité solidaire de

variable, un texte (art. 51) exigeant que « les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des associés ». Mais jusqu'à une époque récente il n'y avait pas en France de loi qui imposât aux fondateurs d'une société un capital minimum de fondation : aujourd'hui on peut citer, en dehors de la loi de 1925, le décret de 1922 qui exige de toute société d'assurance qui se fonde un capital minimum de 1.000.000 francs. V. *infra*, n° 735 bis.

(1) L'article 7 de la loi conserve la trace maladroite de ce premier projet. Après avoir dit, dans son premier alinéa, que « les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts... ont été libérées intégralement », il ajoute, dans son second alinéa : « Les parts sociales correspondant... à des apports en nature, doivent toujours être entièrement libérées, au moment de la constitution de la société ». Ce second alinéa était nécessaire dans le premier projet où les parts correspondant à un versement en numéraire pouvaient ne pas être entièrement libérées ; mais, avec la rédaction actuelle du premier alinéa, il devient inutile et constitue une redondance inintelligible. Au moins eût-il fallu mettre l'ensemble des textes d'accord avec l'amendement.

tous les souscripteurs primitifs. C'est cette solidarité, limitée, cependant, au montant du non versé sur le capital originaire, qui a effrayé certains milieux (lesquels paraissent avoir oublié qu'il s'agissait d'une société constituée entre personnes se connaissant), et, pour l'éviter, on n'a trouvé rien de mieux que d'exiger la libération originaire intégrale de toutes les parts ! Remède pire que le mal (1), qui oblige la société à se charger immédiatement d'un capital, dont elle n'aura besoin que plus tard, et qui, d'ailleurs, ne remédie à rien, quand il y a des apports en nature, puis, qu'alors, les associés originaires sont solidairement responsables, vis-à-vis des tiers, de l'évaluation desdits apports (art. 8), et qu'ainsi renaît une responsabilité solidaire qui peut être plus lourde que celle limitée aux versements complémentaires sur le capital d'origine.

725 quarto. — Lorsqu'il y a des apports en nature, la loi de 1925 en effet, ne prescrit point leur évaluation dans les formes de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, mais elle remplace cette mesure préventive par une responsabilité solidaire, établie entre tous les associés d'origine. Aux termes de l'article 8, « l'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. Les associés sont solidairement responsables, vis-à-vis des tiers, de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société, aux apports en nature ». Si, donc, à l'époque de la constitution de la société, la valeur de l'apport en nature était inférieure à celle, qui lui a été attribuée dans l'acte de société, et que, plus tard, celle-ci vient à tomber en faillite, le syndic n'aura pas seulement le droit de réclamer à tous les associés d'origine solidairement (même aux apporteurs d'argent) la différence entre l'évaluation et la valeur effective, mais aussi, semble-t-il, en établissant que le mauvais état des affaires sociales a sa cause première dans la majoration de l'apport, le droit de leur réclamer à tous solidairement le paiement du passif non éteint. Il y a là une responsabilité éventuelle très lourde, dont les auteurs de la loi ne paraissent pas avoir bien mesuré toute la portée, et qui, en fait, comme en droit (2), peut gêner la constitution des sociétés à responsabilité limitée.

Cette responsabilité, toutefois, « se prescrit par dix ans, à partir de la constitution de la société » (art. 8, 2^e al.).

725-5^o. — En dehors de la responsabilité solidaire, dont il vient d'être parlé, qui sanctionne la majoration des apports en nature, l'inobservation des conditions constitutives (capital inférieur à 25.000 fr., non libération intégrale des parts sociales, etc.) est sanctionnée par la nullité de la société (laquelle « ne peut être opposée aux tiers par les asso-

(1) Cette obligation de libération originaire intégrale ne se rencontre ni dans les *G. m. b. h.* du droit allemand, ni dans les *private companies* du droit anglais.

(2) Ainsi, bien qu'un tuteur puisse, avec les autorisations requises, placer les fonds de son pupille en prenant pour lui une part de commandite, il nous paraît des plus douteux, en raison de la responsabilité solidaire édictée par l'article 8, qu'il ait le droit de l'engager dans une société à responsabilité limitée qui se constitue avec des apports en nature.

ciés ») (art. 9, l. 1925 (1)), et par la responsabilité pécuniaire solidaire des « associés, auxquels la nullité est imputable » (art. 10, 1^{er} al., l. 1925). Les actions en nullité et en responsabilité se prescrivent par dix ans (art. 10, 2^e al.) (2). *Sans décret de 1930*

Au point de vue pénal, la loi frappe : d'une amende de 500 à 10.000 francs et d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois « les fondateurs qui ont fait dans l'acte de société une déclaration fautive concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés ou la libération des associés » (art. 37) ; — et des peines de l'art. 405 C. pén. « ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle » (art. 38) (3).

725-6°. — **Publicité et sanctions.** — La constitution de la société à responsabilité limitée, ainsi que les modifications aux statuts (art. 17) doivent être publiées dans les formes (dépôt des statuts aux greffes, art. 12 ; insertion d'un extrait dans un journal d'annonces légales, art. 13, al. 1 et 2), et sous les sanctions (nullité inopposable aux tiers par les associés art. 13, al. 3), prescrites pour les sociétés de commerce, en général, par les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867. L'extrait (art. 14) doit indiquer : les noms des associés (ce qui n'a pas lieu pour les commanditaires, même dans la commandite simple) ; et, le cas échéant, la clause qui attribuerait des intérêts aux associés même en l'absence de bénéfices (question non prévue par la loi de 1867 pour les autres sociétés de commerce).

Comme toute société commerciale, la société à responsabilité limitée doit être immatriculée au registre du commerce (art. 20).

725-7°. — **Organisation et fonctionnement de la société.** — Elle est administrée par un ou plusieurs mandataires, associés ou non associés, que la loi désigne sous le nom de « gérants » (art. 24). Cette expression est de nature à faire naître des confusions, le gérant étant jusqu'à présent, en droit français, du moins lorsqu'il est pris parmi les associés, un associé personnellement et indéfiniment responsable, tandis qu'ici c'est un associé à responsabilité limitée (4).

(1 et 2) *Comp.* les articles 7 et 8 de la loi du 24 juillet 1867 modifiée par celle du 1^{er} août 1893.

(3) V. GARRAUD, *Le régime pénal des sociétés à responsabilité limitée (Recueil juridique des sociétés, 1927, p. 881).*

(4) Des confusions du même genre risquent de se produire au sujet de la désignation de la société. Jusqu'à présent, en droit français, seules les sociétés comprenant des associés personnellement et indéfiniment responsables du passif social avaient une raison sociale composée du nom d'un ou de plusieurs d'entre eux suivi des mots « et Cie ». Au contraire, aux termes de l'article 11 de la loi de 1925, « La société à responsabilité limitée est, soit qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, soit désignée sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou de plusieurs associés ». Quoique ne comprenant aucun associé indéfiniment responsable, la société de la loi de 1925 a donc une raison sociale (est-ce de cette raison sociale que signeront les gérants ?). Etant donné la tradition et les habitudes françaises, n'est-il pas à craindre que l'emploi de ce mode de désignation ne fasse croire aux tiers qu'ils ont affaire à une société dans laquelle les associés dont les noms figurent dans la raison sociale sont indéfiniment responsables ? Et suffira-t-il, pour prévenir cette erreur fâcheuse, des prescriptions de l'article 18 de la loi, d'après lequel :

Les gérants sont nommés par les associés, soit dans l'acte constitutif de la société, soit par une décision postérieure des associés, prise à la majorité (art. 24 et 27) : même dans ce dernier cas, ils ne peuvent être révoqués que « pour des causes légitimes » et par décision judiciaire (art. 24, 3^e al.) (1), à moins, toutefois, que les statuts ne stipulent le contraire.

Pourvu que l'acte accompli par eux rentre dans les limites de l'objet social, les gérants « ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances » (art. 24, 2^e al.), par exemple, pour hypothéquer les immeubles sociaux et pour les aliéner. Les statuts peuvent bien restreindre ces pouvoirs ; mais ces *limitations contractuelles n'ont d'effet qu'entre associés et sont « sans effet à l'égard des tiers »* (2) (art. 24, 2^e al. *in fine*). C'est là une solution nouvelle en droit français, qui est en contradiction avec celle admise en matière de société en nom collectif ou en commandite (où la clause restrictive des pouvoirs du gérant est, en principe, opposable aux tiers, pourvu qu'elle ait été légalement publiée), et qui s'inspire du droit allemand.

La pratique française paraît s'accommoder assez mal de cet emprunt au droit allemand, et c'est un des points, sur lesquels la réforme de la loi de 1925 est demandée. Cette répugnance à l'application de l'article 24, 2^e al. de la loi de 1925 se manifeste, dès aujourd'hui, dans la jurisprudence par une interprétation singulièrement restrictive de ce texte. C'est ainsi qu'aux termes d'un jugement du tribunal civil de la Seine du 22 février 1929 (*Journ. des Soc.*, 1929, 503), « Est valable et non contraire à l'art. 24, l. 1925, la clause des statuts d'une société à responsabilité limitée, stipulant que les deux associés gérants ont, au regard des tiers, tous pouvoirs, pour agir au nom de la société, mais à la condition d'agir conjointement ; régulièrement publiée, cette clause est opposable aux tiers et, en conséquence, est nul le contrat d'engagement, passé par un gérant, au nom de la société, sous la raison sociale, mais sans le concours de l'autre gérant ». Il est permis de douter que cette solution soit conforme à l'esprit de la loi de 1925, qui a été de réaliser la sécurité du crédit, en rendant inopposables aux tiers toutes les clauses restrictives des pouvoirs légaux du représentant normal de la société qu'est le gérant, même lorsqu'il a un cogérant.

Quant à leur responsabilité, les gérants sont responsables conformément au droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la loi du 7 mars 1925, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises par eux dans leur gestion (art. 25).

« Dans tous les actes, factures, annonces, publications ou autres documents émanés de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement des mots écrits lisiblement et en toutes lettres « société à responsabilité limitée » et de l'énonciation du capital social » ?

(1) La situation du gérant dans une société à responsabilité limitée diffère donc, à la fois, de celle des administrateurs de société anonyme toujours révocables *ad nutum*, et du gérant d'une société en nom collectif ou en commandite, irrévocable quand il est nommé par les statuts, et révocable *ad nutum* dans le cas contraire.

(2) Sauf, toutefois, en cas de collusion frauduleuse entre le gérant et le tiers (*fraus omnia corrumpit*). — Comp. WAHL, *Journal des Sociétés*, 1926, p. 193.

725-8°. — La surveillance de la gestion est soumise à des règles différentes, selon qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée comptant plus de vingt membres ou ne comptant qu'un nombre d'associés inférieur à vingt et un.

Dans le premier cas, l'institution d'un *Conseil de surveillance* composé de trois associés au moins, est obligatoire (art. 32, 1^{er} al.). Ce conseil est nommé dans l'acte de société. Il est soumis à la réélection, aux époques déterminées par les statuts. Ses pouvoirs sont ceux que l'article 10, al. 1 et 2, de la loi du 24 juillet 1867 accorde au Conseil de surveillance, dans les sociétés en commandite par actions (contrôle continu ; droit de vérifier à tout instant les livres, la caisse, le portefeuille ; rapport à l'assemblée annuelle des associés (1), (art. 32, al. 2 et 3, l. 1925).

Les membres du Conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité à raison des actes du gérant et de leurs résultats. Mais ils sont responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, des fautes, qu'ils commettraient dans l'exécution de leur mandat (art. 32, al. 4 et 5).

Lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, qui ne comprend pas plus de vingt membres, la loi n'impose plus l'institution d'un Conseil de surveillance. Les statuts organisent librement le contrôle. Mais il est un droit individuel minimum auquel ils ne peuvent porter atteinte : tout associé peut, par lui ou par un fondé de pouvoirs, prendre, à toute époque, quand la société ne comprend pas plus de vingt membres (2), au siège social, communication de l'inventaire annuel, du bilan, et du rapport du Conseil de surveillance, si celui-ci a été créé (art. 30, 1^{er} al., l. 1925).

725-9°. — Dans les sociétés à responsabilité limitée, comme dans toute autre société, le pouvoir souverain appartient à la *collectivité des associés*, formant une personne morale et exprimant sa volonté par des décisions prises aux conditions de majorité requises.

Mais, d'une part, les formes dans lesquelles ces décisions majoritaires doivent intervenir varient selon que la société ne comprend pas plus de vingt membres ou qu'elle en comprend un plus grand nombre ; et, d'autre part, les conditions de majorité exigées par la loi varient selon la gravité de la décision à intervenir.

725-10°. — Au point de vue de la forme, le principe est que les décisions des associés sont prises *en Assemblées* (art. 26, al. 1). Toutefois, quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt, la tenue d'une Assemblée n'est pas nécessaire (art. 26, 2^e al.) : il suffit alors que chaque associé reçoive le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées, et qu'il émette son vote par écrit. Cette

(1) Il faut ajouter le droit de convoquer l'Assemblée générale des associés (art. 29, 2^o al., l. 1925).

(2) Dans les sociétés de plus de vingt membres, cette communication ne peut être exigée que pendant les quinze jours qui précèdent l'assemblée générale annuelle (art. 30, 2^o al.).

faculté (1) de supprimer, dans un but de simplification, les Assemblées générales, est une innovation heureuse de la loi de 1925.

Qu'il y ait ou non « Assemblée », les règles relatives au droit pour les associés de participer aux résolutions à prendre (quelles que soient ces résolutions) sont d'ailleurs les mêmes. Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions (art. 28). Le même article (28) ajoute que « chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède » (2).

Dans les sociétés comptant plus de vingt associés (et où par conséquent les décisions doivent être prises « en Assemblées »), il doit être tenu chaque année au moins une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts (art. 29, al. 1). D'autres assemblées peuvent toujours être convoquées par le ou les gérants, à leur défaut par le conseil de surveillance, s'il en existe un, et, à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital social (art. 29, 2^e al.) (3). Ce droit de convocation accordé à un groupe d'associés représentant plus de la moitié du capital social est encore une innovation heureuse de la loi de 1925.

725-11^o. — Quant aux conditions de majorité, requises pour la validité des décisions des associés (prises ou non en assemblées, art. 27), elles varient selon l'objet de la résolution. S'agit-il d'une décision rentrant dans le cadre des statuts, elle « n'est valablement prise qu'autant qu'elle a été adoptée », lors d'une première consultation, « par des associés représentant plus de la moitié du capital social. Sauf stipulation contraire dans les statuts, si ce chiffre n'est pas atteint à la première consultation, les associés sont convoqués une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la proportion du capital représenté » (art. 27).

S'agit-il au contraire d'une décision ayant pour objet de *modifier les statuts*, alors elle ne peut être prise qu'« à la majorité des associés

(1) Ce n'est là qu'une faculté, accordée par la loi aux sociétés à responsabilité limitée ne comprenant pas plus de vingt membres ; mais rien n'empêche les statuts de ces sociétés d'exiger la convocation d'une assemblée générale, par exemple pour les décisions graves telles que les modifications aux statuts.

(2) La formule de l'article 28 n'est pas heureuse. Le législateur paraît avoir oublié qu'il avait admis précédemment (art. 6) que les parts pourraient être inégales pourvu qu'elles fussent toutes des multiples de 100 francs (v. *supra*, n^o 3). Or, si elles sont inégales, si par exemple, celle d'un associé est de 100 francs et celle d'un autre associé de 60.000 francs, donnera-t-on à chacun le même nombre de voix ? Ce n'est évidemment pas cela qu'entend la loi. Elle veut dire que chaque associé aura une voix par 100 francs de capital qu'il possède. — Mais cette règle légale de la stricte proportionnalité des voix au capital est-elle impérative ; ou bien au contraire peut-on, dans la société à responsabilité limitée, créer des parts à droit de vote plural (comme on peut créer des actions à vote plural dans la société anonyme) ? Sur cette question, v. en sens divers : LEPARGNEUR, *Le vote privilégié dans les sociétés à responsabilité limitée*, *Journal des Sociétés*, 1927, p. 257 ; WAHL, *Le vote plural dans les sociétés à responsabilité limitée*, *Recueil juridique des sociétés*, 1927, p. 110 ; MAZEAUD, *Les actions à droit de vote privilégié*, 2^e éd., *passim*.

(3) L'article 29 ne vise expressément que la convocation d'une assemblée ; mais il semble bien que ses solutions relatives au droit d'initiative en matière de consultation des associés doivent être étendues au cas où, en l'absence d'assemblées, les associés sont consultés par écrit.

représentant les trois quarts du capital social » (art. 31, l. 1925). L'étendue des pouvoirs de cette majorité des 3/4 est d'ailleurs très large : elle a le droit (art. 31, l. 1925 limité de l'art. 31, l. 1867 rédaction de 1913) de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, sauf qu'elle ne peut changer la nationalité de la société, ni augmenter les engagements des associés.

Parmi les modifications statutaires, l'une des plus importantes est la *transformation* d'une société en une société d'un autre type. Elle est prévue, d'une façon d'ailleurs incomplète et obscure, par l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 ainsi conçu :

« Les sociétés en nom collectif ou en commandite et les sociétés anonymes, constituées antérieurement ou postérieurement à la présente loi, peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée, sous réserve des droits des tiers. — Sous la même réserve, les sociétés à responsabilité limitée constituées conformément à la présente loi pourront se transformer en sociétés anonymes ».

Point n'était besoin de dire que les sociétés antérieures pourraient se transformer en sociétés à responsabilité limitée : c'est l'évidence même si tous les associés y consentent. Ce qu'il eût été intéressant de savoir, et ce que l'art. 41 précité ne dit pas, c'est à quelles conditions cette transformation pourra se réaliser (consentement unanime des associés, pour les sociétés de personnes, semble-t-il : et, pour les sociétés par actions, tout au moins pour celles postérieures à la loi du 22 novembre 1913, quorum irréductible des 3/4 du capital et majorité des 2/3). Ce qu'il eût fallu dire aussi c'est si — étant donné que les statuts des sociétés antérieures n'auront, selon toutes probabilités, pu prévoir les transformations en société à responsabilité limitée, puisque ce type de société n'existait pas encore — pareille transformation entraînera la naissance d'un être moral nouveau, avec toutes les conséquences civiles et fiscales qui en résultent ? Ces questions auraient mérité certes d'être résolues clairement par la loi, et il est permis de regretter son obscurité à cet égard (1).

La seule solution à peu près claire qui se dégage de l'art. 41 précité (2^e alinéa), c'est que les sociétés à responsabilité limitée qui se constitueront dans l'avenir pourront, sans qu'il soit besoin pour cela d'une clause expresse de leurs statuts, se transformer aux conditions de l'article 31, l. 1925 (3/4 du capital), en sociétés anonymes, et que cette transformation (étant autorisée par la loi) n'entraînera pas, même dans le silence des statuts, création d'une société nouvelle.

725-12^o. — Droits des associés. Droit aux bénéfiques. Cession de parts.

— Parmi les droits appartenant aux associés dans une société à responsabilité limitée, il en est deux dont la loi de 1925 s'occupe spécialement : le droit aux *bénéfiques*, et celui de *céder sa part sociale*.

Comme dans toute société, les seuls bénéfiques susceptibles, en principe (2), d'être mis en distribution (par décision des associés, sur la pro-

(1) B. AUGER, *Transformation des sociétés actuelles en sociétés à responsabilité limitée*, *Rev. des Sociétés*, 1925, p. 163 ; DROUETS, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., n^o 199, et s.

(2) Réserve faite de la clause dite « d'intérêts fixes », v. *infra*, même numéro.

position du gérant), sont les bénéfices nets, réalisés et disponibles, et après déduction des divers prélèvements que la loi ou les statuts prescrivent pour la constitution de réserves.

De même qu'en matière de société anonyme, la loi de 1925 impose sur les bénéfices nets annuels le prélèvement d'1/20^e (5 0/0) au moins en vue de constituer une *réserve légale* (art. 33, 1^{er} al.). Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint 1/10 du capital social (art. 33, 2^e al.). — Les statuts ou, au cours de la société, une décision des associés sur ce point peuvent prescrire en outre d'autres prélèvements pour la formation de réserves supplémentaires.

S'il arrivait que des dividendes fussent distribués en l'absence de « bénéfices réellement acquis » (art. 35, 1^{er} al., l. 1925), il y aurait distribution de *dividendes fictifs*, exposant les associés qui les auraient reçus, même de bonne foi, à une action en répétition, prescrite d'ailleurs par cinq ans (art. 35, 2^e al.). En outre les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, auraient opéré entre les associés une répartition de ce genre, seraient *civilement responsables du préjudice en résultant, soit vis-à-vis des tiers, soit vis-à-vis des associés* (art. 25, l. 1925), en même temps qu'ils encourraient les peines portées par l'article 405 du Code pénal (art. 33, l. 1925).

Exceptionnellement cependant les associés peuvent recevoir légitimement une répartition annuelle, quoi qu'il n'y ait pas de bénéfices. Il en est ainsi lorsque l'acte de société stipule que les associés auront droit à des intérêts à un taux déterminé, même en l'absence de bénéfices, c'est la clause « d'intérêts fixes ». Elle peut être utile à l'origine des sociétés (*Bauzinsen*, disent les Allemands), mais elle est pleine de dangers si son application doit se poursuivre pendant un temps indéfini, car elle absorbe automatiquement le capital. Aussi la loi de 1925 prend-elle des précautions contre de tels abus. La « clause d'intérêts fixes » ne peut être stipulée valablement que « pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations » (art. 34, 1^{er} al., l. 1925). Il faut en outre : que « l'acte de société détermine cette période » (même art. 34, 1^{er} al.), c'est-à-dire apparemment qu'il la limite à un nombre ferme de mois ou d'années ; et que « le montant des intérêts ainsi payés soit compris parmi les frais de premier établissement et répartis avec ces frais, suivant le mode et dans le délai que doivent fixer les statuts » (art. 34, 3^e al.). Enfin, dans l'intérêt des tiers il faut que cette clause soit, à peine de nullité, insérée dans l'extrait de l'acte de société publié dans un Journal d'annonces légales (art. 34, 2^{er} al.) v. *supra*, n° 725-6°.

725-13°. — Dans la société à responsabilité limitée, le droit pour les associés de céder leurs parts sociales est enfermé en des limites très étroites. Nous avons déjà insisté sur l'importance de cette idée qui, à notre avis, constitue la caractéristique essentielle du type nouveau de société, par laquelle il se différencie de la société anonyme (v. *supra*, n° 2). Il convient maintenant de préciser les conséquences que la loi de 1925 en a tirées.

Tout d'abord elle interdit de délivrer aux associés, pour constater

leurs droits dans la société, des titres négociables nominatifs, au porteur ou à ordre (art. 21). Le seul certificat serait le certificat à personne dénommée. Et encore, le plus souvent sans doute dans la pratique, les statuts ne prévoient-ils point la délivrance à chaque associé d'un nombre de parts à personne dénommée égal, au total, au montant de ses droits dans la société, et se contenteront-ils de dire que les droits appartenant aux associés résulteront du pacte social, des actes ultérieurs modifiant le capital et des cessions régulièrement signifiées, avec faculté pour chaque associé de demander à ses frais un extrait de ces différents actes.

Qu'il soit ou non créé des titres spéciaux à personne dénommée (et sans doute ces titres seront-ils rares), les parts sociales ne peuvent en tout cas se transmettre que par les modes du droit civil (art. 1690 C. civ.), c'est-à-dire que leur cession n'est opposable à la société et aux tiers qu'après qu'elle a été signifiée à la société ou acceptée par elle dans un acte authentique (art. 23, l. 1925).

Cette faculté de céder les parts sociales conformément à l'article 1690 C. civ. est d'ailleurs elle-même restreinte. Entre associés la cession est libre. Mais « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social » (art. 22, l. 1925). Pour que la décision autorisant la cession soit valable il faut donc : 1° qu'elle soit prise par la majorité des associés en nombre, chaque associé ne comptant à ce point de vue que pour une voix, quelle que soit l'importance de sa part dans le capital social ; 2° que cette majorité représente au moins les 3/4 du capital. C'est une dérogation aux règles ordinaires des décisions d'associés qui se prennent à la majorité des voix, chaque part d'une même valeur (100 francs par exemple) donnant droit à une voix, v. *supra*.

Ces restrictions légales à la liberté de transmission des parts sociales ne concernent d'ailleurs que leur « cession », c'est-à-dire leur *transmission entre vifs*. Quant à leur *transmission par décès*, soit *ab intestat*, soit testamentaire, la loi de 1925 ne s'en occupe pas de façon spéciale, et se contente de dire (art. 36) que « la société n'est pas dissoute... par « la mort de l'un des associés » (ce qui implique apparemment qu'elle continue entre tous les intéressés, c'est-à-dire tant les associés survivants que les héritiers du défunt). Sauf clause contraire des statuts la transmission par décès des parts d'une société à responsabilité limitée demeure donc libre et s'opère conformément au droit commun des successions (1).

725-14° — Dissolution de la Société. — La loi de 1925 ne s'occupe de la dissolution des sociétés à responsabilité limitée que pour écarter les causes de dissolution spéciales aux sociétés de personnes. La société, dit l'article 26, ne sera pas dissoute : « par l'interdiction, la faillite... d'un des associés » — formule qui paraît bien impérative, puisqu'elle ne réserve pas la clause contraire, « ou », ajoute le texte, « par la mort

(1) DROUETS, *op. cit.*, n° 285.

d'un des associés, sauf, dans ce dernier cas, stipulation contraire des statuts ».

Quant aux autres causes de dissolution, il faut appliquer le droit commun (art. 1865 et s. C. civ.) ; c'est ainsi que la société pourra être dissoute par jugement pour juste motif (art. 1871 C. civ.).

725-15°. — Régime fiscal (1). — a) **Enregistrement et timbre.** — Au point de vue de sa constitution la société à responsabilité limitée est soumise aux règles fiscales ordinaires, c'est-à-dire qu'elle acquitte le droit d'apport (actuellement 3 0/0, l. 13 juillet 1925, art. 40) sur le montant des valeurs mises en société, augmenté, quand ces valeurs consistent en des immeubles, du droit de transcription (actuellement 2,40 0/0) et de la taxe hypothécaire (actuellement 0,48 0/0) perçue au moment de la transcription de l'acte au bureau des hypothèques.

Mais, à d'autres égards, ce type de société bénéficie d'avantages fiscaux appréciables. Le droit de timbre (actuellement 0,10 0/0 par abonnement) établi par l'art. 25 de la loi du 5 février 1850 sur les titres négociables, n'est pas dû sur les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée puisqu'elles ne sont pas négociables.

Quant à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières (actuellement 15 0/0), elle est due en principe sur les bénéfices et intérêts produits annuellement par ces parts. Mais l'article 42, 1^{er} alinéa de la loi du 7 mars 1925, en exempte formellement les « dividendes, intérêts, arrérages et autres produits revenant aux gérants ». Ceux-ci bénéficient ainsi de la même faveur (d'autant plus considérable que le nombre des gérants n'est pas limité) que celle accordée aux membres d'une société en nom collectif ou aux gérants d'une commandite simple par la loi du 1^{er} décembre 1875 : sauf à voir tout à l'heure (v. le n° suivant) si cette faveur ne va pas se retourner contre eux au point de vue de l'assujettissement de leur part dans les réserves à l'impôt général sur le revenu.

b) *Impôts directs.* — La société à responsabilité limitée, étant assujettie au droit de communication du fisc (art. 42, 2^e al., l. 7 mars 1925), acquitte l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (15 0/0) (2), non pas d'après le système dit « du forfait », mais sur la base du bénéfice net réel (art. 4, l. 31 juillet 1917), sous déduction de toutes les charges qui la grèvent.

Fallaient-il comprendre parmi les charges déductibles la rémunération fixe ou proportionnelle allouée aux gérants ? L'Administration faisait une distinction (Instruction générale du 31 janvier 1928) : les appointements fixes des gérants, passés en comptabilité en frais généraux, étaient déduits (sauf à supporter entre les mains des gérants personnellement l'impôt sur les traitements et salaires, 12 0/0 au lieu de 15 0/0), au contraire les allocations proportionnelles (tantièmes) n'étaient pas déduites et supportaient 15 0/0. Il arriva que, dans beaucoup de sociétés, tous les associés furent désignés comme gérants (ce qui permet d'éviter la taxe de 18 0/0), et qu'ils reçurent des traitements fixes très élevés absorbant à peu près tous les bénéfices (ce qui

(1) V. G. DROUETS, *Le régime fiscal des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e éd., 1926.

(2) Elle est assujettie aussi à l'impôt sur le chiffre d'affaires (loi 25 juin 1920).

leur permettait de ne payer sur ces sommes que 12 0/0 au lieu de 15 0/0). C'est en vue de parer à ces abus qu'a été voté l'art. 4 de la loi de finances du 31 décembre 1928 ainsi libellé : « Pour la détermination des bases des impôts à déclarer dus par les sociétés à responsabilité limitée, les rémunérations allouées aux associés gérants et portées dans les frais et charges ne sont pas admises en déduction lorsque la majorité des parts sociales est possédée par l'ensemble des associés gérants » (1).

725-16°. — c) *Impôt général sur le revenu.* — Il est hors de doute que chaque membre de la société à responsabilité limitée, y compris le gérant, doit faire entrer en ligne de compte, pour le calcul de l'impôt général sur le revenu auquel il est soumis, ce qu'il reçoit des bénéfices de la société sous forme de répartition de dividendes. Il ne paraît pas sérieusement contestable non plus que les associés non gérants n'ont pas à comprendre dans leur revenu global assujéti à l'impôt général sur le revenu leur part proportionnelle dans les bénéfices mis en réserve au lieu d'être distribués. Mais en est-il de même en ce qui concerne la part proportionnelle des gérants dans les bénéfices affectés à la constitution d'un fonds de réserve ?

Le doute provient de la thèse soutenue par l'Administration des Contributions Directes, et adoptée par un arrêt du Conseil d'Etat du 25 février 1925, aux termes duquel :

« A raison du caractère propre et du mode de gestion des sociétés en nom collectif et de l'assimilation des membres de ces sociétés aux commerçants ou industriels exploitant seuls, la disposition du décret du 17 janvier 1917 — excluant expressément, pour la liquidation de l'impôt général sur le revenu, des dépenses à déduire du produit brut effectivement réalisé, les sommes affectées à la constitution des réserves — est applicable à la détermination du revenu imposable aussi bien des membres des sociétés en nom collectif que des particuliers exploitant individuellement un commerce ou une industrie :

En conséquence ne doit pas être déduite du revenu imposable à l'impôt général sur le revenu dû par un associé en nom collectif la part de bénéfices lui revenant, dans la somme affectée, par la société dont il fait partie, à la constitution d'un fonds de réserve ».

Quoi que l'on puisse penser de l'exactitude, très contestable, de la solution admise par le Conseil d'Etat, il serait assez vain aujourd'hui de la discuter longuement ; et, puisqu'elle est un fait dont il faut bien tenir compte, ce qui importe plutôt, c'est de rechercher quelle est au juste la portée de l'arrêt précité en ce qui concerne les gérants de sociétés à responsabilité limitée. La solution de cet arrêt doit-elle leur être appliquée, et seront-ils, eux aussi, de même que les associés en nom collectif dans une société en nom collectif (ou dans une société en commandite simple), assujéti à l'impôt général sur le revenu pour leur part proportionnelle dans les bénéfices mis en réserve ?

La plupart des auteurs qui ont jusqu'à présent examiné la question répondent par la négative et se refusent à reconnaître une telle portée

(1) V. DROUETS, *Revue Nord-Africaine de jurisprudence et de législation*, 1929, p. 10.

à l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 février 1925 (1) ; et cette opinion est aussi celle qu'a exprimée dans une réponse à une question écrite M. le Ministre des finances (2). Cependant on peut se demander s'il n'est pas dans la logique de l'arrêt précité du Conseil d'Etat de soumettre, même dans les sociétés à responsabilité limitée, la part proportionnelle des gérants dans les réserves à l'impôt général sur le revenu. Cet arrêt, en effet, dans ses considérants, et le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions se fonde, pour justifier la solution admise, sur « *l'assimilation des membres des sociétés en nom collectif aux commerçants ou industriels exploitant seuls, qui, pour l'imposition des revenus de leurs entreprises, résulte notamment du texte et des travaux préparatoires de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} décembre 1875 et de l'article 31 de la loi du 29 mars 1914* ».

L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} décembre 1875 dont il est ainsi fait état est, on le sait, le texte qui exempte la part de bénéfices des associés en nom collectif, dans une société en nom collectif ou en commandite simple, de l'impôt cédulaire sur le revenu des valeurs mobilières. Or, précisément, cette même exemption est accordée aux gérants des sociétés à responsabilité limitée par l'art. 42 de la loi du 7 mars 1925 : de sorte qu'il semble que la raison de décider soit la même pour eux que pour les associés en nom collectif. Ici encore n'y a-t-il pas exemption de l'impôt cédulaire comportant, d'après le Conseil d'Etat, assimilation, au point de vue de l'impôt général sur le revenu, des exemptés aux commerçants ou industriels exploitant seuls, et par suite, interdiction pour eux, par l'effet d'un correctif équitable, de déduire de leur revenu global imposable à l'impôt général sur le revenu, la part des bénéfices leur revenant dans les sommes affectées à la constitution d'un fonds de réserve (3) ?

S'il en était ainsi, la faveur fiscale apparente faite, dans les sociétés à responsabilité limitée, aux associés gérants par l'article 42, 1^{er} al., de la loi du 7 mars 1925, constituerait un véritable présent d'Ulysse, et nuirait en réalité beaucoup au développement du nouveau type de société. Il est regrettable qu'une question aussi grave et d'une importance capitale pour l'avenir en France des sociétés à responsabilité limitée n'ait pas reçu dans la loi elle-même de solution claire et précise. Sans doute celle qu'a donnée, dans sa réponse précitée, M. le Ministre des finances est de nature à rassurer les intéressés. Mais ce n'est là qu'une solution administrative, qui peut changer ; et mieux vaudrait un texte de loi.

(1) TRUCHY, *Bulletin fiduciaire*, 1925, n° 28, p. 6 ; DROUETS, *op. cit.*, p. 78 et s.

(2) Réponse du Ministre des Finances à la question de M. Thoumyre, député, du 12 mars 1925 (*Journ. Off.*, Ch., 2^e séance du 25 juin 1925, v. *Annales de droit commercial*, n° 2 de 1925).

(3) *Comp. AMIAUD, Les réserves des sociétés de personnes et l'impôt global sur le revenu*, 1925.

CHAPITRE V

DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES

(L. 24 juillet 1867, art. 66 et 67 ; décret-règlement du 8 mars 1922 (modifié par le décret du 27 juillet 1922) ; l. 9 avril 1898, art. 27 ; décret 28 février 1898 ; l. 17 mars 1905 et l. 20 février 1912 ; l. 15 février 1917).

726. — Nous ne consacrerons aux sociétés d'assurances que quelques pages. Il faudrait des volumes pour en relever l'organisation juridique sous ses multiples aspects (1).

726 bis. — Le *contrat* d'assurance ne sera pas étudié à cette place, c'est de l'*entreprise* d'assurance qu'il va être question. Le contrat et l'entreprise ne peuvent être cependant tenus isolés l'un de l'autre, le fonctionnement du contrat d'assurance ayant son contre-coup sur celui de la société qui s'adonne à ce genre d'opérations.

727. — L'assurance est un contrat par lequel une personne se fait couvrir par une autre, et en lui servant une *prime* ou *cotisation*, un risque qui menace sa personne ou ses biens. Si le risque se réalise, l'assureur devra payer une indemnité ou la « somme assurée ».

Les risques ainsi couverts sont extrêmement variés (incendie, sinistre maritime ou terrestre dans un transport, grêle, mort de bétail, insolvabilité de débiteurs, etc.).

Il y a une catégorie d'assurance que l'on met à part, sans être fixé encore aujourd'hui sur le point de savoir si elle est un contrat d'indemnité comme les autres : c'est l'*assurance sur la vie*, dans laquelle est promis un capital dont le souscripteur de la police constitue les éléments au moyen de primes annuelles, ou du versement d'une prime unique à l'origine.

Le fait qui donne ouverture au paiement de cette assurance, c'est la mort de l'assuré, dans la combinaison la plus recherchée, qui est l'« assurance vie entière ».

Il y a, tout à l'opposé de cette première combinaison, des assurances « en cas de vie » ou à terme fixe, dans lesquelles le droit au capital, exigible à une date déterminée, est subordonné à la survivance de l'assuré à ladite date ; de cette forme se rapproche la « tontine », dans laquelle les adhérents constituent une caisse commune qui sera partagée

(1) V. de préférence CHAUFON, *Traité de l'assurance*, 1884, 2 vol. ; LEFORT, *Traité théorique et pratique de l'assurance sur la vie*, 3 vol., 1898 (le premier volume surtout) ; CLÉMENT, *Les assurances mutuelles*, 1889 ; ASTRESSE, *Traité général théorique et pratique des assurances mutuelles*, 2 vol., 1901-1908 ; SAVARY, *Des assurances mutuelles*, 1903 ; MOULIN, *Des tontines*, 1903, et à la toute dernière époque Joseph GIRARD, *Eléments d'assurance*, incendie, vie, accidents), 1921 ; P. SUMIEN, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres et de la réassurance*, 2^e éd., 1927 ; J. HÉMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, t. I, 1924, avec une bibliographie très complète de la matière, t. II, 1927 ; ANCEY et SICOT, *Le régime légal des sociétés d'assurances*, 2^e éd., 1927. — *Journal des assurances* ; *Revue générale des assurances et des responsabilités* (Revue belge).

à une certaine époque entre les survivants seulement, à l'exclusion des prédécédés.

On tend de plus en plus à rattacher la « rente viagère » à l'assurance en cas de vie, non pas seulement lorsqu'elle est retardée jusqu'à l'ouverture de la vieillesse du rentier, mais même quand le service doit en être immédiat (en ce sens, l. 17 mars 1905).

728. — On comprendrait à la rigueur que le contrat d'assurance, portant sur l'un des risques sus-énoncés, fût conclu « à titre accidentel », entre deux personnes, et en dehors de toute profession. Il n'y aurait prise que d'un seul risque par l'assureur, et non pas recherche par lui de clients multiples.

L'aptitude légale à faire un contrat d'assurance n'est pas subordonnée à l'exploitation de l'assurance *en entreprise*. La seule assurance dont notre droit privé ait jusqu'à présent édicté les règles, règles vieilles d'ailleurs de plus de deux siècles, l'« assurance maritime » (art. 332 et suiv. C. com.), peut être aussi légitimement conclue par un assureur individu que par une société, et même par un assureur de circonstance qui s'en tiendrait à ce seul contrat. La même liberté paraît devoir être reconnue aux autres formes d'assurances. Et, sous notre ancien droit, il n'était pas sans exemple que l'assurance fût ainsi pratiquée en dehors de toute profession, comme aussi en dehors de toute méthode scientifique, servant plutôt un goût de pari ou de gageure qu'un intérêt de protection bien compris.

Mais l'assurance ainsi pratiquée ne serait nullement bienfaisante. Elle se bornerait à transporter un risque d'une personne à une autre, en le tenant aussi menaçant. En outre, l'assuré n'aurait aucune garantie qui pût répondre du paiement par l'assureur de l'indemnité, les biens et ressources de celui-ci n'étant pas disposés pour le règlement d'un sinistre qui mettra subitement à sa charge une somme peut-être considérable.

729. — Le seul moyen de donner à notre contrat une portée vraiment féconde, et de ne pas laisser les assurés à la merci de l'insolvabilité de leurs assureurs, était d'organiser l'assurance sur une base de *mutualité*, avec multiplicité de polices se rapportant à une même nature de risques, et l'application de la *loi dite des grands nombres*, éclairée par des statistiques d'une aussi grande précision que possible, par des tableaux de probabilités sur la qualité des sinistres éventuels.

On s'est attaché alors à proportionner le chiffre de la prime ou cotisation de l'assuré, au rapport arithmétique du risque, c'est-à-dire à la mesure suivant laquelle ce risque menace de se réaliser. Si ce risque est de 1 0/00, autrement dit, s'il y a une chance sur mille pour que l'objet périsse, on demandera à l'assuré 1 0/00 de la valeur de la chose qu'il désire protéger par l'assurance (prime pure, car il faut y ajouter, à titre de *chargement*, de quoi permettre à l'assureur de couvrir ses frais généraux, et même, dans l'assurance à prime fixe, de se ménager un bénéfice).

¶ C'est la masse de toutes ces primes qui doit faire face au règlement des indemnités, à tel point que, si les faits réalisent exactement les

prévisions des statistiques, l'entreprise d'assurance aura eu pour unique fonction d'appliquer aux sinistrés de l'année le montant des sommes que la totalité des assurés avait commencé par lui servir. L'assurance a effectué un partage, un morcellement du risque, elle a substitué le rapport d'étendue au rapport d'intensité (CHAUFON), elle a rendu la perte peu sensible en la faisant supporter par cent ou par mille individus liés entre eux par une convention de sage prévoyance, et rendus solidaires, au sens moral du terme.

730. — Toutes les entreprises d'assurance ne sont cependant pas des mutuelles. On oppose les *sociétés mutuelles* proprement dites aux *sociétés d'assurance à prime fixe* (1), celles-ci étant plus généralement constituées sous la forme de Compagnies anonymes.

Dans le fond de leur mécanisme, l'une et l'autre de ces deux catégories obéissent à une notion de mutualité, et la société à prime fixe n'est elle-même qu'une société mutuelle déguisée, dans laquelle une société de capitalistes s'interpose entre les assurés et gère à forfait leurs intérêts communs (n^{os} 36 et suiv.).

731. — **Assurances mutuelles.** — La société d'assurance mutuelle n'est pas une société véritable, faute de poursuivre un partage de bénéfices. C'est un groupement formé entre un certain nombre de personnes qui réunissent leurs risques, en stipulant que le sinistre qui atteindrait l'une d'elles (mort, incendie, etc.) sera réparé au moyen d'une cotisation proportionnelle levée sur toutes, suivant la valeur et la somme mises respectivement en risque par chacune.

Les fondateurs établissent des statuts, qui entreront en vigueur lorsque le minimum d'adhésions prescrites aura été obtenu, et que les autres formalités exigées par la loi ou par les règlements auront été remplies. A ces adhérents s'en joindront d'autres, au fur et à mesure que la société poursuivra ses opérations.

Les statuts déterminent le *maximum de contribution* ou de garantie susceptible en cas de sinistres d'être mis à la charge des sociétaires, soit 2 0/0 par exemple du montant des valeurs assurées. Quand les sinistres dépassent ce chiffre, il y aura lieu à une réduction proportionnelle des indemnités. Quand ils restent au-dessous de ce chiffre, l'excédent des cotisations, s'il a été versé d'avance, sera restitué (ou ristourné) à chaque sociétaire respectivement, sous réserve de la somme nécessaire pour couvrir les « frais de gestion », frais dont les statuts ont également fixé le *maximum*. Cet excédent sera restitué, à moins que l'on ait décidé son affectation à un « fonds de réserve », destiné à parer aux insuffisances des cotisations pour l'avenir.

732. — De cette société, où l'on ne voit que des *porteurs de polices*, et le conseil d'administration élu par eux, tout élément commercial est absent. Les relations entre les membres et la société relèvent du

(1) Sur un troisième type, intermédiaire, d'assurance, signalé par certains économistes — l'assurance coopérative, — v. THALLER, *Assurance coopérative, Coopération et Mutualité*, dans les *Annales de droit commercial*, 1913, 44; Alfred NAST, *Code de la coopération*, 1929.

droit civil, au point de vue de la compétence des tribunaux et de la non-application de la faillite.

Il en est ainsi, là même où, par suite de réserves accumulées, la société a pu substituer la cotisation *fixe* à la cotisation *variable*, donnant à ses assurés la certitude, en fait, sinon en droit, que le fonds annuel des primes, augmenté de ces réserves, suffira à couvrir désormais les sinistres dans leur intégralité. La société mutuelle se rapproche alors quant à ses résultats de la société à prime fixe qui appartient à la seconde catégorie. Mais elle conserve néanmoins sa nature juridique première, et ne devient point commerciale. Le fonds de réserve, lors de la dissolution, sera réparti entre les assurés eux-mêmes (v. BOURGEOIS, *Nullité ou dissolution des sociétés d'assurances mutuelles et leur liquidation*, th. 1913). Ils se sont passé du concours extérieur de capitalistes.

733. — Assurances à prime. — La société à prime fixe présente un caractère différent. Elle est une société commerciale passible de la faillite (n° 38) et se compose d'actionnaires qui se sont réunis afin d'exploiter la branche de l'assurance et d'y trouver une source de profits sous forme de dividendes annuels.

Des tarifs à forfait sont proposés au public, et cette société traite avec une clientèle d'assurés qui se détache d'elle.

Les deux classes d'ayants droit, actionnaires d'une part et assurés de l'autre, sont en conflit d'intérêt, en ce sens que les premiers désirent élever et les seconds abaisser le taux des primes le plus possible.

Le fonds des primes a toujours pour but de pourvoir en première ligne au règlement des sinistres. S'il les dépasse, l'excédent n'est pas rendu (sauf application de la clause de participation des assurés aux bénéfices), mais il est conservé par la Compagnie, c'est-à-dire par les actionnaires. Si les primes restent inférieures aux sinistres, la Compagnie aura fait un exercice en perte et elle devra solder les indemnités sur son capital ou sur ses réserves, à ses propres dépens.

Le véritable avantage de cette forme d'assurance, comparée à l'autre, réside dans une constitution financière plus solide, n'exposant pas les sinistrés à une réduction proportionnelle et leur faisant connaître le chiffre ferme de leur sacrifice.

734. — Sans parler de la lutte très vive engagée entre ces deux classes de sociétés qui cherchent à s'évincer réciproquement, il faut signaler les règles de droit auxquelles elles sont assujetties. Ces règles forment une législation d'exception ; il fallait sauvegarder une clientèle intéressante, les assurés, contre une rupture d'équilibre entre les ressources et les charges de la société et par conséquent contre l'inexécution des engagements que cette dernière a pris envers eux.

On distingue les sociétés d'assurance *autres que sur la vie* (1), les

(1) Les assurances autres que sur la vie peuvent concerner les risques les plus divers (incendie, vol, perte, destruction par accident d'automobile, etc...) : la tendance la plus récente, venue d'Amérique, est d'assurer un objet contre tous ces risques par une seule et même police (*assurance tous risques*). Parmi les types nouveaux d'assurances il convient de signaler l'*assurance crédit*, qui a fait depuis quelque temps en France de notables progrès. V. César ANCEY, *Les risques du crédit, l'assurance des crédits commerciaux*, 1927.

sociétés d'assurance *sur la vie*, les sociétés d'assurance *contre les accidents* (v. *supra*, n° 271 bis), et enfin les sociétés pratiquant des opérations de *réassurances*.

735. — *Sociétés d'assurance autres que sur la vie.* — Traitant d'abord des sociétés à prime fixe, nous nous limitons à celles qui seraient constituées en sociétés anonymes (ou en commandite par actions (1), la loi n'ayant pas réglementé celles, extrêmement rares, qui seraient fondées en sociétés par intérêts.

Ces sociétés anonymes ont été *affranchies* par la loi du 25 juillet 1867 de l'autorisation du gouvernement, comme les sociétés anonymes qui poursuivraient un autre objet d'exploitation. Mais cette loi a décidé qu'un règlement d'administration publique déterminerait les conditions sous lesquelles elles pourraient être constituées (art. 66, al. 2). Ce règlement était intervenu à la date du 22 janvier 1868. Il a été remplacé par le décret portant règlement d'administration publique du 8 mars 1922 (modifié par celui du 27 juillet 1922). Tandis que le décret de 1868 ne contenait que deux titres (I, sociétés anonymes d'assurances à primes; II, sociétés d'assurances mutuelles), celui de 1922 est divisé en quatre titres (I, sociétés d'assurances mutuelles; II, sociétés anonymes et en commandite par actions d'assurances à primes fixes; III, dispositions communes; IV, dispositions transitoires) et renferme en outre une section nouvelle (section VI du titre I) consacrée à l'importante matière de la réassurance. D'autre part, en dehors des innovations relatives à la constitution des sociétés d'assurances (règles sur le mode de rémunération des directeurs de mutuelles, art. 5, sur l'escompte des commissions, art. 24 et 54, etc.), pour lesquelles l'art. 66 de la loi de 1867 donne expressément délégation au pouvoir exécutif, les 60 articles du décret-règlement de 1922, édictent certaines règles touchant au droit contractuel de l'assurance, qui, en raison de leur caractère d'ordre public, s'imposent aux contractants malgré toute clause contraire de la police (telle, par exemple, la limitation de la faculté de résiliation de la police après sinistre, art. 32). Les Compagnies d'assurance contre l'incendie ont prétendu que les règles de cette dernière espèce ne pouvaient être édictées par décret, parce qu'exédant les obligations inscrites dans l'article 66 de la loi de 1867. Mais le pourvoi qu'elles ont formé de ce chef a été rejeté par un arrêt du Conseil d'Etat du 29 février 1924. On ne saurait le regretter, car les solutions du décret de 1922 constituent pour la plupart d'incontestables progrès, d'autant plus désirables que le législateur français ne paraît pas près de faire une loi sur le contrat d'assurance.

735 bis. — D'après le décret de 1922 (2), aux conditions, que doivent remplir les autres sociétés anonymes ou en commandite par actions,

(1) Le décret de 1868, par une bizarrerie inexplicable, ne visait que les sociétés anonymes d'assurances, non celles en commandite par actions. Le décret de 1922 a fait cesser cette différence injustifiable en soumettant au même traitement les deux catégories de sociétés.

(2) V. pour le commentaire de ce décret, BOSVIEUX, *Le nouveau régime des sociétés d'assurances*, Journ. des Soc., 1923, p. 145 et s.

selon la loi de 1867 elle-même, s'en ajoutent de nouvelles, notamment les suivantes : 1° nécessité d'un capital égal au moins à 1 million de francs (et, par conséquent, d'un premier versement, égal au moins, à 250.000 francs), [art. 50 du décret] ; — 2° publication obligatoire du bilan et du compte de profits et pertes, avec indication nécessaire de certaines pertes, indiquées par le décret (montant des frais de premier établissement, non amorties, montant des commissions escomptées non amorties, avec amortissement obligatoire en cinq ans au plus), art. 15 et 24 du décret, combinés avec l'art. 54 ; — 3° prélèvement annuel sur les bénéfices, en vue du fonds de réserve, et jusqu'à ce que celui-ci ait atteint le cinquième du capital, non plus de 5 mais de 20 0/0, art. 51 du décret ; — 4° obligation d'employer les fonds, à l'exception des sommes nécessaires aux besoins du service courant, et sous déduction des sommes afférentes aux opérations à l'étranger, en valeurs déterminées, art. 57 décr. ; — 5° obligation d'insérer certaines clauses dans les polices (indication des délais de prescription, etc.), art. 29 et 54, 32 décr.

L'administration ne peut, d'ailleurs, ni empêcher ces sociétés d'assurance autres que sur la vie de se former, ni les dissoudre. Les garanties des assurés consistent dans le placement des primes de l'année en valeurs solides, si la société a obéi à la loi (la pratique générale est que les primes soient versées d'avance pour chaque exercice), ainsi que dans l'exactitude des tarifs, se conformant aux probabilités scientifiques, sans que les pouvoirs publics les aient vérifiés. — Il est pourvu, chaque année, au règlement des sinistres, au moyen des primes de l'année, sans report à nouveau de la moindre partie des versements de l'assuré sur les exercices suivants.

736. — Les sociétés mutuelles d'assurance autres que sur la vie (1) sont également réglées par le décret du 8 mars 1922 (Titre I). Ces sociétés, avant 1867, étaient considérées par la pratique du Conseil d'Etat comme suivant le même régime que les sociétés anonymes : elles avaient besoin de l'autorisation, prescrite par l'art. 37 du Code de commerce. Elles en ont été affranchies, mais pour faire l'objet, elles aussi, d'une réglementation spéciale. Ce titre I, fort étendu, ne saurait être analysé ici : en résumé, les sociétés sont soumises à une procédure de constitution (2) et à un fonctionnement de rouages juridiques (assemblée générale annuelle, conseil d'administration, directeur (3), commissaire, etc.) empruntés au régime des sociétés anonymes. — Le sociétaire a, malgré toute clause contraire, la faculté de se retirer tous les dix ans, en prévenant six mois d'avance et en une forme déterminée, art. 55 décr.

{ L'acte constitutif et les pièces annexées doivent être publiées dans

(1) Ou agricoles. Sur le régime de faveur des sociétés d'assurances mutuelles agricoles, v. les lois du 4 juillet 1900 et du 15 décembre 1922, et le décret du 2 août 1923.

(2) Toute attribution aux fondateurs d'un droit quelconque sur les recettes ou sur les bénéfices de la société, représenté ou non par des parts, est désormais interdite, art. 2, 4° du décret de 1922.

(3) Les traités de gestion à forfait, soit avec un directeur, soit avec une entreprise distincte sont désormais interdites, art. 5 § 4 du décret.

le même délai que celui qui est imposé aux sociétés par actions et dans les mêmes endroits.

Les fonds de la société sont placés en valeurs déterminées dont l'art. 57 du décret donne l'énumération.

737. — Plusieurs questions, non tranchées expressément par le décret, restent controversées : notamment — le point de savoir si la société d'assurance mutuelle est une personne morale (l'affirmative n'est guère douteuse), — la sanction de la nullité, à l'égard d'une société, qui ne serait pas constituée en conformité du décret, ou qui n'aurait pas fait publier ses statuts (v. PERCEROU, note D. 1915, II, 33 ; HOUPIIN, *De la sanction des règles constitutives des sociétés d'assurances mutuelles*, dans le *Journ. des Soc.*, 1911, 145, et *Traité*, n° 1287).

738. — Des règles d'ordre transitoire sont édictées, à l'égard des sociétés d'assurance autres que sur la vie, préexistantes à la loi de 1867, donc formées avec l'autorisation du gouvernement, et qui voudraient aujourd'hui se transformer en « sociétés libres », par application de la loi de 1867 et du décret du 22 janvier 1868. Ces règles transitoires sont posées par l'art. 67 de la loi de 1867 : texte qui a donné matière à plusieurs interprétations. — Celle qui paraît la plus judicieuse veut que la transformation puisse se faire sans autorisation du gouvernement, à condition d'observer les formes requises pour la modification des statuts (LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 971 *ter*) : exception de faveur apportée à la règle, établie par l'art. 64 pour les sociétés anonymes ayant un autre objet (n° 698 *bis*) — L'administration inclinait, autrefois, vers un autre système, qui distinguait les anciennes « sociétés mutuelles » des anciennes « sociétés anonymes » d'assurance. Les premières seules auraient pu se dispenser de l'autorisation gouvernementale, pour réaliser une pareille transformation. Mais le Conseil d'Etat ne semble pas avoir persévéré dans cette interprétation, contraire, à la fois, au texte de l'art. 67 et à une saine logique. — Nous négligeons une troisième version assez fantaisiste, fournie par le commissaire du gouvernement en 1867.

739. — *Sociétés d'assurance sur la vie.* — Ces sociétés, d'un cadre étendu (puisqu'il comprend les assurances en cas de décès ou de vie, les combinaisons tontinières (1), la constitution des rentes viagères (2) ou de pensions de retraite), ont ce trait commun de baser leurs opérations sur des « calculs empruntés aux probabilités de durée de la vie humaine ».

Soit un individu de 30 ans qui veut s'assurer un capital de 100.000 fr. à son décès. Il a une chance sur 35 de mourir entre 30 et 31 ans, une sur 34 de mourir entre 31 et 32 ans, etc., jusqu'à 70 à 80 ans, où la

(1) Les entreprises d'assurances sur la vie à forme mutuelle ou tontinière sont soumises à des textes spéciaux (Décret du 12 mai 1906, modifié par celui du 27 juin 1922, v. *supra*, n° 271 *bis*).

(2) Une loi du 20 février 1922 édicte des règles spéciales relatives aux « entreprises françaises et étrangères ayant pour objet l'acquisition d'immeubles au moyen de constitution de rentes viagères ».

chance sera de 1 sur 2 et davantage. Il devrait donc servir des primes annuelles croissantes de 10.000/35, de 100.000/34, etc., soit de 2.800 fr., de 2.900 fr., de 3.000 fr., etc.

Mais il préfère acquitter des primes « constantes », qu'on ramènera à une moyenne de 3.200 fr., ce qui, dans les premières années, représentera un versement supérieur à la prime « vraie ». La Compagnie le crédite de ce versement. S'il meurt dans l'année, il sera payé avec les primes des autres (des survivants) et avec la sienne. S'il survit, la partie de sa prime afférente au risque de l'exercice (2.800 fr.) est épuisée par l'application qui en est faite aux sinistres ou par son virement au compte-bénéfices de l'assureur. L'autre partie (400 fr.), grosse des intérêts qu'elle a produits et qu'elle produira, est reportée à son avoir de l'exercice suivant, et ainsi de suite, afin de couvrir les insuffisances des années à venir, où la prime moyenne sera tout l'inverse plus faible que la prime vraie.

De là, une comptabilité stricte, dont l'explication technique doit être par nous omise, suivant laquelle la Compagnie se reconnaît, à tout moment de son fonctionnement, débitrice envers l'ensemble de ses assurés de la valeur actuelle de leurs contrats (*réserve mathématique des primes* (1), avec une contre-partie d'actif en placements, représentative de cette dette globale.

740. — Cette nécessité de « péréquation » dit assez les mécomptes auxquels seraient exposés les assurés, si les tarifs des primes étaient établis sur des bases inexactes ou sur un taux d'intérêt irréalisable, ou si les placements devaient manquer de solidité ou être l'objet de détournements. La surveillance des pouvoirs publics sur les entreprises d'assurance sur la vie s'impose au premier chef.

Jusqu'à une date encore récente, ces sociétés demeuraient régies par l'art. 37 C. com., et assujetties à l'autorisation préalable. Ainsi l'avait décidé l'art. 66, al. 1^{er}, de la loi de 1867. Cette prescription était vraie non seulement des sociétés anonymes, mais encore des tontines et des sociétés mutuelles sur la vie (avis du Conseil d'Etat du 1^{er} avril 1809, et ordonn. du 12 juin 1842).

Malheureusement, l'autorisation, accordée ou refusée discrétionnairement à ces sociétés (après production des statuts, des tarifs et de calculs justificatifs de l'intérêt espéré) n'était pas suivie d'une surveillance efficace sur les opérations de la société, à l'exception peut-être des sociétés tontinières. La société n'était passible que du contrôle que le gouvernement s'était expressément réservé sur elle en l'autorisant. Les actes d'autorisation se bornaient à la production semestrielle d'états de situation, avec obligation pour la société d'entrer en liquidation en cas de violation ou de non-exécution des statuts à la requête de l'administration. Il n'y avait point lieu à vérification par des commissaires administratifs des livres, de la caisse ou du portefeuille des sociétés. Un projet de règlement, imposant aux sociétés un contrôle plus étroit, avait été repoussé par le Conseil d'Etat en 1877, comme

(1) V. J. DE LA MORANDIÈRE, *De la réserve mathématique des primes dans l'assurance*, th. 1909.

excédant les pouvoirs dont la loi armait le gouvernement en la matière.

741. — A la suite d'une débâcle retentissante (*Caisse générale des Familles*), et surtout au vu de la fissure qui permettait aux sociétés de rente viagère d'échapper à ce régime d'autorisation (scandale de la *Rente viagère de Paris*) (1) il fallut aviser à des mesures nouvelles. Le gouvernement déposa un projet qui est devenu l'importante loi du 17 mars 1905. Cette loi repose sur les bases suivantes :

Nécessité pour les sociétés d'assurance sur la vie, tant mutuelles qu'à primes, d'obtenir du Ministre du commerce (aujourd'hui Ministre du travail), sur dépôt des statuts, des calculs de capitalisation et des tarifs, un *enregistrement* au *Journal officiel*, enregistrement qui ne pourra être refusé qu'en cas d'irrégularités commises ou d'atteinte aux lois, sous peine d'excès de pouvoir et de recours en Conseil d'Etat.

Emploi des versements en valeurs autorisées par décret (2), et parité des placements avec la réserve mathématique des primes, « ces réserves étant égales à toute époque à la différence entre la valeur des engagements respectivement pris par la société et par les assurés (art. 6) ».

Privilège général conféré aux assurés sur l'ensemble des valeurs de l'actif.

Nécessité pour la société d'avoir un capital social ou un capital de garantie *minimum*, ainsi que de prélever sur ses bénéfices une quotité déterminée par les décrets et destinée à former une *réserve de garantie*.

Contrôle des opérations de ces entreprises, sur pièces comptables et même sur place, par des commissaires contrôleurs, sans préjudice de comptes rendus annuels à remettre à l'administration.

Retrait de l'enregistrement si l'entreprise ne fonctionne plus en conformité des lois, décrets ou arrêtés ou de ses statuts, etc. (3).

Il a été établi, par la loi du 19 décembre 1907, un régime analogue à l'égard des *sociétés de capitalisation* ; ces dernières opèrent en dehors de toute considération de durée de la vie humaine, et s'engagent à servir par exemple 10.000 francs dans vingt ans à un souscripteur de bons d'épargne, moyennant des versements mensuels déterminés. C'est encore un régime analogue que la loi du 3 juillet 1913 applique aux *sociétés d'épargne* et que la loi du 21 mai 1921 applique aux *sociétés d'assurances nuptialité et natalité* (pour plus de détail sur ces textes, v. *supra*, n° 271 bis).

741 bis. — Jusqu'au vote de ces lois, les sociétés d'assurance sur la vie vivaient sous le contrôle platonique maintenu par la loi de 1867 à leur égard, pourvu qu'elles se fussent fait autoriser à l'origine.

(1) V. PERCEROU, « A propos de l'affaire Humbert-Crawford et de la Rente viagère », dans les *Annales de Droit commercial*, 1902, p. 137.

(2) Décret en forme de règlement d'administration publique du 9 juin 1906 (modifié par celui du 30 janvier 1924) relatif au placement de l'actif des entreprises d'assurances sur la vie.

(3) PANNIER, *De l'autorisation et de la surveillance des sociétés d'assurance sur la vie*, th. 1905.

Celles d'entre elles qui se constituaient en sociétés anonymes n'avaient pas même à se conformer aux règles de la loi de 1867 (souscription intégrale, versement du quart, etc.), établies à l'égard des autres sociétés anonymes (Cass., 9 mai 1879, S. 79, 1, 329) (voir cependant un système mixte défendu par MM. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 919) ; de même que celles qui existaient en forme mutuelle échappaient aux prescriptions du titre II du décret du 22 janvier 1868. Aujourd'hui ces sociétés ont dû par mesure transitoire se mettre en règle avec la loi du 17 mars 1905, loi qui a disposé d'un effet rétroactif à leur égard.

742. — *Sociétés d'assurance contre les accidents* (1). — Cette catégorie intermédiaire a été créée par la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Les sociétés d'assurances mutuelles ou à prime fixe contre les accidents du travail devant entraîner mort ou incapacité permanente, à la teneur de ladite loi, sont soumises par son article 27 à la surveillance ou au contrôle de l'Etat, et astreintes à constituer des réserves et cautionnements dans les conditions déterminées par un règlement d'administration publique, (décret du 28 février 1899 (plusieurs fois modifié depuis), et art. 27 de la loi de 1898 modifié par la loi du 31 mai 1905). Le montant des réserves ou cautionnements est affecté par privilège au paiement des pensions et indemnités.

Ces sociétés ne sont pas sujettes à autorisation préalable. Le fait que l'accident dont elles répondent pourra être mortel ne les transformerait point en « sociétés d'assurances sur la vie », c'est-à-dire en société basant leurs tarifs sur les chances de durée de la vie. Mais, à toute époque, le Ministre du commerce peut, par arrêté inséré à l'*Officiel*, après avis conforme du Comité consultatif des assurances, mettre fin aux opérations de la société, si elle ne remplit pas les conditions prévues par la loi.

Les communications de comptes rendus au Ministère et surtout la surveillance de commissaires contrôleurs sur place permettent à l'administration de suivre la marche de ces entreprises.

Le cautionnement, que la société doit déposer à la Caisse des dépôts et consignations en valeurs spécifiées, et dont les bases sont fixées par arrêté ministériel du 29 mars 1899, garantit la constitution éventuelle par le chef d'industrie du capital des pensions pour les cas où des accidents surviendraient.

La réserve mathématique, qui demeure entre les mains de la société, répond des pensions rendues liquides par les sinistres survenus. Elle égale le montant des capitaux représentatifs de ces pensions, capitaux dont le chiffre diffère suivant l'âge de la victime ou de ses parents,

(1) En dehors du recours à des sociétés d'assurance, la loi de 1898 (art. 26 ; *adde*, art. 6, l. 12 avril 1906) prévoit aussi la formation entre patrons de *syndicats de garantie*, v. ROJNITZA, *Les syndicats de garantie en matière d'accidents du travail*, th. 1914. — La loi du 25 octobre 1919 étendant aux *maladies professionnelles* la loi du 9 avril 1898 dispose (art. 8) qu'« un règlement d'administration publique déterminera les conditions spéciales dans lesquelles fonctionneront les *syndicats de garantie*, qui, concurremment avec les sociétés d'assurance, pourront garantir les employés contre les risques visés par la présente loi ». Quid des sociétés d'assurance contre le risque des *maladies professionnelles* ? La surveillance ou contrôle de l'Etat, prévus par l'art. 27 de la loi du 9 avril 1898, s'étendent-ils à elles ?

bénéficiaires de la rente établie par la loi. Pour le surplus, la loi de 1867 et le règlement du 8 mars 1922 sont applicables auxdites sociétés.

743. — *Sociétés de réassurances, sociétés étrangères faisant en France de l'assurance directe* (autre que l'assurance vie). Elles font l'objet d'une loi du 15 février 1917 qui les a soumises à la surveillance du Ministère du travail.

Les entreprises d'assurances de toute nature, françaises ou étrangères qui souscrivent ou font souscrire, exécutent ou font exécuter en France et en Algérie des réassurances sous quelque forme que ce soit, sont tenues de communiquer dans leurs bureaux aux agents assermentés du Ministère du travail tous leurs livres, registres... ou documents généralement quelconques se rapportant auxdites opérations (art. 1, l. 1917).

En outre les entreprises des assureurs étrangers pratiquant en France et en Algérie les opérations susvisées (réassurances) ou y faisant de l'assurance directe doivent présenter à l'acceptation du Ministère du travail un représentant responsable résidant en France (art. 2, l. 1917).

Enfin ces mêmes entreprises ou assureurs étrangers sont soumis en France à l'agrément du Gouvernement et astreints à y constituer un cautionnement ou des garanties dans les conditions déterminées par décret après avis d'un Comité consultatif spécial, si leur pays d'origine a pris ou prenait des mesures analogues à l'égard des sociétés françaises (art. 3, l. 1917).

Signalons enfin la loi du 23 février 1924 relative au régime fiscal des assurances contractées auprès des assureurs étrangers et ayant pour but de les soumettre aux mêmes droits et taxes que les contrats d'assurances passés avec des compagnies françaises.

CHAPITRE VI

DES SOCIÉTÉS DE FORME COMMERCIALE
ET D'OBJET CIVIL

(L. 1867, art. 66 ajouté par la loi du 1^{er} août 1893 ; l. du 7 mars 1925, art. 3).

744. — Les formes commerciales, celle de la commandite, celle de la société par actions et, plus récemment, celle de la société à responsabilité limitée sont très commodes. Beaucoup d'entreprises civiles par leur objet, telles que les *sociétés immobilières* (et autrefois les sociétés de mines (1)), y ont eu recours, au lieu de se constituer sur le type de la société civile, pure et simple (art. 1832 et suiv.).

745. — Cette adoption de la *forme commerciale*, par une société se proposant une exploitation civile d'après son objet, soulève une question de principe et des questions variées d'application, qui ne peuvent se trancher aujourd'hui de la même manière pour les sociétés *antérieures* et pour les sociétés *postérieures à la loi du 1^{er} août 1893*.

746. — I. **Sociétés antérieures à 1893.** — Un point est certain : la forme commerciale prise par une société civile ne la commercialise point (Voir nos généralités, nos 240 et 241). *Elle échappe à la faillite, à la compétence des tribunaux de commerce.* C'est l'opinion unanime.

Cette proposition en entraîne une autre, qui cependant est contestée. Constituée en commandite par actions ou en société anonyme, la société civile *n'a pas à suivre la loi du 24 juillet 1867*. Cette loi ne concerne que les sociétés commerciales. Au cours des débats de ladite loi, plusieurs amendements avaient été proposés, afin d'appliquer aux sociétés civiles les dispositions réglementaires qu'on instituait. Ils furent écartés, le gouvernement ayant promis de déposer pour les sociétés civiles par actions un projet de loi spécial (Crim. rej., 28 novembre 1873, D. 74, 1, 441, non application des délits des art. 15 et 42 ; *contra*, LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1181).

(1) Dans la région des charbonnages du Nord, des traditions anciennes ont donné à quelques-unes de ces sociétés une économie originale (Anzin, etc.). Le capital est divisé non en *actions*, mais en *sols*, qui se subdivisent en *deniers*, ou encore en *portions de fosses*. Ce sont des titres de quotité, cessibles par devant notaire. Les membres du Conseil d'administration sont nommés à vie, quelques-uns de ces fonctions sont transmissibles aux héritiers. Ou bien les administrateurs survivants désignent eux-mêmes leur nouveau collègue. C'est une organisation très aristocratique. Des dispositions récentes d'ordre fiscal (lois du 25 septembre 1919, art. 18, l. de finances du 31 juillet 1920 et 9, l. de finances du 31 décembre 1920, v. *supra*, n° 272 et *infra* n° 761 bis) paraissent de nature à provoquer chez nous la disparition, du moins la très grande diminution du nombre de ces sociétés de type archaïque. — Nous rappelons d'ailleurs qu'aujourd'hui (art. 5, l. 9 septembre 1919) l'exploitation des mines est un acte de commerce ; de sorte qu'actuellement les anciennes sociétés civiles de mines sont des sociétés *commerciales*. Mais comme la loi, peu conséquente avec elle-même, ne les oblige pourtant pas à adapter leurs statuts à la loi commerciale, ce sont des *sociétés commerciales à forme civile* !

747. — Cependant, l'adoption de la forme commerciale n'est pas dénuée d'effet. Le mode selon lequel nous nous groupons implique volonté de donner à nos engagements telle limite ou telle extension, et dans le cas particulier, le désir de suivre le statut du commerce, si la loi le permet.

Or, il y a dans le droit commercial des sociétés des *dispositions*, les unes *interprétatives des volontés*, les autres *relevant de l'ordre public*.

Les deuxièmes de ces dispositions doivent restées enfermées dans le cercle où la loi les a enfermées : on n'a pas le droit de placer une convention civile sous un statut impératif qui n'a été institué qu'en vue du commerce.

Mais les premières règles se prêtent à une généralisation. Quiconque forme une société civile sur le plan d'une société commerciale manifeste, par là même, son intention de se soumettre au régime commercial, aussi largement que l'y autorisera la liberté des conventions

Par là, va nous être donnée la clef des solutions pratiques.

748. — Les dispositions commerciales susceptibles, par application des données précédentes, de s'étendre aux sociétés civiles lorsqu'elles prennent une forme de commerce sont les suivantes :

1^o Si la société est en nom collectif, les associés répondront *solidairement*, et non plus seulement d'une manière conjointe et divisée, du passif social.

Le droit commun permet de traiter une obligation quelconque sous la foi de la solidarité. — Mais, en matière civile, la solidarité doit être *expressément* stipulée (art. 1202 C. civ.) ! — Répondons que la solidarité, résultant du titre pris de société en nom collectif, et d'une raison sociale, est assez catégoriquement exprimée.

2^o La *prescription de cinq ans*, qui éteint les actions des créanciers en période de liquidation (art. 64 C. com.), s'applique à une société civile de forme commerciale. — Un débiteur peut stipuler qu'il sera libéré par un temps plus court que trente années, par cinq années notamment. Le créancier qui accepte cette clause devra la respecter : il a renoncé à la prescription de trente ans. Ici les créanciers donnent acte à leur débitrice d'une stipulation semblable. Ils doivent donc en subir les effets.

3^o La société étant constituée par actions, les fondateurs ont pu diviser le capital en *actions nominatives, à ordre ou au porteur*, avec des certificats cessibles sans le consentement des autres associés (V. au surplus les lois fiscales et notamment celle du 5 juin 1850 sur le timbre, art. 14). — On montrera, à propos de la lettre de change, que la faculté de « négociier » le droit suivant les voies commerciales peut être insérée dans tous les titres de créance, civils ou commerciaux. C'est une règle rentrant dans l'autonomie des contractants. — De même pour la clause qui, malgré la mort d'un associé, fait continuer la société avec ses héritiers.

Mais, en revanche, les actions ne sont sujettes : — ni au versement de leur premier quart, — ni à l'établissement d'une liste notariée des souscriptions et des versements, — ni à la disposition qui suspend

leur conversion en titres au porteur jusqu'à entière libération (1). — Délivrées en représentation d'apports, elles échappent à la vérification en assemblée constitutive. — Car toutes ces dispositions résultent d'une loi, celle du 24 juillet 1867, qui n'atteint que les sociétés commerciales, laissant par conséquent à toutes autres entreprises le droit de ne s'y point conformer.

La loi de 1867 ne s'applique point davantage dans ceux de ses articles qui prescrivent : — le renouvellement périodique des administrateurs, — la nomination des commissaires, — la tenue d'assemblées annuelles, — ou lorsqu'elle érige en délit la distribution de dividendes fictifs (2).

749. — Cette liberté était d'autant plus étrange que l'organisation de rigueur des sociétés commerciales par actions tient non pas à leur *objet*, mais à la *forme de leurs titres*. Aussi a-t-il fallu trouver à un tel laisser-faire des contrepoids pour les sociétés civiles par actions. Autrement, l'épargne sera livrée, à l'occasion de celles-ci, aux brigandages de la finance : et le public traitera avec des entreprises sans consistance, privées d'un capital réel, et exemptes de tout contrôle des actionnaires.

La jurisprudence fait consister ces contrepoids : 1° autrefois, dans le *refus de la personnalité morale* aux sociétés civiles constituées en la forme commerciale, et 2° aujourd'hui encore, dans l'*engagement* nécessaire et personnel *de chaque associé au delà de son apport*.

750. — Il est inutile d'insister sur la première de ces propositions. Par suite de la non-personnalité, les créanciers, en cas de déconfiture de la société, devraient subir le concours des créanciers personnels des associés sur le produit du capital social, — la société ne pourrait être poursuivie par citation unique donnée au siège social, etc. — Mais ces conséquences sont repoussées aujourd'hui. La jurisprudence inaugurée en 1891 a reconnu la personnalité à toutes les sociétés, civiles ou autres. Même avant cette date, on devrait excepter les sociétés de *mines* par actions, dont la personnalité résulte de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810.

A nos yeux, la *personnalité dérive de la nature du contrat de société* (cfr. nos longues explications des nos 286 et s.). Si cet attribut est celui d'une société civile ordinaire qui ne fait aucun emprunt au commerce, il en est à plus forte raison de même d'une société civile qui, par la division de son capital en actions ou en parts d'intérêts, a rapproché la distance qui la séparait des sociétés commerciales, et a en outre rendu public son acte constitutif.

(1) Quand les actions ont été mises au porteur avant leur libération, la société pourra-t-elle agir pour le non-versé contre le souscripteur ? Celui-ci pourra-t-il, s'il a vendu le titre, exiger de son argent de change le nom de l'acheteur ? Cf. Cass., 18 novembre 1902, D. 1904, 1, 417, note THALLER.

(2) Si pourtant les statuts, comme il est arrivé souvent, déclarent la société fondée d'après la loi de 1867, toutes ces dispositions (sauf celles d'ordre pénal) reprendront empire. Cela tient à ce que les fondateurs ont promis aux souscripteurs et au public de s'y conformer : la loi de 1867 aura force de *contrat*, mais non pas *autorité légale*.

751. — Mais la deuxième assertion doit être examinée de plus près.

D'après les arrêts, dans les sociétés civiles à forme commerciale, *la limite de responsabilité, convenue au profit de l'actionnaire, ou du commanditaire dans les statuts, serait sans effet au regard des tiers.* Cette règle servira de frein contre les abus. Effrayée de la responsabilité indéfinie du souscripteur, l'épargne résistera mieux aux sollicitations des brasseurs d'affaires. En cas de déconfiture, les créanciers pourront obliger les associés à régler le découvert, — un million, dix millions, cent millions, — quand même la commandite se trouverait versée ou les actions libérées. L'associé, sans doute, ne sera tenu que divisément (on n'est plus en matière commerciale) ; mais, à concurrence de sa part virile (1), il sera tenu sur tous ces biens. Cette perspective va aiguïser sa vigilance.

La prescription cesse, il est vrai, si l'administrateur, *dans chacun de ses marchés*, prend la précaution de stipuler en faveur de ses commettants la limitation de responsabilité à la mise énoncée dans les statuts ; en d'autres termes s'il fait savoir à chaque créancier (chose peu conciliable avec la marche des affaires) que les associés sont engagés, celui-ci seulement pour 100, celui-là pour 1.000 fr., etc.

Cette jurisprudence prend son point d'appui sur l'art. 1863 C. civ., qui est d'ordre public : « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part » : PONT, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1884, p. 524 ; Req., 21 février 1883, S. 84, 1, 131 ; Req., 13 juin 1904, D. 1905, 1, 25, note PERCEROU).

752. — Tout au plus, afin d'atténuer ce que la règle a de rigoureux, un certain nombre d'arrêts ont-ils accepté l'un de ces deux tempéraments :

1° La *publication*, donnée aux statuts par le dépôt aux greffes du tribunal (de commerce) et de la justice de paix, *tient lieu de cette stipulation* de responsabilité limitée ; les créanciers alors devront restreindre leur poursuite à la valeur de l'apport.

2° Il en est de même lorsqu'on délivre au créancier au titre (certificat d'obligation, ou pièce de correspondance) portant la mention de « *société anonyme ou en commandite par actions* », avec énonciation du capital. Une pareille mention est de nature à instruire les tiers des conditions limitées de responsabilité de l'actionnaire.

753. — Cette doctrine fait aux commanditaires et aux actionnaires d'une société civile un sort très dur. Quel est, parmi les souscri-

(1) Ainsi, le porteur d'une action est placé sur un pied d'égalité avec celui qui en a cent : chacun doit prendre à sa charge le centième du passif (Cass., 13 juin 1904, D. 1905, 1, 25, note PERCEROU, et S. 1906, 1, 325, note WAHL ; Nancy, 6 avril 1905, D. 1908, 2, 1, et S. 1906, 2, 273). — Au surplus, que de difficultés quand les actions sont au porteur, les détenteurs actuels des titres étant inconnus ! Les souscripteurs primitifs sont-ils encore tenus ? On peut en douter. Le droit commun ne veut-il pas qu'ils soient libérés par *novation* (n° 623) ?

teurs d'actions d'une pareille société, celui qui a pu se douter d'une telle responsabilité pesant sur lui ? Un pareil régime, appliqué dans sa brutalité, entraînerait la ruine de nombreuses familles (précédent écossais de la « Banque de Glasgow » en 1878, menaces suspendues sur les actionnaires de la « Compagnie de Panama » et qui ont contribué à la réforme de 1893).

754. — Une thèse opposée peut être soutenue, étayée sur de solides raisons. Depuis la nouvelle jurisprudence de 1891, la société civile peut rendre les clauses de ses statuts opposables au public : c'est la conséquence de la personnalité. Un ensemble de biens, groupés en vue de répondre de certains engagements, se détache des patrimoines respectifs des membres de ce groupe : ils forment donc, quand les statuts le décident ainsi, un gage de poursuites à l'exclusion de tous autres biens.

L'actionnaire ou le commanditaire, en souscrivant à l'acte de société, s'engage à répondre des engagements sociaux, mais seulement dans la mesure d'une certaine somme : convention tout à fait licite.

On objecte l'art. 2092 : le débiteur est responsable sur tous ses biens !

Mais cette disposition n'est pas d'ordre public : il y peut être dérogé. Valable est l'assignation faite à un créancier d'un bien du débiteur à l'exclusion des autres biens. La restriction de responsabilité à une somme déterminée est donc également licite. Elle lierait le créancier traitant directement avec le débiteur. Pourquoi cesserait-elle de produire effet, faisant corps avec le pouvoir que le débiteur délivre à son mandataire ? Les créanciers ne sauraient dénaturer cette procuration, qui est leur titre de poursuite, leur titre indivisible. Ils doivent la prendre telle qu'elle est, avec ses limitations. C'est un formalisme mesquin, que d'exiger à chaque affaire nouvelle la répétition de la clause.

D'ailleurs rien, dans les précédents du Code civil ou dans les travaux préparatoires, n'autorise à interpréter l'art. 1863 comme le font les arrêts. Cet article veut dire seulement que, lorsque les associés traitent en leur nom propre, non pas ès qualités, ni par référence à l'acte de société, ils sont tenus d'une dette conjointe, car rien alors ne permet au créancier de soupçonner que le marché intéresse une société. Au contraire, si le marché a été conclu au nom de celle-ci, le créancier doit savoir dans quelle mesure les associés sont tenus. Par ce seul emploi de la signature sociale, l'administrateur « restreint l'obligation respective de chaque associé sur le pied de la part qu'il a voulu prendre dans les dettes ».

755. — Ces considérations sont vraies de la société anonyme comme des autres sociétés. Il est vrai que dans la société anonyme, aucun associé n'est indéfiniment tenu, alors que dans une commandite le passif se fixe sur un commandité, lequel le doit intégralement. Il peut sembler hardi de reconnaître, à la faveur des principes généraux, des dettes qui ne frapperont sans limite aucun patrimoine d'individu : les administrateurs, du moins, devront être tenus du passif sur leurs biens propres !

Mais il faut même repousser ce moyen terme. La clause limitative,

dans un contrat où il n'y a qu'un seul débiteur, est valable. Elle doit l'être aussi, lorsqu'ils sont un ou mille débiteurs réunis (LABBÉ, note magistrale dans S. 84, 1, 361 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 1077, 4°).

Cette possibilité pour l'individu de retrancher contre les créanciers tout son avoir, excepté le montant de la commandite ou de l'action, est assurément grave, en tant que droit successif et permanent, valable pour toute une durée d'exploitation. Mais la liberté contractuelle comporte une pareille stipulation.

756. — Malgré la gravité de ces raisons, cette thèse n'a pas triomphé en jurisprudence (Req., 13 juin 1904, précité).

757. — **Sociétés postérieures à la loi de 1893.** — Les sociétés par actions de date récente sont réglées autrement que nous ne venons de le dire. Le nouvel art. 68 ajouté à la loi de 1867 est ainsi conçu : « *Quelle que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi (loi du 24 juillet 1867) seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce* ».

Le législateur s'est décidé enfin, en 1893, à entourer les sociétés civiles par actions des mêmes garanties que les autres. Il pouvait hésiter entre deux partis : 1° déclarer que ces sociétés par actions, à objet civil, seraient soumises à la loi de 1867 sur les sociétés commerciales, mais qu'elles demeureraient d'ailleurs civiles de manière à éviter la compétence des tribunaux de commerce et la faillite (système italien) ; — ou 2° les rendre commerciales à tous égards (système allemand). — C'est ce deuxième parti qui l'a remporté, malgré les observations de M. BARDOUX.

Voici, pour ces sociétés nouvelles, les sous-distinctions à faire :

758. — 1° C'est une *société en nom collectif* ou *en commandite simple*. Tout ce que nous avons dit d'une société formée avant 1893 reste applicable. La société demeure civile : elle ne peut assurer au commanditaire la responsabilité limitée que si l'acte dont est issue la dette a spécialement restreint l'obligation du commanditaire au montant de la commandite (art. 1863 C. civ.).

Il est vrai qu'une décision de jurisprudence (Douai, 13 mai 1907, D. 1907, 2, 279) a étendu la loi de 1893 à une commandite simple ayant un objet civil, et que les termes de l'article visent la société *en commandite* d'une manière générale. Mais il est conforme à l'esprit de la loi de 1893 de la restreindre à la commandite par actions, car c'est des sociétés par actions seules que cette loi s'occupe par ailleurs. En ce sens : Cass. civ., 3 janvier 1912, *Journ. des Soc.*, 1912, 122, D. 1912, 1, 500. — *Contra*, cependant, Nîmes, 5 mars 1917, *Gaz. des trib.*, n° du 13 avril 1918, avec les observations critiques de M. LYON-CAEN.

759. — 2° La société nouvelle, quoique d'objet civil, se constitue *par actions*.

La société devient commerciale : — elle encourt la faillite ; — elle

relève du tribunal de commerce ; — elle doit tenir des livres ; — elle a la personnalité morale moyennant publicité des statuts.

D'autre part, l'actionnaire n'engage qu'une responsabilité limitée. La réglementation de la loi de 1867 s'exerce, avec ses sanctions civiles ou pénales (versement du premier quart, vérification des apports, maintien de la forme nominative jusqu'à la libération de l'action, assemblées générales, etc.).

760. — Un seul point a paru douteux. Quelle est la *nature juridique des actes* accomplis par ces sociétés ? Demeurent-ils civils (ce qui rendrait la société justiciable des tribunaux ordinaires pour les procès que ses créanciers lui font) ?

On a répondu affirmativement (LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1085) : la société devient bien commerciale en tant que personne ; mais ses opérations restent des actes civils par leur objet, l'art. 632 ne les visant point.

L'opinion contraire est préférable. Il serait anormal de ne pas traiter comme commerciales les opérations d'un commerçant qui se rapportent à son exploitation (Req., 17 juin 1907, *Ann. dr. com.*, 1908, p. 497) ; la loi établit une fiction de commercialité pour tous les actes des sociétés par actions (n° 13). Ainsi le veut le crédit des affaires : les travaux préparatoires sont expressifs pour consacrer cette solution.

Il n'y aurait de difficulté que pour déterminer la nature de ces opérations, lorsqu'elles portent sur des immeubles (sociétés immobilières) (1).

761. — La loi de 1893 ne rétroagit point. Les sociétés par actions *antérieures* à sa promulgation demeurent régies par le droit civil.

Toutefois, en vertu des dispositions transitoires, art. 7, *in fine*, ces sociétés peuvent se transformer en sociétés de commerce sous le régime de la loi nouvelle, « par décision d'une assemblée générale... réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'article 31 de la loi de 1867 » (transformation de la *Société des Immeubles de France*).

Cette faculté de transformation est donnée même aux anciennes sociétés civiles qui ont été constituées *autrement que par actions*. La rédaction de la loi ferait même croire que ce sont ces dernières seules qui peuvent en profiter. Mais les rapports parlementaires montrent qu'on a voulu établir une règle générale. Toutes sociétés civiles anciennes, tant celles qui se sont fondées conformément aux art. 1832 et s. C. civ., que celles qui avaient divisé leur capital en parts d'intérêt ou en actions, peuvent se transformer en *sociétés commerciales par actions*, à condition d'observer le Code de commerce et la loi de 1867.

761 bis. — Les sociétés, alors civiles, de mines, ont pu, comme toutes autres, user de l'article 7 *in fine* de la loi du 1^{er} août 1893, pour se transformer en sociétés anonymes. Mais, en ce qui les concerne, des dispositions plus récentes sont intervenues.

(1) V. à cet égard les dissertations de M. LACOUR, sous Paris, 10 juillet 1894, D. 95, 2, 105, et de M. WAHL, S. 96, 2, 57. Cf. THALLER dans les *Annales de droit commercial*, 1894, p. 136 et s.

Ainsi qu'il a été expliqué précédemment, aux termes de l'art. 5 de la loi du 9 septembre 1919, modifiant celle du 21 avril 1810 sur les mines, « l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce ; cette disposition s'applique aux sociétés civiles existantes... ». Les sociétés de mines sont donc désormais commerciales par leur objet. D'où il suit que celles qui se constituent depuis la promulgation de la loi du 9 septembre 1919 sont tenues d'adopter une forme commerciale. Il eût été logique d'en conclure aussi que celles constituées antérieurement devraient également adapter leurs statuts à la loi commerciale. Telle n'est pourtant pas la solution de la loi de 1919, puisque au contraire, son article 5 précité, après avoir décidé que les anciennes sociétés civiles de mines seraient commerciales par leur objet ajoute : « sans qu'il y ait lieu pour cela de modifier leurs statuts ». Il y a donc aujourd'hui des sociétés commerciales de mines à forme civile ! C'est là — étant donné la grande imperfection technique du type de la société civile — une solution étrange et qu'il est permis de trouver regrettable.

On paraît s'en être aperçu après coup et, depuis, diverses dispositions sont intervenues, de nature à déterminer les anciennes sociétés civiles de mines à se transformer en sociétés anonymes.

C'est d'abord *la loi du 25 septembre 1919* dont l'article unique permet aux « sociétés civiles de mines ayant leur exploitation en pays envahi ou dévasté par l'ennemi, de se transformer en sociétés anonymes par décision d'une assemblée générale... remplissant les conditions posées tant par l'acte social que par l'art. 31 § 4 de la loi du 24 juillet 1867 modifiée en 1913 », en ajoutant que « cette transformation ne sera pas considérée comme créant un être moral nouveau » et que — avantage fiscal considérable — « l'acte constatant l'augmentation du capital des dites sociétés sera enregistré au droit fixe de 3 fr. en principal, pourvu que l'augmentation soit réalisée exclusivement au moyen de valeurs prélevées sur le fonds social existant au moment de la transformation, sans que ce prélèvement donne ouverture à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières ».

C'est ensuite l'article 18 de la loi de finances du 31 juillet 1920, visant toutes les anciennes sociétés civiles de mines, qui les met dans l'alternative : ou bien de se soumettre pour l'établissement, la vérification et l'approbation du bilan annuel aux règles et obligations édictées pour les sociétés anonymes par la loi du 24 juillet 1867 — ce qui entraîne pour elles les inconvénients fiscaux de la forme anonyme, sans leur en procurer les avantages — ou bien, de se transformer en sociétés anonymes. Cette transformation — pourvu que l'acte qui la constate soit soumis à l'enregistrement dans le délai d'un an à dater de la promulgation de la loi — bénéficie d'ailleurs des mêmes exemptions fiscales que celles prévues par la loi du 25 septembre 1919 (art. 18, l. 31 juillet 1920, et art. 9, l. 31 décembre 1920 (1)).

(1) Ce régime paraît assez inutilement compliqué. Ainsi qu'on l'a écrit, « il eût été plus simple, puisqu'en tout état de cause il y a lieu de modifier les statuts, de décider que les sociétés civiles de mines... devront se transformer franchement en sociétés anonymes : vraisemblablement, elles le feront toutes, car elles n'ont aucun intérêt à être sociétés

761 ter. — Malgré l'obligation imposée par la loi du 1^{er} août 1893 aux nouvelles sociétés civiles par actions de se conformer désormais à la loi de 1867, on a vu un certain nombre d'entre elles tourner cette prescription par un procédé habile. Elles ne se sont point qualifiées « sociétés anonymes ou sociétés en commandite par actions », mais elles ont gardé le nom de sociétés civiles. D'autre part, elles ont divisé leur capital en « parts négociables », et ont introduit dans leur acte constitutif une clause limitant la responsabilité des associés au montant de l'apport, moyennant quoi, elles ont cru pouvoir échapper à la loi de 1867, demeurer valables et n'encourir aucune responsabilité pénale.

La jurisprudence a fini par frapper ces sociétés, en y voyant des sociétés par actions, déguisées. Leurs fondateurs ont été frappés des peines de la loi de 1867 (Crim. rej., 14 janvier 1905, D. 1906, 1, 129, note LE POITEVIN ; S. 1907, 1, 529), elles ont été déclarées nulles (Civ. cass., 7 janvier 1908, D. 1908, 1, 126).

Les statuts de ces sociétés sont rédigés généralement d'une manière équivoque, quant à l'article portant que les associés ne répondront que jusqu'à concurrence de leurs mises. S'il était dit que cette limitation ne concerne que les rapports des associés et qu'elle est inopposable aux tiers, la société serait valable quoique non fondée selon la loi de 1867, elle demeurerait civile (art. 1863 C. civ.), la négociabilité des parts ne s'opposant pas à elle seule à ce résultat.

C'est le fait de vouloir que la limitation de responsabilité produise effet « au regard des créanciers » qui entraîne violation de l'art. 68 inséré dans la loi de 1867 par celle de 1893.

En cas de doute sur le sens de la clause, nous pencherions à croire que les parties ont voulu que la limite de responsabilité se produisît *erga omnes*, et partant que la société est nulle (V. cependant les avis divergents exprimés sous Besançon, 27 mars, et Montpellier, 20 mai 1903, par MM. HOUPIIN, S. 1904, 2, 89 et PERCEROU, D. 1904, 2, 241, ainsi que sous les arrêts de la Cour de cassation, par MM. LE POITEVIN et WAHL, D. 1906, 1, 129, et S. 1907, 1, 529, et CHÉRON, dans les *Ann. dr. com.*, 1905, p. 199).

En tout cas, pour que, malgré l'émission d'actions, la société demeure une société civile, échappant à la réglementation des lois de 1867 et de 1893, il ne suffit pas que ses statuts réservent, comme principe théorique, l'application de l'art. 1863 C. civ., c'est-à-dire la responsabilité indéfinie de chaque associé, dans la mesure de sa part virile, à l'égard des créanciers sociaux. Il faut que cette responsabilité personnelle indéfinie des associés, théoriquement réservée, soit en outre susceptible d'être mise *pratiquement* en œuvre. Il faut que les créanciers sociaux puissent connaître les associés contre lesquels les statuts leur réservent le recours de l'art. 1863. Et, comme cela n'est pas en réalité possible lorsque les actions sont au porteur (puisqu'alors on ne peut suivre les traditions successives), il en résulte que toute société postérieure à la loi du 1^{er} août 1893, fût-elle à l'objet civil, qui émet des actions au porteur, est nécessairement commerciale et soumise aux

lois de 1867 et de 1893 ; Civ. rej., 16 novembre 1910, D. 1911, 1, 321, note PERCEROU.

762. — Aux sociétés, qui, civiles par leur objet, sont déclarées par la loi commerciales en raison de la forme qu'elles adoptent, il faut ajouter aujourd'hui, en dehors des sociétés par actions, la *société à responsabilité limitée* (art. 3, l. 7 mars 1925, v. *supra*, n° 725 bis). Les conséquences de cette commercialité par la forme sont en principe les mêmes qu'en ce qui concerne les sociétés par actions (v. *supra*, nos 759 et s.).

762 bis. — Elles ne se produisent pas, d'ailleurs, au point de vue fiscal. Par argument, plus ou moins exact, de l'art. 59 de la loi du 25 juin 1920, soumettant à la taxe sur le chiffre d'affaires « les personnes qui habituellement ou occasionnellement, accomplissent des actes relevant des professions assujetties à l'impôt sur les bénéfices industriels ou commerciaux » — ce qui, dit-on, marque la volonté du législateur de ne prendre en considération que la *nature propre des actes* — l'Administration admet qu'une société à objet civil, par exemple une société d'exploitation agricole, qui prend la forme anonyme ou à responsabilité limitée, n'en échappe pas moins à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et à la taxe sur le chiffre d'affaires. Il en serait autrement, toutefois, pour les sociétés de spéculations immobilières, l'art. 30 de la loi du 13 juillet 1925 assujettissant à ces impôts toute personne, qui achète habituellement des immeubles pour les revendre (marchands de biens) (1).

(1) ALLIX et LECERCLÉ, *L'impôt sur le revenu*, p. 348.

CHAPITRE VII

DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES (1)

(Nationalité des Sociétés. — Condition légale en France des sociétés étrangères, loi du 30 mai 1837).

763. — Ce sujet dépend, à vrai dire, du droit international privé. On se bornera à en tracer les lignes principales.

Les questions qui se posent dans cet ordre d'idées, sont aussi complexes et difficiles qu'elles sont importantes. Envisagées plus spécialement du point de vue français, elles se ramènent à deux essentielles, d'ailleurs étroitement reliées entre elles. Il s'agit : (A.) d'abord de déterminer les conditions à remplir par une société pour être française et jouir des droits attachés à cette qualité, ou d'une façon plus générale, de déterminer le signe distinctif auquel se reconnaîtra la nationalité d'une société (*question de la nationalité des sociétés*) ; puis (B.) étant donné qu'une société est étrangère, de fixer sa condition légale en France (*question de la condition légale des sociétés étrangères en France*).

Ces deux questions sont juridiquement distinctes. Mais, en fait et dans la réalité des choses, elles sont intimement liées. N'est-il pas évident en effet, qu'il ne servira pas à grand'chose de nous défendre contre l'invasion des sociétés étrangères de certains pays, si — faute de conditions assez rigoureuses, mises à l'acquisition par une société de la qualité de société française — les ressortissants de ces pays nous envahissent par un autre moyen, plus dangereux parce que sournois, à savoir par le moyen et sous le masque d'une société en apparence et légalement française, mais actionnée, en réalité, par des étrangers. Pour organiser un système efficace de défense, il faut prévoir les deux côtés du problème. C'est là une vérité sur laquelle l'expérience cruelle

(1) BIBLIOGRAPHIE. — LYON-CAEN, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, 1870 ; BINEAU, *Des sociétés commerciales en droit international privé*, 1893 ; LEVEN, *De la nationalité des sociétés et de ses effets juridiques*, 1899 ; BOSSERT, *De la situation juridique en France des sociétés commerciales étrangères*, 1900 ; ARMINJON, *Les sociétés étrangères en Egypte*, 1906 ; *Des conflits de juridiction relatifs aux sociétés en droit égyptien*, 1911 ; EM. VERCAMER, *Des sociétés de commerce constituées en pays étranger*, 1913 ; PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, p. 161 à 239, 1914 ; THALLER, *Esquisse de réforme de la législation des étrangers, particulièrement dans les rapports franco-allemands*, 1917 ; PEPY, *De la nationalité des sociétés de commerce*, th. Paris, 1920 ; CUQ, *La nationalité des sociétés*, th. Paris, 1921 ; R. MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, th. Paris, 1923 ; René GOIN, *Etude sur l'évolution de la nationalité des sociétés en France*, th. Paris, 1924 ; Et les discussions à la Société de législation comparée : sur la condition légale des sociétés étrangères en France (Bulletin 1914, p. 82 et 118), et, un rapport de M. Ch. LYON-CAEN sur la nationalité des sociétés (Bulletin 1916, p. 405 et s., et 1917). Adde : PERCEROU, *La nationalité des sociétés* (essai sur l'état actuel de la question en France) dans les *Annales de droit commercial*, 1926, p. 5 ; M. LEVEN, *De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France*, 1926 ; NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* (*Revue de droit international privé*, 1927, p. 402).

de la grande guerre nous dispense d'insister, mais qu'il importe d'avoir toujours présente à l'esprit.

764. — A. *Nationalité des sociétés.* — A quelles conditions une société est-elle française, et à l'inverse, à quelles conditions est-elle étrangère ?

Les idées, à cet égard — sinon les textes qui, pas plus depuis 1914 qu'auparavant, n'existent sur ce point en droit français — ont sensiblement changé, par l'effet de la guerre.

Le système jusqu'alors généralement admis, et dominant, en tout cas sans conteste en jurisprudence, se peut résumer comme suit. Il faut considérer, en France, comme étant étrangère, toute société, qui a son *siège social en pays étranger*. Il importe peu que son exploitation ait lieu en France ou dans un pays différent, dans le pays, où est son siège ou ailleurs. Soit une compagnie, qui exploite une mine ou une fabrique sur notre territoire, mais dont les réunions du conseil d'administration, ainsi que les assemblées générales, se tiennent à Londres : c'est une société anglaise.

Réciproquement, toute société, qui a son *siège en France* est française. Parmi les sociétés françaises, les unes poursuivent leur entreprise dans l'intérieur du territoire ou dans les colonies. Leur nationalité n'est pas contestable. Mais d'autres, tout en ayant chez nous leur centre de direction, accomplissent à l'étranger l'ensemble des opérations de leur trafic (concession hors de France d'un chemin de fer, d'un service d'éclairage, des travaux d'un port, culture de domaines). Cette nature d'attache qu'elle a avec l'étranger, n'empêche pas une telle société d'être française, du moment que c'est dans un lieu de France qu'elle a son siège statutaire, c'est-à-dire tous ses pouvoirs ou la plupart de ses pouvoirs délibérants (1).

A sa constitution ou à son fonctionnement s'appliqueront toutes les règles des chapitres précédents. — Elle devra, à peine de nullité, publier ses statuts dans le ressort de son siège. — Si elle est constituée sous la forme d'une société par actions, elle devra se conformer, à tous égards, à la loi de 1867 ; *tout* son capital sera soumis au régime fiscal français ; l'admission de ses titres à la cote de nos Bourses s'effectuera de la même manière que pour les titres d'une société française, qui exercerait ses opérations en France.

C'est donc par incorrection de langage qu'on appelle « étrangère » une entreprise, fondée par l'épargne française, lorsqu'elle doit mettre en valeur des richesses « à l'étranger ». En réalité, cette entreprise demeure française, pourvu toutefois que son siège soit établi en France.

764 bis. — Il faut revenir à l'idée, d'après laquelle le siège social détermine la législation dont dépend une société. Car cette proposition n'est pas unanimement admise.

(1) La Compagnie de l'isthme de Suez ne répond pas exactement à cette formule. Elle a son conseil d'administration et tient ses assemblées générales en France. Elle s'est constituée cependant comme société égyptienne (en se modelant, il est vrai, sur le droit français), avec une simple agence à Alexandrie.

Faute de pouvoir régler la nationalité d'une société, comme celle d'un individu par la filiation (*jus sanguinis*), on a dû la déterminer par son attache au territoire (*jus soli*). Elle aura donc la nationalité, que lui communique l'Etat auquel elle est attachée.

Mais cette attache pourrait se comprendre de diverses manières :

1° *Siège principal d'exploitation* (LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1167 ; WEISS, *Traité élém. de droit intern. privé*, p. 149). Pays, où se trouve le réseau de chemin de fer concédé à la société, où se traitent les affaires d'assurances, de la Compagnie, etc. On vient de dire que ce n'est pas le système généralement accepté. Si l'exploitation s'exerce concurremment dans divers pays, le *criterium* échappe !

2° *Lieu de confection des statuts*. — Ce système encouragerait la fraude ; il suffira alors, pour les fondateurs, d'aller dresser leur acte de constitution à Bruxelles et de revenir le lendemain en France, pour que la société fût belge.

3° *Nationalité des associés*. — Tel associé peut être Allemand, tel autre Italien. En quoi cela prouve-t-il que les intérêts de cette société se concentrent en Allemagne ou en Italie ?

4° *Lieu des souscriptions* (1), c'est-à-dire pays de provenance des fonds composant le capital. — Ce serait raisonnable, car les actionnaires, en souscrivant, se croient protégés par leur propre loi. Mais, si les souscriptions sont ouvertes, à la fois, dans plusieurs Etats, ou si les actions, par le fait du mouvement international des titres, passent du marché d'un pays dans celui d'un autre, le signe devient instable.

764 ter. — Comme signe distinctif de la nationalité, on a donc pris le *domicile* (tel qu'il est entendu plus haut, dans le chapitre de la personnalité des associés, n° 309). On a fait abstraction de la nationalité et du domicile personnel des membres. On s'est arrêté au *siège social*.

Mais ce siège social doit être *réel*, et non simplement *simulé*. Les tribunaux auront toujours le pouvoir de démasquer une fraude consistant à établir le siège de la société à Bruxelles, dans l'unique but de se soustraire à la loi française, et avec l'intention de faire tenir à Paris les réunions des pouvoirs dirigeants.

Cette solution est conforme à l'idée que, à défaut du lien du sang, le domicile constitue pour une personne, l'élément prédominant de son statut. La jurisprudence est en ce sens [Cass., 20 juin 1870, D. 70, 1, 416], quoiqu'elle n'ait pas dégagé son opinion sous une forme assez précise. Cependant, il résulterait de décisions récentes que la question doit se résoudre en fait plutôt qu'en droit, et que la société devrait être reconnue pour française, même sans avoir son siège social en France, pourvu qu'elle ait chez nous un intérêt sérieux (Trib. civ.

(1) On pourrait songer à faire état du pays où aurait été souscrit le capital, ou au moins la majeure partie du capital, non afin de constituer ce pays générateur de la nationalité, mais afin d'imposer que l'établissement du siège social, vrai *criterium* à suivre, se fasse dans le même Etat que celui où ont eu lieu les souscriptions. Bref, la loi qui gouverne la société est bien celle de son siège administratif. Mais le choix du pays où fonctionne ce siège ne devrait pas être libre. Le fait d'avoir recueilli les souscriptions dans un pays imposerait l'obligation d'y établir également l'administration de la société, et de se conformer à la loi en vigueur, Cf. THALLER, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 257.

Lille, 21 mai 1908, S. 1908, 2, 177, note DEMOGUE, et D. 1910, 2, 41, note PERCEROU).

765. — Au surplus, le pays du siège social se confondra toujours en fait, dans les Compagnies par actions, avec celui de la *confection des statuts*.

On peut même soutenir qu'une société anonyme ou en commandite par actions doit nécessairement établir son acte constitutif dans le ressort de la souveraineté, qui lui donne sa nationalité. Pour sa validité, cette société doit se fonder d'après les prescriptions de sa loi d'origine, tantôt française, tantôt belge, etc. (voir *infra*, n° 768), laquelle impose des statuts, soit en forme notariée, soit en forme d'acte sous seing privé, mais avec nécessité, alors, de les déposer en l'étude d'un officier public. Comment cette condition serait-elle remplie auprès d'un fonctionnaire d'Etat différent ? La maxime *locus regit actum* ne paraît pas applicable. La rédaction des statuts, « dans le ressort même du territoire » fait corps avec les formalités, auxquelles est subordonnée la constitution de la société, à la teneur de la loi nationale, qui la régit.

On peut même aller plus loin et soutenir qu'il est nécessaire — non seulement qu'une société anonyme ou en commandite par actions établisse ses statuts dans l'Etat dont elle veut prendre la nationalité — en se constituant conformément à sa loi — mais en outre qu'elle y établisse son siège social : car, parmi les règles édictées par la loi de l'Etat intéressé, figure très généralement, (tel est le cas, par exemple en France) l'obligation de publier les statuts en des journaux déterminés, au lieu du siège social : ce qui implique que celui-ci est situé en un lieu, où la loi de constitution exerce son empire.

766. — Tel était le système très généralement suivi en France, pour déterminer la nationalité d'une société, avant la guerre de 1914. Depuis, des faits nouveaux sont survenus.

Le Décret du 27 septembre 1914, sanctionné pénalement par la loi du 4 avril 1915, ayant « interdit le commerce avec l'ennemi », on fut amené à se demander si, pour déterminer à ce point de vue, le caractère ennemi d'une société, il fallait rester fidèle au criterium du siège social ? La jurisprudence, en général, se prononça, surtout au début, pour l'affirmative (1).

Puis, lorsque la circulaire du Garde des Sceaux du 8 octobre 1914 eut recommandé la mise sous séquestre des intérêts Austro-Allemands, une question analogue se posa, relativement à ceux de ces intérêts, qui se trouvaient engagés dans une société. Allait-on soustraire les intérêts ennemis à cette mesure, par cela seul que la société, dont ils faisaient partie, avait son siège en France ? Pareille solution était, évidemment, inadmissible. Rapidement, une jurisprudence abondante se forma, pour mettre sous séquestre les actions ou parts sociales appartenant à des ennemis, où que fût le siège social, et même — lorsque, par l'importance des capitaux ennemis engagés dans l'affaire, par la natio-

(1) Rouen, 3 novembre 1915, S. 1916, 2, 57 ; 19 janvier 1916, *Gaz des trib.*, 30 mars 1916 — *Contra* : Cass. crim., 18 juillet 1919, *Rev. dr. int. pr.*, 1920, p. 128.

nalité des principaux associés ou du personnel directeur, il apparaissait que la société avait pour but essentiel de servir les intérêts économiques ennemis — pour placer sous séquestre la société toute entière (1). Le séquestre total s'étendit ainsi à toute société « contrôlée par l'ennemi ». C'est précisément de cette expression que se sert l'article 297 b. du traité de Versailles, où il dit que « ... les Puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant... à des ressortissants allemands ou à des sociétés *contrôlées par eux...* » (2).

Il est remarquable que, pour l'application des mesures de séquestre, la majeure partie de la jurisprudence, pas plus que le traité de Versailles, ne parle de la « nationalité » ennemie de la société, mais du « contrôle de la société par des ressortissants ennemis ». Sans doute, les deux idées se tiennent, et il y a là une réaction salutaire contre les abus de la nationalité des sociétés, telle qu'elle était comprise avant la guerre. Cependant, on n'affirme pas que les sociétés mises sous séquestre, parce que contrôlées par des ennemis, doivent nécessairement, pour autant, être considérées, à tous égards, comme possédant la nationalité ennemie (voir le n° suivant, 766, première note) (3).

La question s'est également posée devant les *tribunaux arbitraux mixtes*, institués par les traités de paix, pour juger les litiges entre les ressortissants des Etats alliés ou associés et les ressortissants de puissances ennemies. Ces tribunaux n'étaient donc compétents, à l'égard d'une société, que si celle-ci était ressortissante d'un Etat allié ou associé, ou d'une Puissance ennemie. Pour trancher cette question, ces tribunaux se sont également attachés à l'idée de *contrôle* (Trib. arbitral mixte franco-allemand, 31 août 1921, *Rec. des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, t. I, p. 401 : cf. 30 novembre 1923, D. H. 1924, 131).

766 bis. — Sauf une réaction bienfaisante contre le criterium unique du siège social, et l'indication utile, mais bien vague, qu'il ne saurait suffire, la jurisprudence du temps de guerre ne résout donc point le problème de la nationalité des sociétés. En réalité, la question doctrinale demeure ouverte (4) et ce n'est, semble-t-il, que par voie légis-

(1) Paris, 7 juillet 1916, CLUNET 1917, p. 226 avec les conclusions de l'avocat général GODEFROY, Cf. Req., 10 juillet 1915, *Rev. de dr. int. privé*, 1916, 250 (société personne interposée) ; Trib. civ. Seine (référés), 18 novembre 1920, *Journ. des Soc.*, 1922, 451 (Une société en commandite gérée par un Français ou un allié ne peut être placée ou maintenue sous séquestre, quelle que soit l'importance de la commandite fournie par les ex-ennemis).

(2) Sur la portée de l'article 297 du traité de Versailles, v. Douai, 24 décembre 1923, D. H., 1924, 194.

(3) Un référé du 16 octobre 1915 considère le fait qu'une partie du capital social appartient à des Allemands comme « une circonstance qui ne modifie en rien son statut au point de vue de sa nationalité », Seine, référé 16 octobre 1915, CLUNET, 1917, 225.

(4) Cf. Paris, 17 décembre 1919, *Journal des Sociétés*, 1920, p. 404. — Nous ne voyons pas — comme on l'a pourtant écrit (PILLET et NIBOYET, *Traité de droit international privé*, n° 237 *in fine*) — qu'« une solution quelconque soit préférable au système du siège social » : car, avant de détruire, il faut savoir ce que l'on mettra à la place, et nous aimerions à savoir quelle est « la solution quelconque » que l'on propose pour l'avenir ? A cet égard nous ne pensons pas (comme on semble pourtant souvent le croire) que la formule du contrôle, telle qu'on l'a pratiquée sous le régime des séquestres, fournisse la

lative qu'elle pourra recevoir une solution un peu précise. A l'heure actuelle le seul criterium positif paraît bien être celui du siège social, auquel la jurisprudence s'attache à nouveau (v. Montpellier, 3 mai 1926, S. 1926, 2, 75, et la note H. R.).

En législation, quelle doit être cette solution ?

Pendant la guerre divers projets et propositions de lois — n'envisageant, d'ailleurs, que certains côtés, et non les plus importants, du problème (spécialement le droit pour une société, de se dire « française ») — avaient été déposés au Parlement, qui semblent aujourd'hui oubliés.

Dans la doctrine, — sans parler de ceux qui prétendent qu'une société n'a pas et ne doit pas avoir de nationalité (1) — deux grands courants se partageant l'opinion. Les uns, s'en rapportant à la nationalité des associés ou des capitaux, pour déterminer celle de la société, demandent qu'une société anonyme ne puisse se dire française, et se placer sous l'empire de la loi française, que si la majorité de ses capitaux sont et demeurent français (2). Mais un tel système, au premier abord séduisant et satisfaisant, en théorie, supposerait, pour fonctionner d'une façon sérieuse, en pratique, que les titres demeurent nominatifs pendant toute la durée de la société, et soulève, par là même, en l'état actuel des mœurs françaises, de très graves objections. D'autres personnes (3), plus modestement mais plus pratiquement, semble-t-il, à l'heure actuelle, se contenteraient d'exiger que la société eût son siège social en France et que son personnel de direction au sens large du mot, (administrateurs, directeurs.....) fût, en majorité, français ; — sauf à exiger, pour certaines sociétés poursuivant une exploitation d'intérêt général et tenant ainsi une place particulièrement importante dans l'économie nationale, des conditions plus rigoureuses, pouvant aller jusqu'au maintien obligatoire de la forme nominative des titres, pendant toute la durée de la société (4).

solution du problème. Elle peut servir quand il s'agit de prendre à un moment donné contre une société une mesure de défense, basée sur la nationalité des personnes qui, soit comme bailleurs de fonds, soit comme dirigeants, ont à ce moment une action prépondérante dans la société. Mais elle est inapplicable quand il s'agit de fixer de façon durable et pour une longue période de temps la loi que la société devra suivre pour se constituer et pour fonctionner : parce que, à supposer que l'on puisse suivre les transmissions de titres (ce qui pratiquement n'est pas possible avec le titre au porteur), il faudrait alors — chaque fois que, par l'effet des négociations internationales de titres, la nationalité de la majorité des porteurs aura changé — que la société se transformât pour se placer sous l'empire de la loi nationale de cette majorité. Une société ne pourrait vivre dans de telles conditions.

(1) Si par là on veut dire simplement que les effets de la nationalité des sociétés ne sauraient être identiquement les mêmes que les effets de la nationalité des individus il est évident que l'on a raison. Mais si, par là, on prétend que la notion de nationalité, prise en soi et dans tous ses effets, est inapplicable aux sociétés, il nous semble que l'on a tort : car il faut bien qu'une société, sujet de droit, se rattache à un Etat dont elle devra, tant pour se constituer que pour fonctionner, observer la loi. Cf. ARMINJON, *loc. cit.* Seulement, prise sous cet aspect, peut-être la question rentre-t-elle plutôt dans la catégorie des questions de conflits de loi que des questions de nationalité proprement dite ?

(2) THALLER, *Esquisse de réforme de la législation des étrangers*, précité, Revue politique et parlementaire, 1917.

(3) LYON-CAEN, *Bulletin de la Société de législation comparée, locis citatis*.

(4) Un décret du 19 février 1925 décide que jouiront des droits reconnus aux Français, par le traité de 1858 entre la France et la Chine pour la protection de leurs intérêts en

767. — Condition légale en France des sociétés étrangères (loi du 30 mai 1857). — Occupons nous maintenant des sociétés étrangères, au sens rigoureux du terme. Mainte société étrangère opère en France. Elle manifeste son existence sur notre territoire, à un double point de vue :

1° Pour faire en France des *opérations d'exploitation* : ce qui se produira de diverses manières.

Parmi ces sociétés, les unes ont en France un siège secondaire, une succursale. Les autres traitent leurs affaires par des commissionnaires français ou par des agents voyageurs. D'autres enfin contractent sans déplacement et par correspondance, depuis le pays, où elles ont leur siège.

De là des contrats conclus avec des Français, des différends entraînant procès.

2° Pour faire le *placement* de ses titres sur notre marché de Bourse et de banque, lorsqu'elle est par actions.

La société cherche en France ses souscripteurs, ou bien c'est en France que les premiers porteurs introduisent les titres et les font circuler. Elle sollicite l'épargne française (Ex. : sociétés anglaises des mines du Transvaal).

768. — Il y a donc deux catégories de problèmes à élucider : l'exploitation de ces sociétés et la circulation de leurs titres en France ne sont pas soumises à une même organisation.

I. *A quelles conditions une société étrangère peut-elle opérer en France ?*

D'après les règles du statut personnel, la capacité d'un être physique ou juridique se détermine conformément à la loi nationale de cette personne, et cela même dans les autres Etats, où elle viendrait à se prévaloir de son existence. En appliquant cette idée à une société, on dira :

La société doit se constituer d'après la loi de son siège social, et c'est également cette loi, qui fixera les conditions de son fonctionnement. Elle n'aura pas à observer, en outre, les dispositions prescrites, pour la fondation des sociétés, par la loi d'un Etat différent avec les citoyens duquel elle entretiendra des affaires, ou sur le territoire duquel elle fondera des comptoirs. La mission des tribunaux français, lorsqu'une société étrangère voudra se faire admettre chez nous à l'exercice d'un droit, sera de rechercher si cette société a observé, pour se fonder, non pas nos lois françaises, mais les lois de son propre Etat.

Si cet Etat exige encore l'autorisation gouvernementale pour les sociétés anonymes (Grèce), la société devra se la faire délivrer dans son pays. — S'il laisse à ces sociétés une liberté complète ou relative

Chine les sociétés constituées en Chine conformément aux lois françaises et immatriculées sur le registre spécial des consulats ; cette immatriculation est soumise aux conditions suivantes : 1° observation de la loi française pour la constitution de la société ; 2° nationalité française du personnel de direction ; 3° nationalité française d'associés possédant au moins la moitié du capital social. Ce décret a été abrogé et remplacé par le décret du 7 janvier 1927, qui n'exige plus la nationalité française que des deux tiers du personnel dirigeant et de 35 0/0 du capital.

(Angleterre, statuts de 1862, 1900, 1907), la société échappe au système réglementaire de notre loi de 1867. — S'il a une réglementation moins sévère que la nôtre, c'est cette réglementation adoucie qui prévaut, etc.

769. — Supposons cette condition remplie : la société étrangère s'est constituée en conformité de sa loi d'origine. Aura-t-elle la faculté d'opérer en France, soit en y traitant des marchés, soit en y créant des agences ? Aura-t-elle le libre accès des tribunaux, avec l'égalité de droits des sociétés françaises ? ou plutôt avec l'égalité de droits d'un étranger *individuel* ?

L'étranger, sans avoir, en droit civil, la plénitude des droits d'un Français (art. 11 C. civ.), dispose, au contraire, en matière commerciale, de tous les avantages appartenant à ce dernier. Il n'est soumis qu'à la menace d'expulsion, et à l'obligation, lorsqu'il attaque en justice un Français, de fournir la *caution judicatum solvi* (L. 5 mars 1895, tempérée par la convention de La Haye du 17 juillet 1905, v. *supra*, n° 146). Faut-il étendre ce régime libéral aux sociétés ?

770. — On doit répondre affirmativement pour les *sociétés par intérêt*. Certains auteurs y ajoutent, peut-être à tort, les sociétés en commandite par actions.

On suit purement et simplement, à leur égard, le statut personnel. Il suffira pour elles, de s'être fondées suivant la loi de leur pays, quand même leurs associés, pris individuellement, seraient des Français.

Elles disposeront de la personnalité en France, quant aux conventions, qu'elles y feront ; elles se prévaudront de leurs statuts, afin de déterminer la responsabilité de leurs associés. Toutefois, si elles veulent établir en France une succursale, elles doivent aujourd'hui (loi du 18 mars 1919) se faire immatriculer au registre du commerce (v. *supra*, I^e et II^e Parties, registre du commerce).

771. — A l'égard des *sociétés anonymes*, on a adopté un système différent. La réglementation de la société anonyme est considérée comme rentrant dans les *lois de police et de sûreté*, qui sont *essentiellement* territoriales : le respect de ces lois s'impose à tous ceux, qui opèrent dans le pays, quelle que soit leur origine.

La loi française ne peut s'en rapporter à une réglementation étrangère, sur laquelle on ne l'a point consultée. Cette loi, à ses yeux, peut ne donner de protection, ni à l'épargne, ni aux fournisseurs ; ni aux actionnaires, ni aux créanciers.

A ce motif de prévention s'en ajoute un autre, plus instinctif que raisonné. A cause de l'étendue de ses ressources et de son personnel, la société anonyme est un agent de production comparativement plus fécond que les autres modes d'entreprise. Si la société, comme il est probable, a apporté à l'étranger ses éléments de capital et de travail, la part de profit, destinée à faire retour à l'étranger, dans la richesse par elle élaborée en France, dépassera celle, que les nationaux, grâce à elle, auront recueillie ; le pays prend ombrage de cette inégalité de répartition.

La conséquence de ces raisons de défiance serait que la société anonyme étrangère ne dispose en France d'aucune capacité, — ou qu'elle doit se mettre en règle avec la loi de 1867, résultat à peu près irréalisable dès l'instant qu'elle a dû se conformer à sa loi à elle, probablement inconciliable avec la nôtre.

Toutefois, on a également rejeté cette interdiction, qui, par mesure de rétorsion, aurait fermé à nos propres sociétés anonymes les marchés de l'étranger (1).

Et de là, le régime établi par la loi du 30 mai 1857. Il oblige à faire une distinction entre les sociétés, suivant leur pays d'origine.

772. — 1° *Dépendent-elles d'un Etat, au profit duquel le gouvernement français a rendu ou rendra un décret général d'habilitation ?* Il s'agit là d'une décision gouvernementale française, applicable à un Etat, « pour ses sociétés anonymes ou autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation gouvernementale, et qui l'ont obtenue chez elles ».

Le décret général, délivré *in globa* à toutes les sociétés d'un même Etat, témoigne que le système sous lequel elles sont fondées à l'étranger est suffisamment protecteur pour notre épargne et pour notre commerce.

Ce régime n'a pas été aboli par la loi du 24 juillet 1867 : celle-ci supprime seulement l'autorisation administrative pour nos sociétés anonymes indigènes. L'autorisation, donnée en vertu de l'ancien art. 37 C. com., était *spéciale* à chaque société qui l'obtenait, avec l'approbation de ses statuts par le Conseil d'Etat, et avait un tout autre caractère que le régime de 1857 (2).

Presque tous les Etats de l'Europe (et les Etats-Unis d'Amérique) bénéficient de décrets de cette nature : un des derniers promulgués concerne la Roumanie (17 décembre 1908).

La Belgique peut se prévaloir nommément de la loi de 1857 elle-même. Le pouvoir, qu'ont les sociétés de ce pays d'opérer en France ne pourrait leur être retiré que par une loi nouvelle.

(1) L'étude de la condition légale des sociétés étrangères en France comporte comme contre-partie celle de la condition légale des sociétés françaises à l'étranger. Sur cette dernière question qui déborde le cadre de ce traité, v. notamment les rapports au Congrès de droit comparé tenu à Paris en 1900 (Section de droit commercial, PERCEROU, rapporteur général) et, plus récemment BARAZZETTI, *Le régime des Banques étrangères dans les principaux Etats*, *Annales de droit commercial*, 1921 ; LEPAULLE, *De la condition des sociétés étrangères aux Etats-Unis d'Amérique*, 1923 ; LOEB, *Les sociétés étrangères aux Etats-Unis*, *Journ. des Sociétés*, 1923, 43 ; BRAUN, *Des sociétés de capitaux aux Etats-Unis*, 1923.

(2) On avait autrefois soutenu (THALLER, *Journ. des Soc.*, 1881, p. 50, 106 et 312) que la loi de 1857 n'était applicable qu'aux sociétés anonymes étrangères autorisées dans leur pays : ce qui, à part l'Angleterre, constituait alors le droit commun de l'Europe et même celui de la France. Le fait, par un Etat, d'avoir proclamé plus tard, à l'exemple de notre loi de 1867, la liberté de ses sociétés anonymes, enlevait par là même à celles-ci le droit d'opérer sous aucun prétexte en France, et leur faisait perdre le bénéfice du décret français. — On se fondait pour le dire sur la rédaction même de cette loi du 30 mai 1857. — Mais cette opinion n'a pas rallié la majorité des opinions, elle a été condamnée par la Cour de cassation (Civ. cass., 28 avril 1902, sur les conclusions du procureur général BAUDOUIN, D, 1902, 1, 281).

D'autres Etats, spécialement l'Angleterre, disposent, pour leurs sociétés du même avantage, en le tirant d'une autre source, à savoir de traités diplomatiques (v. *infra*, n° 774).

En sorte qu'il est vrai, en fait, de dire aujourd'hui que les sociétés des Etats européens les plus importants peuvent opérer en France d'après leur statut personnel.

773. — Ces sociétés peuvent « exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois françaises ».

La formule est ambiguë. En réalité, ces sociétés relèvent de leur *loi d'origine*, pour la validité de leur constitution, et pour l'organisation de leur personnel. Sous réserve de ce que nous dirons pour le cas d'introduction de leurs titres sur le marché français, elles n'ont pas, en principe, à faire publier leurs statuts en France. Toutefois, depuis la loi du 18 mars 1919, si elles veulent établir en France une succursale, elles doivent se faire immatriculer au registre du commerce (V. *supra*).

Seulement les marchés, qu'elles font en France, sont réglés par le *droit français* ; — elles ne peuvent pas déroger chez nous aux dispositions d'ordre public, telles que la loi des loteries ; — leurs agences françaises seront redevables de la patente (aujourd'hui, impôt cédulaire sur les bénéfices commerciaux) ; — et, lorsqu'elles font un procès à un Français, elles seront assujetties à la *caution judicatum solvi* (à moins d'en être exemptées par un traité diplomatique : convention internationale de Berne sur les transports par chemin de fer, convention de La Haye de 1896, etc.).

774. — La condition des sociétés anonymes d'Angleterre en France et inversement, est déterminée par des *conventions diplomatiques* (traité du 30 avril 1862, leur accordant les mêmes droits qu'aux sociétés françaises, note PIC, D. 1911, 1, 401).

Quant aux sociétés anonymes d'Allemagne, elles pouvaient valablement opérer chez nous, en vertu du *traité de Francfort*. La clause, dite de la *nation la plus favorisée*, assurait aux *ressortissants* de l'Allemagne en France, sous condition de réciprocité, les avantages, qui viendraient à être reconnus aux ressortissants des autres puissances ; et notre jurisprudence (Cass., 14 mai 1895, S. 96, 1, 161) avait fini par étendre cette disposition aux sociétés commerciales (1).

Le traité de Versailles n'a pas reproduit cette clause, de sorte qu'à s'y tenir, les sociétés anonymes allemandes n'avaient pas d'existence légale en France. Aujourd'hui, la question est réglée par l'article 26 de l'Accord commercial entre l'Allemagne et la France, signé à Paris le 17 août 1927 (protocole du 30 juin 1928 et loi du 25 août 1929 autorisant la ratification). Cet article 26, dont la concision et la clarté ne paraissent pas être les qualités dominantes, est ainsi rédigé :

« Les sociétés par actions et autres sociétés commerciales, y compris les sociétés industrielles, les sociétés financières, les compagnies d'assurances, les compagnies assurant les communications et les

(1) Le bien-fondé de cette interprétation avait soulevé de sérieuses protestations doctrinales. V. la dissertation de M. LYON-CAEN, en note, S. 96, 1, 161.

« compagnies de transport ayant leur siège sur le territoire de l'une des
 « Hautes Parties contractantes et existant régulièrement, d'après les
 « lois de cette dernière, doivent également être reconnues par l'autre
 « Partie contractante comme existant régulièrement.

« La régularité de leur constitution et leur capacité d'ester en justice
 « seront appréciées d'après leurs statuts et d'après la loi de leur
 « pays d'origine.

« L'activité des sociétés établies sous la législation d'une des Hautes
 « Parties contractantes, en tant qu'elle s'exerce sur le territoire de
 « l'autre, sera soumise aux lois et règlements de celle-ci.

« Si l'une des Hautes Parties contractantes soumet à une autorisa-
 « tion préalable et révocable (1) l'activité commerciale sur son terri-
 « toire d'une société de l'autre Partie contractante, celle-ci aura le
 « droit d'en agir réciproquement à l'égard des sociétés de la première.

« Les Hautes Parties contractantes sont toutefois d'accord pour
 « ne pas établir, par le moyen de l'autorisation préalable, une entrave
 « à l'établissement des sociétés exerçant une activité généralement per-
 « mise aux sociétés des autres pays, et pour ne pas révoquer l'autorisa-
 « tion une fois donnée, sinon en raison de contravention aux lois et
 « règlements du pays, s'interdisant, en outre tout refus ou révocation,
 « fondé uniquement sur des raisons de concurrence économique.

« Les Sociétés de chacune des Hautes Parties contractantes pour-
 « ront, en se conformant aux lois et règlements de l'autre, posséder ou
 « affermer sur son territoire des biens meubles et immeubles et y exer-
 « cer leurs droits ou leur industrie : elles auront libre et facile accès au-
 « près des tribunaux. Dans tous les cas les sociétés ci-dessus mention-
 « nées jouiront, après leur admission (2), des mêmes droits qui sont
 « ou seront accordés en ces matières, aux sociétés de même nature
 « de la nation la plus favorisée. Toutefois la clause de la nation la
 « plus favorisée ne permettra pas à l'une des Hautes Parties contrac-
 « tantes d'exiger pour ses sociétés un traitement plus favorable que
 « celui qu'elle accorderait aux sociétés de l'autre Partie ».

774 bis. — L'organisation indiquée ci-dessus — d'où résulte pour les sociétés par actions ressortissant d'un Etat bénéficiaire d'un décret général d'autorisation ou d'un traité la plus grande liberté d'opérer en France et de s'y établir, sans aucun examen de chaque cas individuel — témoigne d'un libéralisme très grand, d'aucuns pensent excessif, surtout si l'on considère les conditions fort rigoureuses faites dans

(1 et 2) Il paraît bien résulter de ces dispositions, encore que singulièrement confuses, que le système de l'autorisation spéciale à chaque société, tel qu'il fonctionnait en Allemagne avant 1914 — c'est-à-dire résultant non pas de la législation d'Empire, mais du droit particulier de chaque Etat, l'autorité administrative de chaque Etat étant appelée, en vertu de ce droit, à autoriser préalablement ou à refuser, après examen de chaque cas particulier, l'installation d'une société anonyme sur son territoire — se trouve maintenu (puisque l'article 26 prévoit le cas où : « l'une des Hautes Parties contractantes soumet à une autorisation préalable, l'activité commerciale sur son territoire d'une société de l'autre Partie contractante », et plus loin, parle de « l'admission préalable des sociétés ». La sévérité de ce régime allemand contraste avec le libéralisme du régime français, et il est permis de s'étonner que dans un « accord commercial » des clauses précises n'aient pas été introduites pour faire cesser cette inégalité.

maints pays étrangers aux sociétés anonymes françaises. Elle a soulevé, particulièrement en matière de sociétés d'assurances, des protestations justifiées, qui, sur ce point, ont abouti à des réformes législatives. La législation anglaise (et celle des Etats-Unis) admet les sociétés de ce genre à se fonder sans autorisation du gouvernement et sous un régime de contrôle atténué. Les succursales de ces sociétés, établies en France, ont fait à nos propres sociétés une concurrence rendue intolérable par suite de la liberté de placement de leurs réserves. — La loi des assurances du 17 mars 1905 a mis fin à cette inégalité. Les sociétés étrangères sont, pour leurs agences de France, soumises à un statut réglementaire et à des dispositions, sinon identiques, du moins similaires à celles imposées aux sociétés françaises (1). De même, en vertu des lois du 19 décembre 1907 et du 3 juillet 1913, les sociétés étrangères de capitalisation (l. 1907) ou d'épargne (l. 1913) sont soumises à un régime en principe identique (enregistrement préalable des statuts, etc.) à celui des sociétés françaises du même genre (sauf toutefois que la nécessité de placer leur actif en certaines valeurs déterminées ne concerne, lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères, que la portion d'actif correspondant aux opérations faites par elles en France).

775. — Au total, un décret général de notre gouvernement, ou la stipulation résultant d'un traité international, est indispensable, pour permettre à une société anonyme étrangère de se prévaloir d'un droit quelconque en France.

776. — On aurait compris un régime plus favorable, qui n'aurait exigé ce décret ou ce traité que pour habiliter la société à fonder des *comptoirs* chez nous. Même à défaut de décret ou de traité, elle aurait pu devenir créancière de Français et plaider devant nos tribunaux, à condition de ne pas créer d'agences sur notre territoire. Cette distinction n'a pas été faite. Toutefois, un projet déposé par le gouvernement, en 1903, à la suite du projet de modification de la loi de 1867, propose de consacrer cette distinction (2).

777. — On comprendrait, tout à l'inverse, un régime plus sévère que celui qui est actuellement en cours, et basé sur la même distinction. Le décret général de notre gouvernement habiliterait seulement la société étrangère à traiter des affaires avec des Français et à ester en justice devant nos tribunaux. Mais il ne suffirait pas à lui conférer le droit de « constituer un établissement » sur notre sol ; pour posséder ce dernier avantage, la société devrait faire reconnaître ses statuts par le gouvernement français.

C'est ainsi que le régime des sociétés étrangères est compris dans certains pays, notamment en Roumanie (3).

(1) LEYRIS, *De la condition en France des sociétés d'assurances sur la vie étrangères*, 1901 ; I ANNIER, *De l'autorisation et de la surveillance des sociétés d'assurances sur la vie*, 1905 ; *Revue de droit international*, 1907, p. 85.

(2) Ce projet a été repris par M. CHASTENET, comme proposition de loi déposée par lui à la Chambre des députés le 29 mai 1911, *J. off.*, Ch. Doc. parl., 1911, n° 981, p. 394.

(3) Cf. THALLER, *Esquisse, etc. précité*, *Revue politique et parlementaire*, 1917.

778. — 2^o *S'il s'agit, d'autre part, de sociétés anonymes originaires d'Etats, en faveur desquels n'a point été rendu de décret général, le droit d'agir, de contracter, de plaider en France, du moins comme demanderesse* (Trib. Seine, 23 juillet 1910, *Nordiske Forlag*, c. Mme Sarah-Bernhard, *Revue de droit international privé*, 1911, 666) (1), leur est absolument refusé.

Toutefois, étant assignées comme défenderesses, elles ne peuvent se prévaloir devant nos tribunaux de leur irrégularité, ni arguer d'une contravention faite aux lois, pour se placer dans une condition meilleure que si elles les avaient observées.

779. — II. Nous passons à l'examen du deuxième problème, que soulèvent les sociétés étrangères en France. La *circulation des titres* émis par ces sociétés, est soumise à des règles spéciales, qui n'ont rien de commun avec celles, qui ont été proposées plus haut (2).

En temps normal — et réserve faite des dispositions spéciales de guerre encore en vigueur (nécessité d'une autorisation du ministre des finances pour émettre ou mettre en vente, en France, des valeurs étrangères, art. 31, l. 31 décembre 1920, maintenant en vigueur jusqu'à une date à déterminer par décret l'art. 1 de la loi du 31 mai 1916, en ce qui concerne les valeurs étrangères) — les sociétés étrangères font valablement négocier leurs actions en France sur le *marché libre*, et même les y font *souscrire*, à la seule condition pour ces actions d'être émises ou négociées en conformité de leur loi nationale. Il importe peu que la société, dont les titres sont ainsi souscrits ou négociés, dépende ou non d'un Etat en faveur duquel notre gouvernement a rendu un décret d'habilitation, d'après la loi du 30 mai 1857.

Mais il y a une restriction importante à faire. Elle concerne l'*admission de ces actions à la cote de nos Bourses*, par les chambres syndicales d'agents de change. L'admission n'est possible qu'autant que les Bourses de leur pays l'ont déjà décidée, et seulement lorsque les actions ont un taux de 100 francs au moins et sont libérées du quart ; le tout, sous réserve d'opposition par le Ministre des finances (D. 6 février 1880, et 1^{er} décembre 1893).

La loi de finances du 30 juin 1907, art. 3 (voir n^o 573 bis), ne se borne pas à exiger la publication d'une notice, pour l'émission ou l'introduction sur le marché français de valeurs, dépendant d'une société étrangère. Elle exige, à l'égard de celles-ci la publication *intégrale* des statuts, en langue française, dans le *Bulletin* annexé au *Journal Officiel*, formalité rendue dispendieuse par cette insertion textuelle et *in extenso*.

780. — Au point de vue fiscal (3), les titres (4) des sociétés étrangères

(1) Mais voir aujourd'hui le décret du 16 mai 1914 qui reconnaît les sociétés *Danoises* en France. Sur le droit pour les sociétés russes d'ester en justice en France, v. la note de M. NIBOYET, sous Bordeaux, 2 janvier 1928, au S. 1928, 2, 161.

(2) V. LAGARDE, *De l'émission de titres en France par des sociétés étrangères*, th. 1926.

(3) JANNIOT, *Les valeurs étrangères mobilières et les trois taxes*, 1921 ; VEYRIÉRAS, *Les sociétés étrangères en France* (sociétés possédant des biens ou faisant des opérations en France) 1922 ; MAGUÉROT et TASSAIN, *Répertoire fiscal du commerce et de l'industrie*, 1923, v. *Valeurs mobilières*, n^{os} 2 et 234 à 352.

(4) Les sociétés étrangères dont les titres ne circulent pas en France, mais qui y pos-

sont soumis en France, à une organisation très pointilleuse, qui vient d'être améliorée quelque peu par les art. 5 à 9 de la loi du 31 juillet 1929 portant dégrèvement d'impôts.

D'après la législation antérieure, les titres des sociétés étrangères ne pouvaient être cotés en Bourse (tout au moins au Parquet) que si la société contractait, auprès de l'Administration de l'Enregistrement, un abonnement, en vue d'acquitter les droits de timbre, la taxe de transmission et l'impôt sur le revenu sur les titres, qu'elle voulait faire ainsi coter en Bourse. Le nombre de titres, passibles des taxes françaises, c'est-à-dire « la quotité imposable » est déterminée de façon plus ou moins arbitraire par l'Administration : et, pour garantir le paiement des taxes au Trésor français, la société doit faire agréer préalablement par le Ministre des finances un représentant responsable. Ce régime, dit de l'abonnement, empêche, le plus souvent, la société de récupérer l'impôt sur le porteur des titres, et oblige la société à porter les frais d'abonnement aux frais généraux. Il a pu subsister (1), tant que, d'une part les impôts français n'ont pas été trop lourds et que, d'autre part, les sociétés étrangères ont eu un besoin pressant du marché de Paris. Malheureusement, la guerre 1914-1918 a, de ce double point de vue, modifié la situation ; et le régime de l'abonnement avait maintenant pour effet d'éloigner du marché français les bonnes valeurs étrangères, dont on ne demandait plus la cotation à Paris, ou que même l'on désabonnait.

C'est pour tenter de parer à ce danger que les art. 2 à 9 de la loi du 31 juillet 1929 offrent une option aux intéressés (2). Désormais les sociétés étrangères désireuses de faire souscrire leurs titres en France, ou d'en assurer la négociation en France et de les y faire coter, peuvent choisir entre deux systèmes. Elles peuvent, comme par le passé, recourir au régime de l'abonnement et, dans ce cas, les impôts dus sur la quotité imposable sont les mêmes que pour les titres des sociétés françaises (0,20 0/0 pour le timbre, 0,50 0/0 pour la taxe de transmission ; 18 0/0 pour l'impôt sur le revenu).

Mais — et c'est là l'innovation — il est possible aussi, sans recourir à l'abonnement, de faire quand même souscrire les titres en France, de les y négocier et de les y faire coter (même au Parquet). A cet effet le titre doit être préalablement timbré au comptant (4 0/0 de sa valeur nominale au cours du change). Le titre ainsi timbré ne paye pas de taxe de transmission ; mais ses coupons sont soumis à l'impôt sur le revenu au tarif de 25 0/0 (au lieu de 18 0/0 pour les valeurs abonnées). Toutefois, si le titre étranger non abonné est déposé contre un récépissé nominatif dans un établissement de Banque agréé par l'Administration, l'impôt frappant le revenu de ce titre est ramené à 18 0/0.

sèdent des biens productifs de revenus sont soumises à la taxe sur le revenu pour une quotité fixée par l'administration, v. la note suivante (art. 3, décret 6 décembre 1872).

(1) Il comportait d'ailleurs déjà un exécutoire en ce sens que les titres des sociétés étrangères non abonnées pouvaient néanmoins, à la condition d'être timbrés au comptant, circuler en France et même être cotés en coulisse.

(2) Sur le régime nouveau institué sur la loi du 31 juillet 1929, v. *Bulletin Fiduciaire*, 1929, p. 323 et s.

CHAPITRE VIII

SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE ET SOCIÉTÉS
COOPÉRATIVES DE TYPES DIVERS .

(L. 1867, modifiée par l. 1893, titre III, art. 48 à 54, 58, alinéa 3 et 62).

781. — En tête du chapitre précédent a été faite une observation qui comporte ici une remarque sinon identique, du moins de même ordre. Ce sujet n'a avec nos études qu'un lien indirect. Il se rattache moins au droit commercial qu'à l'économie politique ou aux problèmes généraux de la mutualité (1).

Le type de la société à capital variable a été établi par la loi du 24 juillet 1867, afin de servir la cause de la coopération ; cependant, ni ce mot n'est reproduit, ni les pensées qu'il évoque ne sont expressément visées dans cette partie de la législation. Ce sont seulement des lois récentes, s'échelonnant de 1894 à 1920, qui ont réglementé séparément divers types de sociétés coopératives (consommation, crédit, production) ; et, à l'heure actuelle nous n'avons pas encore en France de loi d'ensemble sur la coopération.

Il faut donc tout d'abord tenter ce travail de synthèse dont le législateur s'est abstenu et chercher à ramener, en tant que cela est possible, la *société coopérative* à une idée d'ensemble. On comprendra mieux ensuite la fonction occupée par la *société à capital variable*.

782. — I. De la coopération. — A la rigueur, toute société est une *coopération*. Mais on doit prendre ce terme dans un sens plus étroit. C'est surtout de la *mutualité* que la *coopération* se rapproche, à tel point que les frontières qui séparent l'une de l'autre sont assez indécises (2).

Le trait propre à la coopération n'est point la prédominance de l'*apport de travail* sur l'*apport de capital*. Car, même dans une société ordinaire, il arrive souvent à l'associé d'apporter exclusivement son industrie. Dans une société coopérative, il est plus vrai de dire que les deux apports se combinent ensemble, qu'ils se réunissent sur la tête de la même personne.

« Coopérer » ne signifie point *opérer ensemble*, mais *travailler avec*. La société coopérative est celle qui travaille *avec* ses propres associés.

L'associé y occupe un double rôle, il est à la fois : 1° membre de la société, dont il encourt les risques, avec un droit déterminé dans ses

(1) V. CAUWÈS, *Traité d'économie politique*, III, p. 293 et s. ; GIDE, *La coopération, conférences de propagande*, 1900, *Les sociétés coopératives de consommation*, 1904 ; PIC, *Les lois ouvrières*, n° 1339, et la bibliographie abondante produite par ce dernier ouvrage ; GOUTEIX, *Du régime légal des sociétés coopératives en droit français*, th. 1901 ; Alfred NAST, *Principes coopératifs et exposé synthétique de la législation*, 1919, *Code de la coopération*, 1928 ; B. LAVERGNE, *L'ordre coopératif*, 1927.

(2) CHEYSSON, *Coopération et Mutualité* (Réf. soc., 1^{er} décembre 1900) ; DESCHAMPS, *Des caractères juridiques fondamentaux de la Mutualité*, 1911 ; THALLER, *Annales de droit commercial*, 1913, 44.

bénéfices ; et 2° d'autre part, tantôt le client et tantôt l'agent de main-d'œuvre de cette même société.

Le chiffre d'affaires de la société résulte des rapports qu'elle a échangés avec ses propres associés : ceux-ci lui réservent leurs achats ou viennent emprunter, faire escompter leur papier auprès d'elle.

Si la société a dans ses ateliers des ouvriers intéressés à sa marche, c'est parce que ses associés sont *ses propres ouvriers*.

783. — Ce cumul de rôles tend à des résultats économiques variés, qui différeront d'une coopérative à l'autre. Mais ce qu'il se propose toujours, c'est la *suppression d'un intermédiaire*. Intermédiaire patron dans les ateliers coopératifs. Intermédiaire négociant ou banquier dans les autres formes.

La suppression du patron fait hausser le salaire, en le transformant en une part de bénéfices, ou plutôt en abolissant le bénéfice : on enlève au commerce son caractère de lucre, on organise la fonction sociale de la distribution des objets de consommation ou de l'argent, de la manière économiquement la plus utile (SCHAR, dans l'*Union coopérative*, 1^{er} janvier 1904). La suppression du marchand fait arriver le produit au consommateur à meilleur marché. Résultat qui n'est possible qu'à la condition de lier ensemble, pour la répartition des bénéfices : 1° l'apport de capital, et 2° le service rendu sous forme de clientèle ou de main-d'œuvre.

Soit une maison coopérative de consommation de produits alimentaires dans laquelle *Primus* prend une action de 25 fr.

784. — a) Le dividende dû à cette action, quand finira l'exercice, ne sera pas le seul bénéfice que *Primus* attend de la société. Autrement, il serait un actionnaire quelconque, faisant travailler son argent : il ne poursuivrait plus le but d'économie attaché à la coopération. Or, d'après certains statuts, ce dividende doit se limiter à un faible intérêt, d'un taux de 4 à 5 0/0 qui ne sera point dépassé : d'après certains autres statuts, la part sociale n'obtient, comme telle, aucune rétribution. Elle ne peut, en tout cas, recevoir plus de 6 0/0 du capital versé (art. 3, l. 4 mai 1917 sur les coopératives de consommation).

b) Mais, en sa qualité d'acheteur à la société, *Primus* possède un compte autre que celui de son action. Ce compte, plus ou moins élevé suivant les années, se chiffre d'après les livraisons qui lui ont été faites. Il a été facturé pour ses prises de fournitures d'après le cours du commerce de détail (c'est la manière générale de faire) ; donc il n'a pas encore trouvé d'avantage à être le client de cette maison plutôt que d'une autre.

785. — c) L'avantage apparaît après l'inventaire. 1° Une portion des bénéfices (7 0/0 par exemple) est attribuée aux associés, en tant qu'*acheteurs de marchandises*, et au *pro rata* des livraisons qui leur ont été faites dans l'année précédente ; 2° L'autre portion seulement leur revient au titre d'*apporteurs de fonds* et de copropriétaires du capital social, d'après le nombre de leurs actions. Encore venons-nous de voir que ce n'est pas toujours vrai, que dans bon nombre de sociétés

tout le bénéfice est réparti au *prorata* des ventes, et que, dans les coopératives de consommation, le capital versé ne peut en aucun cas recevoir sur les bénéfices un intérêt supérieur à 6 0/0.

Il y a lieu à la même décomposition dans les ateliers coopératifs. L'ouvrier a son salaire fixe. Mais, en outre, il touche une part des bénéfices annuels, calculée d'après ce salaire totalisé, sans préjudice d'une autre part correspondant à sa mise de fonds, cette dernière pouvant être absente ou limitée.

786. — Bref, cette portion de bénéfices afférente, soit à la somme des achats qu'on a commandés, soit au travail d'ouvrier qu'on a fourni, fait en définitive que la somme de ces achats a été moins coûteuse, que la main-d'œuvre a été mieux rétribuée. Cette portion forme un *boni de restitution* (ristourne) ou un *supplément proportionnel de salaire*, plutôt encore qu'un véritable bénéfice.

787. — D'après ces caractères, on peut serrer davantage la conception juridique de la société coopérative. C'est une *société qui approvisionne ses propres membres en denrées, en marchandises, ou qui leur procure l'habitation ou des avantages d'argent, ou encore qui recrute parmi ses membres son personnel de main-d'œuvre*, de manière à répartir les bénéfices aux associés (ou sociétaires) au *prorata* du chiffre annuel d'affaires ou de travaux de chacun d'eux avec la maison.

788. — Il importe de dépouiller cette analyse de toute équivoque. Que penser d'une société qui constituerait son capital avec les fonds provenant d'une catégorie de personnes n'ayant droit qu'à un intérêt limité et qui traiterait ses ventes, ses marchés de travail, etc., avec une catégorie différente, celle-ci étant bénéficiaire des « bonis de restitution » pour tout ce qui dépasserait l'intérêt servi aux associés ?

Cette combinaison, voisine du régime de coopération avec adjonction d'adhérents, dont nous reparlerons, ne serait pas illicite. Mais elle formerait une société ordinaire, admettant sa clientèle à participation aux bénéfices. La limitation des bénéfices à un taux *maximum* ne répugne pas, avons-nous dit, à la notion de la société (n° 236).

On ne serait plus alors en face d'une coopérative, celle-ci exigeant la réunion de la qualité de client et de celle d'associé dans la même personne (*Contra* : VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, n° 558 et s.).

Les deux fonctions ne doivent pas être scindées. Elles sont indivisibles. Autrement, la coopération perdra son véritable nerf. L'ayant droit n'a pas seulement intérêt à toucher un « boni de restitution » en fin d'année. Pour assurer ce boni, il désire, en outre, que la société s'approvisionne auprès de producteurs ayant des marchandises de choix ou vendant au meilleur compte, qu'elle puisse par une augmentation de capital étendre son cercle d'opérations. C'est un but qu'il ne peut attendre qu'à la condition d'avoir voix dans les délibérations de l'entreprise, autrement dit d'être « associé ». Sinon, tout pouvoir d'immixtion lui échappe et les affaires de la coopérative languiront, parce que les capitalistes qui la composent, bien qu'animés d'une demi-philanthropie, ne sauront pas la gouverner.

789. — Les trois types classiques de sociétés coopératives sont populaires. Certaines, dans le nombre, ont dû leur réussite à l'existence, à côté ou au-dessus d'elles, de banques de patronage, quelquefois sociétés coopératives elles-mêmes, qui leur procuraient les capitaux ou le fonds de roulement indispensables. Les progrès de la coopération amèneront les sociétés coopératives à se syndiquer, pour créer, par superposition à leurs propres unités composantes, des sociétés de crédit, de fabrication ou autres, destinées à les alimenter et dans lesquels elles tiendront la place de personnes juridiques coassociées. L'effort tenté pour constituer les sociétés régionales de crédit agricole d'une part, la propagande en faveur des *Wholesales* de l'autre, sont des manifestations apparentes de ce programme.

La *Wholesale* est un magasin de gros, « coopérative des coopératives » (GIDE, *Les sociétés coopératives de consommation*, p. 117), dont le capital est fourni par des actions que souscrivent les sociétés adhérentes, généralement au moyen d'une partie des bonis annuels, qui ne sont point rendus aux consommateurs.

La coopération gagne l'échelle montante des intermédiaires et en abolit un plus grand nombre. Elle ne supprime pas seulement le détaillant, mais encore le marchand en gros, et même le fabricant, ainsi qu'on le voit dans les grandes fédérations de Manchester et de Glasgow. Elle se constitue manufacturière, vise à équiper des navires, etc. ; le tout en vue d'approvisionner les coopératives de consommation qui sont à sa base.

√790. — 1° *Sociétés coopératives de consommation* (lois du 7 mai 1917 et du 14 juin 1910). Elles se fondent entre personnes qui achètent en gros des articles de ménage, pour les détailler entre les membres selon qu'ils en feront la demande.

L'exemple, toujours signalé de préférence, est celui des « Equitables Pionniers de Rochdale », qui a été suivi, en Angleterre surtout, avec une grande force de rayonnement.

Dans la même catégorie, rentrent des sociétés rurales, constituées sous les auspices des syndicats agricoles : elles se proposent l'achat d'engrais destinés à être revendus au détail, ou l'achat de machines agricoles dont on louera l'usage aux membres à mesure qu'ils en auront besoin (1).

Les sociétés d'habitations à bon marché (dont on peut rapprocher les sociétés coopératives de reconstruction formées par les sinistrés en vue de la reconstruction des immeubles atteints par la guerre, l. 15 août 1920, complétée par celle du 12 juillet 1921) (2), répondent à la même pensée, lorsqu'elles composent leur personnel d'associés de ceux-là mêmes qui occuperont ces habitations. Il s'agit alors d'acquiescer non plus des objets de consommation, mais une maison, un appartement ou de les prendre à bail. L'opération sera moins coûteuse si

(1) Voir *supra*, n° 189.

(2) BRETHER, *Les sociétés coopératives de reconstruction immobilière des régions dévastées*, *Journ. des Soc.*, 1923, p. 257 et s.

le prix d'achat ou le prix du loyer doit entrer dans un compte de bénéfices où l'on possède soi-même une part.

790 bis. — Les sociétés coopératives de consommation proprement dites font aujourd'hui l'objet de la *loi du 7 mai 1917*, modifiée par celles du *14 juin 1920* et du *2 juillet 1925*. Elles sont constituées dans le but : 1^o) de vendre à leurs adhérents les objets de consommation qu'elles achètent ou fabriquent soit elles-mêmes, soit en s'unissant entre elles ; 2^o) de distribuer leurs bénéfices entre leurs associés au prorata de la consommation de chacun ou d'en affecter tout ou partie à des œuvres de solidarité sociale dans les conditions déterminées par leurs statuts (art. 1, l. 1917). Leur capital peut être fixé, lors de la fondation, à une somme supérieure à 200.000 francs ou augmenté en une année de plus de 200.000 francs, par dérogation à l'article 49 de la loi du 24 juillet 1867 (1) (art. 1^{er}, 3^e al., l. 1917, ajouté en 1920). Par dérogation encore à l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, les actions peuvent être d'un minimum de 25 francs, quel que soit le capital de la société (art. 12, 2^e al., l. 1917), complété en 1920). — En aucun cas le capital versé ne peut recevoir plus de 6 0/0 d'intérêts sur les bénéfices (art. 3, l. 1917). — Aucun associé ne peut avoir pour les parts sociales ou actions dont il est titulaire plus d'une voix aux assemblées générales (art. 4, l. 1917).

Les sociétés coopératives de consommation peuvent constituer, soit entre elles, soit avec des sociétés coopératives de production, des *Unions* sous la forme de société à personnel et capital variables, pour l'achat et la fabrication en commun des objets de consommation qu'elles débitent et du matériel dont elles se servent, ainsi que pour l'accomplissement de leurs opérations de crédit (art. 5, l. 1917).

Lorsqu'en dehors des conditions communes à toutes les coopératives de consommation, elles satisfont en outre à certaines conditions spéciales (action ne pouvant dépasser 100 fr., art. 12, l. 1917), les sociétés coopératives de consommation et les Unions de sociétés peuvent *obtenir de l'Etat des avances* constituées à l'aide des crédits ouverts par la loi des finances et des disponibilités d'un fonds spécial de dotation (art. 12, L. 1917).

791. — 2^o *Sociétés de crédit* ou banques populaires. — Ex. : — Sociétés fondées en Allemagne par Schulze-Delitzsch ou par Raifeisen. — Sociétés de crédit agricole, fondées entre membres de syndicats professionnels, conformément à la *loi du 5 août 1920* (2) (remplaçant celle du 5 novembre 1894 et modifiée elle-même plusieurs

(1) Voir *infra*, n^o 814.

(2) Cette loi ne vise pas seulement les sociétés de crédit agricole, mais aussi (art. 22 et 23) « les sociétés coopératives et les sociétés d'intérêt collectif agricole ». Elle a été complétée, en ce qui concerne ces deux dernières sortes de sociétés, par la loi du 30 décembre 1922 et par celle du 12 juillet 1923. V. BOSVIEUX, *Le nouveau régime des sociétés de crédit agricole mutuel et de coopération agricole*. Journ. des Soc., 1922, p. 97 et s. ; A. NAST, *La législation des sociétés d'intérêt collectif agricole*, rapport au Congrès National de la Mutualité et de la Coopération agricoles, à Tours, du 26 au 29 juin 1924.

fois dont la dernière par la loi du 9 août 1926 (1)) pour prêter aux agriculteurs sociétaires l'argent nécessaire à l'achat de leurs fournitures rurales, pour cautionner leurs engagements, pour escompter leur papier, ou même (loi du 19 mars 1910) pour « leur faciliter l'acquisition, l'aménagement, la transformation et la reconstitution des petites exploitations rurales ». — Caisses régionales assistant ces sociétés par des avances, des réescomptes, et recevant elles-mêmes de l'Etat des prêts gratuits au moyen des 40 millions d'avances et de la redevance annuelle auxquelles les dernières lois de prorogation de son privilège obligent la Banque de France.

Elles reçoivent des fonds en dépôts, sur la foi du crédit qu'inspire le groupe et dont individuellement le coopérateur ne disposerait point (en Allemagne, jusqu'en 1889, ces sociétés n'ont pu s'obliger qu'en nom collectif : d'où, des caisses Raiffeisen se formant sans aucun fonds social). La société fait avec ses capitaux les avances à ses membres, à un intérêt d'autant plus faible que les déposants auront eux-mêmes posé des conditions plus modérées.

791 bis. — Restreint d'abord à l'agriculture, le crédit coopératif a reçu depuis d'autres applications : *loi du 4 décembre 1913* (remplaçant une loi de 1906) *réorganisant le crédit maritime mutuel*, par des dispositions nouvelles sur les sociétés de crédit maritime mutuel, les caisses locales et régionales de crédit maritime mutuel, les coopératives maritimes ; — *loi 13 mars 1917, ayant pour objet l'organisation du crédit au petit et au moyen commerce*, à la petite et moyenne industrie (sociétés de caution mutuelle et banques populaires), complétée par la loi du 7 août 1920.

792. — 3^o *Sociétés de production* (qu'ont vainement encouragées en France les subventions du gouvernement de 1848, le legs Rampal, etc.). — Des ouvriers maçons, charpentiers, lunetiers, tisserands, se passent d'un patron. Ils mettent en société leur exploitation, élisent un gérant responsable, se partagent les bénéfices.

On sait les difficultés rencontrées par cette forme de coopération, — qui est présentée par certains auteurs comme le vrai moyen de résoudre le problème du salariat, — et qui a été remise en vogue par l'expérience de la mine aux mineurs et de la verrerie d'Albi (capital insuffisant, absence de concours auxiliaire des banques, luttes intestines des coopérateurs qui n'arrivent pas à faire régner la discipline parmi eux), On en comptait cependant il y a quelques années 327 en France, dont 105 dans les départements, suivant l'*Almanach de la coopération*.

La loi du 18 décembre 1915 avait cherché à donner à cette forme d'organisation de la production un plus grand essor au moyen de subventions et d'avances à faible intérêt (2 0/0) de l'Etat (Décret d'application du 28 juillet 1916). Elle a été abrogée par la loi du 25 février

(1) Pour la nomenclature détaillée des lois de la dernière époque ayant modifié, souvent sur des points secondaires, les lois fondamentales relatives aux divers types de coopératives, v. l'ouvrage déjà cité de M. NAST, *Code de la coopération*, 1928, qui constitue un précieux instrument de travail.

1927 et ses dispositions ont été insérées dans le Code du travail, où elles constituent désormais les articles 27 à 54 du livre III.

793. — Ainsi qu'on le voit, la France n'a donc pas de législation d'ensemble sur la coopération (1), mais une série de lois, de date récente, sur les divers types de sociétés coopératives. Leur étude détaillée ne saurait trouver place ici. Cependant certaines questions d'ordre général se posent pour ces divers types de sociétés (sans comporter d'ailleurs pour toutes la même réponse) et doivent être examinées ici.

A toute époque, on a dû se demander : 1° si une société coopérative est ou non une *société de commerce* ; 2° si elle est soumise aux mêmes *contributions fiscales* que les exploitations similaires qui sont dirigées par des individus ou par des sociétés ordinaires. Ces deux questions ne se tranchent pas de la même manière pour les sociétés coopératives de production, de consommation et de crédit.

794. — A. Les *sociétés de production* se livrent certainement à des *actes de commerce* : les ouvriers associés font exactement ce qu'un patron eût accompli si l'on avait suivi l'organisation ordinaire. Ils ont une clientèle extérieure d'acheteurs, ils se proposent de vendre plus cher qu'ils n'ont acheté, ils collaborent de leur argent et de leur travail.

Cette société de production se constituera en la forme d'une société en nom collectif, en commandite ou par actions. Elle encourra la faillite. Elle sera justiciable du tribunal de commerce.

Aux termes de l'article 28 du livre III du Code du travail (ancien article 3 de la loi du 18 décembre 1915), les sociétés coopératives ouvrières de production « sont constituées sous l'une des formes déterminées par les titres I, II et III de la loi du 24 juillet 1867 ». Elles pourraient aussi revêtir, depuis la loi du 7 mars 1925, la forme de société à responsabilité limitée.

Au point de vue fiscal, des avantages importants leur sont accordés. L'article 40, Livre III C. trav. (anciens articles 6 et 10 de la loi du 18 décembre 1915) déclarant qu'elles « bénéficieront des avantages réservés par les lois au crédit au petit et au moyen commerce, à la petite et à la moyenne industrie », il en résulte qu'aujourd'hui elles peuvent se prévaloir des dispositions de la loi du 13 mars 1917 ayant cet objet, et spécialement de l'art. 8 de ladite loi, qui exempte les sociétés de caution mutuelle et les banques populaires « de l'impôt de la patente (et aujourd'hui de l'impôt cédulaire sur les bénéfiques industriels et commerciaux, v. l'art. 4, l. 7 août 1920) ainsi que de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ». Par là même elles échappent aussi à l'impôt sur le chiffre d'affaires, celui-ci n'atteignant (art. 95, l. 25 juin 1920), que les personnes soumises à l'impôt cédulaire sur les bénéfiques industriels et commerciaux.

(1) Un projet sur les sociétés coopératives en général, voté par la Chambre, a été arrêté au Sénat en 1896 par un vote se limitant à la question de la patente. *Adde* : la proposition de loi déposée le 4 février 1927 par M. BRUNET à la Chambre des députés, sur la coopération ; et, pour la critique de cette proposition, Alfred NAST, *op. cit.*, p. 190 et s. — Plus récemment un projet de loi ayant pour objet de définir la coopération a été élaboré au Ministère du travail et sera sans doute déposé prochainement.

795. — B. Les sociétés coopératives de consommation sont d'une autre nature. Leur objet est civil, non parce que la spéculation leur fait défaut, mais parce qu'elles ne s'entremettent point dans la circulation des marchandises (n° 14). Les coopérateurs achètent ensemble des produits qu'ils consommeront. Ils se répartissent bien ces produits, mais en vertu d'une distribution intérieure, qui ne les fera point passer à d'autres après eux.

796. — Précisons davantage. Les manifestations de la coopérative de consommation sont tellement variées que la nature du contrat formé entre les sociétaires change d'un cas à un autre.

797. — a) La société vend aux étrangers en même temps qu'à ses membres. Il y a donc une partie de sa clientèle sur laquelle elle réalise des bénéfices. La société est commerciale. En bonne logique — mais on verra que sur ce point la question n'est plus entière, se trouvant tranchée par un texte (art. 15, l. 31 juillet 1917), qui ne paraît point partir d'un principe bien arrêté et dont par suite la portée demeure assez imprécise — une telle société doit être passible de l'impôt sur le chiffre d'affaires (art. 59, l. 25 juin 1920), et de l'impôt sur le revenu non quant aux « bonis de restitution », mais quant au dividende procuré par les opérations avec les tiers.

797 bis. — b) La société accueille des adhérents, à côté des associés. L'adhérent est un non-sociétaire qui, moyennant un versement faible, profite des mêmes avantages que les sociétaires, à l'exception du droit de concourir aux délibérations sociales et au partage du capital. Il peut prétendre à la fin de l'exercice à son « boni de restitution » sur l'ensemble de ses achats, à moins que ce boni ne lui soit retenu jusqu'à ce qu'il arrive à parfaire une part sociale, et à ce moment il convertira sa position d'adhérent contre celle d'associé. L'adhérent aura été un « associé en expectative ».

On n'est point fixé sur le point de savoir si la société est alors commerciale. Son imposition à la patente a été autrefois discutée. Le caractère commercial paraît devoir être admis, l'adhérent n'étant pas un associé.

798. — c) La société se borne à traiter ses opérations avec ses propres membres. Est-elle une société véritable ? est-elle une société civile ou de commerce ?

La qualité de société ne doit pas lui être refusée lorsqu'un intérêt est servi au capital social. Elle répond à la définition de l'art. 1832 C. civ. Les sociétaires se sont proposé la rémunération de leurs mises au moyen de bénéfices : elle est limitée sans doute à 4 ou 5 0/0, mais cette limitation n'efface pas la condition juridique de la société. La rémunération du capital, il est vrai, n'est pas l'unique fin que poursuive le groupe, elle ne laisse voir qu'un des aspects de la combinaison. Mais, pour caractériser un organisme, on n'est pas forcé de faire état de toutes ses propriétés à la fois. Il suffit d'en retenir une seule, permettant de lui donner forme légale.

Cette société est civile, puisqu'elle n'a pas acheté pour revendre à d'autres. Elle peut se constituer à sa convenance en société civile ordinaire, ou en société par intérêt ou par actions (sans préjudice de ce qui sera dit ci-dessous relativement au capital variable). En principe, elle ne s'expose ni à la faillite, ni à la compétence des tribunaux de commerce ; toutefois, constituée par actions depuis 1893, elle est commercialisée par le nouvel art. 68 ajouté à la loi de 1867.

799. — *d)* La société coopérative n'alloue aucune rémunération à son capital. Tout l'excédent est ristourné à titre de « bonis de restitution ». Ces bonis, formant un trop-payé sur les ventes, ne constituent pas un « bénéfice » tel que l'entend l'art. 1832 C. civ. L'organisme n'est donc plus même une « société proprement dite » au sens de ce texte (1).

De là on a conclu parfois qu'une coopérative de consommation, n'ayant pas de capital social rémunéré et recevant simplement des cotisations de ses membres, pouvait se constituer régulièrement sous forme d'association déclarée jouissant de la petite personnalité morale (l. du 1^{er} juillet 1901), en déposant ses statuts à la préfecture (HAYEM, *op. cit.*, n^o 229 ; A. THOMAS, dans l'*Almanach de la Coopération*, 1914, p. 37). De fait, certaines coopératives se sont constituées sous cette forme. Il est permis cependant de douter de leur légalité. Sans parler de la difficulté qu'elles éprouvent à vivre faute de ressources originaires sérieuses, et de l'insuffisance de la forme « association déclarée » comme organe de gestion et de contrôle d'intérêts pécuniaires quelque peu importants et complexes, l'article 1^{er}, 1^{er} alinéa, de la loi du 7 mai 1917 ne dit-il point que « les sociétés coopératives de consommation sont des sociétés à capital et personnel variables constituées conformément au titre III de la loi du 14 juillet 1867... » ; et comment adapter ce titre III à la forme d'association déclarée ?

800. — Au point de vue fiscal, les sociétés coopératives de consommation sont soumises à un régime compliqué, résultant de transactions successives. En ce qui concerne l'*impôt sur les bénéfices commerciaux et industriels*, aux termes de l'art. 15 de la loi du 31 juillet 1917 toujours en vigueur sur ce point, ces sociétés sont passibles de cet impôt « lorsqu'elles possèdent des établissements, boutiques ou magasins pour la vente ou la livraison des denrées, produits ou marchandises... Toutefois en sont affranchies les sociétés coopératives de consommation... qui se bornent à grouper les commandes de leurs adhérents et à distribuer dans leurs magasins de dépôt les denrées, produits ou marchandises qui ont fait l'objet de ces commandes, ou lorsque, ne vendant qu'à leurs sociétaires, elles distribuent leurs bonis annuels aux dits sociétaires ou à des œuvres d'intérêt général

(1) La Cour de cassation a conclu de là qu'« Une Caisse rurale (De Manigod) ayant pour seul but de procurer à ses adhérents à un taux aussi réduit que possible le crédit nécessaire à leurs exploitations et non la réalisation et le partage de bénéfices n'a pas le caractère d'une société et que par suite le droit d'enregistrement à percevoir sur l'acte de formation est le droit fixe ; Cass. Chambres réunies, 11 mars 1914, D. 1914, I, 257.

« ou lorsqu'elles consacrent ces bonis à des réserves non réparties entre les actionnaires ».

D'après la loi du 25 juin 1920 elles étaient, sous les mêmes conditions, soustraites aussi à l'impôt sur le chiffre d'affaires. Mais sur ce dernier point leur situation a été aggravée par les lois ultérieures. Actuellement, d'après l'art. 85 de la loi du 13 juillet 1925, et la Circulaire d'application n° 253 du Directeur général des Contributions Directes en date du 22 juillet 1926 : « A. Les sociétés coopératives de consommation qui achètent pour revendre sont tenues d'acquitter l'impôt sur le chiffre d'affaires sur le montant de leurs ventes... B. Les coopératives de consommation qui n'achètent pas pour revendre, c'est-à-dire qui achètent sur commandes préalables font acte de simples mandataires, sont ou non passibles de la taxe sur le chiffre d'affaires selon qu'elles sont ou non cotisables à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux d'après l'art. 15 de la loi du 31 juillet 1917 » (1).

801. — C. Sociétés coopératives de crédit. — Théoriquement, et alors du moins qu'elles ne font d'opérations qu'avec leurs membres, ces sociétés ont un objet civil, car elles ne s'entremettent pas dans la circulation de l'argent (v. *supra*, n° 21) : les coopérateurs empruntent ensemble de l'argent qu'ils se répartissent entre eux en vertu d'une distribution intérieure qui ne le fait point passer à d'autres. Cependant des textes spéciaux déclarent formellement commerciales : les sociétés de crédit maritime (art. 8, l. 4 décembre 1913), les sociétés de caution mutuelle (art. 6, l. 13 mars 1917), les sociétés de crédit agricole (art. 21, l. 5 août 1920 (2)). En outre, il faut tenir compte ici de la règle d'après laquelle toute société, quel que soit son objet, qui se constitue sous la forme de société anonyme ou en commandite par actions, est nécessairement commerciale (art. 68 ajouté à la loi de 1867 par celle de 1893).

Au point de vue fiscal, les sociétés de caution mutuelle et les banques populaires sont exemptes de l'impôt de la patente et de l'impôt sur les bénéfices des professions industrielles et commerciales (*Codif. impôts sur les revenus*, art. 7, al. 2), ainsi que de la taxe sur le revenu des valeurs mobilières (*Codif. valeurs mobilières*, art. 109, al. 1). Elles n'acquittent pas non plus la taxe sur le chiffre d'affaires (Instruction du Ministre des finances du 29 août 1920, *in fine*).

802. — Transition. — Les sociétés coopératives existaient d'ailleurs

(1) La question de savoir si les coopératives, et notamment les coopératives de consommation sont soumises à la *taxe d'apprentissage* instituée par l'article 25 de la loi de finances du 13 juillet 1925 (modifié par l'art. 7 de la loi de finances du 29 avril 1926) a soulevé des difficultés. Le principe est que cette taxe ne frappe les coopératives des diverses catégories que lorsqu'elles constituent des sociétés de commerce. V. la Circulaire du sous-secrétaire d'Etat de l'Enseignement technique du 8 juillet 1926.

(2) Néanmoins, tout en leur laissant le caractère commercial, et par une faveur vraiment singulière, la loi du 18 avril 1922 a dispensé formellement les caisses de crédit agricole mutuel constituées conformément à la loi du 5 août 1920, de l'immatriculation au registre du commerce.

bien avant que les lois récentes précitées se fussent occupées d'elles nommément. Elles trouvaient même dans le titre III de la loi du 24 juillet 1867 sur les *sociétés à capital variable* des règles dérogatoires au droit commun qui en réalité avaient été faites surtout à leur intention, mais sans qu'on ait voulu le dire ouvertement. C'est à l'étude de ce titre III de la loi de 1867 que nous arrivons maintenant, non sans avoir fait un long circuit.

803. — II. **Des sociétés à capital variable.** — La discussion de la loi de 1867 coïncidait avec un réveil de l'esprit corporatif. On consacra un titre de cette loi, le troisième, aux sociétés qui seraient formées dans cet esprit. Mais on renonça à la pensée de les dénommer. On ne voulut pas même leur créer une faveur ouverte, voici par suite de quels pauvres motifs :

804. — 1° Les entreprises coopératives ne se définissent pas ! — Nous avons essayé de démontrer le contraire. D'ailleurs, à défaut de définition, on pouvait énumérer les diverses exploitations qui bénéficieraient de la loi.

2° Faire une loi d'exception en faveur des ouvriers, c'est rouvrir l'ère des privilèges close par la Révolution ! Les ouvriers eux-mêmes ont protesté à la pensée d'être favorisés ! — Ceci se passait en 1867 : leurs successeurs, après cinquante ans, ne tiennent plus ce langage. Au surplus, où a-t-on vu qu'une loi sur la coopération fût une loi nécessairement ouvrière ? La société coopérative est à la portée de toutes les classes de la population ; bourgeois, paysans, comme d'autres, peuvent s'en servir et en tirer parti.

805. — Cédant à ces motifs superficiels, la loi de 1867 a masqué la société coopérative sous la qualification de « société à capital variable ». Elle n'a pas subordonné à un but de coopération l'emploi de la société à capital variable. Ce type est à la disposition d'une entreprise quelconque, même étrangère à toute pensée de suppression d'intermédiaire.

Exemples. — a) Des propriétaires mettent en commun les produits de leurs fosses d'aisances, dont les extractions seront faites par le matériel et par les agents de la société, les matières extraites devant être transformées, ou vendues, au compte proportionnel des associés. Aux premiers associés pourront s'en ajouter d'autres, et les premiers pourront se retirer (Union mutuelle des propriétaires lyonnais).

b) Ou encore (car, dans le premier exemple, l'idée coopérative se retrouverait à la rigueur) : — Un banquier s'associe des commanditaires. Mais ceux-ci, pouvant avoir besoin de leur argent, se réservent de reprendre leur commandite à une époque quelconque. En outre, d'autres commanditaires pourront s'adjoindre aux premiers. La société se fonde à capital variable.

806. — Ce type de société n'est même pas un type différent de ceux examinés dans les chapitres précédents. On a commencé par constituer une société soit en nom collectif, soit en commandite simple ou

par actions, soit sous forme de société anonyme. La « variabilité du capital » sera une simple *modalité* donnée à cette société (1).

Ce n'est que dans le cas où la société serait de nature commerciale que le législateur introduit une règle exceptionnelle.

Lorsqu' l'entreprise est une société civile par son objet (société de consommation), et que les fondateurs s'en sont tenus au contrat ordinaire de société (art. 1832 et s. C. civ.), il n'y a plus à tirer parti des avantages dont nous parlons. La variabilité du capital est de droit, car le titre III de la loi de 1867 déroge à des règles imposées seulement aux sociétés commerciales (Paris, 28 mars 1912, D. 1915, 2, 1 note PERCEROU). Alors la faveur faite à ces sociétés civiles se cherche vainement (2).

807. — L'avantage accordé à ces sociétés, par comparaison avec les sociétés ordinaires à capital fixe, a une double portée : 1° *Dispense de certaines publications au cours de la société* ; — 2° *Abaissement du taux de versement des actions*.

Le premier de ces avantages est vrai des sociétés par intérêt et des sociétés par actions. Le second ne concerné que ces dernières.

808. — I. *Dispense de publications*. — Lorsque les statuts portent la clause que le capital pourra *tout à la fois* s'augmenter par de nouveaux versements ou par admission de nouveaux membres, et diminuer par une reprise d'apports, le capital devient variable (art. 48, al. 1). Il ne suffirait donc pas de stipuler le pouvoir d' « augmenter » le capital, si celui de le « diminuer » n'était pas en même temps réservé, ou inversement.

809. — a) Tout associé pourra *se retirer* lorsqu'il le jugera convenable, à moins que les statuts ne limitent cette faculté (art. 52, al. 1), et à moins que la retraite des associés ne soit concertée dans le but unique de nuire à la société (Trib. civ. Rouen, 28 juillet 1913, D. 1914, 2, 89, note PERCEROU). — Il pourra *être exclu* de la société, pourvu cependant que les statuts en disposent expressément ; mais alors, il faudra que la délibération soit prise à la majorité fixée pour la modification des statuts (même article, al. 2).

Toutefois la réduction du capital ne saurait le faire tomber *au-dessous d'un minimum* que portera l'acte de société, et qui ne pourra pas être inférieur au dixième du capital primitif (art. 51) (3).

Cela dit, quant à la retraite, ou quant à la *diminution* du capital.

(1) La loi du 7 mars 1925 (art. 40, al. 1) prévoit expressément que la variabilité du capital pourra également être une modalité des sociétés à responsabilité limitée. Sur cette question, v. un article de M. Drouets au *Journal des Sociétés*, 1926, p. 129.

(2) Si ce n'est : 1° qu'elles sont reconnues comme personnes morales, étant représentées en justice par leurs administrateurs, art. 53, l. 1867 (mais cette faveur même n'en plus est une, depuis la jurisprudence inaugurée en 1891) ; et, 2° qu'elles ne sont plus dissoutes par la mort, la retraite, l'interdiction, ou la faillite de l'un des associés (mais ces clauses peuvent être introduites dans les statuts d'une société civile, ne fût-elle pas à capital variable).

(3) Dans les sociétés de crédit mutuel agricole, la loi du 5 août 1920 (art. 4 § 3) limite la réduction au *montant du capital de fondation*.

810. — *b)* De nouveaux membres, ou de nouveaux apports pourront être admis avec le consentement des associés existants.

Cela dit, quant à l'accession de nouveaux associés, quant à l'*augmentation* du capital.

On comprend que, dans les sociétés ouvrières, il soit nécessaire de réserver aux adhérents le moyen de sortir à toute époque, afin de porter ailleurs le travail, et inversement qu'on leur donne le moyen de fortifier leur groupement en obtenant de nouvelles adhésions.

811. — La faveur de la loi ne réside pas, à vrai dire, dans cette mobilité du fonds social, mais dans une dispense de publicité.

Dans une société commerciale ordinaire, les retraites ou entrées d'associés, reprises ou accroissements de mises devraient être l'objet de publications contemporaines du fait qui y a donné lieu (par dépôt d'acte aux greffes, et par extrait dans les journaux d'annonces ; n^{os} 359 et s.).

Dans une société à capital variable, au contraire, il y a *exemption de publicité* (art. 62), pourvu toutefois que les statuts primitifs, avec la clause d'augmentation et de diminution, aient été rendus publics, comme devront être également publiés les changements d'administrateurs et les autres modifications apportées aux statuts.

L'avantage de la loi n'est donc que de petite économie ; la société ne grèvera pas ses frais généraux de la dépense qu'occasionneraient à d'autres sociétés les mesures de publicité. C'est une faveur modeste.

812. — De l'éventualité d'un changement dans le personnel des membres, la loi a déduit une conséquence logique : la société, même par intérêt, ne se dissoudra ni par la *mort*, ni par la *faillite* ou par la *déconfiture*, ni par l'*interdiction* d'un associé, et elle continuera de plein droit avec les héritiers (art. 54). L'*intuitus personæ* n'existe pas dans ces sociétés au même degré que dans les autres. Les membres ont prévu que d'autres viendraient soit s'ajouter à eux, soit prendre leur place, sans que les conditions fondamentales de l'association en soient atteintes.

En cas de retraite ou d'exclusion, la société continue entre les associés restants.

813. — Cette retraite ou cette exclusion oblige à *liquider la part* de l'associé retiré ou exclu. Cette part lui est payée en argent, d'après sa valeur au moment de la sortie. Beaucoup de sociétés excluent l'associé du *droit d'obtenir sa part dans le fonds de réserve* (Cf. Dijon, 2 décembre 1909 ; Trib. civ. Douai, 25 mai 1910 ; Trib. civ. Rouen, 28 juillet 1913, D. 1914, 2, 89, note PERCEROU).

Mais l'associé demeure encore tenu pendant *cinq ans* des engagements sociaux existant au moment de sa retraite. Sa responsabilité subsiste pour les dettes antérieures à sa sortie, soit pour le tout s'il était associé en nom, soit dans la mesure de la mise s'il était associé à responsabilité limitée. C'est le droit commun (art. 64 C. com.). — Seulement, les cinq ans courent du jour de la retraite, au lieu de prendre date au moment de la publicité, puisque, aussi bien, celle-ci cesse d'être exigée (Cass. rej., 27 mai 1921, *Journ. des Soc.*, 1922, 331).

On a proposé à diverses reprises d'abaisser ce délai. Il est clair qu'il ne peut être question de procurer instantanément aux associés sortants l'exonération du passif (1).

814. — Lorsqu'il s'agit de sociétés par actions (2), elles ne peuvent en principe (3) bénéficier de la réglementation qui précède (c'est-à-dire insérer dans leurs statuts la clause de variabilité du capital et faire varier celui-ci sans publicité) qu'à la condition de se constituer avec un capital originaire n'excédant pas 200.000 francs et de ne pas l'augmenter de plus de 200.000 francs par an (art. 49, l. 1867).

815. — II. *Abaissement du taux des versements d'actions.* — Le capital annoncé doit être entièrement couvert : c'est le droit commun (4). La loi de 1867 consacrait un avantage quant au taux de l'action, lequel, d'après l'art. 50, al. 1^{er}, pouvait être de 50 fr. (au lieu de 500) ; ce texte ayant été abrogé en 1893, l'action peut être aujourd'hui de 25 fr., ce qui est le taux ordinaire pour les sociétés dont le capital ne dépasse pas 200.000 fr. (5).

(1) La loi du 5 novembre 1894 sur les sociétés de crédit agricole suivait une autre méthode : d'après elle, les membres qui se retirent ne sont affranchis de leurs engagements qu'après la liquidation des opérations qui ont été contractées par la société « antérieurement à leur sortie ». Il n'y avait donc point dans ces sociétés de délai libératoire. La loi du 5 août 1920 (art. 5) a maintenu ce régime en tant qu'il est favorable aux associés (c'est-à-dire qu'il peut aboutir à leur libération avant 5 ans), mais en ajoutant que « dans tous les cas leur responsabilité cesse 5 ans après la date de leur sortie ».

(2) Il résulte en effet des travaux préparatoires de la loi de 1867 que l'art. 49 ne concerne que les seules sociétés par actions ; MATHIEU et BOURGUIGNAT, *Lois sur les sociétés*, p. 245.

(3) Toutefois cette limitation du capital à des tranches annuelles de 200.000 francs ne concerne pas : 1° les coopératives d'habitations à bon marché, leur capital initial pouvant être porté par les statuts à 1.500.000 francs et augmenté chaque année de pareille somme (art. 7, l. 5 décembre 1922, modifié par l. 27 avril 1923) ; 2° les sociétés coopératives de consommation. « leur capital pouvant être fixé lors de la fondation, à une somme supérieure à 200.000, ou augmenté en une année de plus de 200.000 francs par dérogation à l'article 49 de la loi de 1867 » (art. 1^{er}, 4^e al., l. 7 mai 1917, ajouté par la loi du 14 juin 1920) ; 3° les Banques populaires, l'article 1^{er} de la loi du 7 août 1920 décidant que « par dérogation à l'article 49 de la loi du 24 juillet 1867, le capital social des banques populaires formées en conformité de la loi du 13 mars 1917, qui adopteraient la forme de société à capital variable, pourra être porté par les statuts constitutifs à 500.000 francs, et chacune des augmentations de capital effectuées d'année en année pourra atteindre la même somme » ; 4° les sociétés coopératives agricoles et les sociétés d'intérêt collectif agricole prévues par les articles 22 et 23 de la loi du 5 août 1920 et la loi du 12 juillet 1923, le capital de ces sociétés pouvant être fixé lors de la fondation à une somme supérieure à 200.000 francs ou augmenté en une année de plus de 200.000 francs (loi du 30 décembre 1922). — Pour plus de détails sur ces dérogations, v. Alfred NAST, *Code de la coopération*, 1928, p. 231.

(4) A moins qu'il ne s'agisse d'une société civile, constituée autrement qu'en la forme anonyme ou de commandite par actions. Les sociétés de consommation, civiles et à capital variable, commencent leurs opérations avant que leur capital de fondation ne soit intégralement souscrit. — Ajoutons que, quand même une société à capital variable se constituerait en la forme d'une société par actions, il n'est dans l'usage, vu l'importance des frais, ni de dresser les statuts devant notaire, ni de procéder à la déclaration authentique des souscriptions et des versements. La société est de ce dernier chef sujette à nullité, le titre III de la loi de 1867 n'ayant pas procuré la dispense de cette formalité.

(5) On n'a pas prévu ce qui se produirait, au cas où le capital viendrait à dépasser 200.000 francs par suite des augmentations annuelles. Il est conforme à la volonté du législateur d'admettre pour les actions nouvelles le même taux de 25 francs. Mais la loi

816. — Mais, au lieu du versement complet ou de celui du quart, la loi se contente, au moment de la constitution, du versement d'un dixième, soit 2 fr. 50 (art. 51, al. 3). L'apport du coopérateur va tomber à une mise presque insignifiante.

817. — En revanche, les actions doivent toujours demeurer *nominales*. Elles ne deviennent négociables, bien entendu, qu'après la constitution de la société. Les statuts peuvent reconnaître au conseil d'administration, ou à l'assemblée générale, la faculté de s'opposer au transfert (art. 50, al. 3). C'est un pouvoir, on l'a vu, qui pourrait être réservé dans les statuts d'une société ordinaire (n° 603).

818. — Combiné avec le droit pour l'associé de se retirer de la société, à tout moment, avec liquidation de sa part en argent, ce pouvoir réservé aboutit à donner à l'actionnaire, si le siège social refuse d'agréer son cessionnaire, la faculté de contraindre la société à racheter elle-même l'action avec ses ressources : c'est une sorte de *préemption*, imposée à la société, faute par elle d'accepter l'acheteur proposé.

On a vu échouer des essais de coopération par suite de ces cessions ou retraités de parts. L'ouvrier, à bout de ressources, cède son droit ou oblige la société à le lui reprendre, et il retombe à l'état de salarié. Commencée en coopérative, la société à capital variable a une toute autre issue : *Desinit in piscem...*

819. — Enfin la société à capital variable est représentée en justice par ses administrateurs (art. 53). Elle dispose de la personnalité juridique.

820. — Tel est le régime de ces sociétés (Sociétés coopératives et sociétés à capital variable).

S'il péchait autrefois par équivoque et insuffisance (la loi ne s'occupant pas nommément des sociétés coopératives), il est permis de croire qu'aujourd'hui, avec les lois récentes multiples sur les divers types de coopératives — lois qui ne paraissent coordonnées ni entre elles, ni avec le titre III de la loi de 1867 —, il pêche par un défaut complet de clarté. Une codification logiquement ordonnée des lois de fond empiriques, et des lois fiscales sur la coopération, serait à cet égard un progrès : mais peut-être le moment n'est-il pas encore venu de le réaliser ? (1).

ne le dit pas, et rigoureusement elles devraient être émises à 100 fr. En ce cas le régime créé par la loi de 1867 se trouverait empiré, ce qui n'est guère admissible. — En tout cas, pour les coopératives de consommation, « par dérogation à l'article 1^{er}, l. 24 juillet 1867, les actions pourront être d'un minimum de 25 francs, quel que soit le capital de la société » (art. 12, 2^e al., l. 7 mai 1917, modifié par la loi du 14 juin 1920). Il en est de même des sociétés coopératives agricoles et des sociétés d'intérêt collectif agricole (loi 30 décembre 1922 précitée).

(1) V. Alfred NAST, *op. cit.*

TROISIÈME PARTIE

DES BOURSES DE COMMERCE

SPÉCIALEMENT DES BOURSES D'EFFETS OU DE VALEURS

(Suite à l'étude des sociétés par actions)

GÉNÉRALITÉS

§ 1. — Historique et sources législatives

821. — La Bourse est une réunion d'opérateurs qui viennent à intervalles périodiques et sur un point déterminé, trafiquer d'une même nature de produits ou de valeurs. La Bourse est aussi le lieu où se tient cette réunion.

La Bourse procède du marché (1). Avant de pratiquer le commerce d'une manière suivie, les marchands se rendaient par intervalles réguliers dans des localités déterminées, avec les produits qu'ils avaient à vendre.

Des préventions de races ont longtemps empêché les forains de prendre contact avec les indigènes autrement que sous cette forme. Le marché fut un lieu neutre d'entrepôt et de négoce, à la croisière de plusieurs routes commerciales, aux confins de plusieurs territoires.

Les industries locales étaient intéressées à cette influence de trafiquants. L'autorité de qui dépendait le lieu du marché y trouvait des avantages. Le paiement des taxes était mieux assuré. La permanence du commerce était du reste impossible, car les arrivages de marchandises nécessitaient, sur de très grandes distances, une police qu'on ne pouvait alors exercer d'une manière constante (conduite des foires).

822. — Aujourd'hui, l'ancien marché, représenté par les foires de Champagne ou de Lyon, a perdu sa signification historique. Le mouvement de la civilisation le chasse devant lui, le poussant vers l'Est (foire de Nijri). Les tribus barbares du Soudan le pratiquent toujours. En Europe, il s'est limité aux besoins journaliers ou hebdomadaires d'alimentation des villes, auxquels pourvoit la campagne environnante. Les foires régionales, qui sont un centre de trafic pour les cé-

(1) Voir l'ouvrage de M. HUVÉLIN, déjà cité au n° 41.

réales ou le bétail, ne constituent elles-mêmes que des marchés agrandis.

823. — Marchés et foires sont organisés, sauf certaines particularités, par délibérations des conseils municipaux, approuvées par le conseil général. Ils dépendent du pouvoir réglementaire ou de police du maire, en ce qui concerne le maintien de l'ordre et la salubrité des produits (L. 5 avril 1884, art. 97, 3^o et 5^o). Il n'y aura pas lieu d'en parler plus longuement dans ce livre. Néanmoins, entre le marché et la foire d'une part, et la Bourse de l'autre, il n'existe point de différence de nature caractérisée. Ce sont autant de manifestations du commerce qui s'exerce par intervalles dans les lieux de rendez-vous.

824. — On a bien cherché, mais sans succès, à distinguer la Bourse des autres marchés publics. Si le trafic de Bourse est généralement un trafic en gros, cela n'est pas toujours vrai. Si le simple marché porte d'habitude sur des denrées, il peut aussi être le siège d'autres produits, et il y a d'ailleurs des Bourses de commerce où se vendent également des denrées, des grains, par exemple.

L'observation la plus juste est encore celle-ci : dans les Bourses, la marchandise n'est pas étalée sous les yeux de l'acheteur, tandis que, dans les marchés et dans les foires, elle lui est présentée et livrée au moment du contrat.

825. — Il existe des Bourses de marchandises et des Bourses de valeurs ou d'effets. Les dernières sont les plus connues. Elles ont fait leur apparition après les autres. Cela tient à l'origine récente des titres fiduciaires.

La première Bourse française de valeurs fut celle de Paris, créée en 1724, après la chute du système de Law (arrêts du Conseil du 24 septembre 1724 et du 7 août 1785). Encore, si l'on fait abstraction des rentes sur l'Hôtel de Ville et de quelques effets royaux, le trafic de cette Bourse avait-il pour objet les lettres de change, qui ne sont plus traitées dans nos Bourses contemporaines (1).

Sous la Convention, les Bourses furent fermées en l'an III. Soit concurrence faite aux assignats par les autres papiers, soit défaveur témoignée à la spéculation par les gouvernements de l'époque, la Révolution jugea convenable de les abolir. Elles se rouvrirent peu après (an IV).

826. — A partir du commencement du XIX^e siècle, le trafic des Bourses de valeurs prit plus d'élan. Le nombre de valeurs cotées à Paris, qui n'était que de 15 en 1820, s'élevait en 1880 à 853 ; chiffre qui a encore progressé depuis lors (2).

(1) V. GERMAIN-MARTIN, *Histoire du Crédit*.

(2) Les valeurs mobilières françaises se chiffraient approximativement il y a quelque trente ans par 80 milliards (calculs faits par M. NEYMARCK et présentés au Congrès de l'Institut international de statistique, tenu à Saint-Petersbourg en août 1897). Il y avait en outre dans les portefeuilles français une vingtaine de milliards en valeurs étrangères. Ces chiffres sont dépassés par ceux produits au Congrès de Paris de 1909 et aux réunions postérieures de l'Institut. Ils ne donnent qu'une idée fort imparfaite de la situation

Le titre V du livre premier du Code de commerce (art. 71 à 90) fut consacré à notre institution (*Des Bourses de commerce, agents de change et courtiers*). Le dernier de ces articles délégua au pouvoir exécutif la réglementation de la Bourse. Ce n'est que par le décret du 7 octobre 1890 (84 articles) que le gouvernement a rempli ce programme. Il s'est prévalu de ce même texte à une époque plus récente pour promulguer les décrets du 29 juin 1898. — Entre temps, ont été votées deux lois importantes se rattachant à la Bourse : 1^o la loi du 15 juin 1872 sur la perte des titres au porteur, refondue dans celle du 8 février 1902, et 2^o celle du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

827. — Ainsi, avant le XVIII^e siècle, les Bourses ont été principalement des centres d'opérations sur *marchandises*. Sans remonter à l'Agora ou au Forum, et à plus forte raison aux premiers échanges entre peuplades limitrophes, disons que le moyen âge a pratiqué les marchés internationaux, les foires, avec beaucoup de retentissement et de succès.

Les foires de Champagne étaient fréquentées par des commerçants venus de toute l'Europe occidentale, comme furent fréquentées ultérieurement les foires de Lyon, et, jusque fort avant au XIX^e siècle, celles de Beaucaire.

Les Flandres servaient aussi de rendez-vous aux marchands italiens, aux Anglais et aux Hanséates. D'après le témoignage de Guichardin (1567), confirmé par des recherches faites à la dernière époque dans les archives de Bruges (1), cette dernière ville a dû donner à ces réunions leur nom moderne. Des Florentins descendaient à Bruges dans l'hôtellerie des Van der Burse, grande famille de courtiers de cette place, et traitaient leurs marchés par l'intermédiaire de leurs hôtes. Mais le mot *foire* était usité davantage.

828. — Un type intermédiaire nous est offert par les « foires de change ». Les banquiers de différents pays se réunissaient sur la place désignée, munis de papier constatant des engagements entre négociants séparés par la distance. Ce papier était exigible en foire. La rencontre des porteurs et des tirés, c'est-à-dire des créanciers et des débiteurs, permettait de liquider les lettres de change, sans emploi de numéraire, par des virements et par des compensations, ainsi que cela arrive aujourd'hui dans un *clearing-house*. Elle donnait le moyen de connaître la valeur comparée des monnaies alors extrêmement nombreuses, et d'en établir le cours. Elle occasionnait un trafic de lettres de change en retour de la foire sur les autres villes. Ce fut le cas notamment pour Lyon et pour Besançon (V. *infra*, n^o 1281).

actuelle, la fortune mobilière s'étant considérablement développée depuis la guerre en raison des émissions successives des titres de la dette publique et des recours au crédit des entreprises industrielles, sans compter la plus-value nominale prise, comme conséquence de la dévaluation du franc stabilisé, par les actions de sociétés françaises ou étrangères, et par les titres d'emprunts en monnaies étrangères appréciées.

(1) EHRENBERG, dans la Revue de Goldschmidt (*Zeitschrift für Handelsrecht*, XXX, p. 403 et s.).

§ 2. — Fonction économique des Bourses

829. — Le rôle que les Bourses exercent dans notre organisation économique a trop d'importance pour être passé sous silence. Peu de personnes, même dans le milieu de la finance, sont en mesure de saisir ce rôle, et il se dit journellement sur le compte des Bourses les choses les plus fantaisistes, accusant l'ignorance de la fonction qu'exercent ces établissements.

C'est grâce à elles que les produits trouvent leurs débouchés ; grâce à elles aussi que se règle journellement leur prix, d'après la concurrence, *ce qui se fait des quinze tous les vingt ans.*

La même remarque convient aux monnaies, aux capitaux disponibles, aux valeurs mobilières de toute espèce. Il faut à tous ces éléments de trafic un marché public. Par là, s'assurera leur écoulement. Par là encore se fera connaître sur chacun d'eux le rapport actuel entre l'offre et la demande et ce rapport se répercute sur le prix courant. C'est ce qu'on va essayer de démontrer, en examinant parallèlement les produits et les titres fiduciaires.

Les Bourses de marchandises et les Bourses de valeurs ne sont pas à tous égards organisées de la même manière. Cependant elles obéissent à certains principes communs.

830. — 1. Placement des produits et valeurs. — La Bourse permet à un produit ou à une valeur de se placer.

Pour ne parler que des produits naturels, les récoltes mettent annuellement à la disposition des hommes des masses d'approvisionnements en grains, en fruits, en matières textiles, etc. Ces stocks sont destinés dans les deux continents à la consommation générale. Il s'agit de les distribuer et de les faire parvenir là où le besoin s'en fera sentir (voir l'Introduction, n° 7).

Les récoltes gagnent des lieux d'entrepôt, à proximité des régions de provenance. Mais le produit traverse également de grandes distances ; il va gagner d'autres entrepôts dans les pays où les récoltes seront demandées.

Ces points de convergence de marchandises semblables sont des places. Les ports de mer, tant à l'exportation qu'à l'importation d'un produit, sont particulièrement voués à ce rôle d'accumulation de stocks : ils ne sont, bien entendu, pas les seuls à l'exercer.

Des nouvelles tiennent constamment le public au courant des entrées de marchandises dans ces entrepôts, de leurs sorties, des prochains arrivages. Sur la place, des intermédiaires instruisent la clientèle présente ou éloignée de ces quantités variables et sollicitent d'elle des ordres de traiter.

831. — A côté des entrepôts se tient la Bourse en plein air, ou dans un local clos, à certaines heures du jour. Là se donnent rendez-vous les opérateurs appartenant aux deux camps adverses : ceux qui ont intérêt à se défaire du produit, ceux qui ont intérêt à l'acheter. La rareté de la marchandise, si elle est demandée, permet de la vendre rapide-

ment et à un prix élevé. Son abondance déprime au contraire le cours, faute d'une demande égale à l'offre.

Le cours qui va se coter à la Bourse servira de commune mesure aux transactions dont la marchandise sera l'objet à la même époque et dans le même pays. On sera instruit du « juste prix » de ce produit ; sans ce régulateur donné par la publicité des transactions, toute base d'évaluation disparaît.

Trop abondant sur une place déterminée, le produit peut révéler son insuffisance sur une autre. C'est ce que la comparaison de la cote des différentes Bourses permettra de constater. Lorsque le coton se vendra moins cher à Liverpool qu'au Havre, ce sera la preuve que l'Angleterre a du coton en excédent et qu'il en manque en France. Les acheteurs français adresseront leurs ordres à Liverpool, ou bien les nouveaux arrivages d'Amérique se dirigeront vers le Havre. D'un pays à l'autre, les cours se nivelleront. *D'après ce principe, les cours se nivelleront*

La marchandise sera attirée sur les points où la consommation a besoin d'elle. Elle émigrera, par contre, des points où elle était en excès. C'est ainsi qu'il est pourvu, par la marche automatique des Bourses, à l'alimentation de groupes nombreux, éloignés géographiquement les uns des autres.

832. — Et de même, des placements de valeurs fiduciaires. Un Etat émet un emprunt, une société par actions se fonde. Des quantités de titres sont jetés sur le marché. Où sont les capitaux disponibles ? Comment savoir à quel degré ces titres inspirent confiance, si cette confiance doit avec le temps croître ou se réduire et où est l'épargne pour les absorber ? C'est à la Bourse, et toujours par le jeu de l'offre et de la demande, qu'on se renseignera.

La valeur a pu être inscrite dans les Bourses de plusieurs Etats (on dit alors que c'est une *valeur internationale*). Le rapprochement des cours qu'elle cote au même moment sur ces différentes places servira de régulateur. Dans la Bourse où elle se vend bon marché, la demande du titre est faible : il y a pénurie ou indifférence de l'épargne. Les émetteurs transmettront donc leurs ordres de vente à la Bourse étrangère, où le titre coté plus haut trouve un meilleur débouché. Des opérateurs achèteront la valeur dans la première de ces Bourses, la feront revendre dans la seconde, réaliseront un gain d'*arbitrage*. L'équilibre s'établira entre tous ces cours, et la valeur se trouvera méthodiquement distribuée sur tous les points où elle est recherchée.

833. — Le trafic se compliquera de bénéfiques à faire sur le change de deux monnaies. Les monnaies de deux Etats sont en rapport de valeur variable. Je puis avoir intérêt à acheter des matières premières, des produits fabriqués ou des titres en Italie, bien que leur prix nominal en francs y soit supérieur à leur prix en France, si la monnaie italienne perd au change sur la nôtre plus que la différence des prix (1) (Voir le chapitre du change).

(1) Sur les rapports entre la chute du change et la hausse intérieure des prix, v. le rapport de M. Charles RIST, à la Confédération des travailleurs intellectuels (juin 1921).

834. — II. **La Bourse régulatrice des prix.** — Que les Bourses fassent connaître le prix d'une marchandise ou d'une valeur, c'est ce qui ressort des aperçus précédents. Elles permettent en outre de régulariser ce prix dans le temps, comme elles le régularisent dans l'espace. Elles lui communiquent une certaine stabilité.

Non pas une stabilité complète : car c'est l'opinion qui fait les cours, et l'opinion est sujette à se modifier, de même que se modifient chaque jour les stocks et les besoins. Mais du moins une stabilité relative, et, pour la sécurité des affaires, il faut que les négociants puissent tableter sur des cours non sujets à de perpétuels écarts.

Ce résultat s'obtient par le fonctionnement du *marché à terme*, qui se distingue du marché au comptant, en ce que les opérateurs retardent jusqu'à une échéance convenue l'exécution double de leur convention, tant pour livrer que pour payer. Ils la reculent d'un mois, de deux mois par exemple.

835. — Le marché à terme prête aux plus vives attaques. Il peut devenir très répréhensible, selon la manière dont il est pratiqué. L'idée qu'il concourt à régulariser le cours n'est pas unanimement acceptée. Loin de là, on prétend volontiers qu'il joue dans le cours un rôle perturbateur. Et cela est vrai, lorsqu'il est accompagné d'*accaparement* ou de *manœuvres*. Ces manœuvres, destinées à fausser le prix juste, provoquent des hausses ou des baisses insolites, coupables et artificielles.

Dans la pratique ordinaire, le marché à terme produit, au contraire, un bon résultat. Il est l'instrument naturellement approprié à la *spéculation*.

836. — A. **La spéculation.** — « Spéculer », c'est acheter un ensemble de produits ou de valeurs à terme, avec l'intention de les revendre (et cela, probablement, avant d'en avoir pris livraison), de manière à réaliser un bénéfice par suite de l'écart entre les prix des deux marchés.

Ceux qui voudraient supprimer la spéculation ne savent pas ce qu'ils demandent. Ils ne la supprimeraient point d'ailleurs, en abolissant le marché à terme. Car, comme le démontre l'exemple de l'Allemagne dans le trafic des blés, depuis une loi du 22 juin 1896 refondue dans un sens sur ce point moins rigoureuse par la loi du 27 mars 1908 — et comme l'a démontré aussi la pratique du marché en valeurs de Paris pendant la période de guerre où beaucoup de valeurs (dont les rentes sur l'Etat) avaient cessé d'être cotées à terme — la spéculation se servirait du marché au comptant afin d'atteindre le même but. Elle y arriverait avec plus de gêne et moyennant l'emploi de plus de capitaux. On ne voit pas ce que les affaires y gagneraient.

Il est bon qu'il y ait des hommes pour se porter acheteurs, à un cours déterminé, de fortes quantités de grains, de café, ou de sucres, ou de forts paquets d'actions ou de rentes, livrables sur mars prochain ou fin courant. Cela est bon, alors même que ces opérateurs n'auraient pas en main la contre-valeur du marché qu'ils traitent.

Quoiqu'ils n'aient point la pensée de prendre livraison à l'échéance, le ministère de ces hommes est utile. Ils comptent revendre, avant cette

époque, à un meilleur prix, faire une opération inverse de la première, une *contre-opération*. Ils compenseront ainsi leur achat primitif avec une vente en sens contraire, et liquideront au moyen d'une différence, sans s'imposer une prise de possession, qui serait inutile, de marchandises ou de capitaux.

Ils auront ainsi *soutenu le cours* d'un produit ou d'une valeur, de manière à l'empêcher de fléchir entre temps. Ils auront assuré la stabilité du cours.

Tel est le rôle propre à la spéculation : bien augurer du placement d'une valeur, prendre temporairement position sur elle, et donner ainsi à ceux qui n'en ont pas le débouché immédiat le moyen d'agir comme si ce débouché était dès à présent acquis. Deux courts exemples le montreront.

837. — La spéculation sur produits. — a) Le blé, que donnent les récoltes des deux hémisphères, ne trouvera son placement que d'une manière successive ; il y sera pourvu par des séries de commandes industrielles, qui vont s'échelonner sur un an au moins. Les fabrications meunières ou autres qui opèrent sur le blé s'approvisionneront au jour le jour.

Ces approvisionnements seront intermittents. Il y aura des époques où les demandes s'animeront et d'autres où elles se ralentiront. Les minoteries, qui se couvrent d'avance en grains pour toute la campagne, forment l'exception.

Faites abstraction des spéculateurs. Le prix du comptant sera le seul régulateur du cours : ce prix se déterminera d'après les besoins du moment, qui ne sont pas en proportion avec une offre portant sur un stock annuel.

Le prix offert sera faible, toutes les qualités entreposées ne trouveront pas acheteur. Les producteurs devront garder leur blé en magasin pendant plusieurs mois : ce sera le chômage de leur marchandise et l'impossibilité de rentrer dans leurs déboursés.

En outre, le cours sera instable : vienne une forte activité dans les ordres de fabrication, le prix se relèvera par soubresaut, mais pour retomber le lendemain. L'industriel, qui a pris une commande de farines, en évaluant le revient du blé à 125 fr., sera obligé de l'acheter à 128, ce qui l'induit en perte.

En faisant intervenir la spéculation, ces à-coups disparaissent. La récolte est enlevée tout entière par des opérateurs qui la traitent à terme. Ils conviennent d'un délai déterminé pour les livraisons et pour le règlement du prix. Le blé reste bien en entrepôt, mais il est trafiqué. Au regard des producteurs, les spéculateurs occupent par anticipation la place de tous les consommateurs à venir. Ils revendront à d'autres. Leurs acheteurs chercheront à leur tour à revendre, et ainsi de suite : au terme de la filière, apparaîtra celui, meunier ou autre, qui a besoin du blé et qui en prendra livraison.

838. — Résultat final. Par leur marche combinée, comptant et terme assureront sur l'ensemble du stock un trafic continu ; les écarts seront plus faibles que si le comptant fonctionnait seul. Entre les pro-

ducteurs et les consommateurs ou hommes de fabrique, se sont interposés des opérateurs qui, sans manutentionner le produit, ont été *assureurs du maintien des cours*, et en outre, ont payé aux producteurs le montant des stocks non encore écoulés.

839. — Un grand nombre de Bourses de marchandises sont insuffisamment réglementées (1). Cela fortifie les attaques dirigées contre le marché à terme sous prétexte qu'il n'est qu'un jeu déguisé. Dans quelques-unes de ces Bourses, la marchandise ne peut pas donner lieu à des livraisons en produits utilisables. Le filateur n'arrive pas à s'approvisionner en cotons de bon rendement, lorsqu'il achète à terme, en Bourse. Pour alimenter son usine, il traite (et c'est tout autre chose) une opération à livrer (ou en disponible), avec un correspondant particulier et en spécifiant le type, le classement nécessaire.

Ce classement est absent des règlements de certaines Bourses de marchandises (non pas de la Bourse de commerce de Paris, où l'on traite sur des produits de choix, d'une espèce déterminée, et où les livraisons s'effectuent sur des quantités préalablement expertisées). On s'en est dispensé, faute de pouvoir coter autant de cours à terme qu'il y a de variétés dans la marchandise. L'unité-base manque, et c'est fâcheux.

Si le fabricant-acheteur voulait prendre livraison de la marchandise traitée, le vendeur serait en droit de lui offrir un produit de qualité marchande quelconque, à la seule condition de ne pas lui en proposer de l'espèce la plus mauvaise (art. 1246 C. civ.). L'acheteur, pour obtenir le classement qu'il lui faut, devrait alors le préciser et payer un supplément, pour le montant duquel il serait à la discrétion du vendeur. Aussi, lorsqu'on a commencé à faire un marché à terme, le règlement par contre-opération ou par différences est-il préféré.

Ce cours de Bourse se maintient toujours au-dessous du prix réel de la marchandise véritable. Ce qui a fait dire encore que la Bourse exerçait contre les producteurs une pression dans le sens de la baisse.

Toutefois, même avec ses défauts, la Bourse continue à régler les cours. Elle permet notamment à l'homme de fabrique de se couvrir contre un virement des prix. Il se procurera ses approvisionnements au moyen d'un « marché à livrer » ou « en disponible », bien différent de l'« opération différentielle » par lui précédemment faite. Mais l'opération différentielle, concurremment traitée par lui, fait qu'il récupère la cherté de son produit en cas de baisse, pour ne lui enlever qu'un surcroît de bénéfice en cas de hausse (voir n° 1049, en note, sous le contrat de vente).

840. — **La spéculation sur valeurs.** — *b)* Les mêmes idées président à la Bourse des valeurs fiduciaires.

Au jour de l'émission d'un emprunt d'Etat ou du capital d'une société anonyme, l'épargne qui doit constituer les fonds de ce placement n'est pas encore prête à y répondre. Il convient de lui laisser le

(1) Voir ci-dessous, n°s 1032 et s., les tentatives faites à l'effet de combler cette lacune législative.

temps, soit de se former, soit de réagir contre une défiance naturelle à l'égard de toute valeur nouvelle.

Entre l'Etat ou la société qui offre ses titres et le public qui ne viendra à eux que timidement, par petites colonnes, il faut un corps de souscripteurs, en quelque sorte intérimaires. Les *spéculateurs* composeront ce corps de souscripteurs ; eux, les allumeurs d'entreprises, que séduit le risque des affaires nouvelles, ils prendront le bloc des titres, s'en réservant l'*introduction* sur le marché à mesure que la valeur gagnera la confiance du public.

Ils verseront, d'une part, les sommes des souscriptions. Ils y rentrent, d'autre part, en revendant successivement les titres aux personnes disposées à les prendre. Cela peut exiger un temps assez long. Jusque-là, les titres restent flottants, ils ne sont pas encore *classés*.

Ce travail de distribution, sans secousses, suppose, comme pour l'écoulement d'un produit, le fonctionnement du marché à terme. Les acheteurs au comptant sont trop longs à venir. Le spéculateur subira le chômage de son argent et un risque prolongé, il préférera ne pas s'aventurer.

S'il lui est permis, au contraire, de transporter le risque à d'autres financiers, il s'enhardira ; 10.000 titres, qu'il a pris lors des émissions, se trouveront divisés, après une campagne de quelques semaines, entre un nombre plus ou moins grand de spéculateurs comme lui, associés avec lui ou à sa suite aux chances de succès des émissions.

Et seul, le marché à terme leur a rendu possible cette *participation aux risques de placement* avec cette *assurance des cours* ; car le marché au comptant aurait exigé un roulement de capitaux au-dessus de leurs moyens.

841. — B. Le découvert. — L'analyse précédente montre la spéculation, c'est-à-dire le parti des haussiers. Celui qui souscrit ou qui achète une valeur, avec l'intention de la revendre, compte voir monter cette valeur. Chaque couche nouvelle d'acheteurs cherche à réaliser sa prime.

Le calcul de l'opérateur peut être déjoué. Une trop grande abondance de stocks, un déclin de confiance, détermineront la baisse. C'est alors par une perte, non pas par un gain, que se liquidera sa spéculation.

Or, il existe à la Bourse un parti opposé à la hausse : le parti du *découvert* ou des *baissiers*. Le baissier vend à terme avant d'avoir acheté, il compte « se racheter » sur un cours moins élevé que celui de sa vente primitive. Ce qui lui procurera un bénéfice, c'est non l'ascension, mais tout au contraire le fléchissement, la réaction du cours.

La baisse est, dans l'opinion populaire, plus sévèrement jugée encore que la hausse. Elle est mal vue des gouvernants, préoccupés de la bonne tenue des fonds d'Etat. Le droit de la Bourse est organisé en faveur de la hausse (voir ci-dessous les conventions d'usage promises à l'acheteur à terme et refusées au vendeur ; — prime, escompte, nullité d'après l'ancienne jurisprudence de la vente à découvert). Les baissiers seraient de mauvais patriotes, parce qu'ils complotent le discrédit de la rente.

Cette appréciation n'est pas juste. Le *découvert* intervient aussi lé-

gitiment que la *spéculation*. Il sert de correctif aux exagérations de la hausse. Il peut aussi conjurer les crises.

La hausse a dépassé toute mesure. Puis l'opinion se ressaisit : il y a pléthore de stocks, la valeur ne peut donner un taux de rendement proportionné au prix auquel la spéculation l'avait portée. Le cours s'effondrera, impuissant à tenir un moyen terme, précipité par la panique. Le découvert, en faisant contrepoids à ces excès, équilibre le marché et le préserve d'une débâcle.

Au nombre croissant d'acheteurs en spéculation, vient correspondre un nombre égal de vendeurs, convaincus d'un prochain recul, à la faveur duquel ils se couvriront. Les prix se pondéreront.

Le vendeur ne soutient pas les cours, il les *contient* dans les limites raisonnables. Notamment sur le marché des produits, le baissier joue un rôle utile : sans lui, les industriels seraient livrés à la merci de la spéculation, des tentatives d'accaparement, et obligés d'acheter très cher.

842. — Permanence du marché à terme. — Les remarques ci-dessus expliqueraient encore une autre particularité de la Bourse. Cependant, semble-t-il, s'il n'avait d'autre but que de favoriser l'absorption des titres (ou des marchandises) par le comptant, le marché à terme ne devrait être permis que pour le temps nécessaire à cette absorption.

Plusieurs mois après l'émission d'un emprunt, le classement des titres est achevé. Le marché à terme ne répond plus à aucun besoin. La loi, continuant à en permettre l'usage, encourage de simples jeux et paris, dissimulés sous une hypocrite appellation.

Cependant cela n'est pas. La valeur peut tomber sous l'empire d'un fait irréflecti (troubles politiques, ou autres), l'épargne manquant de sang-froid. La spéculation corrige ce mouvement, ses ordres d'achat à terme relèveront le cours. Il se formera des syndicats de soutien, de relèvement des cours.

Inversement, lorsque les capitaux disponibles se précipitent avec intempérance sur des valeurs classées, le découvert servira de frein. Des vendeurs entreront en scène, sans titres en leur possession. La hausse s'arrêtera.

Bref, même après un placement de titres ou de récoltes, le marché à terme continue son rôle modérateur.

Cela ne prouve d'ailleurs : 1° ni que spéculation et découvert doivent être pratiqués par des personnes quelconques : chez les désœuvrés et les gens sans expérience, ils amènent ou la ruine ou des fortunes imméritées, scandaleuses ; — 2° ni que le législateur doive librement autoriser le marché à terme, et fermer les yeux sur les procédés de violence et de dol, dont il se rend trop souvent coupable.

843. — Nous aurons, dans la suite de cette introduction, à nous occuper : 1° de l'organisation des Bourses ; 2° du personnel des intermédiaires qui les fréquentent, et 3° de l'objet des transactions qui s'y traitent. — C'est des Bourses d'effets que nous parlerons principalement. Les explications concernant les marchés des autres Bourses, leur mode de liquidation par le moyen des filières, ainsi que les cour-

tiers de marchandises, trouveront mieux leur place, lorsque nous traiterons de la vente ou des opérations d'entremise (surtout n^o 1031 et s.).

§ 3. — Organisation des Bourses

844. — L'art. 71 C. com. détermine le vrai caractère de la Bourse, en disant qu'elle est une *réunion publique*. Il est ainsi conçu : « La Bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du gouvernement, des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers ».

L'expression *Bourse de commerce* avait, en 1807, un sens très large. On y comprenait toutes les Bourses, quel que fût l'objet du trafic qui s'y effectuait. Aujourd'hui, l'on tend à restreindre le vocable aux Bourses de marchandises : les Bourses de valeurs ou de titres restent en dehors de cette appellation.

845. — Il ressort de l'art. 71 que la pratique des Bourses ne se limite point aux *achats* et aux *ventes*. Il y a dans le commerce d'autres contrats dont les conditions doivent être réglées par un prix courant, lequel se traite également sur le marché public.

Ainsi en est-il des *affrètements* ou des *assurances maritimes*. Le montant du fret, le taux des primes pour une traversée déterminée doivent être tenus incessamment à la connaissance des négociants. Il y aura donc des *Bourses de fret* ou d'*assurances* : personnellement ou par le concours de courtiers, les capitaines ou agents des Compagnies y feront leurs propositions de connaissements ou de polices d'assurances.

846. — **Local.** — C'est avec raison que la loi définit la Bourse une réunion et non un *local*. Le local est sans influence sur son organisation : il n'est pas toujours soumis, en tant que propriété, à une condition uniforme.

En effet, l'édifice servant de Bourse peut faire partie du domaine public, soit de l'*Etat* (L. 28 ventôse an IX), soit de la *ville*, qui en prête alors l'usage au commerce intéressé : ce dernier régime est à Paris celui de la Bourse des effets (L. 17 juin 1829), tandis que la Bourse du commerce ou des marchandises y est exploitée par l'entrepreneur qui a construit l'immeuble et s'en fait attribuer la *concession*. — L'édifice pourrait appartenir à la *Chambre de commerce*, si celle-ci l'avait construit à ses frais (Marseille), ou même à un *particulier*, un service public devant siéger dans un bâtiment privé. Il n'est pas sans exemple que la Bourse se tienne en lieu découvert. Il n'y a dans les conditions de son installation aucune règle générale à poser.

847. — **Service d'intérêt public.** — Mais toute Bourse est placée sous l'autorité du gouvernement. Cette réunion périodique, quotidienne, répond à un *service d'intérêt général*. Indépendamment des nombreux services publics, de police, de justice, de rentrée des impôts, etc., l'Etat doit en entretenir un, ayant pour objet la circulation publique des *valeurs* ou des *produits*, ainsi que la *détermination de leurs cours*.

Là où ce service ne rentre pas dans son administration immédiate, il doit être placé sous son contrôle.

On eût compris à la rigueur le régime de liberté : les intéressés se grouperaient librement, et organiseraient des réunions afin de conclure leurs marchés. Depuis la loi du 21 mars 1884, les personnes de profession similaire peuvent s'associer en vue de la défense de leurs intérêts communs. Des financiers, des opérateurs sur blés, sur farines, sur alcools, etc., se constitueraient respectivement en syndicats professionnels, moyennant certaines conditions d'entrée. Ces syndicats fixeraient un « règlement de marché » obligatoire entre les sociétaires : ils s'attacheraient des courtiers ou agents de change, et pourvoiraient à l'entretien du local qui leur est nécessaire. Ils publieraient un bulletin des cours, qui n'aurait d'autre valeur que celle d'un document particulier.

C'est là le trait propre au *Stock-Exchange* de Londres (1) ; c'est également le système suivi par un certain nombre de places allemandes, quoiqu'une loi impériale des Bourses du 22 juin 1896 refondue par la loi du 27 mars 1908 (2) ait renforcé les pouvoirs de l'autorité centrale, par l'homologation administrative des statuts des Bourses, et par l'institution obligatoire auprès d'elles d'un commissaire d'Etat (3).

848. — Le gouvernement. — En France, la manière extérieure dont se traitent les affaires dans certaines Bourses de marchandises et l'action dont disposent auprès de celle de Paris les Chambres syndicales pour le commerce des farines, blés, avoines, sucres, alcools, etc., donneraient à croire que cette organisation autonome est également en vigueur. Mais, en réalité, ce fonctionnement de syndicats voile une réglementation administrative, assez complexe, qui donne aux pouvoirs publics la haute main sur ce service (V. ci-dessous n^o 1032 et s., particulièrement n^o 1034).

L'honnêteté du trafic de Bourse n'intéresse pas seulement ceux qui y participent. Tous les groupes de la société sont atteints par les manœuvres qui s'y exercent, par les spéculations outrées auxquelles la Bourse peut servir de refuge. La détermination d'un cours, exempt de fraude ou de pression, importe à la masse des citoyens.

L'Etat s'est donc réservé sur les Bourses un droit de souveraineté et de police supérieure. Ce droit se traduit, avant tout, par la faculté

(1) Voir J. DECOUDU, *La Bourse de Londres*, Paris 1922.

(2) Voir SAYOUS, *Les Bourses allemandes de valeurs et de commerce*, th. 1898 ; LESCURE, *Le marché à terme de Bourse en Allemagne*, th. 1908 ; NUSZBAUM, *Bank und Börsenrecht*, Berlin, 1927 qui donne (p. 320 et s.) le recueil des principaux textes sur les Bourses actuellement en vigueur en Allemagne.

(3) Entre les deux systèmes opposés de la liberté des Bourses, sous la seule garantie des mesures d'organisation et de discipline corporatives prises par les intermédiaires groupés en association libre, indépendante des pouvoirs publics (système anglais), — et celui du monopole d'une Compagnie composée d'officiers ministériels en nombre limité et nommés par le gouvernement (système français pour les Bourses de valeurs), on conçoit un troisième système consistant à réserver le rôle d'intermédiaire dans les Bourses à des commissionnaires inscrits, dont l'inscription ne peut avoir lieu que s'ils remplissent certaines conditions déterminées par la loi, et sous réserve de leur agrément par les pouvoirs publics. C'est le système suivi en Italie pour les Bourses de valeurs où ne peuvent opérer que les agents de change agréés par les Chambres de commerce. V. DROUETS, *L'organisation et le fonctionnement des Bourses de valeurs en Italie*, 1924.

d'en autoriser ou d'en interdire l'ouverture (1). Une Bourse ne peut être créée que moyennant un décret rendu par le chef de l'Etat, sur la proposition du ministre du commerce, ou, lorsqu'il s'agit d'une Bourse de valeurs pourvue d'un parquet (voir ci-dessous, n° 865), sur la proposition du ministre des finances.

Cela est d'autant plus notable, que les réunions publiques sont actuellement libres (L. 30 juin 1881). Il y a des pays, comme la Belgique (1867), qui, partant de la liberté de réunion, en ont conclu que les Bourses devaient être libres, elles aussi. Telle n'est pas l'organisation française.

L'Etat, par suite de réglemens de ses pouvoirs publics, détermine les prescriptions auxquelles doivent se conformer les intermédiaires, le taux de leurs cautionnements, la nature des négociations permises (art. 90 C. com.). Il statue également sur les conditions d'accès aux Bourses : toute personne peut y pénétrer, à l'exception des mineurs, des femmes (arg. arr. 27 prairial an X : la Bourse est ouverte aux *citoyens*), à l'exception encore des faillis non réhabilités (art. 613, C. com.). Quant aux *étrangers*, leur accès aux Bourses de valeurs est réglementé par le Décret du 23 février 1924 (*Le Droit Financier*, 1924, p. 98). En Angleterre, le *Stock-Exchange* est strictement fermé aux personnes étrangères à la corporation qui administre la Bourse.

Mais on va voir que l'Etat s'est dessaisi des attributions afférentes au fonctionnement des Bourses, et qu'il les a déléguées, soit à la *municipalité*, soit à la *Compagnie des agents de change*.

849. — L'autorité municipale. — La police de la Bourse est attribuée à l'*autorité municipale*. C'est elle qui veille au bon ordre des réunions. Le maire, le préfet de police à Paris, en fixe les heures d'ouverture et de fermeture (après avis de la Chambre syndicale des agents de change ou du tribunal de commerce, D. 7 octobre 1890, art. 48). Un commissaire spécial pourrait être institué, pour s'opposer aux troubles ou pour les réprimer. L'autorité municipale pourrait également prendre des réglemens, afin de rendre effectives, au moyen de justifications d'identité, les interdictions d'entrée établies contre certaines catégories de personnes.

850. — La Chambre de commerce. — Aucune de ces mesures ne concerne l'entretien du local de la Bourse, son administration budgétaire. Il y est pourvu, en principe, par la *Chambre de commerce* : établissement public qui représente les intérêts commerciaux de la place et de l'arrondissement.

(1) L'autorité administrative ne doit d'ailleurs user qu'avec prudence du droit qui lui appartient de prescrire la *fermeture* d'une Bourse. Pareille mesure peut avoir de graves répercussions économiques, sans compter — comme l'a montré la fermeture de la Bourse des marchandises de Paris au début de 1924 — les difficultés qui en résultent pour la liquidation des marchés à terme arrivant à échéance pendant la fermeture de la Bourse. Sur la fermeture de la Bourse de Paris en 1924, v. Paris, 20 mai 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 271, et l'article de M. Besse dans le *Recueil de droit commercial*, 1927, p. 17. V. également Cass., 5 décembre 1928, S. 1929, 1, 143 (spécialement sur le point de savoir si cette fermeture constitue un cas de force majeure).

La Chambre de commerce est chargée de l'aménagement de la Bourse, et doit supporter sur son propre budget les dépenses d'installation et d'entretien, location d'immeubles et autres frais nécessités par elle. Elle est autorisée, en vue de ce service, à faire recette de trois centimes additionnels au principal de la patente, sur les catégories de contribuables les plus fort imposées.

851. — Les intermédiaires. — Enfin il y a, à la Bourse, des *intermédiaires* officiels, réunis en corporation.

Cette corporation n'a avec la Chambre de commerce aucune attache. Elle n'est pas non plus composée de fonctionnaires et, si elle se trouve placée sous la discipline des pouvoirs publics, ce n'est que d'une manière assez relâchée. Néanmoins, la loi a cru devoir se démettre aux mains de cette corporation, et de chacun de ses membres, du véritable rôle actif dans le fonctionnement des Bourses. Ce rôle consiste à s'interposer dans les marchés, à les prémunir contre les manœuvres et les agiotages et à assurer la publication sincère des cours.

Tant que les médiateurs à la Bourse devront se faire investir de leurs fonctions après vérification de leur honnêteté et de leurs aptitudes, ce régime pourra être conservé, et offrira à la police de la Bourse des garanties. Mais, si la profession d'intermédiaire devenait libre, il cesserait d'en être ainsi. L'Etat n'aurait-il pas à retirer à la Compagnie des agents intermédiaires quelques-unes de ses attributions actuelles, notamment le droit si important, et si accessible aux abus, de certifier la cote ? Ce sont là des fonctions que l'Etat aura chance de reprendre en exercice direct.

852. — Courtiers. — Les Bourses sont fréquentées par des opérateurs agissant en leur propre nom et pour eux-mêmes. Le fait est frappant dans les Bourses de marchandises : les négociants traitent directement des affaires qui les concernent. Plusieurs de ces Bourses sont des lieux de réunion où les commerçants et les fabricants causent ensemble de leurs affaires. Ils se font des propositions ou achèvent de précédents pourparlers.

Mais il se trouve également aux Bourses des *intermédiaires* pour rapporter deux offres de marché qui ne se rencontrent pas d'elles-mêmes. Ces intermédiaires sont compris sous la dénomination générique de *courtiers*. Ils sont rétribués par un courtage sur le prix de l'opération. — Quoique ne spéculant point, ils font des actes de commerce (art. 632 C. com.). Comme ils les exercent à titre de profession, ils sont commerçants (art. 1^{er} C. com.).

Indépendamment des courtiers, il y a à la Bourse des commissionnaires, achetant ou vendant en leur nom pour le compte d'autres personnes. On va voir que les fonctions de « courtier » et celles de « commissionnaire » tendent à se pénétrer et à se confondre.

§ 4. — Règles de la profession d'agent de change (1)

853. — Agents de change. — Lorsque le courtage est pratiqué sur les valeurs ou effets, le courtier devient un *agent de change*. L'expression ne répond plus à ses attributions modernes : car le courtage du change, papier ou monnaie, a été, depuis un temps assez éloigné, abandonné par l'agent de change aux banquiers ou autres trafiquants cambistes.

Les agents de change pourvoient en réalité à l'*exploitation commerciale de la Bourse des effets* : ils touchent sur l'opération un courtage dont le taux est fixé sur chaque place par la Chambre syndicale, dans la limite maxima des règlements, sans qu'un agent puisse se contenter d'un courtage plus faible.

854. — L'agent de change est un *officier public* ou ministériel, nommé par le gouvernement. Le chef de l'Etat le désigne (art. 74 C. com.), sur la proposition tantôt du ministre des finances et tantôt du ministre du commerce, suivant que la Bourse, auprès de laquelle l'agent est institué, possède ou non un parquet. Ces offices sont en nombre limité, il y en a actuellement 70 à Paris (décret du 29 juin 1898), 30 à Lyon, etc.

La charge d'un agent de change, comme celle d'un notaire, est depuis 1816 pourvue d'un droit de présentation dont le titulaire peut faire trafic. *En fait*, l'office est *vénal*. Strictement, il n'est pas dans le commerce (n° 351). Mais celui qui l'occupe peut, en se retirant, proposer, moyennant finance, son successeur à l'agrément du gouvernement. Ces charges se vendent très cher : à Paris plus d'un million. La Chambre syndicale d'abord, puis le gouvernement, contrôlent le traité de cession.

Le candidat doit répondre à certaines conditions certifiant son honnabilité, sa solvabilité et ses aptitudes. Il faut avoir 25 ans, être français, jouir des droits politiques, avoir satisfait à la loi sur le recrutement, justifier d'un stage de quatre ans chez un agent de change ou chez un banquier (D. 7 octobre 1890, art. 1^{er} et 3). La Chambre syndicale doit émettre un avis favorable.

L'agent de change est assujéti à un *cautionnement*, répondant de ses faits de charge. Pour Paris, le cautionnement est de 250.000 francs. L'agent ne peut entrer en fonctions qu'après avoir justifié du versement de ce cautionnement, et prêté serment devant le tribunal de commerce (D. 1890, art. 5).

855. — Société formée par un agent de change. — La charge est souvent exploitée en *société*. Cela tient au prix qu'il faut y consacrer. L'agent n'a pas une fortune suffisante pour l'acquérir et pour l'exploiter.

Cette société serait interdite en vertu des principes. L'adjonction

(1) WALDMANN, *La profession d'agent de change*, 2^e éd., 1910.

d'associés a été *exceptionnellement* permise à l'agent de change par la loi du 2 juillet 1862 (nouvel art. 75 C. com.), et seulement auprès des Bourses pourvues d'un parquet. Elle ne peut pas se constituer sous une forme quelconque. L'agent doit exercer personnellement sa charge et engager envers les tiers sa responsabilité indéfinie. Les bailleurs de fonds ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises : et ils ne peuvent posséder dans le capital de la charge, ainsi que dans le cautionnement, une fraction supérieure aux *trois quarts*.

Il y a donc une grande analogie entre eux et des *commanditaires*. Mais quoique sujette aux mêmes conditions de forme et de publicité qu'une commandite simple, la société pour l'exploitation d'un office d'agent de change n'est pas ainsi dénommée. Cela présente quelque intérêt en ce qui touche l'*immixtion du bailleur de fonds*. Sans doute, l'associé d'un agent de change ne peut pas en principe exercer les actes de la charge puisque la gestion doit rester aux mains de l'agent lui-même, et cela le rapproche du commanditaire ordinaire. Mais la règle comporte exception.

L'agent a, en effet, le droit de choisir des *commis principaux* ou mandataires spéciaux en nombre déterminé par les règlements de la Compagnie (*dix* par charge au maximum à Paris, art. 2 du règlement particulier modifié le 28 décembre 1919) : commis qui, agréés par la Chambre syndicale, restent soumis à sa discipline. Ces mandataires, qui ne peuvent vendre leurs fonctions, seront chargés de prendre part aux négociations dans la limite de leur mandat, et ils pourront remplacer l'agent à la corbeille ainsi que dans la tenue du carnet (D. 7 octobre 1890, art. 35 et s.) (1).

Or le poste de commis principal (ou de fondé de pouvoir) pourrait être, sous le contrôle des règlements, conféré au bailleur de fonds, sans obligation éventuelle à tout le passif : tandis que, suivant le droit de la commandite, les art. 27 et 28 C. com. l'exposeraient à cette responsabilité indéfinie.

Les actes relatifs à l'adjonction de bailleur de fonds ou aux modifications apportées à leur personnel, sont soumis à l'approbation de la Chambre syndicale et communiqués au ministre des finances (1. 1890, art. 3 et 6).

856. — L'agent est commerçant. — Comme l'agent de change est un *courtier*, et que le courtage constitue un acte de commerce (art. 632), son ministère le rend justiciable du tribunal de commerce envers sa clientèle. En outre, il est commerçant de profession et sujet à la faillite s'il manque à ses engagements (art. 1^{er} C. com.). Cette commercialité de la profession était autrefois contestée, mais par des raisons plus spécieuses que fondées.

857. — a) L'agent de change, disait-on, exerce une fonction publique.

(1) L'agent peut aussi, même dans les Bourses sans parquet, constituer pour les actes autres que pour les négociations, signatures de bordereaux et certifications de transferts, des *fondés de pouvoirs*, en vertu d'une procuration approuvée, s'il y a lieu, par la Chambre syndicale (même décret, art. 34).

Or, entre la fonction publique et le commerce, il y a contradiction ! — Cette affirmation est vraie dans la grande généralité des cas. Elle ne l'était point en tout cas sous l'ancien régime, à l'époque où florissaient les offices ; elle comporte des tempéraments, et la position actuelle de l'agent de change nous en laisse précisément apercevoir un.

b) La loi du 8 décembre 1883, sur les élections des juges consulaires, donne droit d'élire et d'être élus aux tribunaux de commerce, aux commerçants d'abord, puis, dans la suite de l'énumération que donne le texte, aux agents de change (et aux courtiers de divers ordres), art. 1^{er} et 8. S'il a fallu les mentionner, c'est que les agents de change n'étaient pas déjà compris dans l'appellation de commerçants. — Il faut répondre que la loi de 1883, comme précédemment celle de 1871, n'a point tranché la question de principe que soulève la nature de la profession de l'agent de change. Elle a entendu lui assurer, une fois pour toutes, le droit qui lui avait été contesté (avant ces lois) de concourir aux élections consulaires ; car il est juste qu'il y concoure.

858. — c) Si l'agent de change était commerçant, il aurait tout pouvoir à l'effet de conclure des *opérations de commerce pour son compte*. — Or, ce droit lui est refusé, avec des sanctions très rigoureuses : en cas de contravention, il encourra, par jugement rendu en police correctionnelle, une *amende* de 3.000 fr., ainsi que la *destitution*, avec impossibilité d'être réintégré ; et, venant à faire faillite, par suite de ses spéculations, il sera de plein droit traité comme *banqueroutier*, avec application aggravée de la peine des travaux forcés à perpétuité, si elle est frauduleuse (art. 85 à 89 C. com., art. 404 C. pén.).

859. — Ainsi l'agent de change ne peut s'intéresser, même sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale.

Il pourrait posséder un portefeuille particulier de valeurs et faire un placement en actions industrielles comme en titres de rente, puisque, dans notre doctrine, la souscription d'une action est de sa nature un acte civil (n° 333). Mais il lui est interdit d'exploiter une banque, une manufacture, un commerce.

Il n'a pas le droit de souscrire une lettre de change, puisque cette nature d'effet laisse présumer une opération de commerce (arr. 27 prairial an X, art. 10) (1). — Il ne saurait trafiquer pour lui-même à la Bourse sur une valeur.

On comprendrait un régime moins sévère : il n'aurait pas le droit, dans une négociation où il a été choisi pour intermédiaire, de prendre un intérêt ; ou pour parler plus brièvement, de faire la *contre-partie de son client*. A cela près le commerce lui resterait accessible : il pourrait, par exemple, jouer le rôle personnel d'opérateur dans des ordres à terme donnés à un confrère.

(1) Sur la validité, nonobstant l'article 85 C. com. et l'article 10 de l'arrêté du 27 prairial, an X, de l'accord intervenu en novembre 1914 (pour permettre certains versements aux reporteurs atteints par le moratorium) entre la Compagnie des agents de change et la Banque de France, en vue de faire consentir par celle-ci aux agents, des avances sous forme d'escompte d'effets revêtus de leur signature, v. la consultation de MM. LYON-CAEN et BOIVIN-CHAMPEAUX.

Notre loi est plus exigeante, elle n'admet l'exercice du commerce par l'agent, sous aucune forme ni dans aucun cas.

La raison en est simple : les agents ne peuvent faire respecter la neutralité du marché qu'en s'abstenant d'y participer. Ce sont eux qui feraient le cours, s'ils se mêlaient personnellement à la spéculation. La position qu'ils prendraient sur une valeur leur enlèverait toute impartialité. Ils exerceraient une pression sur la cote et se prêteraient aux manœuvres des boursiers. Dussent-ils pratiquer le commerce en dehors de la Bourse, ils négligeraient la fonction de haute surveillance dont le gouvernement les a honorés.

860. — De cette interdiction, on a conclu au caractère civil de leur office. S'ils ne peuvent pas pratiquer le commerce, ils ne sont pas commerçants !

C'est un jeu de mots. Leur médiation est commerciale et, en tant qu'ils exercent leur charge, ils sont bien commerçants. Seulement, ce sont des commerçants auxquels la loi refuse le droit de faire le commerce, à côté de leurs fonctions professionnelles. Un négociant qui ne peut pas joindre à son commerce ordinaire un autre trafic : anomalie si l'on veut, mais non pas inconséquence (1).

861. — Ainsi, aucun des arguments articulés pour dénier à l'agent de change la condition de commerçant, n'est de nature à ébranler la thèse qui lui reconnaît au contraire cette qualité (2).

862. — **Privilège de l'agent de change** (3). — L'agent de change dispose d'un privilège d'entremise dans la négociation des valeurs (art. 76 C. com.). La portée de ce privilège sera examinée plus loin. Toute personne qui a besoin d'un intermédiaire pour vendre ou pour acheter une valeur, doit recourir à un agent de change. On peut traiter directement avec une contre-partie : proposition que conteste d'ailleurs la jurisprudence dans le marché à terme (n° 987). Sitôt qu'on emploie un courtier, ce doit être l'officier public. Ce privilège, on le verra, est violé par les empiètements de la coulisse (n° 873).

A raison de ce rôle de courtier, doublé de celui de commissionnaire par suite du secret professionnel, l'agent de change traite *pour compte*

(1) A consulter sur ce point, et sur un certain nombre de questions concernant la Bourse des valeurs, THALLER, *De la faillite des agents de change*, 1883.

(2) Cette même controverse se retrouve à l'égard d'une catégorie de négociateurs assermentés qu'on rencontre dans les marchés municipaux : les *facieurs aux halles*, intermédiaires entre les vendeurs et les acheteurs en gros de denrées alimentaires. Ils sont soumis à la discipline stricte, et constituent de véritables officiers publics auxquels il est interdit de faire pour leur compte le commerce des produits qu'ils sont chargés de vendre (V. les art. 3 et 4 du décret du 23 avril 1897). Pendant longtemps on les a considérés comme exerçant un office civil ; depuis la loi du 11 juin 1896, la jurisprudence tend à leur reconnaître la qualité de commerçants (Paris, 27 avril 1898, et note CHAUVEAU, dans les *Annales de droit commercial*, 1891, 1^{re} p., p. 33 ; Req., 30 décembre 1907, S. 1908, 1, 385, note LYON-CAËN ; *Contra*, Com. Seine, 5 décembre 1899, S. 1900, 2, 83).

(3) HAYAUX DU TILLY, *Du marché financier et de sa réglementation*, th. 1901 ; BOISSIÈRE, *La Compagnie des agents de change et le marché officiel de la Bourse de Paris*, th. 1908, 2^e édit. 1925 ; Marcel BOURBEAU, *La Bourse des valeurs de Paris pendant la guerre, 1914-1920*, th. 1921.

d'autrui, et le plus généralement avec un confrère, courtier de l'autre partie.

Ni les conditions, ni l'objet, ni les effets de ces marchés ne sont déterminés en pleine liberté. Des règlements fixent la forme des marchés, leur échéance, leur mode de liquidation, etc. Une opération de Bourse est une opération conclue selon les règlements de la Bourse, et par référence aux dispositions qu'établissent ces règlements.

D'ailleurs, tous les règlements de Bourse n'ont pas le même caractère. On en distingue deux espèces (art. 73 C. com.).

1^o Les *règlements généraux d'administration publique*, tels que le décret de 1890, qui statuent par voie impérative, et qui disposent de l'autorité de la loi, parce qu'ils proviennent d'une délégation de la loi ;

Et 2^o les *règlements particuliers* des diverses Compagnies d'agents de change. Ceux-ci sont délibérés par les agents d'une même Bourse, formant corporation. Ce sont des dispositions que les agents suivront les uns vis-à-vis des autres, notamment dans les marchés où ils joueront respectivement le rôle d'intermédiaire. Ces règlements doivent être homologués par le ministre des finances ou du commerce (art. 82 du décret de 1890). Ils diffèrent suivant les places. Fait plus frappant : ils ont entre les agents la valeur d'une *convention*, et non pas celle d'un *acte supérieur de commandement*. Aussi ces règlements ne s'appliquent-ils point vis-à-vis des personnes étrangères à la Compagnie : ils sont sans effet au regard des clients en contestation avec leurs agents (1).

863. — Les ordres de négociation donnés aux agents de charge s'exécutent généralement à la Bourse, pendant le temps où elle se tient.

A cet égard il faut établir une différence entre : 1^o les *Bourses ordinaires*, et 2^o les *Bourses pourvues d'un parquet*.

864. — **Bourses ordinaires.** — Une *Bourse ordinaire* ne sert pas de siège à une criée de valeurs : les agents n'y ont pas une place déterminée qui les sépare de l'ensemble des opérateurs.

Ces Bourses n'ont qu'une médiocre importance. Le mouvement des cours n'est point impressionné par leur trafic, elles subissent au contraire la marche des Bourses des autres places. Elles ne publient pas de cours.

Quoique l'art. 74 prétende qu'il y a des agents de change dans toutes les villes qui ont une Bourse, cela n'est pas absolument exact. Certaines Bourses pourraient n'en pas avoir, comme à l'inverse le gouvernement pourrait instituer des agents sur une place dépourvue de

(1) Paris, 3 décembre 1902, D. 1904, 2, 418. — Cependant on trouve dans ces règlements particuliers des dispositions touchant aux rapports des clients avec la charge ; ainsi les articles 40 et 41 du *règlement particulier des agents de change de Paris* approuvé le 3 décembre 1891, modifié sur ce point le 29 juin 1898, puis le 17 juin 1921 (*J. off.* du 21 juin 1921), fixant les délais de livraison des titres ou des fonds (Sur la modification en 1923 des articles 45 et 54 de ce règlement particulier, v. *Le Droit Financier*, 1923, p. 362). — En dehors de ce règlement particulier, approuvé par le ministre des finances, la Compagnie des agents de change de Paris a d'ailleurs en outre, un *règlement intérieur*.

Bourse. Les agents, quoique réunis en compagnie, n'ont pas de Chambre syndicale à leur tête.

865. — Bourses pourvues d'un parquet. — Bien plus perfectionnée est le régime des *Bourses pourvues d'un parquet* ou d'une corbeille. Celles-ci se trouvent placées sous la discipline du ministère des finances et non de celui du commerce. Elles nécessitent plus de surveillance : le trafic des valeurs y est bien plus actif, et les manœuvres des opérateurs risquent de déterminer des crises graves. Il y a sept Bourses de ce genre en France (1).

Ce qui les distingue, c'est la manière dont s'y effectuent les négociations. Un emplacement, appelé *corbeille*, isolé par une balustrade du reste du public, est occupé par les agents pendant la durée de la Bourse : les agents, qui restent d'ailleurs en relations avec leur clientèle durant tout ce temps, et qui reçoivent constamment d'elle des ordres d'opérer, échangent à haute voix leurs propositions de marchés, soit en ventes, soit en achats. « J'ai. — Je prends ». Les cours sont ainsi l'objet d'un débat public, comme dans une vente aux enchères proprement dite.

A Paris, et à l'égard des valeurs françaises, il existe une corbeille pour le comptant, il en existe deux pour le terme, la rente sur l'Etat formant une corbeille spéciale. Les cours s'équilibrent par un système qui rappelle les enchères d'offres concurrentes, suivies de sureffres ou de rabais. Nous l'expliquons en note (2).

(1) Paris, Lyon, Marseille, Bordeaux, Toulouse, Lille et Nantes. En 1845, il n'existait encore que le parquet de Paris. — Il ne peut être créé de parquet nouveau qu'en vertu d'un décret rendu sur la proposition des ministres des finances et du commerce, et après avis des agents de change, du conseil municipal, du tribunal, ainsi que de la Chambre de commerce et du préfet (D. 1890, art. 15).

(2) Dans le marché au comptant, la cote est préparée par une *inscription sur registre* sans criées publiques des opérations. L'offre d'un vendeur avec le prix demandé est consignée sur une feuille déposée à la Bourse. Soit 350 francs de rente à 75. Si cette offre trouve acheteur au même prix, ou simplement au cours, la négociation se conclut entre les deux propositions concordantes. Mais il se peut que, avant la survenance d'acheteurs au prix susdit, d'autres offres de vendeurs se présentent à des conditions moins élevées c'est-à-dire plus avantageuses pour la contre-partie, à 74,75 par exemple. Ces offres refoulent la première et valent opposition à toute vente à 75 aussi longtemps qu'elles n'auront pas été satisfaites.

Et de même en ce qui touche les demandes provenant des acheteurs : la demande à un prix fort, 74,75, annule une demande précédente d'un taux inférieur, 74,50. C'est ainsi que les propositions se croisent et trouvent un terrain de conclusion, par voie de mention à la cote de la feuille.

Ces cours cotés ne sont d'ailleurs relevés sur le bulletin officiel qu'à la condition d'avoir été effectivement traités ; autrement, le public serait induit à croire qu'un cours, seulement offert et non accepté, représente le véritable prix de la valeur. Ce serait une tromperie. La manière dont la cote est relevée auprès de certaines Bourses étrangères suggère de semblables équivoques. L'adjonction du mot « argent » pour indiquer qu'il y a un acheteur, ou celle du mot « effet » pour dire qu'il y a un vendeur sans contre-partie (tandis que l'épithète « payé » se réfère aux négociations conclues), ne garantit pas assez la masse des opérateurs contre ce malentendu. — Une cote fictive serait punissable (Trib. corr. Seine, 31 mars 1909), soit comme escroquerie, soit par application de l'article 15 de la loi de 1867, qui frappe des peines de l'escroquerie le fait d'avoir de mauvaise foi, par publication de faits faux, obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements (n° 569).

Le mode de rencontre sus-indiqué des deux propositions en sens inverse n'a point

866. — Chambre syndicale. — Dans les Bourses à parquet, la Compagnie des agents élit, chaque année, une *Chambre syndicale*, composée d'un syndic et d'un chiffre d'adjoints qui varie suivant le nombre des agents.

Cette Chambre syndicale prend ses délibérations à la majorité de ses membres et en tient registre (D. 1890, art. 17 à 20). Elle constitue l'organe de la corporation, *personne morale*. Si les syndicats professionnels sont investis de la personnalité juridique (loi du 21 mars 1884), il doit en être de même de la Compagnie des agents de change. D'ailleurs, le décret du 8 octobre 1890 donne pouvoir à la Chambre syndicale « de représenter collectivement tous les membres de la Compagnie pour faire valoir leurs droits et intérêts communs, et d'administrer la caisse commune » (art. 21) ; pouvoir au syndic à l'effet « de représenter la Compagnie en justice et dans les actes de la vie civile » (art. 27).

Comme conséquence, la Compagnie : 1° peut acquérir des biens, même des immeubles (au moins dans les limites où un syndicat professionnel peut le faire) ; 2° peut s'engager, notamment par ses délits (on verra ci-après, n° 872, une application intéressante de cette aptitude à s'obliger).

Mais les dettes de la Compagnie ne donnent comme gage à ses créanciers que l'avoir qui lui appartient, et non l'actif de chaque agent ; une corporation n'engage point les patrimoines propres à ses membres.

867. — Il y a lieu de signaler les principales attributions de la Chambre syndicale, — en laissant de côté son rôle de conciliation entre les agents ou avec des tiers, ainsi que les fonctions de la Chambre syndicale de Paris, concernant la publication des titres perdus ou volés.

868. — 1° Elle exerce sur les agents un *pouvoir disciplinaire* (mandement à tout agent de comparaître et de produire sa comptabilité ; blâme, censure, interdiction temporaire de la Bourse pour un mois ; demande faite au gouvernement de suspendre ou de révoquer l'agent coupable, ou avis exprimé à cet égard si elle est consultée), D. 1890, art. 21 à 26.

869. — 2° La Chambre syndicale administre une *caisse commune*, alimentée par prélèvements sur courtages, versements faits au moment de l'entrée en charge, et autres éléments de recettes (carnets, etc.) qu'institue chaque règlement particulier (voir art. 26, décret de 1890 ; art. 1^{er}, régl. Paris).

Cette clause assure mutuellement les agents contre l'inaccomplissement des marchés, s'il arrive à leurs clients de ne pas s'exécuter. Lorsque, au moment d'une liquidation, l'un des agents se trouve être débiteur de ses confrères pour compte, et que ses clients se sont dérobés en ne lui remettant point à lui-même les valeurs du marché, la

lieu pour les marchés à terme ; ces derniers sont traités au cri de l'agent et sans inscription préalable de cote. Il n'est pas usité davantage pour les opérations traitées *au mieux*, fussent-elles au comptant.

caisse commune avance les fonds à l'agent débiteur, afin de le tirer de cette passe critique.

La caisse commune, dans des circonstances graves comme celles qui se sont produites sur le marché de Lyon en 1882 ou sur celui de Paris lors de la grande guerre de 1914-1915, peut tenir un rôle plus important : elle pourvoit au service des emprunts que la Compagnie contracte, afin de régler le passif des charges qui ont sombré ou de parer à cette catastrophe.

870. — 3° La Chambre syndicale s'interpose dans la *liquidation des marchés à terme*. Tous les mois, elle opère une compensation générale entre les comptes de tous les agents. C'est ce que l'on verra plus loin (n° 959).

871. — 4° Le *bulletin de la cote* est visé par les art. 72 et 73 C. com. Ce bulletin est arrêté, à l'issue de chaque Bourse, par les agents de change réunis à cet effet ; puis le syndic le signe (pour plus de détails sur la cotation des cours, v. *supra*, n° 865 en note et *infra*, n° 924).

Le bulletin est affiché, publié et transmis par copie au ministre et au préfet, par les soins de la Chambre syndicale (art. 77 à 79, D. 1890). Il fait foi du cours sur lequel se sont négociés les diverses valeurs, et il sert, par conséquent, à déterminer leur prix courant.

Ce document est divisé en deux parties. La première, partie *permanente*, comprend les valeurs qui ont été préalablement reconnues par la Chambre comme donnant lieu à un nombre suffisant de transactions. Dans la seconde partie, figurent les autres valeurs, dont la désignation manque tous les jours ou ces valeurs ne seraient pas effectivement traitées (art. 80).

872. — *Admission à la cote.* — 5° La Chambre syndicale détermine les valeurs qui seront admises aux négociations de la corbeille et à la cote.

L'*admission à la cote* est une mesure que sollicitent les administrateurs-fondateurs d'une société par actions et les agents financiers des villes ou des gouvernements, en vue d'introduire sur le marché les titres de la Compagnie, de la ville ou de l'Etat intéressés. Il y a des valeurs dont on a demandé l'admission à telle Bourse, de Paris ou de province, sans la rechercher dans les autres. Les fonds de l'Etat français sont cotés de plein droit.

La Chambre syndicale de la Bourse statue souverainement. S'il est reçu dans la pratique que sa délibération est transmise au ministre des finances et devient exécutoire à défaut d'opposition de sa part, le gouvernement n'a cependant point à intervenir : le pouvoir d'interdire les négociations ne lui est reconnu que pour les valeurs étrangères.

La Chambre syndicale doit vérifier : 1° si la valeur proposée pour les négociations de la cote a été émise en conformité des lois et des règlements (par exemple si les actions ont été libérées du quart, si la liste des souscriptions et des versements a été déposée, etc.) ; et 2° si la valeur peut être l'objet de négociations assez actives.

Ni le refus d'admission, ni le retrait de la cote, ne sont de nature à

déterminer une *action en responsabilité* contre la Chambre syndicale, de la part des sociétés ou établissements intéressés à cette émission. Mais la Chambre s'exposerait, par l'*admission imprudente* d'une valeur ne répondant pas aux conditions légales, à des poursuites en réparation des personnes lésées : sur la foi du bulletin de cote, le public a recherché les actions admises, et elles ont ensuite périçité à la nouvelle d'une constitution irrégulière de la société. La Chambre syndicale sera responsable, en vertu de l'art. 1382 C. civ., s'il est établi *en fait* que, en se livrant à une enquête attentive, les vices de ces valeurs lui auraient été dénoncés (Civ. rej., 4 décembre 1877, *Journ. du Pal.*, 1878, p. 918, aff. *Transcontinental Memphis Pacific*).

Mais la Chambre syndicale ne saurait être responsable de la seule dépréciation survenue depuis l'admission, car elle ne se porte point garante de la valeur du titre.

873. — La coulisse. — Il vient d'être parlé de l'organisation de la profession d'agent de change. Cette profession a rencontré, dans le fonctionnement de la *coulisse*, une forte concurrence (1).

La coulisse est composée d'intermédiaires libres, qui, sans reconnaissance officielle, font également le courtage des valeurs, en l'exerçant soit sur des valeurs admises à la cote par la Chambre syndicale de la Bourse auprès de laquelle ils opèrent, soit sur d'autres valeurs non admises à cette cote.

On verra : 1° que les coulissiers peuvent opérer sur les *valeurs non cotées*, sans empiéter par là sur les attributions des agents de change (n° 989) ; 2° qu'ils peuvent faire sur valeurs quelconques des *marchés directs*, en tenant le rôle de la contre-partie, d'acheteur ou de vendeur envers le client, tout au moins lorsque ces marchés sont au comptant (n° 987) ; car dans un marché direct, on peut se passer de tout intermédiaire ; — 3° que, sous ces réserves, l'empiètement de la coulisse sur le privilège des agents de change est frappé d'une peine (L. 28 ventôse an IX, art. 8 ; art. 14 et 15 de la loi de finances du 13 avril 1898), et indirectement de la nullité des marchés (nos 991 et s.).

A Paris, la coulisse siège à la Bourse, pendant ses heures de tenue : elle avait organisé, à différentes époques, des Bourses du soir, soit sur les boulevards, soit dans le hall d'un grand établissement de crédit (*Winkelbærsen*, diraient les Allemands) : mais la police avait fini par interdire ces rassemblements.

Tous les éléments de la coulisse ne sont pas uniformément groupés. Il existe une Chambre syndicale des banquiers en valeurs, une association de coulissiers, dits *coulissiers à la feuille*, etc. Ces groupes modèlent leurs règlements sur ceux du parquet avec un tarif de courtages, un pouvoir disciplinaire, et les liquidations centrales. D'après les derniers remaniements, il faut être citoyen français pour en faire partie.

Mais il existe aussi des coulissiers absolument indépendants, pratiquant les négociations sous les formes les plus variées (ventes à terme au lendemain, options ou *stellages*, donnant à l'opérateur le

(1) LÉON, *Études sur la coulisse et ses opérations*, th. 1896 ; PONS, *Du marché libre dans les Bourses d'effets publics ou autres valeurs*, th. 1907.

droit à l'échéance de se constituer acheteur ou vendeur à son choix). Ceux-ci liquident leurs marchés de l'un à l'autre séparément, en usant, s'il y a lieu, de délégations (voir ci-après).

Avant les événements de 1898 dont il sera parlé, certains établissements de crédit pratiquaient ainsi le courtage, sans recourir aux agents de change, et procédaient à des *applications* d'ordres en sens inverse que leur adressaient leurs clients.

874. — Nous avons dit que certaines valeurs traitées sur le marché public n'ont pas été l'objet d'une admission à la cote des agents de change, et qu'elles rentrent dès lors légitimement dans le courtage des coulissiers.

L'admission à la cote protège le public : la valeur a été vérifiée. Comment cette protection sera-t-elle remplacée par les valeurs non cotées ?

Les garanties sont absentes. Des syndicats financiers introduisent sur le marché des titres soit d'Etats, soit de sociétés, qui n'offrent aucune sécurité. La société n'a pas été constituée conformément à la loi, ou bien elle n'a pas de chances sérieuses de réussir. Cependant, on la présente comme pourvue d'excellentes conditions de succès, en articulant dans les journaux ou dans les circulaires des faits inexacts. Il a été expliqué dans l'étude des sociétés (n° 573 *bis*) que l'insertion d'une *notice* au *Journal officiel*, imposée par la loi du 30 janvier 1907, n'a que faiblement remédié à cet abus.

875. — La coulisse a vécu longtemps sous un régime de *tolérance*. Elle faisait au parquet une vive concurrence. Son chiffre d'affaires l'emportait sur celui des agents de change ; une grande partie de la Bourse à terme se trouvait entre ses mains.

Sur la plainte du parquet en 1860, les principaux coulissiers de Paris avaient été condamnés en police correctionnelle. Depuis lors, le conflit s'accusa. On reprocha à la coulisse la nationalité étrangère de ses membres, certaines campagnes de baisse sur la rente française, etc. Déjà, en 1893, lors de la création de l'impôt sur les opérations de Bourse, on faillit la sacrifier. Un arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1910 (n° 987), a fait une application nouvelle des pénalités.

876. — La coexistence de deux sortes de négociateurs, dont l'une était illégale, manquait de dignité. Les agents de change faisaient ressortir les conditions d'inégalité de la lutte :

a) Point de cautionnement à verser pour les agents libres, point de prix d'achat à charge ;

b) Toute liberté pour le coulissier de faire le commerce à son compte propre et de cumuler avec ses fonctions celles d'introducteurs de la valeur, d'où bénéfices plus forts, taux de courtage plus faible ;

c) Suppression par la coulisse des liquidations de quinzaine (1), qui imposent au client des courtages de report plus répétés ;

(1) Il est vrai que le parquet a librement institué ces liquidations, et qu'il pourrait les supprimer de même.

.d) Négociation d'actions étrangères, quoique d'un taux inférieur à celui des actions françaises, etc.

877. — On ne pouvait pas établir la *liberté de la profession d'intermédiaire*. Celle-ci fonctionne bien en Angleterre (*brokers*, par opposition aux *dealers* qui opèrent pour leur compte), en Belgique et en Allemagne (commissionnaires de Bourse, sauf à l'administration à autoriser des *courtiers du cours*, sur les carnets desquels s'établit la cote officielle) (v. *supra*, n° 847 texte et notes).

Cela aurait conduit au *rachat* par l'Etat de toutes les charges d'agents de change : opération se chiffrant par des centaines de millions.

Puis, des agents libres n'auraient offert, comme moralité ou comme ressources, aucune garantie.

On ne doit pas perdre de vue que l'opérateur à la Bourse ne traite pas avec une autre personne choisie en connaissance de cause. Le hasard d'un même cours fait que deux étrangers lient partie ensemble. C'est le courtier qui suggère confiance en s'interposant. Mais ce courtier lui-même doit se conformer à des règles sévères, exiger de son donneur d'ordre l'exécution immédiate de l'opération, ou au moins une couverture. Faute de quoi le marché risque de ne pas être accompli. En outre, la prise d'ordres à découvert supprime toute espèce de frein tant à la hausse qu'à la baisse.

Même libre, le courtage devait se doter de certaines institutions, telles que la *caisse de liquidation*, usitée dès à présent dans certaines Bourses de marchandises. Une société anonyme, dont le capital et les noms des administrateurs garantiraient les engagements, se constitue afin de se faire transférer les marchés que les courtiers libres lui apportent. La caisse se substitue au courtier, et prend ses lieu et place vis-à-vis de l'opérateur, tant vendeur qu'acheteur. Le courtier lui réserve une partie de son courtage. Le refus de négociation par la caisse l'empêche de s'effectuer (n° 1045).

En soi, la suppression de la coulisse n'est point souhaitable. Les agents libres donnent au trafic plus d'amplitude, ils cherchent les affaires au lieu de les attendre, ils s'y intéressent et facilitent ainsi la formation des nouvelles entreprises. Le fisc lui-même trouve son profit à leur maintien. Les abolir serait le fait « d'un propriétaire amateur de miel, possédant des ruches au milieu d'une contrée florifère et qui supprimerait les abeilles (rapport fait à la Chambre de commerce de Paris en 1898) ». Enfin la coulisse fait échec à la vénalité des charges, qui est un vice de notre droit public.

878. — D'après un premier projet, le parquet et la coulisse auraient été fondus dans une association commune, avec un nombre indéfini de membres et une Chambre syndicale et disciplinaire statuant sur leur admission, les charges actuelles devant être remboursées au moyen d'un emprunt corporatif, dont le service annuel serait garanti par une contribution des agents au *pro rata* de leur chiffre d'affaires (proposition TRARIEUX et BOULANGER au Sénat en 1897).

879. — La réorganisation du marché a pris un autre aspect. La cou-

lisse est exclue aujourd'hui, en fait comme en droit, du courtage des valeurs cotées. Cela s'est accompli par voie fiscale. La loi de finances du 28 avril 1893 a, dans ses art. 28 et s., imposé les opérations de Bourse d'une taxe de 5 centimes par 1.000 fr. sur le taux de la négociation (impôt porté à 0 fr. 10 0/00 par la loi de finances du 31 décembre 1907, art. 8, puis à 0 fr. 15 0/00 par la loi de finances du 15 juillet 1914, art. 31, à 0 fr. 30 0/00, par la loi du 25 juin 1920, art. 46, à 0 fr. 50 0/00, par la loi du 22 mars 1924, art. 15, à 0,60 par la loi du 13 juillet 1925, art. 73, et enfin à 1 franc 0/00 par la loi du 4 avril 1926, art. 38) (1).

1° Cette taxe consiste dans un timbre sur *bordereau*, si l'opération est négociée par un agent de change ; 2° A l'égard des autres intermédiaires, elle doit se liquider par la tenue d'un répertoire imposé à « quiconque ferait commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de Bourse », répertoire communicable à toute réquisition aux agents de la Régie, et dont un extrait doit être déposé périodiquement à l'Enregistrement. — Toute inexactitude ou omission était punie d'une amende du vingtième des valeurs dissimulées ou inexactement reproduites, avec un minimum de 3.000 fr. Toute autre infraction à la loi était passible d'une amende de 100 à 5.000 fr. L'assujetti échappait à la taxe pour les négociations constatées par un bordereau d'agent de change, à la condition de le produire.

Cette organisation, que le gouvernement, en la personne de M. TRARRARD, avait combattue, semblait impliquer la reconnaissance de la coulisse. Lors de la discussion du budget pour 1898, les adversaires de la coulisse opérèrent un retour offensif. Par suite d'un amendement de M. FLEURY-RAVARIN, auquel se rallia le ministre des finances, M. COCHERY, et qui devint l'art. 14 de la loi de finances du 13 avril 1898, les conditions de perception de l'impôt sont modifiées ainsi. — Quiconque fera commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de Bourse devra *nécessairement* à l'avenir, s'il s'agit de valeurs cotées, représenter des *bordereaux d'agents de change* à toute réquisition de l'Enregistrement ; faute de quoi, il y aura lieu à l'amende fiscale. Cela donne à l'administration le moyen de dresser à jet continu procès-verbal des contraventions à l'art. 73 C. com., et de décerner vis-à-vis des contrevenants contrainte pour les frapper d'une amende de 100 à 5.000 francs.

Il n'est pas dans le plan de ce traité d'exposer les polémiques ardentes soulevées par cette réforme, qui dépassait en réalité le cadre budgétaire. La loi a été tournée à l'égard tant de la rente sur l'Etat (2) que de certaines valeurs étrangères, tout admises qu'elles soient à la cote. Les coulissiers, par suite d'arrangements conclus avec le parquet (février 1901), sont devenus en quelque sorte les « remisiers » des agents. Ils conservent la négociation de ces valeurs concurrentement avec eux, à condition de faire établir sur le carnet d'un agent le stock de leurs

(1) Cette taxe n'est pas due par l'Etablissement de Crédit qui place l'emprunt d'un Gouvernement (ou d'une société) dans sa clientèle, alors même qu'il en garantit la souscription jusqu'à un certain chiffre. Civ. cass., 25 février 1918. *Annales de droit commercial*, 1921, 164.

(2) Sur le rôle de la coulisse dans le marché à terme des rentes, v. DIGNÈ, *Le marché à terme des rentes françaises*, Paris 1923.

opérations quotidiennes, et de reverser à celui-ci un tantième de courtage, ce qui procure au courtier libre le bordereau qui lui est nécessaire pour se couvrir. Cet expédient sauve à peine les apparences ; l'agent de change cesse de contrôler les marchés, il les annule immédiatement au moyen d'une contre-opération fictive au compte du même coulisier, et n'assume point la responsabilité de leur exécution.

Dans la discussion de 1898, le gouvernement s'est en outre engagé à donner plus d'ampleur au marché officiel et à l'environner de nouvelles garanties : 1° en créant à Paris dix nouveaux offices ; 2° en abaissant le tarif des courtages ; 3° en obligeant dans les Bourses de plus de 40 agents la Chambre syndicale à exécuter les engagements d'un agent devenu insolvable, dans la limite de la valeur totale des offices de la Compagnie, calculée d'après les dernières cessions, du fonds commun et du montant des cautionnements (ce qu'on a appelé la *solidarité* des agents de change). En exécution de ces promesses, ont été rendus trois décrets, à la date du 29 juin 1898. Certaines modifications y ont d'ailleurs été apportées depuis, spécialement en ce qui concerne le tarif des courtages (Décret du 25 août 1919). A l'heure où nous écrivons (octobre 1929), il est de nouveau question d'une réorganisation du marché de Paris.

§ 5. — Objet des négociations de Bourse. — Valeurs mobilières

880. — Comme nous avons conduit de front les Bourses de marchandises et les Bourses d'effets, il faut, mais pour simple mémoire, rappeler d'abord sur quels objets porte le trafic dans les premières de ces Bourses.

Ce sont les *produits* ou *marchandises* : laines, cotons, fers, sucres, grains, farines, alcools. On en reparlera incidemment dans d'autres parties de ce traité. On se souvient aussi que le *fret* ou les *primes d'assurances* peuvent être l'objet d'un trafic ou d'une cote dans les Bourses de nos places.

881. — Pour nous limiter aux Bourses d'effets, elles sont les lieux où se traitent les *titres* ou *valeurs* : la loi, dans l'article 76, se sert de l'expression « *effets publics* ou *autres* susceptibles d'être cotés ».

Convient-il de réserver l'appellation d'*effets publics* aux fonds d'Etat et aux obligations communales ? Faut-il l'étendre aux valeurs, garanties ou non, de sociétés autorisées par l'Etat, ou désigner ces dernières du nom d'*effets semi-publics* ? Le mieux est encore de s'abstenir de ce mot *effets*, qui évoque plutôt les effets de commerce, et de le remplacer par celui de *valeurs*.

882. — Il y a trois sortes principales de valeurs : 1° les *actions* de sociétés ; 2° les *obligations* de sociétés, d'Etats, de départements, de villes, de Chambres de commerce ; 3° enfin les *rentes sur l'Etat*, qui mériteraient d'être désignées en premier lieu, puisque c'est de la tenue de la rente, considérée comme un régulateur, que dépend généralement celle du marché tout entier.

Il est inutile de revenir à l'action ou à l'obligation, à leur nature ainsi qu'à la forme des certificats (n^{os} 578 et s.). Il ne reste à parler que de la rente, et en quelques mots seulement (1).

883. — La rente. — La rente est la forme normale en laquelle l'Etat, en France, recourt au crédit public (établissement du Grand-Livre, décret-loi des 15-24 août 1793). Elle procède des anciennes rentes de l'Hôtel de Ville, quoique CAMBON, en « républicanisant la dette » ait présenté le Grand-Livre comme le « tombeau des anciens contrats ». Les départements et les communes, dans le droit nouveau, n'ont pas suivi cette manière d'opérer.

On ne doit pas considérer comme des rentes véritables les emprunts amortissables qui représentent une partie de notre dette consolidée. Bien qu'on leur ait donné ce nom (*rente amortissable*), il manque d'exactitude ; le propre de la rente étant de ne pas comporter d'amortissement, au sens technique du terme. Ces rentes sont de véritables obligations.

La rente constitue un *titre émis par l'Etat contre un versement de fonds, et donnant au porteur (crédi-rentier) le droit de toucher les arrérages perpétuels, mais non celui de réclamer le capital lui-même.*

La différence essentielle qui la sépare de l'obligation, c'est que l'obligation est sujette, dans le délai convenu, à un remboursement par le sort, obligatoire pour l'émetteur. Le porteur peut contraindre l'établissement débiteur à procéder à ce remboursement. — Dans l'émission de la rente, au contraire, le débi-rentier n'est jamais tenu de faire le remboursement, aussi longtemps qu'il continue le service des coupons. Le revenu annuel ne s'appelle plus *intérêt*, mais *arrérage*.

884. — A certains égards, émettre de la rente, c'est en *vendre* au public. Cette expression, du reste fautive, est peu usitée ; l'Etat contracte une *emprunt*, non une vente. Mais le mot de *rachat* est entré dans la langue du droit et dans la langue financière, et il répond à l'acte inverse, au remboursement.

Le débi-rentier (l'Etat), à moins de manquer à ses engagements, n'est jamais tenu de rembourser le capital. En revanche, il peut l'imposer à son créancier à tout moment. C'est là un droit de *essence* de la rente perpétuelle : le débiteur ne saurait y renoncer que pour un délai qui ne doit pas excéder dix ans (art. 1911 C. civ.). Le rachat, quand le débiteur le décide, devra s'effectuer *au pair*, et non pas sur le cours d'émission si ce cours est resté inférieur. Une rente 3⁰/₀, émise à 80 fr. par exemple, ne peut être rachetée qu'à 100 francs.

Nous avons eu plusieurs fonds de rente simultanément : le 3 et le 3 1/2, donnant par unité de titre des arrérages, le premier de 3 fr., et le second de 3 fr. 50. Ils étaient théoriquement rachetables par la même

(1) L'étude détaillée de la rente sur l'Etat ne dépend pas du droit commercial, mais de la législation financière. Nous n'examinerons point les questions graves concernant l'*immunité fiscale* (tout au moins à certains égards) de la rente française, ni la règle, exacte ou prétendue, de l'*insaisissabilité* de la rente (mais, dans les faillites, nous y ferons allusion, n^o 1790).

somme de 100 fr. Le 3, donnant un moindre rendement, se cotait à un cours plus faible que le 3 1/2 ; à 80 fr. au lieu de 85 ou 90 fr. Mais on le recherchait davantage, quoique son cours fût *proportionnellement* plus élevé que celui de 3 1/2 ; il était moins menacé de conversion que le type supérieur. A la suite d'une dernière conversion il ne subsistait que le fonds en 3 0/0. Le 3 1/2 a été rétabli par un emprunt de 1914. La grande guerre 1914-1919 a provoqué l'émission d'une série d'autres types de rente (1) : 5 0/0 perpétuel 1915 et 1916 ; 4 0/0 perpétuel 1917 et 1918 ; 5 0/0 amortissable 1920 ; 6 0/0 1920 ; 4 0/0 1925 dit « à garantie de change » ; 6 0/0 1927 amortis ; 5 0/0 1928.

En outre, depuis 1915, pour couvrir au fur et à mesure de ses besoins, ses dépenses exceptionnelles, l'Etat a émis des obligations, dites « de la défense nationale » (quinquennales, sexennales et décennales), et a émis aussi, avec une abondance dangereuse, des Bons de la défense nationale (primitivement à un, trois et six mois, ou un an et actuellement à deux ans), dont la caisse d'amortissement, instituée par la loi constitutionnelle du 10 août 1926 a été chargée d'assurer l'extinction progressive.

885. — La conversion. — La *conversion* est une forme complexe, la seule que prenne le plus souvent le rachat de la rente.

C'est une *combinaison à option*, par laquelle l'Etat offre bien au rentier de lui reprendre son titre contre 100 fr., mais en laissant le rentier libre de préférer à ce rachat l'échange de son ancien titre contre un nouveau, lequel rapportera des arrérages moindres.

Ce second terme ne peut être imposé par l'Etat. Il est le résultat d'un choix. Le public préférera la réduction du revenu au remboursement du capital qu'il serait maître d'exiger, lorsque la baisse de l'intérêt doit l'empêcher de trouver, en fonds publics, un placement plus avantageux que celui que lui offre l'Etat. C'est ainsi qu'on s'explique une conversion du 6 0/0 en rente 5 0/0, le jour où le rendement de l'argent aura sensiblement déchu.

L'opération de la conversion est délicate. Si l'Etat calcule mal la docilité des rentiers, il est obligé de rembourser de fortes sommes sans avoir les ressources correspondantes : une crise grave pourrait en résulter. Dans le cas contraire, l'Etat allège sa dette annuelle.

886. — La rente, comme les autres valeurs, est négociée coupon compris. Si j'achète de la rente au 15 février, le vendeur doit me livrer un certificat portant le coupon courant. Elle suit donc un mouvement de hausse à mesure qu'elle se rapproche d'une échéance de coupon, pour voir ensuite son cours tomber tout d'un coup du montant de ce coupon, sitôt qu'il est échu.

Les règlements de la Bourse déterminent d'ailleurs le jour du détachement du coupon ; c'est en général celui de la mise en paiement, ou le dernier jour de la liquidation (régl. part. de Paris, art. 29 à 31). Si le vendeur après ce moment, livrait un titre avec le coupon, l'acheteur

(1) GERMAIN-MARTIN, *La situation financière de la France, 1914-1924* (p. 670 et suiv., Les emprunts à long terme).

devrait lui en compter le montant indépendamment du prix. Si le vendeur livrait un titre, coupon à échoir détaché, ce coupon serait remplacé par sa valeur en espèces (même régl., art. 34).

Il y a des Bourses étrangères, en Allemagne par exemple, où le titre est, au contraire, négocié et coté, *coupon non compris*. Cela oblige l'acheteur à ajouter à son prix le produit du coupon en cours, à proportion du temps écoulé depuis la dernière échéance. Dans les arbitrages où l'opérateur vend simultanément une valeur dans la Bourse d'un pays et l'achète dans la Bourse d'un autre pays, ces calculs comparés de coupons tiennent une grande place.

387. — Ensemble des valeurs mobilières (1). — Toutes les valeurs décrites ci-dessus, rentes, actions, obligations, dépendent d'un groupe semblable de biens, formant dans le droit une classe à part. On les appelle *valeurs mobilières* (le caractère mobilier des actions provient de la personnalité des sociétés, n° 313 (2), le caractère mobilier des rentes et des obligations tient à la nature de la prestation promise).

Ces valeurs méritent d'être examinées quant aux *conventions* dont elles peuvent être l'objet (vente, nantissement, et non pas hypothèque), ou quant aux *taxes* auxquelles ces conventions sont soumises. On peut s'en occuper à l'occasion du *droit d'exécution* des créanciers.

Très intéressante encore est la détermination de la *capacité* requise pour aliéner ces valeurs : mineur et interdit (l. 27 février 1880), femme commune possédant des valeurs en propre (art. 1428 C. civ.), femme séparée de biens (art. 1449), femme dotale (inaliénabilité de la dot mobilière), femme administrant ses gains réservés (l. 13 juillet 1907), héritier bénéficiaire, syndic de faillite. Ce sont en général des problèmes de droit civil.

388. — Leur négociabilité. — Un trait commun à toutes ces valeurs est leur négociabilité. Il influe sur leur condition juridique, sans leur enlever d'ailleurs le caractère de créances (ou de parts de société).

La *négociabilité*, avec ses trois formes alternatives du titre nominatif, du titre au porteur ou du titre à ordre, s'écarte de la cession d'une créance ordinaire (art. 1690 C. civ.). — V. les n°s 600 et suiv. — La forme au porteur est la plus répandue.

Au surplus, d'après le règlement de 1890, art. 47 (dont la loi du 26 mars 1927 a consacré législativement la solution, dans son article 36), les agents de change ne se livrent entre eux que des *valeurs au porteur*, sauf celles qui ne peuvent, d'après la loi ou les statuts de l'établissement émetteur, affecter d'autre forme que la forme nominative. D'où il résulte que la négociation de la valeur nominative exige une conversion préalable en titre au porteur, opération, on le verra, qui à

(1) **BIBLIOGRAPHIE.** — BUCHÈRE, *Traité des valeurs mobilières*, 2^e éd., et *Traité des opérations de Bourse*, 3^e éd., 1892. Ouvrages plus anciens : MOLLOT, *Bourses de commerce* ; BOZÉRIAN, *De la Bourse* ; PROUDHON, *Manuel du spéculateur à la Bourse* ; COURTOIS fils, *Traité des opérations de Bourse*, et *Manuel des fonds publics* ; R. ROUSSEAU et GALLIÉ, *Traité pratique de droit financier*, t. II, *Bourses de valeurs*, 1924.

(2) Les actions de la Banque de France peuvent être *immobilisées* par déclaration du propriétaire (D. 16 janvier 1908. rat. 7).

elle seule peut requérir déjà le concours d'un agent de change, certificateur de signature.

L'abrogation de cet article 47 du décret de 1890 était prévue par l'art. 49, 3^e al. de la loi du 25 juin 1920, aux termes duquel « Un règlement d'administration publique modifiant l'art. 47 du décret du 7 octobre 1890 déterminera les conditions de la négociation et du transfert sous la forme nominative des titres ci-dessus visés (titres nominatifs d'actions ou d'obligations françaises) ». Mais ce règlement n'a pas été publié, des difficultés particulières étant apparues quand il s'est agi de l'établir (1) et les travaux des commissions chargées d'élaborer ce règlement ont été repris dans les articles 36 à 54 de la loi du 26 mars 1927 (portant régularisation de crédits ouverts par décret au titre de l'exercice 1927). Ces dispositions, complétées par deux décrets du 9 mai et du 11 juin 1928, constituent le régime actuel de négociation en Bourse des titres nominatifs.

888 bis. — Le nouveau régime des transferts et mutations de titres nominatifs (loi du 26 mars 1927, art. 37 et s., décret d'application du 9 mai 1928) (2). — Le législateur, toujours soucieux de favoriser la diffusion des titres nominatifs, s'est efforcé de réduire les formalités et les frais qu'entraînent les opérations portant sur ces titres. A cet effet, la loi distingue trois sortes d'opérations : a) les négociations en Bourse ; b) les conversions, transferts réels ou remboursements ; pour ces deux sortes d'opérations, elle s'attache principalement à établir des délais maxima rapides, pendant lesquels toutes les formalités doivent être accomplies ; c) les mutations, qu'elle réglemente et qu'elle entend faciliter principalement au moyen du *certificat de propriété*.

1^o *Négociation en Bourse des titres nominatifs.* Les règles varient suivant qu'il s'agit de titres essentiellement nominatifs (c'est-à-dire de titres dont la loi ou les statuts de l'établissement émetteur interdisent la conversion au porteur) ou de titres qui peuvent faire l'objet d'une conversion au porteur.

En ce qui concerne les premiers, l'opération se fait au moyen de deux transferts successifs : un *transfert d'ordre* au nom de l'agent de change acheteur, suivi d'un transfert définitif au nom du client de cet agent de change. La loi de 1927 (art. 37, al. 2 ; art. 2, al. 2 du décret du 9 mai 1928) rend donc obligatoire le transfert d'ordre prévu par le décret de 1890, art. 49. Mais ce transfert d'ordre n'a qu'un effet provisoire ; il doit être suivi dans les 10 jours du transfert définitif, faute de quoi le premier transfert au nom de l'agent de change deviendrait lui-même définitif (art. 2, al. 4 du décret). Lorsque les statuts de la société émettrice contiennent une *clause d'agrément*, décidant par exemple que les nouveaux titulaires devront être agréés par le con-

(1) V. Ch. JULLIOT, *Nouveaux avantages accordés aux titres nominatifs*, 1 brochure, 1921.

(2) Sur cette réforme, v. P. BARAZZETTI, *Le régime des titres nominatifs d'après la loi du 26 mars 1927 et les décrets du 9 mai et 11 juin 1928*, *Annales de droit commercial*, 1928, p. 83 ; ESMEIN, *Les transferts et mutations de titres nominatifs d'après la loi du 26 mars 1927 et le décret du 9 mai 1928*, 1929 ; BÉZARD-FALGAS, *Le nouveau régime des titres nominatifs et le certificat de propriété*, 1929.

seil d'administration, le délai est porté à 30 jours (art. 39, al. 2 de la loi ; D., art. 2, al. 5) (1). Nonobstant toute clause ou disposition contraire, les sociétés ne peuvent exiger l'acceptation du transfert par le cessionnaire (art. 42, al. 1).

Pour les *titres susceptibles de conversion*, les agents de change se les livrent en titres au porteur (v. *supra*, n° 888). L'agent vendeur en poursuit la conversion ; il doit faire la demande de conversion dans un délai de 5 jours à compter de la date de la négociation en Bourse ; la société débitrice est tenue de lui donner avis de la réalisation de la conversion le surlendemain au plus tard, et l'agent doit mettre le prix à la disposition de son client le lendemain du jour où les titres peuvent être retirés (art. 38, al. 2 de la loi ; art. 3, al. 4 du décret) (2).

2° *Conversion du porteur au nominatif, transfert réel, remboursement.* La conversion du porteur au nominatif se réalise dans les huit jours du dépôt de la demande de conversion (art. 41 de la loi). Le transfert réel (transfert du titulaire au cessionnaire au cas de vente directement conclue entre les parties sans négociations en Bourse) et le remboursement doivent s'effectuer dans les 11 jours de la demande (art. 40 de la loi).

Toute demande de conversion, de transfert réel et de remboursement (sauf au cas de remboursement immédiat du titre) donne lieu à la délivrance d'un *récépissé*, contenant indication du jour de la remise des titres accompagnés de la demande, la désignation des titres et la date à laquelle aura lieu la remise de fonds (art. 7 du décret).

Lorsqu'une personne est titulaire de plusieurs titres, il est gênant et coûteux de recommencer à chaque remboursement les formalités. Aussi la loi, consacrant la pratique de certaines sociétés (en particulier les compagnies de chemins de fer) admet-elle que le titulaire d'un certificat collectif a le droit de faire certifier sa signature une fois pour toutes en vue du remboursement, à condition que le montant de ce remboursement soit rendu payable à un compte postal, ou dans une banque de son choix (art. 40, al. 3 de la loi).

888 ter. — 3° **Mutations et certificat de propriété.** — Par mutation, la loi entend « les opérations résultant soit d'un changement dans la propriété d'un titre nominatif, autres que les cessions prévues aux alinéas 1 et 2 du présent paragraphe » (ce sont celles examinées sous le n° 888 bis), « soit d'une modification dans la qualité civile ou la capacité du titulaire » (art. 1 du décret). Il y a donc mutation toutes les fois que le titre passe à un nouveau titulaire sans qu'il y ait transfert (par exemple par voie de succession) ou lorsque, en dehors de toute cession, un changement dans la qualité civile ou la capacité du titulaire (par exemple un mineur arrive à sa majorité, une femme se marie, etc.) rend nécessaire une nouvelle immatriculation.

(1) Par là même la validité de cette clause d'agrément, qui n'était plus guère discutée d'ailleurs en pratique, paraît bien se trouver consacrée législativement.

(2) Les rentes sur l'Etat et titres inscrits au Grand Livre de la dette publique peuvent se négocier entre agents de change sous la forme de coupures de compte courant (art. 36, al. 2 de la loi qui consacre une pratique déjà existante).

La loi distingue deux catégories de mutations, les unes pour lesquelles le certificat de propriété est *obligatoire*, les autres pour lesquelles il n'est que *facultatif*.

a) Lorsque le changement dans la propriété provient d'une cause autre que l'extinction d'un usufruit, ou la cession par voie de négociation en Bourse ou transfert réel (par exemple lorsqu'il provient du décès du titulaire, ou de sa déclaration d'absence (1), etc.), le *certificat de propriété* est *obligatoire*. La loi généralise ici le certificat de propriété organisé pour les rentes sur l'Etat par la loi du 28 floréal an VII. Ce certificat, assez comparable à un acte de notoriété, constitue une apparence sérieuse destinée à rassurer ceux qui effectuent le transfert. Il peut être délivré (art. 47) par un notaire, un greffier, un consul français à l'étranger, par des magistrats, notaires ou fonctionnaires étrangers autorisés, par des consuls étrangers ou par des juges de paix. Il contient la désignation et le libellé des titres qui en font l'objet, les noms, qualités et résidence de celui qui le rédige, le visa et l'analyse des actes qui ont trait à la propriété des titres, le *certifié* (attestation par le rédacteur des droits des nouveaux titulaires) et la réquisition d'immatriculation, qui doit concorder avec le « certifié ».

b) Lorsqu'il s'agit de changements dans la qualité civile ou la capacité des titulaires, ou d'extinction d'usufruit, le certificat de propriété n'est plus que facultatif. L'art. 48 de la loi dispose en effet que « la mutation pourra être effectuée sur la production des expéditions d'actes ou de pièces établissant l'extinction d'usufruit et l'existence du nu propriétaire, le changement de qualité ou de capacité ».

L'inobservation des délais prescrits est sanctionnée rigoureusement. Aux termes de l'art. 43, 2^e al. de la loi de 1927, « Le défaut d'accomplissement dans lesdits délais des formalités prescrites... donnera lieu au bénéficiaire du titulaire à une indemnité exigible de plein droit et qui est fixée à 1 0/00 par jour de la valeur des titres au jour de l'expiration des délais, sans préjudice, s'il y a lieu, de tous dommages-intérêts. La valeur des titres négociables sera déterminée par le cours moyen de ce jour ou du dernier jour où les titres auront été cotés ». Le décret du 9 mai 1928 (titre IV, art. 10 et 11) précise les conditions d'application de l'art. 43 de la loi.

889. — Théorie de l'incorporation du droit dans le titre. — Mais n'envisager que la négociation, c'est prendre un seul côté de la valeur mobilière. Ce qu'elle laisse voir au premier aspect, c'est l'*incorporation* du droit dans le certificat.

On ne peut exercer le droit sans produire le titre. Le titulaire est celui qui présente le certificat ou dont le nom est inscrit sur le certificat. — C'est ce dont nous nous aperçus déjà dans les sociétés, et ce qui apparaîtra encore dans les effets de commerce. On est parti de là pour attribuer aux valeurs mobilières une nature différente de celle

(1) La même règle est applicable à l'affectation en gage d'un titre nominatif par transfert en garantie.

des autres créances, provenant de ventes de **prêts**, etc. A côté de l'ancienne créance romaine, dont a hérité notre droit civil, apparaîtrait une créance de tout autre facture.

L'obligation ordinaire, en effet, a sa base dans un consentement sans vice, échangé entre personnes capables, en vue d'une cause licite. Cette cause, dûment établie, vente, etc., est le fondement de l'engagement. Le titre, si l'on en dresse un, ne *crée* pas la dette, il la constate.

Or, dans le titre fiduciaire, il n'en serait plus de même. Le titre devient le *générateur* de l'obligation ; la cause est indifférente. Ce que porte le titre est réputé l'expression de la vérité ; là où est le titre, là se trouve l'ayant droit. Satisfaction se trouve ainsi donnée au crédit : l'effet fiduciaire, comme toute autre marchandise, figure une « valeur ».

Sur cette philosophie un peu vague, des systèmes juridiques aux nuances variées ont été proposés :

a) *Obligation littérale* : la dette vaut, parce qu'elle a été consignée sur un titre, et quand même la convention qui a présidé à la circulation du titre serait au fond irrégulière (*obligation abstraite*, dit-on encore, afin de montrer qu'une cause effective d'engagement est superflue, ou *acte unilatéral*) :

b) *Incorporation de la dette dans le titre* : l'engagement s'appuie, non sur un accord de volontés, mais sur le certificat : celui-ci devient le vrai porteur du droit, et cela instantanément. Ex. : Je rédige le titre, sans qu'il ait encore preneur ; n'importe, la dette existe. Le titre est détourné : je suis lié envers celui qui me le présentera (sous réserve de certains remèdes d'équité).

Les écoles allemandes ont propagé ces constructions : il y aurait deux natures d'engagement se faisant contraste, comme les Romains opposaient la stipulation ou contrat de *droit strict* aux contrats de *bonne foi*. — Proposée d'abord pour les effets de commerce, la thèse a été généralisée. Elle est suivie actuellement par la science italienne, qui lui donne plus de portée encore que les Allemands (1). On a voulu l'acclimater en France (2). La jurisprudence paraît peu disposée à s'associer au mouvement.

890. — Il n'est pas besoin d'ouvrir cette brèche dans le droit des obligations. Nous tenons pour vaine la reconnaissance d'une seconde source d'engagement faisant contraste avec la convention classique et avec ses quatre conditions traditionnelles. On impose par là à l'esprit du juge, qui s'inspire des faits, un effort de métaphysique auquel il est mal préparé.

Evidemment, le certificat tient une place plus grande dans le titre fiduciaire que dans une créance ordinaire : le certificat devient un élément indispensable de la dette, comme sa conservation en est un de son

(1) Surtout sous la plume du professeur VIVANTE, de Rome (*Traité de droit commercial théorique et pratique*, traduit par ESCARRA, 2^e vol.).

(2) DE BRAY, *De la clause à ordre* ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., n^o 1071. — Voir pour plus de détails, WAHL, *Traité des titres au porteur* ; SALEILLES, *Essai d'une théorie de l'obligation (projet de Code civil allemand)* ; THALLER, *De la nature du titre de crédit*, chap. 1 et 2.

maintien. Pour le titre au porteur, assimilé au meuble corporel, la dérogation au droit commun est encore plus sensible.

Mais il ne s'ensuit pas que l'obligation révélée par le titre ait à sa base autre chose qu'un contrat (vente, prêt, etc.), ni que ce contrat puisse se passer des prescriptions de validité habituelles.

Ce qu'il y a de relativement fondé dans cette incorporation du droit par le titre, le voici. Nous n'avons qu'à reprendre ce qui a été dit au sujet des *droits négociables*, opposés aux droits cessibles (n° 600).

891. — Le titulaire d'un droit est inscrit comme tel sur les registres de l'établissement ou sur le grand livre de la dette publique. Il peut, en l'état, justifier de son droit à la teneur de cette *immatriculation* : elle est la preuve, tirée des livres de commerce ou de la comptabilité publique, de sa qualité d'obligataire, d'actionnaire, de rentier.

Pour négocier la valeur, l'intéressé donne l'ordre à l'établissement d'accueillir à sa place l'acheteur qu'il désigne. Le siège émetteur substitue dans ses écritures le nom de cet acheteur au nom du titulaire primitif. Il y a novation de dette par l'effet d'une *délégation* à laquelle l'établissement ne peut se refuser.

Le droit d'actionnaire, d'obligataire ou de rentier est-il « incorporé » dans un titre ? Aucunement : cette incorporation est tout imaginaire. Par suite de certaines commodités de fait, on a pris l'habitude de remettre à l'ayant droit un « certificat », un extrait de l'inscription du livre. Mais on pourrait s'en dispenser, et on s'en dispense quelquefois. Le droit n'en conserve pas moins sa nature. Il est régi par le statut commun des obligations, il se déplace au moyen d'une *délégation* ; les livres ou l'extrait des livres forment une preuve, non une « condition substantielle du droit ». Le titre n'est point le support indispensable du droit, lorsqu'on se limite à ce premier cadre de valeurs, aux *valeurs nominatives*.

892. — Le titre prend plus d'importance, il est vrai, dans les *valeurs à ordre et au porteur*. Le siège émetteur n'enregistre plus le cessionnaire sur ses livres, il laisse l'extrait d'inscription circuler en dehors de lui, il admet celui qui l'exhibera à exercer le droit. L'immatriculation par *transfert* trouve alors son équivalent dans l'*endossement* si le titre est à ordre, dans la *tradition* de la main à la main, s'il est au porteur. « Vous n'aurez pas besoin, dit l'établissement aux deux opérateurs éventuels, de venir compléter le contrat dans mes bureaux et d'y requérir un virement d'écritures. Je ferai le service du droit à présentation de l'extrait. Cet extrait sera produit par le titulaire primitif, ou par une autre personne substituée sans que j'aie dû être avisé de la négociation la saisissant du droit. La situation sera la même que si j'avais passé transfert à son nom ».

Le certificat, dans ces conditions, forme-t-il le *substratum* du droit ? Non. Celui-ci continue à prendre matériellement son assise sur la législation générale des obligations. C'est un droit de prêteur ou d'associé, démontré par les livres, se déplaçant par *délégation*. Il n'y a rien là d'exceptionnel.

L'exception, s'il y en a une, résulte de la fonction que le siège émetteur, d'accord avec ses actionnaires ou obligataires, a attribuée à

l'extrait d'inscription et à sa circulation. Il est suppléé au transfert, acte à trois personnes, vendeur, acheteur et établissement, au moyen d'un endossement ou d'une simple remise de titre, simple scène à deux acteurs : l'établissement n'y est cependant pas si étranger qu'on le croit, car il a donné acte par anticipation.

Bref, le certificat acquiert incontestablement un rôle qu'on ne le voit pas jouer dans les autres dépendances des contrats. Son déplacement matériel servira de preuve que le droit lui-même a été déplacé. L'intéressé exhibant le certificat n'a plus à démontrer sa qualité par des « pièces extrinsèques ». Les opérateurs ont pu librement convenir de ce résultat, comme on est toujours maître d'étendre les stipulations d'un contrat, pourvu que l'ordre public demeure respecté.

Le titre devient un *véhicule du droit*. Cela ne prouve point que le droit soit créé par lui. Le droit existe avant le titre, dès le jour où a été souscrite la rente, l'action, l'obligation.

893. — Sous le bénéfice de ces observations, il faut envisager, à l'occasion des valeurs de Bourse, l'hypothèse : 1° où le titulaire en serait dépossédé par une perte ou par un vol ; 2° où le disposant serait un incapable (mineur, femme mariée, etc.).

Les modes de restitution que la loi met à la portée de l'intéressé, afin de réparer les effets de cette dépossession ou de cette aliénation irrégulière, mettent en jeu le droit d'ensemble de la Bourse. Ils peuvent donner matière à une responsabilité des intermédiaires, notamment des agents de change.

894. — I. **Titre nominatif** (1). — Cette nature de titre se négocie par voie de transfert. La bonne foi de l'établissement, Trésor ou Compagnie, peut être surprise par suite d'une réquisition de transfert provenant d'un vendeur *non dominus*. On a déjà examiné cette éventualité en parlant de l'action nominative (n° 603).

Le propriétaire, dépossédé de son inscription par les manœuvres d'un *faussaire*, a-t-il perdu son droit ? Peut-il agir : 1° contre l'établissement émetteur, Etat, société, etc. ; 2° contre l'acheteur nouveau inscrit à sa place ; 3° contre l'intermédiaire public ou autre qui a prêté son concours à la négociation dans la croyance que l'ordre de vente provenait de lui ?

Voici comment, par application des principes, la question doit être résolue.

895. — 1° *Au regard de l'établissement émetteur*, l'actionnaire rentier ou obligataire dépossédé, a la faculté de faire rétablir son inscription. Le transfert survenu lui est inopposable. Nous ne pouvons être privés d'une créance ou d'une part sociale contre notre gré (art. 1165 C. civ.). C'est au siège à prendre ses dispositions pour s'assurer de l'*identité* du vendeur, de celui qui déclare le transfert (2). Se fût-il couvert contre le

(1) V. les explications fournies par les auteurs signalés au n° 602, en note, et BÉZARD-FALGAS, *Traité de contractueux des transferts*, 3^e édit., 1924.

(2) L'établissement émetteur, engageant sa responsabilité, est fondé, avant de procéder au transfert, à exiger des justifications. S'il y a désaccord, il appartient aux tribu-

risque en faisant intervenir un officier public, il demeure tenu envers le titulaire (1) ; il aura seulement un recours en garantie contre l'agent certificateur (2).

Il n'y a point en réalité de dépossession. Le seul risque à courir pour la victime du vol, en tardant de réclamer, c'est que, le certificat constituant un titre au porteur pour le service des dividendes ou arrérages, l'établissement ne fasse de bonne foi à l'acheteur des paiements libératoires (art. 1240 C. civ.). Il importe de former opposition dans le plus bref délai.

896. — 2° *Au regard de l'acheteur du titre*, la personne dépossédée est sans recours (3) ; le siège n'est pas admis davantage à critiquer son acquisition. Cet acheteur a pu traiter par le ministère d'un courtier ou agent de change, dans l'ignorance de son vendeur, sous la sauvegarde du « secret professionnel » ; il a acquis un droit aussi ferme que si le titre lui était venu du vrai propriétaire. Mais, même le titre lui venant d'un autre, l'établissement s'est lié envers lui par un transfert, il l'a reconnu comme actionnaire, comme rentier, comme obligataire. A son acquisition répond un juste motif, une cause légale : le paiement d'un prix. Bref, le siège émetteur doit, même le délit découvert, le maintenir. Deux inscriptions concerneront une même valeur (n° 603 (4)). *Le siège s'est porté garant envers l'acheteur, non pas de la validité de la vente à tous égards, mais de l'absence de vices chez le vendeur.*

897. — 3° *Au regard de l'intermédiaire*, la réparation du tort prend une base très nette. Si l'on a sollicité son concours, ce n'est pas seulement parce que la loi requiert l'intervention d'un agent de change dans les marchés non traités directement. C'est aussi afin que l'identité des parties soit garantie.

Les Compagnies et sièges financiers exigent communément que le transfert leur soit notifié par un agent de change, même pour les « opérations directes ». L'agent n'est plus alors *courtier*, mais *législa-*

naux d'apprécier si les justifications fournies sont suffisantes et, dans ce cas, de condamner à des dommages-intérêts la société qui, malgré elles, a refusé d'opérer le transfert (Civ. rej., 4 février 1920, *Gaz. Pal.* des 14-15 mars 1920).

(1) Trib. civ. Seine, 27 juin 1923 (2^e espèce), *Journ. des Sociétés*, 1923, p. 38. — Seulement ce jugement décide que la réparation du préjudice causé par le faux transfert au propriétaire du titre doit consister, non pas dans sa réinscription (apparemment parce que, s'agissant en l'espèce d'actions, cette réinscription cumulée avec l'immatriculation du cessionnaire de bonne foi, aboutissait à un gonflement illégal du capital social), mais en des dommages-intérêts.

(2) A moins de prétendre, ainsi que nous étions enclin à le faire dans nos premières éditions, que, par généralisation des art. 15 et 16 de l'arrêté du 27 prairial an X, concernant la rente sur l'Etat (voir ci-dessous), les établissements et sociétés sont censés avoir stipulé de leurs obligataires ou actionnaires la renonciation à leur inscription en cas de faux transfert certifié par l'officier public, la personne lésée devant attaquer *directement* ledit officier (Req., 18 juillet 1898, S. 99, 1, 73, et note).

(3) Trib. civ. Seine, 27 juin 1923 (1^{re} espèce), *Gaz. des Trib.*, n° des 3-4 octobre 1923

(4) A moins qu'il ne s'agisse d'actions. Dans ce cas la sanction ne saurait consister en raison des règles sur l'augmentation du capital des sociétés. en une double immatriculation ; mais elle consistera dans la condamnation de la société, vis-à-vis des propriétaires dépossédés, à des dommages-intérêts égaux à la valeur des titres au cours de la Bourse au jour du jugement ; Trib. civ., Seine, 3-4 octobre 1923 (2^e espèce) précité.

teur de signature. Ce rôle pourrait être tenu d'ailleurs par un *notaire* (1). On s'est même demandé si le *maire* n'aurait point pouvoir pour l'exercer. En fait, les mairies ne délivrent plus de législations de cette nature.

Cette vocation de l'agent de change à une telle fonction résulte, pour la rente sur l'Etat, de l'art. 15 de l'arrêté du 27 prairial an X : « Les transferts d'inscriptions sur le Grand Livre de la dette publique seront faits au Trésor public, en présence d'un agent de la Bourse de Paris, qui certifiera l'identité du propriétaire, la vérité de la signature et des pièces produites ». — « Les déclarations et certificats de transfert d'inscriptions de rentes sur l'Etat (est-il dit par les lois du 30 juin 1885 et du 11 juin 1909), sont dressés, signés et scellés dans les bureaux d'un agent de change exerçant près d'une Bourse pourvue de parquet, qui vérifiera la régularité de l'opération ».

Le concours d'un agent de change est donc indispensable à la négociation de la rente nominative. La pratique des sociétés par actions s'est modelée sur celle de la rente. Un grand nombre de statuts imposent la certification d'un agent de charge (voir au surplus le décret du 7 octobre 1890, art. 76). Même dans le silence des statuts, la société peut exiger qu'un agent ou un notaire garantisse l'identité du vendeur.

L'agent de change engage-t-il sa responsabilité, en certifiant pour vraie une signature fautive ? Quant à la rente sur l'Etat, la loi le dit formellement : « L'agent de change sera, par le seul fait de sa certification, responsable de la validité desdits transferts, en ce qui concerne l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites : cette garantie ne pourra avoir lieu que pendant cinq années (2), à partir de la déclaration du transfert (arr. 27 prairial an X, art. 16) ». *Adde* : *Loi du 11 juin 1909*; Civ. cass., 15 juin 1915, *Gaz. des Soc.*, 1915, 127.

Par analogie, cette responsabilité doit être étendue au transfert d'une valeur autre que la rente. Mais envers qui l'agent est-il ainsi tenu ? Non pas envers le titulaire dépossédé, apte à recouvrer son inscription, mais envers l'établissement. Le siège émetteur n'est pas en état de rechercher si le vendeur est bien la personne dont il prend le nom. L'officier public s'en assurera. L'erreur commise par ce dernier crée à sa charge une responsabilité professionnelle, non plus pendant cinq ans seulement, le détail de l'art. 16 de l'arrêté de prairial étant limité à la rente sur l'Etat, mais pendant trente ans. Le notaire serait exposé au même recours.

898. — Les notions précédentes ne sont admises en jurisprudence que sous une double exception.

D'une part, les art. 15 et 16 de l'arrêté de prairial déchargeraient le Trésor vis-à-vis de la victime du faux, obligée ainsi d'agir directement

(1) Le ministère du notaire intervient plus communément par la délivrance d'un intitulé d'inventaire ou d'un extrait de partage, en cas de transmission pour cause de mort et afin de permettre le *transfert de forme*, au nom de l'héritier ou du légataire. En ce qui concerne la rente sur l'Etat, il y a lieu à la délivrance du « certificat de propriété » réglé par la loi du 28 floréal an VII, art. 6. — A Paris, par suite d'une entente entre agents de change et notaires (entente dans laquelle on paraît d'ailleurs s'être assez peu soucié de l'intérêt du public), la certification des signatures est réservée aux agents de change.

(2) Cf. Cass., 5 août 1912, D. 1913, 1, 265, note PERCEROU.

contre l'agent certificateur. — Cette jurisprudence est peu logique, elle est dominée par une pensée un peu flottante : les inscriptions au Grand Livre emportent présomption irréfragable de vérité et font foi des mentions qu'elles renferment, sans que la preuve du contraire soit recevable !

D'un autre côté, la responsabilité de l'agent de change certificateur n'est pas affirmée par les arrêts comme la résultante naturelle d'un devoir professionnel. Elle est admise seulement « en fait », eu égard aux circonstances de l'espèce, et lorsqu'il apparaîtra que l'agent s'est rendu coupable de faute (Req., 29 janvier 1902, D. 1902, 1, 223, et les autres arrêts plus récents cités dans l'étude de E. THALLER, *Nature du titre de crédit*, n° 146). — Les critiques de cette interprétation apparaîtront mieux à propos du vendeur incapable, auquel nous arrivons maintenant.

899. — Le vendeur *incapable* d'un titre nominatif : mineur, interdit, prodigue, femme mariée non autorisée ou placée sous le régime dotal (1), peut-il faire annuler son transfert ou exercer un recours contre l'agent de change certificateur ?

L'acheteur du titre ne peut être évincé. Ce qui est vrai du cas de vol du titre ne l'est pas moins de l'incapacité du vendeur : il n'a pu la connaître, par suite de l'interposition d'un agent de change.

A l'égard de l'établissement, l'incapable, en vertu de l'action en nullité de dix ans des art. 1305 et suiv. C. civ., peut faire rétablir son inscription. L'établissement, à son tour, devra se retourner *contre l'agent* certificateur, responsable de la « capacité » de ses clients aussi bien que de leur « identité ».

Les choses sont autrement comprises dans la pratique. D'après les art. 15 et 16 de l'arrêté de prairial, l'agent ne doit que la garantie de l'*identité* du propriétaire. Ni pour la rente, ni pour les autres valeurs il ne pourra être recherché pour cause d'incapacité, que si l'on justifie d'une faute caractérisée dans la manière dont il a prêté son ministère au transfert (Paris, 16 février 1896, S. 98, 2, 289, et note WAHL).

Ce tempérament de responsabilité n'est pas d'accord avec l'idée que tout officier public doit se porter garant de l'aptitude des parties à contracter. Les transferts ne présenteront plus de sécurité, si les sociétés doivent rétablir l'inscription vendue, sans pouvoir supprimer celle de l'acheteur, ni s'attaquer à l'agent certificateur. Nous admettrions seulement l'exonération de ce dernier dans les cas de nature à tromper la diligence la plus exercée. Ex. : Le titre appartenait à une femme dotale (2). L'agent de change l'a vendu : puis, sur l'attestation d'un remploi, il a transmis les fonds à un notaire ou à un établissement de crédit que les époux lui ont désigné. Ce remploi était faux : l'agent

(1) JULLIOT, *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts*, 1889 ; P. HANS, *Négociation en Bourse des valeurs appartenant aux incapables*, *Annales de droit commercial*, 1905, p. 169 et s.

(2) L'agent de change, alors même qu'il n'a pris aucune part à la négociation d'un titre nominatif de rente sur l'Etat, frappé de dotalité et d'obligation de remploi, n'est pas seulement tenu d'attester l'identité du vendeur ; il doit s'assurer aussi de la régularité du remploi en conformité de la loi du 11 juin 1909, Cass. civ., 4 juin 1923, *La loi*, n° du 26 septembre 1923 et D. 1923, 1, 115.

de change ne saurait en être rendu responsable (Req., 15 février 1898, D. 98, 1, 429).

900. — II. **Titre au porteur (1).** — Les menaces de dépossession, de vol, sont bien plus graves s'il s'agit d'un titre au porteur que s'il s'agit d'un titre nominatif. La forme au porteur exerce sur l'économie du droit lui-même une forte répercussion.

Ce droit prend la même nature que le certificat de papier dans lequel il est enfermé. Le titre au porteur tombe dans la classe des *meubles corporels*. Posséder le droit, posséder le titre, les deux choses se confondent. Lorsqu'on se procure un titre au porteur, comme un meuble corporel, on n'a pas à vérifier les « origines de propriété ». Le titre témoigne par lui-même des droits de celui qui le possède. Une corrélation étroite se produit entre la détention du document et l'exercice des avantages qui y sont attachés.

La production du titre crée une *présomption de propriété*, qui exempte le porteur de toute autre justification. En vertu de cette présomption, il peut, sur seule présentation : 1° toucher au siège débiteur des dividendes, intérêts et capital du titre ; 2° vendre le titre par l'entremise d'un courtier ou d'un agent de change ; 3° transporter à un acheteur le bénéfice de sa propre possession. En un mot, il faut lui étendre la règle de l'art. 2279 C. civ. : *En fait de meubles, possession vaut titre*.

La possibilité de se prévaloir du titre et d'en être réputé propriétaire est subordonnée, il est vrai, à une condition de *bonne foi* chez la personne à qui le titre est remis ou présenté. Il faut que cette personne n'ait pas des indices ou des informations rendant suspecte la possession du détenteur.

Bonne foi de l'établissement débiteur, requis de payer les coupons ou le capital.

Bonne foi de l'acquéreur. — Il a acheté le titre croyant son vendeur *verus dominus*. Au contraire, sa mauvaise foi l'exposerait à la revendication d'un tiers, victime d'une dépossession.

Bonne foi de l'agent de change, requis de procéder à la vente du titre, et mal fondé à exiger du porteur la preuve de sa propriété.

901. — De là, le principe que la perte de la possession du titre emporte la perte du droit. Il y a un tempérament. Les art. 2279 et 2280 assurent, à tout événement, la revendication du meuble, même contre un possesseur de bonne foi, dans les *trois ans* de la perte du vol : disposition qui s'étend au titre au porteur.

Mais c'est là un remède plus nominal que pratique. On est d'accord pour limiter cette revendication au « vol » proprement dit, sans l'étendre à la dépossession par « abus de confiance » ou par « escroquerie », lorsque le porteur est de bonne foi. — Puis, ce qui est plus grave même en cas de vol, le revendiquant doit rembourser au porteur de bonne foi son prix d'acquisition, c'est-à-dire le plus souvent l'équiva-

(1) V. BÉZARD-FALGAS, *Traité de la perte et de la restitution des titres au porteur français et étrangers*, 1922 ; et, pour les lois de 1872 et de 1902, GARASSUS, *De la revendication des titres au porteur perdus ou volés*, th. 1902.

lent du titre, si le porteur l'avait acheté en Bourse ou chez un marchand vendant des choses semblables (art. 2280) (1).

Dans ces conditions, la protection du Code civil contre les suites d'une dépossession involontaire était extrêmement fragile.

1° *Au regard du voleur* : il était impossible de le retrouver.

2° *Au regard de l'établissement émetteur* : la personne lésée pouvait bien former opposition au service des coupons ainsi que du capital, auprès de l'établissement débiteur, constitué ainsi de mauvaise foi pour le cas où il s'aviserait de déferer à la réquisition d'un porteur, de ne pas retenir les fonds ou de ne pas les déposer à la Caisse des consignations. — Mais le titre avait toute chance d'être vendu par le voleur et de tomber très vite aux mains d'un acquéreur de bonne foi, autorisé par l'art. 2280 à exiger qu'on lui rendit son prix.

3° *Au regard du porteur actuel* : nous répétons qu'il était presque toujours de bonne foi, que sa bonne foi se présuait, et qu'elle le couvrait.

Le siège émetteur informera bien la victime, si celle-ci lui a signifié une opposition, du nom de ce porteur à partir du jour où il se sera présenté à ses guichets. La belle avance, si la revendication doit échouer contre ce dernier ou être paralysée par une exception !

Mieux valait encore que ce porteur ne se présentât point. Car alors le siège, non tenu, sans doute, de payer directement les coupons ou le capital à l'opposant, devait du moins les consigner. Puis, cinq ou trente ans après, la victime pouvait les retirer, en supposant que nulle réclamation de tiers ne se produisit dans l'intervalle.

4° *Au regard de l'agent de change* ou intermédiaire qui avait prêté son ministère à la négociation du titre volé, la victime n'avait pas un recours plus efficace. — L'intermédiaire n'aurait pu être recherché qu'en cas de *mauvaise foi* (chose rare), ou d'opposition à lui individuellement faite. La législation n'avait pas institué de bureau central destiné à recevoir une opposition globale, destinée à faire défense à tous intermédiaires de se prêter à la négociation.

902. — Loi des 15 juin 1872 et 8 février 1902. — Le droit commun sur la possession mobilière faisait donc de la perte du certificat la cause d'une perte irrémédiable du droit lui-même. Conséquence grave, dans un pays où les valeurs mobilières se sont répandues dans toutes les classes et forment un élément notable de la richesse publique.

A la suite de la Commune de Paris, l'Assemblée Nationale mit à l'étude un régime plus réparateur. De nombreux cambriolages de titres avaient eu lieu pendant la guerre et l'insurrection. Déjà une loi du 12 mai 1871 avait déclaré inaliénables les propriétés mobilières soustraites à Paris depuis le 18 mars, mais sans fournir les moyens nécessaires de retrouver ces propriétés. Des travaux entrepris pour assurer

(1) Ce prix à rembourser devant le plus souvent égaler la valeur actuelle du titre, le propriétaire dépossédé aura autant d'intérêt à s'abstenir d'exercer sa revendication. On se demande si la loi n'aurait pas été mieux inspirée, en supprimant dans cette hypothèse la faculté de revendiquer, et en adoptant la formule allemande, d'après laquelle le porteur de bonne foi échappe, même en cas de vol, à toutes menaces d'éviction du titre.

cette protection est sortie la *loi du 15 juin 1872*, actuellement amendée sur certains points par la *loi du 8 février 1902*.

902 bis. — Dispositions spéciales tendant à protéger les propriétaires de valeurs mobilières dépossédés par suite de faits de guerre. — Le pillage systématique par les armées allemandes, au cours de la grande guerre déclarée par l'Allemagne, en 1914, du nord de la France et de la Belgique, a mis en péril les valeurs mobilières que leurs propriétaires avaient déposées dans ces régions. Aussi a-t-il fallu prendre, pour les protéger, des mesures spéciales. Deux lois sont intervenues à ce sujet : celle du *4 avril 1915* visant les *valeurs mobilières* en général, puis celle du *16 février 1917* spéciale *aux titres au porteur de rente sur l'Etat* déclarés perdus ou volés à la suite de faits de guerre (1). Leur délai d'application venait expirer « six mois après la fin des hostilités » ; mais, en ce qui concerne la loi de 1915, il a été prorogé, par la loi du 28 mai 1920, jusqu'au 30 juin 1920. A raison de leur caractère transitoire, il suffit d'en indiquer ici les grandes lignes. Les oppositions par acte d'huissier prévues par la loi de 1872, et dont il sera parlé plus loin, sont remplacées par des lettres recommandées. Au point de vue des preuves à fournir pour obtenir le paiement des coupons et du capital, une distinction est établie entre les titres qui ont fait et ceux qui n'ont pas fait l'objet d'un dépôt en banque (2).

902 ter. — Le système des lois de 1872 et de 1902. Son caractère original. — Le système institué en France par la loi du 15 juin 1872 (modifiée en 1920) n'a pas trouvé bon accueil à l'étranger, et les autres Etats ne l'ont point adopté (3). On lui reproche de frapper les titres au porteur d'une *inaliénabilité* que rien ne relève extérieurement : l'insécurité est jetée sur le marché, les intermédiaires sont assujettis à des vérifications pointilleuses.

Il est vrai qu'en Allemagne notamment, Etat qui repousse notre système de protection, la personne spoliée peut user d'une procédure dite d'*amortissement* ou d'*annulation*. Sur l'opposition de cette personne, le siège débiteur fera sommation publique au titre de se présenter dans un délai déterminé ; faute de quoi le tribunal prononcera sa *mise à mort* et son remplacement par un titre nouveau. Mais encore, dans le délai susdit, le porteur se faisant connaître, étant de bonne foi, obtiendra gain de cause. La victime n'est donc pas protégée (sauf le droit bien fragile qu'elle aurait de recourir, à l'appréciation du tribu-

(1) Une troisième loi, du *31 juillet 1918*, concerne les *bons et obligations de la défense nationale*. Mais, — tandis que les lois de 1915 et de 1917 ne visent que les valeurs mobilières ou titres au porteur de rente sur l'Etat perdus ou volés par suite de faits de guerre, et qu'elles ont cessé d'être applicables depuis le *30 juillet 1920* au plus tard (en ce sens, du moins que, depuis cette date, aucune opposition n'est plus possible en vertu de ces lois), — la loi de 1918, au contraire, vise les bons et obligations de la défense nationale dont les propriétaires sont dépossédés « soit par suite de faits de guerre, soit par tout autre événement », et d'autre part, aucune limite n'est fixée à sa durée d'application, v. *infra*, n° 919.

(2) GAVERIAUX, *Guide des propriétaires de valeurs mobilières dépossédés à la suite de faits de guerre*, 1917.

(3) Le système français des lois de 1872 et 1902 a toutefois — avec d'ailleurs d'importants changements, qui paraissent des améliorations — été introduit en Belgique par la loi du *24 juillet 1921*. V. SOLUS, *Annales de droit commercial*, 1920, p. 45, et 1921, n° 3.

nal, contre toute personne commerçante, qui aurait traité imprudemment sur le titre depuis l'insertion des numéros volés dans le *Moniteur de l'Empire* (art. 367, C. com. de 1897).

Le régime français est plus protecteur, sans procurer une infaillible sécurité. La difficulté que mettront les Etats à se concerter pour adopter en cette matière les règles uniformes ne doit pas décourager les hommes de bonne volonté. Toutefois, la protection accordée par une loi demeure bien fragile, lorsque les autres Etats ne s'y associent point de leur côté : les voleurs iront réaliser le produit de leur rapine sur un marché étranger où n'est pas acceptée l'indisponibilité du titre au porteur. Il y a lieu de remercier l'*Association nationale des porteurs français de valeurs étrangères*, aujourd'hui *Office national des valeurs mobilières*, de l'effort, bien un peu ambitieux, qu'elle a fait pour établir un avant-projet de convention internationale sur la base de la publication d'un seul Bulletin qui, dans le monde civilisé, recevrait l'insertion des déclarations de perte ou de vol de valeurs au porteur (*Ann. dr. com.*, 1913, p. 301 et s.).

Le régime français repose sur deux oppositions à faire par la victime, et dont l'action combinée doit lui fournir réparation (1).

Avant de préciser les formes et les effets de ces oppositions, il importe de faire ressortir le conflit qui, à la suite d'un vol de titre, est de nature à se produire entre le *porteur et la victime*, conflit dans lequel on fera intervenir : 1° l'établissement émetteur du titre, et 2° l'intermédiaire ou le vendeur de qui le porteur actuel le tient.

903. — I. Porteur actuel. — Voleur ou complice, recéleur ou acquéreur de mauvaise foi, il ne pourra prétendre à la conservation du titre. Sa situation est demeurée, d'après la loi de 1872, telle qu'elle était d'après le Code civil.

S'il est de bonne foi (ce qu'il y a lieu de présumer), il est couvert par les art. 2279 et 2280, sous réserve des dispositions des lois de 1872 et de 1902, qui, tout en restant basées sur la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre*, la font fléchir à certains égards.

904. — Première hypothèse. — Le titre, au moment où le porteur en a fait l'acquisition, avait déjà été, à la requête de la personne volée, publié au *Bulletin du Syndicat*, dont il sera reparlé plus loin, et le numéro du *Bulletin* qui en indique le numéro était déjà parvenu le jour de la négociation dans le lieu où celle-ci s'est opérée.

Ici paraît l'innovation dominante de la loi de 1872. La victime du vol a conservé par cette publication la revendication de son titre. Celui-ci ne peut plus, à partir de ce jour, tomber aux mains d'un possesseur de bonne foi. Quiconque traite d'une valeur au porteur, inter-

(1) Le régime que nous allons décrire s'applique même, suivant nous, aux titres au porteur que leur propriétaire aurait revêtus de la mention manuscrite de son nom, ou qui porteraient une cote d'inventaire. Un acte unilatéral du porteur ne peut conférer les attributs du titre nominatif à un certificat dont les conditions d'émission ont assuré la libre circulation. Il n'y a pas, selon l'expression allemande, possibilité pour le porteur, sans le concours de l'établissement, de procéder à une « mise hors de cours » de la valeur au porteur.

médiaire ou acheteur direct, doit par prudence se reporter au *Bulletin*, afin de voir si le titre y figure ou non. S'il ne le fait pas, il commet une faute lourde assimilée à un dol. L'acquéreur est réputé de mauvaise foi. Il sera tenu de rendre le titre à qui de droit, sans indemnité, sans pouvoir se dédommager du prix auquel il l'avait payé.

Toutefois, le porteur ou l'intermédiaire sera dans une meilleure position si, tout en ayant acquis le titre postérieurement à la publication de l'opposition, il arrivait à prouver que son vendeur, que celui qui tenait le titre avant lui, avait une possession de bonne foi plus ancienne que cette publication. Succédant comme ayant cause à ce vendeur, il pourrait user du même langage que lui ; ce qui lui permettrait sinon d'échapper à toute revendication, du moins de se faire rembourser, contre restitution du titre, le prix d'achat payé par ce vendeur.

905. — *Deuxième hypothèse.* — L'acquisition du titre a précédé la publication de l'opposition, ou bien encore la victime s'est abstenue entièrement de procéder à celle-ci. Le Code civil reprend alors tout son empire.

Si le titre a été non pas volé, mais détourné par l'effet d'une « escroquerie » ou d'un « abus de confiance », toute revendication cesse contre le porteur de bonne foi (1).

Si c'est un « vol » que la victime a souffert, elle conserve pendant trois ans le droit de revendiquer le titre. Mais ce droit est mis en échec et rendu souvent illusoire par l'exception dont dispose l'acheteur et consistant à se faire rembourser le prix que le titre lui a coûté, du moment qu'il l'a acheté en Bourse ou chez un marchand vendant des choses pareilles (art. 2280) (2). Ce n'est que lorsque le titre aura acquis en Bourse une plus-value notable depuis le jour où le porteur en a fait l'achat, que la victime aura intérêt à en poursuivre la restitution (3).

906. — On conçoit l'importance qu'il y a, dans ces conditions, à déterminer le jour de la « consommation de la négociation », qui a fait passer le titre au porteur actuel, par rapport au jour de la publication de l'opposition au *Bulletin*. Si elle lui est antérieure, la revendication tombe ; si elle l'a suivie, cette revendication persiste. Question surtout délicate, lorsque la valeur a été négociée par l'entremise d'un agent de change qui a reçu le titre à ses guichets d'un client avec ordre de vente, à un moment où le *Bulletin* n'en renfermait pas encore le numéro (27 juin), a exécuté ensuite cet ordre de vente au parquet ou ailleurs, puis a livré le titre à son confrère ou à l'acheteur (30 juin), alors que dans l'intervalle de ces trois jours la publication du numéro s'est produite (le 29 juin par exemple).

(1) Lyon, 16 mars 1927, *Journal des Sociétés*, 1928, p. 589.

(2) Ce qui ne veut pas dire qu'un marchand, changeur ou autre, prenant dans sa boutique le titre à l'achat d'un client, soit autorisé à se prévaloir de cette exception : il ne l'a acheté ni à la Bourse ni chez un marchand vendant des choses pareilles.

(3) En admettant que les art. 2279 et 2280 exigent, outre la bonne foi du porteur, un juste titre, une question délicate ne manquera pas de se présenter ici pour les valeurs cotées « que le porteur aurait achetées en coulisse ». Cela vicie-t-il son titre, au point de lui enlever le moyen de paralyser la revendication ?

La question se complique, en effet, de la responsabilité de l'agent intermédiaire. Car, si la négociation doit être réputée en pareille hypothèse postérieure à cette publication, puisque aussi bien l'acheteur n'a reçu le titre qu'après qu'elle a été faite, cet acheteur, une fois évincé, se retournera en garantie contre son agent. L'agent lui-même, s'il est surpris par la nouvelle de l'opposition après la prise du titre à ses guichets et avant qu'il ne l'ait fait servir à la livraison, ne pourra pas s'en dessaisir au détriment de la victime du vol. Il devra le lui rendre, quitte à se retourner contre le donneur d'ordre auquel il aurait eu l'imprudence de payer d'avance le prix de la négociation.

La loi de 1872 ne tranchait pas la difficulté. L'art. 12 se bornait à dire que « toute négociation postérieure au jour de l'apparition du *Bulletin* serait sans effet vis-à-vis de l'opposant ». On était généralement d'avis que l'opposition, intervenant dans ces conditions de temps, était pleinement opérante, que la « négociation » prenait date non au moment de la remise du titre à vendre au guichet, mais au moment de la livraison qui en serait faite à l'acheteur, que l'agent de change devait à ce moment vérifier à nouveau l'absence au *Bulletin* du numéro traité. La restitution qu'il doit faire du titre à l'opposant ne peut alors préjudicier à l'agent. Elle ne lui fait tort que s'il a par anticipation réglé le prix de vente, ce à quoi rien ne l'obligeait (Paris, 26 juillet 1895, et 3 décembre 1902, S. 97, 2, 305 et 1904, 2, 289 notes WAHL).

La loi de 1902 en a autrement décidé. « La négociation, porte le nouvel art. 13, al. 5, qui rend sans effet toute publication postérieure de l'opposition, sera réputée accomplie dès le moment où aura été opérée sur les livres des agents de change l'inscription des numéros des titres vendus pour compte du donneur d'ordre et livrés par lui ». L'acheteur ne pourra être évincé, l'agent de change pas davantage, le titre tardivement frappé d'opposition aura pu servir à la livraison.

Règle toute favorable au parquet des agents de change et qu'il est difficile de justifier ; elle ne s'étendrait pas à d'autres agents, à des coulissiers. Il a fallu soumettre les livres des agents de change à des conditions précises de tenue, permettant de préciser le jour des livraisons à eux faites des titres à vendre. Dans ce but a été rendu, en exécution de la loi, un décret du 8 mai 1902.

907. — L'acheteur aura son recours contre qui de droit, lorsqu'il aura été informé du vice frappant le titre d'indisponibilité. Il n'en sera pas toujours avisé dans la période qui suivra immédiatement son acquisition.

Lorsque le titre n'a pas été l'objet d'une opposition, l'acheteur en touchera peut-être les intérêts ou dividendes du siège émetteur pendant un certain temps. Puis le revendiquant se fera connaître, et l'évincera en lui remboursant son prix. — Plus fréquemment, l'opposition ayant précédé son acquisition, le service du titre sera immédiatement arrêté par le siège ; ou, le porteur voulant revendre, il se le verra refuser par l'intermédiaire.

Il a donc intérêt à ce que la « question de la propriété du titre » et de son prétendu vol soit tranchée au plus tôt.

Comment l'acheteur connaîtra-t-il son adversaire, celui qui lui conteste le droit au titre ? Par la révélation de son nom et de son adresse, que le siège émetteur doit lui faire immédiatement après qu'il aura été saisi de l'opposition, en retenant le certificat contre un récépissé art. 10) (1). — Par la survenance de la partie volée, se présentant spontanément à lui, dans le cas contraire.

Un « procès en revendication » s'agitera entre ces deux hommes, procès mobilier relevant de la compétence du tribunal civil (2) du demandeur, soit que l'opposant en prenne l'initiative, soit que le porteur préfère prendre les devants afin de ne pas laisser la question trop longtemps en suspens, et procède alors par une « action négatoire ».

Depuis 1902, il n'est même plus besoin que l'action se déroule au « pétitoire », lorsque c'est le porteur qui l'exerce. Peut-être l'opposition est-elle le fruit de la malice. Peut-être résulte-t-elle d'une allégation téméraire : on a vu des héritiers trouvant dans les papiers du défunt la trace d'un titre n'existant plus dans l'actif, mais signalé comme ayant été l'objet d'un mandat, et, sur la foi du simple bordereau retrouvé, frappant à la légère d'opposition le certificat (3); il a pu se faire cependant que le *de cujus* l'ait revendu avant son décès !

Le porteur peut, en conséquence, assigner l'opposant devant le *juge des référés*, à l'effet d'entendre prononcer la mainlevée de l'opposition, en lui donnant un délai de comparaître, qui ne pourra être inférieur à un mois : — 1° parce que l'opposant n'introduit point sa demande au fond dans ledit mois devant le tribunal tout entier ; — 2° ou encore parce que le porteur a en ses mains une pièce, bordereau, ou autre titre probant, justifiant que son propre achat est antérieur à la publication de l'opposition, et que l'opposant ne lui offre pas d'ailleurs le remboursement de son prix ; — 3° ou enfin lorsque l'opposant n'allègue aucun fait de nature à rendre sa prétention vraisemblable (art. 17 et 18 nouveaux).

Il est à remarquer, en outre, que l'opposition n'a pas un effet indéfini dans le temps. Son auteur doit la renouveler, année par année, aussi longtemps que le porteur du titre n'aura pas été retrouvé. Faute de ce faire et de verser au syndicat des agents de change le prix d'insertion pour l'année suivante, il est déchu et l'opposition tombe de droit. Le syndicat en donne avis, depuis 1902, à l'établissement débiteur, qui tiendra la mainlevée comme acquise et reprendra la disponibilité du service du titre (art. 11).

908. — Dans l'instance en revendication le porteur peut succomber. Il a alors son « recours en garantie » : 1° soit contre l'agent de change ou autre intermédiaire de qui il tenait le titre (4) ; 2° soit contre son

(1) Il sera dit plus loin (n° 915), que d'après les arrêts, d'autres personnes que le siège émetteur sont tenues également d'arrêter le titre.

(2) La demande en mainlevée formée par le porteur d'un titre frappé d'opposition, en vertu de la loi du 15 juin 1872, est de la compétence du tribunal civil, quelle que soit la valeur du titre revendiqué, à l'exclusion de toutes autres juridictions, spécialement du juge de paix, Req., 19 janvier 1914, *Gaz. Pal.*, n° du 20 mars 1914.

(3) Hubert VALLEROUX, dans *l'Economiste français*, 187, 2, 464.

(4) L'agent de change doit relever dans le bordereau d'achat les numéros livrés, et les inscrire aussi sur ses livres (L. 1872, art. 13).

vendeur s'il en fait l'acquisition directe. Le fait de ne pas avoir consulté lui-même le *Bulletin* ne saurait le priver de ce droit. Le plus fréquemment, il aura mis en cause cet intermédiaire ou vendeur par la « garantie incidente », de même qu'il aura mis en cause l'établissement émetteur afin de faire déclarer commun vis-à-vis de celui-ci le jugement de mainlevée qui sollicite de la justice. Mais il peut également procéder par action séparée.

Cette action en garantie est un véritable « recours pour cause d'éviction » (art. 1626 C. civ.), et non pas seulement un « recours pour vices rédhibitoires » (art. 1641 et s.). La question, au surplus, n'a d'intérêt qu'au point de vue du délai dans lequel le recours doit s'exercer (art. 1648), et en ce que l'action rédhibitoire n'obligerait le vendeur à rembourser, s'il a vendu de bonne foi, que le prix versé par l'acheteur et les frais de son contrat (art. 1646), tandis que l'action en garantie pour éviction met à sa charge, dans tous les cas, le plein des dommages-intérêts dont souffre l'acheteur (art. 1630-3^o). Un titre acquis *a non domino* cesse de procurer à celui qui a voulu en être saisi le droit d'en jouir et d'en disposer. Le porteur en est évincé (1).

La responsabilité d'un agent de change à titre de du croire ou de faute professionnelle, ne serait encourue lors d'une poursuite de ce genre, que dans les circonstances suivantes : 1^o si le numéro du titre figurait déjà au *Bulletin* au moment de la négociation à laquelle il a prêté son ministère, en prenant le mot « négociation » au sens rappelé plus haut ; ou 2^o si l'opposition lui avait été signifiée à lui-même ; ou encore 3^o en cas de mauvaise foi. Hors de là, l'agent bénéficie d'après la loi d'une immunité.

Ces limitations ne concernent pas les autres classes d'intermédiaires : un changeur ou autre intermédiaire libre ne doit exécuter un ordre de vente qu'en s'assurant de l'identité, du domicile et de la profession du vendeur (L. 19 brumaire, an VI, art. 74), précaution d'ailleurs bien souvent inutile, car le vendeur même identifié a des chances de ne pas se retrouver.

Cette action en responsabilité contre l'intermédiaire tombe, si le *Bulletin* n'avait pas encore publié, lors du recours fait à son ministère, le numéro perdu, ou s'il n'y a pas faute établie contre lui (2).

Elle pourrait être intentée non par l'acheteur évincé, mais par la victime du vol elle-même, s'abstenant alors d'inquiéter le porteur — et préférant s'attaquer à cet intermédiaire, connu d'elle par hypothèse. — Mais encore comment connaîtra-t-elle l'agent de la négociation ? La véritable voie à suivre pour la personne volée ne sera pas celle-là.

Nous avons à rechercher maintenant la procédure instituée pour

(1) Lyon, 29 juin 1894, S. 96, 2, 121 et note WAHL ; A. ROUX, dans les *Annales de droit commercial*, 1905, p. 30, à propos des deux thèses de doctorat suivantes : HANS, *Responsabilité des agents de change dans la négociation des valeurs de Bourse appartenant à autrui* ; BLIN, *Du recours appartenant à un acheteur de titres au porteur perdus ou volés*, 1904.

(2) La jurisprudence a plusieurs fois décidé qu'en l'absence de toute circonstance particulière de nature à éveiller les soupçons, une banque n'est pas tenue de demander à celui qui lui offre en vente des titres au porteur l'origine et la justification de son droit. V. Trib. civ. Seine, 30 décembre 1926, *Annales de droit commercial*, 1927, p. 362 et les références citées en note.

lui permettre de se faire restituer contre la perte ; ce qui va nous instruire du mécanisme des lois de 1872 et de 1902 (1).

909. — II. Victime du vol. 1^o Opposition à négociation. — La victime du vol devra procéder à une *opposition à négociation* (art. 1^{er}) (2). Elle signifie cette opposition au Syndicat des agents de change de Paris, et celui-ci en fera l'insertion immédiate dans un *Bulletin* quotidien publié par ses soins et auquel toute personne peut s'abonner (autrefois 70 fr. par an maximum, aujourd'hui 120 fr., Décret du 20 septembre 1923, *J. Off.*, 22 septembre 1923).

Un acte d'huissier lui indique le nombre, la nature, la valeur nominale, le numéro des certificats perdus, avec s'il est possible les circonstances de l'acquisition de l'opposant, du dernier service par lui obtenu des titres de sa dépossession ; il contient une élection de domicile à Paris ; il porte réquisition d'insérer au *Bulletin*. L'exploit est accompagné du paiement du coût de l'insertion qui est de 0 fr. 50 par numéro et par an (décret du 10 avril 1873).

La publication requise doit avoir lieu au plus tard le surlendemain de l'opposition (art. 11), et elle a pour objet de prévenir la négociation ou transmission des titres énoncés : « Toute négociation ou transmission, postérieure au jour où le *Bulletin* est parvenu ou aurait pu parvenir par voie de la poste au lieu où elle a été faite, sera *sans effet vis-à-vis de l'opposant* (art. 12) ». Les personnes qui traitent du titre sont invitées ainsi à s'informer préalablement du point de savoir s'il est ou non frappé d'opposition. De deux choses l'une. — Ou le titre figure au *Bulletin* : tout acheteur et tout intermédiaire doivent refuser de le prendre à la négociation. — Ou ce *Bulletin* ne mentionne pas le numéro du titre opposé à la vente. Un acquéreur peut, en toute sécurité, donner suite à l'achat, ou un intermédiaire à l'ordre de vente. Peu importe que la publication se produise le lendemain, elle sera inopérante et tardive. « A l'égard des négociations ou transmissions de titres antérieures à la publication de l'opposition, il n'est pas dérogé aux dispositions des art. 2279 et 2280 C. civ. (art. 14) ».

910. — 2^o Opposition à paiement. — En arrière de cette opposition, les lois de 1872 et de 1902 en organisent une seconde, qui n'est pas une innovation comme la première (elle était pratiquée dès avant 1872), mais qu'elles soumettent à une réglementation de précision. C'est l'*opposition à paiement*, notifiée en la même forme et avec les mêmes énonciations *au siège débiteur*, élection de domicile devant être faite dans la commune au lieu de cet établissement débiteur.

Le propriétaire dépossédé ne peut pas transposer l'ordre des deux exploits. Depuis 1902, l'opposition à paiement doit être précédée de

(1) Un mot encore sur la condition du porteur. Ce peut être non un acquéreur mais un créancier gagiste. Fût-il de bonne foi et le titre volé n'eût-il pas été publié au *Bulletin* lors du nantissement dont il a été l'objet à son profit, il sera passible de la revendication dans les trois ans de l'art. 2279, sans pouvoir exiger que le demandeur le rembourse de son prix : aussi bien n'est-il dans aucune des exceptions visées par l'art. 2280.

(2) Sur le droit pour un créancier gagiste à qui le titre est détourné d'utiliser la loi de 1872 et la procédure des oppositions, cf. Paris, 28 juillet 1904, D. 1905, 2, 469. Ne pas confondre cette situation avec celle de la note précédente.

l'opposition à négociation et contenir, à peine de nullité, copie de la quittance du Syndicat des agents de change, certifiant le paiement du coût d'insertion. Disposition sage : car la défense de faire le service du titre est vaine aussi longtemps que le titre n'a pas été rendu indisponible à la Bourse.

Cette opposition n'engendre par elle-même qu'un effet *préventif* : la suspension imposée au siège débiteur du paiement des coupons ainsi que le principal du titre, s'il devient exigible (1). Le service des numéros est paralysé.

Si le titre se présente, l'établissement le retiendra contre récépissé et avertira l'opposant (art. 10).

911. — Service actif du titre. — Peut-être l'absence du titre se prolongera-t-elle. On ne peut laisser la solution indéfiniment en suspens, et refuser à l'opposant la jouissance active de ce titre perdu, coupons et principal. Il y parviendra sous les conditions suivantes :

a) Il faut qu'une *année* s'écoule depuis l'opposition sans qu'elle ait été contredite, avec deux termes d'intérêts ou dividendes susceptibles de distribution dans l'intervalle, ou *trois ans* lorsque le titre aura été appelé à bénéficier de coupons périodiques ou qu'il y aura eu interruption de coupons (art. 3).

912. — b) L'opposant pourra alors se faire *autoriser* sur requête, par le *président du tribunal civil* de son domicile, à toucher les coupons échus et à échoir, voire le capital qui viendrait à échéance (cette autorisation relève de la juridiction gracieuse et ne vaut pas chose jugée contre le tiers porteur qui se ferait connaître par la suite ; elle sera accordée si les apparences sont favorables à la requête et rendent la prétention de l'opposant vraisemblable). En cas de refus, un recours est possible devant le tribunal civil (art. 4 et 7).

913. — c) L'opposant devra fournir une *caution* solvable comme en matière commerciale, c'est-à-dire sans égard nécessaire aux propriétés foncières (art. 2019 C. civ.). La caution répondra d'une somme égale aux coupons échus et au double de la dernière annuité, d'une somme égale au montant du capital exigible. Grâce à elle, l'opposant se fera payer les intérêts, dividendes et principal, pour le passé comme pour l'avenir, de la même manière que si le titre était en sa main.

Ces paiements seront *libératoires* pour l'établissement (art. 9), non exposé par conséquent au risque de les renouveler au tiers porteur. Le tiers porteur ne pourra s'attacher qu'à l'opposant et à sa caution. Cette dernière, du reste, ne demeure tenue que pendant *deux ans*, quant aux intérêts et dividendes, et pendant *dix ans*, quant au principal, pourvu qu'alors l'autorisation remonte à cinq années au moins. Passé ces délais, le tiers porteur n'est pas déchu, il est régi quant à lui par la prescription trentenaire ou quinquennale (art. 2262 et 2277),

(1) Sur les effets de l'opposition formée en vertu de la loi du 15 juin 1872 au point de vue de la *prescription des intérêts* des titres perdus, volés ou détruits, v. un article de M. BÉZARD-FALGAS, au *Recueil juridique des Sociétés* 1922, p. 60.

mais il courra le risque d'insolvabilité de l'opposant. — Faute de caution, le requérant aura pu fournir un nantissement, fût-ce en rentes sur l'Etat, et ce nantissement sera dégrevé par le même laps de temps qu'une caution personnelle.

A défaut de cette sûreté, l'opposant reste fondé à exiger de l'établissement débiteur le dépôt à la *Caisse des consignations* du montant des coupons, puis celui du capital. Il sera admis à les retirer après deux ou dix ans, selon les cas, c'est-à-dire au terme du délai précédemment spécifié pour la libération de la caution s'il en avait été fourni une.

914. — Délivrance de duplicata. — Le système de la loi ne tient pas tout entier dans ce tableau. Il y a une gamme ascendante d'avantages conférés. L'*opposition* empêche le service du titre. L'*autorisation* permet à la victime de s'en appliquer le profit ou d'obtenir la consignation. Ne peut-elle pas, la situation se prolongeant, se faire délivrer un *duplicata* avec annulation du premier certificat, par présomption que le numéro litigieux est bien détruit, comme est censée morte une personne absente depuis un certain nombre d'années ?

Ce pouvoir lui appartient, lorsque *dix ans* sont révolus depuis l'autorisation judiciaire, pourvu que la publication n'ait pas été interrompue, et que le requérant garantisse encore les frais afférents à une publication complémentaire au *Bulletin* sous la rubrique des titres frappés de déchéance, pour le nombre d'années représenté par la feuille des coupons attachés au titre, sans que cette publication puisse être limitée à moins de dix ans (art. 15).

Le porteur du titre originaire qui, contre toutes prévisions, surviendrait plus tard, ne serait point forclos. Mais son certificat ne vaut plus rien, il a épuisé toute force juridique. C'est l'opposant qu'il poursuivra par action personnelle, en démontrant que l'opposition avait été formée sans droit par celui-ci.

915. — Au total, la victime, *au regard du siège débiteur*, ne peut demander d'abord que la suppression du service du titre, et cela moyennant une *opposition*, laquelle a dû être précédée d'une première opposition à négociation — excepté si la perte porte sur des coupons détachés, cas auquel l'opposition au siège débiteur est la seule admise (art. 2 *in fine*).

Après un ou trois ans, et en vertu d'une *autorisation* judiciaire, la victime pourra demander le service effectif du titre ou la consignation des sommes. S'il s'agit de coupons détachés, la loi pose une règle plus simple : une autorisation judiciaire n'est pas nécessaire pour les toucher, après trois ans d'opposition (art. 8).

Dix ans après l'autorisation, la victime pourra réclamer un *duplicata*.

Si le porteur se présente dans l'intervalle, le siège émetteur doit communiquer son nom à la victime et tenir le titre sous sa garde, ce qui ménage mieux la rentrée en possession de l'intéressé dans sa valeur, lorsque le tribunal aura déclaré sa revendication fondée.

La jurisprudence estime, bien que la loi ne le décide point formellement, que l'obligation de retenir le titre, quand il lui est présenté, n'incombe pas seulement à l'établissement débiteur. Le même rôle de sé-

questre doit être assumé par l'agent de change à qui le titre volé est remis avec ordre de le vendre, et même par toute autre personne (notaire détenteur d'un portefeuille de succession, etc.), pourvu qu'elle ait connaissance de l'opposition (Civ. cass., 26 mars 1913, S. 1913, 1, 201, critiqué par M. LYON-CAEN ; D. 1913, 1, 489, critiqué par M. LACOUR).

916. — Critique de la loi. — La loi de 1872 est diversement jugée. Les uns trouvent qu'elle apporte une *gêne excessive* au trafic des titres, qu'elle immobilise de nombreux numéros de valeurs, sans donner la preuve que le vol allégué soit bien réel. N'a-t-on pas signalé sous les halls des établissements de crédit, aux époques d'échéance des coupons, des personnes complaisantes s'offrant à remplir les bordereaux des porteurs naïfs, et se renseignant ainsi sur les numéros qu'elles frappent le lendemain d'opposition par le ministère d'un compère ?

La procédure de la mainlevée par voie de *référé*, introduite en 1902, a corrigé ce défaut sans le faire disparaître. Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas de l'opposant une autorisation judiciaire dans un bref délai à partir de l'opposition, délai dont l'expiration emporterait mainlevée de plein droit, ainsi que c'est le cas pour le défaut de renouvellement annuel de la taxe (voir en ce sens nos observations au *Congrès des valeurs mobilières* de 1900) ?

En outre, quand il s'agit de valeurs étrangères, l'opposant devra payer au fisc, sur les titres volés, le timbre au comptant 2 0/0 alors que ce paiement a peut-être déjà été fait.

917. — D'autres trouvent la loi insuffisamment protectrice, à cause des complications et des conflits qu'elle entraîne en droit international.

L'auteur du vol consommera son délit, en faisant vendre la valeur sur un marché étranger, dans un Etat qui, à la différence du nôtre, n'admet pas la revendication des titres volés. Même en France, notre législation pénale rend souvent la protection impuissante. A proximité d'une Bourse fonctionnent, au su de l'opinion, des *agences de recel*, qui reçoivent les titres volés dans un pays étranger, et les négocient avant que la publication de l'opposition n'ait été faite. Ces agences échappent aux poursuites, aussi longtemps que le droit criminel fera du recel une catégorie de complicité (art. 62 C. pén.). L'auteur principal et, par voie de conséquence, les recéleurs ne peuvent être recherchés, au point de vue pénal, que devant la juridiction étrangère où le vol a été commis. Afin de mettre un terme à cette sorte de duperie légale, on a procédé enfin à l'abrogation des art. 62 et 63 C. pén. pour faire du recel un délit distinct (L. 22 mai 1915, introduisant dans le Code pénal des art. 460 et 461 nouveaux).

Si on admet que la validité et les effets d'une négociation se déterminent par la législation du pays où elle a eu lieu (*lex loci contractus*) (1),

(1) En ce sens, délibération prise par l'*Institut de droit international* dans sa session de Gand de 1906, au rapport de M. LYON-CAEN. — En sens contraire, cf. notre article des *Annales de droit commercial*, 1905, p. 249.

les fripons trouveront un moyen commode de passer au travers des mailles de notre loi. Il faudrait, avons-nous dit (n° 902), qu'une entente se produisît pour que tous les Etats finissent pas adopter notre système de protection.

Les tribunaux français cherchent bien à protéger l'opposant. Ils déclarent que le titre négocié à l'étranger continue à être vicié de vol et par conséquent à pouvoir être revendiqué : ce qui oblige en fait les courtiers des Bourses hors de France à s'abonner au *Bulletin* de notre Chambre syndicale de Paris (Seine, 28 décembre 1885, *Clunet*, 1885, 681 ; Chambéry, 24 novembre 1909, D. 1910, 2, 65, note NAST ; S. 1910, 2, 224, note WAGNER).

Mais cette jurisprudence n'est elle-même pas très recommandable dans son ensemble. Car, transposant les situations, elle décide que la valeur étrangère, volée et négociée par le voleur en France, tombe elle aussi sous le coup de notre loi de 1872, bien que le pays d'émission refuse la revendication. Cela n'est pas conséquent (1).

918. — Négociation par un incapable. — La loi de 1872 ne garantit que contre les faits de dépossession involontaire. Elle est étrangère aux ventes conclues par *incapables* (mineurs, femmes mariées, etc.). L'art. 1^{er} de la loi parle de propriétaire *dépossédé*, ce qui vise uniquement les faits survenant contre la volonté du titulaire.

Un mineur ou un interdit, vendant irrégulièrement un titre au porteur en vente directe, peut sans doute agir en nullité contre son cocontractant pendant dix ans ; mais il ne saurait faire servir l'opposition double, tant à négociation qu'à paiement, à évincer un sous-acheteur, à empêcher le titre de tomber aux mains d'un porteur de bonne foi.

Si l'incapable a traité par l'intermédiaire d'un agent de change ou courtier, l'acheteur ne saurait être inquiété. Il est douteux que l'agent intermédiaire puisse être recherché. Car la loi, en le dispensant de vérifier l'identité du vendeur (L. 1872, art. 12 *in fine*), l'exempte *a fortiori* du soin de contrôler sa *capacité*, du moins s'il s'agit d'un agent de change. Au surplus, l'incapable n'a pas dû se présenter lui-même. Il aura fait donner son ordre par un homme de paille, qui l'a dissimulé.

919. — Les dispositions de la loi de 1872 ne sont applicables, d'après son art. 16 (modifié par la loi du 8 mars 1912) : 1° ni aux billets de banque..., 2° ni, sauf en ce qui concerne les obligations émises pour

(1) Cette question, délicate entre toutes, ne peut être qu'effleurée dans ce livre (V. SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élém. de droit internat. privé*, n° 468, et *Rev. crit.*, 1894, p. 274). Il devrait y avoir réciprocité. Les effets de la négociation, dont une valeur étrangère volée est l'objet en France, doivent être appréciés, non d'après la loi de 1872, mais d'après celle de l'Etat de l'établissement débiteur de cette valeur. L'opposition à négociation est inopérante, si la loi de cet Etat l'exclut. Il y a pour le titre au porteur une sorte de *statut personnel* le suivant en tous pays (*Contra*, Seine 17 novembre 1890, *Journ. Clunet*, 1895, p. 129). — La jurisprudence admet même l'application de notre loi de 1872, loi de police et de sûreté, aux titres étrangers, volés en France, puis négociés à l'étranger (Seine, 10 janvier 1893, *ibid.*, 1893, p. 596 ; Req., 15 juin 1909, S. 1911, 1, 81, note NAQUET). Elle fait capituler toutes les lois devant la nôtre. Ses jugements pourront-ils se faire rendre exécutoires à l'étranger ? Le *Bulletin* contient toute une partie consacrée à la mention des titres russes, espagnols, etc., que leurs porteurs dépossédés en France ont frappés d'opposition.

les besoins des chemins de fer de l'Etat, *aux rentes* et autres titres émis par l'Etat... ».

En ce qui concerne les bons et les obligations de la défense nationale qui ne se négocient point sur le marché public, ils excluent, au même titre que les billets de banque, l'opposition au syndicat des agents de change. Mais la loi du 31 juillet 1918 (v. *supra*, n° 902 bis, en note), a organisé, au profit du porteur dépossédé, une procédure lui permettant, quand cinq ans se sont écoulés sans réclamation de tiers depuis l'échéance du bon, d'en obtenir le remboursement.

Quant à la rente sur l'Etat, la loi du 16 février 1917 avait organisé la publication au Bulletin officiel des oppositions, des numéros des titres au porteur de rente sur l'Etat perdus ou volés à la suite de faits de guerre (v. *supra*, n° 902 bis). Toute négociation postérieure à la publication étant inefficace au regard du déclarant. Mais cette loi a cessé d'être applicable six mois après la cessation des hostilités.

Toutefois des instructions données aux agents de change invitent ceux-ci, dans chaque négociation de rente au porteur requise de leur ministère, à faire renouveler le certificat à vendre par un autre certificat. Le Grand Livre a pu être saisi par le rentier dépossédé d'un avertissement concernant le vol. Il refusera alors le titre nouveau, et mettra les deux parties en mesure de plaider l'une contre l'autre. D'autre part, si aucun porteur ne se présente, le Grand Livre fera le service des arrérages, et même du capital, moyennant certaines garanties (cautionnement restituable après vingt ans : art. 16, loi 1872). Mais aucune de ces mesures ne protège la victime contre l'application brutale des art. 2279 et 2280, surtout lorsque la négociation s'est faite par le ministère d'une autre personne qu'un agent de change (1).

(1) Sur l'application des articles 2279 et 2280 C. civ. aux titres de rente sur l'Etat et sur la non application à ces mêmes titres de la loi de 1872, v. Paris, 9 avril 1927, *Annales de droit commercial*, 1927, p. 362 ; Conseil d'Etat, 17 juin 1927, S. 1927, 3, 124.

CHAPITRE PREMIER

DES OPÉRATIONS DE BOURSE

920. — Il y a deux sortes d'opérations conclues à la Bourse : des *opérations au comptant* et des *opérations à terme*.

921. — **I. Marché au comptant.** — Les marchés au comptant sont habituellement des *opérations de placement*, des *actes civils*. Cela n'est pas toujours vrai. L'opérateur au comptant peut avoir l'intention de revendre les titres : il fera alors acte de commerce.

La solution a de l'importance au point de vue de la compétence des tribunaux. Si l'agent doit engager un procès contre son client, il l'assignera devant le *tribunal civil*, au cas où celui-ci a été exempt de spéculation. Mais le client pourra toujours assigner l'agent devant le tribunal de commerce (avec option pour lui entre les deux juridictions, L^o 40. — S'il s'agissait, au contraire, d'un marché de spéculation (d'un marché à terme notamment), la *juridiction commerciale* serait compétente de part et d'autre.

922. — Les marchés au comptant sont l'objet d'une exécution immédiate tant de la part du vendeur que de la part de l'acheteur. Le premier *livre* les titres : le second se les fait livrer ou les *lève*. L'agent de change intermédiaire a, en conséquence, le droit d'exiger que les effets ou les fonds lui soient remis par avance. Il est alors *couvert* (D. 1890, art. 58). S'il avait eu l'imprudence de ne pas exiger cette remise avant la négociation, il pourrait encore mettre le client en demeure, au moyen d'une simple lettre recommandée, puis, trois jours après, *l'exécuter en Bourse*, sans autre formalité (art. 59) (voir n^o 964 cette exécution dans les marchés à terme : ici elle est soumise à une procédure plus compliquée).

Les effets *au porteur* (ou transmissibles par voie d'endossement), négociés au comptant, doivent être livrés par l'agent vendeur avant la *dixième Bourse* qui suit celle de la négociation : faute de quoi, l'agent acheteur doit, s'il en est requis par son donneur d'ordre, recourir à l'exécution en Bourse. Quant aux fonds provenant de la vente d'effets au porteur, ils doivent être à la disposition du donneur d'ordre dès le surlendemain du jour de la négociation, ou, s'ils n'ont été livrés qu'après cette négociation, dès le surlendemain du jour où ils ont été remis à l'agent de change vendeur (articles 40 et 41 du règlement particulier de Paris de 1890, modifié en 1921, *J. Off.* du 21 juin 1921).

En ce qui concerne les *titres essentiellement nominatifs*, c'est-à-dire qui ne comportent pas la forme au porteur, l'article 16, 1^{er} alinéa, de la loi du 31 juillet 1920 disposait : « Dans le cas de négociation en Bourse de titres nominatifs, l'agent de change acheteur doit payer son prix à son confrère vendeur contre remise du titre nominatif accompagné d'une déclaration de transfert signée par le titulaire et certifiée par

l'agent de change vendeur. La régularisation du transfert au nom du client acheteur est ensuite poursuivie par les soins de l'agent de change acheteur ». Le but de cette disposition avait été, à l'exemple de l'Angleterre, de simplifier la négociation des titres nominatifs et surtout de rendre plus rapide le paiement du prix au vendeur. Mais elle ne concernait qu'une catégorie fort restreinte de titres (1) et, même pour ceux qu'elle visait, elle semblait devoir se heurter à la résistance des agents acheteurs, qui, responsables vis-à-vis de leur client, ne voulaient pas payer avant de savoir si le transfert serait accepté par l'établissement débiteur. De sorte qu'en réalité, le but que s'était proposé le législateur n'était pas atteint (2).

Pour remédier à ces inconvénients, la loi du 26 mars 1927 a organisé, dans ses articles 37 et suivants, un système de négociation des titres nominatifs, qu'elle a cherché à rendre plus rapide, et notamment a fixé des délais pour l'accomplissement des diverses formalités du transfert (v. *supra*, n° 888).

923. — L'agent perçoit un *courtage*. C'est la Chambre syndicale qui en détermine le taux dans les limites d'un *maximum* que fixe un règlement d'administration publique. Le *maximum*, abaissé en 1898 et en 1901, a été relevé par le Décret du 25 août 1919, portant fixation des courtages des agents de change à Paris. Le maximum fixé par ce décret varie avec la nature des opérations et des valeurs, et, en général, est proportionnel au montant de la négociation.

Ce taux est obligatoire pour tous les agents de change du même parquet. Il est liquidé sur le montant de l'opération et est dû tant par le vendeur que par l'acheteur.

Pour les titres non libérés, il était d'usage de taxer l'opération non pas sur le prix effectif, mais sur ce prix augmenté de « non-versé ». Une action de 500 fr. libérée de son premier quart, et vendue au pair, 125 fr. par conséquent, acquittait le courtage sur 500 fr., cours relevé sur le bulletin de la cote. C'était un abus, il a disparu par le décret du 20 juin 1898.

Une décision de la Chambre syndicale des agents de change de Paris du mois de mai 1921, a réduit le courtage dans les affaires liées relatives à la négociation des droits de souscription aux augmentations de capital.

924. — On peut soumettre l'ordre à des conditions diverses. Le donneur d'ordre peut fixer à son agent un *cours déterminé* (cours maximum pour acheter, minimum pour vendre).

Il peut aussi donner un ordre au *cours moyen*. Ce cours ressortira, après la clôture de la Bourse, d'une moyenne prise entre tous les cours

(1) Elle ne visait en effet que les titres *essentiellement* nominatifs (ceux susceptibles d'être convertis en titres au porteur continuant — conformément à l'art. 47 du décret de 1890, v. *supra*, n° 888 — à n'être livrés entre agents de change que sous cette forme) ; et, même parmi les titres essentiellement nominatifs, elle ne visait ni ceux appartenant à un incapable (art. 16, 2° al., l. 31 juillet 1920), ni les actions non entièrement libérées (art. 16, 3° al.).

(2) BÉZARD-FALGAS, *De la négociation en bourse des titres nominatifs*, 1 broch. 1921.

qui se sont traités pendant la tenue de la Bourse elle-même. Un pareil marché ne s'accomplit qu'avant l'ouverture de la Bourse ; avant de gagner la corbeille, les agents exécutent de l'un à l'autre les ordres, qu'ils ont reçus respectivement de leur clientèle, d'opérer à ce cours moyen. Depuis le 15 janvier 1920, les agents de change de Paris n'acceptent plus d'ordres d'opérer au cours moyen, sauf pour les rentes françaises ; pour les autres valeurs, il n'est traité d'opérations au cours moyen que dans les cas prévus par la loi, notamment quand les négociations intéressent des mineurs ou des interdits. Il est permis de regretter cette suppression du cours moyen, qui permettrait au client de contrôler l'exécution de ses ordres.

Enfin l'ordre d'opérer peut être donné « *au mieux* ». Cette façon de faire ne procure pas toute garantie au client, car il est alors pratiquement désarmé (1) contre la manœuvre qui consiste pour l'agent, après avoir acheté à un cours bas, à porter dans son avis d'opérer un cours plus élevé, si celui-ci a été pratiqué dans la même Bourse. Dans le cas d'ordre au mieux, il est d'usage que l'agent traite au premier cours, afin d'éviter que son client puisse lui reprocher de lui appliquer un cours ultérieur moins favorable.

925. — II. Marchés à terme. — Les marchés à terme sont ceux où les deux parties, en s'accordant sur un prix conviennent de reculer à une époque déterminée, dite *liquidation*, l'exécution double de l'opération. Les titres ne seront livrés, et les sommes payées qu'à cette époque :

Il ne faut pas les confondre avec les *ventes à crédit*, dans lesquelles le vendeur livre de suite et donne délai à l'acheteur pour le versement du prix.

Dans la Bourse des marchandises, ces opérations sont qualifiées *marchés à livrer*. C'est l'expression dont se sert la loi du 28 mars 1885, art. 1^{er}. On retrouvera ces marchés dans la partie du livre consacrée à la vente. Mais, dans le langage des commerçants, la dénomination de « marché à livrer » est détournée de son sens légal ; pour mieux dire, elle est plus spécialisée. En pratique, les marchés de spéculation sur les produits, alcools, blés, cotons, etc., sont appelés *marchés à terme*, tout comme ceux qui portent sur les valeurs, et cette commune appellation doit être approuvée.

Les « marchés à livrer » sont, en effet, ceux qu'on traite en dehors des règlements de Bourse, par conventions particulières, avec un correspondant ou un fournisseur connu, sur l'indication précise d'un type de marchandise. Ils alimentent l'industrie. Au contraire, le « terme » conduit plus fréquemment à une liquidation par différences.

926. — Dans le marché à terme, les deux parties font *acte de commerce*. L'acheteur compte revendre ; le vendeur compte acheter pos-

(1) Même lorsqu'il s'agit d'ordres donnés à un cours déterminé, le client n'a pas toutes garanties. S'il se plaint que son ordre n'a pas été exécuté, bien que le cours indiqué par lui ait été pratiqué en Bourse (ce que la cote permet aisément de vérifier), l'intermédiaire lui répond que le nombre des titres offerts ne l'a pas permis. — Sur l'ensemble de la question, v. SELLIER, *Des justifications à fournir aux clients par les intermédiaires de Bourse*.

térieurement ce que par sa vente, il vient de s'engager à livrer. Dans le cas où cette intention de revendre ou de se racheter serait absente, l'acte demeurerait civil.

927. — Ces opérations sont, d'après les règlements, sujettes à des restrictions : 1^o quant aux *quantités traitées* ; 2^o quant à l'*échéance du marché*.

1^o Le but de la spéculation étant de distribuer des stocks de titres (comme de produits), celle-ci exclut le concours du commerce de détail. Ces titres en suspension doivent se répartir entre de gros négociateurs.

A la Bourse des valeurs, l'intervention au terme des petits opérateurs aurait, en outre, des dangers sociaux : déjà très meurtrier par lui-même, ce marché exercerait ses ravages sur les plus faibles épargnes. Il fallait une barrière contre l'entrée au marché à terme des fortunes modestes.

Les règlements ne permettent donc pas d'opérer sur des unités trop réduites. Le *minimum* autorisé est, par exemple, de vingt-cinq actions⁴ pour les titres d'une société.

2^o Il y a des dates fixes, prises pour échéance des marchés. Ainsi sera simplifiée la liquidation des opérations : on fera masse de tous les marchés de même nature, conclus à la corbeille. Les agents balanceront leurs opérations et les régleront entre eux par les soins de la Chambre syndicale, au moyen de compensations (voir n^o 959).

Les règlements veulent, de plus, que cette échéance ne soit pas trop reculée. Si on achetait *livrable dans un an*, on s'exposerait à un risque exagéré, par suite de l'écart possible du cours à douze mois d'intervalle. Quelles oscillations ne subira-t-il pas en une aussi longue période ?

On peut indirectement aboutir à ce résultat, en scandant le marché de mois en mois, par l'effet de reports (n^o 936). Mais alors il faut une série de conventions successives que l'intéressé est libre de ne pas conclure.

Donc le marché à terme ne peut être traité que pour les époques de liquidation (fin prochain... fin courant). Avant la guerre, d'après le règlement de Paris, les valeurs de premier ordre (rente sur l'Etat, etc.) n'avaient qu'une liquidation, à la fin du mois, tandis que les autres en avaient une chaque quinzaine. Actuellement toutes les valeurs traitées à terme, sans distinction, ont deux liquidations mensuelles (l'une le 15, l'autre le dernier jour du mois).

928. — L'acheteur, haussier (en anglais *bull*, le taureau), espère revendre à un cours plus élevé. Le vendeur, baissier (en anglais *bear*, l'ours), s'attend à une dépression qui lui permettra de se racheter sur la même échéance à un cours plus faible. Ainsi en est-il, s'il a vendu à découvert. Autrement, haussier, opérateur en achat par un premier marché, il se borne à liquider sa position.

Les fluctuations de la Bourse tiendront à des causes économiques ou autres, que nous n'avons pas à examiner ; elles sont d'ailleurs des plus diverses :

1° Evénements politiques : une révolution, une guerre, un conflit diplomatique resserrent la confiance : le « découvert » est maître du terrain.

2° Situation de place : il y a eu de très gros engagements à la hausse, par suite d'un effort de spéculateurs à faire monter un groupe de valeurs. Mais la valeur résiste, les spéculateurs revendent avant que la baisse ne se soit accentuée ; ces réalisations activent la chute du cours, c'est encore le « découvert » qui l'emporte. — Ou inversement, la politique d'accaparement des acheteurs réussit, malgré les ordres de vente des baissiers ; ceux-ci se découragent et rachètent à perte ; la « spéculation » a le dessus.

Bref, si le titre, traité à terme à 500, s'élève à 502, c'est le vendeur à découvert qui perd 2 ; s'il tombe à 498, c'est l'acheteur qui subit cette perte. Une valeur pourrait suivre un cours continu de hausse, sans être jamais attaquée par le découvert. Chaque acheteur successif gagnera un bénéfice égal à la différence entre le prix de son premier marché et celui du second. Ce marché peut ne faire aucun perdant.

929. — Le cours à terme est généralement plus élevé que le cours au comptant, à une même Bourse : on dit alors que le terme est en *report* sur le comptant.

Cela s'explique : 1° par le sentiment, plutôt favorable, en temps ordinaire, à la hausse ; 2° parce que la valeur se sera rapprochée, entre temps, de la jouissance du prochain coupon.

Lorsque le phénomène contraire se produit, le terme est en *déport*. La nécessité pour les baissiers de liquider une position trop chargée, et de racheter leur découvert au moment de l'échéance de leurs marchés, peut relever subitement le comptant sans que le terme en soit affecté. Ce sont là des particularités sur lesquelles on doit passer vite dans un ouvrage élémentaire.

930. — **Liquidation du marché.** — Comment se liquide un marché à terme ?

L'opérateur a le choix entre plusieurs partis. Nous écarterons le cas où, ne liquidant pas de son plein gré, il subirait l'exécution en Bourse (n° 964).

Il peut : 1° exécuter en nature ; 2° donner un ordre de contre-opérer ; 3° se faire reporter. Réservons le troisième parti pour le moment.

1° A l'époque de la liquidation (1), il apporte à son agent les titres s'il est vendeur, les fonds s'il est acheteur. Il livre ou lève. Hypothèse rare.

2° L'opérateur fait sur la même échéance un second marché en sens opposé du premier. Ayant acheté, il revend. D'abord vendeur, il se rachète. Tantôt il attend la liquidation pour faire cette opération inverse, exécutée alors sur le comptant. Tantôt ce nouvel ordre est donné quelques jours après le premier, avant l'échéance, au même terme que le premier marché.

(1) Les liquidations de marchés à terme ont été prorogées pendant la guerre 1916-1918, mais ces prorogations ont aujourd'hui pris fin (v. en dernier lieu la loi du 14 juin 1922).

a) Lorsqu'il accomplit cette nouvelle opération par le ministère de la même agence, les deux marchés contraires se liquideront par *compensation légale* (art. 1289 à 1291 C. civ.). Ils portent l'un et l'autre sur des quantités ou sur des sommes *in genere*, choses fongibles. L'opérateur est créancier et débiteur d'un même nombre de titres, créancier et débiteur des mêmes sommes (à concurrence de la plus faible).

De cette double compensation ressortira une différence en gain ou en perte, selon que le second prix sera plus ou moins élevé que le premier. Le mouvement effectif est inutile pour les titres ; pour l'argent, il se limite à la différence. — Ex. : J'ai acheté une valeur à 500 ; je la revends 502. Bénéfice, 2.

b) Lorsque l'ordre du deuxième marché est donné à un agent de change autre que le premier, l'opérateur peut arriver au même résultat au moyen d'une *délégation*. Il délèguera l'agent vendeur à l'agent acheteur, pour effectuer à ce dernier la livraison des titres et pour recevoir de lui les sommes ; ces deux agents compenseront ensemble.

931. — Variétés de marchés. — On distingue plusieurs variétés de marchés à terme : le *marché ferme*, le *marché à prime*, le *report*.

932. — Marché ferme. — a) Le *marché ferme* ne comporte point de résiliation. J'achète de la rente *fin courant*, sans me réserver de dédit.

Le droit commun des obligations reconnaît ce marché : on verra dans le chapitre III si des causes particulières s'opposent à sa validité.

On voulait jadis le déclarer nul, comme constituant une *vente de la chose d'autrui*. Le vendeur n'a pas les titres au moment où il les vend ; cette vente est donc frappée par l'art. 1599 C. civ.

L'objection n'était pas sérieuse : la théorie de la vente de la chose d'autrui ne concerne pas les choses fongibles. Aucun commerce ne serait possible, si l'on proscrivait les ventes à livrer : résultat qui s'imposerait, si l'on donnait au texte du Code civil une telle portée (1).

Chacune des parties, dans le marché ferme, assume un risque illimité ; si fort que soit l'écart dans les cours, elle en subira l'effet. Le seul moyen de limiter le risque, c'est de contre-opérer ; le second marché fait, toute nouvelle direction des cours devient indifférente à l'opérateur. A partir de ce moment, il a balancé sa position.

933. — Escompte. — Dans le marché à terme, l'acheteur dispose d'une prérogative, sans qu'il ait eu besoin de la stipuler. Mais elle ne s'étend pas au vendeur. C'est la *faculté d'escompte* (D. 1880, art. 63).

On entend par là le droit qu'a l'acheteur de se faire livrer *par anticipation* les valeurs négociées, en offrant le prix convenu. Il peut choisir avant l'échéance le moment qui lui plaît pour escompter : le vendeur

(1) On cite la comparaison très imagée, que donnait à Napoléon le syndic des agents de change de Paris ; il expliquait à l'Empereur que la vente à terme de quantités qu'on n'a pas encore ne constitue pas un *stellionat* (au reste, le *stellionat*, vente d'une chose dont on sait ne pas être propriétaire, frappée par la contrainte par corps avant 1857, n'existait que pour les immeubles : art. 2059 C. civ.) : « Le porteur d'eau qui va remplir ses eaux dans la Seine ne commet pas de *stellionat*. Or la Bourse est la rivière des titres ».

sera tenu de livrer immédiatement et, étant à découvert, de se racheter sans tarder.

Il peut y avoir dans l'exercice de l'escompte un coup de Bourse à l'adresse de la baisse. C'est en réalité contre la baisse que cet usage s'est produit. Autrement, l'escompte serait donné également au vendeur, ce qui n'est point. La situation n'est pas égale.

La faculté d'escompte, proscrite dans les Bourses étrangères, ne peut se défendre. Elle revient à dire que le terme est stipulé dans l'intérêt de l'acheteur seul : celui-ci se réserve un délai pour se procurer la somme ; sitôt qu'il l'aura, il mettra sa contre-partie en demeure de s'exécuter. Le vendeur, lui, a les titres ou doit les avoir dès le premier jour. Lorsque le vendeur est un haussier qui s'était couvert d'avance, l'escompte exercé sur lui est inoffensif, puisqu'il le répercutera sur son propre vendeur. Hors de là, il devra se racheter d'urgence, à n'importe quel prix.

Rien n'est plus contraire au mouvement pondérateur de la hausse et de la baisse, que cette organisation partielle. Pourquoi frapper le vendeur, du fait qu'il a opéré à découvert ? Parce qu'il est baissier ! A certaines époques, on a considéré comme nulle la convention de vendre des effets qui ne seraient pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps du marché (n° 972) ; tandis qu'on respectait la convention d'acheter, quoique l'acheteur n'eût pas les sommes à ce moment. C'est toujours la même tendance, économiquement fautive et injuste.

934. — Marché à prime (1). — *b*) Dans le marché libre ou à prime l'acheteur se réserve, moyennant une prime convenue, de ne pas exécuter le marché à l'échéance. On traite une valeur dont 5, dont 10, dont 20... ; l'acheteur promet de payer 5 fr., 10 fr., 20 fr. par unité de titre, s'il résilie l'opération.

La convention a été suspectée, par suite du moyen qu'elle offre de dégager une différence sans recourir à une contre-opération. Elle n'est pas nulle, ainsi qu'on l'a dit, comme étant affectée d'une condition purement potestative (art. 1174 C. civ.). Car la résiliation exigera un sacrifice égal à la prime elle-même : la convention nulle est celle que le débiteur se réserve de rompre à sa fantaisie, *si voluerit*.

C'est une clause pénale, ou plutôt l'application de l'art. 1590 C. civ. : dans la vente avec *arrhes*, chacun des contractants est maître de se départir en perdant les arrhes. — Toutefois, dans les arrhes ordinaires, la faculté est réciproque. Tandis que, auprès des Bourses françaises, le droit de résilier n'appartient qu'à l'acheteur. A l'égard du vendeur (toujours même partialité), le contrat est nécessairement ferme.

Se prévaloir du *débit*, c'est abandonner la prime ; exécuter le marché, c'est lever les titres (ou lever la prime). La liquidation est précédée d'un jour de Bourse où les agents déclareront si c'est pour le ferme ou pour la prime qu'ils optent (*réponses des primes*, règl. de Paris, art. 52).

L'acheteur abandonnera la prime, lorsque la baisse survenue en dépasse le montant ; il lèvera dans le cas contraire. A plus forte raison,

(1) MASSEBEUF, *Les marchés à primes dans les bourses de valeurs*, th. Paris, 1923.

lorsque la hausse s'est déclarée, optera-t-il pour la conversion en ferme.

La prime, en un mot, limite à un écart déterminé le risque de baisse : l'acheteur ne pourra perdre une différence plus élevée que celle-ci.

935. — Deux lois économiques règlent le cours du marché à prime.

a) Le cours à prime est plus élevé que le ferme : quand la valeur se vendra à terme 500, elle se traitera à prime 502. Car le vendeur limite son gain à 2 : il est obligé de se couvrir à tout événement, avec menace de garder les titres. Il est juste qu'un prix plus fort le dédommage.

b) Le cours s'élève à mesure que faiblit la prime. On vend plus cher dont 5 que dont 10, puisque la prime de 5 resserre pour le vendeur la chance de gain plus que celle de 10 (1).

936. — **Report** (2). — c) Le *report* est une opération à terme, supposant à la différence des autres un marché plus ancien dont elle forme la suite. Il proroge les effets d'un marché à terme arrivé à son échéance, et se traite nécessairement au moment d'une liquidation, ce qui le distingue encore des autres opérations de Bourse. Deux situations sont à considérer.

937. — 1^o Celui qui se fait reporter était un acheteur à terme.

Primus avait pris position à la hausse sur une valeur, il avait acheté fin courant à 500 fr. Au moment de la liquidation, la valeur est à 498,50.

Il pourrait, ou prendre livraison et payer, ou donner ordre de revendre. Ce serait un arrêt définitif de l'opération, avec une perte de 1 fr. 50.

Il préfère conserver, pour un mois encore, sa position sur la rente. Mais le vendeur offre les titres et exige son prix : 500 fr.

Primus n'a pas le capital nécessaire. Il faut qu'un tiers, *Tertius*, intervienne pour le lui procurer. Ce tiers apporte les fonds.

Primus, l'acheteur, se fera reporter sur *Tertius*, lequel occupera, vis-à-vis de lui, pour une nouvelle période de Bourse, la position du vendeur originaire. Voici comment.

938. — A. *En la forme*, il y aura entre *Primus* et *Tertius* une vente avec rachat.

Primus, l'acheteur primitif, vend au comptant (*cours de compensation*), pour 498,50, à *Tertius*, son *reporteur*, la rente que le vendeur

(1) Sur les combinaisons spéciales des spéculateurs professionnels dites « échelles de primes », v. DIGNE, *Le marché à terme des Rentes françaises*, 1928, p. 160 et s. — Nous écartons toutes les combinaisons complexes appelées : — *prime contre ferme*, ou inversement ; — *options* (stellages), permettent à l'opérateur de se déclarer à la liquidation vendeur ou acheteur à son choix, et se décomposant en achats et en ventes combinés, avec une alternative de résiliation pour l'achat si c'est en faveur de la vente que l'opérateur doit se prononcer, et inversement ; — *facultés*, ou possibilité de se faire livrer au même prix le double ou le triple des quantités traitées : — combinaisons exclues des règlements du parquet, parfois pratiquée en coulisse, sans valeur aux yeux de la loi, et de nature équivoque.

(2) ALLIX, *Des reports dans les Bourses de valeurs*, th. 1900 ; GUILMARD, *Les reports en Bourse et la loi du 18 mars 1885*, 1913.

originaire tient à sa disposition. Il applique le prix à rembourser son vendeur (tout en devant ajouter du sien 1,50, différence que l'écart du cours lui a fait perdre).

Mais, en même temps, *Primus* déclare racheter à *Tertius* la même valeur *in genere* pour la liquidation suivante à 500. Il est le *reporté*.

Les titres provenant du marché originaire, livrés à *Tertius*, reporteur, en vertu de la première partie de l'opération, garantissent en ses mains la promesse à terme de *Primus*, reporté. Celui-ci continue ainsi sa campagne à la hausse sur le reporteur, après l'avoir commencée sur un vendeur ordinaire.

Vienne la seconde liquidation. Le reporté, lié par son engagement du mois précédent, paiera 500, dégagera les titres, que le reporteur lui restituera, et remboursera 1 fr. 50 de plus que ce qu'il avait touché à la liquidation antérieure. Cela ne l'empêche pas de gagner, lorsque la valeur a monté davantage. Elle cote 504 par exemple. L'acheteur, en réalisant, fait encore un bénéfice de 1 fr. sur l'ensemble de l'opération.

Si le reporté est hors d'état de régler son engagement, le reporteur l'exécutera en faisant vendre les titres qui, dans ses mains, répondent de l'engagement pris. La valeur est-elle toujours à 500 : il sera rendu indemne. Autrement, il est exposé à l'insolvabilité de *Primus* pour le découvert (pour 2 fr., par exemple, lorsque la valeur est tombée à 498).

939. — Celui qui conclut l'opération (*reporté*) en traite, on le voit, les deux éléments vis-à-vis d'une même contre-partie (*reporteur*) (1). Le report, d'après cette décomposition, est une *opération* double et liée, dans laquelle une même personne, lorsqu'arrive une liquidation, vend une valeur au comptant à un prix, et la rachète à terme à un prix différent, livrable à la liquidation suivante. C'est une des formes de la *vente à réméré*, mais avec une particularité notable. Le vendeur à réméré ordinaire se réserve la *faculté* de reprendre à l'acheteur la chose vendue dans le délai et pour le prix convenu ; ici le vendeur s'engage à effectuer ce rachat.

940. — Achetant une valeur au comptant, le reporteur n'est pas seulement propriétaire conditionnel, comme on est tenté de le croire. Il est propriétaire sans réserve. Ce qu'il a vendu à terme au reporté, ce n'est pas le même titre pris dans son identité, c'est une valeur de même espèce. Le contrat porte sur des *choses fongibles*. Il pourra donc restituer, le mois suivant, des titres autres que ceux qui lui ont été remis. Il a pu entre temps : — 1° *disposer librement* de ces derniers ; — 2° conserver le produit du *coupon* échu dans l'intervalle ; — 3° concourir à une *assemblée générale* tenue dans cette période, si l'opération porte sur des actions de société ; — 4° acquérir, sans avoir à en tenir compte au reporté, la prime ou le lot qu'un tirage aurait attribué à l'obligation donnée en report.

(1) Ainsi en est-il du *report direct*. Mais on pratique également le *report indirect*, en vendant au comptant au premier acheteur ou à une autre personne, et en rachetant à terme d'une contre-partie différente en vertu d'une seconde opération distincte de la première.

941. — B. Lorsqu'on s'en tient aux *intentions de la convention*, le report est, plutôt qu'une double vente, une opération de crédit, une avance de fonds : *un prêt à intérêt*.

Le reporteur apporte ses capitaux à un boursier, lequel n'était pas en fonds pour régler son marché. Le boursier se croit en mesure de les lui rendre un mois plus tard. Il y a une date prise pour le remboursement. L'écart des deux cours constitue l'intérêt du prêt. Le prêteur est couvert entre temps par des titres qui lui sont remis, comme il le serait par un gage.

Ce n'est pas le seul cas où le prêt sur nantissement revêt la forme de deux ventes soudées l'une à l'autre ou de la vente à réméré. En Angleterre, le *mortgage*, prêt sur gage ordinaire, se conclut encore ainsi.

942. — Rien de plus compréhensible, dans ces conditions, que *l'action économique* du report, et les raisons qui en font varier le cours.

Le report aide la spéculation dans le marché à terme. Les haussiers maintiendront pendant des mois et des années leur position par des prorogations mensuelles ou de quinzaine, à charge de régler la différence de la période parcourue.

Le reporteur n'est pas un spéculateur. Il aventure un capital, avec le seul risque, si les valeurs prises en report viennent à baisser, de ne pas rentrer dans son avance, que le reporté lui doit, du reste, intégralement. L'avance a lieu sur la pleine valeur du cours du titre, valeur peut-être majorée et ne laissant pas de marge pour une dépréciation. — En outre, le reporteur limite, dès le premier jour, son bénéfice à la différence entre les deux cours de son marché. Au contraire, un opérateur à terme ordinaire recherche un bénéfice illimité et s'expose à devoir exécuter sa contre-partie si celle-ci ne lui a pas fourni de garantie particulière.

Bon nombre de personnes se feraient scrupule d'acheter à terme, et n'hésitent point à placer leurs capitaux en report. D'après elles, les deux opérations ne seraient pas réglées par la même moralité.

943. — Cet appui des reports à la spéculation a toute raison d'être : si la spéculation était abandonnée à ses seules ressources avec l'unique débouché du comptant, la valeur subirait de fortes dépressions. Les haussiers trop chargés seraient forcés de liquider. c'est-à-dire de vendre, ce qui ferait s'effondrer la valeur.

Or les *capitaux disponibles*, ceux qui dans l'attente d'un placement définitif sont déposés dans les banques, viennent à point nommé s'offrir aux haussiers à court terme, pour un mois, sur remise de titres, et ils évitent le chômage en s'assurant ainsi un revenu.

Ne sait-on pas que le Ministre des finances a une certaine prise sur les établissements de crédit intéressés à ménager le gouvernement, et qu'il a pu parfois obtenir d'eux le placement de leurs capitaux en report sur la rente ? Moyen de soutenir le cours de celle-ci, lorsque surgit une inquiétude qu'on veut surmonter.

Le taux de l'intérêt de l'argent d'une part, le risque du placement de l'autre, vont régler le cours de ces reports.

L'argent est abondant. Les reports se traiteront à bon marché.

L'argent *se raréfie*, ou il est sollicité par l'étranger. La banque étrangère élève le taux de son escompte : c'est un appel aux capitaux disponibles de l'extérieur. Par contre-coup, même en France, l'argent voudra une rémunération plus forte, et le taux des reports s'élèvera. Il peut s'élever tellement haut, que les spéculateurs préféreront réaliser. Ce sera la baisse.

Les Compagnies de chemins de fer font travailler, sous forme de reports, les recettes de leurs réseaux. Lorsque, au moment du service de leurs coupons, elles retirent leurs capitaux de la Bourse, un relèvement du taux des reports en est la suite.

La valeur offerte en report a déjà parcouru une hausse considérable. Partie de 500 fr., elle atteint 2.000 fr. A ce moment le report sera onéreux, car la marge d'une plus-value est problématique et le risque d'effondrement sérieux. Dans ces périodes de *spéculation surchauffée*, les reporteurs ont retiré jusqu'à 50 et 80 p. 100 de leur argent.

944. — Caractère juridique du report. — Quel est le *caractère juridique du report* ?

On hésite entre la théorie du *prêt sur gage* et celle de la *double vente*.

Le problème ne présentait d'intérêt qu'avant la loi du 12 janvier 1886, lorsque le taux d'intérêt commercial ne pouvait dépasser 6 p. 100. En analysant le report en un prêt, on devait interdire l'opération, lorsque le rapprochement des deux cours traduisait pour le reporteur une perception usuraire. Ce qui n'avait point lieu avec la théorie de la double vente.

Aujourd'hui, même en voyant dans le reporteur un prêteur au lieu d'un acheteur, il prêterait à un spéculateur à terme, c'est-à-dire à une personne qui fait acte de commerce. Le prêt serait donc commercial, affranchi de tout taux *maximum* (1). Les deux théories aboutissent au même résultat.

945. — La jurisprudence a consacré l'opinion de la *double vente* et rejeté celle du prêt sur gage. Voici notamment pourquoi :

1) Le report confère au reporteur la pleine propriété de la valeur, avec tous les attributs qui y sont attachés (n° 940). Il n'aura à rendre qu'une valeur *ejusdem generis*.

Or, un créancier gagiste n'acquiert pas la propriété de l'objet pris en nantissement. Toute clause qui lui attribuerait cette propriété serait un pacte comissoire prohibé (art. 93 *in fine* C. com.).

2) Il est vrai de dire, avec les partisans de la thèse du gage, que le reporteur cherche un placement de son argent et opère sous la même impulsion qu'un prêteur de capitaux.

Mais, d'abord, ce n'est pas toujours exact. Il y a des personnes qui prennent des actions en report, afin de participer à une prochaine assemblée générale de la société dont ces actions dépendent, et d'y

(1) D'ailleurs, le report dût-il s'analyser en un emprunt civil du côté du reporté, que la question serait néanmoins indifférente à l'heure actuelle : puisqu'aux termes de la loi du 18 avril 1918, pendant cinq ans au moins après la cessation des hostilités et jusqu'à la promulgation d'un décret qui n'a toujours pas été rendu, le taux de l'intérêt est libre, même en matière civile.

faire la majorité. Il y en a d'autres qui prennent en report des obligations à lots, afin de profiter d'un tirage prochain. L'intention de prêt est alors absente.

Il y a mieux à observer. Pour qualifier de prêt une opération, il faut qu'on rencontre la volonté d'emprunter chez celui qui profite des fonds. Or le reporté n'a pas cette volonté. Il poursuit pour une seconde période de Bourse une opération restée la même pour lui, un achat de valeurs.

L'interposition d'un agent de change, lié par le secret professionnel, ne lui laisse point voir qui est sa contre-partie. Peut-être est-ce son vendeur primitif qui lie rapport avec lui. Alors il n'y a point de prêt, point de mouvement de capitaux. Pourquoi l'opération changerait-elle lorsque le reporteur est un tiers, à l'insu du reporté ?

Nous avons parlé du report à l'effet de prolonger un premier marché. Mais il pourrait consister dans un marché principal. Un banquier manque de capitaux, mais il a un portefeuille de titres. Au lieu de le réaliser ferme, il vend au comptant une valeur, tout en la rachetant à terme. Ici l'intention d'emprunter est apparente. Si elle existe en même temps du côté du reporteur, le contrat constitue un prêt sur gage, avec intérêt. Au point de vue de l'intention des opérateurs, tous les reports ne doivent donc point être analysés de la même manière.

916. — Le report ne sert pas seulement à des acheteurs à proroger leur position. La situation inverse se présente. C'est le vendeur qui use du report.

Secundus a vendu fin courant une valeur à 500 fr. En liquidation, elle coté 502. Son attente est déçue. L'acheteur exige l'exécution. *Secundus* fait appel aux portefeuilles détenteurs de rente. Ceux-ci se dessaisiront de leurs certificats pour un mois, moyennant une somme de 502 fr. et *Secundus* va continuer sa campagne de baisse sur *Tertius*, substitué à l'acheteur primitif.

Il « achète » la valeur au comptant, pour 502 fr. à *Tertius*, lequel livre le titre qui va servir à liquider la vente en suspens. — *Secundus*, par le même contrat, revend à terme à sa contre-partie la même valeur pour 501 fr. (c'est-à-dire à un cours dit *en déport*), de manière que *Tertius*, restituant un mois plus tard les 502 fr. moins 1 fr., soit fondé à considérer cette différence comme un loyer de ses titres, à lui rendus.

Le report consiste en ce cas dans un *achat au comptant*, accompagné d'une *vente à terme*. Il vient seconder la baisse, qui grâce à lui n'est pas obligée de réaliser.

Comme dans le cas précédent, la doctrine se partage en deux camps.

Prêt fongible de titres et avec intérêt, moyennant un gage ou cautionnement en argent, diront les uns.

Double vente, diront les autres. C'est cette seconde opinion qui a prévalu.

947. — En réalité, soit qu'il s'agisse du report d'une position de hausse, soit qu'on parle du report de la position de baisse, ni la thèse du prêt sur gage, ni celle de la double vente ne donne entière satisfaction. L'acquisition par le reporteur de la propriété du titre est incon-

ciliable avec le droit du gage. D'autre part, comme un acheteur recherche la chose à titre définitif, il est choquant de qualifier d'achat une opération dans laquelle on revend instantanément à la personne même de qui l'on tient les titres. La véritable solution de droit est celle qui consacre au report de Bourse une classe à part dans l'ensemble des contrats, selon l'exemple donné par le Code italien, lequel en fonde la légitimité sur l'usage et en détermine les effets d'après les résultats que la Bourse y attache (1).

Dès à présent s'est formé dans la pratique un courant, pour considérer le report comme une *convention spéciale*, pourvue de règles propres. La conséquence en serait d'affranchir le report d'un certain nombre de restrictions ou prohibitions atteignant les autres marchés de Bourse, sous le prétexte qu'il ne constitue pas un « marché de Bourse proprement dit ».

Plusieurs faits ont concouru à accentuer ce mouvement, notamment la grande abondance de capitaux sans emploi qui, par la concurrence qu'ils se font à la Bourse, nivellent le taux des reports et finissent par en ramener le chiffre à un cours uniforme, sans égard aux riches variables de chaque nature de valeur.

Voici les prérogatives dont diverses décisions ont fait profiter les reports, en vertu d'une jurisprudence qui ne s'est pas encore généralisée, et qui d'ailleurs prête à de sérieuses critiques.

1° On verra qu'un courtier libre n'a pas le droit de se constituer « la contre-partie » de son client et de se créer ainsi dans l'opération un intérêt directement opposé à celui de son commettant (n° 197). Mais le reporteur étant auxiliaire du reporté, auquel il est indifférent que son bailleur de fonds soit un tiers ou son propre mandataire, et le taux des reports étant fixé en dehors des parties, il faut en conclure que *le coulisier peut se constituer légalement le reporteur de son client* (Paris, 11 juin 1900, sous Req., 29 avril 1902, S. 1903, 1, 109 ; Paris, 22 mars 1902, S. 1903, 2, 129, et note WAHL, V. G. VIDAL, *Les reports directs, Cote Bourse et Banque*, n° du 3 mai 1912).

2° Cette jurisprudence s'est même étendue aux agents de change, pour qui cependant la défense d'être « contre-parties » se renforce de la règle interdisant à ces officiers publics de faire des actes de commerce pour leur compte (art. 85 C. com.). Il a été décidé que *l'agent de change pouvait employer en reports ses fonds personnels ou ceux de sa charge*, le gain de l'agent reporteur étant limité à un loyer dont le taux se détermine en dehors de lui, et le report constituant un mode de placement des réserves de sa charge, non un acte de commerce (Com. Seine, 12 novembre 1902, S. 1903, 2, 145, et note WAHL). Irait-on jusqu'à autoriser un agent de change à recevoir en compte courant les capitaux du public, comme un banquier, pour les placer en report ? (2).

[1] En ce sens, ALLIX, *op. cit.* ; THALLER avait essayé, dans les *Annales de droit commercial*, 1893, une autre construction plus compliquée, basée sur la subrogation des articles 1249 et s. C. civ. ; elle a été combattue par MM. BUCHÈRE (*ibid.*) ; MULLER (*Das Reportgeschäft*, Zurich, 1896) et ALLIX.

(2) Par un autre jugement, il est vrai, le même tribunal de commerce, mieux inspiré, décide que les opérations de report sont interdites à l'agent de change, alors même que, par un article de comptabilité, il serait figurer comme contre-partie la société exploitant sa charge, sous le nom de « compte maison » (11 janvier 1902, S. 1903, 2, 145).

CHAPITRE II

DU ROLE DE L'AGENT DE CHANGE DANS LES MARCHÉS.
DE SA RESPONSABILITÉ

948. — Secret professionnel (1). — Si l'agent de change était un courtier ordinaire, comme le courtier en marchandises, il se bornerait à rapprocher les deux parties dont les offres concordent. Ces parties, mises l'une en face de l'autre, traiteraient ensuite directement, sans interposition.

La loi a établi une règle différente : elle veut que l'intermédiaire masque les opérateurs. L'agent de change est lié par le *secret professionnel* : les parties ne doivent pas être nommées « à moins qu'elles ne consentent à l'être ou que la nature de l'opération ne l'exige » (2) (arr. Conseil de 1724, art. 36 ; arr. 27 prairial an X, art. 19 ; déc. 7 octobre 1890, art. 40).

D'où vient cette prescription ? Elle résulte à première vue de la garantie du marché que l'agent doit à chacun de ses clients respectivement. Mais on aurait pu conserver cette garantie, sans établir le secret professionnel.

La règle tient plutôt à ce que, par suite des rivalités des groupes, la connaissance de la contre-partie aurait détourné l'autre opérateur de traiter au su de l'adversaire, ou donné plus d'âpreté aux campagnes de Bourse (3).

949. — Cette condition du secret réagit sur le rôle de l'agent :

1° Il devient « commissionnaire » ; — 2° « Commissionnaire du

(1) DUFOUR, *Le secret professionnel de l'agent de change* (th. Paris, 1911).

(2) La nature de l'opération exigera la levée du secret professionnel, lorsque du contrat où l'agent a été intermédiaire résultait un principe d'action de l'un des opérateurs contre l'autre. Cette action ne pourra s'exercer utilement plus tard que si le vendeur connaît son acheteur. — Ex. : Une société a converti *indûment* en titres au porteur des actions incomplètement libérées. Une action au porteur, ainsi prématurément convertie, est négociée à la Bourse par le concours d'un agent. La société appelle dans les deux années suivantes le complément, elle le demande au vendeur, le dernier détenteur que le livre des transferts lui permette de connaître. Le vendeur veut se retourner en garantie contre son acheteur. Il ne le connaît pas. Il peut obliger l'agent de change, à qui il avait donné l'ordre de vendre ces titres, à lui révéler le nom de l'acheteur (Voir Douai, 24 février 1901, S. 1904, 2, 12, et à propos d'espèces formées sous l'empire de l'ancien art. 3 de la loi de 1867 ; THALLER, dissertation, *Revue critique*, 1883, p. 333 ; cf. cependant Cass., 18 novembre 1902, D. 1904, 1, 417, et note THALLER, voir aussi n° 629, note). — Malgré l'article 19 de l'arrêté du 27 prairial, an X, il appartient aussi aux juges, saisis par le commanditaire d'un agent de change ou par son cessionnaire d'une demande concernant la liquidation de la société formée pour l'exploitation de sa charge, d'accorder les communications utiles nécessaires tout en respectant dans la mesure possible la rigueur du secret ; Cass. civ., 1^{er} février 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 1, 456.

(3) En Allemagne, le secret professionnel des courtiers est entendu autrement que chez nous, et d'une manière moins sévère. C'est le devoir imposé à l'intermédiaire de ne pas révéler *aux autres personnes de sa clientèle* l'opération faite et le nom des parties. L'agent peut-il faire connaître au vendeur son acheteur, et inversement ? Ce serait une autre question, dépendant non de la loi, mais des instructions données.

croire » ; — 3° Il peut se faire couvrir par son client du montant du marché.

950. — I. **L'agent commissionnaire.** — D'abord, l'agent devient un commissionnaire de son client.

Il fait l'opération pour le compte d'autrui, ce qui est le propre du *mandat*. Mais, dans ce mandat, il ne découvre point son donneur d'ordre ; il n'agit point par représentation, ce serait violer le secret. Il agit *en son nom propre*.

S'il a reçu ordre de vente, c'est lui qui sera vendeur vis-à-vis de l'acheteur : s'il a pris ordre d'achat, il sera acheteur au regard du vendeur. — C'est à lui, sauf à rendre compte à son client, qu'appartient l'action pour contraindre l'autre partie à livrer les titres ou à payer la somme.

Or, le fait de masquer le commettant dans le mandat est la règle, sinon invariable, au moins usuelle, du contrat de *commission* (n° 1111).

L'agent peut exécuter cet ordre de Bourse de deux manières. On oppose, en effet, les marchés de clients aux marchés de la corbeille.

951. — *Marchés de clients.* — On les appelle aussi *marchés par application*.

L'agent a reçu de A un ordre d'achat de valeurs. Dans sa propre clientèle, un autre client B lui a donné un ordre en sens opposé, concordant avec le premier. Il peut, sans sortir de son cabinet, boucler ces deux ordres l'un dans l'autre. C'est ce qu'il fera en prélevant deux courtages.

L'opération est facile à décomposer : a) *Action de mandat* de A contre l'agent, pour le contraindre à livrer les titres ; b) *Action de mandat* de B contre le même agent, pour obtenir la somme ; c) *Les actions d'achat et de vente* elles-mêmes se confondent sur une seule tête, sur celle de l'intermédiaire commun.

Le droit qu'a l'agent d'exécuter le marché par application n'est pas absolu. Avant de réaliser cette application, il doit faire constater par un membre de la Chambre syndicale l'absence de demandes ou d'offres plus favorables. Les ordres inverses seront inscrits sur le registre de la cote, comme s'il s'agissait d'un marché à exécuter à la corbeille (D. 1890, art. 43). On part de l'idée, vraie ou fausse, que les quantités de valeurs traitées sous cette forme auraient une influence sur le cours et par conséquent qu'elles doivent être rendues publiques.

952. — *Marchés de corbeille.* — La contre-partie ne se trouve point dans la clientèle de l'agent. Celui-ci porte l'ordre à la Bourse du jour et il l'exécute à la corbeille. Il traite pour compte, lui agent X, avec l'un de ses confrères du parquet, l'agent Y.

Deux agents s'interposent alors entre les deux clients.

Les titres vendus iront du client B à son agent Y, de celui-ci à l'agent X, qui les remettra au client A. Et de même pour les sommes, en sens opposé. Entre les deux agents, il y a les actions *empti et venditi*. Entre chaque agent et son client, il y a les actions de *mandat*.

953. — Cette exécution en corbeille appelle des observations brèves. Il en est, dans le nombre, qui sont vraies également des marchés de clients.

954. — *a)* L'agent de change est tenu de délivrer un *reçu* des fonds ou des valeurs qui lui sont remis (D. 1890, art. 42).

955. — *b)* Toute opération conclue par un agent (ou par l'un de ses commis principaux), est portée, au moment où elle est faite, sur un *carnet* dont le modèle est déterminé par la Chambre syndicale.

Ce carnet, quoique tenu en forme de brouillard, est un véritable livre de commerce. Il s'ajoute à ceux qui sont exigés pour les autres commerçants, notamment au livre-journal, et il dispose de la même force probante (arr. prairial an X, art. 11 ; D. 1890, art. 41).

956. — *b)* Indépendamment de l'*avis d'opéré* que l'agent a l'habitude d'adresser à son client à la suite de la négociation, il doit remettre à l'opérateur un *bordereau* (pièce mentionnée par l'art. 109 C. com., mais qui, par suite du secret professionnel, ne pourra être signée que par l'agent et non point « par les parties », comme dit ce texte).

Ce bordereau fera foi de la négociation et de ses conditions. En outre, grâce à l'énonciation des numéros, il permettra à l'acheteur, si les titres lui sont dérobés plus tard, d'en relever l'identité, en vue de pratiquer opposition. Ou encore, si le titre était frappé déjà d'opposition lors de l'achat, le bordereau procure à l'acheteur une preuve contre son agent responsable (L. 15 juin 1872, art. 13).

Le bordereau est soumis par la *loi du 28 avril 1893*, art. 28, à un *timbre* qu'elle fixait à 0,05 0/00, et qui est aujourd'hui (art. 38, l. 4 avril 1926) de 1 fr. 0/00 sur le montant de l'opération (0,50 0/00 sur les reports — timbre réduit à 0,0125 00/00 pour les opérations au comptant ou à terme sur la rente française, et à 0.00625 0/00 pour les reports sur rentes). Ce timbre, qui frappe les marchés au comptant comme les marchés à terme (sur valeurs) et auquel correspond une taxe équivalente sur les opérations faites par les agents libres (n° 879), paraît avoir été inspiré, au moins en partie, par une prévention contre la spéculation. On en a discuté la légitimité, et aujourd'hui encore il rencontre des adversaires. Il a produit au début plus de 10 millions par an. Son rendement a déterminé ensuite des mécomptes. Il a contribué à ralentir, sur le marché français, le mouvement des titres.

957. — *d)* Il ne peut point y avoir, même au moment de la liquidation du marché, rapprochement du vendeur et de l'acheteur. L'agent reçoit les titres et les sommes, puis il les livre à son client. D'après l'ancien art. 84, al. 2, C. com., il ne pouvait ni recevoir, ni payer pour le compte de ses commettants. Ce texte, inconciliable avec le secret professionnel, a été abrogé par la loi du 28 mars 1885.

958. — *e)* Lorsque les titres négociés sont nominatifs (ce qui est l'exception, voir n° 888), le transfert ne peut, en principe, s'effectuer directement du vendeur à l'acheteur, qui se connaîtraient ainsi, ce à quoi la loi s'oppose.

Il y a donc lieu à un *transfert d'ordre* (D. 1890, art. 49), exempt du droit de transmission, pourvu que l'agent ne tarde pas plus de dix jours à le transformer en un transfert définitif (1). Le transfert est passé d'abord au nom de l'agent acheteur, qui en fait accomplir un second au nom de son client (2). (V. *supra*, nos 888 et 922 la simplification des formalités du transfert apportée par la loi du 26 mars 1927, art. 37 et s.).

959. — Liquidation centrale. — *f)* On se souvient que, dans le marché à terme, les opérations sont appelées à se solder à une échéance dite *liquidation, commune* pour toutes les opérations.

La *liquidation centrale* entre agents s'opère par les soins de la Chambre syndicale. Elle prend plusieurs jours et est marquée par certaines étapes : elle débute par la *réponse des primes*, et par la fixation du *cours de compensation* qui sert de base aux reports (D. 1890, art. 67). « Par l'effet de cette liquidation, toutes les opérations entre agents de change sont compensées, de façon à faire ressortir le solde en deniers ou en titres à la charge de chacun d'eux : les différents soldes débiteurs ou créditeurs sont réglés par l'intermédiaire de la Chambre syndicale ».

C'est une sorte de *clearing-house*, analogue à celui qu'on retrouvera en matière d'effets de commerce et de chèques. Si l'agent X a vendu de la rente à son confrère Y et en a acheté à l'agent Z, au lieu de liquider séparément vis-à-vis de chacun d'eux, il fera masse de toutes ses opérations. Il considérera tous ses confrères réunis comme n'en formant qu'un. Il établira le solde en capitaux qui lui est dû ou qu'il doit, et fera pour chaque nature de valeurs le même calcul. Après quoi, il se bornera à livrer ou à retirer à la Chambre syndicale son solde en argent ou en titres.

Cette abréviation syndicale ne supprime point, d'ailleurs, pour l'agent la nécessité de liquider séparément vis-à-vis de chacun de ses clients.

960. — II. L'agent du croire. — L'agent de change est en outre un commissionnaire *du croire*. On entend par « *du croire* » la *garantie personnelle de l'accomplissement du marché, que doit l'intermédiaire à son donneur d'ordre*. Ordinairement, un mandataire ne supporte pas la force majeure : si, sans sa faute, le tiers avec lequel il a traité pour compte fait faillite, la perte est pour le mandant. Le mandataire ne doit pas indemniser son donneur d'ordre. Pour l'agent de change, il en est autrement. Cette garantie a son siège dans la matière de la commission (n° 1128), il n'en sera parlé ici que dans la mesure où l'exige la compréhension de la Bourse.

(1) L'agent, par son retard, s'exposerait en outre, à être traité comme acquéreur des titres en son nom propre ; et, s'il s'agissait d'une action non libérée, la société, pratiquant ensuite l'appel de fonds, pourrait s'attaquer personnellement à lui.

(2) Il y a des titres nominatifs, qui circulent en Bourse, de main en main, grâce à des *transferts en blanc*. La déclaration du vendeur ne porte pas en pareil cas de nom d'acheteur. L'acheteur transmet cette déclaration à son propre acheteur, et ainsi de suite. Le dernier agent remplit la déclaration primitive au nom de son client qui prend livraison. Cette pratique dissimule à l'Enregistrement tous les transferts intermédiaires. On en a abusé dans la campagne engagée en 1881 sur les titres de l'*Union générale*. Elle fait en réalité du titre nominatif un titre au porteur (n° 605).

L'agent s'interpose entre un vendeur A et un acheteur B : à l'égard de cet agent le vendeur est un commettant, l'acheteur forme la contre-partie du marché (ou inversement). Or l'intermédiaire va devenir responsable envers chacune de ces deux personnes de l'exécution de la convention. L'ancien art. 86 C. com., d'après lequel l'agent ne peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'entremet, était inconciliable avec cette doctrine : ce texte a été abrogé par la loi du 28 mars 1885.

a) En effet, l'agent est tenu envers la contre-partie, c'est-à-dire est obligé de régler l'acheteur B nonobstant l'insolvabilité du commettant A, — ce qui s'explique non point par le *ducroire*, mais par le fait que l'agent a traité *proprio nomine* ; — b) Il est tenu du marché envers le donneur d'ordre, envers le vendeur A, c'est-à-dire qu'il répond de la solvabilité de la contre-partie, de l'acheteur B, — et c'est là l'effet propre au *ducroire*.

961. — Cette condition faite à l'agent est dure, dans les marchés de corbeille : elle le rend *garant vis-à-vis de sa clientèle de celui de ses confrères du parquet qui a tenu la contre-partie*. Exemple : L'agent *Primus* vend pour compte à un autre agent *Secundus* qui avait reçu ordre d'acheter. Avant l'échéance du marché, *Secundus* suspend ses paiements, il ne livrera donc pas à *Primus*. Celui-ci n'en est pas moins responsable envers son client.

Cette organisation est rigoureuse ; car si l'agent répond d'un particulier, cela tient à ce qu'il a pu prendre une sûreté envers lui, en exigeant une couverture (n° 962), tandis qu'il ne peut pas se couvrir vis-à-vis d'un confrère. Aussi les décrets modèrent-ils ce régime de deux manières (1) :

1° L'agent peut, par une convention avec son client, *s'exonérer de toute garantie* du fait de l'autre agent de change (D. 1890, art. 54), tandis qu'une pareille convention serait sans valeur pour l'affranchir de la garantie du fait d'un client ;

2° L'agent notifie à la Chambre syndicale la suspension par son confrère de ses engagements. Celle-ci pourvoit à l'administration provisoire de la charge en défaut, prend les mesures nécessaires à assurer l'exécution des marchés en souffrance, et les liquide en prenant pour base le cours moyen du jour où cette cessation d'exécution est constatée. En outre, dans les Bourses comprenant plus de quarante agents (c'est-à-dire dans celle de Paris), la Compagnie devient responsable des engagements de l'agent embarrassé, et soldera son passif tant vis-à-vis du confrère réclamant que vis-à-vis de la clientèle tout

(1) Indépendamment des deux moyens énoncés dans le texte pour sauvegarder le client de l'agent failli, il y en a théoriquement un troisième, consistant à lui appliquer par préférence les droits de la charge de cet agent sur la contre-partie avec laquelle l'opération a été liée. L'ordre de vente de *Primus* a été exécuté par *Secundus* ; *Primus*, malgré la faillite de l'agent, se fera attribuer la créance du prix contre *Secundus* (art. 575, al. 2, C. com.). Mais cela suppose : 1° possibilité de rattacher cette vente, dans son identité, à l'ordre qu'il avait donné lui-même ; 2° absence par *Secundus* d'un moyen de compensation envers l'agent (note sous Paris, 25 janvier 1900, D. 1903, 2, 417).

entière de cette charge qui a périclité ; car la règle de la « *solidarité* », comme on l'a appelée, est générale. Cette responsabilité, établie par le décret du 19 juin 1898 (nouvel art. 55 du décret de 1890) est limitée à la *valeur totale des offices* de la Compagnie, calculée d'après les dernières cessions, au *montant du fonds commun* et à celui des *cautionnements* (1). C'est-à-dire que, dans l'hypothèse d'un parquet de 70 agents, où chacune des charges représenterait 1 million et où le cautionnement individuel serait de 250 mille francs, avec une caisse commune de 3 millions, la Compagnie serait tenue du passif d'un quelconque de ses membres à concurrence de 90 millions et demi de francs !

962. — III. **La couverture.** — Enfin l'agent de change, garant des marchés d'après la loi, doit pouvoir *se couvrir* contre le risque d'insolvabilité de son client. Cela était d'autant plus nécessaire que, en sa qualité d'officier public, il n'a pas le droit de refuser son ministère aux personnes qui le requièrent.

Dans le marché au comptant, l'agent exige l'exécution préalable de l'opération, par la remise entre ses mains soit des titres, soit des fonds.

Dans le marché à terme, l'ancien art. 13 de l'arrêté de prairial an X semblait conférer le même droit à l'intermédiaire : « Chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète... ». La loi du 28 mars 1885, art. 3, a bien fait de supprimer ce début du texte ; car il était impossible de le mettre en harmonie avec la pratique d'après laquelle l'opérateur à terme n'a en sa possession ni les titres ni les capitaux.

L'agent peut du moins exiger une *couverture*, et en déterminer librement le montant, dans les limites du prix du marché confié à ses ordres (D. 1890, art. 61). Par là il exerce une prise sur la spéculation ou sur le découvert, et il en modère les écarts. D'après l'importance de la couverture réclamée, il mettra un frein à une campagne de hausse ou de baisse. C'est peut-être ce dont les membres d'un parquet, et plus encore peut-être les intermédiaires opérant dans les Bourses de marchandises, ne se persuadent pas assez.

La couverture est une *remise en argent ou en valeurs, de réalisation facile, que fait l'opérateur à son agent*. Ces valeurs sont généralement au porteur, parfois aussi nominatives, avec une déclaration de transfert toute préparée.

La couverture garantit l'agent contre une variation des cours, qui surviendrait avant la liquidation. Mais il ne peut pas en exiger après coup le dépôt ou l'augmentation, s'il ne l'a pas stipulé à l'origine. Un écart dans le cours plus fort que la couverture ne l'autoriserait pas à réclamer ce qui, dans le langage de certaines Bourses étrangères, est appelé une *marge*, ni à exécuter le client *hic et nunc* au cas où la marge ne lui serait point fournie (Voir cependant Toulouse, 26 novembre 1907, D. 1908, 2, 150). La pratique des Bourses de marchandises est contraire.

(1) Il est bon de dire incidemment que le cautionnement d'un agent répond de ses *faits de charge*, par préférence à tous autres créanciers (priv. de l'art. 2102, 7° C. civ.). |

963. — La jurisprudence estime que la couverture forme, dans les rapports du client et de son agent, un *paiement anticipé* de l'opération, ou s'il s'agit d'une couverture en valeurs, une *dation en paiement anticipé* (Paris, 11 décembre 1924, *Gaz. des Trib.*, n° du 24 mai 1924 et D. H. 1924, p. 317) (1). Cette interprétation avait une importance particulière lorsque l'exception de jeu était admise (n° 978).

Le décret de 1890 a confirmé ce point de vue, pour déterminer les formes moyennant lesquelles la couverture peut être réalisée.

On aurait pu considérer la couverture non pas comme un paiement, mais comme un *gage* ou *nantissement*, qui répond de la parole du client. D'où il résulterait que la réalisation est soumise aux formes d'une vente publique, huit jours après signification (art. 93 C. com.).

Or ces formes ne sont point requises. Lorsque la couverture consiste dans des valeurs, l'agent de change peut les aliéner d'office, et s'en appliquer le prix, faute de livraison ou de paiement à l'échéance par le donneur d'ordre (D. 1890, art. 61, al. 2). Si le droit de l'agent sur la couverture est vraiment un gage, on conviendra que l'exécution en est singulièrement facilitée.

964. — **Exécution en Bourse.** — Comment, à l'échéance du marché, l'agent exerce-t-il contrainte contre son client, lorsque ce dernier fait défaut et ne s'exécute pas volontairement ?

Lorsque le donneur d'ordre n'a point, le premier jour de la liquidation des diverses valeurs et avant la Bourse, remis à l'agent soit les titres, soit les fonds, avec la déclaration ou l'acceptation de transfert s'il y a lieu, l'agent de change peut, sans mise en demeure préalable (2), procéder aux risques et périls de ce client, à l'achat de valeurs semblables ou à la vente des valeurs acquises (D. 1890, art. 69).

C'est *l'exécution en Bourse* : autrement dit, la *faculté* reconnue à l'agent, *sans titre exécutoire et sans sommation, d'exécuter de force, aux risques du donneur d'ordre, l'opération que celui-ci s'abstient d'accomplir de son plein gré.*

1° Le client était-il un acheteur surpris par la baisse ? — L'intermédiaire revendra sur le marché du comptant les titres remis par le vendeur, et il se procurera ainsi le prix nécessaire pour acquitter l'achat.

2° Le client est-il un vendeur qu'atteint la hausse ? — L'agent achètera d'office les titres avec les fonds de l'acheteur et les remettra à celui-ci.

Nous avons déjà rencontré l'exécution en Bourse, à propos des appels de fonds exercés par une société sur ses actions (n° 633). Les formes sont ici plus simples. Le fond de la théorie est le même.

(1) Cet arrêt analyse en une dation en paiement anticipé non seulement la remise d'une couverture (consistant dans l'espèce en des titres) à un agent de change, mais aussi la remise d'une couverture à un *banquier* (qui ne bénéficie pas pourtant de l'art. 61 D. 1890).

(2) Cette dispense de mise en demeure préalable ne concerne que les *marchés à terme*. Au contraire, lorsqu'il s'agit de *marchés au comptant*, c'est seulement « après avertissement par lettre recommandée, et si, dans le délai de trois jours à partir de l'envoi de cette lettre, le donneur d'ordre n'a pas remis soit les valeurs... soit les fonds... » que l'agent de change a le droit de procéder à l'achat de valeurs semblables ou à la vente des valeurs acquises (art. 59 du décret de 1890).

L'agent, tenu par un contrat synallagmatique de mandat envers son client, se délie, du moment que le client fait défaut, et rend disponibles entre ses mains les titres ou les fonds provenant de l'autre partie. Il y a résolution, suivant l'art. 1184 C. civ., avec dispense d'un jugement, parce qu'ainsi le veut l'usage.

Au produit de cette réalisation, s'ajoute le montant de la couverture, si l'agent a pris la précaution d'en requérir une assez forte. L'écart reste au compte du client. L'agent pourra lui en demander compte, à moins que le client ne dispose de certains moyens de défense, qui feront l'objet du chapitre suivant.

L'exécution en Bourse, telle que l'agent de change peut la pratiquer envers son client, est de nature à provoquer d'autres observations, auxquelles il n'est pas possible de donner ici toute leur portée, car il en est qui mettent en jeu l'ensemble du « droit d'exécution » dans les contrats synallagmatiques.

a) D'une part, l'agent n'est pas libre de choisir une époque quelconque à partir de la défaillance du client, pour liquider la position de celui-ci et dégager ainsi la différence devant ressortir à son passif (Com. Seine, 3 août 1915, D. 15, 2, 177). Au moment de la liquidation, la rente est traitée à 70 fr. La baisse se précipite aux bourses suivantes et atteint 68 fr. Si l'agent a attendu ce moment pour liquider, l'acheteur perdant verra mettre à sa charge une différence de 2 fr. plus forte que si l'exécution avait eu lieu à l'échéance même. Cela ne doit pas être. Un créancier n'a pas le droit, par mesure dilatoire, d'aggraver le sort de son débiteur, alors même que ce dernier aurait commencé par se laisser mettre en demeure. Il ressort de la jurisprudence (Rég., 3 août 1868, *Journ. Pal.*, 1869, 156), que la base à prendre, parmi les cours ou mercuriales de Bourse qui se succèdent, pour arbitrer les dommages et intérêts, est une question de fait sur laquelle le juge du fond est investi du pouvoir d'appréciation le plus étendu.

b) D'un autre côté, la facilité donnée par le règlement de 1890 à l'agent de change pour exécuter son client fait qu'on se demande si l'agent n'a pas le pouvoir d'invoquer une *résolution* de plein droit par l'échéance du terme, avec dommages et intérêts chiffrés, à ce jour même. Semblable question se pose soit dans une opération directe sans agent de change, soit dans un marché traité par coulissier, soit encore dans une vente à livrer ou à terme de marchandises. Question qui n'a pas été chez nous l'objet d'une dissertation doctrinale d'ensemble, alors qu'en Allemagne, au contraire, elle a pris corps sous la forme d'une opposition entre le marché à livrer ordinaire (*Lieferungsgeschæft*), et le contrat à échéance de rigueur (*Fixgeschæft*).

Les conventions (ou l'usage qui en tient lieu) arment-elles l'acheteur, faute de recevoir livraison, de la résolution de plein droit, assortie d'une réparation pécuniaire immédiate ? L'acheteur pourra-t-il réclamer au vendeur l'écart entre le prix du marché et le prix coté à l'échéance, sans prise d'un jugement, sans même mise en demeure à la partie perdante, enfin sans rachat effectif sur le marché ? Le vendeur, en cas de hausse, dispose-t-il d'un pouvoir analogue ? (1).

(1) LEDUC, *Du règlement différentiel* (th, 1910).

Si l'on répond par l'affirmative, le parquet et le marché libre n'auront pas seulement la procédure d'exécution en Bourse du décret de 1890, mais en outre un pouvoir d'exécution des plus sommaires, celui de liquider *de plano* par simple différence. La loi déserterait la cause des débiteurs traversant une difficulté d'argent temporaire, par contravention au pouvoir qu'ils ont de se faire donner des « délais de grâce » (art. 1244, C. civ.) : principe auquel le débiteur lui-même ne peut déroger à moins de s'engager sous la forme de la lettre de change (art. 157 C. com.).

A nos yeux, la règle *Dies interpellat pro homine* est une disposition dont on fausse le sens, lorsqu'on prétend en déduire l'attribution au créancier, en vertu du contrat ou de l'usage, de « dommages-intérêts moratoires » consécutifs à une résolution de plein droit, sans jugement, sans mise en demeure, sans un ordre de réalisation quelconque. Le débiteur tient de l'art. 1244 la faculté, lorsque ces dommages et intérêts lui seront réclamés, de démontrer que son exécution tient à des circonstances de fait qui l'excusent. Son droit ne va pas jusqu'à critiquer une résolution convenue pour la seule transgression du terme. Mais il pourra du moins échapper à une indemnité complémentaire, en établissant qu'il aurait pu s'acquitter envers le créancier, si celui-ci avait temporisé ou seulement entrepris un rachat ou une revente forcés.

Ainsi se concilient, avec le droit intangible du débiteur à l'obtention de délais de grâce, les art. 1146 et 1654 à 1657 C. civ. (textes non contraires à la clause de résolution par le fait de l'échéance).

La prévention de la jurisprudence contre la « clause de liquidation », dans les ventes dites à tempérament (n° 724), ainsi que l'accueil qu'elle témoigne à l'exception tirée de « l'irrégularité du mode de liquidation », montreraient que les remarques précédentes renferment pour le moins une part de vérité. Mais on verra que la pratique des marchés à terme à la Bourse des marchandises et le fonctionnement des filières (nos 1036 et s.) ont fait abstraction de ces principes, protecteurs de la condition des débiteurs.

965. — Voici, pour finir, certains *cas spéciaux de responsabilité* de l'agent de change :

1° Responsabilité de l'agent à raison de la négociation faite soit de mauvaise foi, soit au mépris d'une opposition au *Bulletin* du Syndicat des agents de change de Paris, de *titres au porteur perdus ou volés* (loi 15 juin 1872, n° 914, et D. 1890, art. 48).

2° Responsabilité de l'agent à raison de l'*identité* et même de la *capacité des opérateurs* dans un transfert certifié par lui (nos 894 et 899).

3° Responsabilité de l'agent pour livraison d'un *titre irrégulier ou amorti* (D. 1890, art. 48). L'acheteur peut exiger de lui un nouveau titre, en remplacement de celui, sorti au tirage, qui lui avait été remis par erreur (1).

(1) Mais, d'après le tribunal de com. Seine, 15 octobre 1887, *Ann. droit com.*, 1888, *Jur.*, p. 40, le vendeur qui, ignorant le tirage à 500 francs de son numéro de certificat, le ferait vendre ensuite par un agent de change à 450 francs (cours de Bourse), ne pourrait pas s'attaquer à lui et lui reprocher de n'avoir point vérifié la liste des tirages.

CHAPITRE III

EXCEPTIONS OPPOSABLES A L'EXÉCUTION
D'UN MARCHÉ DE BOURSE

(EXCEPTION DE JEU, DE COULISSE, D'ABSENCE DE CONTRE-PARTIE)

966. — Il semble que les marchés de Bourse doivent sans distinction être obligatoires, soit entre deux opérateurs traitant ensemble directement, soit entre un intermédiaire et son client.

Il est vrai que la loi pénale frappe les agissements répréhensibles de Bourse. Ces agissements sont réunis sous la qualification générale d'*agiotage*. Ils se manifestent particulièrement de deux manières :

1° *Manœuvres frauduleuses*, telles que fausses nouvelles, faits calomnieux semés à dessein dans le public, pour opérer la hausse ou la baisse du prix soit des « denrées ou marchandises », soit des « papiers et effets publics », contrairement à la loi de la Concurrence naturelle ;

2° *Réunion* ou *coalition* entre les principaux détenteurs « d'une même marchandise ou denrée », tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix : ce qu'on désigne sous le nom d'*accaparement* (1).

Ces deux agissements étaient punis par les articles 419 et 420 du Code pénal d'un mois à un an de prison. Mais ces articles n'avaient qu'une faible portée.

En effet : 1° on se demandait si le premier de ces délits était encouru lorsque des manœuvres s'exerçaient sur le cours d'une valeur autre que la rente (le texte ne parlait que des *effets publics*). Suivant la jurisprudence, le texte, en tant qu'il frappe les manœuvres qui ont pu amener la hausse ou la baisse des *denrées* ou *marchandises* ou des *papiers* et *effets publics* ne s'appliquait point aux actions ou obligations (Cass. crim., 30 juillet 1885, D. 86, 1, 389).

2° Le délit de coalition n'existait certainement pas lorsqu'il s'agissait d'un concert portant sur l'achat ou sur la vente de valeurs (dans la partie du texte qui le concerne, il n'est question que des détenteurs d'une *marchandise* ou *denrée*). Un syndicat d'émission d'actions ou de titres quelconques ne pouvait donc comme tel être poursuivi pour accaparement (v. Paris, 7 décembre 1926, S. 1927, 2, 69). Portant sur des marchandises, produits qui concourent à l'alimentation des hommes, l'accaparement, agent de disette, semblait plus menaçant que lorsqu'il a des valeurs pour objet.

L'opinion cependant s'était depuis longtemps émue à la pensée de l'insuffisance de cette répression. A la suite des krachs des sucres de 1905 et de 1910 (Crosnier, Santa-Maria), des propositions avaient été faites en vue de modifier les articles 419 et 420. Un projet déposé par le gouvernement le 7 novembre 1911 était surtout intéressant en ce

(1) DOLLÉANS, *De l'accaparement*.

qu'il étendait le délit à l'*accaparement isolé*, poursuivi par un seul spéculateur, sans entente avec d'autres. En outre, en ce qui concerne les « denrées ou marchandises », le même projet prévoyait que serait désormais punissable toute spéculation illicite, non justifiée par des besoins d'approvisionnement, par la couverture d'opérations professionnelles ou par de légitimes prévisions industrielles ou commerciales. Ces dispositions, légèrement remaniées, furent reprises pendant la guerre par la loi du 20 avril 1916, art. 10, qui créa le délit de *spéculation illicite* (v. *supra*, n° 75). Mais, cette législation d'exception ayant cessé de s'appliquer, on en revint à l'idée d'une modification aux articles 419 et 420 du Code pénal. A cet effet fut élaborée et votée la loi du 3 décembre 1926. Elle modifie l'article 419 en l'étendant non seulement aux effets publics, mais également aux *effets privés*, c'est-à-dire à toutes les valeurs mobilières. La spéculation sur ces valeurs se trouve désormais placée sur le même plan que celle qui porte sur des marchandises, et toute opération qui consistera, non plus seulement à profiter de la hausse ou de la baisse pour réaliser un bénéfice, mais à provoquer cette hausse ou cette baisse dans les conditions prohibées par la loi sera passible de poursuites (1).

Ainsi, sous réserve de l'application des art. 419 et 420 C. pén., le marché de Bourse paraît bien irrévocablement lier les contractants. Il y a cependant des cas où l'opérateur peut refuser de régler le marché. Ces cas sont au nombre de deux : 1° celui où l'opération est viciée de jeu ou de pari ; — 2° celui où l'intermédiaire n'était pas un agent de change.

Nous dirons quelques mots, pour finir, du cas où l'intermédiaire ne justifie pas à son donneur d'ordre de l'existence d'une contre-partie (2).

§ 1. — Exception de jeu

967. — Ce moyen ne peut concerner que le marché à terme. Le marché à terme est-il licite ?

Rappelons d'abord la théorie du jeu et du pari. Elle tient dans le sujet une place importante. Deux principes bien connus la résument.

968. — 1° La loi n'accorde *aucune action* pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1965 C. civ.). Le perdant est fondé à manquer à sa parole. Les pouvoirs publics restent neutres, ils ne donnent point au créancier la sanction des poursuites.

C'est que le gain de jeu n'a pas son fondement dans le travail. — Le perdant a cédé à l'entraînement en engageant peut-être une partie considérable de son patrimoine ; des poursuites dirigées contre lui

(1) Sur cette loi du 3 décembre 1926, v. ce qui est dit *supra*, n° 75 et les références citées en note. Adde : MATER, Le nouveau délit de spéculation illicite, *Revue de droit bancaire*, 1927. On peut se demander si cette modification des art. 419 et 420 ne sera pas sans influence notamment sur les opérations des syndicats d'émission et par suite sur leur validité ? V. sur ce point TCHERNOFF, *Les syndicals financiers*, 1930.

(2) V. SELLIER, *Des justifications à fournir aux clients par les intermédiaires de Bourse*, chez Rousseau, 1913.

pourraient consommer la ruine non seulement d'un homme, mais d'une famille ; celle-ci est innocente des actes d'imprévoyance ou d'égarement de l'un de ses membres.

969. — 2° Mais, dans aucun cas, le *perdant ne peut répéter* ce qu'il a volontairement payé (art. 1967). Sitôt qu'il a réglé sa perte en connaissance de cause, le paiement est irrévocable. Par là, la contestation entre joueurs est écartée du prétoire, de quelque côté que parte la réclamation.

D'ailleurs, le règlement fait par le perdant a eu lieu probablement de sang-froid, la passion du jeu étant calmée. Il a pu opter entre deux partis : a) ne pas s'exécuter et encourir le blâme de l'opinion ; b) ou payer, s'appauvrir, et conserver sa réputation. Il a pris la seconde alternative, il l'a fait librement. Il ne saurait revenir sur sa décision.

970. — Que l'on ait dans tous les pays discuté l'application de ces règles aux marchés à terme, cela n'a rien que de naturel. Le désir de spéculer, c'est-à-dire de réaliser des différences par le marché à terme, a été rattaché au même sentiment d'appel au hasard que celui qu'on rencontre dans le jeu. A la Bourse ont sombré des fortunes par suite de différences, que l'écart des cours mettait au compte des opérateurs malheureux. Il s'en est formé d'autres du jour au lendemain, cyniques, scandaleuses : le marché à terme a été une prime à l'oisiveté, à l'inconduite.

La jurisprudence des Cours tient à la conservation des patrimoines établis, et elle est prévue contre ceux qui se formeraient sur un coup de destin. De là l'adaptation aux marchés à terme des notions du jeu.

971. — La jurisprudence française a parcouru plusieurs phases que nous reproduisons, en les prenant dans leur ordre chronologique.

1° Nullité de tous les marchés à terme ;

2° Leur validité, sous réserve de l'application, à ceux de ces marchés qui déguiseraient un simple jeu ou pari, des art. 1965 et 1967, ci-dessus rappelés ;

3° Validité de tous les marchés à terme, et refus de l'exception de jeu à celui qui prétendait se soustraire à leur exécution.

972. — I. **Première phase.** — *Nullité du marché à terme.* — Cette thèse a été recueillie dès la première partie du XIX^e siècle, par référence à l'arrêt beaucoup plus ancien du Conseil du Roi du 24 septembre 1724, art. 29 : « Les particuliers, qui voudront acheter ou vendre des papiers commercables et autres effets, remettront l'argent ou les effets aux agents de change avant l'heure de la Bourse... le tout à peine, contre les agents de change, de destitution et d'amende » ; — et à l'arrêt du 7 août 1785, art. 5 : « Sont nuls les marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets et sans le dépôt réel d'iceux, dûment constaté » (ce second texte, pris à la lettre, annulait seulement la vente faite à découvert et non pas l'achat ; on l'a étendu).

Cela revenait à proscrire non pas tout marché à terme, mais celui qui

serait fait *sans dépôt* ou sans justification de propriété *préalable des titres* pour le vendeur, sans preuve de possession *des capitaux* pour l'acheteur. — Avec une telle distinction, la spéculation ne peut plus réaliser son but, elle est tarie dès sa source même.

973. — II. **Deuxième phase.** — *Reconnaissance du marché à terme, mais application possible du droit du jeu et du pari.*

C'est la jurisprudence qui eut cours entre 1840 environ et 1885. Les anciens arrêts du Conseil cessèrent d'être en vigueur, dans leurs dispositions rappelées ci-dessus. Une nouvelle législation des Bourses s'introduisit dans le droit intermédiaire ; on en conclut qu'elle avait abrogé l'ancienne.

Aucun texte nouveau ne frappe en soi le marché à terme. Au contraire, deux dispositions le visent et le reconnaissent, en principe.

Arr. 27 prairial an X, art. 13 : « Chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète, est responsable... ».

C'est une phrase incidente, qui prépare seulement la phrase suivante. Le législateur explique la responsabilité de l'agent par la faculté qui lui est laissée d'exiger une couverture, pouvant porter sur le montant complet du marché. Cela ne prouve pas que le marché soit nul lorsque l'agent exécute l'ordre à découvert.

Art. 421 et 422 pén. : « Les paris, qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics, seront punis des peines portées par l'art. 419. — Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des *effets publics*, qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison ».

C'est ce dernier texte, avec sa phrase finale, qui a orienté la jurisprudence. Les Cours d'appel, non sans se heurter à une vive résistance des tribunaux de commerce, firent en effet prévaloir l'opinion suivante.

Le droit pénal frappe le baissier qui opère sur la rente, avec l'intention de ne pas livrer, de ne pas se procurer les titres pour l'échéance. Il qualifie son délit un *pari*. C'est une opération différentielle, portant sur un écart de cours. Si elle est frappée d'une peine, à plus forte raison n'a-t-elle plus de valeur légale. Or, il est logique d'étendre cette notion (moins la peine) à toutes les opérations de même caractère, sur une valeur ou sur une autre, tant du côté de l'acheteur que du vendeur.

De là, une distinction à établir entre : 1° *les marchés sérieux*, qui dans la pensée des opérateurs doivent s'exécuter en nature : ils sont valables ; et 2° *les marchés fictifs ou différentiels*, destinés dans l'intention des parties à se résoudre par une simple différence : ils sont infestés de jeu ou de pari, et laissent le perdant maître de se soustraire à leur exécution.

974. — Cette opposition entre les marchés sérieux et les marchés fictifs prêtait à de vives critiques, et elle devait, dans la pratique, se traduire par des décisions d'espèces les plus arbitraires.

975. — a) La thèse était empreinte de scolastique, elle accusait l'ignorance absolue de ce qui se passe à la Bourse et du rôle de la spéculation. Distinguer un marché réel d'un marché fictif est impossible.

Tous les marchés à terme sont sérieux, en ce que tous sont assujettis à des règlements de Bourse qui dégagent le gain ou la perte de l'effet d'une opération contraire. Pourquoi celui qui a acheté hier ne pourrait-il pas revendre aujourd'hui ? La compensation est un moyen de liquidation aussi légitime qu'une livraison ou qu'un paiement.

Tous ou presque tous, pourrait-on dire inversement, sont fictifs ou différentiels : car le spéculateur, dès le premier jour, a précisément pour but cette opération contraire. Il n'y a que peu de marchés qui se traduisent par une prise de livraison. L'opérateur le plus honnête ne se soucie pas d'avoir les titres. Il assume un risque sur l'écart des cours et il les soutient. Le marché tient de l'assurance et non pas du jeu. Dira-t-on de deux personnes, qui traitent une assurance contre l'incendie, qu'elles jouent ou qu'elles parient ensemble ? « La maison brûlera, elle ne brûlera pas ». D'où vient donc que, si le risque est pris sur un cours, au lieu de l'être sur un bâtiment, le contrat ne réponde plus à la même notion ?

976. — b) La jurisprudence manquait de *signes apparents* pour distinguer l'opération fictive de l'opération réelle. Elle accueillait, par exemple, l'exception du jeu, en cas de *disproportion* trop forte entre le capital du marché et la fortune de l'opérateur ; ou encore lorsque le client *reportait* souvent sa position. Ce n'était pas sérieux.

Elle se préoccupait également de la *profession de l'opérateur*. S'il n'appartenait pas aux affaires, disait-elle, il y a présomption de jeu. C'était une conception d'ordre social plus heureuse, se ramenant à ceci. Il importe que le marché à terme se limite aux personnes qui ont pour métier de s'y livrer. Il ne doit pas gagner les écervelés, qui faussent les cours par leur emballement : victimes désignées des spéculateurs de sang-froid. De la crédulité de cette catégorie d'« hôtes de la Bourse » proviennent toutes les crises.

Le parti de la hausse commence par agir sur eux par des procédés de mirage : puis il les laisse en face de titres avilis, une fois qu'ils sont engagés à fond. C'est l'histoire de tous les *krachs*. — Un second point de vue a également sa valeur. En admettant que ces inconscients puissent se ruiner au nom du droit au suicide, l'avoir de leurs femmes et de leurs enfants doit échapper à leur atteinte.

977. — c) La Bourse donnait, avec cette jurisprudence, le moyen peu moral de gagner, sans risque de perdre.

Presque tous les marchés, en effet, se lient entre le client et un intermédiaire. Si le client perd, il opposera avec succès l'exception de jeu à son agent, à seule condition de prouver que l'agent savait ou devait savoir, d'après les circonstances, sa propre intention de jouer. Cet agent n'en restera pas moins responsable en qualité de « dueroire » envers le gagnant, et sans pouvoir opposer l'exception de jeu à ce dernier ; son refus de liquider l'opération discréditerait sa charge, dénoncée comme tripot, comme maison de jeu.

Voilà donc un agent obligé aux différences des gagnants, sans recours contre les perdants, et une charge exposée à sombrer (crise de 1882) !

978. — *d*) Autre reproche encouru par cette interprétation du marché à terme : si le client paie volontairement ses différences, il ne peut plus les répéter. Le vice du marché est couvert. — Mais quels sont les faits qui consolideront ainsi le marché ? On ne pouvait les déterminer nettement.

1) *La remise d'une couverture* ? — Le client a déposé chez son agent une somme de 5 fr., en garantie d'une opération représentant 100 fr. en capital. Peut-il, en arguant de son intention de jeu, se faire restituer cette couverture, soit pendant que le marché est en cours, soit après son échéance ? Cela dépendait du sens donné à ce dépôt de couverture.

Était-ce un « gage », un nantissement ? Le gage ne purge pas la dette du vice de jeu et laisse la répétition ouverte.

Mais était-ce un « paiement anticipé » (interprétation plus fréquemment admise) ? La répétition devenait impossible. Ainsi en était-il d'une couverture en argent. Consistant en titres, elle résidait dans un mandat de vendre, donné à l'agent, mandat sur lequel le client pouvait revenir, mais qui se consolidait au dire des arrêts, à partir du jour où les titres étaient réalisés.

Au total, la couverture protégeait l'agent contre l'exception de jeu et en atténuait la portée.

2) *Une inscription en compte courant des différences, liquidées au débit du client et au crédit de l'agent de change* ? — Le compte courant emporte bien novation des engagements qui y sont portés : mais une novation ordinaire ne purge pas une opération du vice de jeu. Seul le déplacement de possession d'une valeur produirait ce résultat. Le moyen tiré du jeu est conservé.

Toutefois, c'est le contraire qui a prévalu. Il y a même eu des arrêts qui ont reconnu le moyen tiré du jeu comme éteint, par le seul fait d'un règlement de l'opération, accepté par le client, sans compte courant et avant paiement des différences. On n'a pu donner de raison plausible de ces anomalies.

3) *Un règlement des différences au moyen d'un effet de commerce négocié par le client à son agent* ?

En soi, ce règlement n'emporte pas pour le client l'impossibilité d'opposer l'art. 1965. Si l'effet reste aux mains de l'agent, le boursier lui opposera légitimement l'exception du jeu lors de l'échéance.

Mais l'effet a pu passer à un porteur de bonne foi. Le client se doit à sa signature. Le droit du change s'oppose à ce que le souscripteur invoque le moyen tiré du jeu (n° 1473). Toutefois, après avoir payé l'effet, comme il ne l'a pas fait volontairement, il pourra recourir contre l'agent de change (ou contre le gagnant) pour se faire rembourser la somme.

979. — Il était utile d'insister sur cette jurisprudence ; car, quoique l'exception du jeu ait disparu du marché de la Bourse par suite de la

loi de 1885, on verra que d'autres moyens défensifs ont surgi pour la protection du perdant et qu'on agit à leur égard les mêmes questions.

980. — III. **Troisième phase.** — *Validité de tous les marchés à terme.* — La loi du 28 mars 1885, votée après le krach de 1882, vint mettre fin à cet état de choses, en partant de l'idée — peut-être contestable — que le meilleur moyen de purger la Bourse de sa clientèle équivoque était d'obliger le perdant à s'exécuter dans tous les cas.

L'art. 1^{er} de cette loi est ainsi conçu : « Tous les marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. — Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 C. civ., *lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence* ».

Cet article est suivi de plusieurs autres, qui abrogent les anciens règlements du Conseil, ainsi que les art. 421 et 422 C. pén., et qui modifient le texte, un peu amphibologique, de l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X.

Dans les années qui ont suivi la loi, on paraissait convaincu que le législateur avait absolument refusé à tout opérateur à terme l'exception de jeu. La loi créait une présomption, d'après laquelle l'opération qualifiée vente est bien une vente, et non pas un pari déguisé ; *cette présomption ne comportait aucune preuve contraire.*

Des rapports du projet (NAQUET, PEULEVEY), ressortait un seul tempérament : si les parties avaient décidé expressément, par convention écrite, que le règlement se ferait par simples différences (convention bien étrange et insolite), alors, mais alors seulement l'exception de jeu serait recevable (1).

981. — Mais un certain nombre de Cours d'appel penchaient à conserver la jurisprudence qui était en vigueur avant 1885 (2). Toutes preuves, suivant elles, étaient recevables à l'effet d'établir l'intention de jeu. Les Chambres auraient ainsi légiféré pour ne rien dire, ou pour confirmer la pratique existante.

982. — N'était-ce pas méconnaître la réforme de 1885 ? Pour expliquer ce revirement, on avait épilogué sur la rédaction de l'art. 1^{er}.

Le texte primitif portait ces mots : « *lors même que les marchés devraient se résoudre par le paiement d'une différence* ». Bref, d'après cette rédaction, le marché était obligatoire dans tous les cas, même s'il était prouvé que les opérateurs n'avaient pas eu l'intention d'exécuter. La formule aurait emporté suppression radicale de l'exception de jeu.

(1) Ce qui est plus pratique que cette convention, c'est la mention inscrite dans l'ordre de marché, d'après laquelle le client se réserve de livrer ou de lever les titres, sans qu'il soit rien exprimé de semblable pour l'autre partie ou pour l'intermédiaire. Le client, a-t-on prétendu, se réserve donc le pouvoir de régler plutôt par simple différence : le marché est nul. Mais la Cour de cassation a repoussé cette interprétation *a contrario* (Cass., 7 juillet 1913, D. 14, 1, 312, note LACOUR). *Adde* pour la validité du marché à terme, même direct, sur marchandises, Cass., 8 décembre 1913, *Gaz. des sociétés* 1914, 84 (il s'agissait d'un marché antérieur à la loi du 27 février 1912). Comp. P. DE CÉNAC, *La loi du 18 mars 1885 et la Convention de contrat direct*, 1911.

(2) WAHL, S. 1895, 2, 257, et BUCHÈRE, *Annales de droit commercial*, 1896, p. 25.

Mais le Sénat l'a repoussée : il a fait passer une autre rédaction : « lors même qu'ils se *résoudraient*... ». Autrement dit, le marché n'est pas un jeu, par cela seul qu'en fait on l'aura réglé par différences. Mais l'intention qu'ont eue les parties à l'origine peut lui imprimer ce caractère.

Par malheur pour la sûreté du raisonnement, il a été dit au Parlement que le changement de rédaction n'avait, sur la signification de la réforme, aucune influence.

983. — Cette jurisprudence, qui perpétuait le moyen tiré du jeu dans les marchés à terme, allait-elle recevoir l'approbation de la Cour de cassation ? Aujourd'hui la question est tranchée. Par son arrêt du 22 juin 1898 (D. 99, 1, 5), rendu au rapport de M. CRÉPON et sur les conclusions conformes de M. DESJARDINS, la Chambre civile a cassé trois arrêts de la Cour de Paris (3^e Ch.), par le motif que, à raison de ses *termes essentiellement impératifs*, la loi du 28 mars 1885, « lorsque les spéculations sur effets et marchandises *ont pris la forme de marchés à terme* (1), avait entendu *interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu et aux juges de rechercher l'intention des parties* » (Dans le même sens, Req., 19 mars 1900 et 1^{er} août 1904, S. 1900, 1, 520 et 1905, 1, 79 : 15 mai 1911, D. 1912, 1, 270).

984. — Il était impossible de se prononcer plus catégoriquement contre l'interprétation des Cours d'appel. Celles-ci se sont inclinées, mais tout en cherchant d'autre part à instituer au profit des perdants de nouveaux moyens défensifs, destinés à remplacer l'exception de jeu. Ce qui prouve bien que la protection contre le jeu de Bourse reste, en dépit de toute loi qui voudrait s'en désintéresser, une nécessité sociale.

Cela permet aussi de voir comment il serait possible de conjurer l'action dissolvante des marchés à terme sur les fortunes privées.

Dans leur loi des Bourses de 1896, les Allemands, tout en proscrivant le *marché à terme sur les blés* et sur leurs dérivés (réforme qui n'est pas du ressort de la Bourse de valeurs), ont édicté des règles de capacité spéciales pour le marché à terme des autres produits et des titres. Ces règles ont été atténuées par la loi plus récente de 1908, mais elles ont été maintenues dans leur principe.

D'après la loi de 1896, celui-là seul pouvait avoir accès à ce marché, *qui aurait fait inscrire son nom sur un registre public* et payé une taxe correspondante. Le marché à terme conclu par toute autre personne était dénué d'action, quel que pût être le fond des intentions ; il donnait droit à la répétition de la couverture : c'est l'exécution volontaire seule qui purgeait l'opération de son vice.

Le « registre de Bourse » ayant assez tristement avorté, la réforme de 1908 l'a remplacé par le « registre ordinaire du commerce ». Les com-

(1) Mais encore faut-il qu'il s'agisse de marché à terme. « Les opérations dites *au comptant différé*, ou au comptant par compte courant, ne sont ni des opérations de Bourse au comptant, ni des opérations à terme... et ne peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 28 mars 1885 » Paris, 16 janvier 1914, Droit financier 1914, 86. — V. P. DE CÉNAC, *op. cit.*

merçants ont droit de faire des opérations à terme, non les autres individus.

Peut-être tirerait-on profit de cette innovation, comme aussi de la règle allemande punissant l'intermédiaire d'avoir exploité l'inexpérience ou la légèreté de ses clients, en les attirant aux opérations de Bourse.

Seuls les banquiers ou autres trafiquants, participant au mouvement des valeurs ou des marchandises, auraient qualité pour pratiquer le terme : *aux autres professions, il serait fermé*. Les reports seraient compris dans cette prohibition relative. Ce serait subtilité que d'interdire aux non-professionnels les opérations à terme ordinaires, actes de spéculation, pour habiliter toute personne aux reports, actes de placement. Le reporteur, qui apporte ses capitaux à la Bourse, les y laisse de mois en mois. Il se mêle au monde de spéculateurs et se pénètre de leur esprit. Blâmer l'opérateur à terme, excuser le report : casuistique digne des Provinciales.

Ainsi d'après ce programme, le marché à terme serait prohibé à quiconque ne justifierait pas d'une profession vouée à la spéculation. Le public alimentera les dépôts des banques, qui feront des marchés à terme ou des reports à leur propre compte. Le danger sera beaucoup moindre, même avec le risque pour les banques d'être amenées par leurs pertes à la faillite, que celui des ruines ou des fortunes rapides de simples particuliers par suite de leur fréquentation de la Bourse.

Ce qui est certain, c'est que les législations des divers Etats ne traitent pas toutes le marché à terme différentiel de la même manière. Les unes le déclarent valable (1), les autres, notamment la Belgique et la Suisse, sans parler de l'Allemagne, donnent encore au perdant le moyen de s'y soustraire. De là un conflit de lois, si l'opérateur appartient par sa nationalité ou par son domicile à un Etat du premier groupe et accomplit le marché dans un Etat du second, ou inversement. L'*Institut de droit international*, dans sa session de Florence en 1908, a été saisi d'un projet, au rapport de M. LYON-CAEN, tendant à régler la nullité du marché non d'après la loi du domicile des opérateurs, mais d'après celle du lieu de l'opération (*lex loci contractus*). L'Institut a laissé la solution du problème provisoirement en suspens (2).

§ 2. — Exception tirée du défaut de qualité de l'intermédiaire (exception de coulisse)

(C. com., art. 76).

985. — L'exception dont il va être question pourrait être soulevée même dans un marché au comptant ; mais le marché à terme est celui

(1) En Italie, pour être valables, les marchés à terme devraient (art. 4, l. 1876) être rédigés sur un bordereau spécial, revêtu du timbre italien. Mais la nouvelle loi italienne sur les Bourses, du 20 mars 1913, a modifié ce régime. D'après elle les contrats dits sur différence, sont valables, même s'ils n'ont pas été passés sur papier timbré comme c'est prescrit, sauf à acquitter la taxe autrement. *Annales de droit commercial*, 1914, 327.

(2) PILLET, *La loi de conclusion du contrat dans les marchés à terme* (*Ann. dr. com.*, 1910, p. 433).

où on la rencontre le plus communément. C'est le *moyen* que le client oppose à l'intermédiaire pour ne pas exécuter le marché, et *résultant de ce que l'opération est illégale, faute d'avoir été faite par le ministère d'un agent de change.*

986. — Les deux parties peuvent traiter *directement*, sans recourir à un négociateur, sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous. Le contrat est régulier ; ne prend courtier qui ne veut (Edit. de 1672).

Il est vrai que, la nature nominative des titres exigeant un transfert, il y aura à faire certifier les signatures par un agent de change auprès du Trésor ou de l'établissement, tant pour la rente sur l'Etat que pour les autres valeurs, lorsque les statuts des Compagnies le prescrivent. Mais ce rôle est bien différent de celui d'un courtier. Il ne donne pas lieu à la perception d'un courtage, car les opérateurs n'ont pas fait appel à un médiateur (voir n° 873).

Au contraire, si l'on emploie un intermédiaire, il faut que ce soit un agent de change. Celui-ci dispose d'un privilège pour le courtage des valeurs. « Les agents de change ont seuls le droit de faire les négociations des *effets publics et autres susceptibles d'être cotés* » (art. 76 C. com.) (1).

Cependant il existe, tant à la Bourse de Paris que dans certaines Bourses de province, des intermédiaires libres qui opèrent sur les valeurs, et dont l'ensemble forme la *coulisse* (terme provenant de la place qu'ils occupaient jadis auprès du couloir de passage pour se rendre à la corbeille). Nous avons déjà dit que des groupes s'étaient constitués dans cette coulisse, avec organisation corporative, tarifs, liquidations centrales, règles disciplinaires, etc. Ce personnel n'est pas reconnu par la loi ; il a été soumis à un régime très sévère, par suite de l'obligation pour ses membres de justifier à toute réquisition, et sous peine d'amende, de l'intervention d'un agent de change dans les opérations confiées à leurs ordres (n° 879).

Nous avons à rechercher : 1° par suite de quels faits les intermédiaires libres empiéteraient sur les attributions des agents de change ; — 2° quelle est la sanction de ces empiètements, comment la loi les réprime.

987. — **I. Ce qui est permis ou défendu à l'agent libre.** — Il existe des négociations, que l'agent libre peut faire, sans immixtion dans le privilège des agents de change : — marchés directs, — transmission d'ordres à des agents de change, — négociations sur valeurs non cotées.

A. *Marchés directs.* Le changeur tient commerce de titres, et les

(1) Ce privilège ne porte que sur les négociations. Il est étranger aux ventes publiques de valeurs auxquelles il est procédé après ouverture de successions vacantes ou bénéficiaires. Ces ventes, qui s'opèrent aux criées, peuvent avoir lieu par le ministère d'un notaire. — L'agent de change a d'ailleurs qualité pour faire vendre les valeurs, même non inscrites à la cote, en cas de réalisation forcée de gage, de saisie ou faillite ; il y procède aux enchères en dehors de la corbeille, et après affiche, ainsi que dispose, pour l'une de ces hypothèses, l'art. 71 du décret de 1890 (v. *infra*, n° 1093).

achète dans ses bureaux ou à la Bourse à un certain cours, pour les revendre à son propre compte à un cours différent. L'opérateur peut traiter avec lui tant au comptant qu'à terme, tant sur la rente que sur les actions de Compagnies ou valeurs quelconques, sans que l'ordre doive être passé à un agent de change. Il n'aborde pas alors, à vrai dire, le marché public ; il traite un marché particulier avec un cocontractant qu'il doit connaître, à qui il fait foi. La loi n'a pas à le protéger par l'interposition obligatoire d'un courtier officiel (Instruction, d'ailleurs évasive, de la Régie de l'Enregistrement du 30 juin 1898).

On appelle un semblable établissement *maison de contre-partie*.

L'opération de contre-partie n'est critiquable que lorsqu'elle se présente dans des conditions équivoques, signalées plus loin (n° 997), comme de nature à ouvrir au perdant une exception d'un autre caractère.

La jurisprudence ne l'entend pas ainsi : la sphère du privilège est plus large, s'il faut en croire tant l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1893 (S. 93, 1, 142, avec les critiques de M. LYON-CAEN), qu'un arrêt plus récent de la Chambre criminelle (Req., 4 février 1910, S. 1912, 1, 65, note LYON-CAEN, D. 1911, 1, 17, note PERCEROU), arrêt maintenant une décision de la Cour de Paris du 9 avril 1908 (D. 1908, 2, 153, avec les critiques de M. PERCEROU) (1). Le monopole des agents de change s'étend aux opérations directes, au moins s'il s'agit de marchés à terme, d'opérations faites sans détention de titres (2).

La jurisprudence invoque, pour en décider ainsi, la disposition littérale de l'al. 1^{er} de l'art. 76 C. com., laquelle confère à l'agent de change, sans distinction, le droit de faire seul les « négociations » des

(1) Dans cette dernière affaire qui eut un grand retentissement, la Chambre syndicale des agents de change de la Bourse de Paris, partie civile aux poursuites du ministère public, a entendu réveiller contre la coulisse l'amende de la loi de ventôse qu'on avait laissée dormir depuis le procès de 1860 (n° 873 à 875 et 992), et en obtenir l'extension à une nature d'opérations à laquelle cette amende n'avait pas encore été appliquée.

Il s'agissait, en l'espèce, de marchés à terme traités dans le hall d'une maison de contre-partie, suivant le cours auquel la valeur était traitée au même moment à la Bourse. La maison accueillait indifféremment vendeurs ou acheteurs à ce cours, et c'est avec elle que l'opérateur traitait directement, en pleine connaissance de cause. Seulement la maison prélevait un courtage et exigeait une couverture. M. PERCEROU (*loc. cit.*) remarque que les circonstances de fait dans lesquelles se concluaient de semblables marchés, auraient permis de les frapper, sans avoir à préjuger l'extension de l'art. 76 aux opérations directes (V. GASTAMBIDE, *Annales de droit commercial*, 1908, p. 205) ; DE CÉNAC, *La loi du 28 mars 1885 et la convention du contrat direct*, Larose, 1911.

(2) Quant aux opérations directes au comptant, l'arrêt de 1910 paraît bien les exclure du monopole des agents de change... sauf à savoir où s'arrêtent les marchés directs au comptant. Notamment, comprennent-ils les placements directs de titres au guichet par les Etablissements de crédit, même lorsqu'au moment de l'offre au client, les titres ne sont pas encore individualisés et qu'ils ne sont pas mis immédiatement à sa disposition ? Pour éviter, dans la mesure du possible, les difficultés susceptibles de s'élever en cette matière, il est intervenu, le 21 février 1910, entre la Chambre syndicale des agents de change et les sept principaux Etablissements de crédit de Paris, une convention par laquelle ceux-ci se sont interdit tout placement de titres faisant partie de séries admises antérieurement à la cote officielle, et ont en outre renoncé à la faculté de prise en pension de ces titres, qui leur permettait de faire concurrence aux reports en Bourse. G. BOISSIÈRE. *Le Droit financier* 1910, 253 et s.

effets publics et autres susceptibles d'être cotés. Le texte sépare bien *in fine* les opérations directes des opérations indirectes, pour réserver les secondes seulement aux agents de change. Mais cette opposition de régime ne concerne que « les négociations des lettres de change ou autres papiers commercables ». La disposition initiale a donc une portée générale, et la Cour de cassation prétend que tel était déjà l'ancien droit, ainsi que le droit intermédiaire, dont l'art. 76 repr duit la teneur. — Nous persistons à penser que notre législation, à n'importe quelle époque, n'a proscrit le pouvoir pour les négociateurs de se passer de l'agent de change pour traiter directement de l'un à l'autre. — En interprétant l'art. 76 comme ils le font, les arrêts devraient en pleine logique comprendre les marchés directs « au comptant » dans le privilège des agents, tout comme les marchés « à terme ». C'est pure affirmation de dire, après eux, qu'on ne saurait considérer comme une opération de Bourse le fait par un propriétaire de titres de les vendre à un acheteur auquel livraison en est faite.

988. — B. *Transmission de l'ordre à un agent de change.* Prendre un ordre de Bourse, lorsqu'on est coulissier ou établissement de crédit n'est pas illégal, lorsque *l'on se substitue un agent de change* pour l'accomplissement de cet ordre. Le client paiera deux courtages, ou s'il n'en paie qu'un, c'est que, par une commune entente, coulissier et agent se le seront partagé. L'impôt sur opérations de Bourse de la loi du 28 avril 1893 ne frappe pas en double la négociation, quoiqu'elle soit portée sur le répertoire de l'intermédiaire. Car l'assujetti est en mesure de produire un bordereau timbré d'agent de change, ce qui l'exempte du droit (art. 29).

Lors du règlement de l'opération, il peut y avoir discussion sur le point de savoir si l'intermédiaire libre a transmis effectivement l'ordre à un agent de change, ou s'il l'a exécuté lui-même, ce qui rendrait l'opération irrégulière. La production par le coulissier d'un bordereau d'agent sera le moyen le plus simple de dissiper le doute. A défaut de cette production, *que faut-il présumer ?*

On a dit que c'était au client d'établir la non-intervention d'un agent de change ; le client oppose une exception à la demande de règlement, et par suite il doit prouver que cette exception est bien fondée (LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, IV, n° 193).

La jurisprudence est contraire. Le coulissier doit rendre ses comptes, prouver qu'il a accompli son mandat conformément à la loi (art. 1993 C. civ.), produire un bordereau ou une pièce équivalente (Cass., 29 mai 1883, D. 83, 1, 418 ; Civ., 10 juillet 1918, D. 1922, 1, 237). On sait qu'en matière fiscale, la production d'un bordereau est indispensable au coulissier depuis la loi du 13 avril 1898, art. 14, pour échapper à l'amende. Cette production n'est pas moins nécessaire pour exiger que le client s'exécute envers lui.

989. — C. *Valeurs non cotées.* Enfin, il y a tout un ensemble de valeurs qui restent en dehors du privilège des agents de change : la négociation en est absolument libre. Ce sont les *valeurs non admises à la cote*, à l'égard desquelles n'existe point une délibération de la Chambre

syndicale des agents de change pour les admettre aux négociations de la corbeille (1).

Cependant, la formule de l'art. 76 est des plus générales : le privilège des agents porte sur la négociation « des effets publics et autres susceptibles d'être cotés », c'est-à-dire sur toutes les valeurs, car, si les unes sont déjà à la cote, les autres sont susceptibles d'y figurer un jour.

Cette interprétation a été repoussée. Les agents de change déclinant, en fait, les ordres sur valeurs non admises à la cote (sauf sur certaines places, où ils remplissent à la fois par le ministère de leurs associés l'office de la coulisse), il fallait bien reconnaître ces négociations, lorsqu'elles seraient effectuées par l'entremise d'autres personnes qu'eux.

Avec un certain effort grammatical, on a plié l'art. 76 à ce sens libéral, sans pouvoir affirmer que le Code ait jamais eu pareille pensée. « Effets susceptibles d'être cotés », cela veut dire : « effets admis à la cote ». Tant que l'admission n'a pas été délibérée par la Chambre syndicale, l'effet ne comporte aucune note. Il ne la comportera qu'à partir du jour où une délibération du parquet aura étendu son privilège sur elle.

La pratique de la seconde partie de la cote donne quelque vraisemblance à ce langage : là figurent des titres qui ne sont cotés que par intermittence, les jours où la valeur est en réalité traitée, le Bulletin ne les mentionnant pas les autres jours. Ce sont les valeurs « admises aux négociations », par opposition aux valeurs « admises à la cote » (c'est-à-dire à la première partie de la cote).

Il est fâcheux que cette liberté de courtage sur valeurs non cotées n'ait point de correctif dans les règlements homologués qui, à l'instar de ceux du parquet, fixeraient les termes de liquidation, les quantités *minima* à traiter, etc. Ces questions sont abandonnées à l'entente des coulissiers eux-mêmes.

990. — La jurisprudence limitant le privilège aux valeurs cotées a été inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1885 (D. 85, 1, 393). L'art. 14 de la loi du 13 avril 1898 a confirmé cette opinion : ce texte, en effet, n'exige de l'agent libre la production de bordereaux à la réquisition de l'Enregistrement, pour justifier du paiement de l'impôt du timbre, que « s'il s'agit de valeurs admises à la cote officielle ». Dans les débats qui ont précédé le vote de cet article, tous les orateurs ont été d'accord pour considérer comme certaine la liberté de courtage sur valeurs non cotées.

991. — II. **Sanctions établies pour immixtion dans le privilège des agents de change.** — Qu'arrive-t-il, si le coulissier prête, au mépris de la loi, son concours à la négociation d'une valeur, à celle de la rente sur l'Etat, par exemple ?

992. — Il y a d'abord une *sanction pénale* : il est défendu, sous

(1) Il suit de là que, suivant les Bourses, la même valeur peut rentrer ou non dans le privilège des agents de change.

peine d'une *amende*, qui sera au plus du sixième du cautionnement des agents de change de la place, et au moins du douzième (sans application possible des circonstances atténuantes), à tous individus autres que ceux nommés par le gouvernement, d'exercer les fonctions d'agent de change (L. 28 ventôse an IX, art. 8). L'amende ne peut être prononcée aujourd'hui (depuis la loi de finances du 27 février 1912, art. 33), que sur la poursuite du ministère public ou sur la plainte des agents de change intéressés (1).

Le taux du cautionnement a augmenté depuis l'an IX. On pouvait soutenir que l'amende, variant entre un douzième et un sixième, devait aujourd'hui encore se calculer sur le chiffre auquel les cautionnements étaient fixés sous le Consulat. Mais le contraire a été décidé : à mesure que les cautionnements s'élèvent, la peine s'élève avec eux (Cass. crim., 19 janvier 1860, D. 60, 1, 40) (2).

Nous ne revenons pas sur l'autre amende, celle-ci d'ordre fiscal (100 à 5.000 fr.), encourue par le coulissier, lorsqu'il n'est pas en mesure de produire, à la demande des agents de l'Enregistrement, un bordereau d'agent de change à l'appui de chaque opération constatée sur ses livres ou répertoires. Telle est l'innovation de la loi du 13 avril 1898, art. 14. Sous prétexte d'assurer le recouvrement du timbre, cette loi a organisé un moyen de protéger le parquet, par des perquisitions d'office qui n'exigent même pas une plainte préalable de sa part.

993. — Mais il existe une seconde sanction, de *nature civile*, et plus efficace suivant la manière dont les tribunaux l'appliqueront. Les *négociations* faites par la coulisse sont *nulles* (arr. 27 prairial an X, art. 7). A la rigueur, les principes ordinaires sur la cause licite des contrats suffiraient pour les faire tomber (art. 1131 C. civ.).

Le coulissier n'a donc pas d'action, à l'effet de contraindre le client au règlement de l'ordre qui lui avait été donné. Il ne peut recouvrer ses avances contre lui. Le client dispose de l'« exception tirée du défaut de qualité de l'intermédiaire ». — Le coulissier, de son côté, actionné par son client, pourrait, en invoquant le même moyen, se soustraire à l'exécution. Comme pour l'emploi de l'exception du jeu, des raisons professionnelles empêchent celui-ci de le faire (n° 977).

994. — La *nature de cette nullité* a fait doute pendant longtemps.

On avait cru autrefois que la nullité était *absolue* et *perpétuelle*, sans comporter de *ratification*. Le client aurait pu se faire restituer contre l'opération, même après un règlement volontaire et définitif, pendant trente ans. Il aurait disposé de la répétition de l'indu (article 1376) (3). C'eût été un encouragement à la lâcheté de ceux qui

(1) *Annales de droit commercial*, 1912, 245.

(2) C'est l'arrêt par lequel s'est terminée la première poursuite correctionnelle dirigée contre les principaux membres de la coulisse de Paris. — Dans cette affaire, les coulissiers développaient ce singulier moyen, que, les opérations à terme étant interdites par la loi (thèse qui se défendait encore en 1860), le courtier libre, en s'y livrant, n'empiétait pas sur les attributions des courtiers officiels.

(3) BAILLY, *Annales de droit commercial*, 1886-1887.

ne veulent spéculer qu'avec bénéfice assuré. La valeur, bonne au moment de l'opération, devient mauvaise : le client fait annuler son marché et se remet en l'état primitif.

Ce résultat choquant a décidé la Cour de cassation, par ses deux arrêts du 22 avril et du 29 juin 1885 (D. 85, 1, 273, au rapport de M. le conseiller CRÉPON), à consacrer une thèse, d'après laquelle le règlement, fait *en connaissance de cause* entre le client et le couliissier, couvre dorénavant le vice du marché. Le couliissier n'a pas d'action, tant qu'il n'est pas intervenu d'arrêté de compte. Mais, après un arrêté de compte, le client n'a pas d'action non plus contre son agent. *Ni action, ni répétition* : c'est à peu près le même état de choses que celui que donnait le moyen tiré du jeu (Comp. Rouen, 22 juin 1921, *Droit Financier* 1922, 117).

995. — Comment justifier cette jurisprudence, à la teneur des textes ?

Pendant un certain temps, la Cour de cassation s'est appuyée sur une disposition de l'ancien droit, parfaitement oubliée avant 1885.

L'article 18 de l'arrêt du conseil de 1724 (article, dit-on, qui ne serait pas compris dans les abrogations de la loi du 28 mars 1885), après avoir disposé que toutes négociations faites sans le ministère d'agent de change seraient nulles, ajoute : « Défense est faite à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles, et à tous juges de prononcer aucun jugement ». Aucun *jugement* pour exécuter l'opération pendante, aucune *assignati n* pour contester le règlement fait.

Mais, dans l'abondance des arrêts rendus depuis trente ans sur les procès de coulisse, la jurisprudence modifie incessamment ses points de vue et rattache parfois le refus de répétition à des motifs autres que l'arrêt de 1724. Ce texte n'est même plus visé dans les derniers arrêts, dont la plupart cessent d'être motivés (Req., 7 février 1897, D. 97, 1, 104 ; 31 mars 1897, *Droit*, 8 juillet).

Tantôt les juges se fondent sur l'idée, très contestable, que l'opération de coulisse serait viciée par une présomption absolue et irréfutable de *jeu* ; on appliquerait alors les art. 1965 et 1967 (BOISTEL, sous Paris, 5 mars 1892, D. 93, 2, 17).

Tantôt ils invoquent la *turpis causa*, pour laquelle aucune action ni aucune répétition ne serait donnée : conception fort contestée encore (Req., 17 février 1897. *Gaz. Trib.*, 10 mars).

Tantôt ils paraissent, sans le dire ouvertement, vouloir mettre à contribution une règle établie par l'art. 541 C. proc. civ. : en dehors d'erreurs, d'omissions ou de faux, il ne sera procédé à la révision d'aucun compte (1).

(1) Voir, pour l'évolution de la jurisprudence, le *Bulletin judiciaire* semestriel publié par M. LÉVY-ULLMANN dans les *Annales de droit commercial*, jusqu'en 1906, et, pour la critique des différents systèmes, le curieux article de MM. GEOUFFRE DE LAPRADELLE et LÉVY-ULLMANN (*Annales de droit commercial*, 1896, p. 116). La thèse défendue par ces deux auteurs est basée sur l'article 541. Lorsqu'une contestation s'élève entre couliissier et client, à l'occasion d'un compte déjà réglé, le client ne perd point le droit de revenir sur le compte ; mais, en le recevant, il a déchargé son mandataire de l'obligation d'en justifier. Jusqu'au règlement, le client pouvait demander à son agent d'établir par bor-

996. — De là, des doutes sur la détermination des faits susceptibles de régulariser après coup ces négociations nulles.

a) *Arrêté de compte*. Sans versement immédiat du produit de la négociation, emporte-t-il forclusion pour le client ? (1).

b) Inscription en *compte courant*, au débit de l'opérateur, des différences mises à sa charge : même question.

c) *Couverture déposée* : le client peut-il en exercer la répétition ?

Si l'on applique le droit du jeu et de la théorie de la couverture-paiement, le client ne saurait la reprendre, même pendant que le marché est en cours. Quelques arrêts le décident ainsi (Civ., 22 mai 1895, et note WAHL, S. 97, 1, 388 ; Req., 16 janvier 1905, S. 1905, 1, 391 et 6 janvier 1913, D. 1914, 1, 13, note CHÉRON). D'autres ne repoussent la répétition de la couverture que si le client a été avisé de l'opération et l'a approuvée (Req., 28 octobre 1902, S. 1903, 1, 316). D'autres enfin, plus rapprochés selon nous de la vérité, exigent pour déclarer la demande irrecevable qu'il y ait *règlement définitif* (Cass., 7 novembre 1898, D. 1903, 1, 233, et note PIC). La sanction serait bien faible, si, en excipant d'une couverture qu'il a réclamée assez élevée pour remplir l'écart des cours, le coulissier arrivait à traiter l'art. 76 de lettre morte !

§ 3. — Exception tirée de l'absence de contre-partie

997. — L'intermédiaire, au lieu de traiter le marché avec un autre opérateur ou avec un autre agent, a pu tenir lui-même le rôle de *contre-partie* sans en convenir avec son client. Quel sera l'effet de cette imixtion de l'intermédiaire dans le marché ?

a) Le problème ne se présente point à l'égard d'un *agent de change*, défense étant faite à cet officier ministériel d'accomplir des opérations pour son propre compte (art. 85 C. com.).

Ce n'est pas que l'agent de change, invoquant le *secret professionnel*, échappe à la vérification d'une contre-partie réelle. Présomption de vérité est due à ses bordereaux (Com. Seine, 11 juin 1904, D. 1906, 2, 14). Mais il se pourrait que certains indices vissent militer contre cette présomption. Un expert pourrait alors être chargé d'examiner la comptabilité de l'agent pour constater l'existence d'un vendeur ou d'un acheteur véritable (cf. Paris, 4 décembre 1902, S. 1905, 2, 1, note WAHL). En fait, cette représentation des livres d'un agent de change n'a lieu que très exceptionnellement.

b) *L'intermédiaire libre*, à l'égard duquel la vérification des livres est de droit pour le client, a, au contraire, pouvoir, semble-t-il, de vendre ou d'acheter à son client.

dereau la validité de l'opération ; passé ce moment, c'est au client de prouver que les opérations sont irrégulières. Les charges de la preuve sont renversées. Or les auteurs de l'article montrent que le paiement, l'arrêté de compte, etc., actes renfermant approbation des comptes, imposent au client une preuve impossible et couvrent, *en fait*, le vice d'opérations illicites. V. aussi LACOUR, note sous Civ. rej., 26 juillet 1896, *Pandectes françaises*, 1898, 1, 337.

(1) Pour l'insuffisance d'un règlement en effets, cf. Req., 20 décembre 1905, D. 1907, 1, 285.

S'il est ouvertement porté contre-partie de ce dernier, sans percevoir de courtage, l'opération est valable (Req., 22 mai 1905, D. 1906, 1, 33, note LACOUR ; 11 janvier 1909, 1, 16, v. *supra*, n° 980, en note) ; sous réserve de la question, débattue entre la doctrine et la jurisprudence (n° 987), de l'interposition nécessaire d'un agent pour les « valeurs cotées » et traitées à terme.

Nous parlons de la Bourse des valeurs ; car, à la Bourse des marchandises, un courtier ou commissaire n'a plus le droit de sortir de son rôle de mandataire et de s'appliquer l'opération à lui-même, lorsqu'il s'agit d'exécuter un ordre à terme qui lui est donné par une personne ne s'occupant pas *professionnellement* de l'achat ou de la vente des marchandises, et cela à peine de nullité (L. de finances du 27 février 1912, art. 8, al. 2 et 3, v. *infra*, n°s 1032 et 1044 *bis*). Le projet général d'organisation des Bourses de commerce de 1910 allait plus loin : seul un *courtier assermenté* (n° 1105) pouvait prendre un ordre à terme d'un « non professionnel » ; et le marché à terme n'était valable qu'à la condition d'être réalisé à la Bourse, et sous l'empire de ses règlements.

Revenons à la Bourse des valeurs.

997 bis. — Ce qui est délicat, c'est de savoir si l'opération est obligatoire pour le client, lorsque l'intermédiaire a fait la contre-partie à l'insu du donneur d'ordre, et a prélevé un courtage. La jurisprudence française (contraire en cela au droit allemand) estime que l'intermédiaire n'a pas le droit de s'appliquer l'ordre à lui-même, en cumulant le rôle d'agent d'exécution avec celui d'opérateur à son compte (Req., 27 novembre 1907, S. 1908, 1, 119 ; Civ. req., 5 mai 1924. *Le Temps*, du 10 mai 1914) (1). Le client peut donc exiger que son mandataire justifie de l'existence d'une contre-partie ; faute de quoi il sera exonéré, affranchi des suites du marché (Trib. com. Seine, 24 décembre 1896, etc., D. 99, 2, 297, et note LACOUR).

Cette exception dite « de contre-partie » ou « de justifications » est surtout fondée sur l'incompatibilité du mandat et de l'opération faite pour soi-même. Le client cherche dans l'intermédiaire un auxiliaire qui prenne en main sa cause sur le marché, afin d'obtenir le plus haut ou le plus bas prix, selon qu'il est vendeur ou acheteur. L'intermédiaire contre-partiste se crée, tout au contraire, un intérêt opposé à celui de son commettant (arg. art. 1596 C. civ.).

On objecte, sans doute, en faveur de la validité du marché ainsi traité, qu'une même personne peut occuper les deux rôles dans un contrat et être à la fois mandataire et acheteur (ou vendeur). L'objection n'est pas concluante. Le cumul de rôle n'est licite que si la personne avec laquelle traite l'intermédiaire en est instruite. Dans la manière habile dont ces opérations se traitent, tout est de nature à tromper le client ;

(1) En sens contraire DREYFUS, *Du commissionnaire en Bourse et en marchandises et de la contre-partie* (Ann. dr. com., 1898, p. 201) ; et WAHL, sous Paris, 17 mars 1896, S. 98, 2, 121. V. encore GUILMARD, sous Civ. Seine, 15 juin 1904, D. 1906, 2, 121. — La tendance de la dernière jurisprudence est même de frapper la contre-partie des peines de l'escroquerie, au vu de manœuvres entreprises par elle pour tromper le client (Paris, 27 janvier 1907, S. 1907, 2, 111 ; Crim. cass., 16 février 1907, S. 1907, 1, 376 ; 1^{er} décembre 1911, et Rej., 23 janvier 1913, D. 1915, 1, 57, note LACOUR).

— la perception d'une couverture ; — la clause que l'opération sera liquidée « aux conditions du marché de Paris » (Paris, 6 décembre 1904, 22 mars, 3 mai, 11 novembre 1905, D. 1906, 2, 171, note LACOUR) : — la stipulation d'un courtage, redevance qui à elle seule ne prouve pas sans doute que le client se soit mépris sur le rôle de sa contre-partie, le courtage pouvant être à la rigueur interprété comme un supplément licite de prix (Req., 22 mai 1905, D. 1906, 1, 33, note LACOUR), mais devant, s'il s'y joint d'autres indices, militer plutôt en faveur d'une intention de mandat.

Le cumul de fonctions par l'intermédiaire encouragerait sur le marché des manœuvres louches et, particulièrement pour les valeurs ne figurant pas au *Bulletin officiel*, des « cotes fictives » établies tout exprès en vue de permettre au coulissier de se débarrasser sur son client d'un stock de valeurs sur lesquelles il spéculait.

Cet agissement, nous l'avons dit, se retrouve dans la Bourse des marchandises, où l'intermédiaire fait signer au client des formules imprimées de marchés, rédigées en caractères microscopiques, stipulant qu'il sera la contre-partie directe. Là encore, la stipulation est sans valeur, lorsqu'elle jure avec l'attitude prise par le commissaire dans l'ensemble de ses rapports avec le client. Elle expose l'intermédiaire aux dommages-intérêts, ainsi qu'aux pénalités encourues par le courtier qui ne prévient pas le client de l'intérêt pris par lui dans le marché (L. 18 juillet 1866, art. 7. V. ci-dessous, n° 1105). On a vu même (n° 997) que la législation de la dernière époque (L. 27 février 1912, art. 8) annulait la clause de contre-partie, fût-elle sciemment acceptée, au regard de tout donneur d'ordre *non professionnel*.

997 ter. — La question de savoir si le *règlement volontaire* du marché le purge ou non de son vice est de celles que nous avons dû agiter déjà à propos des exceptions de jeu et de coulisse. Elle reparait, bien entendu, à l'occasion de l'exception de contre-partie : mais elle ne doit pas être résolue à la faveur des mêmes principes. La survenance d'un « règlement définitif » et la détermination des faits valant règlement sont indifférents. Ce qu'il faut rechercher, c'est ceci : le client a-t-il été relevé de son erreur première et, apprenant que l'intermédiaire avait pris l'opération à son compte, l'a-t-il ratifiée postérieurement, par un fait assez caractérisé de volonté ? Si oui, le vice a disparu, l'opération fût-elle encore pendante. Si non, le droit du client reste ouvert, y eût-il eu remise de couverture ou même règlement (cfr. Req., 27 novembre 1907, D. 1908, 1, 225 ; 10 décembre 1912, D. 1914, 1, 97, note LACOUR).

997 quarter. — Il a surgi une quantité d'autres difficultés au sujet des preuves que doit produire le courtier ou intermédiaire, lorsque le donneur d'ordre l'invite à rendre ses comptes, et qu'il n'est pas admis à se donner comme contre-partiste de ce donneur d'ordre, soit parce que la loi le lui défend, soit parce que l'ordre ne contenait aucune clause semblable, soit parce que la clause était clandestine et dissimulée. L'état variable des faits a toujours influé sur les décisions rendues, d'où une doctrine d'ensemble ne se dégage guère.

L'intermédiaire a souvent l'habileté de ne pas exécuter l'ordre lui-même. Il le passe à une troisième personne, courtier ou coulissier comme lui. Il use de la substitution de mandat (art. 1994 C. civ.), sans découvrir au substitué le donneur d'ordre primitif ; il agit en son nom propre.

Ce substitué est fréquemment un compère, un homme de paille, qui ne porte pas l'opération sur le marché public, mais la conserve pour lui, autrement dit pour le mandataire primitif avec lequel il se confond. C'est la « contre-partie indirecte ».

Le mandataire primitif, lorsque vient le moment de rendre compte au donneur d'ordre, se prétend quitte de toute autre justification, après qu'il a établi que l'ordre était passé par lui à un substitué.

Cette manière de faire est tout à fait décevante (V. cependant Paris, 11 novembre 1912, D. 1913, 2, 127). Satisfaction ne sera donnée au client que lorsqu'il saura que, derrière tous intermédiaires quelconques, se trouve une personne qui a vraiment acheté ou vendu les titres ou les marchandises, et que le prix de cet achat ou de cette vente lui sera révélé au besoin par le ministère d'un expert judiciaire ou arbitre rapporteur tenu au secret (Cass., 15 décembre 1913, S. 1914, 1, 266).

De deux choses, l'une : ou le premier mandataire aura exigé du substitué, dans le règlement intervenu entre eux, la spécification d'un tiers non-dénommé peut-être, mais présenté comme ayant traité à un cours déterminé. En produisant à son client un semblable arrêté de compte valant *quitus* pour le substitué, il obtient son propre *quitus* à lui-même. Sous réserve des cas de fraude.

Ou le premier mandataire n'a pas exigé de son substitué un compte rendu avec ces indications. Le donneur d'ordre, par dessus la tête du mandataire et même ayant déjà réglé avec lui, peut encore s'attaquer au substitué comptable de l'opération (Cass., 10 décembre 1912, D. 1914, 1, 349, note LACOUR ; *Contra*, Poitiers, 15 juillet 1913, D. 1914, 2, 145, note CHÉRON).

997 quinquès. — Nous avons déjà dit (n° 974), que la jurisprudence tendait à reconnaître la validité de l'opération de contre-partie, lorsqu'elle a pour objet, non un marché initial, mais un report (Paris, 16 juin 1900, sous Req., 29 avril 1902, S. 1903, 1, 209, et note WAHL) (1).

(1) Sur toute cette question importante, et de jurisprudence si fournie, de la contre-partie, cf. BURIAT, *Le commissionnaire contre-partiste*, th. 1902 ; L. MOREL, th. de Lille (même titre), 1904 ; LACOUR, sous Req., 28 octobre 1903 et 28 mars 1904, D. 1905, 1, 65, etc., et article dans les *Annales de droit commercial*, 1908, p. 81 et 169.

QUATRIÈME PARTIE

DES CONTRATS SUR MARCHANDISES

(VENTE, GAGE, COURTAGÉ, COMMISSION, TRANSPORT)

INTRODUCTION

PRINCIPES GÉNÉRAUX DES OBLIGATIONS DANS LE DROIT COMMERCIAL

LEUR APPLICATION A LA VENTE DE MARCHANDISES

C. civ., art. 3 et 6, art. 1101 à 1369 et 1582 à 1707 ; C. com. art. 100 et 109 ;
loi du 13 juin 1866).

998. — Le Code de commerce ne réglemente ni l'ensemble des contrats, ni le plus important d'entre eux, le contrat de vente.

Il y a bien un titre (le 7^e du 1^{er} livre), consacré aux *achats et ventes*, et étendu par les interprètes à tous les autres contrats commerciaux. Mais ce titre ne renferme qu'un seul article, l'art. 109, et il n'y est question que des *preuves* admises dans le commerce ; ce texte ne classe pas les conventions, et ne statue ni sur les conditions de leur validité ni sur leurs effets.

Le droit commun restant applicable aux matières commerciales à moins qu'il n'y ait été dérogé par le Code de commerce, c'est au Code civil qu'il faut se reporter pour connaître les règles sur la nature et sur les effets des contrats. Celui-ci, comme source subsidiaire du droit commercial, a la même autorité que dans le domaine du droit civil (n^o 48). Il doit être respecté par les juges, à peine de cassation.

999. — Le premier des titres du Code civil, qu'il faut ainsi étendre au commerce, est celui *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (III, 3), art. 1101 à 1369 ; immédiatement, après, par ordre d'importance, vient le titre *De la vente* (III, 6), art. 1582 à 1701. La partie du droit civil relative aux contrats pécuniaires présente pour le « commercialiste », tout autant que pour le « civiliste », un intérêt de premier ordre.

La méthode suivie en Allemagne est aujourd'hui la même : tant que les Allemands avaient un Code de commerce sans être pourvus d'un Code civil, ce Code de commerce contenait un grande quantité de dispositions sur les opérations de commerce et sur la vente. Beaucoup de ces textes ont passé dans le Code civil (1900) ; ce qui a permis, en revisant le Code de commerce (1897), de ne plus en retenir, dans la nouvelle rédaction, qu'un nombre réduit.

Il y a cependant, en matière commerciale, des éliminations à faire parmi les dispositions que notre législateur civil de 1804 a réunies dans ces deux titres. Il faut retrancher : a) la règle des *preuves* qui exclut la preuve testimoniale au-dessus de cinq cents francs (notamment l'art. 1345 modifié par la loi du 1^{er} avril 1928) ; b) puis, tout ce qui touche les *transactions immobilières* (transcription, déclaration de contenance, vente du fonds d'autrui) : celles-ci sont étrangères au droit commercial, et relèvent du droit civil dans tous les cas (n^{os} 23 et 70).

Nous ne ferons pas rentrer davantage dans notre cadre la *garantie pour cause d'éviction*. Cette garantie se manifeste rarement en matière commerciale. La vente portée sur des objets mobiliers. Dès qu'il est entré de bonne foi en possession, l'acheteur est protégé par la règle : *En fait de meubles*, etc. Il n'a pas à recourir en garantie, puisque son éviction n'est pas à craindre. Il faut supposer des circonstances très rares dans une opération sur marchandises, pour que l'acheteur ait à faire appel à cette garantie : par exemple, l'objet vendu avait été perdu ou volé ; encore le fait de l'avoir acheté à un marchand paralyse-t-il la revendication dans une certaine mesure (art. 2280). — A réserver aussi le domaine d'étude des titres au porteur (lois de 1872 et de 1902).

1000. — Usages. — Il se trouve dans le Code civil d'autres règles dont l'application au commerce souffre un sérieux tempérament : ce sont celles qui, au lieu d'être obligatoires par une raison d'ordre public, sont seulement *déclaratives de volonté*. — Ex. : l'art. 1146, qui ne fait courir les dommages et intérêts que du jour de la sommation, etc. De pareilles dispositions ne doivent être observées en droit commercial que sauf usage contraire ; l'usage peut faire que la non-exécution au terme emporte par elle seule des dommages-intérêts.

On a déjà montré la place importante que tiennent les *usages* dans les relations du commerce. Ce sont des conventions tacites ; à l'égal des clauses expresses, elles dérogent aux lois qui ne sont ni impératives ni prohibitives. Les parties se sont référées à l'usage au moment de contracter, et c'est l'usage, contrevenant à la loi, qui réglera la convention (n^{os} 49 à 51).

1001. — Il importe de classer à part un certain nombre d'usages commerciaux concernant la vente des marchandises.

On a dit au début de ce livre (n^o 51) que la violation d'un usage par les tribunaux n'encourait point cassation ; appliquer un usage, c'est statuer sur les intentions des parties, sur le « fait » ; or la Cour de cassation est juge seulement du point de savoir si la « loi » a été ou non respectée.

En outre, quand même l'usage invoqué par l'un des plaideurs aurait eu à une certaine époque une autorité certaine, l'autre plaideur est en droit d'en repousser l'application, en prouvant soit que cet usage ancien n'a plus cours, soit qu'il n'a jamais régi la profession à laquelle il appartient.

Ces deux propositions ne sont pas vraies de ceux des usages com-

merciaux en matière de vente, qui sont relatés à la suite d'une *loi du 13 juin 1866*. On a cherché, par cette loi, à étouffer les procès se rapportant aux conditions, tares et autres modalités des marchés de commerce. L'un des contractants protestait que le contenant eût été compté dans le poids total de la marchandise ; l'autre alléguait un prétendu usage ; de là des contestations continuelles.

Le gouvernement a fait relever certains usages non douteux, dont plusieurs seront signalés ci-dessous et qui, à la différence des autres usages, ont désormais la portée de lois véritables.

a) Leur violation par les juges donne ouverture à cassation ;

b) Ils sont applicables sur toute l'étendue du territoire « à défaut de convention contraire (art. 1^{er}) », c'est-à-dire à moins que les parties n'y aient *formellement* dérogé. Leur autorité ne pourrait être à la merci d'un contre-usage invoqué par tel ou tel plaideur.

Cette loi tient dans un tableau qui lui fait suite, et qui se divise en deux parties. La première partie se compose de *neuf* règles générales. La seconde partie détaille, par ordre alphabétique, diverses natures de produits, et spécifie leurs conditions de vente suivant l'usage, poids brut ou net, montant de la tare, etc. Malgré la quantité d'articles énumérés, le nombre d'usages bénéficiant de cette force de loi véritable est encore fort limité.

1002. — Nous allons essayer de faire l'application des règles ordinaires des contrats à la vente commerciale des marchandises (1) ; celles qui gouvernent tous les contrats se dégageront d'elles-mêmes. Chemin faisant, nous exposerons les usages les plus marquants. Mais il va de soi que tels usages, vrais aujourd'hui, peuvent ne plus l'être demain, et que leur autorité n'est nécessairement établie ni pour toutes les places ni pour tous les genres d'industries.

1003. — Le contrat commercial est à *titre onéreux*. On rencontre dans le commerce des contrats *commutatifs*, et des contrats aléatoires.

Le contrat aléatoire par excellence est *l'assurance*, par laquelle on se couvre d'un risque et l'on poursuit une indemnité en cas de sinistre (voir nos 725 et s.). Il y a un autre contrat aléatoire, le *jeu* ou le *pari*, contrat d'enrichissement, que la loi ne munit point d'une action (art. 1965).

Il arrive à plus d'un contrat, commutatif de sa nature, de renfermer une clause qui le fait passer dans la catégorie des contrats aléatoires. C'est qu'alors vient se combiner avec lui une « assurance tacite ». — Ex. : Je vends une cargaison en mer. Peut-être a-t-elle déjà disparu dans un naufrage. Je stipule que la vente tiendra à tout événement, quand même on apprendrait plus tard que le chargement avait péri antérieurement à la vente. Une vente ordinaire n'est valable qu'à la condition d'avoir un objet existant lors du contrat (art. 1601 C. civ.). Ici l'objet fait défaut ; cependant la convention s'exécutera. C'est que

(1) Sur la *vente des fonds de commerce*, v. *supra* nos 83 et s. — *Adde* sur les combinaisons plus ou moins régulières de location-vente ou gérance-vente de fonds de commerce, ROGER, GIL BAER, *Des Quasi-aliénations de fonds de commerce*, Paris, 1929.

la vente se complique d'une assurance. Le vendeur, en même temps qu'il transmettait la propriété de sa chose, en la supposant non périr, se couvrait contre le risque de la perdre, pour le cas où ce risque à son insu se serait déjà réalisé. C'est une « assurance sur bonnes et sur mauvaises nouvelles », où l'acheteur joue le rôle d'assureur (art. 365 à 367 C. com.).

L'intérêt qu'il y a à décomposer la convention en un contrat principal et en une assurance adjointe, se dégage dans le cas suivant : lorsque la partie qui transporte ainsi un risque à l'autre s'est abstenue de lui faire connaître sincèrement son opinion de ce risque, la *réticence* qu'elle a gardée vicie la convention, à l'égal d'un dol (art. 348 C. com.).

1004. — Les contrats commerciaux sont en général des *contrats consensuels*, des *contrats dépouillés de formes*.

En droit civil, un contrat consensuel est soumis à la rédaction d'un écrit, lorsque l'intérêt excède 500 fr. Faute de quoi la convention, sans être d'ailleurs nulle, ne saurait être établie par témoins. Cette restriction disparaît en matière commerciale, où la preuve testimoniale peut être admise par les juges sans limite de somme (art. 109 C. com.). La nécessité d'un écrit ne reparait que pour les contrats maritimes : affrètement, assurance, etc.

Il existe d'ailleurs, en droit commercial, comme en droit civil, des *contrats réels*, dont la formation est subordonnée à la remise d'une chose : le prêt, par exemple.

Il en existe d'autres, en faible nombre, qui ont le caractère *solennel*. Le contrat doit revêtir une forme déterminée ; en son absence il est entaché de nullité. C'est le cas : 1° pour la *société de commerce*, qui doit se constituer par écrit ; 2° pour la convention sur laquelle repose la lettre de change, et dont on cherchera plus loin à déterminer la nature.

1005. — Les conventions commerciales, tout comme les conventions civiles, obéissent aux quatre conditions exigées par l'art. 1108 (*capacité, consentement, objet, cause licite*) ; et les sanctions sont les mêmes.

Le consentement des parties doit être exempt de *violence*, d'*erreur* substantielle, ou de *dol*. Pour différents faits frauduleux que commet le vendeur en vue de tromper son acheteur, l'action en nullité ne forme pas l'unique remède institué : ces faits sont érigés en délits correctionnels (Ex. : art. 423 C. pén., remplacé aujourd'hui par la loi du 1^{er} août 1905). La législation de la dernière époque a même forcé la note de la protection, en établissant des peines contre le trafic de produits fabriqués qui rivalisent avec des produits naturels (margarine, vins de raisins secs), lorsque les mentions énonciatives de la nature de la marchandise ne prémunissent pas l'acheteur contre une confusion (L. 14 mars 1887 ; 13 août 1889, loi GRIFFE ; 1^{er} août 1905, sur la falsification des denrées ; 29 juin, 15 juillet 1907, sur le sucrage et le mouillage des vins, etc. ; 6 mai 1919 sur la protection des appellations d'origine, Besançon, 18 juillet 1924, Rec. hebdr^e. Dalloz 1924, p. 570).

C'est un élargissement de la notion du dol.

1006. — Au surplus, quoique le contractant, au commerce, doive

s'abstenir de manœuvres déloyales, il ne lui est point défendu d'user d'une certaine ruse. Le commerce repose sur l'adresse et sur le savoir-faire. Les parties ont toujours eu la faculté de se circonvenir, « *invicem se circumscribere* » (L. 22, § 2, D. *loc conducti*), à condition de ne point commettre de fraude.

La démarcation de la fraude et de la ruse tolérée ou dol de bon aloi (*dolus bonus*), comme disaient les Romains, sera difficile à faire, mais elle n'est pas contestable. « En fait de commerce, trompe qui peut », pourrait-on dire. Ce serait transposer une maxime de droit coutumier, en limitant le sens du mot *tromperie* à l'exaltation de la marchandise ou au silence gardé sur ses défauts, sans d'ailleurs user de manœuvres.

Si l'on rescindait toutes les conventions où l'une des parties s'en est laissé accroire, on paralyserait l'esprit commercial. Le respect du contrat, avec sa note anti-socialiste, n'est qu'un hommage rendu à la personne humaine qui doit savoir se défendre contre les entreprises de sa contre-partie.

L'organisation du commerce vise, au moins dans les grands magasins, à réaliser plus de moralité : la pratique du prix fixe marqué sur la marchandise, qui tend à se généraliser, constitue un progrès ; le commerçant renonce à surfaire ses conditions aux clients crédules ou trop faibles pour marchander.

Une cause autre que le dol ou la ruse est de nature à faire pencher les avantages du contrat du côté de l'un des contractants de préférence à l'autre, et quelquefois contre l'intérêt de l'autre : c'est la force naturelle dont disposent les grandes maisons, les grandes collectivités industrielles, sociétés d'assurance, de transport, etc. Elles établissent des types de contrats uniformes, et leur clientèle, qui n'en a pas délibéré, n'est pas non plus maîtresse en fait d'y obtenir des adoucissements. On a mis en vogue une expression pour ces espèces de conventions ; on les appelle des *contrats d'adhésion*.

1007. — L'existence d'un objet certain n'est pas moins indispensable dans un contrat commercial que dans un contrat civil.

Le chiffre du salaire ou de la commission peut ne pas être exprimé dans le mandat ; le montant du prix ne l'est pas toujours dans la vente. Les opérateurs ont entendu s'en rapporter au tarif d'usage, au prix courant.

Dans la vente commerciale, non seulement on traite toujours sur meubles, mais l'opération, dans la grande majorité des cas, porte sur des choses fongibles. L'acheteur stipule une certaine quantité de marchandises énoncées seulement par leur poids, par leur nombre, ou par leur mesure : dix balles de coton de 200 kilos, vingt hectolitres de vin (1).

(1) Toutes dénominations de poids et mesures autres que celles établies par la loi du 18 germinal an III (*système métrique*), sont interdites dans les actes, registres de commerce et autres écritures privées produites en justice, ainsi que dans les affiches et les annonces, sous peine d'une amende de 10 francs recouvrée sur contrainte comme en matière d'enregistrement (L. 4 juillet 1837, art. 5).

La qualité du produit du marché se détermine par référence à un certain type, déposé parfois au secrétariat d'une Chambre de commerce ou d'une Chambre syndicale de fabricants ou de courtiers (coton *low middling*, sucre blanc, n° 3, farines douze marques, café Haïti Saint-Marc). Ou encore il y aura remise préalable d'un échantillon avec lequel la livraison devra concorder.

Dans ces ventes fongibles, le vendeur peut, au moment du contrat, n'avoir point la propriété des choses qui serviront plus tard à l'exécution de son obligation : l'art. 1599 C. civ., sur la nullité de la vente de la chose d'autrui, est inapplicable aux choses fongibles.

1008. — Transport de la propriété et des risques. — De ce qui vient d'être dit, il suit que les règles commerciales du *transport de propriété* seront habituellement celles que le Code civil établit non pas pour les *corps certains*, mais pour les *choses fongibles*.

Si l'on achetait une marchandise *déterminée*, telle pièce ou tel coupon d'étoffe, tel ballot ficelé, on en deviendrait propriétaire immédiatement à partir de la convention (art. 1138 C. civ.). Il ne serait pas besoin pour l'acheteur de se faire mettre en possession. — Cela présente de l'intérêt au cas où le vendeur ferait faillite avant la livraison : l'acheteur ayant acquis la propriété, aurait le droit de *revendiquer* l'objet sans concourir avec les créanciers.

Dans ce même ordre d'opérations sur corps certains, la *perte* de la marchandise, sans la faute du vendeur, est aux risques de l'acheteur, si elle se produit postérieurement au contrat. *Res perit domino*. L'acheteur continue à devoir le prix, bien que la chose ait péri avant d'être mise en sa possession. Nous supposons que la vente n'était affectée d'aucune condition suspensive. — Il faut dire cependant que ce n'est pas de la transmission de la propriété que le Code civil fait dériver pour les corps certains ce transfert des risques, mais bien de la convention elle-même. *Res perit creditor*.

1009. — Mais, s'il s'agit de choses fongibles, le transport de la propriété ne résulte point de la seule convention. Il ne se produira qu'à partir du moment où la marchandise sera individualisée. Cette individualisation a lieu quand le vendeur, avec l'assentiment de son acheteur, prend sur la masse générique du produit de quoi constituer la quantité promise. Alors seulement, de chose fongible, l'objet passe à l'état de corps certain.

Les masses ne sont pas exposées à disparaître (*genera non pereunt*) ; les risques restent donc au vendeur, aussi longtemps que l'individualisation n'a pas été faite : la marchandise que le vendeur se disposait à faire servir à sa libération vient-elle à périr, il doit la remplacer par une autre, dût-il lui en coûter un déboursé double de la valeur de la chose.

1010. — Le fait qui individualise ainsi l'objet du contrat n'est pas nécessairement la remise de la marchandise au créancier. Il suffit que les parties soient d'accord sur un produit identifié. La marchandise pourrait demeurer ensuite aux mains du vendeur, la propriété n'en a pas moins été acquise à l'acheteur.

Cette hypothèse est peu fréquente. Dans la plupart des cas, le fait d'individualisation se confond avec la *livraison* de la chose due. Celle-ci emporte transmission de propriété au créancier, à l'acheteur.

La livraison prend les formes les plus variées, on le verra ci-dessous. Mais il y a des questions d'ordre plus général à éclaircir au préalable. On vient de voir que, lorsqu'une marchandise est traitée *in genere*, il importe de distinguer le moment où le marché est conclu et le moment où la marchandise est livrée. C'est 1^o à partir du premier de ces deux faits que le contrat lie les deux opérateurs ; 2^o à partir du second que la propriété est acquise à l'acheteur avec tous les avantages et les charges qui en résultent.

Or la détermination tant de l'instant de la formation du contrat que de l'instant de la transmission de propriété, n'est pas sans provoquer de sérieuses difficultés, lorsqu'il s'agit de *ventes à distance*, négociées par correspondance. Il y a deux ordres d'études à aborder.

1011. — I. Moment de la formation du contrat dans les ventes par correspondance. — Dans les ventes échangées à distance, la question est de rechercher à quel moment et dans quel lieu se forme le contrat. L'offre et l'acceptation résultant de deux pièces de correspondance distinctes, on se préoccupe du fait précis qui rend le marché définitif (1).

Un négociant du Havre, *Jacques*, qui a reçu des arrivages de café Santos, écrit à Paris, à un marchand de produits alimentaires, *Paul*, pour lui céder à un prix déterminé une partie de son lot, 1.000 kilos.

Cette offre commence par créer, au moment où elle parvient à Paris, à la charge de son auteur, *Jacques*, une première obligation, celle de la maintenir. L'autre partie, *Paul*, n'a pas besoin d'en donner acte.

Le sollicitant (ou proposant) ne doit pas rétracter son offre pendant le délai qu'il a fixé dans la lettre d'envoi (deux jours, par exemple), ou autrement dans un délai moral suffisant pour laisser à son correspondant le temps de prendre parti. En la révoquant prématurément, il s'expose à des dommages et intérêts, si *Paul* veut ensuite accepter. L'offre, quoique d'apparence unilatérale, engendre donc déjà, à titre d'*avant-contrat*, un premier engagement (2).

1012. — Supposons l'offre acceptée dans le temps convenu ou dans le délai d'usage. Une lettre d'acceptation est expédiée de Paris pour le Havre (3).

(1) Cf. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, 1890 ; VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, 1895 ; MARCAGGI, *Contrats entre absents*, 1892. Cf. encore la partie relative à la preuve de l'ouvrage au cadre beaucoup plus large, de GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol. chez Larose, 1911, apprécié par M. NAST, *Annales de droit commercial*, 1912, p. 373 ; A. COHEN, *Des contrats par correspondance*, 1921 ; X..., *Les contrats par correspondance*, *Annales de droit commercial*, 1926, p. 263. — V. au surplus, sur toute cette matière, RIPERT, *De la vente commerciale* ; BÉDARRIDE, *Des achats et ventes*, éd. Abram, 1908.

(2) SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 697) ; MORIN, dans la *Vie juridique du Français*, II, p. 44.

(3) Il y a même des cas où cette réponse n'est pas indispensable (Req., 14 mai 1912, D. 13, 1, 381, note VALÉRY).

La vente se forme à Paris, si l'on date la conclusion du contrat du moment où l'acheteur a adhéré à la proposition ; car dès ce moment il y a deux volontés d'accord pour traiter l'affaire (système de la *déclaration*).

Il ne se forme qu'au Havre, si l'on retarde l'effet de cette acceptation jusqu'à ce que le vendeur en ait connaissance (système de l'*information*).

La Cour de cassation (Req., 1^{er} décembre 1875, D. 77, 1, 451 ; 28 janvier 1923, D. 1923, 1, 176) estime que la fixation du lieu du contrat est une pure question de fait.

La jurisprudence des Cours d'appel tend à préférer la première solution : Paris, 5 février 1910, D. 1913, 2, 1, note VALÉRY (V. cependant en sens contraire, Nîmes, 4 mars 1908, D. 1908, 2, 248). Cette solution offre l'avantage de hâter le moment de la conclusion du contrat, mais au point de vue rationnel elle n'est pas très satisfaisante ; car pour que deux personnes soient prises dans le lien d'un contrat, il convient qu'elles se sachent mutuellement consentantes.

Si Paul avait envoyé au Havre un représentant (*nuntius*) pour communiquer à Jacques son adhésion, le contrat ne se serait certainement formé qu'au moment de l'entretien donné au Havre à cet agent. Selon la tradition romaine, la lettre (*epistola*) opère de la même manière. La poste, en effet, est un messenger qui, au lieu de s'exprimer de vive voix, apporte le consentement écrit, et sous enveloppe close, à celui qui a intérêt à le connaître. Ce n'est qu'au moment de la remise de la missive à destination que l'auteur de la lettre est censé parler au correspondant qui la reçoit.

Le pouvoir que les règlements administratifs donnent à l'expéditeur d'une lettre de la retirer du bureau d'envoi, moyennant certaines justifications, viendrait, s'il en était besoin, fortifier cette interprétation.

1013. — L'intérêt de la question est engagé aux points de vue suivants :

a) Si le contrat ne se forme qu'à l'arrivée de la lettre, l'expéditeur peut *se rétracter* et transmettre, par un télégramme qui devancera sa correspondance, l'intention de ne pas donner suite au marché. Cette faculté lui est reconnue par quelques arrêts (Toulouse, 13 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 16 juillet).

b) En localisant le marché soit au Havre, soit à Paris, on prend en même temps parti sur la *compétence du tribunal* qui connaîtra de la contestation (en dehors du tribunal du domicile du défendeur, lequel est toujours compétent). Le procès est du ressort du tribunal de commerce du lieu de la promesse, si ce lieu, toutefois, se confond avec celui de la livraison (art. 420 C. proc. civ.).

Suivant une théorie particulière (FERRON, dans la *Revue critique de lég. et de jur.*, 1901, p. 409), le « lieu de la promesse », ne doit pas être confondu avec le « lieu du contrat » : c'est celui où a été adressée la lettre contenant la proposition du marché, quand même l'acceptation ne serait point partie du même endroit (1).

(1) Cette controverse se présente, avec un intérêt naturellement moindre, dans les ventes par télégramme ou par téléphone (VALÉRY, *Ann. dr. comm.*, 1890, p. 95).

L'emploi du télégramme peut donner lieu à d'autres sources de procès, soit une erreur

1014. — La vente à distance peut être conclue non par une lettre missive, mais par le ministère d'un correspondant, *commis voyageur* ou *placier*. Alors encore surgit la question de savoir où, et quand le marché est formé.

a) Lorsque le représentant avait pouvoir de recevoir les ordres du client, la convention est immédiatement conclue dans les bureaux de ce client.

b) Mais il arrive souvent que l'intermédiaire n'a le droit de noter la commande qu'à charge d'en référer au patron. Celui-ci peut donc refuser la confirmation. Si le marché est accepté, s'ensuit-il qu'il se forme à la demeure du patron et au moment où il ratifie ?

Jadis la Cour de cassation (31 août 1852, D. 52, 1, 225) ne l'entendait pas ainsi ; même alors, le contrat s'est conclu chez le client. Le représentant a fait acte de *gérant d'affaires* ; la ratification du chef rétroagit au jour où l'ordre a été reçu le commis est présumé avoir eu, dès l'origine, mandat d'engager la maison qu'il représente.

En partant de là, on refuse au client le pouvoir de rétracter la commande, quoique le patron n'ait pas encore approuvé l'opération. Mais il y a des jugements contraires (BOUTAUD, *Ann. dr. com.*, 1898, p. 94 ; Trib. com. Marseille, 5 janvier 1897, Mon. Midi, 25 juillet 1897 ; et surtout Rej., 16 novembre 1910, D. 1912, 1, 49, pour ce qui concerne la compétence).

1015. — II. **Transport de propriété dans la vente à distance.** — Lorsque les correspondants entre lesquels la vente se traite résident dans deux localités différentes, notamment lorsque la mer les sépare, la marchandise est-elle acquise à l'acheteur au moment où le vendeur s'en dessaisit, ou seulement au moment où elle parvient chez l'acheteur ?

Un négociant du Havre, *Pierre*, fait une commande de cafés à un producteur de la Martinique, *Louis*. Celui-ci y défère et charge les sacs sur un navire en partance pour la France. Il retire des mains du capitaine un titre de transport, un *connaissement*, que nous supposons non revêtu de la clause à ordre. Le capitaine s'engage à faire à *Pierre* la livraison au Havre.

Conclura-t-on de l'absence de *Pierre* au port de chargement que la cargaison est restée la propriété du vendeur, et qu'elle le restera pendant toute la traversée ? — Non. On devra rechercher l'intention que les parties ont eue en contractant ; il faudra se demander la signifi-

commise dans l'expédition de la dépêche ; celle-ci transmet au vendeur commande de « dix mille » sacs, quand l'acheteur n'en veut que « mille » ; l'acheteur pourra justifier de cette erreur, au moment de la contestation, par la minute de son télégramme conservée au bureau de départ.

Si l'on considère l'Administration des télégraphes comme le préposé de l'expéditeur de la dépêche, tout commettant répondant de son préposé (art. 1384 C. civ.), le risque de pareilles erreurs retombera sur l'envoyeur ; le vendeur pourra livrer les dix mille sacs. D'autre part, les réglemens télégraphiques affranchissent l'Etat de toute responsabilité envers l'acheteur, lequel sera lésé. — Mais il n'est pas démontré que telle soit la solution. L'administration n'est pas un préposé de l'expéditeur. Celui-ci ne doit être lié que dans la mesure où il a véritablement exprimé sa volonté.

Il est toujours prudent, lorsqu'on reçoit un télégramme portant un ordre anormal, d'en demander confirmation par une seconde dépêche ; d'autant plus que ce télégramme ne fait pas foi de l'identité de son expéditeur et peut être une mystification.

tion donnée à la remise des marchandises à bord. — De là deux hypothèses à distinguer :

1016. — *a) Première hypothèse.* — La facture de vente porte que la marchandise est livrable chez le vendeur.

C'est la présomption à laquelle on s'arrêtera en cas de silence du contrat. Car, d'après la loi (art. 1247, al. 2, C. civ.), l'exécution d'une obligation doit se faire au domicile du débiteur ; celui-ci remet par conséquent la marchandise au lieu où il habite, il n'a pas à la transporter à l'endroit où réside le créancier. La clause *sous vergue* ou *franco à bord* traduirait la même intention.

Il est vrai que le vendeur *Louis* a reçu de son correspondant du Havre *Pierre*, en même temps qu'une commande de marchandise, le mandat d'affréter pour lui un navire et de soigner l'expédition. Mais c'est là l'effet d'une seconde convention, distincte de la première, quoique faisant corps avec elle.

En tant que vendeur, la remise à bord le libère : l'acheteur est représenté par le capitaine (ou par le voiturier, s'il s'agit d'un transport par terre), à l'insu du transporteur, qui ne connaît pas les clauses de la vente, et ignore même si c'est une vente que les parties ont conclue. La marchandise a été individualisée entre les mains du transporteur, comme si l'acheteur était présent ; en produisant le connaissement, *Louis* montre qu'il a accompli ses engagements, y compris le transport de propriété au port de charge.

1017. — *b) Seconde hypothèse.* — Il a été entendu, au contraire, que la marchandise serait livrable au déchargement. Elle est traitée *franco au port de destination*. La prise en charge au départ ne vaut pas exécution complète de la vente pour l'acheteur : le vendeur a fait charger pour lui-même, ce n'est qu'à l'arrivée que s'accomplira la livraison.

Vendue à un négociant de Paris et non plus du Havre, la marchandise sera fréquemment livrable *franco wagon*. Le vendeur demeure alors propriétaire non pas seulement jusqu'au port français, mais jusqu'au transbordement sur chemin de fer au Havre.

1018. — Il y a beaucoup d'intérêts pratiques attachés à la question :

1° A partir du moment où l'acheteur peut se dire propriétaire, il n'a plus à craindre que la faillite du vendeur transforme son droit en un dividende. Donc, en cas de livraison « à bord », l'acheteur peut *revendiquer* à l'encontre des créanciers de son vendeur ; en cas de livraison « au débarquement », il ne le peut pas.

1019. — 2° L'art. 100, texte mal à propos inséré dans le titre du *gage et des commissionnaires*, car il relève du droit de la vente, dispose que « la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur, voyage, s'il n'y a convention contraire, aux *risques et périls* de celui à qui elle appartient ».

Donc, de deux choses l'une. La marchandise est-elle livrable au départ ? Elle périt ensuite en mer. Le vendeur *Louis* n'en est pas

moins fondé à réclamer à l'acheteur *Pierre* le prix de facture. Les événements postérieurs au chargement ne sauraient atteindre sa créance. Le risque est pour l'acheteur.

La ~~marchandise est-elle~~ livrable au débarquement ? Le naufrage empêche le transport de propriété de s'effectuer ; ou bien, arrive à destination une cargaison avariée en cours de route, que peut refuser l'acheteur. Corrélativement à cette perte de marchandise, le prix péricule également. Le vendeur ne peut le réclamer, le risque est pour lui.

Il est vrai que, dans les deux cas, l'une ou l'autre partie a le moyen de remédier à la perte en mer (ou à la destruction sur terre, pour un transport par voie ferrée).

a) Lorsque la perte a été déterminée par une *faute du capitaine* (ou du transporteur), celle des deux parties sur qui retombe le risque aura une action en dommages-intérêts contre ce capitaine ou transporteur (c'est ce que décide l'art. 100, *in fine*).

Mais il se peut que cette action soit insuffisante, par suite de l'insolvabilité du voiturier ; ou que le voiturier n'ait accepté le transport qu'en stipulant sa non responsabilité ; ou encore que la perte tienne à des circonstances de *force majeure* excluant toute poursuite.

b) Même alors, le propriétaire du chargement a la possibilité de se couvrir. Il n'a qu'à faire ~~assurer la marchandise~~. De là cette distinction. L'expéditeur traitera l'assurance ~~pour son compte propre~~, quand d'après le marché le transport de propriété est retardé jusqu'au débarquement. Il la traitera pour son acheteur, dans le cas contraire. Souvent, dans la commande, est impliqué le mandat de faire assurer « pour compte de qui il appartiendra ». En s'abstenant de le faire, le vendeur engagerait sa responsabilité.

Cela ne prouve pas que l'assurance donne à l'intéressé pleine indemnité. Notamment, pour le cas d'avaries, les assurances stipulent certaines *franchises*, la déduction d'un tantième du montant du sinistre, 10 ou 20 0/0. L'acheteur, obligé par sa facture de payer tout le prix pour une marchandise qui lui arrive avariée, se contentera ainsi d'une indemnité partielle d'assurance.

On voit que du moment où l'acheteur a été investi de la propriété, court aussi contre lui le danger de perdre la chose ou de n'obtenir qu'une portion d'indemnité d'assurance.

1020. — 3° Si la marchandise voyage aux risques de son propriétaire, elle voyage également à ses frais. Dans une vente maritime ou par chemin de fer, le prix de transport n'incombe pas toujours au même contractant.

Le vendeur le supporte, lorsqu'il y a livraison à l'arrivée ; car il s'est obligé à remettre la marchandise au débarquement, franche de toute dépense de route.

L'acheteur supporte le prix de transport, quand la propriété lui est acquise au départ : il le doit, en outre du prix principal du marché (comme aussi il supporterait la prime d'assurance). C'est dire qu'on vend moins cher, lorsqu'on traite livrable à bord, que lorsqu'on vend à l'arrivée, car au premier cas on laisse à l'acheteur une dépense supplémentaire qu'on lui épargne dans le second.

1021. — 4^o Il y a aussi, dans la détermination du lieu et du moment où la marchandise est livrée, un intérêt de compétence judiciaire.

En cas de contestation sur le marché, le tribunal d'arrondissement où la marchandise est livrée est compétent pour en connaître (art. 420 C. proc. civ.). Il est compétent, du moins, si c'est dans le même arrondissement que « la promesse a été faite ». Il arrivera donc que le procès ressortira tantôt au tribunal de la Martinique et tantôt à celui du Havre. Nous avons déjà relevé cet intérêt de compétence dans la détermination du lieu où la convention par correspondance a dû se former.

1022. — **Vente caf** (1). — Les notions qui viennent d'être exposées reçoivent une dérogation importante dans une vente qualifiée vente caf ou cif, expression abrégée qui résume les mots coût, assurance, fret (en anglais *cost insurance freight*).

C'est un marché dans lequel le prix comprend les frais de transport et d'assurance; l'acheteur n'aura, par conséquent, point à les supporter.

On est tenté d'interpréter cette convention comme une vente « livrable à destination » ; si l'acheteur avait été rendu propriétaire au départ, ne supporterait-il pas les frais de voyage ?

L'interprétation contraire est plutôt admise (Lyon, 24 décembre 1904, S. 1905, 2, 247). Le transport de propriété s'est effectué au départ, les risques de mer sont à l'acheteur, il devra le prix à tout événement.

Le langage dont les opérateurs se sont servis prouve que telle a été leur intention. Si le vendeur avait voulu retarder jusqu'au déchargement le transport de propriété, il n'aurait pas eu à viser dans la facture, le fret et la prime d'assurance, car il devait naturellement les supporter. Le fait qu'il les a visés montre au contraire que ces accessoires ont été considérés comme dettes de l'acheteur. Seulement, par faveur, le vendeur a consenti non seulement à en effectuer l'avance, mais à les imputer sur le prix principal, de manière à diminuer ce prix d'autant.

1023. — **Vente par navire désigné.** — Si la vente « coût fret assurance » emporte livraison de la marchandise dès le moment du chargement, on ne peut pas en dire autant d'une autre sorte de marché qui paraît être pratiqué depuis une époque très ancienne, et que l'on qualifie du nom de vente maritime ou vente par navire désigné. Celle-ci, sinon par l'économie théorique du contrat, du moins par ses résultats, se rapproche davantage d'une vente dans laquelle la marchandise est livrable au débarquement.

(1) Sur cette vente et sur la suivante, voir ABRAM, *Les ventes maritimes*, dans la *Rev. intern. de droit maritime*, 1907-1908, p. 134 et s., et l'ouvrage du même auteur cité en note sous le n^o 1011 ; H. AUBRUN, note D. 1921, 2, 97, et *Bulletin de l'Association française de droit maritime* 1921 ; G. RIPERT, *Droit maritime* (dans la collection Thaller), 3^e éd., 1929, t. II, n^{os} 1854 et s. ; GAUBERT, *Des ventes maritimes*, th. Aix, 1912 ; RENARD, *La vente caf en droit français*, 1925 ; SCHWOB, *Le contrat de la London Corn Trade association*, th. Paris, 1927.

J'achète au Havre à une maison américaine, qui a son siège dans un port des États-Unis, mille balles de coton Louisiane d'un type déterminé, avec le désir que ce coton soit à ma disposition dans deux mois, en avril. Je n'entends point courir le risque maritime. S'il doit y avoir un règlement avec un assureur, je désire en laisser la charge à mon vendeur.

D'autre part, le vendeur, appelé l'*importateur* (et que représente généralement au Havre un agent par l'intermédiaire duquel le marché va se conclure), ne tient pas à faire une vente « ferme » sur avril, sans détermination immédiate d'un lot de marchandises. Car ce serait alors un contrat *in genere* l'obligeant à fournir à tout événement, au mois pris pour échéance, la quantité promise et, si la cargaison qu'il attend périt en mer, à la remplacer sur le marché du Havre, à n'importe quel cours.

Pour donner satisfaction à ces désirs opposés, le contrat portera non sur une chose fongible, mais sur une marchandise déterminée, dont le vendeur fait effectuer ou s'engage à faire effectuer le chargement au port de sortie d'Amérique.

De cette manière, quoique la cargaison périsse ou se détériore, le vendeur ne sera pas tenu d'en livrer une autre, comme ce serait le cas pour une vente de quantité. Mais, bien que l'objet du contrat soit identifié dès le départ, il est stipulé (et c'est en cela que réside l'originalité de cette convention) que le marché est affecté d'une condition suspensive, et qu'il ne deviendra définitif que « par l'arrivée du chargement à bon port et sans avaries ». L'acheteur ne devra le prix qu'autant que la marchandise lui parviendra effectivement. Il consent à prendre à sa charge le risque de retard, mais les autres risques restent au vendeur. C'est l'application des règles ordinaires concernant la perte de la chose aussi longtemps que la condition suspensive n'est pas arrivée (article 1182 C. civ.).

L'assurance sera donc faite par le vendeur, à son compte et à ses frais. De là encore les conséquences suivantes :

a) L'acheteur doit pouvoir calculer les chances de bonne ou de mauvaise traversée. Il faut donc que le vendeur l'instruise dans le contrat primitif, ou par déclaration à faire dans un délai déterminé, du *nom du bâtiment chargeur*, de son capitaine, de son itinéraire, de son état de charge. L'obligation d'embarquer doit en outre être accomplie à l'époque promise. Faute de cette précaution l'importateur, qui aurait affrété plusieurs navires dans la même période, et qui aurait intérêt à résilier, ne manquerait pas d'attendre la nouvelle de la perte de l'un d'eux, pour appliquer à son acheteur du Havre le chargement qui y était à bord, par préférence aux chargements qui sont sur les autres bâtiments et qui ont échappé, eux, à la fortune de mer.

b) Si le vendeur s'abstient tant d'embarquer au moment voulu, que de désigner le navire dans le délai d'usage, ou en cas de déclaration mensongère, l'acheteur peut résilier l'opération ; il peut aussi rendre la vente « ferme », et contraindre le vendeur à livrer à tout événement sur le mois qui aurait correspondu à l'arrivée.

c) La clause « coût fret » accompagnera généralement cette vente et mettra le prix du transport à la charge du vendeur.

1024. — **Transport de possession.** — Pour ne pas fractionner les questions qui se rapportent aux opérations par correspondance et à la variété de leurs manifestations, nous avons dû retarder l'examen d'un point important : quels sont les faits qui emportent à la fois la transmission de propriété et de possession juridique de la chose vendue par le vendeur à l'acheteur ? Nous ne parlons que des ventes de choses fongibles.

Leur individualisation à la suite du contrat suffit bien à rendre l'acheteur propriétaire, mais elle ne lui confère pas la possession, aussi longtemps que le vendeur conserve la marchandise entre ses mains. Le transfert de possession résultera seulement de la livraison, ou, pour employer l'expression technique, de la délivrance ou tradition : c'est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (art. 1604 C. civ.).

L'exemple le plus simple de tradition est celui où l'acheteur entre matériellement en possession : il y a tradition réelle (art. 1606 C. civ.). Cette situation comporte d'ailleurs des applications variées. L'acheteur prend possession lui-même ; ou bien, il prend possession par l'intermédiaire d'un représentant chargé par lui de recevoir la chose des mains du vendeur. C'est ainsi que, parlant plus haut de la vente à distance sous la clause livrable « sous vergues » ou « au départ », nous avons déterminé la position du capitaine, en disant qu'il était mandataire de l'acheteur à l'effet de prendre livraison, et qu'il détenait pour le compte de celui-ci jusqu'à l'arrivée.

1025. — Mais une autre espèce de tradition, qualifiée parfois de symbolique, et qu'il vaut mieux appeler conventionnelle ou juridique, occupe dans le commerce une place considérable. C'est celle où l'acheteur reçoit du vendeur un titre, sur la présentation duquel il pourra retirer les marchandises d'un tiers détenteur pour compte.

On dit du document délivré qu'il est un « titre représentatif » de la marchandise. Il peut donner lieu à un certain nombre de transmissions ou négociations, sans que la marchandise change physiquement de main. Celle-ci demeure au repos. Peut-être cependant est-elle en cours de voyage. Elle reste à bord, elle reste sur voiture, sans avoir à subir un changement de détenteur ; ce changement serait embarrassant et parfois impossible à raison de la distance ; la transmission d'un certificat en tiendra lieu.

Et à chacune de ces négociations du titre, la chose vendue change aussi, en droit, de possesseur et de propriétaire : celui qui a le titre a la marchandise, car lui seul est désormais qualifié pour la retirer.

1026. — On comprend que le commerce se soit attaché à multiplier les moyens de tradition sans prise de possession. Ils servent à accélérer la circulation, et ils donnent au trafic plus d'amplitude, sans obliger les intermédiaires à faire mainmise sur le produit. La marchandise se décharge de sa substance comme d'un « poids mort », elle s'allège en se transfigurant.

1027. — Les raisonnements juridiques ont permis à la propriété

de se porter ainsi de la chose même sur le certificat constatant sa détention par un tiers. Les Romains, dans leur analyse de la possession, avaient d'avance frayé la route. Si un tiers se constitue détenteur pour moi, c'est comme si je devenais détenteur moi-même. Le *corpus alienum* équivaut au *corpus proprium*.

L'intermédiaire, qui a reçu la marchandise soit pour être entreposée chez lui, soit dans un autre but, a souscrit un titre emportant promesse de restitution. Il s'est engagé à rendre la marchandise à celui qui lui représentera le titre.

Le preneur de ce document, *Primus*, est manifestement en possession du produit, quoiqu'un autre le détienne. La pièce qui lui a été délivrée en fait foi. Mais cette possession n'est pas strictement attachée à sa personne. Négocier le titre, c'est mettre un acheteur en mesure de réclamer l'objet à son tour, c'est également se priver désormais du moyen de le réclamer soi-même. L'acheteur *Secundus* est rendu possesseur, donc propriétaire, aussi régulièrement que s'il était détenteur matériel.

On peut recourir à une autre explication. Confier une chose mobilière à un tiers, pour cause de dépôt, de transport, etc., c'est acquérir contre lui une créance en restitution, tout en demeurant propriétaire. Cette créance est cessible. Pour une créance ordinaire, la cession n'a effet au regard du débiteur que moyennant l'observation de l'art. 1690 C. civ. Lorsque la créance est constituée par un titre à ordre ou au porteur, l'aliénation s'opère sans notification, par endossement ou par tradition du certificat. La créance en restitution est dévolue du vendeur à l'acheteur, avec la propriété et la possession juridique de l'objet par voie de conséquence (1).

1028. — Voici les principales applications faites de cette conception :

1^o *Remise de la marchandise en douane ou en dépôt public.* — La marchandise est entreposée, elle n'a pas encore pénétré sur le marché intérieur. *Primus* l'a fait inscrire à son nom sur le registre de la douane.

Puis il vend cette marchandise : il veut la livrer. Il donnera à la douane l'ordre d'inscrire *Secundus* à sa place. Par cette inscription, la douane s'oblige envers l'acheteur : celui-ci prend la place du vendeur et devient ainsi possesseur et propriétaire.

Dans ces ventes et entrepôts, l'acheteur doit, en dehors du prix convenu, supporter les droits d'entrée. La *faculté d'entrepôt* (2) est l'admission dans le port ou dans un magasin de l'intérieur, en franchise temporaire de douane, d'une marchandise venant de l'étranger. Elle ne sera passible des droits que si elle sort ensuite de l'entrepôt pour être non pas réexportée, mais consommée en France.

Ces droits sont supportés par l'acheteur, dans l'hypothèse ci-dessus. Au contraire, ils seraient à la charge du vendeur, si, par la clause li-

(1) Cette donnée a été utilisée, en matière de nantissement, par M. HÉMARD, *Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers* (Ann. dr. com., 1902, p. 101 et suiv.).

(2) Il faut distinguer l'entrepôt dans les bâtiments de la douane, et l'entrepôt fictif dans les entrepôts particuliers profitant d'une fiction qui les fait regarder comme édifices de la douane (ce dernier possible seulement dans les ports).

vvable à l'*acquitté*, il s'était engagé à livrer la marchandise sortie de l'entrepôt, à la consommation. Les droits se trouveraient alors compris dans le prix, tandis que dans l'autre cas l'acheteur les paiera à part du prix.

La question a son importance, lorsque, dans l'intervalle du marché et de son exécution, le tarif est modifié. Le relèvement des droits peut être inopiné, depuis que le gouvernement dispose du pouvoir de mettre immédiatement à exécution les projets de loi qu'il présente pour augmenter les taxes sur céréales, vins et bestiaux (*loi dite du cadenas*, du 13 décembre 1897). L'acheteur, qui a traité avant le décret portant augmentation des droits, n'en souffre pas, s'il a acheté à l'*acquitté*. Il en souffre dans l'hypothèse contraire (1).

1029. — 2^o *Négociation d'un récépissé de magasin général.* — Le précédent exemple excluait un titre détaché, mais voici que ce titre apparaît.

L'ayant droit a mis sa marchandise en magasin général. Un certificat de dépôt négociable lui a été délivré. Ce certificat est double : négligeons-en la deuxième partie, le *warrant*, et ne retenons que la première, le *récépissé*.

Le déposant vend à un tiers, il veut faire livraison. Il lui suffit de négocier le récépissé à son acheteur. A partir de cet instant, l'acheteur est substitué aux droits du vendeur contre le magasin, et dans la propriété de la marchandise.

1030. — 3^o *Négociation d'un connaissement ou d'une lettre de voiture.* — Soit un négociant pour qui la marchandise a été chargée sur un navire à destination d'un autre pays. Celle-ci est en mer, faisant la traversée.

Primus s'est fait remettre par le capitaine un *connaissement à ordre*. La cargaison sera livrée au porteur de ce connaissement lors du déchargement.

Primus endosse le titre à son destinataire acheteur ; ce dernier prend sa place.

On a dit plus haut que, dans la vente livrable « au départ », cette transmission de propriété était déjà acquise à l'acheteur par le fait du chargement. La réception du connaissement endossé à son ordre lui sera cependant utile : il a désormais un titre qui justifie aux yeux des tiers de sa propriété et de sa possession ; il pourra négocier le titre à un sous-acheteur avant l'arrivée du bâtiment, et mettre un autre en ses droits (2).

(1) On traite parfois à l'*acquitté*, *faculté d'entrepôt*. Le vendeur supporte les droits, mais l'acheteur peut exiger la livraison dans l'entrepôt lui-même, et déduire alors de son prix le montant de la taxe. Cette déduction porte-t-elle sur l'impôt tel qu'il existait lors de la vente, ou suivant sa quotité au moment de l'exécution ? Il faudra consulter l'intention des parties. L'usage varie selon les places (Bordeaux, Marseille).

(2) Les mêmes principes paraîtraient applicables au *transport par terre*. L'agent de transport délivre à l'expéditeur le double d'une *lettre de voiture* (ou *récépissé*). Négocier le récépissé, cela entraînera transport de possession et de propriété du colis au nouveau porteur du titre.

La question offre plus d'intérêt, on le comprendra, pour le *nantissement* que pour la

1031. — **Division des ventes en ventes de spéculation et de consommation.** — Nous passons à un autre aspect des marchés commerciaux. On peut opposer les *ventes de spéculation* aux *ventes de consommation*.

Ce dernier terme n'est pas d'une parfaite justesse. On l'emploie faute d'en trouver un autre mieux approprié. La « vente de consommation » n'est pas une vente faite à un consommateur, mais une vente portant sur un produit dont l'acheteur prendra livraison pour le mettre à façon ou dans un autre but (1).

1032. — **1° Ventes de spéculation.** — Elles prennent généralement la forme de marchés à terme. Dans leur pratique courante, elles se traitent auprès des Bourses de marchandises, dites aussi Bourses de commerce.

Celui qui achète à terme sur mars, sur avril, en un type adopté par les règlements de la Bourse, prend position à la *hausse*. Il ne recherchera pas d'habitude cette marchandise, c'est seulement le maintien de son cours qui le préoccupe. Le vendeur fait un calcul inverse du sien.

On se portera à la partie du livre touchant la fonction des Bourses, en appliquant aux marchandises ce qui a été dit des valeurs (nos 836 et s.).

vente. Le privilège du créancier gagiste est absolument subordonné à la mise du créancier ou d'un tiers convenu en « possession » de la chose donnée en gage.

{Or, est-ce engager ou aliéner une marchandise qu'endosser dès avant son arrivée le récépissé du chemin de fer qui la constate ? Nanti du document, le porteur l'est-il par là même aussi du chargement ? Des textes du gage et de la commission, qu'on retrouvera (art. 93, 95 C. com.), semblent favorables à l'affirmative : la lettre de voiture est assimilée au connaissance comme instrument de possession (voir encore l'article 576).

Toutefois, cette solution n'est admise que lorsque le document est à *ordre*, transmissible par endossement (ou *au porteur*). Or, la forme à ordre est exceptionnelle dans la lettre de voiture, elle est exclue par les chemins de fer de leurs récépissés.

Dans ces conditions, le transporteur détient non plus pour le porteur quelconque du titre, mais pour l'expéditeur, *personne dénommée*. La production du récépissé n'est pas exigée pour retirer le chargement à l'arrivée. Le chemin de fer s'en dessaisira aux mains du destinataire désigné.

Les conditions de l'acquisition de la possession juridique cessent donc d'être réalisées par le porteur (à moins d'une signification de cette cession ou de ce nantissement de marchandise au chemin de fer, art. 1690 et 2075, C. civ.). C'est ce dont le commerce se plaint. Il demande qu'on donne, par la mise à ordre des récépissés, plus d'agilité au trafic des produits. Ce vœu, renouvelé récemment, n'a pas encore été accueilli.

D'autres questions se posent en cas de *transport mixte*, d'abord par voie de mer, puis par voie de terre, ou inversement. Il serait fort utile en pareil cas que le transporteur originaire, par exemple l'armateur, puisse émettre un titre de transport unique, couvrant le transport tout entier, sur la présentation duquel la gare destinataire, point terminus du transport par terre, livrerait la marchandise. Ce titre, permettant à lui seul de retirer la marchandise en gare, resterait négociable pendant toute la durée du trajet, en même temps que, dès son émission, l'expéditeur se trouverait fixé sur les conditions de transport pour tout le trajet, sans qu'il ait besoin, comme aujourd'hui, de s'assurer, aux points d'interruption, le concours de *transitaires* faisant une nouvelle expédition sur nouveau titre. C'est la question dite du « *Connaissance direct* » actuellement non résolue. Sur les graves difficultés de fait et de droit qu'elle soulève, v. A. VINCENT, *Les transports successifs par terre et par mer et le connaissance direct*, th. Paris, 1929.

(1) Pour éclairer les matières qui vont suivre, on trouvera un bon guide dans SENN, *Liquidation des marchés à terme en marchandises*, 1888, utile à raison des renseignements copieux qu'il donne sur les usages d'un certain nombre de places. V. aussi HAYEM, *Opérations à terme sur marchandises*, 1894 ; EYMIN, *Des ventes à livrer*, 1898 ; et C. JANNET, *Le capital, la spéculation et la finance au XIX^e siècle*.

Depuis la loi du 28 mars 1885, art. 1^{er}, ces ventes sont régulières, sans que l'on puisse invoquer l'*exception de jeu* pour se soustraire à leur exécution, lors même que l'intention des parties aurait été de régler par simples différences. On se rappelle que la jurisprudence de certaines Cours avait remis l'exception de jeu en vigueur malgré la loi ; mais l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1898 en a décidé autrement (n° 983).

Mais, ainsi que nous l'avons déjà signalé (v. *supra* n° 997), la faculté de traiter des marchés à terme directs sur marchandises a été restreinte par l'article 8, 2^e et 3^e alinéas, de la loi de finances du 27 février 1912, ainsi conçu : « Quiconque ne s'occupe pas professionnellement de l'achat ou de la vente des marchandises et denrées dont le trafic à livrer est réglementé dans les Bourses de commerce, ne peut traiter des marchés à terme ou à livrer sur ces marchandises et denrées aux conditions des règlements établis dans lesdites Bourses, que par l'entremise d'un courtier ou d'un commissionnaire restant soumis aux obligations qui dérivent de la qualité de mandataire. — Toute opération d'achat ou de vente faite contrairement aux dispositions du paragraphe précédent est nulle et ne peut engendrer aucun lien de droit ».

1033. — Les ventes en Bourse sont soumises par l'usage de la place à des conditions identiques pour tous les contrats semblables. Des modèles imprimés assurent leur uniformité sur un grand nombre de points. Quelquefois ces conditions ont été arrêtées par une « caisse de liquidation ».

Celui qui traite le marché négocie tantôt pour lui, tantôt pour une personne étrangère à la Bourse, dont il devient alors le *commissionnaire*, de la même manière qu'un agent de change fait acte de commission pour son donneur d'ordre. On doit faire abstraction dans le présent chapitre de ce rôle de commissionnaire, ainsi que du ministère que les *courtiers* peuvent prêter à de telles affaires. Le droit de la commission et celui du courtage seront étudiés plus tard.

Le marché public du terme se tient à certaines heures du jour : dans les Bourses de coton du Havre, comme dans celles d'Amérique ou d'Angleterre, il se fait un appel (*call*) des offres de vente et d'achat, sur les mois à venir, en allant du plus proche au plus éloigné, une offre plus avantageuse annulant les offres précédentes.

Il se traite des marchés à prime, à option ou sur facultés, comme on voit des marchés libres et autres à la Bourse des effets (v. *supra*, n° 935, en note).

Il y a une *quotité minima* par kilogrammes, par boisseaux ou autrement.

Généralement, la *qualité* de la marchandise traitée n'est déterminée que par à peu près. Le type choisi au Havre pour les cotons est le *low middling*, mais on pourrait livrer les qualités intermédiaires entre ce classement et le *good ordinary*, en faisant arbitrer par courtier lors de la livraison, afin de régler, d'après l'expertise du lot présenté, la modification à apporter au prix.

1034. — Dans certaines Bourses, fonctionne une organisation plus

précise. C'est le cas pour la Bourse de Paris (de la rue du Louvre) (1). Cette Bourse, en faveur de laquelle il ne paraît pas qu'un décret conforme à l'art. 71 ait été rendu, est administrée par des associations syndicales comprenant les spéculateurs (ou les commissionnaires en spéculation) sur des produits variés : farines douze marques, blé, seigle et avoine, graines, farines et huiles, sucres, alcools, féculés (2).

Ces associations sont fondées conformément à la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels. Elles sont réunies entre elles par un syndicat général, ainsi que le permet ladite loi.

Ces chambres syndicales ont non seulement des statuts, mais des « règlements de marchés », homologués par arrêtés ministériels (Ministre du commerce), applicables à toutes les opérations traitées par les sociétaires à la Bourse.

A certaines heures du jour se tient le marché pour chaque catégorie de produits. Ne sont admis à y concourir que les membres du syndicat intéressé. L'accès de la salle, si l'on excepte les journalistes, n'est pas donné aux non-associés, à moins d'autorisation, ce qui paraît peu d'accord avec la règle que les Bourses sont ouvertes à tous (arr. 27 *prairial an X*, art. 1^{er}).

Les courtiers mêmes demeurent étrangers à ces négociations ; leur Chambre syndicale relève seulement la cote, sans pouvoir en fait la contrôler, elle lui imprime le caractère officiel. Ceux qui sont assermentés procèdent, lors des échéances, aux ventes et achats forcés contre les négociateurs défailants, aux enchères publiques, dans la rotonde de la Bourse, enceinte accessible à tous.

Les courtiers, recevant un ordre de clientèle, le transmettent à un commissionnaire ou à un autre membre de la Bourse, et ces personnes chargées d'exécuter le marché doivent faire partie de la Chambre syndicale intéressée.

La Chambre élit une *commission du marché* pour interpréter et appliquer le règlement. Cette commission organise elle-même une *commission d'expertise* : il y a tout un personnel d'agents auxiliaires, notamment des *liquidateurs*, dont la fonction apparaîtra plus loin.

Seuls sont reconnus aptes à faire l'objet des livraisons, les produits entreposés dans les magasins généraux agréés par la commission, et suivant des conditions déterminées d'emballage et de poids. Le dépôt dans ces magasins, avec l'estampille de la commission, n'est possible que moyennant une expertise préalable. Le produit présenté est soumis à des épreuves, à des prélèvements d'échantillons, à des examens de laboratoire. Il doit répondre au type qui sert de base au marché, et justifier de certaines provenances.

1035. — On va maintenant s'expliquer sur la manière dont s'exécute

(1) REPOUX, *La Bourse de marchandises de Paris*, th. 1909.

(2) Une commission extraparlamentaire a été instituée en 1910, en vue d'améliorer le fonctionnement des Bourses de marchandises. Elle a rédigé un avant-projet en 18 articles, créant pour chaque Bourse une commission administrative, visant les règlements particuliers à chaque classe de marchandises, et introduisant sur les caisses de liquidation, sur les obligations des courtiers, etc., des dispositions importantes (V. O. BLOCH, *La réforme des Bourses de marchandises*, th. Paris, 1912, *Les Bourses de marchandises*, dans les *Ann. dr. comm.*, 1912, p. 472, et la *Bourse de commerce, le marché de Paris*, 1925).

tent ces marchés de Bourse, lorsque survient l'échéance. Parmi les modes usités sur les différentes places, il est bon d'en signaler deux, qui sont : le *règlement par filières*, et le *règlement par une caisse de liquidation*.

1036. — I. **Les filières** (1). — Le *règlement par filières* est très diversement pratiqué au Havre, à Marseille ou à Paris, et même sur une place déterminée, suivant la nature du produit traité.

L'association des opérateurs entre lesquels s'échangent les marchés ne centralise point les livraisons et les paiements, ainsi que le fait la Chambre syndicale des agents de change dans ses liquidations mensuelles ou de quinzaine. Chaque spéculeur liquide son propre marché à la demande que lui en fait la contre-partie. Mais, comme il a vraisemblablement effectué une seconde opération complétant la première et revendu la même quotité après l'avoir achetée, ou *vice versa*, le spéculeur ne règlera pas séparément chacun de ces deux marchés.

Il mettra son vendeur A en rapport avec son acheteur C, qui lui-même le renverra à son propre acheteur D ; et finalement, par-dessus la tête d'un certain nombre d'intermédiaires, le vendeur primitif A et l'acheteur de la fin N régleront directement de l'un à l'autre.

Pour tous ceux qui se trouveront entre les deux extrêmes, la liquidation se produira par un versement ou par une perception de différences ; et pour les deux extrêmes la livraison consistera en un virement sur un registre d'entrepôt plus souvent qu'en une tradition matérielle.

1037. — On entend par *filière*, une pièce émise par le vendeur à terme, lorsqu'arrive l'échéance du marché, en mars par exemple, et portant offre de livrer les produits vendus sous forme d'une quantité déterminée, avec la reconnaissance de la marchandise par la commission d'expertise et le timbre de l'entrepoteur (2).

Présentée à l'acheteur, cette pièce vaut offre de livrer, et par réciprocité demande du prix. Le vendeur charge un liquidateur, en qualité de mandataire et moyennant une rétribution (1 fr. par 100 sacs par exemple), de porter la filière à domicile, sauf le dernier jour du mois, où la présentation se fait à certaines heures au siège même de la commission. Contrairement à la règle admise à la Bourse des valeurs, où la liquidation tombe un jour fixe, le vendeur sur un mois déterminé peut livrer du premier au dernier jour de ce mois, et choisir dans cette étendue de temps le moment où il créera sa filière.

Vraisemblablement, il ne la créera que s'il tient la tête d'une opéra-

(1) PATOUX, *De la liquidation par filières*, th. 1899.

(2) Nous prenons pour exemple ce qui se passe à Paris. Mais la filière, dans les ports ou sur les marchés de l'étranger, présente avec ce modèle de notables différences. Il peut arriver que, faute de réglementation suffisante de la Bourse, le vendeur ne se soit pas encore assuré la marchandise correspondante à son contrat, même au moment où il fait circuler une filière. Celle-ci porte offre de faire livraison d'une marchandise, restée *in genere*, et non inscrite à son nom dans un entrepôt. Il arrivera encore, en pareil cas, que l'arrêteur de la filière ne prenne aucune livraison, et que les deux parties liquident par simple comparaison des cours. Cette manière de faire est très répréhensible, parce qu'elle trompe le public sur les quantités de marchandises formant les « existences », et qu'elle concourt ainsi à fausser les prix.

tion, et non s'il a commencé par acheter. Autrement, lançant une filière, il s'exposerait à ce qu'on lui en présentât une autre. Cela compliquerait la liquidation, et l'obligerait à une soudure entre ces deux filières ou à des filières tournantes.

1038. — L'acheteur B, à qui la filière est présentée, peut l'arrêter sur lui.

Il ne le fera pas, s'il a revendu. Il donnera alors immédiatement un endossement, et inscrira sur le titre son propre acheteur, C. En même temps il rédigera sur ce dernier la *facture acquittée* du prix qui lui est dû pour cette seconde opération, et il remettra ladite facture au liquidateur avec la filière elle-même.

Si le prix (101 fr.) dépasse celui qu'il doit à A, créateur de la filière (100 fr.), le liquidateur, agissant pour le vendeur originaire et à titre d'acompte, lui paie la différence (1 fr.). Dans le cas contraire (99 fr.), l'acheteur versera à ce liquidateur l'écart des prix (1 fr.). La filière va donc circuler.

Atteint à son tour par elle, le second acheteur C opérera comme le premier. S'il endosse, il retirera du liquidateur la *facture établie sur lui*, et lui *délivrera une facture sur son cessionnaire D*; et ainsi de suite, jusqu'à ce que le liquidateur, porteur de la pièce revêtue d'endos successifs et d'une facture finale, arrive à un opérateur N qui n'a plus d'acheteur derrière lui. La filière sera alors *arrêtée*, par une déclaration écrite de ce dernier tenant de la chaîne, et celui-ci disposera d'un délai de vingt-quatre ou de quarante-huit heures pour payer son prix.

Donc, par dessus la tête des intermédiaires, un contrat s'établit entre A créateur et N arrêteur de la filière. Le créateur recouvrera le prix du par l'arrêteur et, au moment de ce paiement, il devra lui remettre la *marchandise au magasin, ou lui fournir au moins un bon de livraison*.

Les deux prestations s'exécuteront simultanément; N a toutefois le droit d'exiger au préalable une expertise de conservation, afin de vérifier si la marchandise ne s'est pas détériorée en entrepôt, et de suspendre son prix jusqu'à ce que les experts aient statué.

1039. — L'arrêt fait de la filière par le dernier acheteur est une opération juridique intéressante. Engendre-t-il un lien *direct et immédiat* entre le créateur, vendeur originaire (dit aussi *livreur*) et l'arrêteur, acheteur final (dit aussi *réceptionnaire*)? Le livreur A peut-il exiger le prix de 1.000 fr. que le réceptionnaire acheteur N devait à son prédécesseur? Et inversement N a-t-il directement une créance en livraison de la marchandise A?

Cette action directe n'est pas niable. Elle se rattache à la théorie de la délégation. Il conviendrait de reproduire le raisonnement qui nous a servi à établir la nature du *transfert* des actions nominatives de sociétés (n° 601).

A, premier vendeur, s'est présenté d'abord chez son acheteur B, qui lui a désigné pour le règlement du prix son propre acheteur C. Celui-ci, en recevant favorablement la filière, l'endossant à son tour, ou l'arrêtant, a *accepté cette délégation*. Il s'est engagé à payer son prix à la

personne que son vendeur a accréditée auprès de lui, au créateur de la filière. Le livreur A est investi d'un droit propre, découlant non d'une cession, mais de la promesse nouvelle constituée par cet endossement ou par cet arrêt. Il y a changement de débiteur par rapport au livreur ; changement de créancier par rapport au réceptionnaire.

La seule différence qui sépare le cas d'un « endossement » nouveau sur D, etc., de l'hypothèse d'un « arrêt » de filière, consiste en ceci. Le renouvellement d'endossement emporte de la part de C une « sous-délégation », et ainsi de suite. Le prix figurant sur la facture fait connaître la somme pour laquelle cette sous-délégation doit produire effet. Tandis que l'arrêt fixe définitivement les personnes entre lesquelles se liquidera le marché.

En conséquence, le livreur a désormais devant lui le réceptionnaire : il n'avait point originairement traité avec lui, mais un fait survenu en période de liquidation, et disposant d'une vertu contractuelle, l'arrêt (ou l'endos) de la filière, a mis ces deux hommes en rapports de droit.

1040. — Le « livreur », alors même que le « réceptionnaire » tombe en faillite postérieurement à l'arrêt de la filière, a contre lui une action pour le prix de la dernière vente. Mais, afin de bien préciser les situations, rendons-nous compte des hypothèses diverses susceptibles de se présenter.

1^{re} hypothèse. — L'arrêteur s'exécute de son plein gré. Il verse le prix et prend livraison. La liquidation du marché ne s'effectue pas alors par voie de différences.

Cependant le réceptionnaire aura été le plus souvent un spéculateur. Il n'avait pas les fonds. Un banquier les lui a avancés, il a remis à ce banquier la marchandise en gage, en la warrantant. Plus tard, il revendra celle-ci, remboursera le banquier, dégagera un écart qui sera tantôt un bénéfice, tantôt une perte.

1041. — 2^e hypothèse. — L'arrêteur se dérobe à l'exécution du contrat, soit qu'il vienne à éprouver un embarras dans ses affaires, soit pour un autre motif. Il a mis sa signature sur la filière, il est donc tenu (non pas à la somme totale que le créateur peut exiger pour le prix de la vente primitive, mais à celle que l'arrêteur a promise à son prédécesseur immédiat).

Le créateur, d'après les règlements de Bourse, n'est pas admis à le poursuivre personnellement de plano. Son droit de poursuite est subsidiaire. Il faut qu'il exécute d'abord la marchandise elle-même, dont il est demeuré saisi. Cette exécution se base à la fois sur le droit de rétention (art. 1612 C. civ., art. 577 C. com.), et sur le droit de résolution (art. 1654 C. civ.). La loi des faillites limite, il est vrai, ce dernier droit, mais elle le laisse intact, aussi longtemps que le vendeur ne s'est pas dessaisi (n° 1956).

La résolution n'a pas besoin d'être prononcée par la justice. Il est donc dérogé sur ce point à l'art. 1184 C. civ. Pour liquider l'opération, les règlements veulent que le créateur fasse vendre la marchandise aux enchères par le ministre d'un courtier assermenté, après affiche au siège de la commission, et dans le local de la Bourse. Cette vente doit

avoir été précédée d'une mise en demeure, non obtempérée dans les vingt-quatre heures (1).

Sur le prix de vente, le créateur de la filière se paie par préférence. Mais il est à craindre que le prix n'atteigne pas toute sa créance, ne la couvre pas entièrement.

1042. — En ce cas, l'action personnelle, suspendue jusque-là contre l'arrêteur, s'ouvre librement, au moins pour parfaire la somme que cet arrêteur devait à son propre vendeur, et que n'atteint point la réalisation de la marchandise. La décomposition précédemment faite des mouvements de la filière, l'acceptation donnée par l'arrêteur, expliquent ce résultat.

L'arrêteur est-il insolvable ? On se demande si le vendeur primitif ou créateur a le droit d'*attaquer sous-subsidiairement les intermédiaires*, en remontant la chaîne des endossements. Cette question est tranchée affirmativement par la jurisprudence (Civ., 25 juillet 1887, cassant un arrêt de la Cour de Paris, D. 88, 1, 21). Elle est résolue de même par les règlements de la Bourse, à condition par le créateur de commencer d'abord par poursuivre le dernier en date, puis, faute par lui de s'exécuter, d'attaquer l'avant-dernier, et ainsi de suite.

Rien n'est plus conséquent. La délégation, qui a transporté au vendeur originaire les droits de chaque trafiquant contre son successeur, n'a pas eu un « effet novatoire ». Le vendeur est devenu créancier de son acheteur direct, puis de l'acheteur de celui-ci, puis du troisième acheteur, etc., sans que les endossements subséquents de la filière lui aient fait perdre ces recours. Ses droits contre les acheteurs successifs sont demeurés seulement suspendus jusqu'après la réalisation de la marchandise. Plus la filière se charge d'endos, plus se renforcent les chances pour le créateur de rentrer dans toute sa créance : les intermédiaires anciens répondent des intermédiaires nouveaux. Chacun, bien entendu, ne peut être recherché que dans la mesure du prix par lui consenti ou, pour parler plus exactement, dans la mesure du découvert que laisse sur ce prix la vente de la marchandise.

1043. — 3^e hypothèse. — Il peut arriver encore que *l'insolvabilité d'un endosseur de filière se produise*, avant que la personne, indiquée par lui pour payer à sa place, n'ait donné au créateur sa propre signature, d'arrêt ou autre. Le créateur aurait intérêt à recourir contre cette dernière personne, si elle est *in bonis*. Celle-ci d'ailleurs se déclare prête à payer, contre livraison de la marchandise, pourvu qu'on lui dise à qui elle doit le faire.

(1) Il semble même que le vendeur dispose, en vertu de l'article 1657 C. civ., d'un avantage plus grand. Ce texte permet au vendeur, faute de *retirement* par l'acheteur à l'expiration du terme convenu, de se prononcer dans le sens de la *résolution de plein droit*, sans même aucune mise en demeure. — L'application de l'article 1657 aux matières commerciales a autrefois suggéré des doutes, basés sur des déclarations des travaux préparatoires. La jurisprudence n'hésite plus à étendre cette disposition au commerce, sans refuser, bien entendu, au vendeur la faculté de se prononcer pour le maintien du contrat (Req., 17 février 1903, D. 1903, 1, 191). C'est en effet, surtout dans le commerce qu'il convient de donner au vendeur un moyen rapide de réaliser, afin de se couvrir contre la baisse. — Mais dans la pratique des filières l'article 1657 n'est pas suivi.

Or, ici le créateur est sans droit, sans action directe. Il n'y a pas eu de rapport lié entre lui et la personne à qui l'endosseur l'a renvoyé, du moment que cette personne n'avait pas encore adhéré à la délégation faite sur elle. L'endos de la filière, même accompagné de la délivrance de la facture sur un acheteur suivant ne vaut que comme indication d'un tiers chargé de payer (Cass., 25 juillet 1887, *supra*).

Le créateur s'inscrira donc au marc le franc dans la faillite du dernier endosseur, pour l'excédent du prix sur le produit de la marchandise vendue aux enchères. A moins que le syndic, prenant l'opération au compte de la masse, ne lui offre le prix total contre livraison. — Quand à l'extrême acquéreur de queue, si ce même syndic ne lui livre pas la marchandise, il fera résoudre son propre marché (art. 1184).

1044. — Toutes ces questions peuvent se transposer. D'abord du côté d'un acheteur qui ne voit arriver à lui aucune filière : situation qui se trouvera ci-dessous n° 1044 *ter*. Puis du côté d'un arrêteur, qui constate que son vendeur, dernier endosseur de la filière, ne lui livre point la marchandise.

L'arrêteur peut, vingt-quatre heures après mise en demeure, se racheter en Bourse par le ministère d'un courtier. S'il lui en coûte une somme supérieure au prix qu'il devait payer, il attaquera pour la différence le créateur, lequel s'est implicitement engagé envers lui, en retour de sa signature d'arrêt ou d'endossement sur la filière, à tenir la marchandise à sa disposition. Faute par le créateur d'acquitter cette différence, l'arrêteur adressera sa réclamation aux endosseurs, dans leur ordre descendant.

1044 bis. — La filière étant le mode d'exécution des marchés à terme dans les Bourses de marchandises, son étude appelle à sa suite les graves problèmes se rapportant à la spéculation et au découvert.

Toute opération d'achat ou de vente de marchandises à terme ou à livrer, traitée aux conditions des règlements établis dans les Bourses de commerce, est assujettie, par les lois de la dernière époque, à inscription sur un *répertoire* que doit tenir toute personne s'occupant professionnellement desdites opérations. Le répertoire est communicable à la Régie. Il appartiendra à un règlement d'administration publique d'assurer l'exécution de ces prescriptions.

En outre, chacune de ces opérations est passible d'un *droit* fixé aujourd'hui à 0 fr. 15 pour 1.000 sur la somme totale des opérations d'achat et de vente (art. 40, loi du 4 avril 1926) : la perception de ces droits par l'Enregistrement s'effectue au vu d'extraits du répertoire périodiquement déposés aux mains du fisc (Lois du 13 juillet 1911, art. 10 et 11, et du 27 février 1912, art. 6 à 11 ; dispositions disjointes du grand projet de loi sur l'organisation des Bourses de marchandises (cité n° 1034 en note) pour être incorporées à la demande de M. DE MONZIE aux lois de finances).

Ces dispositions sont entrées en vigueur trois mois après la promulgation du règlement d'administration publique (décret du 13 août 1913, J. Off. du 20 août) rendu par leur application, conformément à l'article 11 de la loi de 1912.

Elles sont principalement dirigées contre l'accaparement, comme l'avaient été déjà précédemment des propositions déposées ou rapportées à la Chambre par MM. DRON, RAJON, HONORÉ LEYGUE. En entourant les marchés à terme d'une certaine publicité, elles espèrent déjouer les manœuvres louches et secrètes sous lesquelles succombe le découvert, et qu'on appelle l'*étranglement de la baisse*, en même temps qu'elles écarteront peut-être de la Bourse des marchandises les non professionnels qui ne tiennent pas à ce que leur participation à la Bourse soit connue des tiers.

1044 *ter*. — En face d'un parti de baissiers qui ne croit pas au maintien des cours, les pronostics lui paraissant favorables à l'abondance du produit, les spéculateurs à la hausse acquièrent d'une façon subreptice les stocks de la marchandise traitée et finissent par posséder cette marchandise à eux seuls. Ils redoublent leurs achats à terme, ce qui provoque une première ascension des cours dont le découvert ne s'effraie pas. Lorsque vient le mois de livraison, les vendeurs, faute de pouvoir se procurer la marchandise, s'abstiennent de lancer les filières et subissent la *crise de fin de mois*, les vendeurs ayant jusqu'au dernier jour du mois pour s'exécuter (comme dans la Bourse des valeurs, les vendeurs tombent, même avant la liquidation, dans le piège de l'*es-compte*, n° 933).

Les vendeurs seront donc exécutés par le ministère d'un courtier. Ou, s'ils se rachètent à l'amiable, ce sera à des conditions léonines, la marchandise étant tout entière en la possession des acheteurs, auteurs de cette exécution. On a essayé de préserver le découvert de cette hausse qui peut être ruineuse. Le projet de réglementation des Bourses de commerce, déposé en 1910, veut que les règlements particuliers des groupements opérant à la Bourse accordent au vendeur en liquidation fin de mois un délai supplémentaire de 8 à 30 jours pour faire la livraison, le cours pouvant se redresser dans l'intervalle. L'acheteur recevra une indemnité compensatoire fixée par la commission administrative de la Bourse.

Dès à présent, le règlement du marché des grains à Paris a institué la *fin de mois limitée*, c'est-à-dire une indemnité à l'acheteur égale au cours du disponible ou comptant du dernier jour arbitré par la commission. L'indemnité est augmentée de 10 0/0, sans que l'exécution du marché soit reportée au mois suivant (O. BLOCH, *op. cit.*, p. 120 et s.).

L'étranglement du découvert, avec les tentatives faites pour conjurer, dirige la pensée sur un phénomène semblable qui se présente à la Bourse des valeurs, avec cette différence que c'est au secours non des vendeurs, mais des acheteurs qu'il faut se porter à cause de l'effondrement des cours au moment de la liquidation. C'est ce qui est advenu notamment fin juillet 1914 lors de la déclaration de la grande guerre. La liquidation a dû rester plus d'un an en souffrance. On ne peut sortir de l'impasse qu'en s'en rapportant à la sagesse de la Chambre syndicale qui, dans la fixation du cours de compensation, tempérera les effets de la baisse. C'est sur ce cours que l'on couchera les marchés pour en dégager une différence, et celle-ci aura été rendue ainsi plus tolérable.

1045. — II. **Caisse de liquidation** (1). — Par l'organisation et par le fonctionnement d'une *caisse de liquidation*, les opérateurs ou leurs agents (commissionnaires et courtiers) transportent leurs marchés à un être central, véritable personnalité juridique, qui se met en leur lieu et place.

Le contrat formé, les parties A et B remettent à la caisse leurs deux déclarations d'achat ou de vente. Elles déposent une couverture ou marge (*original deposit*), calculée sur les écarts possibles du cours. La caisse délivre deux bulletins indépendants, scinde l'opération et se constitue acheteur envers le vendeur A, et vendeur envers l'acheteur B. Elle se subroge dans le marché aux parties primitives, qui liquideront directement chacune avec la caisse. La caisse est couverte par la contre-opération et par le dépôt de la marge. Ici encore il y a eu délégation.

Lorsque le cours vient à dépasser la marge ou inversement à tomber plus bas qu'elle, la caisse réclamera un *deposit* supplémentaire : l'opérateur qui refuserait de le verser serait exécuté (sur ce point d'ailleurs les règlements des caisses ne sont pas uniformes).

B, revendant avant terme (à C, par exemple), repassera ce marché à la caisse ainsi qu'il l'a fait du premier marché, ce qui lui permettra de compenser et de retirer le *deposit*.

Concentrés à la caisse de liquidation, tous ces marchés se fondent ensemble et se liquident à l'échéance, sans le secours indispensable de filières.

C'est ce que nous avons constaté déjà pour la liquidation de la Chambre syndicale des agents de change sur le marché des titres (n° 959). Mais il y a une grande différence. La Chambre syndicale ne prend pas à son compte les marchés de la corbeille au moment où ils sont négociés. Elle prête seulement tous les mois son ministère d'exécution aux agents, sans s'être substituée à eux à l'origine.

Ces caisses de liquidation se sont beaucoup développées, de préférence sous la forme de sociétés par actions : on en trouve au Havre, à Roubaix, etc. Leurs bénéfices consistent dans le versement que leur font d'une partie du courtage les courtiers intermédiaires des opérations. Elles exercent un frein sur des spéculations exagérées. D'après la couverture qu'elles fixent, elles sont en mesure d'écarter les opérateurs équivoques, de contenir les cours, et par là de conjurer dans une certaine mesure les crises. Elles ont cependant aussi leurs détracteurs : certaines personnes croient, tout à l'inverse, qu'elles concourent à exagérer la spéculation sur les places industrielles.

1046. — 2° *Ventes de consommation*. — On a relevé déjà l'incorrection du mot : il vaudrait mieux dire « ventes en effectif ».

Elles se présentent dans des conditions si variées (2) qu'il est impossible d'en donner une expression qui réponde à toutes les situations :

a) Le négociant importateur établi à Marseille s'approvisionne en

(1) DEPITRE, *Les caisses de liquidation des opérations à terme sur marchandises*, th., 1907 ; O. BLOCH, *op. cit.*, p. 169 et s.

(2) DELAYEN, HOMBURG et CHOTIAU, *Des marchés commerciaux*, Paris, 1927.

marchandises qu'il commande à Alger, ou à Alexandrie, ou à Bombay, à des correspondants connus. Il recevra ces marchandises dans ses magasins ou dans un entrepôt public, en attendant le moment de les écouler en gros ou autrement.

b) L'industriel achète une matière première qu'il doit façonner dans ses usines.

c) Le grand commerçant vend au marchand tenant magasin ; celui-ci vend au client consommateur (lequel alors ne fait pas commerce).

On considérera tout *prix affiché* dans un magasin sur un article en étalage, comme emportant faculté, au profit de toute personne, d'exiger au comptant la marchandise pour le prix indiqué.

D'après la terminologie employée dans notre traité, aucune des opérations qui viennent d'être passées en revue ne constitue une opération de « spéculation ».

1047. — Nous appellerons *ventes de place* les ventes d'approvisionnement en gros faites soit directement, soit par un agent, dans la ville où le produit se concentre et qui sert de place à ce produit. On achète : 1^o en disponible, 2^o à livrer.

1048. — I. **Vente en disponible.** — La *vente en disponible* entraîne pour le vendeur livraison immédiate. Le produit est en entrepôt ou ailleurs, peut-être en cours de déchargement d'un navire.

L'acheteur a une faculté, d'après l'usage : celle d'*agréer* la marchandise, c'est-à-dire de l'examiner dans un délai de deux ou trois jours, et d'accepter ou de refuser ensuite le marché, sans produire aucun motif. A Marseille, ce droit est sous-entendu ; ailleurs, il résulte de la clause *gré* ou *vue dessus*.

Cet usage ne s'est pas étendu aux ventes à livrer ou à terme : il y tournerait à l'abus ; car, en cas de baisse dans les cours, l'acheteur se dégageait.

La faculté d'*agréer* est un moyen de prévenir les réclamations ultérieures sur la qualité de la marchandise. L'acheteur a visité celle-ci ou est présumé l'avoir fait. Il a prélevé un échantillon sur les balles, il ne peut plus soutenir après livraison que le produit n'est pas conforme au classement qu'il se proposait d'acheter.

Cette espèce de vente ressemble aux *ventes à l'essai* (1) ou à la *dégustation* (art. 1587 et 1588 C. civ.), elle est traitée sous condition suspensive. Il va sans dire que, si la vente porte non pas sur un lot spécial en son entier, mais sur une quantité au *poids*, au *compte* ou à la *mesure*, la chose vendue ne passe au risque de l'acheteur qu'à partir du moment où l'opération de pesée ou de mesurage aura été faite (art. 1585 C. civ.) (2).

(1) Sur un cas spécial de vente à l'essai, v. Civ. rej., 10 janvier 1928, D. 1929, 1, 126.

(2) Pour certains produits, tels que la soie, il faut en outre l'expertise du « bureau de condition ». On passe à l'épreuve des *écus* les ballots vendus, afin de voir quel est le poids au sec. C'est ce poids que paiera l'acheteur, avec 11 0/0 d'augmentation sur le prix (tableau annexé à la loi des usages du 13 juin 1866). Le poids de dessiccation est ainsi ramené au poids normal de la soie à l'air libre.

1049. — II. **Vente à livrer.** — La *vente à livrer* fait antithèse à la vente en disponible. Le vendeur devra livrer à une date ou sur un mois à venir que les parties déterminent.

L'échéance est retardée comme dans les ventes à terme, mais le contrat ne se règle plus aux conditions d'une Bourse ni d'après le type uniforme de marchandise qu'ont arrêté les statuts ou les usages de cette Bourse (1).

Si la qualité et la provenance de la marchandise sont spécifiées, le vendeur n'a pas le droit de livrer un produit d'une autre qualité ou origine. Autrement, l'acheteur pourra obtenir la résiliation (Req., 9 mars 1910, S. 1913, 1, 169), sauf les correctifs suivants : a) Il y aura lieu seulement à une réduction ou bonification du prix, lorsque le lot livré, sans être absolument de la qualité promise, ne tombe pas jusqu'à la qualité inférieure, appartenant à un autre classement ; b) Il se peut, si les parties ont traité *qualité telle quelle*, que la bonification soit le seul mode de réclamation permis, alors même que le vendeur aurait livré un autre classement, en supposant toutefois que le produit reste « de nature loyale et marchande ».

On ne saurait poser de formule absolue. Car, au cas où la vente aurait été traitée *qualité conforme à un échantillon* livré, et même simplement sur échantillon, la non-conformité emporte droit à la résiliation en jurisprudence (Req., 22 décembre 1903, D. 1905, 1, 263).

Il y a aussi certains usages, à l'occasion d'*avaries* ou de *différences de contenance*. Le droit écrit est écarté en tant que l'acheteur prétendrait l'invoquer pour refuser la livraison. Il n'y a lieu qu'à réduction de prix (ou à augmentation si la contenance livrée est supérieure au marché), la marchandise étant démontrée marchande et de recette. Ce n'est que lorsque l'avarie excède un taux déterminé, 5 ou 6 0/0, que le produit n'est plus censé de qualité marchande. On a traité sous la clause *environ*.

De là une particularité de l'*action pour vices cachés* (2) ou rédhibi-

(1) L'acheteur, négociant ou fabricant, peut, dans un but d'assurance des cours, combiner avec son « opération à livrer » un « marché à terme » proprement dit, de quantités égales, marché inverse de la première convention.

J'ai acheté à 80 francs, prix cher, les cotons que je vais travailler dans mon usine ; mais ce prix peut tomber avant que je n'aie revendu mes tissus ou filés, ce qui me fera perdre par exemple 10 francs par balle d'acquisition. Je vends donc à la Bourse, sur mai, ou sur juin, à 80 francs, une quantité de coton égale à celle dont je me suis approvisionné. Si la baisse redoutée se produit, je me rachèterai à 70 francs pour liquider par différence ce second marché, et je ferai ainsi un bénéfice compensant ma perte sur les fabriqués. Il est vrai que, en cas de hausse à 90 francs je perdrai, par suite de l'opération différentielle, le gain que m'eût laissé la vente des fabriqués. Tout compte fait, j'aurai écarté les chances mauvaises et bonnes d'instabilité du cours.

On appelle cette manière de faire un *arbitrage* sur marchandise, par extension du sens donné à cette expression dans la Bourse des valeurs pour l'achat et la vente accomplis simultanément par un opérateur, soit sur une même valeur prise dans deux Bourses distinctes, soit sur deux valeurs différentes, rente française et fonds espagnols par exemple, qui sont l'une en hausse et l'autre en baisse au même moment.

Tout cela est expliqué dans l'ouvrage de M. SENN (v. *supra*, n° 1031), et prouve aussi que ce marché à terme tant décrié, sert à des opérateurs sérieux, non pour courir les risques, mais pour se préserver contre eux. C'est un côté des marchés de Bourse qui méritait d'être placé dans son jour.

(2) L'action en résolution de la vente pour vice caché (art. 1641 C. civ.), existe-t-elle

toires, laquelle, par suite des détériorations de route, a si fréquemment l'occasion de se produire (art. 1641 et s. C. civ.). Cette action, qui doit être exercée dans un bref délai à apprécier par les juges (art. 1648), détermine seulement un rabais du prix. En général, elle ne donne pas à l'acheteur le droit de rendre la marchandise.

L'existence de corps étrangers dans le fût, etc..., occasionne un semblable rabais, à moins de convention contraire : il n'est accordé ni dons, ni surdons, ni tolérance, sauf les exceptions portées au tableau de la loi de 1866 (règle huitième), annexé à ladite loi (1).

1050. — Terminons le présent chapitre, en exposant quelques-unes des obligations qui incombent tant au vendeur qu'à l'acheteur.

1051. — Obligations du vendeur. — Le vendeur doit livrer la quantité qu'il a promise (sous les tempéraments dont nous avons déjà parlé).

Ici la loi des usages de 1866 vient préciser la volonté des contractants.

1^o Tout article se vendant « au poids » et non mentionné, est censé vendu au *poids net* (règle II, la règle I ayant défini le poids brut, le poids et la tare). Le prix n'est payé que sur la marchandise livrée, sans égard au poids du contenant (toile, fût, barrique, caisse, etc.). — Si la marchandise m'est livrée sous une enveloppe pesant trois kilos, le tout formant 100 kilos en poids brut, je ne paierai que 97 kilos (poids net sous-entendu).

2^o Il est fait exception à cette règle : a) pour l'*emballage intérieur* d'une marchandise qui comporte deux emballages superposés (rè-

dans la vente de choses incorporelles (titres de bourse) ? Jugé à cet égard, que des obligations émises par une société de Crédit Foncier et garanties par des domaines dont la société se déclarait propriétaire doivent être considérées comme entachées d'un vice caché susceptible de faire tomber la vente, alors qu'il est établi que la Société n'a jamais été en possession d'aucun des domaines nécessaires à la garantie hypothécaire ; le vendeur doit restituer le prix. Paris, 19 février 1921, *Gaz. des Trib.* du 3 mai 1921 et la note.

(1) L'acheteur n'est pas tenu, à peine de déchéance, de vérifier les avaries ou vices rédhibitoires avant la fin de la livraison qui lui est faite. J'achète des cotons d'Amérique livrables à bord à la Nouvelle-Orléans ; je puis encore, après l'arrivée et le déchargement au Havre, agir utilement contre mon vendeur, du chef d'avaries qui préexistaient au chargement, à condition d'en justifier.

Dans certains ports, les modèles de marchés disposent que, après enlèvement de la marchandise, il n'y a plus lieu à aucune réclamation. Encore les réclamations fondées sur l'absence de qualité, sur une fraude ou même sur un vice inapparent, subsistent-elles, tout au moins dans un délai assez bref pour qu'on ne puisse pas supposer une acceptation définitive. — Nous n'avons pas, en droit français, de délai fixe pour régler ces réclamations d'acheteurs à vendeur, comme il existe dans le contrat de *transport* un délai fixe pour réclamer le voiturier (art. 105 C. com.). Le droit allemand veut que le délai soit très court.

La *marchandise*, une fois enlevée, ne peut plus être l'objet d'une réclamation tenant à la *différence de poids*. Le pesage a lieu à la réception, contradictoirement entre les parties ou leurs représentants : au besoin, le bulletin d'un peseur juré en fait foi. Dans l'hypothèse « livrable à bord sur navire », le poids constaté par le connaissement au départ prouve en faveur du vendeur la conformité de sa livraison à la facture. Lorsque ce poids ne se trouve plus à l'arrivée, l'action que l'acheteur aura à exercer n'est pas celle de la vente, mais l'action de transport née du contrat d'affrètement.

gle VI), et *b*) pour les produits vendus expressément au *poids brut*, ou classés dans le tableau comme tels.

Mais, alors, la *tare* ne peut pas excéder le maximum d'usage ou énoncé dans le tableau pour chaque sorte de marchandises (règle IV). — Ex. : Cotons d'Amérique, en balles de toile : 4 0/0, cercles en fer déduits.

De plus, l'acheteur est toujours admis à *renoncer à la tare* conventionnelle ou d'usage, et à réclamer le poids net, même en cours de livraison (règle III). Il paiera pour 100 kilos, quantité livrée, mais à condition que la pesée au net atteigne 96 kilos.

3° La marchandise doit, d'ailleurs être, dans tous les cas, livrée en état d'emballage (1), et cet emballage reste la propriété de l'acheteur (règle V).

4° Lorsque le marché est traité à raison d'un certain nombre de tonnes, cela s'entend de la tonne métrique de 1.000 kilos, sauf si les parties se sont référées à des tonnes de mer (par exemple sur marchandises à bord constatées par connaissance). La tonne d'affrètement est alors applicable (règle VII), avec sa valeur maritime, qui varie suivant la cargaison (L. 3 juillet 1861).

1052. — Une règle importante d'usage, c'est que dans le commerce la mise en demeure, qui donne ouverture à des dommages-intérêts, n'exige pas une *somation*, par exploit d'huissier (art. 1193 C. civ.). Une *lettre missive* produit le même résultat, pourvu qu'elle contienne réquisition d'un paiement immédiat. La lettre recommandée est de plus en plus usitée (avec avis de réception). Il se peut même que la seule *échéance* du terme emporte mise en demeure (*dies interpellat pro homine*), si les parties y ont attaché cet effet (2). — Nous ne reviendrons pas sur l'exécution forcée des marchés à terme.

1053. — **Vente ou louage d'ouvrage.** — Jusqu'ici il a été question de contrats ayant pour objet de livrer des marchandises et qui constituent des *ventes*. Mais le marché peut se compliquer d'un autre élément qui le rapproche du *louage d'ouvrage*, et cette particularité influe sur les effets qu'il est appelé à produire. Ex. : *Primus* s'engage à fournir une marchandise à une époque déterminée, moyennant un prix ; mais il convient en même temps qu'elle sera le produit de sa fabrication. Il promet de conditionner dans ses ateliers l'article dont il a pris la commande. C'est un *marché à façon*, avec cette différence qu'il fournit la matière première au lieu de la recevoir du destinataire du produit. La convention peut n'être que tacite, et ressortir de la pro-

(1) Jugé que, lorsqu'un négociant en vins a passé avec un autre négociant un marché de vente de vins comprenant « dix wagons-réservoirs, gare départ, livraison du 1^{er} octobre au 15 novembre » c'est au vendeur qu'incombe l'obligation de mettre en gare, à la disposition de l'acheteur, dix wagons-réservoirs remplis de vin, et qu'il ne saurait faire résilier la vente pour défaut de retraitement dans les délais convenus, sous prétexte que l'acheteur n'a pas fourni de wagons-réservoirs vides : Req., 28 juin 1920, *Le Temps* du 29 juin 1920.

(2) Cass. civ., 18 octobre 1927, S. 1928, 1, 22. Cf. également sur la même question, Req., 19 janvier 1925, S. 1928, 1, 96 ; Req., 4 janvier 1927, *Gaz. Pal.*, 1927, 1, 587.

fession exercée. Cette opération est, du côté du promettant, un acte d'« industriel » et non de « négociant ».

On s'engage alors à deux choses : a) à *faire* travailler le produit par sa main-d'œuvre, et b) à *en transférer la propriété*. Quelle est de ces deux obligations celle qui absorbe l'autre ? Est-ce le *louage d'ouvrage* qui prend le pas sur la *vente*, ou inversement ? Le Code civil, dans les devis et marchés (art. 1787 et s.), traite de front la convention dans laquelle l'auteur de l'ouvrage fournit la matière et celle où il la reçoit de sa contre-partie. Le contrat forme louage d'ouvrage dans les deux cas (quoique, au commencement du même titre, l'art. 1711, 6^e al., dispose en sens contraire). Voici quelques intérêts pratiques à se prononcer en ce sens :

a) Celui qui a fait la commande peut *résilier*, quoique l'ouvrage soit déjà commencé. Mais il lui faut dédommager alors l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner par le marché (art. 1794, cfr. Civ. cass., 5 janvier 1897, D. 97, 1, 89, et note PLANIOL). A tout prendre, ce résultat sera le même qu'en interprétant l'opération comme une vente. Dire d'un contractant qu'il est admis à résilier, à charge de dommages et intérêts, c'est le soumettre aux sanctions qui sont attachées au respect d'un contrat soustricte.

b) Au point de vue des *risques*, la question ne se présente pas sous le même aspect dans le louage que dans la vente. Il est vrai que la perte de la matière est supportée par l'industriel, auteur de l'ouvrage ; si elle se produit avant la livraison, celui-ci n'aura aucun droit à son prix (art. 1788). Ce résultat est commun au louage et à la vente. Mais il peut arriver que la perte par force majeure, l'incendie de l'usine et de ses approvisionnements par exemple, arrive avant l'échéance, et sans laisser à l'industriel un délai suffisant pour remettre la commande à l'ouvrage au moyen de nouveaux achats de matière première. — Il est exonéré, un vendeur ordinaire de choses fongibles ne le serait pas. En effet, l'industriel s'est engagé à faire fabriquer ; un événement qui ne lui est pas imputable lui rend l'exécution impossible, il est délié. Un vendeur ordinaire avait promis de transférer la propriété de choses *in genere* ; si elles ne se trouvent pas chez lui, il se les procurera ; il reste tenu.

C'est par application de ces idées que l'on appréciera la survenance d'une *grève* dans les ateliers du vendeur. *Est-elle ou non un fait de force majeure* (1), *permettant au vendeur de se dégager de son marché* ? Il

(1) Quel est l'effet de la *guerre* sur les contrats antérieurs ? Elle ne constitue point par elle-même un cas de force majeure qui dispense de leur exécution. Mais, à raison de la gravité des perturbations économiques provoquées par la grande guerre (1914-1918), une loi spéciale du 21 janvier 1918 (dite *loi Failliot*) — prorogée dans ses effets jusqu'au 31 juillet 1920 par la loi du 9 mai 1920 — a soumis à un régime particulier (possibilité de résiliation avec dommages-intérêts réduits ; résiliation de plein droit au 31 juillet 1920 des contrats n'ayant pas fait antérieurement l'objet d'une demande d'exécution) « les marchés et contrats ayant un caractère commercial au moins pour l'une des parties, conclus avant le 1^{er} août 1914 et comportant soit des livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou différées... » Malgré sa grande importance pratique, cette loi, n'ayant qu'un caractère essentiellement temporaire, ne saurait être l'objet que d'une simple mention.

faut supposer, bien entendu, que cette grève s'est produite sans la faute du propriétaire de l'usine, et en outre qu'il n'a pas été possible de remplacer en temps voulu par une autre équipe les ouvriers grévistes.

Cela étant, il faudra rechercher, en fait, si l'on a traité comme vendeur ordinaire ou comme manufacturier. Dans le second cas, la grève peut être invoquée comme une cause de libération : mais non dans le premier. Un vendeur d'objets fongibles reste tenu aussi longtemps que n'est pas épuisé le stock de ces objets : il n'a pas subordonné le maintien de son engagement à la possibilité contingente de conditionner ce produit lui-même (1).

1054. — Obligations de l'acheteur. Dette du prix. — Cette digression terminée, il faut signaler les obligations de l'acheteur dans la vente de marchandises. La principale de ces obligations consiste à *payer le prix* (2).

1^o S'ils sont plusieurs acheteurs, le vendeur peut réclamer la totalité du prix à l'un d'entre eux, à sa convenance. La *solidarité* en droit civil doit être stipulée (art. 1202 C. civ.), se présume en matière commerciale.

Telle est la règle d'usage pour tous les contrats, même autres que la vente, notamment pour le cautionnement : la caution commerciale est solidaire, elle a renoncé tacitement aux bénéfices de discussion ou de division. C'est l'extension du principe qui gouverne les associés en nom collectif.

Cet usage s'est introduit depuis longtemps par une considération de crédit : le créancier fait foi aux débiteurs, parce que la solidarité lui permettra de ne pas diviser ses poursuites et d'obtenir d'un seul d'entre eux le paiement complet.

2^o Les intérêts moratoires (au taux de 6 0/0) sont dus par l'acheteur, non pas à partir de la demande en justice ou de la sommation de payer (nouvel art. 1153), mais du moment de l'envoi d'une lettre recommandée, ou d'une lettre ordinaire, ou peut-être même du *jour du terme*. L'usage sera déterminant (voir, au n^o 1052, des usages de même nature concernant la mise en demeure du vendeur).

3^o Dans les ventes de denrées et marchandises, si l'acheteur ne les a pas retirées, à l'expiration du délai convenu pour le retirement, la

(1) Req., 15 décembre 1919, *Gaz. Pal.* des 7 et 8 mars 1920. — Le caractère libératoire de la grève a été discuté à propos de chargements ou de déchargements de navires. Les ouvriers du port refusent d'assister les chargeurs ou les consignataires de la cargaison : le capitaine peut-il demander à ces derniers des dommages-intérêts pour retard mis à charger ou à débarrasser le bâtiment, des *surestaries* ? — La question n'a pas été résolue par des décisions de principe (Voy. Rennes, 28 juin 1894, D. 95, 2, 214 ; Paris, 13 novembre 1903, S. 1904, 2, 168, et article dans les *Annales de droit commercial*, 1895, p. 154). Voir une étude d'ensemble dans AMIOT, *De la répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats* (mêmes *Annales*, 1903, p. 65 et 209). L'auteur recherche si la grève constitue un *risque professionnel* dont le chef d'entreprise doit répondre à la teneur de l'article 1384 C. civ., et il conclut à la négative ; cf. PIC, *Les lois ouvrières*, n^o 326.

(2) Le droit de timbre de 10 centimes, auquel étaient soumis à la charge du débiteur, en vertu de l'article 18 de la loi du 23 août 1871, les titres emportant libération, reçu ou décharge de sommes au-dessus d'une dette de dix francs (timbre-quittance) a été fixé par la loi du 25 juin 1920 (art. 54 à 56) à 0 fr. 25 quand les sommes n'excèdent pas 100 francs. 0 fr. 50 de 100 à 1.000 francs et 1 franc au delà de 1.000 francs.

vente est résolue de plein droit, sans sommation au profit du vendeur (art. 1657 C. civ.) (1).

4° L'acheteur (à moins d'être un consommateur) ne traite pas d'ordinaire au comptant, mais à *crédit*. Excepté dans les marchés de spéculation où les deux prestations sont liées l'une à l'autre, le vendeur fait foi à l'acheteur pour le prix. Il n'est pas admis à user du *droit de rétention* de l'art. 1612 C. civ.

Si, postérieurement à la livraison, l'acheteur tombe au-dessous de ses affaires, le vendeur vient-il pour son prix au marc le franc ? Oui, sauf exception. On le verra dans l'étude des faillites.

1055. — La durée de ce crédit, donné à l'acheteur par le contrat ou par l'usage, varie selon les places ou selon les industries. Il est ordinairement de *quatre-vingt-dix* ou de *cent-vingt jours* depuis la livraison. Dans l'intervalle, il pourra revendre à son tour et trouver les fonds nécessaires au paiement de sa propre dette.

La *lettre de change* intervient comme mode normal de rentrée du prix. Le vendeur fait sur son acheteur une *traite* dont l'échéance concorde avec celle de la dette du prix ; le vendeur est un « tireur » d'effet, l'acheteur est un « tiré », l'effet est passé à l'ordre d'un tiers bénéficiaire (voir la 5^e partie).

Le paiement est dû, non plus comme en droit civil, au lieu de la livraison (art. 1651), mais au *domicile de l'acheteur*, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu. Le prix est « quérable » chez le débiteur, non « portable » (art. 1247, al. 2).

Cependant la facture stipule parfois que la somme sera payable chez le créancier, chez le vendeur. Cela a de l'importance, quand les parties habitent deux Etats ayant un système monétaire différent. Car du lieu de paiement dépend la nature de la monnaie à recevoir : et, si la monnaie du pays de ce créancier est bonne, lorsque l'autre est dépréciée, c'est avec cette bonne monnaie que le vendeur désirera être réglé. Il le sera le plus communément, au moyen d'une lettre de change ou *remise*, que l'acheteur *Secundus* enverra à son vendeur *Primus*, payable sur la place de ce dernier.

Les rôles occupés tout à l'heure dans la traite sont transposés. *Secundus* est « tireur » ou endosseur d'effet, et non plus « tiré ». *Primus* est preneur ou porteur de cet effet et non plus tireur. Si la remise s'égare en route, le vendeur n'a pas reçu son règlement. Sa créance demeure entière. Si la remise lui parvient, la créance du prix est-elle éteinte, *novée par l'effet* ? C'est que l'on recherchera en étudiant la lettre de change.

Le lieu convenu pour le paiement est *attributif de juridiction* au tribunal de commerce de l'arrondissement, pour les procès auxquels la vente donnera lieu (art. 420 C. proc. civ.).

Lorsque les parties ont fixé un lieu de paiement autre que le domicile de l'acheteur *Secundus*, le vendeur impayé use d'un moyen subsidiaire. S'il émet une lettre de change sur ce domicile, il ne renonce

(1) Req., 22 octobre et 19 décembre 1920, D. 1921, 1. 37 ; Civ., 7 juillet 1924, D. H. 1924, p. 618.

pas au bénéficiaire de la clause de la facture. La lettre de change étant ensuite protestée, le vendeur *Primus* conservera le droit d'exiger le paiement au domicile du contrat. Il saisira du procès le tribunal de ce domicile, sans que l'acheteur soit fondé à lui opposer l'incompétence.

1055 bis. — 5° L'observation du délai conventionnel ou d'usage, donné pour le paiement, ne s'impose pas à l'acheteur. Celui-ci (à moins d'une acceptation fournie sur lettre de change, v. *infra* la partie des effets de commerce) peut *devancer le terme* du règlement, convertir même ce terme en comptant.

A cette faculté, s'en ajoute une autre : le droit de déduire un *escompte* pour « prompt paiement ». Le vendeur doit lui bonifier l'intérêt de la somme pour le temps dont anticipe l'acheteur. Il n'est pas possible d'établir uniformément cette retenue pour tous commerces ni pour toute la France. L'escompte change d'après la durée du délai total et d'après le taux de l'intérêt. On s'est cependant accordé en 1866 à le déterminer pour les ventes de produits non manufacturés dans les ports maritimes : il est de 2 0/0 au comptant et, lorsque le vendeur consent à convertir tout ou partie de l'escompte en terme, il est de 0,50 0/0 par mois (règle IX).

1056. — **Preuve de la vente. Facture.** — Quels sont les modes de preuve de la vente ?

Comme les autres contrats de commerce, elle peut s'établir par les livres, par la correspondance, ainsi que par la preuve testimoniale.

Elle donne lieu le plus souvent à une pièce en forme de bordereau, dénommée *facture*. La « facture acceptée » sert, d'après l'art. 109, à justifier les conditions de la vente. Adressée autrefois par le vendeur, en double original, elle était approuvée par l'acheteur sur l'un des doubles qu'il retournait. Ce deuxième double a disparu : l'acheteur accepte par cela même qu'il s'abstient de répondre (1), et le « copie de lettres » du vendeur, s'il en est besoin, prouve l'expédition de la pièce ainsi que sa teneur.

La facture énonce les diverses clauses du marché, notamment la qualité et la quantité en poids ou en volume de la marchandise, le mode d'envoi, le lieu et le temps de la livraison, les conditions concernant le règlement du prix. Elle règle le lieu de paiement, tout comme les autres clauses (Req., 27 janvier 1909, S. 1909, 1, 136), bien qu'on puisse en certains cas contester le caractère obligatoire de cette indication, si elle est contraire au marché primordial (Req., 17 juin 1903, D. 1905, 1, 345, note VALÉRY).

Le titre pourrait être à *ordre* ou au *porteur*, mais n'affecte cette forme que très exceptionnellement. La *négociabilité* du titre ne confère pas à l'acheteur de droits plus amples sur la marchandise.

Tout au plus, ce genre de facture lui permet-il de faire passer la marchandise avant même qu'elle ne lui soit parvenue, à un nouvel acquéreur au moyen d'un endossement ou d'une tradition de titre.

(1) BARRAULT, *De l'acceptation des factures par le silence*, dans les *Annales de droit commercial*, 1913, p. 347 ; VALÉRY (*Réponse*), mêmes *Annales*, 1914, p. 118.

Mais cela suppose alors une représentation de cette marchandise par une lettre de voiture ou par un connaissement en forme négociable, et lui-même endossé à l'ordre de son sous-acheteur. On retrouvera cette situation dans la faillite (art. 576 C. com.).

CHAPITRE PREMIER

DU GAGE COMMERCIAL

(C. civ., III, 17, art. 2071 à 2084; C. com., I, 6, art. 91 à 93; l. 23 mai 1863; l. 1^{er} mars 1898; l. 17 mars 1909).

1057. — Le *gage* ou *nantissement mobilier* est un *acte* par lequel un créancier reçoit du débiteur ou d'un tiers un effet mobilier pour répondre d'une dette. C'est une convention accessoire à une opération de crédit (généralement à un prêt d'argent).

Tout créancier peut choisir entre ces deux partis : 1° suivre la foi du débiteur, et ne prendre aucune sûreté ; 2° stipuler une garantie réelle, situation qui se subdivise : a) cette garantie est une *hypothèque* (plus rarement une *antichrèse*) lorsqu'elle porte sur un immeuble ; b) elle devient un *gage* lorsqu'elle porte sur un meuble.

1058. — De là ressort la catégorie de contrats dans laquelle il faudrait faire rentrer le gage. Nous l'étudions à l'occasion des *contrats sur marchandises* ; or le gage relève plutôt des *contrats de crédit*, c'est-à-dire des contrats sur capitaux. Il ne se rattache à la législation des marchandises que par son objet. Encore ne porte-t-il pas toujours sur des marchandises : il peut consister dans des titres. Mais le gage forme l'accessoire d'une convention beaucoup plus importante, et celle-ci a presque toujours une *dette d'argent* pour objet.

Nous ne rompons pas cependant l'ordre des matières suivi par le Code. Il importe de connaître les règles du gage, préalablement à certaines conventions sur marchandises, telle que la commission. Nous en détachons d'ailleurs l'étude des warrants, pour la reporter après les effets de commerce, le warrant n'étant à tout prendre qu'un billet à ordre.

1059. — **Le prêt.** — Malgré cette transposition, il ne serait pas sage de passer sous silence le contrat principal pour la sûreté duquel le gage a le plus généralement l'occasion d'intervenir. Le gage n'est régulier que si ce contrat principal est lui-même valable, il en suit à certains égards la condition juridique.

Théoriquement, toute opération à crédit, en droit civil comme en droit commercial, comporte un gage, par exemple, un vendeur de marchandises ou de machines, créancier que la loi des faillites classe dans la masse chirographaire une fois le produit livré, peut stipuler un gage afin de couvrir son prix. Mais le cas le plus fréquent de constitution d'un gage, c'est celui d'une dette principale née d'un prêt d'argent.

Il faut donc rechercher : a) comment le prêt se trouve autrement réglé par le droit commercial et par le droit civil ; b) quel signe distingue la nature civile ou commerciale d'abord du prêt, et ensuite du gage ; c) dans quel milieu et sous quelles formes se traite au commerce le prêt sur gage.

Ce n'est qu'après avoir parcouru ces trois séries de questions, que nous prendrons le gage lui-même, afin de l'examiner séparément.

1060. — Prêt civil et prêt commercial. — a) Le *prêt civil* est encore soumis en principe à la limite de taux que détermine la *loi du 3 septembre 1907* (5 0/0). Mais la *loi du 18 avril 1918* (art. 1) a décidé que cette disposition serait suspendue pendant la durée de la guerre et pendant cinq ans au moins à partir de la cessation des hostilités : un décret doit déterminer la fin de cette suspension. La *loi du 19 décembre 1850* (non abrogée, mais suspendue indirectement, elle aussi, par celle de 1918) punit le délit d'usure.

En outre, l'art. 411 C. pén. punit d'amende et d'emprisonnement l'ouverture, sans autorisation de l'administration, d'une maison de prêts sur gage.

Le prêt a été soustrait au principe de liberté, qui est à la base des autres conventions. On sait pour quels motifs : il n'y a pas une thèse sociale qui, en tout temps, ait été plus chaudement discutée, que l'action oppressive de l'usure. Philosophes de l'antiquité, théologiens, économistes modernes l'ont débattue ; le droit canonique l'a résolue dans le sens le plus exclusif (illégitimité de tout intérêt). Des législateurs ont dû leur nom dans l'histoire à la libération qu'ils ont procurée de leurs emprunts à des populations entières.

On dit quelquefois du prêt civil qu'il est fait « à la consommation » et non « à la production ». Cela n'est d'ailleurs pas toujours vrai. Ces expressions signifient que l'emprunteur, en matière civile, s'est procuré les fonds pour faire face à sa vie matérielle, et non pas à titre de capital susceptible de se reproduire.

Le *prêt commercial*, au contraire, n'est plus réglementé dans son taux par la loi. D'après la loi de 1807, il était soumis, comme le prêt civil, à un taux maximum, mais à un taux plus élevé (6 0/0 au lieu de 5). L'intérêt, prix de jouissance du capital dont on se dessaisit, doit couvrir, en outre, le prêteur contre le risque de ne pas être remboursé ; or le risque couru par le prêteur est plus fort, du moment que ses fonds doivent être engagés dans le commerce. En partant de là, et en constatant d'autre part que l'homme de commerce sait mieux se défendre que les autres classes sociales contre les entreprises de l'homme d'argent, on devait franchir un pas de plus. C'est ce qu'a fait la *loi du 12 janvier 1886*. Tout taux maximum est aboli en matière de commerce, c'est un avantage remporté par l'école libérale qui, dans d'autres circonstances, n'a pas eu le même succès (1).

1061. — b) Quel est l'élément qui rend le prêt commercial ?

C'est la nature de l'acte à l'égard de l'emprunteur. Lorsque celui-ci doit affecter les fonds à une opération commerciale (achat pour revendre etc., art. 632 et 633), ou à plus forte raison lorsqu'il est commerçant et qu'il emprunte en vue de ses affaires (acte de com-

(1) La distinction des matières civiles et commerciales a été maintenue pour l'intérêt légal et moratoire (5 0/0 en matière civile et 6 0/0 en matière de commerce, v. *supra*, n° 55).

merce par la théorie de l'accessoire), le prêt suivra le droit commercial.

La qualité du prêteur est indifférente. Un simple particulier peut avancer des fonds à un commerçant à un taux quelconque. Ses fonds sont alors plus exposés que s'il prêtait à une personne ne poursuivant point une affaire de commerce.

A l'emprunteur commerçant, il faut assimiler maintenant les sociétés par actions, même poursuivant un objet civil d'exploitation, si elles se sont constituées ou transformées depuis la loi du 1^{er} août 1893. La forme prise par la société fait d'elle alors une personne commerçante, et nous avons conclu à la commercialité de ses actes (n^o 760).

1062. — En conséquence, pour savoir si un prêt est commercial, ce n'est jamais l'opération du prêteur qu'il faut envisager, mais celle de l'emprunteur. Cependant, pendant longtemps, la jurisprudence a ajouté à la première règle que nous avons posée une seconde règle, beaucoup plus contestable. D'après les arrêts, le prêt fait par un commerçant, par un banquier le plus ordinairement, même à un individu étranger au commerce, serait commercial dans tous les cas ; ce qui justifierait de sa part la perception d'un intérêt de 6 0/0 (avant 1886) et d'un intérêt illimité (depuis cette époque). A plus forte raison, l'habitude de ces prêts ne lui ferait pas encourir le délai d'usure.

Cette jurisprudence se rattachait à une notion ancienne, et imaginée en vue d'exonérer les contractants, dans le plus grand nombre de cas possible, de la règle canonique prohibitive de l'intérêt. On disait que celui que sa profession autorise à faire travailler son argent au taux de commerce, doit bénéficier de ce même taux envers un client quelconque : *pluris valet pecunia mercatoris quam non mercatoris*. C'était perdre de vue que le risque commercial justifie seul l'élévation du taux, et que le prêteur alors s'en affranchit.

Cependant, à la dernière époque, la jurisprudence semble être devenue moins ferme. Elle paraît avoir évolué : ce n'est que pour les prêts consentis à des personnes faisant commerce que les banquiers sont dégagés de la limite légale (Crim. rej., 23 juin 1893, D. 94, 1, 254 ; Paris, corr., 10 mars 1896, D. 98, 2, 486, et note BOISTEL). Les avances qu'ils font sur titres de pension à des fonctionnaires retraités (1) sont régies par la loi de 1807 (Crim., 19 septembre 1907, D. 1907, 1, 519). Autrement, les usuriers se convertiraient en banquiers par pure échappatoire.

Cependant, ces arrêts ont tous été rendus en matière criminelle, et afin de relever les faits constitutifs du délit d'usure. Il en est intervenu d'autres (notamment Req., 25 juillet 1895, D. 96, 1, 193, et note GÉUNÉE), qui ont maintenu en droit civil l'ancienne jurisprudence, tout au moins en faveur de personnes qui n'étaient pas des banquiers

(1) La loi du 26 juillet 1917 a interdit en principe toute avance faite, sous quelque forme que ce soit, sur une pension civile ou militaire, et ne l'a permise, d'ailleurs sous des conditions restrictives, qu'aux sociétés philanthropiques jouissant d'une autorisation ministérielle, à la Caisse Nationale d'Épargne, aux Caisses d'Épargne ordinaires et aux Monts-de-Piété.

interlopes (questions reprises incidemment à propos de l'affaire Cattai-Humbert).

1063. — Cette nature commerciale ou civile du prêt a sa répercussion sur la *nature du gage*.

Le gage n'est rendu commercial : 1° ni par la qualité du créancier : celui-ci, quoique commerçant, peut faire un prêt civil ; 2° ni par la nature de son objet. Beaucoup d'avances commerciales, sans doute, sont faites sur « marchandises » ; mais elles pourraient l'être sur des meubles différents, sur des bijoux, ce qui n'exclut point le gage commercial ; 3° ni par la qualité de commerçant chez le *constituant* : s'il s'agit d'un gage constitué par un tiers pour garantir la dette d'autrui, là même où ce tiers serait étranger au commerce, le gage par lui fourni est commercial, lorsque le débiteur principal fait acte de commerce.

C'est donc la *qualité de la dette garantie*, par rapport à ce débiteur principal, qui détermine la qualité du gage. Il sera commercial et obéira, au point de vue de sa constitution et de sa vente, aux prescriptions énoncées dans le présent chapitre (art. 91, al. 1 *init.*, *C. com.*), toutes les fois que ce débiteur poursuivra une opération commerciale. Il importe peu que le gage ait été donné par lui ou par un tiers. Hors de là, le gage sera civil.

1064. — **Le prêt sur gage dans la banque.** — c) Les commerçants qui ont besoin d'argent s'adressent d'une manière normale à la *banque*. Le prêt sur gage rentre ainsi dans les attributions régulières des banquiers. Le moment n'est pas venu d'analyser les nombreuses opérations de crédit au moyen desquelles les banquiers font valoir leur encaisse, et même leur capital, en se couvrant d'une sûreté (nos 1604 et s.). Elles se dissimulent, presque toutes, sous les appellations qui ne laissent pas apercevoir le gage, lequel cependant est à la base de la convention.

Si l'on écarte 1° les *reports*, qui relèvent d'un ordre d'idées différent, et 2° les *escomptes ordinaires*, — les garanties exigées par eux sont tantôt des *marchandises* (1), tantôt des *titres de bourse*, généralement au porteur, tantôt des *effets de commerce* (aval en pension).

1065. — **Sulte.** — Le *nantissement en marchandises* se heurte à une difficulté de fait : le gage ne peut, d'après la loi, rester aux mains du constituant (voir n° 1086). Or la banque n'est pas une industrie organisée pour recevoir des marchandises. — On tourne l'obstacle en remettant le gage à un tiers chargé de le détenir pour le créancier. L'avance prend la forme d'un escompte de *warrant* (ou encore de *traite documentaire*, n° 1459). La matière des *warrants* ne sera pas examinée dans ce chapitre (voir 5^e partie, chap. VIII). On soutient parfois que le gage est absent des opérations de *warrantage*. C'est une

(1) Les prêts sur gage portant sur d'autres objets rentrent dans les attributions des Monts-de-Piété, établissements d'utilité publique, qui sont affectés plus particulièrement à un but de bienfaisance.

assertion inexacte. Elle tient à la prévention des négociants contre l'emprunt sur gage, considéré comme humiliant.

1066. — Suite. — Le *nantissement sur valeurs de Bourse* est désigné en banque sous le nom d'*avances sur titres* (1). Cette opération tient, à côté des escomptes, une place importante. Si l'on prend les statistiques d'un temps normal, la Banque de France a un chiffre d'avances sur titres de 500 millions. Les opérations de même ordre du Crédit Lyonnais, de la Société Générale et du Comptoir d'escompte atteignent ensemble 300 millions. D'après les règlements de ces établissements, a) les avances sont limitées à certaines natures de titres, b) elles ne sont consenties que sur 60, 75 0/0, etc., de la valeur actuelle de ces titres au cours de la Bourse, c) elles ont lieu pour un temps très court, de quatre-vingt-dix ou de cent vingt jours, sauf renouvellement. Elles sont faites à des personnes commerçantes ou non. Les règles de faveur instituées au profit de certaines de ces banques, pour la constitution ou pour la liquidation du gage, seront étudiées plus loin.

La nature de l'avance sur titres a fait question. En pratique, on écarte de ce contrat la qualification de « prêt sur gage ». D'après la Cour de cassation (Civ. cass., 8 mars 1889, S. 90, 1, 257), l'avance sur titre est un contrat synallagmatique avec les deux obligations réciproques : restitution de la somme par l'emprunteur, restitution des titres après échéance par le banquier. Partant l'acte a dû être rédigé en deux originaux, conformément à l'article 1325, en supposant que le client ne fasse point de commerce, tandis que le prêt sur gage ordinaire n'en exige qu'un seul, signé par le constituant (art. 2074, C. civ.) (2).

Cette décomposition est critiquable (LYON-CAEN en note sous l'arrêt précédent). On s'explique cependant un pareil détour. Outre la prévention du commerce contre le gage, l'art. 411 C. pén. interdit sous des sanctions pénales aux établissements de crédit non autorisés tous « prêts sur gage », tant sur marchandises, que sur titres, même à des commerçants, car le texte ne distingue pas (en ce sens Crim. rej., 2 janvier 1890, J. Pal., 90, 852). Il fallait donc, pour sauver ces opérations, rentrant dans la banque libre et nécessaires au commerce, leur donner une autre base que le gage. En bonne législation, l'art. 411 devrait disparaître, ou se restreindre aux établissements s'adressant à la même clientèle que les Monts-de-Piété (3).

1067. — Transition. — Sous le bénéfice de ces observations d'ensemble, on peut aborder le contrat de gage en matière commerciale.

(1) V. THALLER, article dans les *Annales de droit commercial*, 1901, p. 65. — Depuis la loi du 25 juillet 1891, modifiée par celle du 10 juin 1916, les Monts-de-Piété, notamment celui de Paris, peuvent prêter également sur valeurs au porteur libérées.

(2) Sur le nouveau régime fiscal des avances sur titres institué par la loi du 11 septembre 1919, v. *infra*, n° 1083 bis.

(3) Le biais imaginé n'est, au surplus, pas décisif ; car l'article 411 frappe les maisons de prêt sur « gage ou nantissement », et l'avance sur titres forme, en tout cas, un nantissement, à supposer qu'elle ne soit pas un gage ; c'est ce dont conviennent les arrêts. V. d'ailleurs Crim. cass., 8 octobre 1906, D. 1908, 1, 143, qui applique l'article 411 à des maisons achetant des reconnaissances de Mont-de-Piété avec clause de réméré.

1068. — Le gage, contrat synallagmatique imparfait, est la source d'obligations à la charge du créancier qui le reçoit. Celui-ci promet d'administrer le gage, de le conserver, de n'en pas abuser, de le restituer après remboursement de la dette et, faute de remboursement amiable, de rendre l'excédent du prix de vente sur le montant de sa créance.

Mais le gage engendre surtout au profit du créancier un *droit réel*, qui est un démembrement de la propriété mobilière. Il est subordonné à une prise de possession. Jusque-là le créancier a seulement le droit d'exiger que la garantie promise soit constituée. Le gage proprement dit se forme *re*, par la livraison de la chose.

Le droit réel acquis au créancier est de nature double. Il consiste d'une part dans une *faculté de rétention*, d'autre part dans un *priviège*.

1069. — *Droit de rétention* (arg. art. 2082, al. 1, C. civ.). Le créancier est admis à conserver la chose, tant que sa créance ne lui est point payée. C'est une position toute défensive, d'ailleurs opposable aux ayants cause du constituant (créanciers ou acheteurs) comme au constituant lui-même. Par elle seule, elle ne conférerait pas le pouvoir de vendre.

Ce droit de rétention couvre implicitement toute nouvelle dette contractée par le même débiteur postérieurement à la mise en gage, et qui viendrait à échéance avant le paiement de la première dette (art. 2082, al. 2).

La faculté de rétention, comme le privilège, est indivisible : *est totum in toto et totum in qualibet parte*. Quand même des acomptes auraient été versés sur la dette, le gage entier répond du paiement du solde.

Quand le créancier se dessaisit volontairement du gage, il perd sa garantie. Lorsqu'il en est dépouillé contre sa volonté, il dispose pour le reprendre d'une action réelle, comparable à la revendication. Cette action toutefois ne serait pas recevable contre un détenteur de bonne foi, sauf au cas de perte ou de vol, et alors pendant trois ans seulement (arg. art. 2279 et 2280).

1070. — *Priviège* (art. 2102-2^o). Le créancier, non payé à l'échéance, a le droit de provoquer la vente aux enchères et de s'appliquer le prix par préférence aux autres créanciers du constituant. A la différence des autres privilèges qualifiés *légaux*, parce qu'ils décrivent exclusivement de causes déterminées de créances (louage, transport, etc.), le privilège est dit *conventionnel* : il peut être attaché non seulement à un prêt, mais à un contrat quelconque.

1071. — Sous les Codes de 1804 et de 1807, le gage civil et le gage commercial obéissaient aux mêmes règles ; les formalités du nantissement civil s'étendaient au commerce. Cela offrait aux négociants des inconvénients tant pour constituer le gage que pour le réaliser.

A. *Pour constituer le gage*. Le privilège ne pouvait s'établir, lorsque la créance excédait cent cinquante francs, que moyennant la rédaction

d'un acte public ou sous seing privé, dûment *enregistré*, constatant la somme due ainsi que l'espèce et la nature des choses mises en gage (art. 2074 C. civ.). Sans préjudice de la condition de *mise en possession*. — Si le nantissement portait sur une créance, il fallait en outre que l'acte de nantissement fût *signifié* au débiteur de cette créance donnée en gage (art. 2075).

On avait bien essayé de prétendre que la liberté commerciale de la preuve par témoins, sans limite de somme (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 109 C. com.), affranchissait le gage, au commerce, de la formalité de l'écrit prescrite par l'art. 2074.

Mais cette opinion n'avait point prévalu. L'acte écrit n'était pas exigé *ad probationem* : il répondait à un formalisme strict. La prescription s'étendait tacitement au droit commercial. Il n'y avait même pas seulement ici une règle tacite : l'ancien art. 95, relatif au privilège du commissionnaire, renvoyait au nantissement du Code civil.

Or les négociants doivent pouvoir affecter des marchandises ou des valeurs à leurs avances, sans être liés par des formalités dispendieuses. Ils se plaignaient de cette assimilation des deux espèces de gage (1).

B. *Pour réaliser le gage*. Le créancier, faute de paiement à l'échéance, ne pouvait vendre le nantissement que moyennant une autorisation du tribunal. Toute clause lui permettant de s'approprier le gage ou de simplifier les formalités prescrites était un « pacte comissoire », prohibé et sans effet (art. 2078 C. civ.). Le créancier pouvait d'ailleurs demander à la justice que le gage, au lieu d'être mis aux enchères, lui demeurât en paiement à due concurrence.

Ce préliminaire d'un jugement causait un grande gêne. Elle était particulièrement sensible dans les affaires, où les cours ont de rapides revirements, la baisse imposant une réalisation immédiate aux gens soucieux de se couvrir.

1072. — Le grief des commerçants tenait encore à un autre motif.

Le Code civil ne parlait que du gage sur *effets corporels* (art. 2074), et du gage sur *créances civiles* cessibles par voie de signification (article 2075).

Or il y a des valeurs intermédiaires, — tous les *titres négociables*, au porteur, nominatifs ou à ordre, — pour lesquelles les formes de nantissement restaient problématiques. Ces valeurs (rentes, actions et obligations surtout) sont, par la facilité de leur circulation, les mieux aptes à la mise en gage, d'où la fréquence des avances sur titres.

On avait en conséquence pris l'habitude d'opérer le nantissement desdites valeurs par le procédé d'une négociation en toute propriété (transfert ou tradition manuelle). Au moyen d'une contre-lettre, le

(1) Cependant une loi du 8 septembre 1830 avait abaissé au droit fixe de deux francs les enregistrements des actes de prêts sur dépôts ou consignation de marchandises ou valeurs, dans le cas de l'article 95 C. com. Ce droit est actuellement de 7 fr. 20. La loi de 1830 visant « le cas de l'art. 95 C. com. », il est très généralement admis d'ailleurs qu'elle ne concerne que les avances sur titres dans lesquelles la dette garantie est commerciale du côté du débiteur, non celles dans lesquelles la dette est civile de ce côté. Les avances sur titres de cette dernière espèce sont régies aujourd'hui, au point de vue fiscal, par la loi du 11 septembre 1919, v. *infra*, n° 1083 bis.

créancier promettait de repasser au débiteur la propriété du titre à l'échéance, une fois qu'il serait remboursé. Mais il y avait lieu aux droits de mutation. En outre le débiteur restait désarmé devant un abus de confiance : le créancier, présumé propriétaire au regard des tiers (art. 1321 C. civ.), pouvait vendre au mépris de sa parole et rendre l'acquéreur propriétaire.

1073. — La loi du 23 mai 1863 a corrigé ces différentes imperfections. Cette loi a été intercalée dans le Code de commerce sous les art. 91 à 93, précédemment consacrés au commissionnaire. Elle a dérogé pour le gage commercial, dans un esprit de faveur, aux règles civiles, et généralisé un système que la loi du 28 mai 1858 avait déjà appliqué aux marchandises en magasins généraux.

Notre sujet se distribue naturellement en deux parties : 1^o règles de constitution ; 2^o règles de réalisation du gage commercial.

§ 1. — Règles de constitution

1074. — Pour la création du gage, les prescriptions légales se décomposent en des *règles de forme* — simplifiées par la loi de 1863 — et en une *mise en possession*, prescription substantielle et de fond. Il faut les examiner successivement.

1075. — I. **Prescriptions de forme.** — La loi nouvelle a voulu mettre en harmonie les prescriptions du gage commercial avec celles qui sont établies pour la vente commerciale (le déplacement de possession étant réservé). Les mêmes preuves, servant à établir une vente dans le commerce, suffiront à justifier de la formation d'un gage.

Par suite de cette symétrie entre la *vente* et le *gage*, le nantissement commercial se démontre par tous les moyens possibles, notamment par témoins ou par présomptions (art. 109). Le gage peut être formé *verbalement*.

Mais cela n'est vrai que du gage sur meubles corporels : les autres meubles ne pouvant se transmettre en toute propriété que moyennant certaines formes déterminées, ces formes se retrouveront nécessairement dans le nantissement qui les concerne.

L'art. 91 signale quatre natures d'objets mobiliers : les *meubles corporels*, visés au commencement du texte ; les *valeurs à ordre* ; les *valeurs nominatives* sujettes à transfert ; les *créances cessibles jure civili*. Nous classerons ces dernières aussitôt après les meubles corporels. Nous parlerons pour finir des *titres au porteur* que l'article 91 passe sous silence.

1076. — 1^o *Meubles corporels* (marchandises ou meubles meublants). — Pour le gage commercial, un acte enregistré est aujourd'hui superflu, même au-dessus de cent cinquante francs. Le créancier pourra prouver la formation du nantissement par témoins (art. 91, al. 1^{er}).

Cette preuve ne lui sera même pas nécessaire, pour garder la chose : il a la détention ; possession vaut titre. Ce sera à son adversaire à

attaquer cette possession comme illégitime. Si cet adversaire justifie de faits de nature à ébranler le tribunal, alors il fera, lui gagiste, appel à l'enquête pour établir son nantissement : avant 1863 il n'était pas admis à y recourir, il lui fallait un acte écrit.

Cette preuve testimoniale offre bien un péril de fraude. Les nantissements sont fréquents à la veille d'une faillite. Or, la loi limite le droit pour le failli de donner, à cette date, un nantissement à l'un de ses créanciers (art. 446, 447 C. com.). — N'est-il pas à craindre que des complaisances de témoins ou des lettres antidatées fassent remonter ainsi un gage de la dernière heure à une époque plus ancienne, ou encore que, faute d'identité du gage, les parties ne substituent, au dernier moment, un nantissement plus précieux à l'ancien ? Avant 1863 ces manœuvres n'étaient point praticables ; l'acte de nantissement était enregistré et devait inventorier les objets donnés en gage. Actuellement, elles ont peu de chance d'être démasquées.

Nous avons dit que le gage de marchandises n'avait guère lieu, dans le commerce et dans la banque, que pour des produits en voyage ou en entrepôt, sous forme de la négociation du titre de route ou sous celle du warrantage. Cela nous oblige à rejeter dans d'autres parties de ce livre (magasins généraux, nos 1570 et s., traites documentaires, n° 1459) les nantissements les plus intéressants sur marchandises. Nous aurons à en toucher quelques mots, à propos du déplacement de possession.

1077. — 2° *Créances cessibles « jure civili »*. — La transmission à un cessionnaire d'une créance ordinaire exige la signification de la cession au débiteur cédé (art. 1690). Autrement, la cession n'est point parfaite au regard des tiers. C'est une règle de publicité. Le droit commercial ne pouvait s'en affranchir : pour rendre la créance indisponible, pour en empêcher le paiement, il fallait bien que le cessionnaire informât le débiteur du changement survenu dans le titulaire du droit.

Il en est de même dans le gage ; le nantissement d'une créance dans le commerce doit être, à peine d'inexistence du privilège, l'objet d'une *signification* au débiteur de ladite créance (art. 91, al. 4). A partir de ce moment, il n'appartient plus à ce tiers débiteur de se libérer aux mains de son créancier, au détriment des droits du gagiste. Aussi longtemps que la signification est retardée, la créance en gage n'est pas sous la main du gagiste (1).

Le gagiste n'a du reste pas la faculté de toucher, de son autorité, le capital de la créance affectée à son droit. Il faut qu'il y soit habilité par un jugement. Il en serait différemment si le gage consistait dans un effet de commerce (art. 91, al. 5, voir n° 1078). — Au contraire, il appartient au gagiste, sans formalité et sans autorisation, de toucher

(1) On se demande, en droit civil (et la question se présente de même en droit commercial), si la *signification* par huissier du gage au débiteur comporte un équivalent dans l'acceptation en forme authentique du nantissement que ferait ce même débiteur. Cette assimilation ne ressort pas *in terminis* de l'article 2075, mais elle est rendue vraisemblable par le rapprochement de la cession et du gage ; or, l'acceptation authentique d'une cession est productive des mêmes effets que la signification (art. 1690). Nous n'approfondissons point la controverse.

les intérêts de la créance, et de les imputer sur ceux qui peuvent lui être dus, ou à défaut sur le capital qui lui revient (art. 2081 C. civ.).

1078. — 3^o *Valeurs à ordre, négociables par endossement* (effets de commerce) (1). — Ces valeurs, par symétrie de la règle concernant leur aliénation en toute propriété, se constitueront en gage par un *endossement*. Cet endossement ne sera pas *translatif*, mais *pignoratif*, et renfermera la mention que les titres sont remis en garantie : valeur en *nantissement*. Le porteur n'a pas qualité pour négocier l'effet à l'amiable, comme pourrait le faire un porteur saisi d'un endossement de propriété ; mais il a le droit d'en recevoir le paiement.

Ces endossements de garantie sont rares : lorsqu'on veut affecter une lettre de change à une dette, on l'endosse en propriété, par dation en paiement. C'est une manière d'agir plus simple, que l'on rencontre dans l'escompte (n^o 1621) : le banquier donne une somme d'argent et reçoit par endossement un effet de commerce non échu d'égal montant : il n'y a plus là un nantissement.

Mais, en revanche, il existe des titres à longue échéance, les polices d'assurances sur la vie, contenant la clause à ordre. Ils se prêtent à l'endossement de garantie, et celui-ci est connu dans la pratique.

Jusqu'à la loi du 8 février 1922, il ne suffisait pas d'un endossement en blanc ; la loi l'interprétait comme un endos de procuration (art. 138 ancien). Le créancier cessait d'avoir un droit propre, le débiteur pouvait lui retirer son mandat : c'était contraire à l'irrévocabilité du gage. Il arrive assez souvent en pratique que des sociétés, spécialement des Banques, ayant un besoin momentané de numéraire, remettent au créancier qui leur avance à court terme ses capitaux disponibles, pour garantie du remboursement, des effets qu'elles ont en portefeuille et lui endossent en blanc. C'est l'opération dite « *aval en pension* » (ou *pension tout court*). L'effet devant être restitué à l'emprunteur quand celui-ci rembourse, il importe pour la facilité de sa négociation ultérieure qu'il ne porte pas trace de sa mise en pension ; d'où la forme de l'endossement en blanc.

1079. — 4^o *Valeurs nominatives, négociables par transfert* (actions, obligations, rentes sur l'Etat). Une forme nouvelle de mise en gage de ces valeurs est instituée par la loi de 1863 : le *transfert à titre de garantie* (2).

La loi continue à faire concorder le gage avec la cession. Ces valeurs, qui se négocient par un « transfert de propriété » transcrit sur les registres de l'établissement, pourront être engagées au moyen d'un « transfert de nantissement », donnant au créancier pouvoir de vendre à l'échéance selon les formes requises (art. 91, al. 3). Voir précédemment, n^o 686, s'il peut concourir aux assemblées générales.

1080. — Le *transfert de garantie* est le seul nantissement reconnu

(1) CERBAN, *Etude critique sur les conditions de la constitution en gage de choses incorporelles*, th. 1897.

(2) Il était cependant pratiqué avant 1863 ; le décret du 17 juillet 1857 affranchissait ce transfert, dans son article 4, du droit proportionnel des actions et obligations.

pour les valeurs nominatives. Sans doute, les parties pourraient dissimuler le gage sous un *transfert de propriété*, avec promesse par le créancier de ne pas vendre avant l'échéance et de rendre le gage après remboursement. Ce serait une *vente à réméré*, ignorée des tiers. On opérait de la sorte avant 1863. Si les parties ne reculent pas devant les droits de transmission, elles useront du transfert ordinaire avec contre-lettre (ou de l'endossement régulier dans un effet à ordre). Ainsi s'expliqueraient, dans les al. 2 et 3 de l'art. 91, les adverbess *aussi, également*. Le gage peut *également* s'établir par un transfert de garantie : c'est qu'un premier mode est possible, le transfert ordinaire.

Ce mode occulte de gage donne cependant à reprendre. Il laisse le débiteur désarmé devant un détournement par le créancier, contre lequel il ne pourrait pas se faire restituer au regard des tiers.

1081. — Sauf ce déguisement du gage sous une vente, *le transfert est la seule forme légale de nantissement des titres nominatifs. Cette affirmation est loin de rencontrer l'assentiment unanime.*

A. D'une part, les arrêts considèrent comme facultatif l'emploi du transfert (comme aussi celui de l'endossement pour la catégorie précédente), le gage constitué pour cause commerciale sur des valeurs négociables pouvant être établi, à l'égard des tiers comme à l'égard des parties, par l'un des modes quelconques indiqués dans l'art. 109 (Req., 12 mai 1879, D. 80, 1, 118 ; Douai, 12 mai 1891, D. 93, 2, 140).

La publicité du gage résultera de ce que le titre a été remis au créancier.

C'est une erreur grave ! On dira plus loin que la livraison du titre n'est pas du tout la tradition de la chose. La transmission en propriété de la valeur peut-elle s'opérer sans un transfert ? Non. La mise en gage requiert le transfert de la même manière.

B. D'un autre côté, on soutient que le transfert peut être remplacé par la signification du gage à l'établissement émetteur, conformément à l'art. 2075, comme s'il s'agissait d'une créance ordinaire (BOISTEL, LYON-CAEN et RENAULT, BÉZARD-FALGAS, *op. cit.* (1) ; exception faite quant à la rente sur l'Etat, puisqu'aucune opposition n'est admise au Grand Livre (l. 8 nivôse an VI) et que la signification de l'art. 2075 constituerait, en réalité, une opposition (2).

Nous n'adhérons pas à cette faculté de remplacement. On ne peut imposer aux établissements, indépendamment d'un registre des trans-

(1) Adde BÉZARD-FALGAS, *Comment doit-on lire l'art. 36 C. com., relatif à la cession des actions nominatives*, dans le Recueil notarial des Juris Classeurs, 1922, et *Traité du Contentieux des transferts*, 1924 ; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *Sûretés réelles*, I, n° 97. — De cette question il y a lieu de rapprocher celle de savoir si la créance incorporée dans un titre nominatif peut être cédée, en dehors de tout transfert par voie de signification dans les termes de l'article 1690 C. civ. ? L'affirmative a été admise, à tort croyons-nous, par la Cour de cassation, Cass. civ., 5 janvier 1926, D. 1926, 1, 65, note WAGNER ; S. 1926, 1, 93, note LYON-CAEN ; *Annales de droit commercial*, 1926, p. 84 et la note critique. — Comp. TIMBAL, *De la cession des titres nominatifs par les modes du droit civil*, *Rev. int.* 1926.

(2) V. cependant Cass. req., 26 juillet 1928, S. 1929, 1, 79, qui, après avoir admis que la signification de l'article 2075 peut remplacer le transfert de garantie, étend cette solution même au nantissement d'un titre de rente sur l'Etat.

ferts, la tenue d'un état de significations. Ce serait un grand trouble dans le service des titres. La cession d'une action nominative, par convention signifiée au siège social, ne produit pas, suivant nous, effet au regard des tiers (n° 603). Il doit en être de même du gage.

1082. — Question plus délicate. On veut affecter en gage une valeur de l'espèce précédente à une dette de *nature civile* : un agriculteur désire emprunter sur titre nominatif.

C'est encore sous la forme unique, exclusive, du transfert de garantie, que ce gage pourra se constituer. Cependant : a) la loi de 1863 ne gouverne que le gage commercial (n° 1063) ; b) lors de la discussion de cette loi, le Conseil d'Etat a repoussé un amendement, d'après lequel le gage en fonds publics ou en valeurs de Compagnies aurait pu « entre toutes personnes » se constater par transfert.

Nous estimons que la concordance des formes de la vente et de celles du nantissement s'impose par des raisons de logique, ici comme précédemment. La réforme de 1863 déborde donc sur le droit civil : le rejet de l'amendement, proposé en 1863, démontre seulement que le Conseil d'Etat n'a pas voulu préjuger la question.

Toutefois : 1° si l'emprunteur a contracté une dette civile supérieure à 500 fr., le transfert de garantie devra être précédé d'un acte de nantissement écrit et enregistré, suivant l'art. 2074, ce qui ne sera plus vrai d'une dette commerciale ; 2° la vente par le créancier non payé de la valeur nominative garantissant une dette civile devra se conformer à l'art. 2078, et exigera une autorisation de justice, à la différence de ce qui se passerait si la dette était un acte de commerce (1).

1082 bis. — 5° *Titres à ordre créés par la loi du 4 avril 1920.* — L'idée qu'il existe une concordance nécessaire entre les formes du nantissement et de la transmission de propriété nous permet de résoudre sans difficulté une question soulevée par la loi du 4 avril 1926. Cette loi a créé un nouveau genre de titres à ordre, auquel elle a accordé une faveur fiscale, et qui se rapprochent singulièrement, en fait, des titres nominatifs. La loi exige en effet, pour que la cession en soit opposable aux tiers, que l'endossement soit transcrit sur un registre spécial tenu par les sociétés, compagnies ou entreprises intéressées (v. *supra*, n° 605 bis). La loi est muette sur la question de la mise en gage de ces nouveaux titres. Mais il est logique, ici encore, de décider que le nantissement doit se faire dans les mêmes formes que la cession, et d'exiger que l'endossement de garantie soit transcrit sur le registre tenu au siège de la société.

1083. — 6° *Titres au porteur.* — Il n'est rien dit dans l'art. 91, ni dans les art. 2074 et 2075 C. civ., du gage des *titres au porteur*, valeurs cependant offertes en nantissement plus fréquemment que les valeurs nominatives.

(1) A l'égard des avances sur titres faites par la Banque de France ou par le Crédit Foncier, on suit des formes d'exécution plus simples, sans distinction de la qualité civile ou commerciale de la dette (Ord. 15 juin 1834, L. 19 juin 1857).

D'après des arrêts anciens (Civ. cass., 30 novembre 1864, D. 65, 1, 55), ces titres, quoique se rapprochant des meubles corporels, constituent, au fond, des créances mobilières. Pour les donner en gage, il faut une *signification à l'établissement émetteur*.

Cette exigence est invraisemblable. Vente et nantissement marchent de pair. La vente d'un titre au porteur n'exige pas une signification par l'acheteur à l'établissement. Pourquoi aurait-on à signifier un nantissement de ce même titre ? Celui-ci est rendu suffisamment public par le fait que le titre a changé de mains.

Ce qui demeure vrai, c'est que la validité d'un tel gage, quand il garantit une dette civile, exige au-dessus de 150 fr., un acte écrit et enregistré, et que la vente alors n'en peut avoir lieu que par autorité de justice.

A l'égard d'un gage commercial, il en va différemment : tous sont d'accord pour le dire. — Il résulte de l'Exposé des motifs de la loi de 1863 que le titre au porteur est assimilé aux meubles ordinaires tant pour la constitution que pour la liquidation du nantissement qu'il aurait pour objet, et que par conséquent, sauf la tradition du certificat, nulle forme n'est exigée.

1083 bis. — Ainsi que nous l'avons dit, le mode normal de la mise en gage des valeurs est, dans le commerce, *l'avance sur titres*. Etant donné que la jurisprudence y voit un contrat synallagmatique (v. *supra*, n° 1066), il paraissait logique, depuis la loi du 29 juin 1918 (art. 12 et 14), de considérer l'acte constatant l'avance comme étant soumis à l'enregistrement obligatoire dans les trois mois. Cependant l'Administration avait admis que « les actes unilatéraux consistant en une simple déclaration remise par l'emprunteur (Reçu de M..., la somme de..., que je m'engage à lui rembourser le..., avec intérêts à..., pour 100 l'an. En garantie de cette avance, je dépose à titre de nantissement les valeurs suivantes...) ne constituent pas des avances sur titres, puisqu'il leur manque un des éléments essentiels de cette nature de contrat : la constatation de la remise au prêteur des titres faisant l'objet du nantissement et l'obligation du prêteur de les restituer. Ces actes sont de simples obligations de sommes unilatérales, accompagnées d'une offre de nantissement dont l'acceptation n'est pas constatée » (1). Pour échapper à l'obligation d'enregistrer dans les trois mois, il suffisait donc d'éviter la constatation dans l'acte, de l'acceptation du gage par le prêteur et de son engagement de le restituer !

La question est régie aujourd'hui, par la *loi du 11 septembre 1919*, modifiée sur un point par l'art. 6 de la loi de budget du 30 avril 1921. Ainsi que nous l'avons déjà observé (v. *supra*, n° 1071, en note), la loi de 1919 laisse d'ailleurs subsister en principe la loi du 8 septembre 1830 pour les avances sur titres dans lesquelles la dette garantie est *commerciale* du côté des débiteurs. D'après la loi de 1919, les actes d'avances sur titres de fonds d'Etat français ou valeurs émises par le Trésor français sont dispensés du timbre et enregistrés gratis quand la

(1) Lettre du Ministre des Finances du 24 janvier 1919 à l'Union syndicale des Banquiers de Paris et de la Province.

formalité est requise (art. 1, l. 1919). A l'égard des actes sous seing privé d'avances sur toutes autres valeurs, il est dû un droit de timbre de 0 fr. 25 (aujourd'hui 0 fr. 30, art. 161 du décret du 29 décembre 1926 portant codification des droits de timbre) 0/0 du montant de l'avance. Ces mêmes actes sous seing privé sont, par dérogation aux articles 12 et 14 de la loi du 29 juin 1918, dispensés de l'enregistrement dans un délai déterminé. Lorsqu'ils sont présentés à la formalité (1), ils acquittent un droit proportionnel d'enregistrement de 1 0/0 (art. 5, même loi) (aujourd'hui 1 fr. 20, art. 271 § 11, VI, du décret du 28 décembre 1926 portant codification des droits d'enregistrement), même (par dérogation à la loi du 8 décembre 1830), quand l'avance est inférieure à 600 francs (art. 6, l. 1919 modifiée en 1920).

1083 ter. — Dans ces dernières années s'est propagée une pratique tendant à mettre en gage des titres au porteur dépourvus d'un souscripteur, des obligations de société particulièrement... Une société anonyme n'a pas pu placer une partie des obligations qu'elle avait mises en souscription. Elle utilise ensuite ces titres, en les donnant en nantissement à un banquier à l'effet de couvrir un emprunt. Le banquier trouve à cette couverture le double avantage de profiter d'une hypothèque, si les obligations sont pourvues d'une semblable sûreté et, en négociant ces titres, de rentrer plus facilement dans les avances consenties que s'il s'agissait de céder la créance du prêt.

La régularité de cette opération a soulevé des doutes. Le titre sans souscripteur, sans créancier, n'a pas de valeur légale, c'est un simple « chiffon de papier ». Il faut aller à l'étranger pour rencontrer des thèses qui investissent le titre d'un droit autonome, avant même qu'il ne se soit posé sur la tête d'un bénéficiaire. On s'en convaincra dans l'étude du change. La théorie de l'« acte unilatéral » n'est généralement pas admise en France.

Cependant, la pratique du nantissement de titres non placés a rencontré une jurisprudence favorable (Besançon, 5 août 1903, D. 1904, 2, 465, note P. APPLETON; Req., 13 juin 1903, S. 1905, 1, 497, note WAHL; Ch. réun., 16 mars 1904, D. 1904, 1, 321, note THALLER; Req., 1^{er} août 1906, D. 1908, 1, 65; Req., 23 février 1909; Civ. cass., 23 octobre 1929, *Gaz. des Sociétés*, 1929, 332, avec (p. 325) la dissertation de M. NICOLAÏ (2). Ce n'est pas qu'on doive faire rentrer l'opération dans le cadre du gage proprement dit. Mais on peut l'analyser, par interprétation des volontés, en une convention *sui generis*, ayant en elle-même ses éléments de validité. Il a été convenu : que les titres resteraient aux mains du banquier jusqu'à son remboursement, d'où l'acquisition d'un droit de rétention; — et en outre, qu'il les négocierait sous certaines conditions ou à certaines échéances : d'où un mandat de vendre intéressant les deux parties, partant irrévocable. Grâce à cette décomposition, le banquier peut même échapper à la règle du

(1) Quand il s'agit d'un gage civil, l'enregistrement de l'acte demeure d'ailleurs obligatoire pour le rendre opposable aux tiers.

(2) Pour la validité du gage fourni par la société sur des titres souscrits et non libérés voir Cass., 14 novembre 1911, D. 1912, 1, 201, note CHÉRON.

nantissement, prohibant la clause commissaire (n° 1094). Il lui est loisible de vendre de gré à gré les titres formant sa garantie (1).

1084. — Sous la qualification de « titres au porteur », ne tombent pas les *récépissés nominatifs*, représentant un dépôt de titres au porteur dans une banque. Si le porteur du récépissé se contentait de le délivrer, quittancé par lui, au créancier gagiste, le gage ne serait pas régulièrement constitué. Le nantissement a eu pour objet non les titres au porteur, mais une créance en dépôt les concernant. Il aurait fallu donner signification du gage au banquier (Civ. cass., 25 juin 1891, S. 91, 1, 333). Autrement, de simples mandataires abuseraient d'un tel certificat et le remettraient à leurs propres créanciers, qui seraient couverts dans cette doctrine par la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre* (Voir note A. COLIN, sous Paris, 15 juin 1896, D. 99, 2, 153).

1085. — II. **Mise en possession.** — Une seconde condition est prescrite pour le gage civil et pour le gage commercial tout à la fois : le *déplacement de possession du nantissement* au profit du créancier.

La loi de 1863 reproduit, dans l'art. 92, al. 1, la disposition de l'art. 2076 C. civ. : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ».

Seulement, le texte commercial s'explique en outre, dans un 2^e alinéa, sur le transport de possession, lorsqu'un tiers a été convenu pour détenir le gage. Ce tiers sera : 1^o tantôt un *entrepositaire*, la douane, par exemple ; 2^o tantôt un *agent de transport*. — Le créancier gagiste sera immatriculé sur les livres de l'établissement qui détient le gage (transfert en douane). Ou bien lorsqu'il a été délivré un document à ordre (*warrant* de magasin général, *connaissance* de capitaine), le constituant du gage le négociera à son créancier, ce qui mettra celui-ci en possession (2). — « Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un *connaissance* ou par une lettre de voiture ».

Les principes de la possession éclairent cet important résultat (nos 1025 et s.) : 1^o Le titre de transport ou d'emménagement se substitue à la marchandise et participe de sa nature, la détention du certi-

(1) Comp. WAHL, *Journ. des Soc.*, 1904, p. 97 et s. ; GUIONIN, *De la mise en gage des créances* (th. 1907) ; CHATEL, *Du nantissement des obligations de société non placées* (th. Rennes, 1907) ; VIOLET, *Actions et obligations en portefeuille* (th. 1908).

(2) Une fraude a été pratiquée dans la mise en gage des *connaissements*. Un chargeur de mauvaise foi, muni des quatre originaux de *connaissance* de l'article 288, les engage séparément à des prêteurs de fonds distincts. D'où conflit entre les différents porteurs qui prétendent tous être payés sur la cargaison. Il faudra déterminer leur ordre de classement : 1^o dans le cas où le capitaine n'aurait pas encore fait la livraison à l'arrivée ; 2^o dans le cas où le chargement aurait déjà été livré par le capitaine à l'un des porteurs quelconque, notamment à celui qui avait reçu son original après les autres, et dont le gage, par conséquent, n'était pas le premier en date. — Ces difficultés relèvent plutôt du droit maritime, et nous ne les examinerons point.

ficat équivalait à celle de l'objet corporel : 2° Mieux vaut une seconde explication : la mise à bord ou en entrepôt a fait naître une créance en restitution de la marchandise ; le gage porte sur une *créance* à ordre, on pratiquera l'endossement régulier de garantie de l'art. 91, al. 2, un endos en blanc pouvant être suffisant, sans signification ni au magasin général, ni au capitaine (sauf les particularités de la loi du 28 mai 1858 concernant le warrant) (1).

1086. — La chose pouvait être déjà aux mains d'un dépositaire ou d'un usufruitier. La condition de déplacement de possession n'est pas pour autant remplie. Il faudra que le créancier gagiste donne notification au détenteur. C'est aller trop loin que d'exiger avec la jurisprudence (Civ. rej., 3 avril 1896, D. 97, 1, 309) du détenteur dépositaire ou de l'usufruitier, la reconnaissance qu'il détiendra désormais pour le gagiste. L'interversion de possession sera produite, pourvu qu'on l'informe de ne plus avoir à restituer au mépris du gage.

La convention, par laquelle le débiteur lui-même conserverait le gage entre ses mains à un titre *différent*, comme dépositaire ou comme mandataire de son créancier, est inopérante. Le nantissement n'est point formé.

1087. — Ce déplacement de possession n'est requis que par le droit nouveau : l'hypothèque sur meuble y faisait autrefois échec. Il est inspiré par un motif de publicité. L'objet donné en gage n'est plus dans l'actif chirographaire, il est affecté à un ayant droit privilégié. Cette *affectation* doit être rendue *publique*. Elle ne se révélerait par aucun signe extérieur, si la chose restait chez le débiteur. On continuerait à lui faire foi, au vu de ce bien, en apparence libre de toute charge. La mise en possession du créancier évite ces méprises, et correspond à l'inscription de l'hypothèque immobilière.

Pour le transport de *propriété* il n'en est pas de même : la mise en possession n'est pas exigée. L'harmonie de la vente et du gage cesse d'exister à cet égard. Mais la *vente* donne au vendeur, à la place de la marchandise, un prix non encore touché probablement, et sur lequel ses créanciers se dédommageront. Tandis que les avances, reçues par le débiteur en retour du gage, ont été absorbées lorsque viendra son embarras d'affaires.

1088. — Le nantissement produit effet, même sur un meuble dont le constituant ne serait pas propriétaire. *Primus*, de bonne foi et ayant un titre, acquiert la propriété mobilière, même *a non domino*. Il acquerra un nantissement, dans les mêmes conditions, sur des meubles corporels, ou sur des valeurs au porteur, détournés à son insu (titre engagé par un commis de la banque dépositaire du portefeuille ; récipients loués et dont le locataire abuse en les donnant en nantissement, Paris, 19 décembre 1899 et 6 août 1900, D. 1901, 2, 321, et note VALÉRY).

(1) V. pour la décomposition de ce nantissement, HÉMAR, *Ann. dr. comm.* 1902, p. 101, article déjà cité.

Mais, si les meubles ont été *perdus* ou *volés*, le gagiste, même de bonne foi, pourra être dépossédé dans les trois ans : il est moins bien traité qu'un acheteur. Ce dernier, ayant acheté en Bourse ou chez un marchand, pourrait exiger de celui qui l'évince le remboursement de son prix d'acquisition (art. 2279 et 2280 C. civ.). Le gagiste ne pourra point opposer à la revendication semblable exception.

1089. — Le créancier gagiste ne doit pas seulement *se faire mettre*, il doit encore *demeurer en possession* ; autrement, le nantissement deviendrait caduc (art. 92 : mis et resté en la possession...).

On a discuté souvent les effets que produirait la *restitution temporaire* du gage à celui qui l'a constitué. Ces hypothèses sont fréquentes tant pour les marchandises, que pour les titres de Bourse. — La marchandise veut des soins particuliers, que le propriétaire est seul en état de lui donner. Elle se réalisera plus commodément par les soins du débiteur. Autre hypothèse : le titre étant venu à remboursement, le gagiste remet le certificat au débiteur, qui touche les fonds, rachète une valeur de même nature et la remet au créancier en remplacement de l'ancienne.

Intra tempora, le gage subsiste-t-il ? Des décisions bienveillantes ont répondu affirmativement (Note LYON-CAEN, sous Cass., 25 novembre 1891, et Douai, 26 janvier 1893, S. 93, 1, 465 et 2, 233 ; BOISTEL, sous Civ., 9 avril 1894, D. 94, 1, 409 ; LESAGE, *Etude économique sur le transport de possession au créancier dans le nantissement*, th. 1898, p. 45 et s.). Les arrêts statuent en fait et estiment que ces courtes remises n'interrompent pas la possession (Dijon, 1^{er} février 1902, D. 1902, 2, 283). Théoriquement, un dessaisissement, même passager, éteint le gage : les tiers ont dû croire l'objet, une fois rendu, quitte de tout engagement.

Cette question ne doit pas être confondue avec une autre : le commerçant qui avait *in bonis* constitué un gage, cesse ensuite ses paiements, et il retire l'objet engagé pour en donner un autre au créancier. Quoique l'art. 446 annule en période suspecte un gage constitué « pour une dette antérieure » (n° 1850), ici la conversion dans l'objet du gage n'est pas nulle, car il n'y a pas de nantissement nouveau.

1090. — Le déplacement nécessaire du gage est très juste, lorsqu'il s'agit de meubles sans assiette fixe, marchandises ou titres au porteur. Sans la prise de possession, il n'y aurait point de publicité. Encore verrons-nous dans les warrants agricoles, et dans les warrants hôteliers, la brèche faite à cette notion (n° 1603).

Le meuble est ambulante. Une inscription sur un registre public, comme cela a lieu pour l'hypothèque, n'informerait pas les tiers : il dépendrait du débiteur de faire voyager le meuble et de le porter dans une autre région, où le nantissement serait ignoré.

Cependant certains meubles ont cette *assiette fixe* : — le matériel de culture, bétail compris, — le matériel industriel, — le fonds de commerce.

Pourquoi ces meubles (nous excluons les cas d'immobilisation résultant de l'art. 524 C. civ.) ne comporteraient-ils pas une *hypothèque* sans

dépossession avec *inscription sur un registre public* ? C'est le principe appliqué : *a*) au navire, par les lois des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885, *b*) aux bateaux de rivière, par la loi du 5 juillet 1917, *c*) aux aéronefs, par la loi du 31 mai 1924 complétée par le décret du 13 octobre 1926 ; *d*) aux récoltes pendantes, pour les prêts faits par les banques coloniales (l. 11 juillet 1851 et s.), *e*) au warrant agricole, *f*) au warrant hôtelier (v. *infra*, n° 1603 *bis*). Une loi qui autoriserait le locataire d'une usine à donner ses machines en gage, moyennant une mention sur un livre public, n'aurait rien de plus hardi.

Au surplus, dans l'ordre commercial, le législateur a frayé la route par la mise en gage des fonds de commerce. Mais, avant de parler de cette dernière opération, une digression s'impose. La mise en gage exige-t-elle que le constituant remette ses titres au créancier ? La nécessité du déplacement de possession ne s'étend-elle pas à l'acte instrumentaire, prouvant le droit du débiteur sur la créance ou sur le meuble incorporel engagé ?

1091. — De la mise en possession du titre de créance (1). — Le déplacement de possession est une condition du gage, limitée d'après nous aux meubles corporels et aux titres au porteur. Il ne s'étend par aux créances civiles ni même aux créances négociables, nominatives ou à ordre. La signification de l'art. 2075, le transfert ou l'endossement suffisent à la publicité du nantissement. La délivrance du titre au créancier est surabondante.

Qu'est-ce que la possession ? L'exercice extérieur et non équivoque d'un droit. Lorsque le créancier a fait signifier le nantissement au débiteur, ou lorsqu'il a obtenu un endos ou un transfert à son nom, c'est lui, créancier gagiste, qui est qualifié aux yeux des tiers pour faire valoir ce droit. Le public est informé que la créance ou le meuble incorporel n'est plus à la disposition du constituant.

Il n'y a pas lieu d'exiger, par surcroît, qu'il soit fait *remise* au gagiste *du titre de créance*, de l'acte ou de l'effet de commerce : cette remise n'est point une condition substantielle du gage.

C'est cependant à cette délivrance nécessaire du titre que conclut la jurisprudence (Civ. rej., 20 mars 1886, *J. Pal.*, 86, 732, et note LYON-CAEN). En cas de nantissement donné sur le droit à un bail, le locataire devra remettre le bail à son créancier : par là s'opère, disent les arrêts, le dessaisissement voulu par la loi (Paris, 21 juillet 1892, *D.* 93, 2, 108). De telle sorte qu'une créance non constatée par écrit ne saurait comporter de mise en gage. Ainsi pense également la doctrine (*Contra* COLMET DE SANTERRE), à la suite de POTHIER, qui avait d'abord penché vers l'avis contraire, *Traité du nantissement*, n° 6 et *de l'hypothèque*, n° 211).

Cette jurisprudence s'est trompée sur le sens des mots « mise en possession ». On ne possède pas un titre, mais un droit. A la différence des choses corporelles et des titres au porteur, cette détention est pour les choses incorporelles indifférente. Elle ne prouve pas que le droit ait été

(1) ROGIER, *De la mise en gage des créances*, th. Paris, 1929.

mis hors de la portée du débiteur. Les arrêts, au surplus, se contentent, pour le titre authentique, de la remise d'une expédition, le débiteur continuant à se présenter comme resté maître du droit, grâce à la grosse par lui conservée (Req., 13 mars 1888, D. 88, 1, 351) : quelle garantie offre cette transmission d'un chiffon de papier ?

Sous ces réserves, examinons la mise en gage d'un fonds de commerce.

1092. — Nantissement de fonds de commerce (1). — D'après la définition du *fonds de commerce* (donnée aux nos 80 et s.), on devrait entendre par ces mots, non pas toutes les valeurs concourant à la marche d'un établissement, mais seulement la *clientèle* attachée à cet établissement, avec les avantages résultant du *bail* en cours. Le gage sur le fonds serait la faculté pour un créancier de faire vendre cette clientèle et ce bail, et de se payer par préférence sur le prix. Mais la question n'a pas été comprise ainsi à toutes les époques. Trois périodes demandent à être distinguées.

A. Sous les *Codes civil* et de *commerce*, cette mise en gage, dont aucun texte ne parlait, n'aurait pas dû être reconnue possible. Car il manquait une mesure de publicité suffisante pour avertir les tiers que le fonds avait été affecté à une dette déterminée. Ou, du moins, la publicité n'aurait pu consister que dans la tenue même du fonds par le créancier gagiste : posséder, c'est exercer le droit lui-même.

Les arrêts en avaient autrement décidé (Req., 13 mars 1888, *supra*) : la délivrance du titre, en jurisprudence, équivalait à la mise en possession. Le commerçant a des documents qui justifient de son droit sur le fonds et sur le magasin loué : il s'en dessaisira aux mains du gagiste, le nantissement sera régulier. Il pourra d'ailleurs continuer l'exploitation et ne sera pas tenu d'y préposer le gagiste.

Les titres à remettre au créancier étaient : 1° l'acte de transmission de fonds de commerce ; 2° le bail du magasin. En outre, le droit au bail constituant une créance de jouissance contre le propriétaire, le gage devait être signifié au bailleur, pour répondre à la condition imposée par l'art. 2075 au nantissement sur meubles incorporels.

La jurisprudence englobait dans le nantissement, outre la clientèle et le bail, l'outillage et les *marchandises* du fonds, quoique le gagiste ne les prit point en sa possession. Marchandises et matériel étaient l'accessoire du fonds, considéré comme une « universalité juridique », à moins de constituer en fait l'élément prépondérant de l'établissement, la clientèle n'ayant alors qu'une valeur inférieure (Paris, 2 novembre 1898, D. 99, 1, 196).

Nous avons protesté contre cette conception (n° 85) : les objets qui garantissent l'établissement ne font point partie du fonds de commerce. Un pareil nantissement demeurerait occulte : le public n'avait aucun signe visible de l'affectation que cet ensemble de valeurs avait reçue.

(1) Abondante bibliographie : notamment BOUVIER-BANGILLON, *Dé la vente et du nantissement des fonds de commerce*, 1909 ; DE CORNULIER-LUCINIÈRE, th. Nancy (1910) ; PEYRIÈRE (th. Toulouse, 1910), et les auteurs cités *supra*, n° 79 en note ; CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 4^e éd., 1926.

Un seul créancier s'attribuait ainsi en cas de faillite le produit intégral de l'actif.

B. La loi du 1^{er} mars 1898 avait introduit une réforme par simple addition à l'art. 2075 d'un alinéa ainsi conçu : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

Cette réforme aboutit à consacrer une *hypothèque mobilière* sans déplacement de possession sur cette valeur fixe que constitue le fonds de commerce, hypothèque comparable à celle que le droit maritime avait déjà, par les lois de 1874 et de 1885, instituée pour les navires. Il aurait donc fallu établir, pour le nantissement du fonds, un régime de publicité plus ou moins calqué sur le régime applicable d'après le Code civil aux hypothèques immobilières (inscription sur dépôt de bordereau, renouvellement de cette inscription, extraits à délivrer par les greffes, radiation, purge, etc.). La loi s'abstenait de statuer sur tous ces points. Ce qui contribuait à l'environner de causes d'incertitude.

En outre, la loi avait produit des abus. L'institution avait tué le crédit des petits commerçants. Les vendeurs de fonds accaparaient par ce moyen, et en tournant la loi des faillites, l'actif total de leurs acheteurs. On admettait que le nantissement comprenait le matériel et les marchandises (Cass., 31 octobre 1906, D. 1906, 1, 528). Telles avaient été les déclarations faites au Sénat par M. THÉZARD, rapporteur.

De nombreuses Chambres de commerce protestèrent. Quantité de thèses de doctorat et de dissertations parurent sur ce sujet (V. notamment MAGNIN dans les *Ann. dr. com.* 1899 et 1900). Il fut examiné par la *Société d'Etudes législatives* (au rapport de M. PERCEROU, *Bulletin*, 1903, p. 218).

C. La loi du 17 mars 1909, qui traite à la fois de la vente et du nantissement des fonds de commerce (pour la vente, cfr. n° 90), est enfin venue dissiper ces doutes et a fait rentrer notre nantissement dans des limites honnêtes. Les règles qu'elle établit, relativement à l'inscription du privilège du créancier nanti, s'étendent à l'inscription du privilège du vendeur du fonds.

Les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissement, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la loi nouvelle (art. 8).

Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement : la clientèle (avec l'enseigne, le nom, le droit au bail) (1), le mobilier commercial, matériel et outillage, et les droits de propriété industrielle attachés au fonds. A défaut de désignation expresse, il ne porte (art. 9) que sur le premier de ces éléments : clientèle (enseigne, nom, et droit au bail compris). En aucun cas, il ne sera possible d'y comprendre les marchandises, et c'est en cela que la loi nouvelle réalise un progrès,

(1) Sur la question de savoir quels sont les droits du créancier nanti (ou du vendeur du fonds de commerce) sur l'indemnité due en vertu de la loi du 30 juin 1926 au cas de refus de renouvellement du bail commercial, v. un article de P. ESMEIN dans la « *Semaine juridique* », 1928 ; Adde, du même, « Les clauses des baux à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le bail, *ibid.* »

re permettant plus l'absorption complète du crédit d'un homme par un fournisseur privilégié.

En la forme, le nantissement doit être constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré : il est donc dérogé à la règle du droit commercial de l'art. 91 C. com. modifié en 1863. Le privilège s'établit par une inscription à prendre sur un *registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce*, dans le ressort duquel le fonds est exploité, et sur le registre du greffe de chacune des succursales. Aucune autre mesure de publicité n'est prescrite, ni insertion au journal d'annonces légales, ni signification au bailleur (En ce sens déjà, Civ. rej., 5 janvier 1904, S. 1904, I, 223). L'inscription au greffe doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (art. 10 et 11) : sanction inconnue des autres dépendances de notre droit hypothécaire, où règne le principe qu'une inscription, quoique tardive, vaut à sa date.

Le rang des créanciers ayant obtenu nantissement sur le fonds, s'ils sont plusieurs, est déterminé par la date de leur inscription (art. 12).

La loi nouvelle, quant à la formalité de l'inscription, à la durée de ses effets, aux conditions de radiation, à la délivrance d'états au public, a pris en général pour guide, dans les art. 24 et s., les règles établies en matière d'hypothèques immobilières, et que la législation de l'hypothèque maritime avait déjà suivies en 1874 et en 1885. La seule particularité notable à signaler est la durée de l'inscription, fixée par la loi à *cinq années*, sauf renouvellement avant l'expiration de ce délai (art. 28). Si les cinq ans étaient expirés avant que l'intéressé n'eût effectué le renouvellement, le privilège lui-même serait perdu et non pas seulement le rang : l'effet de la première inscription se trouvant épuisé, la situation équivaldrait au défaut de prise d'inscription dans la quinzaine de l'acte constitutif.

Le fonds de commerce, grevé de nantissement, peut être l'objet d'un déplacement. Ou bien les créanciers gagistes adhèrent à ce déplacement ; ayant reçu avis de la résolution du débiteur, ils auront fait dans la quinzaine suivante reporter leurs inscriptions sur le registre du nouveau siège ; leurs créances demeurent alors telles qu'elles étaient. Ou bien le déplacement a lieu sans leur consentement ; en ce cas, s'il en résulte une dépréciation du fonds (art. 13) (1), leurs créances peuvent devenir exigibles (application directe de l'art. 1188 C. civ.).

Le propriétaire bailleur de l'immeuble dans lequel s'exploite le fonds ne peut résilier le bail à l'amiable ou judiciairement, sans avoir fait une notification préalable aux créanciers inscrits (art. 14) (2).

(1) Le texte de la loi ajoute à cette hypothèse un autre cas, tout à fait exorbitant, de *décadence facultative* du terme, une décadence pouvant résulter de la seule inscription du nantissement. En effet, cette inscription peut rendre exigible toute dette antérieure, même chirographaire, du constituant, pourvu que cette dette ait pour cause l'exploitation du fonds (art. 13, al. 4).

(2) Nous ne pouvons entrer dans l'examen des modifications proposées par M. CORDELET au texte de la loi du 17 mars 1909, dont il a été lui-même l'auteur (n° 83).

§ 2. — Règles de réalisation du gage

1093. — Par suite de la réforme de 1863, le gage commercial se réalise sans autorisation de justice, au moyen d'une procédure rapide (1). Cette procédure consiste en ceci :

a) *Signification* par exploit d'huissier, faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un, à défaut de paiement à l'échéance ;

b) *Vente publique* des objets en gage, huit jours après ladite signification (art. 93, al. 1) : c'est un délai franc, art. 1033 C. proc. civ. (2).

A moins qu'il ne s'agisse de valeurs de Bourse, l'officier compétent pour procéder à la vente est le *courtier* inscrit ou assermenté (voir le chapitre suivant), du moins lorsqu'il s'agit de *ventes en gros*. Les parties peuvent faire requête au président du tribunal de commerce pour qu'il désigne une autre classe d'officiers publics, assujettis alors aux tarifs des courtiers (art. 93, al. 2 et 3).

Si la réalisation du gage se fait par *ventes en détail*, les courtiers sont sans qualité. La jurisprudence a donné raison aux commissaires-priseurs (3) contre les courtiers (Civ. rej., 5 janvier 1898, D. 98, 1, 460 ; voir cep. WAHL, sous Paris, 9 mai 1894, S. 95, 2, 241), voir *infra*, n° 1109.

Pour les valeurs de Bourse admises à la première partie de la cote officielle, la vente doit, d'après la portée donnée par la jurisprudence au monopole des agents de change, avoir lieu obligatoirement par l'intermédiaire d'un de ces officiers publics (v. *supra*, nos 986 et s.) ; elle se fait aux enchères, suivant les formes énoncées par les art. 70 et 71 du décret du 7 octobre 1890.

Quant aux valeurs qui ne figurent pas à la première partie de la cote officielle, les agents de change ont également qualité pour les réaliser sur la poursuite du créancier gagiste (art. 70 et 71 D. 1890), mais sans monopole à cet égard (v. *supra*, note sous le n° 986).

1094. — La *clause commissaire*, autorisant le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer dans les formalités ci-dessus, est nulle et de nul effet (art. 93, al. 4).

Le débiteur qui souscrit à cette clause est privé de sa liberté ; il ne peut faire une pareille convention ni au moment de la constitution, ni au cours de son engagement, ni même sa dette une fois échue (4).

Mais, s'il était tombé en faillite, le syndic, pour diminuer les frais,

(1) Lorsque le créancier gagiste veut s'appliquer le gage à dire d'experts, il semble qu'il ait conservé, même au commerce, le droit de se le faire attribuer, moyennant autorisation de justice, comme le décide l'article 2078 C. civ.

(2) La Banque de France peut faire vendre, le lendemain de l'échéance et sans mise en demeure, les valeurs déposées à raison d'avances sur titres (Ordonn. 15 juin 1834).

(3) Sur les règles organiques de la profession de commissaire-priseur, v. la loi du 27 ventôse an IX et l'Ordonnance du 26 juin 1816. La loi du 20 avril 1924 a décidé que « Les commissaires-priseurs seront nommés sans distinction de sexe ».

(4) Cependant la Cour de cassation permet la vente du gage faite par le débiteur au créancier (Rej., 17 octobre 1906, D. 1907, 1, 79).

pourrait, au nom de la masse, autoriser le créancier à vendre à l'amiable.

1095. — Lorsque le gage se dissimule sous une *vente à réméré*, les parties contreviennent indirectement à la prohibition du pacte comissoire. La faculté de rachat étant limitée à un certain délai, l'expiration du temps convenu sans que le vendeur en ait usé rend l'acheteur définitivement propriétaire. C'est comme si les parties avaient déclaré que le gage serait acquis de plein droit au créancier faute de paiement. Cependant, l'opération n'est pas nulle. Là même où le réméré serait *obligatoire*, où l'acheteur pourrait contraindre le vendeur à l'exercer, le contrat devra être observé.

Ce n'est que si la chose vendue à réméré doit demeurer au vendeur à *titre de dépôt ou de location*, qu'il y a un nantissement détourné ; et un nantissement nul, faute de déplacement de possession. Cette combinaison, dite *contrat pignoratif*, était déjà réprouvée dans l'ancien droit. Il y avait alors un motif de plus de l'annuler : le débiteur, resté nanti, promettait un loyer, véritable intérêt du capital avancé par le créancier prétendu acheteur. Aujourd'hui encore — du moins lorsque sera rentrée en vigueur la loi limitative du taux de l'intérêt conventionnel en matière civile, — il est à craindre que cet intérêt, en matière civile, ne dépasse 5 0/0 ; l'opération serait nulle à la fois : a) comme contraire à l'art. 2078 C. civ., et b) comme entachée d'usure.

1096. — En résumé, l'exécution du gage commercial peut s'effectuer *sans titre exécutoire*. C'est un pouvoir exorbitant : car pour tous les autres privilèges reposant sur un gage tacite, excepté celui du commissionnaire : — pour le privilège du bailleur (art. 819 C. proc. civ.), — pour celui de l'agent de transport (art. 106 C. com.), — pour celui de l'aubergiste (l. 31 mars 1896), — pour celui de l'ouvrier qui a confectionné ou réparé des objets abandonnés chez lui (l. 31 décembre 1903), — la vente est subordonnée au moins à une ordonnance du juge de paix.

La créance étant souvent litigieuse et non liquide, la loi de 1863 a poussé la simplification des anciennes formes plus loin qu'il n'aurait fallu.

1096 bis. — Les règles précédentes sur la réalisation du gage ne sont pas celles qui s'appliquent, depuis la loi du 17 mars 1909, à la réalisation d'un nantissement d'un *fonds de commerce* (1).

Le créancier gagiste (ou le vendeur du fonds) doit, huit jours après sommation de payer demeurée sans résultat, faire ordonner la vente par le tribunal (art. 16). C'est le *tribunal de commerce* qui a compétence à l'effet de prononcer cette vente, et non le tribunal civil ainsi que le voulaient les principes ordinaires réservant à la juridiction de droit commun les mesures d'exécution (art. 442 C. proc. civ.). Cette innova-

(1) C'est principalement à l'organisation du régime de la vente publique des fonds de commerce que s'est attaché M. CORDELET, dans sa proposition qui modifie, qui complète surtout la loi de 1909 (n° 83).

tion a été consacrée au cours des débats de la loi, par le Sénat, sur un amendement de M. VALLÉ. La vente a lieu après sommation de prendre communication du cahier des charges, faite aux créanciers inscrits ainsi qu'au propriétaire du fonds, et après apposition d'affiches. Aucune surenchère n'est admise, lorsque la vente a eu lieu suivant les règles tracées par la loi (art. 17 et 21).

Il était à craindre que, le privilège ne portant pas nécessairement sur tous les éléments du fonds et excluant de toute manière les marchandises, la vente publique *séparée* d'un de ces éléments n'en compromît la valeur de réalisation, et aussi la valeur de réalisation des autres. Le tribunal de commerce ordonnera qu'il sera procédé à la *vente de tous les éléments du fonds*, avec mises à prix distinctes, et ventilation à faire dans le prix : 1° lorsque le créancier le requerra ; 2° lorsque le débiteur en fera la demande ; 3° lorsqu'un autre créancier inscrit touché de la notification des poursuites, aura, dans la quinzaine, formé devant le tribunal de commerce une semblable prétention, 4° même, en dehors d'une réalisation de nantissement, à la demande de tout créancier obtenant condamnation, si la créance se rattache à l'exploitation du fonds (dérogation à la règle qui subordonne aux formes de la saisie mobilière l'exécution forcée requise par un créancier chirographaire) (art. 15, 18 et 21 de la loi) (1).

Le tribunal pourra autoriser le poursuivant, s'il n'y a pas d'autre créancier poursuivant ou opposant, à toucher le prix directement et sur sa seule quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur (art. 15, av.-dern. al.).

L'officier public compétent pour procéder à la vente est le commissaire-priseur, lorsque l'importance des éléments corporels des fonds de commerce dépasse celle des éléments incorporels, et, dans le cas inverse, le notaire (2).

En cas de vente à l'amiable, le privilège du créancier gagiste (ainsi que celui du vendeur) suit le fonds de commerce en quelques mains qu'il passe. Les art. 2279 et 2280 C. civ. ne s'appliquent point au fonds de commerce (Cass., 26 janvier 1914, D. 1914, 1, 112), excepté pour ce qui concerne le matériel, séparément vendu (Req., 22 avril 1913,

(1) Les dispositions de la loi ne sont pas claires, et il est difficile d'établir entre elles une parfaite concordeance. Ce pouvoir de demander la vente de tous les éléments réunis du fonds n'est expressément conféré au créancier poursuivant qu'à partir du moment où « il a exercé une saisie-exécution ». Il n'est reconnu au débiteur que dans la même hypothèse (art. 15). Le même droit à la vente globale n'est pas formellement exprimé à l'égard du créancier chirographaire qui obtient un jugement de condamnation (art. 18). Au total, il règne dans cette partie de la loi un regrettable désordre.

(2) Cass., 17 décembre 1919, *Gaz. des Trib.*, n° du 28 février 1920 et D. 1922, 1, 123 ; Lyon, 7 mai 1926, D. H., 1926, p. 193 ; Besançon, 1^{er} février 1926, D. 1926, 2, 113 et la note de M. CRÉMIEU. — Si la valeur des éléments corporels (matériel et marchandises) l'emporte, le commissaire-priseur est compétent, quand même il est stipulé que les marchandises seront reprises en sus par l'adjudicataire à dire d'experts, Trib. civ. Marseille, 15 novembre 1923, *Mon. jur. Lyon* du 7 mars 1924. — En cas d'adjudication sur surenchère du sixième conformément à la loi de 1909, les honoraires du commissaire-priseur sont calculés, non pas seulement sur l'excédent du prix d'adjudication par rapport au prix de la première vente, mais sur l'intégralité du prix d'adjudication, y compris la valeur du matériel et même des marchandises à prendre à dire d'experts, Lyon, 1^{er} mars 1924, *Mon. jur. Lyon* du 30 juin 1924, avec note.

D. 1913, 1, 225 ; *contra*, Rouen, 14 novembre 1908, D. 1911, 2, 313, note PERCEROU).

Le privilège ne s'éteint pas, comme le droit de suite des créanciers chirographaires du vendeur, par les formalités visées à l'article 3 de la loi de 1909. L'acquéreur peut procéder à la purge, de la même manière et sous les mêmes formes que l'acquéreur d'un immeuble, sous réserve de quelques différences concernant surtout les délais. La surenchère du dixième, accordée à tout créancier inscrit, doit être exercée dans la quinzaine de la notification, et la procédure se déroule devant le tribunal de commerce (art. 22 et 23).

Toutefois la vente du fonds de commerce aux enchères publiques emporte de plein droit purge du privilège du créancier nanti : aucune surenchère n'est plus possible, pas plus celle du dixième que celle du sixième (art. 5, § 3, l. 1909) (1).

(1) Mais en cas de licitation d'un fonds de commerce inséparable des immeubles dans lesquels il est exploité, les parties peuvent valablement convenir d'insérer, dans le cahier des charges dressé pour parvenir à la vente de cette universalité, une clause stipulant que la surenchère du sixième, autorisée par l'art. 708 C. proc. civ. portera sur la totalité du prix des immeubles et du fonds de commerce réunis. Req., 1^{er} avril 1925, D. 1925, I, 169, note PERCEROU.

CHAPITRE II

DU COURTAGE ET DE LA COMMISSION

1097. — *Courtiers et commissionnaires* prêtent leur entremise aux commerçants. Mais cette entremise ne s'exerçant point sous la même forme, le sujet doit être étudié dans deux sections.

SECTION PREMIÈRE

DU COURTAGE

(C. com., 1, 5, art. 71 à 90 *passim* ; l. 18 juillet 1866).

1098. — Le *courtier* a tenu, au moyen âge et dans le commencement de l'époque moderne, un rôle plus important qu'aujourd'hui : il était l'indigène chez qui descendait le marchand étranger, il lui prêtait son patronage. Les marchés se traitaient par son intermédiaire, il répondait de son client et lui servait de truchement (comme le fait encore le courtier maritime). Il certifiait par son bordereau l'opération, ainsi que le poids de la marchandise livrée, il venait déposer en justice, etc. — De là, une fonction publique, qu'on a peine à comprendre si l'on s'en tient à la médiation qu'il fournit de nos jours.

Depuis 1866, la liberté du courtage des marchandises a multiplié ces agents, sans qu'il soit facile de les distinguer des représentants de commerce ni même des commissionnaires. Beaucoup d'entre eux se contentent de cette position, après en avoir connu de plus brillantes.

Simple médiateurs entre les deux parties, qui négocient ensuite directement le marché : telle semblait la fonction exclusive des courtiers, d'après le Code de commerce. Elle s'est modifiée ; souvent ils traitent le marché eux-mêmes au nom du donneur d'ordre, et font office de « mandat », au lieu de simple « louage d'ouvrage ».

Par suite de toutes ces raisons, il convient de ne consacrer au courtage que de faibles développements ; parlant précédemment des Bourses, nous avons placé déjà les courtiers dans leur cadre habituel (n^{os} 852 et s.).

1099. — **Courtages d'ordre maritime.** — Il faut écarter ce qui concerne le droit maritime. La loi a établi :

1^o Des *courtiers maritimes* ou *interprètes et conducteurs de navires* (art. 81 C. com. et Ord. 1681, I, 8, art. 2 à 6). Ils font le courtage des affrètements ou transports maritimes (mise des chargeurs en rapports avec les capitaines, rédaction du bordereau ou du connaissement). Ils constatent le cours officiel des frets. Ils procèdent à la *conduite* du capitaine, c'est-à-dire qu'ils le représentent, ou, s'il est étranger, lui

servent d'interprètes auprès de la douane et du tribunal de commerce (dépôt du manifeste, rapport de mer) (1) :

2° Des *courtiers d'assurances maritimes* (art. 79), faisant le courtage des assurances, rédigeant les polices concurremment avec les notaires, certifiant les cours des primes (ne pas les confondre avec les courtiers d'assurance terrestre, profession libre) ;

3° Des *courtiers de transports par terre ou par eau* (art. 82), opération dans l'ordre de la navigation fluviale : cette profession n'a guère existé que dans le cerveau du législateur (2).

1100. — Ces catégories de courtiers fonctionnent sous la loi du privilège, comme les agents de change dont il convient de les rapprocher. Ils sont institués par le gouvernement en nombre limité : ils exercent un office public, avec faculté de présenter leur successeur moyennant finances : ils n'ont pas le droit d'exercer le commerce pour leur compte. Nul autre ne peut s'immiscer dans leurs attributions, sous peine de l'amende proportionnelle au cautionnement (L. 28 ventôse an XI, art. 8).

Les bordereaux qu'ils délivrent, à condition d'être signés par les parties (art. 109, al. 4, C. com.), ou les contrats qu'ils rédigent disposent de la *force probante* des actes authentiques (arg. art. 1317 C. civ.) ; mais non de la *force exécutoire*, laquelle est réservée aux actes notariés.

Ils ne jouissent point de la faveur de s'adjoindre des associés, accordée aux agents de change dans les Bourses à parquet (L. 2 juillet 1862).

1101. — **Courtage en marchandises.** — Dans le commerce terrestre, le courtage se limite aux *achats ou ventes de marchandises*. Car le « courtier » d'assurances terrestres et sur la vie, qui fréquente la clientèle d'une place pour la faire conclure ou renouveler des polices, est moins un vrai courtier que le préposé d'une ou de plusieurs Compagnies, ce qui le fait ressembler au « remisier » de l'agent de change. C'est seulement de ces courtiers en marchandises qu'il sera question par la suite.

1102. — On appelle *courtage* (n° 25) la *médiation par laquelle une personne cherche un vendeur à un acheteur ou réciproquement*, et signale la contre-partie à un donneur d'ordre, qui se met en rapport avec elle.

(1) L'assistance du courtier est requise : 1° lorsque le capitaine ou son armateur n'agit pas par lui-même ; 2° lorsque celui-ci est hors d'état de le faire, parce qu'il ne connaît point notre langue. Le fait par l'armateur d'être représenté soit par un commis sur la place soit par un « consignataire du navire », dispense-t-il de recourir au courtier ? *Quid* du « consignataire unique de la cargaison » quant aux opérations de douane concernant la marchandise ? Nous renvoyons au droit maritime pour la solution de ces questions.

(2) Il est question cependant, à propos du projet destiné à doter la France d'une législation (qui lui manque) sur les transports fluviaux, d'organiser des « Bourses d'affrètement », auxquelles seraient attachés des courtiers officiels de transport par eau. Mais ces courtiers ne seraient pas des officiers publics ; la garantie consisterait dans l'inscription obligatoire sur une liste, après admission par le tribunal de commerce, avec faculté d'appel en cas de refus d'inscription.

Le courtier touche un *courtage* de chacun des opérateurs et confectionne le *bordereau* du marché si les intéressés lui en confient la rédaction. Le fait que les deux parties se trouvent, par son ministère, en relations directes, exclut toute idée de secret professionnel, de garantie d'exécution, et de prise de couverture. Cette profession n'a pas besoin d'un fonds de roulement (à moins que l'usage ou que les conventions n'aient assigné à l'agent la fonction, sensiblement différente, de commissionnaire).

Il donne son concours à toute personne, sans dépendre d'un patron. Officier public ou non, il est *commerçant* (art. 632, et art. 1^{er} C. com. cbn.).

1103. — La législation du courtage en marchandises a été transformée par la *loi du 18 juillet 1866*.

Précédemment, cette nature de courtage était, comme les autres, érigée en office ministériel, avec des titulaires en nombre limité, disposant d'un privilège. L'extension graduelle des affaires les avait obligés sur les différentes places à se spécialiser. De là, une gêne pour le commerce. Les commerçants, résidant ailleurs que sur le marché de leurs produits, ont besoin d'y choisir un agent. Ce choix ne fut plus pratiquement possible, en face de courtiers s'étant réparti les diverses branches d'affaires. Le commerce recourut alors au ministère des *représentants*.

Il s'établit sur ces places des agents libres, recevant les propositions des maisons de fabrique, et les transmettant à la clientèle. Ils en référaient aux maisons lorsque les clients demandaient à modifier les conditions. Les courtiers poursuivirent ces nouveaux venus pour exercice illégal du courtage ou « marronnage », et les firent condamner.

Le commerce protesta. Il fallut lui donner satisfaction et établir la liberté du courtage. On décida le rachat des anciennes charges, ainsi que le remboursement des cautionnements. Ce fut l'objet de la loi de 1866.

Actuellement, il y a deux espèces de courtiers en marchandises.

1104. — **1^o Courtiers libres.** — La plupart d'entre eux sont des courtiers libres : toute personne a le droit d'exercer cette profession, au même titre que celle de banquier ou de fabricant (art. 1^{er} de la loi). Pas de monopole, pas de limitation du courtage aux seuls citoyens, aux seuls Français, pas de Chambre syndicale, à moins qu'ils n'usent volontairement de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels (1). Pas d'immixtion dans la cote officielle : celle-ci, on va le voir, est établie par d'autres agents.

(1) Les courtiers, comme tels, ne sont pas assujettis à la *loi du 8 octobre 1919* (décret d'application du 29 novembre 1919, *Journ. Off.* du 2 décembre) qui établit une *carte d'identité professionnelle obligatoire pour les voyageurs et les représentants de commerce*. Mais cette carte devient obligatoire pour le courtier, lorsque — ce qui est fréquent — il joint à cette qualité celle de représentant de commerce, c'est-à-dire lorsque, tout en offrant d'une façon générale ses services au public, il est en outre, pour certains commerces déterminés, le représentant attitré d'une maison ou de plusieurs maisons non concurrentes. Sur le représentant de commerce, v. au surplus, *infra*, n^o 1115.

Si le courtier s'est borné à rapprocher les deux opérateurs, il n'est responsable ni de la qualité de la marchandise, ni de la solvabilité de l'acheteur. La livraison s'est faite en dehors de lui, le vendeur a agréé la contre-partie après s'être informé de son crédit. Le courtier ne pourrait être recherché, sauf si son rôle se compliquait d'autres éléments.

1105. — 2^o **Courtiers inscrits.** — La loi de 1866, tout en supprimant les courtiers privilégiés, s'arrête à un moyen terme. Elle établit, à côté des courtiers libres, des agents revêtus d'un certain caractère officiel. Ces agents sont désignés du nom de courtiers *inscrits* ou *assermentés*.

Il est dressé par le tribunal de commerce la liste des courtiers de marchandises qui aurent demandé à y être portés, et que le tribunal aura jugés dignes d'y figurer, moyennant un droit d'inscription, lequel ne saurait excéder 3.000 fr. (1). Ils sont en nombre indéfini ; leurs charges ne donnent pas lieu à trafic.

Seuls peuvent être inscrits sur la liste : les citoyens français non faillits ou réhabilités, et justifiant par une attestation de commerçants de leur moralité et d'aptitudes professionnelles (art. 2).

Quoique ces courtiers de la deuxième catégorie n'aient plus le droit exclusif de faire le courtage, du moins certaines attributions leur sont réservées.

Bien que pouvant faire le commerce pour eux-mêmes, ils ne doivent prendre aucun intérêt dans les opérations dont ils se sont chargés, à moins d'en informer les parties : le tout, à peine d'amende et de radiation (art. 7). La règle paraît concerner tant les courtiers libres que les courtiers inscrits, hormis la sanction pénale qui est spéciale à ces derniers.

Voici les prérogatives des courtiers inscrits :

1106. — a) Réunis en Chambre syndicale et placés sous la discipline de cette Chambre, ils se réunissent pour *constater* périodiquement le *cours des marchandises*, avec des négociants ou des courtiers libres, s'il y a lieu (art. 2, *in fine*, 3 et 9, et loi du 22 mars 1893). — On a vu (n^o 1034) que la plupart du temps ce cours était établi en fait par le relevé des prix traités à la Bourse du commerce, en dehors des courtiers eux-mêmes : ils se contentent, en le certifiant, de lui donner le caractère officiel.

1107. — b) A défaut d'experts désignés d'accord, l'*estimation* d'une *marchandise déposée dans un magasin général* ne saurait être confiée qu'à des courtiers inscrits (art. 5.)

Par exemple, l'acheteur, lors de la livraison, demande l'expertise de la marchandise entreposée. Ou bien, un warrant n'est agréé par un banquier que sous condition de vérification : à moins d'experts nommés à l'amiable, un courtier inscrit, seul, peut en être chargé.

Le courtier requis de procéder à une telle estimation ne peut pas

(1) C'est cette ressource budgétaire qui a permis le remboursement par l'Etat du prix et du cautionnement des anciennes charges.

sous peine de radiation se porter acquéreur (art. 6). La loi déjoue le calcul qui lui ferait déprécier la marchandise, afin de se la procurer ensuite à plus bas prix.

c) Enfin le courtier inscrit peut seul être préposé à la *vente publique volontaire de marchandises en gros* (art. 4, l. 1866 combiné avec l'art. 1 de la loi du 28 mai 1858 sur les ventes publiques de marchandises en gros) et à la *vente forcée en gros de marchandises warrantées* (art. 4, l. 1866, combiné avec l'art. 7 de la loi du 28 mai 1858 sur les warrants, et avec la seconde loi de même date précitée) (1).

1108. — Ventes publiques. — La législation des ventes publiques de marchandises est compliquée. Nous ne pouvons l'examiner longuement. Autrefois, ces opérations étaient vues défavorablement, à cause de la concurrence qu'elles faisaient au commerce de magasin. Les enchères en entrepôt détournaient la clientèle des maisons vendant de gré à gré. Plus tard, on revint de cette prévention, en entrant dans les idées anglaises. Le développement des entrepôts nécessitait des adjudications aux criées dans les salles attenantes au magasin général. Mais pour ménager les intérêts du négoce du détail, on s'est arrêté à un système transactionnel dont la formule a plusieurs fois varié, et dont voici en résumé l'économie actuelle.

Aux termes de la seconde loi du 28 mai 1858 (art. 1), la *vente volontaire aux enchères, en gros, des marchandises* comprises au tableau annexé à cette loi peut avoir lieu par le ministère des courtiers, sans autorisation du tribunal de commerce. En outre, ce tribunal peut (art. 1, l. 3 juillet 1861), après décès ou cessation de commerce et dans tous les autres cas où cette mesure lui paraît nécessaire, autoriser la vente aux enchères en gros de marchandises de toute espèce ; mais il peut alors désigner un officier public autre qu'un courtier. Une vente n'est réputée faite en gros que si les lots, d'après une évaluation basée sur le cours moyen des marchandises, sont au moins, tantôt de 500 fr., tantôt de 100 fr., selon les classes de marchandises (art. 25 du Décret du 12 mars 1859 modifié par celui du 30 mai 1863, et art. 3 du Décret du 6 juin 1863). Toute autre vente est réputée faite au détail.

La *vente volontaire au détail de marchandises neuves à cri public* est en principe interdite (art. 1, l. 25 juin 1841). Elle reste exceptionnellement permise dans certains cas, tels que la cession de fonds de commerce : elle n'a point lieu alors par l'entremise du courtier, mais par celle du *commissaire-priseur* (2).

(1) Jugé que les procès-verbaux de vente des courtiers inscrits près les tribunaux de commerce, officiers publics lorsqu'ils exercent l'une des attributions qui leur sont conférées par la loi du 18 juillet 1866, sont des *actes authentiques*, et que leurs mentions font foi jusqu'à inscription de faux, notamment la mention de l'heure à laquelle il a été procédé à la vente ; Trib. civ. Lyon, 13 mai 1921, *Mon. jud. de Lyon* du 30 septembre 1921.

(2) La vente publique du fonds de commerce, comme valeur d'achalandage, rentre dans les attributions du *notaire*. Si des marchandises sont vendues avec le fonds (situation que la nouvelle loi du 17 mars 1909 cherche à encourager, n° 1096 bis), la compétence varie selon que les éléments corporels représentent par rapport à la clientèle, la valeur la plus importante, ou la valeur accessoire. Dans le premier cas, la vente pour toutes ses parties rentre dans la compétence du commissaire-priseur. Dans le second cas, elle reste du ressort du notaire. v. *supra*. n° 1096 bis. — Cela n'est pas contraire à l'opinion,

La *vente forcée* de marchandises (saisie, faillite, réalisation de gage ou de warrant) est autorisée, même si elle est faite au détail et au-dessous du montant des lots prescrits pour une vente publique volontaire. Pendant longtemps les courtiers inscrits ont cru que leur privilège s'étendait à ces ventes forcées. Mais la jurisprudence a fini par leur donner tort dans leur lutte contre les commissaires-priseurs, là du moins où l'adjudication cesserait d'être une vente en gros (n° 1093) ; Civ. rej., 5 janvier 1898, D. 98, 1, 460.

Avec la vente à cri public, il ne faut pas confondre la *vente dite au déballage*, pratiquée par des individus qui, de passage dans une ville, déballetent et mettent en vente au rabais de prétendus soldes de marchandises, sans proclamation des prix à haute voix. Les réclamations du petit commerce local ont provoqué sur ce point la *loi du 30 décembre 1906* (1), d'après laquelle de pareilles ventes ne peuvent avoir lieu sans une autorisation donnée par le maire de la ville (2).

SECTION II

DE LA COMMISSION DE VENTE OU D'ACHAT

(C. com., art. 94 et 95, art. 575)

§ 1. — Règles communes

1109. — La commission, comme le courtage, a été pratiquée plus largement au moyen âge qu'elle ne l'est de nos jours. Elle est née des nécessités du commerce à distance. L'étranger étant obligé de recourir au ministère d'un indigène, qui devait traiter les contrats comme s'il les faisait pour lui.

Quelquefois l'établissement local avait son existence propre. Souvent aussi, dans telle ville éloignée, l'étranger créait un comptoir disposant d'une véritable autonomie, et le faisait tenir par un associé ou par un employé résident. Celui-ci recevait de la maison principale ou lui expédiait des marchandises. Les affaires de la succursale se liquidaient au compte de l'établissement qui l'avait fondée. Pour le public, c'étaient deux maisons différentes. L'histoire de la commission se lie ainsi à celle de la société en commandite (3).

d'après laquelle le fonds de commerce exclut, juridiquement parlant, les marchandises qui en dépendent (n° 85).

(1) Adde la loi du 16 juillet 1912 sur l'exercice des professions ambulantes et le Décret d'application du 16 février 1913.

(2) Un projet de loi portant modification de la loi du 30 décembre 1906 a été déposé par le Gouvernement le 30 novembre 1923. Il tend notamment à dispenser de l'autorisation les ventes que les commerçants sédentaires font de leurs marchandises, dans leurs magasins, sous forme de solde périodique ou de fin de saison.

(3) L'ouvrage le plus considérable sur la commission est celui de GRUNHUT (de Vienne), *Das Recht des Kommissionshandels*, 1879. Le livre de DELAMARRE et LE POITVIN, publié d'abord sous le titre « du contrat de commission », puis sous celui de *Traité de droit commercial*, 1861, bien qu'ayant vieilli, mérite d'être consulté à raison de ses vues historiques (avant-propos du 2° vol.).

1110. — Définition. — On n'est pas fixé sur le domaine juridique de la commission. Un point est hors de controverse : c'est que la commission est un *mandat salarié*. Le salaire (droit de commission), proportionnel au chiffre de l'opération, est fréquemment sous-entendu ou réglé d'après des tarifs énoncés dans les circulaires que répand le commissionnaire (1).

Au surplus, il n'y a commission que dans le cas d'entreprise, c'est-à-dire de profession (art. 632 C. com.).

Mais quelles conditions doit remplir le mandat pour devenir une commission ? — Deux opinions sont défendues.

1111. — I. Mandat exercé en nom propre. — Dans une première théorie, la commission est le mandat exercé par une personne *qui agit en son nom propre et personnel*. C'est le mandat sans représentation, ainsi que les Romains le pratiquèrent longtemps.

Le commissionnaire use de son crédit, devient « personnellement » créancier ou débiteur par le marché qu'il traite pour autrui : autrement, on retombe dans le mandat ordinaire. Le commissionnaire dissimule et masque le commettant. Les tiers ne voient point celui-ci, mais seulement l'intermédiaire. Ils ont pu penser que l'acte était fait au compte de ce dernier. C'est le trait que nous avons relevé dans l'*association en participation* (n° 476).

La pratique est favorable à ce système. Ramener tout mandat commercial à une commission, serait mêler la représentation, l'agence d'affaires, la commission au sens étroit du mot, c'est-à-dire des services qui ont chacun leur trait particulier. Pour le mode de la pratique, c'est la nature du service rendu par la commission, qui doit en déterminer la nature.

1112. — Le commissionnaire, en effet, ne donne pas seulement son concours pour placer ou pour acheter des marchandises. Il fournit surtout au négociant ou à l'industriel le moyen de vendre ou d'acheter, au loin, à des tiers qui ne le connaissent point et qui ne veulent traiter qu'avec une personne de leurs relations. Il faut que le *commissionnaire prête à ses donneurs d'ordre* sa réputation de solvabilité, son *crédit*, son nom. Ainsi l'entend la loi allemande actuelle.

Ex : a) Telles maisons d'Espagne s'approvisionnent d'articles de Paris. Si elles se présentaient elles-mêmes, on ne leur ferait pas crédit. Elles achètent alors par l'entremise de commissionnaires parisiens, qui ont une situation connue dans le milieu des vendeurs. Ces commissionnaires achèteront pour Madrid, mais en prenant le marché sous leur nom. Telle est la *commission d'achat*.

b) Nos fabricants de scieries ont intérêt à se servir comme débouché d'une place étrangère, celle de Londres. Mais l'Anglais voudra acheter à des établissements qui ont leur siège à Londres et qu'il apprécie pour le soin qu'ils donnent à la marchandise ou pour tel autre motif. Les

(1) Les tribunaux s'attribuent, en matière civile et commerciale, le droit de réduire, lorsqu'ils la jugent excessive, la rétribution stipulée dans le mandat. Mais ce n'est guère que vis-à-vis des agents d'affaires qu'ils usent de ce pouvoir, de légalité contestable.

fabricants recourront donc à ces établissements. Ceux-ci placeront les soieries *proprio nomine*, comme si elles sortaient de leur maison, alors qu'en réalité ils ont l'affaire d'un autre. La vente se conclura bien en vertu d'un mandat, mais sans représentation. Telle est la *commission de vente* : elle fait, en outre, profiter le donneur d'ordre de certains avantages accessoires qui seront exposés ci-dessous.

1113. — Ce système, malgré sa valeur pratique d'observation, ne paraît pas être celui de la loi française. Il sera tenu compte dans ce chapitre : nous discuterons les applications de la commission, comme si elle possédait ce champ réduit : aussi bien, ne se présente-t-il guère qu'en pareille hypothèse des difficultés de droit.

Mais les textes ne limitent pas ainsi la portée de notre contrat. L'art. 94 groupe sous la même épithète : le commissionnaire qui « agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant (art. 1^{er}) », et celui qui « agit au nom du commettant » suivant le Code civil, titre du *Mandat*, III, 13, autrement dit par représentation (al. 2).

1114. — II. *Mandat d'accomplir un acte de commerce.* — En doctrine, la commission est le mandat salarié tendant à accomplir *un acte qui est, à l'égard du mandant, une opération commerciale.*

Nous nous rangeons à cette opinion, avec une variante. Ce qui constitue la commission, par opposition au mandat ordinaire, ce n'est pas nécessairement la nature d'« acte de commerce » dans l'opération confiée au mandataire (achat de marchandises pour les revendre, etc.). C'est plutôt la « nature de l'objet » que le mandataire a reçu ordre de traiter. Si cet objet est un *produit* ou un *titre circulant*, notre contrat existe, quoique l'opération, prise du côté du mandat, ne soit pas un acte de commerce en vertu des art. 632 et 633.

La commercialité consiste dans la circulation des produits et des titres de crédit (n^{os} 7 et 14). Lorsqu'un de ces biens mobiliers part de celui chez qui il s'est formé pour aller tout droit à celui qui doit le mettre en valeur, le droit commercial n'intervient point. Au contraire, dès que se constitue une chaîne, si courte soit-elle, et que le trafic de l'objet implique le ministère d'une ou de plusieurs autres personnes, cette interposition relève de la législation commerciale. Nous suivrons cette notion directrice.

Aucun texte ne nous donne une définition de la commission. Nous savons seulement que, selon les cas, le commissionnaire exécute l'ordre sous son nom ou l'accomplit sous le nom de son commettant. En droit civil, dans un simple mandat, ce double mode d'action serait également de nature à se présenter. Cela laisse toute latitude pour caractériser notre contrat d'après un signe emprunté non au mode, tout à fait secondaire, selon lequel l'intermédiaire exécutera ses instructions, mais à la matière de son trafic.

Il résulte de là : 1^o que le fait par un *agriculteur* d'employer un agent pour la *vente de ses grains* constitue un ordre de commission ; cependant, vendre les produits de son cru est un acte civil ; — 2^o qu'il en est de même de l'entremise du banquier, agent de change ou cou-

lissier dans la vente de *titres de Bourse* : et ici encore, s'il s'agit d'un ordre au comptant, le client n'a point fait un acte de commerce.

Mais, en revanche, n'est pas une commission le mandat de vendre ou d'acheter un *fonds de commerce* ; ce fonds n'appartient point aux valeurs comprises dans le mouvement de la circulation, tel qu'il est régi par le droit commercial.

La question doctrinale n'a qu'un médiocre intérêt dans la pratique. La profession rétribuée d'intermédiaire rentre dans l'« agence d'affaires », ou encore dans la « représentation de commerce » (n° 1115), si elle ne dépend point de la « commission » ; ce qui a toujours pour effet de soumettre l'agent aux tribunaux de commerce et à la faillite (art. 632, al. 4).

Seule, est engagée dans le débat la portée du privilège du commissionnaire établi par l'art. 95 : il faut le refuser à un simple agent d'affaires, à un représentant, à un courtier.

La commission est un *mandat* : il en résulte plusieurs conséquences.

1115. — Conséquences. Différence avec la représentation de commerce. — 1) *Le commissionnaire et le représentant de commerce* sont, d'après l'opinion la plus répandue, deux personnes différentes. Mais quelle est au juste la condition du représentant ? Les idées se sont modifiées.

A. On a soutenu longtemps que le représentant était un *préposé*, que le contrat qui lie le représentant au chef était essentiellement un *louage de services*.

En effet, disait-on, il n'est pas maître d'établissement, il se doit à la maison dont il a pris la représentation, sans pouvoir, vis-à-vis de clients, mettre d'autres maisons similaires en concurrence avec la première. Il n'est point commerçant et ne doit point concourir à la formation du tribunal de commerce (Cass., 18 mars 1902, D. 1903, 1, 82, et *Ann. dr. comm.* 1889, 2, 193 ; Req., 20 janvier 1908, quant au représentant d'assurance, D. 1908, 1, 180).

Il est vrai que ce préposé n'opère ni dans la maison, ni sous la surveillance immédiate du patron ; ses frais de bureau et d'installation peuvent rester à sa charge. En outre, au lieu de toucher des appointements fixes, il stipule un pourcentage, qualifié aussi « commission », sur les marchés conclus par son intermédiaire (1).

Mais cela ne l'empêche pas d'avoir une fonction subalterne, inconciliable avec le rôle de commissionnaire (2). La résiliation du contrat,

(1) Les conventions ou l'usage diront si les commissions lui sont dues *sur les marchés*, par le seul fait de leur conclusion (Cass., 18 juillet 1911, S. 1912, 1, 24), ou seulement *sur le produit des encaissements*, la rétribution étant alors subordonnée au paiement de l'acheteur, dont la faillite fera tomber la commission. — Dans cette deuxième hypothèse, le représentant peut-il se dégager de la commission, en rompant le contrat d'engagement, avant l'échéance ou le recouvrement du prix ? Question de fait. Dans le doute, la rétribution est maintenue, mais ne devient exigible qu'après règlement par l'acheteur.

(2) Le droit du représentant peut-il être cédé moyennant un prix ? Cet agent peut-il faire agréer un successeur, en stipulant de lui une somme d'argent ? S'il existe un usage favorable à cette transmission de représentation, la maison, qui refuserait sans motif d'approuver un pareil traité, engagerait-elle sa responsabilité ? Le prix est-il dû par le candidat désigné, là même où la maison ne l'agréerait point ? — Ces questions ne se

d'après l'art. 1780, entraîne les dommages-intérêts en cas de « renvoi abusif » (Req., 5 décembre 1904, D. 1906, 1, 110 ; *contra*, Nancy, 2 février 1909, D. 1910, 2, 268, d'après lequel le représentant de commerce est un simple mandataire, révocable au gré du mandant, sauf dommages-intérêts, basés sur l'art. 1382 C. civ., au cas où la révocation serait intempestive ou abusive de la part du mandant ; Paris, 26 janvier 1911, D. 1912, 2, 167).

Comme les autres employés, le représentant, après avoir recouvré sa liberté, a le droit de reprendre la clientèle dont il avait fait profiter temporairement son patron (à moins de s'être expressément privé de cette faculté, Req., 7 juillet 1898, S. 98, 1, 520).

Cet agent ne dispose donc point, en cas de faillite du chef, du privilège de l'art. 95 sur les marchandises déposées chez lui, et grevées tout au plus d'un droit de rétention pour le couvrir de ses avances (théorie du *debitum cum re junctum*) (1) : — il a le *privilège général* sur meubles, organisé pour les commis par l'art. 549 C. com., et étendu par la *loi du 6 février 1895*, dans la période précédant la faillite du chef, aux « commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs », pour *six mois* d'appointements fixes, et pour *trois mois* de commissions proportionnelles, même à raison de marchés de date plus ancienne (2).

B. Cette opinion n'est plus en faveur dans la doctrine (3). Le représentant n'obéit pas à un patron. Il est un agent autonome. Sa condition diffère de celle du « commis-voyageur », qui revient à époques périodiques prendre contact avec la maison qui l'occupe et touche généralement un fixe, outre sa participation au chiffre d'affaires. Ce n'est point le cas du représentant, lequel opère à distance, *chez lui*, et supporte son loyer et ses frais généraux.

Le contrat qui le lie au représenté n'est pas — comme celui qui rattache les *préposés* des diverses catégories (commis sédentaires ou voyageurs, fondés de pouvoir, directeurs de succursales) — essentiellement un louage de service mélangé de mandat, mais essentiellement un mandat (Cfr. Paris, 26 janvier 1911, précité) mélangé de louage d'ouvrage. Le « représentant » rentre dans la catégorie des personnes que les Allemands appellent les « agents d'affaires de commerce » (Handlungsagenten, art. 84 à 92 C. com. allemand), par opposition aux commis (Handlungsgehilfen, art. 59 et s., C. com. all.), et

posent guère qu'à l'occasion de la représentation d'assurances. Elles sont discutées pour les cessions de portefeuille (cf. Rej., 6 avril 1897, et note CHARMONT, *Pand. franc.*, 99, 1, 65 ; et Cass., 25 octobre 1897, S. 98, 2, 82 ; R. BARRAULT. *Les agents d'assurances*, th. Paris, 1917.

(1) Bien qu'on ne consigne point de marchandises chez son représentant, on lui constitue parfois un magasin de dépôt, afin de pourvoir aux demandes urgentes de la clientèle, celle-ci se trouvant subitement à court d'un article de vente courante.

(2) Cette solution est formellement consacrée aujourd'hui par la *loi du 17 juin 1919* (art. 549, 2^e al. C. com., nouvelle rédaction) qui accorde expressément ce privilège aux « représentants de commerce, de fabrique ou d'industrie attachés à une ou plusieurs maisons de commerce ».

(3) V. GOMBEAUX, *Des représentants de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1906, p. 89. V. également, sur la distinction du commissionnaire, du représentant et du voyageur de commerce la note de H. GARAUD, sous Poitiers, 13 décembre 1927, S. 1928, 2, 81.

auxquels le Code de commerce de 1897 fait une situation différente. Cela ne conduit pas à assimiler les représentants de commerce aux commissionnaires, ni même aux courtiers (dont ils diffèrent par le caractère permanent du lien qui les unit à leur maison), mais à les en rapprocher. *Ann. dr. comm.*, 1901, p. 219.

Bien que cette dernière opinion paraisse la plus exacte au point de vue économique, on doit reconnaître cependant que les lois françaises de la dernière époque tendent plutôt à rapprocher le représentant de commerce du préposé. Outre la loi précitée du 17 juin 1919, lui accordant le privilège de l'art. 549, 2^e al. C. com., il faut citer dans le même sens : la loi du 8 octobre 1919 modifiée par la loi du 2 août 1927 le soumettant, de même que le voyageur de commerce, à l'obligation de la carte d'identité professionnelle (1) (v. *supra*, n^o 1104, en note) ; — l'art. 2 de la loi du 30 juin 1923 classe parmi les exemptés de la patente « les voyageurs, représentants ou placiers de commerce... à la condition qu'ils ne fassent aucune opération de commerce pour leur compte et qu'ils n'aient pas de personnalité professionnelle indépendante de celle des commerçants dont ils placent les produits » (dernière condition qui d'ailleurs prête fort à l'arbitraire) (2) ; — et enfin, la loi du 23 avril 1924 qui complète le § 1^{er} de l'art. 44 du Livre I du Code du travail en décidant que « les commissions dues aux voyageurs et représentants de commerce donneront lieu à un règlement au moins tous les trois mois ».

1116. — Suite. Formation et fin du mandat. — 2) Une autre conséquence du mandat, base de la commission, est la suivante : la commission est donnée ou acceptée soit expressément, soit tacitement. La convention est consensuelle, dénuée de forme.

L'ordre transmis à un commissionnaire par son client habituel doit être répondu par un prochain courrier. Se taire, c'est souscrire aux instructions du correspondant.

D'autre part, lorsqu'il s'agit d'une opération sans avances ni risque, le refus n'est pas justifié, lorsque le donneur d'ordre est avec son agent en relations suivies. Le mandat continue aussi longtemps qu'on n'y a pas renoncé ; et la renonciation elle-même ne doit point, en se produisant d'une manière inopportune, porter préjudice au mandat (art. 2207, C. civ.).

L'initiative de l'opération peut venir du commissionnaire. Il avise le commettant de l'affaire à conclure. Le silence de celui-ci peut emporter consentement. C'est à tort qu'on a prétendu, d'après l'art. 1372 C. civ., que le mandat devait être exprès et qu'il y avait en pareil cas gestion d'affaires.

(1) L'employé d'une maison de vente à tempérament chargé d'encaisser périodiquement les mensualités chez les clients de cette maison n'exerce pas la profession de voyageur ou de représentant de commerce, et par suite n'est pas tenu de justifier de la possession d'une carte professionnelle, Paris, 9 avril 1923, *Gaz. Trib.* du 17 juin 1923. — Les dispositions de la loi du 2 août 1927 modifiant la loi du 8 octobre 1919 ont été complétées par le décret du 24 novembre 1927 (*J. off.* du 3 décembre).

(2) V. sur le sens des mots « personnalité professionnelle indépendante », Cons. d'Etat, 7 décembre 1928, *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 305, et 16 novembre 1928, S. 1929, 3, 26.

Les causes qui mettent un terme à la commission avant son exécution sont les mêmes que celles qui révoquent le mandat ; mort ou déconfiture (faillite) de l'une des deux parties (art. 2003 C. civ.).

1117. — Suite. Capacité. — 3) La capacité du commissionnaire se règle sur celle de la profession commerciale : le mineur doit être autorisé et âgé de dix-huit ans, la femme mariée doit être habilitée (art. 2 et 4 C. com.) (v. L. 2/12/1938)

L'art. 1990 C. civ., en accordant à la femme mariée non autorisée et au mineur le droit d'être mandataire par voie de représentation, n'empêche pas l'incapable de dégager sa responsabilité s'il a mal exécuté le mandat. Mais, par son intermédiaire, mandat et tiers sont liés, le contrat n'ayant pas eu à se fixer sur la tête de l'incapable. — Dès l'instant que le mandataire agit *proprio nomine*, la convention n'a pu prendre son point d'appui sur un mineur ou sur une femme mariée inhabiles à traiter, les marchés conclus sont annulables, et vis-à-vis du tiers et vis-à-vis du commettant.

Examinons la commission de vente, puis la commission d'achat.

2. — Commission de vente

1118. — La commission de vente consiste à *prendre d'un commettant l'ordre de vendre une marchandise*. Le commettant trouve à la commission divers avantages qui s'ajoutent au placement de sa marchandise : — avantage de déposer ses produits dans le magasin d'un autre, — et de se faire avancer de l'argent sur ce dépôt, en attendant la vente.

1119. — Consignation. — a) Le commissionnaire se fait expédier la marchandise dont il soignera la vente. Il la conservera sous sa garde, il l'empêchera de se détériorer. En général, il ne lui est dû pour ce *dépôt* aucune rétribution spéciale ; le droit de commission, qui ne lui sera acquis que par la vente, doit le couvrir de tous ses frais, même des dépenses ordinaires d'entretien, lesquelles demeureront à sa charge si la marchandise reste invendue (les auteurs se prononçaient autrefois dans un sens différent).

Comme il agit à titre intéressé, il sera responsable, dans la conservation du dépôt, de sa négligence, et non pas seulement de son dol ou de sa faute *in concreto* (art. 1928 C. civ.). Il en est autrement, lorsque la marchandise périt par force majeure.

Ce dépôt d'une marchandise, destinée à être vendue par le commissionnaire lorsque se présentera une occasion favorable, est désigné du nom de *consignation*.

L'usage dira s'il est tenu, à peine de dommages-intérêts, d'assurer ses magasins contre l'incendie. L'assurance faite comportera plusieurs interprétations : a) Lorsque la police a été traitée *pour le compte du commettant*, elle profite à celui-ci et couvre même l'incendie par cas fortuit (1) ; b) Lorsque le commissionnaire n'a voulu assurer que son

(1) Il se peut que le commissionnaire ait alors un recours contre le commettant, afin

risque professionnel, seul l'incendie qui proviendrait de son imprudence donnera lieu à un recours, l'assureur ne s'étant engagé qu'à le garantir contre les suites de sa faute.

1120. — **Prêt.** — *b)* Le commissionnaire a un roulement de capitaux à l'égal d'un banquier. Le chômage de la marchandise laisse le commettant à court d'argent, l'empêche de continuer ses approvisionnements, de payer sa main-d'œuvre. Il sollicitera des *avances* de son commissionnaire, 5.000 fr., 10.000 fr., etc., soit en touchant les fonds à sa caisse, soit en tirant sur lui des lettres de change que le commissionnaire acceptera, puis paiera à leur échéance. C'est un prêt, qui se compliquera souvent de compte courant.

Ces avances, consenties au commettant à un taux d'intérêt déterminé, 6 0/0, seront remboursables sur le prix de vente de la marchandise, et garanties par la consignation qui forme un privilège en faveur du commissionnaire.

On conviendra du *maximum* d'avances que le commissionnaire devra tenir à la disposition du commettant. Il se mesure habituellement à la consignation, mais restera d'un dixième ou d'un cinquième au-dessous de sa pleine valeur, afin de laisser au commissionnaire une marge en cas de baisse.

Ces diverses conventions font partie intégrante de la commission, du mandat de vendre. Le contrat, on le voit, est assez complexe.

1121. — Déterminons les obligations, que l'acceptation de la commission et de son exécution imposent tant au commissionnaire qu'au commettant.

1122. — *I. Obligations du commissionnaire.* — Ecartons le cas où le commissionnaire a agi comme représentant en accomplissant l'ordre qui lui avait été donné. Sans doute, même alors, il pourra se produire des difficultés dans la détermination de la responsabilité encourue par l'intermédiaire. Ex. : Un commissionnaire s'est présenté comme agent d'une maison étrangère. Le marché conclu, on constate qu'il était sans pouvoirs. Doit-il garantir au tiers avec qui il a traité? Cette question ne peut se résoudre qu'en fait (Lyon, 18 février 1900, D. 1905, 2, 59) (1).

1123. — Mais, lorsque le commissionnaire a traité l'opération de son chef, il en résulte pour lui une position double et un rôle différent, selon qu'on le met en face du tiers acheteur *Paul*, avec lequel il a traité, ou en face du commettant *Jean*, dont il a exécuté l'ordre.

a) A l'égard de l'acheteur *Paul*, il est *maître du marché*, investi de la

de se faire rembourser la *prime* : sur ce point encore, les conventions exprimées ou sous-entendues feront la loi.

(1) L'article 1999 C. civ. paraît bien rendre le mandataire responsable « s'il n'a pas donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs ». — En nous plaçant à un autre point de vue, nous dirons que le commissionnaire se porte garant *envers le commettant* de l'identité et de la capacité juridique du tiers avec lequel il a contracté.

créance du prix, débiteur de la marchandise, et responsable de ses défauts.

b) à l'égard du commettant *Jean*, il est engagé dans un *mandat*, et obligé de justifier de son exécution fidèle. Il rendra compte de tout ce qu'il aura reçu de l'acheteur par suite de cette exécution. Par là, se déterminent les prestations dont il sera tenu envers son donneur d'ordre, en vertu de l'action du mandat.

Il y a différence de situation entre un *commissionnaire vendeur* et un *acheteur*. Je puis vendre à C ma marchandise à prix ferme pour 100 fr. C me doit à tout événement le prix promis, il court le risque de mévente ou de baisse, il peut aussi revendre plus cher et garder le bénéfice. Dès que la marchandise lui a été livrée ou qu'elle a été individualisée, j'en ai perdu la propriété.

Mais je puis donner à C l'ordre de me chercher un acheteur pour 100 fr. Je conserve alors la propriété de la marchandise tant que l'ordre n'est pas exécuté. C ne pourra pas gagner une différence de cours en vendant plus cher. Il ne sera pas tenu de garder la marchandise si elle ne se vend pas. C'est une position sans *aléa*. —

Quelles sont donc les obligations du commissionnaire ?

1124. — 1° Il devra *restituer la marchandise*, s'il ne parvient pas à la placer ou si l'ordre lui est retiré. Malgré la faillite du commissionnaire, le commettant exercera la revendication, et il distraira sa marchandise de l'actif du failli : il ne viendra pas en concours avec les autres créanciers (art. 575, al. 1^{er}).

Cette revendication cessera : 1) soit par une vente régulière qu'accomplit le commissionnaire avant sa faillite, et cela quoique la marchandise n'ait pas encore été livrée à l'acheteur ; — 2) soit même dans le cas où le commissionnaire abuse de la marchandise en la vendant, quoiqu'il ne l'ait reçue qu'en simple dépôt ou avec des instructions qu'il a outrepassées : le tiers acheteur, étant de bonne foi et déjà mis en possession, ne peut être évincé (art. 2279 C. civ.).

1125. — 2° Le commissionnaire devra *rendre compte* des conditions d'exécution de la vente, ainsi que de ses résultats (art. 1993 C. civ.).

Il ne saurait, en principe, porter dans ce compte un *prix inférieur* à celui qu'il a reçu pouvoir de traiter. Cependant lorsque, le cours ayant fléchi, il croit bien faire en traitant à ce prix plus faible parce que la baisse doit s'accroître (vente à 98 fr. quand l'ordre portait 100 fr.), il sera admis à l'inscrire au débit du commettant sans devoir une somme plus forte : son mandat s'est transformé en une gestion d'affaires (question controversée déjà chez les Romains entre les écoles sabinienne et proculienne).

Lorsque, tout au contraire, il a trouvé un acheteur à des *conditions meilleures* (vente à 102 fr.), il doit compte au commettant du prix complet, sans pouvoir garder pour lui la différence. Le commettant ne s'attendait pas à cet excédent : mais le mandataire ne peut intercepter aucune partie de l'affaire conclue pour autrui. Il doit « faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration » (art. 1993 C. civ.) ; il y est tenu, quand même sa propre situation lui a valu des

conditions plus avantageuses que celles auxquelles il avait l'ordre de traiter. Son bénéfice est dans la commission, et non dans un écart entre les cours de deux marchés (1).

On reviendra plus tard sur la manière dont il doit justifier de l'accomplissement de son mandat.

1126. — 3° Le commissionnaire ne peut pas se constituer *le propre acheteur de la marchandise de son commettant*. Pour qu'il soit admis à faire la contre-partie, il faut qu'il achète ouvertement, au titre d'acheteur personnel, et non plus de commissionnaire (Req., 28 mars 1904, D. 1905, 1, 65, note LACOUR).

Cela ne semble pas, au premier abord, très logique : une même personne peut dans une seule convention jouer les deux rôles opposés (n° 408). Pourquoi un commissionnaire ne pourrait-il pas, au lieu de vendre à un tiers, se vendre à lui-même, et passer cette opération au compte du mandant en touchant sa commission ordinaire, ainsi que le permet la loi allemande sous le nom de *Selbsteintritt* ?

Nous avons déjà répondu à ces objections, en parlant du contre-partiste en Bourse, dans une étude à laquelle nous renvoyons le lecteur (n° 997). Le commettant, qui traite avec un commissionnaire, croit trouver en lui un auxiliaire et non un adversaire sur le marché. Il a confiance dans la solidité de sa maison, parce qu'il sait ou croit qu'elle ne spéculé point. La pratique de la contre-partie fait échec à ses prévisions.

Nous ajouterons, dans le sens de l'interdiction, que le Code civil défend au mandataire chargé spécialement de vendre de se porter acheteur des biens sur lesquels porte son mandat (art. 1596). La règle, étant d'ordre public, doit s'étendre au commerce. Ce texte, pris à la lettre, ne vise que les *adjudications*, les ventes publiques. Mais les raisons données dans les travaux préparatoires sont les mêmes lorsque la vente s'opère de gré à gré. Elles ne s'appliqueraient pas à un mandat général d'administrer. Mais le commissionnaire a un mandat spécial. Cette défense de prendre, sans le dire, un intérêt dans l'opération est adressée aux courtiers par la loi du 18 juillet 1866 (n° 1105), et aux mandataires ou facteurs à la Halle de Paris par la loi du 11 juin 1896, art. 3. Ce sont là des applications d'un principe général (2).

La difficulté pour le commettant de se faire indiquer la contre-partie par le commissionnaire, jointe à un prétendu secret professionnel (3),

(1) Mêmes questions, lorsqu'on parle de la commission d'achat ; le rabais obtenu par le commissionnaire sur le prix doit profiter au commettant (Req., 5 mars 1906, S. 1908, 1, 497).

(2) La même défense atteint, par identité de motifs, le commissionnaire acheteur : il ne peut pas, de manière occulte, appliquer au commettant sa propre marchandise, dût-il renoncer à sa commission. Si l'article 1596 ne s'est pas occupé de cette hypothèse transposée, c'est qu'il ne statuait littéralement que sur les ventes publiques et voulait obvier à un péril absent du mandat *d'acheter aux enchères*. Confier ce mandat au propriétaire du bien mis aux enchères, c'est bien invraisemblable. — Le danger est ailleurs : le mandataire, préférant ses intérêts aux miens, ne va-t-il pas se porter adjudicataire pour lui-même ? (Ou, dans une commission de vente, ne va-t-il pas vendre sa marchandise, plutôt que la mienne ?) C'est alors un tout autre problème.

(3) Le secret professionnel n'est établi que pour les agents de change (arr. 27 prairial an X). Il ne s'étend ni à un agent de coulisse, ni à un commissionnaire en marchandises.

rend, surtout en cas de *ducroire*, la réparation de cette irrégularité rare et difficile (v. *infra*, n° 1129).

1127. — 1° Si la vente a été suivie du paiement du *prix* par l'acheteur, le commissionnaire en est *redevable* au commettant, avec les intérêts à partir du jour où il l'a touché (art. 1996 C. com.). — On règle en général à forfait le point de départ de ces intérêts, en les laissant courir, par exemple, du trentième jour depuis l'avis de la vente donné au commettant quand même le délai pris par l'acheteur serait plus court, ou plus long.

Il y a lieu de déduire du prix la rétribution du commissionnaire, sa *commission* (1, 2 0/0, etc.).

Mais, si le tiers acheteur a fait faillite sans payer, le commissionnaire est irresponsable. Il ne répond pas des événements de force majeure : le fait qu'il a vendu *suo nomine* n'y change rien.

Autrement en est-il, s'il a traité avec une personne notoirement insolvable ; le commettant lui reprochera de n'avoir point pris ses informations.

1128. — **Ducroire.** — A cet état de relations déroge une clause importante, tantôt exprimée et tantôt tacite : la clause *ducroire* (étymol. *del credere*, de la confiance). *Le commissionnaire se porte garant envers le commettant du paiement du prix par l'acheteur*, et promet de lui en faire compte à tout événement, même si l'acheteur ne le verse pas.

Cette convention est une *assurance de solvabilité*, jointe au contrat de commission. Le commissionnaire se charge du risque, que courrait autrement le donneur d'ordre, de voir l'acheteur manquer à son engagement. Le prix est comparable à une indemnité d'assurance.

Il n'y a point d'assurance sans prime. On convient d'une augmentation de commission : elle sera portée de 2 à 4 0/0, et ce supplément, prime d'assurance, est également appelé *ducroire* (1).

1129. — **Justifications.** — Le commissionnaire, surtout s'il est *ducroire*, résiste à fournir *justification* de la vente ; ou bien il produit pour la forme, à l'appui de son compte, des factures fictives et anonymes.

(1) Deux autres explications sont possibles : A. *Cautionnement* : le commissionnaire deviendrait caution de l'acheteur vis-à-vis du commettant. — Non : car c'est la dette principale ? La dette du prix a été contractée envers le commissionnaire et non envers le commettant.

B. *Achat personnel par le commissionnaire*, sous condition qu'il trouvera un sous-acheteur, *achat à condition* ; le prix se détermine d'après celui de la seconde vente, avec un rabais de 4 0/0 (Loché, *Esprit du Code de commerce*, I, p. 241). Ainsi en était-il du *contrat estimatoire romain*, quoique non qualifié vente par les jurisconsultes (Dig. XIX, 3). Ce contrat est encore usité de nos jours ; on dépose des articles de fabrique chez un débitant, avec promesse de reprendre le stock qu'il n'arrivera pas à vendre. Mais ce n'est plus là un contrat de commission, même avec *ducroire*. L'« acheteur à condition » ne s'oblige à faire aucune démarche pour placer la marchandise, tandis que le trait propre à la commission, c'est la promesse de donner ses soins à l'affaire d'autrui. En outre, l'acheteur à condition ne doit que le prix convenu et non le prix, peut-être plus élevé, qu'il obtiendra dans la revente. La règle contraire prévaut dans la commission (V. notre article dans les *Mélanges Ch. Appleton*, publiés par les *Annales de l'Université de Lyon*, 1903).

Il soutient que la connaissance de l'acheteur ne doit pas pouvoir lui être réclamée même dans les circonstances ordinaires, lorsqu'aucun *ducroire* n'a été convenu ; car le donneur d'ordre, une fois ce nom connu, se passerait de son agent. Il soutient, en outre, que la garantie du prix enlève au commettant tout intérêt à connaître le tiers.

Ces arguments ne sont point probants. a) Le commettant, même en cas de *ducroire*, est fondé à se renseigner sur les conditions auxquelles l'acheteur a traité. — b) Quant au danger que le commettant n'abuse de la connaissance du nom de l'acheteur, on y remédiera en désignant un expert, à qui seront représentés les livres (art. 15), et dont le serment garantira la discrétion. C'est par erreur que l'on déduit du secret d'affaires ou d'un secret professionnel, au moins conjectural, le droit de n'avoir pas à produire ses écritures (Cass., 15 novembre 1898, D. 1900, 1, 317) v. *supra*, n° 208 (1).

1130. — Appendice. — Faillite du commissionnaire. — L'action en reddition des comptes est *chirographaire*. Si le commissionnaire fait faillite avant règlement, la perte sera pour le commettant, qui viendra par simple contribution. Sa situation est moins bonne que dans le cas où la marchandise n'aurait pu trouver acheteur : il aurait pu alors la revendiquer et la reprendre (art. 575, al. 1^{er}).

Toutefois, la marchandise étant vendue, la loi donne sur son prix, à ce commettant, une sorte de privilège ne survivant pas, d'ailleurs, au versement de la somme qu'aurait fait l'acheteur au commissionnaire avant faillite.

1131. — Revendication du prix. — Lorsque l'acheteur est encore débiteur de son prix envers le commissionnaire, il y a moyen d'attribuer exclusivement ce prix au commettant. C'est ce que la loi a fait. A-t-elle eu raison ?

En pure logique, non. Par la vente faite en son nom (nous exceptons la vente par représentation, la solution allant alors de soi), le commissionnaire est devenu titulaire du prix, sauf compte à rendre au commettant. Ce prix devient donc le gage général de ses créanciers. S'il tombe en faillite, le syndic recouvrera la somme au profit de la masse. Telle est la déduction rigoureuse des principes.

En équité, il convenait de statuer autrement. La marchandise du commettant est la cause du prix. Non encore vendue, la marchandise serait revendiquée par son propriétaire. Et parce qu'elle est vendue, les créanciers, de qui elle ne provient point, seraient fondés à en compter le prix dans l'actif composant leur gage !

Le droit romain, dans le mandat sans représentation, avait fini par attribuer au mandant, nonobstant la faillite du mandataire, les actions de celui-ci contre le tiers : on présumait que avant de déposer son bilan, le mandataire en avait effectué le transport à son mandant.

Le droit commercial moderne exploite à son tour cette idée. Il irs-

(1) A signaler, à ce propos, les discussions agitées en Allemagne lors de la loi des Bourses de 1896, et la réglementation prise pour garantir l'exacte déclaration par le commissionnaire du cours auquel il a dû traiter, sans pouvoir faire une coupe (*Schnitt*) dans ce cours.

titue, au profit du commettant, sous un nom incorrect de *revendication du prix*, une reprise de l'action du commissionnaire contre le tiers acheteur, pourvu qu'elle ne soit pas encore éteinte au moment de la faillite. Le commettant n'exercera cette action que du chef du commissionnaire, véritable contre-partie du tiers : il n'aura donc pas plus de droits contre l'acheteur que n'en aurait le commissionnaire lui-même, en le supposant toujours *in bonis*.

Pour que la revendication soit recevable, il faut que le prix n'ait été encore à la date de son exercice « ni payé, ni réglé en valeurs, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur (art. 575, al. 2) ».

1132. — *Ni payé.* — L'acheteur a versé son prix au commissionnaire, alors solvable et qualifié pour le recevoir. Il est nécessairement libéré.

1133. — *Ni réglé en valeurs.* — Le tiers a souscrit au commissionnaire pour règlement du prix un *effet de commerce*. Deux hypothèses se présenteront, mais la loi les résout de même.

a) Le commissionnaire a passé cet effet à l'ordre d'un nouveau porteur. Il n'existe plus dans le portefeuille du failli. Le tiers se doit à sa signature, au dernier porteur de l'effet. Il ne peut être obligé de faire au commissionnaire un second paiement. La revendication est perdue pour le commettant.

b) L'effet a été conservé par le commissionnaire. Même alors la revendication est refusée, soit parce que l'effet a emporté *novation* de la dette du prix, juridiquement éteinte (explication que nous rejeterons dans l'étude des effets de commerce, n° 1298), — soit plus simplement parce que, les règlements en espèces et en effets s'employant l'un pour l'autre, il serait peu raisonnable de leur attribuer des résultats différents. Cependant la Cour de cassation a autorisé le commettant à revendiquer, dans la faillite du commissionnaire, une traite émise par celui-ci contre l'acheteur, acceptée par lui et déposée chez un banquier (Req., 27 février 1908, D. 1909, 1, 5, note PERCEROU ; D. 1910, 1, 358, note BOURCART).

1134. — *Ni compensé en « compte courant » entre le failli et l'acheteur.* — Il avait été convenu entre le commissionnaire et le tiers *Tertius*, que toutes leurs opérations en crédit et en débit se fondraient dans le solde périodique d'un compte où se balancerait le doit avec l'avoir.

Le solde du compte, clôturé au moment de l'ouverture de la faillite du commissionnaire, peut se présenter de l'une des deux manières suivantes :

a) La *balance* est à l'avoir du tiers acheteur. L'achat l'avait rendu débiteur de 100 fr. Mais, par suite de remises en sens inverse et d'un chiffre plus élevé, faites par lui au commissionnaire, il y a un solde de 50 fr., lors de la clôture du compte, à l'avoir de l'acheteur.

Ce solde augmenterait de 100 fr., si l'on détournait du compte, pour le porter à l'actif du commettant, le prix de vente. Mais aussi *Tertius* serait lésé : produisant pour 150 fr. (au lieu de 50 fr.) à la

faillite, il serait réduit à un dividende sur un solde majoré. D'autre part, il devrait payer 100 fr. intégralement au commettant.

Cela ne doit pas être. L'inscription du prix au débit du compte vaut pour l'acheteur compensation : les envois ou remises par lui faits au commissionnaire ont balancé cette dette, définitivement éteinte. C'est au commettant de s'inscrire à la faillite pour le prix de la marchandise vendue.

Le même résultat se produirait, si le compte, prix de la marchandise compris, devait s'équilibrer et se solder par zéro.

b) Le solde du compte ressort à l'*avoir* du commissionnaire failli, au passif du tiers acheteur. *Tertius* n'a plus intérêt à ce que le prix en soit ou non détaché. Dans tous les cas il devra la même somme.

Strictement, la revendication devrait encore être refusée au commettant. Car, à la différence d'une souscription d'effets ou de valeurs (n° 1133), le compte courant emporte novation des créances qui y sont portées (n° 1664) : la masse pourrait renvoyer le commettant à se faire colloquer au marc le franc, le prix ayant perdu son individualité. — Mais, par disposition de faveur, la loi permet au commettant de s'attribuer par préférence ce solde, dans la limite de sa créance. C'est pour rendre cette pensée que, dans la rédaction du Livre des faillites de 1838, on a remplacé par le mot « *compensé* » l'ancien texte de 1807 : « *passé en compte courant* ». L'inscription du prix en compte ne suffit plus pour l'éteindre ; il faut en outre qu'il soit balancé au profit de *Tertius* par des remises en sens inverse valant pour lui compensation ; ce qui n'a point lieu dans cette deuxième hypothèse.

Lorsque le solde du compte, tout en ressortant au passif du tiers acheteur, est inférieur au prix, le commettant, bien entendu, devra limiter sa revendication à cette somme partielle ; pour le surplus, il produira à la faillite.

En résumé, le compte courant éteint la revendication, mais sous réserve pour le commettant du droit de se couvrir sur le solde ressortant au débit de l'acheteur.

C'est un encouragement donné à l'industrie de la commission. Le commerce recourra plus volontiers aux services de celle-ci, s'il se sait mieux prémuni contre une faillite de l'intermédiaire.

1135. — II. *Obligations du commettant.* — Le commettant doit donner au commissionnaire *décharge* de sa gestion, *décharge* du prix s'il a été touché et à lui versé, *décharge* de la marchandise en cas de mévente. Il pourra se trouver débiteur de sommes, lorsqu'il aura reçu des *avances* du commissionnaire. Le remboursement en est alors dû, avec intérêts stipulés ou intérêt moratoires (art. 1999 et 2001 C. civ.). En cas de pluralité de commettants, ils sont tenus solidairement (règle admise même en droit civil, art. 2002).

1136. — *Appendice.* — *Faillite du commettant.* — Ici s'agit une question inverse de celle qui se présentait ci-dessus. Le commissionnaire, en consentant des prêts ou avances à son donneur d'ordre, est-il exposé à la loi du concours, lorsque ce donneur d'ordre fait faillite ?

Le commettant, plus haut (n° 1131), était garanti contre la faillite

dû commissionnaire. Le commissionnaire est-il également couvert contre la faillite du commettant ?

1137. — Privilège du commissionnaire. — La réponse est affirmative. Le commissionnaire dispose d'un *privilège* spécial sur les marchandises du commettant qui lui ont été remises soit en simple *dépôt*, soit en *consignation* (art. 95).

Ce privilège dérive d'un *gage tacite*. Le commissionnaire a reçu en nantissement les marchandises qui lui ont été adressées par le commettant, soit d'un lieu différent, soit du même lieu. Avant la loi de 1863, les marchandises provenant de la même place étaient exclues du privilège : faute de documents de route donnant date certaine à l'envoi (1), on suspectait la consignation faite peut-être à la veille de la faillite pour frustrer la masse. Aujourd'hui la règle est élargie, comme conséquence de la liberté de la preuve, en matière de nantissement commercial (nouvel art. 91).

C'est en vertu d'une convention implicite que la marchandise répond des avances, dès que le commissionnaire en sera saisi soit par prise réelle de possession, soit par négociation du titre de transport. Ce privilège s'étend aux *intérêts*, et même à la *commission* d'un compte plus ancien ou aux frais extraordinaires de consignation (point controversé avant 1863).

1138. — De plus, la marchandise couvre non seulement les *avances postérieures* à sa réception, mais aussi celles *qui auraient précédé*. Je verse 1.000 francs à mon commettant quelques jours avant que la marchandise ne me soit consignée. Sur ce point encore, le privilège a été élargi en 1863 : suivant le Code, les prêts devaient être faits sur marchandises déjà déposées lors des avances. Aujourd'hui les avances sont garanties, qu'elles aient eu lieu « soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en la possession du commissionnaire ».

Le régime nouveau stimule mieux que l'ancien le commissionnaire à assister le commettant de son argent, puisque le gage sur lequel il compte, quicque absent aujourd'hui, peut lui advenir demain (2).

De ce que le privilège de l'art. 95 est un gage, résultent deux conséquences.

1139. — 1) Le privilège est subordonné à une *prise* et à un *maintien de possession*, cette possession pouvant, on le sait, se transférer par le moyen d'un *connaissance* ou, exceptionnellement, d'un *récépissé* (n° 1030, texte en note).

(1) Pour que le commissionnaire eût privilège alors sur des marchandises provenant de la même place, il fallait que ces marchandises lui eussent été engagées par un nantissement exorès, avec observation de l'article 2074 C. civ.

(2) Les gages, donnés pour *dettes antérieurement contractées* dans la période qui précède immédiatement la faillite du constituant, sont annulés à la demande de la masse (article 446). Dès lors, les consignations, faites dans cette période pour couvrir le commissionnaire d'*avances antérieures*, sont exposées à la même cause de nullité (n° 1850). C'est la conséquence naturelle de l'idée que la consignation n'est pas autre chose qu'un gage.

1140. — La condition de possession est délicate à analyser, lorsque le dépôt a pour objet des valeurs de Bourse. Distinguons deux cas :

a) Une remise de titres est faite à un banquier en retour d'avances ; le banquier n'a pas l'ordre de procéder à la vente. On ne peut appliquer le privilège de l'art. 95. Peu importe que les titres soient nominatifs ou au porteur. Car la qualité de commissionnaire fait défaut chez le créancier. Il ne peut être qu'un créancier gagiste ordinaire, à la teneur de l'article 91. Nous renvoyons à ce qui a été dit dans le chapitre précédent pour la détermination de la forme, à laquelle est soumise l'avance sur titres, forme différente selon la nature de la dette garantie. En simulant une commission, on ne peut pas se dispenser d'observer ces formes (Voir pour l'époque antérieure à la réforme faite en 1863 du gage et de la commission, Civ. rej., 13 janvier 1868, *Journ. Pal.*, 68, 299). A défaut de gage régulier, le créancier aurait-il le droit de rétention, par application du *debitum cum re junctum* ? Ce serait un autre côté du problème que nous devons négliger.

b) Ces titres ont été remis avec ordre de les vendre ; puis le banquier fait une avance à son client. Il n'y a plus de raison de lui refuser le privilège.

Toutefois, lorsque les titres sont nominatifs, la solution devient douteuse ; on est porté d'abord à souscrire au privilège. Mais, après réflexion, on statuera en sens contraire : le privilège du commissionnaire suppose mise en possession et, quoi qu'en dise la jurisprudence, la livraison d'un certificat nominatif, sans transfert, ne confère pas au porteur la possession, au sens légal du mot (n° 1081).

Ces espèces sont théoriques ; on sera le plus souvent en présence d'une convention expresse d'avances sur titres.

1141. — 2) Lorsque la marchandise a été convertie en argent, le privilège du commissionnaire se transporte naturellement sur le prix.

Ici se manifeste entre le gage ordinaire et le gage né de la consignation une importante différence, toute favorable au commissionnaire. Celui-ci n'a pas à vendre publiquement la marchandise (art. 95). Il exécutera l'ordre de vente amiable qu'il a reçu, et se paiera par préférence sur la somme (art. 95, al. 3). La défense du pacte commissaire ne le concerne pas.

On en reviendrait aux formes de liquidation du gage, que si l'ordre de vente était retiré, ou si avant son exécution la faillite du commettant venait à s'ouvrir ; la faillite, en effet, révoque *ipso facto* la commission.

§ 3. — Commission d'achat

1142. — Le commissionnaire a reçu ordre non de vendre, mais d'acheter. Il traite « en son nom propre » (nous parlons *ed oe quod plerumque fit*).

Le tiers vendeur ne peut pas exiger le prix du commettant par action directe. Il serait mal fondé, le commissionnaire tombant en faillite, à réclamer la somme au donneur d'ordre : c'est le syndic qui la

touchera du commettant pour la masse ; quant à lui, il se contentera d'un dividende (1).

1143. — Mais, tout au contraire, si l'on suppose le commettant en faillite et le commissionnaire *in bonis*, le commissionnaire, ayant payé le prix, ne sera-t-il colloqué qu'au marc le franc pour son remboursement ?

On a proposé de lui étendre le *privilege de l'article 95*, à cause de la généralité du texte. Le commissionnaire sera couvert par la marchandise qu'il a entre les mains (Cass., 27 juillet 1909, D. 1910, 1, 345, note LACOUR).

Cette thèse est contestable. L'art. 95 parle bien de « tout commissionnaire ». Mais la commission de vente y semble seule prévue. Le privilège qu'il établit a pour objet exclusivement les dépôts et consignations, c'est-à-dire les marchandises venues au commissionnaire de chez le commettant, et non tout à l'inverse celles que le commissionnaire a acquises sur le marché à destination du commettant. « *Tout commissionnaire* » doit signifier, dans la pensée de la loi de 1863, et eu égard à la réforme qu'elle a voulu réaliser : « celui qui reçoit la marchandise de la même place, comme celui qui la reçoit d'un autre lieu ». C'est en ce sens seulement que le privilège a une portée générale.

1144. — Pour garantir le commissionnaire, s'il a la marchandise en main, il faut faire appel à des principes différents.

Le commissionnaire, en payant le tiers vendeur, était tenu pour un autre, pour le commettant. Il bénéficie donc de la subrogation légale (art. 1251-3^o C. civ.). Mis aux lieu et place du tiers vendeur, il pourra vis-à-vis de l'acheteur, son client : 1^o exercer le *droit de rétention*, comme un vendeur l'eût fait lui-même (art. 1612, 1613 C. civ., 577 C. com.) ; 2^o user de la faculté de résolution (art. 1184 et 1654 C. civ.), dans la mesure où la loi des faillites (art. 576 et s. C. com.) n'y met pas obstacle.

1145. — En dehors d'une faute établie, le commissionnaire d'achat ne sera pas garant envers son commettant de la bonne qualité de la marchandise, toute convention de *ducroire* étant réservée.

Seul le vendeur, le tiers, sera tenu des vices rédhibitoires et des actions de même ordre. Nous accorderions ces actions par privilège au commettant, même après la faillite du commissionnaire. L'art. 575, al. 2, sera appliqué par analogie : il donne la revendication du « prix » ; pourquoi ne donnerait-il pas la revendication de l'« action rédhibitoire », le commissionnaire ayant reçu pouvoir non plus de vendre, mais d'acheter ? L'interprétation extensive, que nous venons de repousser pour le privilège de l'art. 95 (n^o 1043), paraît ici tout à fait à sa place.

1146. — **Ce qu'est devenue la commission.** — Le commerce de com-

(1) Le droit romain de la dernière époque admettait l'action quasi-institoire du tiers contre le mandant. Elle n'est pas encore consacrée par notre législation actuelle.

mission se restreint avec le temps. La manière dont on traite les affaires à la Bourse, ou dans les halles, a maintenu la pratique de ce contrat sur le marché public. Là, des intéressés ne se connaissant pas, recourent au ministère d'un agent qui prend l'opération sous son nom (agent de change, coulissier, commissionnaire en marchés de spéculation, facteur aux Halles). — Ex. : Des producteurs qui n'ont pas de poste à la Halle écoulent leurs denrées par des agents officiels. Inversement, les vendeurs aux Halles ou aux abattoirs traitent pour l'achat de la marée ou du bétail dans les ports (mareyeurs), dans les foires rurales, par l'entremise de commissionnaire.

Hors de là, la commission n'est plus guère pratiquée. Fabricants d'articles de nouveauté, éditeurs, etc., recherchent bien le placement de leur marchandise, en la déposant chez des confrères ou chez des détaillants. Mais ce sont là des « ventes à condition », non « des commissions » véritables (1).

Les commissionnaires se transforment en acheteurs directs et prennent la marchandise à prix ferme. Le « représentant de commerce » les a remplacés. Celui-ci n'est pas en mesure de faire des avances à son donneur d'ordre. Mais les commissionnaires abusaient de ces avances et négligeaient la vente ; ils devenaient « marchands d'argent » ; ils écrasaient leurs commettants sous un compte enflé d'intérêts, couvert par une consignation qui les laissait indemnes, mais se liquidait au détriment de la maison de fabrique. Le commissionnaire avait cessé d'être un auxiliaire, pour devenir un opérateur en capitaux, s'enrichissant sur le dos de ses clients, les menant parfois à la ruine.

(1) V. *supra*, n° 1128, note B ; et l'article de M. Milliot, sur la vente à condition, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921.

CHAPITRE III

DU TRANSPORT ET DE LA COMMISSION DE TRANSPORT (1)

(C. civ. III, 8, ch. III, section II, art. 1782 à 1786 ; C. com. I, 6, sections III et IV, art. 96 à 108 [avec les lois du 11 avril 1888 et du 17 mars 1903] ; L. 15 juillet 1845 ; Décret du 11 novembre 1917 ; loi du 29 octobre 1921, relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général ; cahiers des charges et tarifs ; loi du 12 février 1927, modifiant l'art. 106 C. com. ; Convention de Berne du 23 octobre 1924.

SECTION PREMIÈRE

DE LA NATURE DU CONTRAT DE TRANSPORT, PRINCIPALEMENT EN MATIÈRE DE CHEMIN DE FER

1147. — Le transport est la convention par laquelle, moyennant une rémunération appelée *port* (ou *prix de transport*, *tarif de place*, *de passage*, etc.), un voiturier promet de faire parcourir un itinéraire à une chose ou à une personne, suivant une traction déterminée.

L'objet à transporter, s'il n'est pas un *voyageur*, se nomme *colis*. Lorsque le colis accompagne une personne, il devient un *bagage*. L'intéressé qui remet le colis au départ est l'*expéditeur*, et cette remise forme le *chargement*, la *prise en charge* du côté du voiturier. L'intéressé qui doit prendre *réception* à l'arrivée est le *destinataire* ; c'est entre ses mains que le voiturier effectuera la *livraison*.

Le transport donne lieu à de nombreuses contestations. Pour le commerçant, le bon marché, la sécurité et la rapidité des transports sont d'un intérêt capital. Les entreprises de transport, quoique commerciales elles-mêmes, n'usent pas toujours envers le public des ménagements habituels entre négociants. Le voiturier doit être un auxiliaire du commerçant et de l'industriel, faciliter leurs engagements, réduire leurs prix de revient, en réduisant ses propres tarifs. S'il exerce un monopole de fait, comme c'est le cas pour le chemin de fer, il leur tiendra plutôt rigueur. La question est d'ailleurs complexe : la présence de nombreuses personnalités industrielles dans les conseils d'administration affaiblit ce reproche d'indifférence, en donnant à certaines in-

(1) Principaux ouvrages sur le contrat de transport, indépendamment des traités généraux de droit commercial : DUVERDY, *Traité du contrat de transport* ; SARRUT, *Législation et jurisprudence sur les transports de marchandises par chemins de fer* ; LAMÉ-FLEURY, *Code annoté des chemins de fer en exploitation* ; FÉRAUD-GIRAUD, *Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer* ; PICARD, *Traité des chemins de fer*, 4 vol. ; COLSON, *Transports et tarifs* ; JOSSE-RAND, *Traité des transports* (dans la collection THALLER, 2^e éd., 1926), et toute la bibliographie citée par ce dernier, n^{os} 60 et s. ; L. LAMY, *Manuel pratique des transports par chemin de fer*, 10^e éd., 1924 ; E. HENNEQUIN, *Manuel des transports commerciaux et de douane*, 1919 ; ROGER, *Manuel juridique théorique et pratique des transports*, 2 vol., 1922-1924 ; BRUNET, DURAND et MAX DE FOURCAULD, *Les transports internationaux par voie ferrée*, Paris 1927 ; Revues : *Journal des transports* ; *Bulletin des transports internationaux par chemins de fer*.

industries une représentation dans les entreprises de transport, ce qui est un inconvénient pour les autres. La réduction des tarifs engage en outre les finances publiques et ne doit être entreprise qu'avec prudence. Leur augmentation peut même, comme le montrent les événements actuels, devenir nécessaire.

1148. — Le voiturier est un *commerçant* (art. 1^{er} et 632 C. com.). Le transport, en effet, constitue un *acte de commerce*, pour quiconque l'exerce à titre d'entreprise et non pas seulement d'une manière accidentelle.

Le voiturier est donc justiciable du tribunal de commerce (excepté lorsqu'il s'agit de réclamations concernant un bagage, pour lesquelles la loi du 6 juillet 1905, art. 2, donne compétence au juge de paix ; voir toutefois Cass., 28 décembre 1909, S. 1912, 1, 257, note FERRON). — Il encourt la faillite, lorsqu'il manque à ses engagements.

Cette commercialité, avons-nous dit dans l'introduction (n^{os} 32 et 188), s'étend à l'Etat (1) pour l'exploitation de son réseau, et à plus forte raison aux Compagnies concessionnaires.

Du côté de l'expéditeur ou du destinataire, le contrat ne sera commercial qu'à la condition de se rapporter au commerce de celui-ci : ainsi le veut la règle de l'accessoire (art. 632, av.-dern. al.). Lorsqu'il s'agit, au contraire, du transport d'un voyageur, ou du déménagement d'un particulier, la convention est civile : le voiturier ne pourra assigner sa contre-partie que devant les tribunaux de droit commun, — et cette dernière, qui n'a pas fait acte de commerce, pourra à son choix traduire le voiturier devant le tribunal civil ou devant le tribunal consulaire (n^o 40). Même alors s'appliqueront les principes du Code de commerce ou des autres lois ou règlements, sur la responsabilité du voiturier, sur les fins de non-recevoir (art. 105, 108, C. com.), etc., et cela, sans

(1) Mais en tant qu'il se charge des *postes, télégraphes et téléphones*, l'Etat ne fait pas acte de commerce, ni au point de vue de la compétence, ni au point de vue des principes qui déterminent sa responsabilité. Des textes spéciaux, pour le cas de perte des objets transportés, tantôt suppriment complètement la responsabilité de l'administration des postes (lettres ordinaires, transmission de télégrammes), tantôt la limitent à un chiffre forfaitaire (lettres recommandées). V. H. WALINE, *La responsabilité de la Poste d'après la jurisprudence administrative*, D. H. 1929, Chronique, p. 69. Sans parler des Conventions internationales (la dernière en date est la Convention postale universelle signée à Madrid le 30 novembre 1920, qui cherche par l'adoption du *franc-or* comme monnaie de règlement, à soustraire les tarifs internationaux aux oscillations du change), l'Etat conclut d'ailleurs, pour assurer le transport du matériel et du personnel des Postes des conventions, tant avec les Compagnies de chemins de fer qu'avec les Compagnies de navigation. — Quant au service des *colis postaux* (convention internationale de Madrid du 30 novembre 1920, loi du 30 mars 1921 ; conventions entre l'Etat français et les grandes Compagnies du 19 décembre 1925 et avenant du 12 janvier 1927, loi du 9 juillet 1929), l'Etat, auquel il incombe en principe, s'est par les conventions particulières précitées, substitué les grandes Compagnies de chemins de fer et les Compagnies maritimes subventionnées (v. l'article 13 de la loi relative au nouveau régime des chemins de fer, votée le 28 juin 1921). Les contestations relatives aux colis postaux étaient de la compétence du Conseil d'Etat (L. 3 mars 1881, art. 1^o, etc.). Aujourd'hui, elles sont de la compétence des juges de paix (L. 6 juillet 1905, art. 5-4^o), même, dit cette loi, pour le cas de « retard » ; et cependant les textes organiques des colis postaux affranchissent le transporteur de cette dernière cause de responsabilité (Cfr. Civ. Toulouse, 21 juin 1906. S. 1906, 2, 287 ; Redon. 13 février 1907, S. 1907, 2, 251) ; Cass. civ., 15 janvier 1918, *Bulletin des transports*, 1918, 14 col. 1 ; Cass. civ., 17 avril 1923 *ibid.*, 1923 70.

égard ni à la condition de la contre-partie du voiturier, ni à la nature de la juridiction saisie. Ces dispositions règlent la profession du voiturier envers le public, quel qu'il soit.

1149. — Le transport, si l'on écarte la navigation maritime, peut être exercé, par quatre sortes d'agents, qui diffèrent selon la voie que la marchandise ou que le voyageur est appelé à parcourir. Ce sont : — le *voiturier libre*, qui opère par traction animale ou automobile : fiacres, omnibus, automobiles et entrepreneurs de roulage, dans une zone plus ou moins large autour des centres de population ; — l'*entrepreneur de batellerie*, opérant sur les lacs, rivières ou canaux (1) ; — l'entrepreneur de *transports aériens* (2) ; — le *chemin de fer*, dont l'apparition remonte aux environs de 1832 (3).

Le premier de ces agents de transport utilise les routes ou les chemins vicinaux (4) : il fait circuler ses voitures, fourgons ou diligences sur la partie du domaine public dont l'usage est gratuit. C'était, au commencement du XIX^e siècle, le cas général. Quelques-uns de ces voituriers disposaient de subventions pour porter les dépêches ; ils entre-

(1) Ces transports fluviaux sont réglés, chez nous, non par le droit maritime, mais par les principes du transport par terre. Nous n'avons pas — comme les Allemands depuis 1895, et comme les Belges depuis 1908 — une législation spéciale d'ensemble sur les transports de la navigation intérieure, mais seulement une loi sur l'hypothèque fluviale (loi du 5 juillet 1917. Décret d'application du 3 avril 1919). La nécessité d'utiliser au mieux, pendant la guerre et la période qui a immédiatement suivi, nos transports fluviaux, avait cependant provoqué une réglementation administrative des voies navigables (Décret du 31 décembre 1919, sur les bureaux de taxes d'affrètement obligatoires, les conventions d'affrètement et lettres de voitures-types, etc.) ; mais elle a à peu près disparu (Décret du 4 novembre 1920 revenant au régime de la liberté de la navigation, tout en maintenant, à titre facultatif, les bureaux de taxes d'affrètement et certaines dispositions sur la lettre de voiture-type. Cette lacune de nos lois est d'autant plus sensible qu'en Alsace-Lorraine la loi de 1895 est demeurée en vigueur, et qu'ainsi apparaît mieux l'insuffisance de notre législation sur ce point, en même temps que naissent de difficiles conflits de lois (v. NIBOYET, *Le régime juridique des transports Rhénans*. *L'Economie nouvelle*, n° d'octobre 1921). Les travaux de la *Société d'Etudes législatives* (Bulletin, 1923, p. 57, 220, 347) sur la navigation intérieure ont servi de base à la préparation d'un *Projet de Code fluvial* qui, élaboré par la Sous-Commission du Code fluvial du Comité consultatif de la navigation intérieure, a été discuté au Comité de législation du ministère du Commerce (1924). Mais ce projet n'a pas eu de suite ; il est permis de le regretter.

(2) L'article 12 de la loi de finances du 12 août 1919 déjà établissait des taxes spéciales pour les objets de correspondance transportés par avions (Adde, l'article 41 de la loi de finances du 31 juillet 1920). Depuis, et à la suite des travaux de la *Société d'études législatives* qui avaient déblayé le terrain (Bulletin, 1921, n° 4, et 1922, n° 1 à 4), a été promulguée la loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne (*J. Off.*, du 3 juin 1924). V. l'analyse de cette loi par HAMEL, dans la *Rev. trim. de droit civil*, 1924, p. 458. Adde : LE BOURHIS, *Des obligations et de la Responsabilité des Compagnies de navigation aérienne dans le transport de personnes*, th. Paris, 1929. Plusieurs autres pays (notamment l'Allemagne, l. du 1^{er} août 1922) sont dotés de lois du même genre. De sorte qu'actuellement il semble bien que ce soit vers un effort international que doive s'orienter le droit aérien, sous peine de créer d'inextricables conflits de lois (HAMEL, *Le droit privé aérien dans le projet de Code international de l'air*, *Annales de droit commercial*, 1923, n° 1 et 2).

(3) Epoque de la substitution de la locomotive à la traction par chevaux sur la ligne de Saint-Etienne à Lyon. Les premières discussions importantes aux Chambres sur le régime des chemins de fer ont eu lieu à la suite du dépôt des projets de 1837.

(4) La réglementation générale sur la police de la circulation et du roulage se trouve dans le *Décret du 31 décembre 1922*, modifié depuis, dit *Code de la Route* (*J. Off.*, du 5 janvier 1923). V. A. BLAISOT, *Commentaire juridique et pratique du Code de la Route*, 1925.

tenaient des services périodiques. Ils effectuaient leurs relais par le concours de maîtres de poste, pourvus d'un brevet, qui mettaient également à la disposition des particuliers des attelages de rechange.

Pour la batellerie, la voie d'eau échappe de même à tout péage. L'Etat percevait autrefois des *droits de navigation* sur les transports par eau à l'intérieur. Leur suppression a permis à la navigation de faire concurrence aux chemins de fer dans certaines régions. Sur les canaux exploités par des sociétés concessionnaires, en vertu de cahiers des charges, il subsistait bien des taxes, destinées à amortir les travaux de construction. Mais le rachat des canaux est depuis assez longtemps achevé.

1150. — Chemins de fer. Domanialité et transport. — Pour les chemins de fer, la voie à parcourir est la voie ferrée. En opérant à l'égard de ce nouveau moyen de communication comme on l'avait fait précédemment pour les canaux, voici à quels résultats on serait arrivé.

Une Compagnie a construit avec ses capitaux le chemin de fer et elle l'entretient ; elle administre en qualité de concessionnaire une partie de la *grande voirie* (tous les chemins de fer, même d'intérêt local, rentrent dans cette classification). Mais elle ne s'inamiscera point dans le transport. Elle admettra sur ses rails, sans faveurs particulières, les entrepreneurs libres qui feront circuler sur le réseau leur propre matériel, à leurs risques et avec leur personnel.

Cette combinaison, à laquelle on songea, ne put réussir à raison de l'insécurité de l'occupation de la voirie par divers transporteurs, des accidents à craindre, de la déperdition de capitaux causée par la multiplicité de matériels concourant à un même emploi, etc.

Il n'y avait d'autre solution pratique possible que d'attribuer au gardien de la voirie le service même du transport. Le chemin de fer cumula deux fonctions. Il devient simultanément : 1^o détenteur de la voie publique, avec perception d'un péage, loyer de la ligne, et 2^o entrepreneur de transport avec son matériel et ses agents, autorisés à toucher un droit de port distinct du premier droit dans sa source, s'ajoutant à lui.

Le monopole d'exploitation du réseau par le chemin de fer a-t-il étendu au trafic des marchandises et des voyageurs le régime légal qui dérivait de sa qualité de concessionnaire de travaux publics ? — Non, en principe, du moins. *L'exploitation*, les rapports entre le chemin de fer et les voyageurs dépendent du droit privé : ce n'est pas là un service domanial. Donc : 1^o Les procès résultant du trafic sont du ressort des tribunaux ordinaires et non pas des conseils de préfecture, qui sont seulement juges des dommages provenant de l'exécution des travaux publics (L. 28 pluviôse an VIII, art. 4). Le service des transports ne commence qu'après la construction du réseau : il consiste, pourra-t-on dire, dans une *exploitation* plutôt que dans une *exécution* de travaux publics ; 2^o Le recouvrement des taxes est également porté devant la juridiction ordinaire, comme s'il s'agissait d'un entrepreneur libre, même pour la partie qui correspond au péage et qui, en tant que contribution indirecte, ne saurait ressortir au contentieux administratif.

Mais, d'autre part, comme le chemin de fer est pourvu d'un mono-

pole de transport sur son réseau et défie toute concurrence (1), il était indispensable de soumettre à un contrôle les contrats échangés par lui avec le public. Autrement, il serait devenu omnipotent. C'était déjà sous l'ancien régime une idée reçue, que l'usage de la voirie ne peut donner lieu à préférences ni faveurs : régime égalitaire qu'on traduisait par opposition aux notions féodales, lorsqu'on disait que « les routes appartiennent au Roi », c'est-à-dire à chacun et à tous. Par là, les principes réglementaires du domaine public ont eu leur contre-coup sur le service commercial, qui en est l'accessoire.

1151. — Rapports financiers de l'Etat avec les Compagnies de chemins de fer. Aperçu historique. Loi du 29 octobre 1921 (Journ. Off., 12 novembre 1921) (2). — Cette étude est limitée à ce qui touche l'exploitation des chemins de fer ; nous écartons la construction, l'entretien, la police des lignes. L'examen des rapports financiers de l'Etat avec les Compagnies (3) ne rentrera pas non plus directement dans notre domaine. Mais cette question présente un intérêt d'actualité si brûlante, et sa solution est liée si intimement au régime des tarifs — élément essentiel de l'exploitation — qu'il nous paraît nécessaire d'en donner au moins un bref aperçu.

Les six grandes Compagnies (4), formées par la fusion progressive (surtout à partir de 1848) des petites compagnies concessionnaires d'origine, ayant — par suite des dépenses considérables que nécessitait la construction des lignes nouvelles — subi vers 1858 une grave crise de crédit, firent appel pour consolider leur situation à l'aide de l'Etat. Ce fut l'origine des *conventions de 1859* dites conventions Franqueville qui consacrèrent le système de la *garantie d'intérêts*. Elles séparent l'ancien et le nouveau réseau (c'est-à-dire les nouvelles lignes concédées). Seul le capital engagé par les Compagnies dans la construction du nouveau réseau jouit d'une garantie de l'Etat (annuité de 4,65 0/0, y compris la prime d'amortissement, garantie pour 50 ans). Quant à l'ancien réseau son revenu n'est pas garanti, il dépendra des résultats de l'exploitation. Mais comme les lignes anciennes profiteront d'une augmentation de trafic que leur amèneront les lignes nouvelles, il est

(1) On dit qu'il est armé d'un monopole *de fait* et non *de droit*. Cela n'est pas très exact. Il ne peut pas sans doute interdire au public l'emploi des autres voies qui permettent de gagner la même destination. Mais, sur sa ligne à lui, il est vrai de dire qu'il est se il *juridiquement* autorisé à effectuer le transport.

(2) V. *Le Régime de nos chemins de fer, aperçu historique (de l'origine aux conventions de 1883)* par Raymond BEAUGEY, directeur honoraire des chemins de fer de l'Etat, 1 vol., Paris, 1921 ; et, du même auteur. *Vers un nouveau régime de nos chemins de fer*, 1 broch., 1921.

(3 et 4) Six grandes Compagnies (cinq par suite du rachat de l'Ouest), sociétés anonymes dont les statuts, après diverses fusions, ont été approuvés par décrets de 1852 et des années postérieures. — Dites d'expiration de leurs concessions (à moins de rachat anticipé) : entre 1950 et 1960. — Longueur totale au 31 décembre 1913, du réseau des 5 Compagnies subsistantes et de l'Etat : 41.410 kilomètres, dont 39.091 en exploitation. — Point de droit de propriété des Compagnies sur les lignes, dépendant du domaine public inaliénable et imprescriptible. — En outre des grandes Compagnies, réseau d'Etat (2.800 kilomètres avant l'annexion des lignes de l'Ouest), Compagnies secondaires d'intérêt général, et lignes d'intérêt local concédées par les conseils généraux des départements (pour ces derniers chemins de fer : Loi du 31 juillet 1913, remplaçant celle du 11 juin 1880).

juste que l'ancien réseau contribue dans une certaine mesure aux dépenses du nouveau. D'où le système dit du *déversoir*. Si, après le service (intérêt et amortissement) des obligations de l'ancien réseau, et paiement aux actionnaires d'un dividende fixé pour chaque Compagnie (sur la base des exercices anciens) et appelé *dividende réservé*, le produit net de l'ancien réseau présente encore un excédent, celui-ci est déversé sur le nouveau réseau et la garantie de l'Etat ne joue que pour la différence. Ses avances de garantie portent du reste intérêt à son profit et, si elles n'ont pas été remboursées plus tôt, se compenseront, en fin de concession, avec le prix du matériel roulant que l'Etat doit racheter aux Compagnies.

Dans ses grandes lignes ce système est resté en vigueur jusqu'en 1883. A cette époque, les difficultés d'exécution du grand programme des voies ferrées tracé en 1878 par M. de Freycinet, alors ministre des travaux publics, aggravées par la crise commerciale de 1882, amenèrent l'Etat à réclamer, pour l'achèvement de ce programme, le concours des Compagnies et provoquèrent de nouvelles conventions, dites *conventions de 1883*. L'Etat cède certaines lignes construites par lui aux Compagnies, qui s'engagent en outre à en achever d'autres, en fournissant elles-mêmes 25.000 fr. par kilomètre et en faisant à l'Etat l'avance du surplus des dépenses au moyen des fonds qu'elles se procureront par une émission d'obligations, remboursables par annuités de l'Etat. Mais, d'autre part, *la garantie d'intérêts est remaniée et amplifiée*. Au système du déversoir on substitue un compte unique comprenant chaque année, pour chaque Compagnie, toutes les recettes et toutes les dépenses. Sur le produit net on prélève : 1°) le service des obligations ; 2°) un *dividende minimum garanti aux actionnaires* par l'Etat (les conventions de 1855 ignoraient cette garantie du dividende), et qui varie avec les Compagnies (1). Quand le produit net ne suffit pas pour faire face à ces prélèvements, l'Etat fournit la différence. Lorsqu'au contraire il y a un excédent, il sert à rembourser la dette de la Compagnie du chef de la garantie d'intérêts. Si cette dette n'est pas complètement éteinte en fin de concession, elle se compense à due concurrence avec la valeur du matériel et de l'outillage, que l'Etat doit reprendre sur évaluation d'experts. Si une Compagnie a, dès avant la fin de la concession, complètement éteint sa dette, son revenu lui appartient en propre jusqu'à concurrence d'un certain chiffre (dividende réservé) au delà duquel les bénéfices appartiennent pour les 2/3 à l'Etat et pour 1/3 à la Compagnie.

1151 bis. — Ce régime a fonctionné pendant trente ans sans grande difficulté. A la fin de 1913 il n'y avait plus que deux Compagnies (Midi et Orléans) débitrices envers l'Etat, et l'heure des augmentations

(1) Il est : pour le Nord de 54 fr. 10 ; pour l'Est de 35 fr. 50 ; pour l'Ouest de 38 fr. 50 ; pour l'Orléans de 56 francs ; pour le Lyon de 55 francs ; pour le Midi de 50 francs. — Cette garantie d'intérêts était, d'après la convention de 1883, limitée au 31 décembre 1914 pour le Nord et le P.-L.-M., et au 31 décembre 1934 pour l'Est. Mais, ainsi qu'il sera expliqué, elle se trouve prorogée jusqu'à la fin des concessions par le système du fonds commun inscrit dans la loi votée le 29 octobre 1921. V. la suite du n° 1151.

de dividendes paraissait proche. Mais la grande guerre a bouleversé complètement la situation.

Dès le 2 août 1914 (1), par application des lois de 1877 et de 1888 sur les réquisitions, l'Etat s'emparait de tous les chemins de fer qui, pendant près de cinq ans (2), ont vécu sous le régime de la réquisition, avec une intervention de l'Etat de plus en plus grande dans leur fonctionnement.

Pendant cette période, et plus encore après l'armistice, les dépenses des Compagnies (hausse des charbons, hausse des salaires, etc...) se sont accrues dans les proportions énormes, en même temps que l'application du traité Cotellet sur les transports militaires (3) se révélait très onéreuse pour elles et aggravait encore leurs pertes. D'autre part, la garantie cessant le 31 décembre 1914 pour le Nord et le P.-L.-M., il avait fallu se préoccuper de leur situation et, par une loi du 26 décembre 1914, les autoriser à imputer provisoirement leurs déficits d'exploitation au compte de premier établissement, c'est-à-dire à les couvrir par l'émission d'obligations dont l'Etat se portait moralement caution.

Ces circonstances, et d'autres encore, ont amené dans l'exploitation des Compagnies un déficit considérable — lourdement aggravé du chef du réseau de l'Etat (le plus déficitaire de tous les réseaux) —, dont les rehaussements de tarifs, édictés par les lois du 31 mars 1918 et du 14 février 1920, n'ont point arrêté l'inquiétante progression. Pour 1920 le déficit était de 2 300 millions pour l'ensemble des réseaux, sans toutefois celui de l'Etat pour lequel il faut ajouter environ 730 millions. A la fin de cette même année 1920, le déficit total des grands réseaux s'élevait à 3.975 millions, auquel s'ajoute pour le seul réseau de l'Etat 1.598 millions, soit en tout un déficit de 5 milliards 573 millions (4).

Pareille situation, qui allait s'aggravant, appelait d'urgence un remède. La loi du 29 octobre 1921, *relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général* (*J. Off.* du 12 novembre 1921) (5), s'est efforcée de le trouver.

(1 et 2) Ce n'est pas ici le lieu d'étudier en détail le régime des chemins de fer pendant la guerre. Contentons-nous d'indiquer les textes essentiels : Arrêté ministériel du 2 août 1914 portant suspension des transports de voyageurs et de marchandises sur les chemins de fer ; — Décret du 29 octobre 1914 décidant que « les conditions de délai et de responsabilité dans lesquelles sont effectués les transports commerciaux (y compris les colis postaux), autorisés en vertu du règlement sur les transports stratégiques... sont arrêtées par le Ministre de la guerre pour chaque réseau, sur la proposition de la Commission du réseau » ; — Arrêté ministériel du 31 mars 1915, fixant en conséquence, les conditions de délai et de responsabilité (fort restreinte) des Administrations de chemins de fer en matière de transports commerciaux ; — Décret du 2 février 1919, rendant la direction des réseaux aux Administrations qui en sont chargées en temps de paix et remettant en vigueur, sous diverses restrictions, le droit commun des transports. — V. ESCARRA, *La responsabilité des Compagnies de chemins de fer pendant la guerre en raison des transports commerciaux* Annales de droit commercial 1920, p. 51.

(3) Le régime de faveur résultant du traité Cotellet pesa d'autant plus lourdement sur les Compagnies, qu'il fut appliqué aussi aux transports militaires des Etats Alliés.

(4) Ces chiffres sont empruntés au rapport de M. RABIER, au Sénat, sur le projet qui est devenu loi le 29 octobre 1921. *J. Officiel*, débats parlementaires, Sénat, séance du 5 juillet 1921, p. 1503 et 1504.

(5) Projet de loi relatif au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général,

Le régime nouveau résulte : 1° de la *convention nouvelle* (passée en novembre 1920 et modifiée sur certains points le 28 juin 1921) intervenue entre le ministre des travaux publics d'une part, et, de l'autre, les cinq grandes Compagnies, les Syndicats des chemins de fer de Grande et de Petite Ceinture, et l'Administration des chemins de fer de l'Etat (1) ; 2° de la loi votée définitivement le 29 octobre 1921, portant approbation de ladite convention (art. 1) et édictant (art. 2 à 15) un certain nombre de dispositions complémentaires. Voici, à grands traits, l'esquisse de ce régime nouveau.

Il comporte essentiellement (art. 1 Convention) : A, une *organisation commune* destinée à faire bénéficier nos chemins de fer de l'unité de direction administrative et technique qui était apparue comme nécessaire pendant les hostilités, et à mettre cette direction en concordance avec les intérêts généraux du pays (Titre I, art. 1 à 12 de la convention) ;

B. un ensemble de *dispositions d'ordre financier* — constituant la partie fondamentale de la réforme —, destinées, par la *solidarité financière* des réseaux, y compris celui de l'Etat, à établir et à maintenir avec l'aide de l'Etat l'équilibre entre les dépenses de toute sorte et les recettes fournies par le trafic (Titre II, art. 13 à 21, de la Convention).

Un Titre III^e et dernier enfin (Titre III, art. 22 à 28 de la Convention) renferme des « dispositions diverses » que nous signalerons chemin faisant.

1151 *ter.* — A. L'organisation commune est constituée par un *Conseil supérieur des chemins de fer* et un *Comité de direction* (art. 2 de la Convention).

Le Conseil supérieur (composé de 61 membres : président nommé par décret, les 18 membres du Comité de direction, 2 représentants du personnel de chacun des six réseaux, désignés par le Ministre des Travaux publics, 30 représentants des intérêts généraux de la nation nommés également par décret) est obligatoirement saisi par le Ministre des Travaux publics des questions d'intérêt commun à tous les réseaux en matière technique, commerciale, administrative et financière (concession de lignes nouvelles, modification du régime financier des réseaux, programmes d'électrification, tarifs, conventions avec les chemins de fer étrangers, etc...) (art. 3 et 4 de la Convention). Ses attributions sont en principe purement consultatives. Toutefois, dans des cas à déterminer limitativement par décrets (2), le Ministre des Tra-

déposé à la Chambre des députés au mois de mai 1920, Doc. parl., Ch. Dép., sess. 1920, n° 862. — Voté par la Chambre et transmis au Sénat, rapports de M. RABIER au Sénat, au nom de la Commission des chemins de fer, Doc. parl., Sénat, sess. 1921, n° 33, 421, 505 ; Avis, au nom de la Commission des finances, par M. Raphaël-Georges LÉVY, Doc. parl., Sénat, sess. 1921, n° 486 ; discussion et vote au Sénat, séances des 5 au 9 juillet 1921, *J. Off. Déb. Parl. Sénat*, p. 1502 à 1625. — Retour à la Chambre des députés, et adoption sans modification le 29 octobre 1921.

(1) Voir le texte de la convention, avec les modifications du 28 juin 1921, dans le rapport supplémentaire de M. RABIER, au Sénat, Doc. parl. Sénat, sess. 1921, n° 505, *Adde, J. Off.* du 12 novembre 1921.

(2) Décret d'application du 11 février 1922 (modifié par celui du 14 mars 1922,

vaux publics peut lui déléguer son pouvoir de décision (art. 4 de la loi).

Le Comité de direction (composé de deux administrateurs et du directeur de chacune des cinq Compagnies, et, pour l'Administration des chemins de fer de l'Etat, du directeur, du président et du vice-président du réseau, art. 6 de la Convention) délibère sur toutes les questions qui intéressent l'ensemble des réseaux (mesures de coordination technique, tarifs, statut du personnel, etc...) (art. 7 de la Convention).

Le directeur (aujourd'hui directeur général) des chemins de fer au Ministère des travaux publics siège au Comité de direction (ainsi du reste qu'au Conseil Supérieur) comme Commissaire du Gouvernement (art. 3 et 6 de la Convention).

1151 *quarto*. — *B. L'organisation financière* des réseaux, telle qu'elle résultait des Conventions de 1859 et de 1883, est profondément modifiée, ici encore (de même qu'en ce qui concerne l'administration) dans le sens d'une *union complète des réseaux*, et sur la base de l'idée fondamentale, encore que tempérée ou plutôt échelonnée dans son application, que *l'ensemble des charges des réseaux doit être couvert par l'ensemble de leurs recettes*, et que par conséquent, c'est finalement l'usager qui doit payer.

La Convention (art. 13) établit une solidarité financière entre les réseaux par l'institution d'un *fonds commun* qui encaisse les excédents des uns pour couvrir le déficit des autres. L'Etat se débarrasse ainsi, en les repassant aux autres réseaux, des déficits croissants de son propre réseau d'Etat. Si l'actif du fonds commun, constitué par l'excédent de recettes de certains réseaux, ne permet pas de faire face à l'ensemble des charges — hypothèse malheureusement plus que probable pendant les premières années d'application du nouveau régime — des avances lui sont faites momentanément par le Trésor, mais les tarifs sont majorés (art. 17 de la Convention) dans des conditions ci-après indiquées. Lorsqu'au contraire les encaissements du fonds commun seront devenus supérieurs à ses versements, l'excédent, après remboursement des avances du Trésor, servira à constituer une réserve (art. 18 de la Convention).

Les *prélèvements* (art. 13 de la Convention) que chaque réseau est appelé à faire sur ses recettes brutes, avant de verser l'excédent (s'il existe) au fonds commun, comprend, outre ses dépenses d'exploitation, les sommes nécessaires tant pour assurer le service des emprunts que pour amortir les actions et leur payer un dividende égal au dividende garanti par les Conventions de 1883 (1). Celui-ci se trouve ainsi garanti aujourd'hui par le fonds commun. Mais (sauf ce qui sera dit sur la prime) il devient invariable, et l'ancien dividende réservé disparaît.

1151 *quinto*. — La pièce essentielle de ce mécanisme est en somme dans les *tarifs*, puisque c'est leur majoration qui doit permettre d'ali-

J. Off. du 15 mars 1922) relatif aux conditions d'organisation et de fonctionnement du Conseil supérieur des chemins de fer et du Comité technique et commercial des chemins de fer.

(1) Pour les chiffres des dividendes garantis (54 fr. 10 pour le Nord, etc.), v. *supra*.

menter le fonds commun. La Convention (art. 17) donne au *Ministre des Travaux publics*, sur la proposition du Conseil supérieur des chemins de fer, le *droit de majorer les tarifs, même au delà des maxima prévus par les cahiers des charges*, dans la mesure nécessaire pour rétablir l'équilibre des recettes, d'une part, des dépenses et des charges d'autre part. Toutefois, du 1^{er} janvier 1921 au 31 décembre 1926 ces augmentations ne doivent pas dépasser les maxima du cahier des charges de plus de 180 0/0 pour les marchandises ou de plus de 100 0/0 pour les voyageurs : au delà une loi serait nécessaire. Même dans cette limite elles ne peuvent du reste intervenir que dans la mesure « compatible avec la situation économique générale » (1).

Les limitations de 180 et de 100 0/0 pourront être remplacées par d'autres limites déterminées par le Parlement tous les cinq ans à partir du 1^{er} janvier 1927.

En fait, les augmentations de tarifs se sont succédé rapidement depuis 1914, d'abord par application de la loi du 31 mars 1918 (relèvement général de 25 0/0 des prix de transport sur les grands réseaux d'intérêt général), puis de la loi du 14 février 1920 (relèvement s'ajoutant à la majoration précédente de 25 0/0, mais sans porter sur elle — de 115 0/0 pour les marchandises, et de 45 à 55 0/0 pour les voyageurs, selon la classe), enfin en mars 1924, par application du nouveau régime des chemins de fer ; de sorte qu'à l'heure actuelle les prix de base (c'est-à-dire ceux inscrits dans les tarifs appliqués avant la guerre) sont augmentés de 100 à 170 0/0 pour les transports de voyageurs et uniformément de 170 0/0 pour les transports d'objets (2).

De même qu'il peut majorer les tarifs, le Ministre peut aussi, d'après le nouveau régime des chemins de fer, « à toute époque, après approbation du Conseil des Ministres, requérir l'abaissement des tarifs spéciaux dont le taux lui paraîtrait contraire à l'intérêt national » (art. 9 de la Convention). C'est là pour lui un droit nouveau. Auparavant, l'initiative en matière de tarifs n'appartenait théoriquement tout au moins, qu'aux réseaux, le Ministre ne pouvant qu'homologuer ou rejeter leurs propositions (3).

1151 sexto. — La consolidation des dividendes par la garantie du fonds commun aurait transformé l'exploitation des chemins de fer en régie désintéressée, si, pour parer à ce danger, on n'avait institué une prime

(1) Cette réserve a été introduite, afin d'éviter les majorations immédiates trop fortes qui, en l'état actuel des affaires, seraient un obstacle de plus à notre relèvement économique. Seulement, faute de ces majorations immédiates, il faut prévoir que, pendant plusieurs années, les recettes du fonds commun ne suffiront pas à couvrir ses charges. Pour parer à cette insuffisance, la Convention (art. 13, al. 3) autorise les réseaux à émettre de 1921 à 1926 (chaque année dans les limites fixées par la loi de finances, art. 2 de la loi) des obligations, dont les annuités seront, jusqu'en 1926, à la charge de l'Etat, et dont le service sera assuré ensuite par le fonds commun (art. 17 de la Convention).

(2) Sans compter les majorations des impôts sur les transports.

(3) La loi portant approbation de la Convention (art. 8 et s.), prescrit des réductions de tarifs au profit de diverses catégories de voyageurs (réformés militaires avec une invalidité de 25 0/0 au moins, familles nombreuses, etc...). La réduction aux familles nombreuses (30, 40, 50, 60 0/0 pour les familles de six enfants âgés de moins de 18 ans, 70 0/0 au delà) porte désormais non seulement sur les billets simples, mais aussi sur les billets d'aller et retour ordinaires (art. 8 *in fine* de la loi).

de gestion. L'institution de *primes* (art. 14 de la Convention) est un des points les plus délicats, et qui fut le plus discuté, du régime nouveau. Une double prime est prévue : l'une qui profite aux actionnaires et doit les intéresser à une bonne gestion, l'autre allant au personnel et destinée à jouer vis-à-vis de lui un rôle analogue. Sans pouvoir expliquer ici, avec détails, le système compliqué d'après lequel la prime est calculée, qu'il nous suffise de dire qu'elle se compose de deux éléments : l'un qui dépend du développement du trafic, l'autre qui est lié à l'amélioration de la gestion, c'est-à-dire à l'abaissement du coefficient d'exploitation. Il faut en effet intéresser les actionnaires et le personnel à la fois au développement du trafic et à l'économie dans la gestion.

La prime du personnel se compose des deux mêmes éléments, mais avec certaines majorations destinées à lui faire atteindre dès le début un minimum susceptible d'intéresser les agents. L'affectation de cette prime du personnel est un des points de la réforme qui a soulevé le plus de difficultés, et mis aux prises les partisans du versement obligatoire à des œuvres d'intérêt collectif et les partisans de la liberté, c'est-à-dire du versement direct à chaque agent de sa part proportionnelle de prime, avec faculté pour lui d'en disposer comme il l'entend. C'est ce dernier système qui a fini par l'emporter, le versement de tout ou partie de la prime à des œuvres d'intérêt collectif n'étant plus obligatoire, mais simplement facultatif.

L'article 3 de la loi prévoit qu'il sera créé pour chaque réseau une société commerciale (1) coopérative du personnel, avec statuts approuvés par Décret en Conseil d'Etat, et Conseil d'administration, composé uniquement d'agents en activité. La moitié de la part de prime revenant au personnel d'un réseau *pourra* être versée par chaque agent à la société coopérative du réseau, qui devra placer tous les fonds dont elle dispose, soit en actions de son réseau (sans que ce placement puisse dépasser en totalité le quart du capital social du réseau), soit en obligations des grands réseaux..., soit en immeubles affectés à l'habitation d'agents du réseau... Un compte sera ouvert pour chaque agent affilié à la coopérative. Avec le quart des sommes inscrites à son compte l'agent aura le droit d'acquérir pour lui-même des actions de son réseau qui demeureront déposées à la caisse de la coopérative. Lorsqu'il se retire de la coopérative il reçoit, le cas échéant, les actions dont il est propriétaire, et le reste des sommes inscrites à son compte. — Toutefois, pour les Compagnies de chemins de fer d'intérêt général qui modifieraient leur statut financier actuel et établiraient des actions de travail dans le cadre de la loi du 26 avril 1917, la société coopérative du personnel prévue par cette dernière loi serait substituée à la société coopérative du réseau instituée par le premier paragraphe du présent article (2). — Un décret instituera en outre, pour chaque réseau, une

(1) Le texte parlant d'une société coopérative « commerciale », dirigée par un « conseil d'administration », il semble bien qu'il ne peut s'agir que d'une société à forme anonyme. Mais alors, pourquoi ne l'avoir pas dit ?

(2) On ne voit pas bien comment la société commerciale coopérative de main-d'œuvre de la loi de 1917 (qui d'ailleurs n'est ni commerciale, ni coopérative) pourra se substituer, le cas échéant, à la coopérative du réseau, puisque la première n'est faite, d'après la loi de 1917, que pour grouper les actions de travail. Faut-il entendre alors que la part des

caisse autonome (sorte de caisse d'épargne) qui pourra recevoir la deuxième moitié de la part de la prime revenant au personnel, ou la prime entière.

1151 septimo. — La mise en vigueur de ce régime suppose le règlement préalable du passé. La Convention assure ce règlement sur les bases suivantes. L'Etat fait remise aux Compagnies des dettes contractées par elles au titre de la garantie d'intérêts pour les années 1914 et suivantes, jusqu'à la mise en vigueur du nouveau régime. Il rembourse aux Compagnies du Nord et du P.-L.-M., par annuités, les sommes portées au compte d'établissement de ces deux réseaux par application de l'art. 20 de la loi du 26 décembre 1914. Les dettes de garantie des exercices antérieurs à 1914 sont arrêtées au 31 décembre 1913 et cessent à partir de cette date de porter intérêt. Tout cela résulte de l'art. 19 de la Convention. Enfin l'Etat s'engage à remettre les réseaux dans l'état matériel où ils se trouvaient le 2 août 1914 (art. 25 de la Convention). — Mais il reçoit comme contre-partie d'importants avantages. Les réseaux s'obligent à construire 1.730 kilomètres de lignes nouvelles, dont les dépenses de construction seront couvertes au moyen d'obligations nouvelles amortissables en 60 ans au plus, le service de ces obligations étant à la charge du fonds commun et, après l'expiration des concessions, à la charge de l'Etat (art. 16 de la Convention). En cas de rachat, ou en fin de concession, le matériel, au lieu d'être repris « dire d'experts » ainsi que le stipulait l'art. 36 du cahier des charges — estimation susceptible, étant donné la hausse des prix, d'aboutir à des chiffres considérables — sera repris par l'Etat pour sa valeur d'inventaire réduite d'un quarantième par exercice (art. 21 de la Convention). Enfin les Compagnies renoncent à tous les litiges pendants ou possibles entre elles et l'Etat, et à toutes réclamations pour dommages de guerre, l'Etat français étant subrogé dans tous leurs droits à réparation contre l'Allemagne (art. 25 de la Convention).

1151 octavo. — Le réseau d'Alsace et de Lorraine (1) n'est pas in-

bénéfices allouée au personnel sous forme d'actions de travail tiendra lieu de la prime ? Ou bien — et cette interprétation paraît plus conforme à la volonté probable du Parlement — faut-il entendre que la pseudo-coopérative de la loi de 1917 jouera alors un double rôle, et sera, à la fois, groupement des actions de travail, et caisse centralisatrice des primes avec mission d'employer celles-ci notamment à l'achat d'actions de capital ? Il ne semble pas que la pensée des auteurs de la loi ait été bien nette sur ce point puisque, comme il arrive aujourd'hui quand une question difficile reste dans le vague, ils s'en sont remis à un règlement d'administration publique du soin « de déterminer les conditions de la substitution ». — D'autre part, si le réseau de l'Etat veut créer des actions de travail (et il semble bien que ce soit le seul pour lequel on puisse envisager pratiquement cette hypothèse), comment procédera-t-il, puisque, l'ancienne Compagnie de l'Ouest-Etat ayant cessé de fonctionner, il n'existe plus de société anonyme pourvue de ses organes normaux ? Tout cela reste vraiment par trop dans le vague et ressemble plutôt à l'énoncé d'une thèse qu'à une loi !

(1) Les chemins de fer d'Alsace et de Lorraine, rattachés tout d'abord au Commissariat général (arrêté du 19 janvier 1919) ont été placés sous l'autorité du Ministre des travaux publics, par décret du 30 novembre 1920. En ce qui concerne leur responsabilité pour les transports effectués entre ce réseau et les autres réseaux français, la Convention de Berne avait été momentanément en vigueur : solution provisoire, peut-être commode en fait mais juridiquement très contestable, tous ces réseaux (y compris celui d'Alsace-

corporé *de plano* dans cette organisation. Mais l'article 23 de la Convention donne au Ministre des Travaux publics le droit de décider à toute époque que ce réseau entrera dans l'organisation commune et qu'il sera soumis aux dispositions de la Convention. Dans ce cas, le Comité de direction sera complété par l'adjonction de trois représentants du réseau d'Alsace et de Lorraine, et le Conseil supérieur par l'adjonction de ces trois représentants, de deux représentants du personnel dudit réseau et de cinq représentants des intérêts généraux (art. 25 de la Convention).

Tel est, à grands traits, notre nouveau régime des chemins de fer, ingénieusement conçu et, dans son ensemble, sérieusement étudié (1). Mais il ne faut pas se dissimuler pourtant que le mécanisme ne sera viable que si la source qui doit l'alimenter a un débit suffisant, c'est-à-dire si, grâce au développement du trafic, conditionné par notre situation économique générale, les recettes procurées par les tarifs permettent de faire face aux charges de toute espèce.

1152. — Sources du droit du transport. — Il ressort de ce qui précède que les chemins de fer relèvent non du Ministère du commerce, mais du Ministère des travaux publics, tant au point de vue des règles de police et de sûreté, ce qui est logique, que pour ce qui touche l'exploitation, les transports et les tarifs, ce qui est moins rationnel.

L'exploitation comprend les droits et les obligations se formant entre le chemin de fer et les expéditeurs ainsi que les voyageurs, et par conséquent la législation du contrat de transport en droit privé.

Cette législation a une double provenance. Il s'est constitué, au milieu du XIX^e siècle, par superposition, et, à la suite de l'invention du nouveau mode de traction, des règles animées d'un autre esprit que les anciennes. Elles n'ont pas seulement recouvert la place occupée jusqu'à par le droit commun de notre contrat, elles ont modifié profondément la législation.

1153. — 1^o Liberté. — Les premières sources du transport moderne sont les prescriptions des Codes civil et de commerce. Ces prescriptions s'adressent à un voiturier quelconque et sont les seules, aujourd'hui encore, à régir les autres voituriers que les chemins de fer.

Dispositions contemporaines d'un état de concurrence, elles reproduisent le droit commun de la *liberté des conventions*. Tout en affirmant

Lorraine) se trouvant désormais placés sous une même souveraineté, la souveraineté française... Cette situation, précaire, a été modifiée par un Décret du 28 juillet 1921 (rendu par application de la loi du 17 octobre 1919 et par conséquent soumis à la ratification du Parlement), aux termes duquel « Les transports de marchandises, voitures, animaux et objets quelconques, effectués par chemins de fer entre toutes gares des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, d'une part, et toutes gares des autres départements français, d'autre part, sont soumis aux dispositions du Code civil et du Code de commerce français applicables au contrat terrestre ». En outre, un second décret de même date (28 juillet 1921) a édicté pour ces transports un règlement rappelant d'assez près celui qui est applicable aux anciens réseaux français.

(1) Sauf toutefois, à notre avis, en ce qui concerne la coopérative du personnel du réseau, et son remplacement éventuel par la coopérative de main-d'œuvre (actions de travail) de la loi de 1917. V. les notes précédentes.

le principe de la responsabilité, la loi réserve les clauses contraires, et les reconnaît licites à moins qu'elles offensent l'ordre public. Elle ne s'occupe ni du prix du transport, ni de la durée du contrat : les parties les détermineront à leur convenance dans chaque cas en particulier.

Le transport n'est même pas un contrat propre d'après le Code civil. Le législateur s'en occupe à propos du *louage d'ouvrage* (III, 8, chap. 3, sect. 2, art. 1782 à 1786). Le voiturier s'engage à accomplir un travail, moyennant redevance. Au lieu de promettre de façonner un produit, il le véhiculera : au fond c'est la même convention. Certains textes rapprochent le transport du *dépôt* : le voiturier est assimilé au dépositaire pour la conservation des choses qui lui sont confiées ou qui n'ont été encore que remises dans ses bâtiments ou dépendances ; c'est la responsabilité du dépôt nécessaire, à laquelle l'aubergiste est également sujet (art. 1952, 1953 C. civ.).

Dans le Code de commerce, deux sections du titre : *Du gage et des commissionnaires*, les sections III et IV (art. 96 à 108) (1), sont consacrées au transport. Il est statué sur le transport à la suite de la commission. On considère les transports comme s'effectuant normalement par l'intermédiaire des commissionnaires, ce qui n'est plus l'état actuel des relations.

1154. — 2^o **Réglementation.** — A ces documents du premier Empire, se sont ajoutés, depuis le gouvernement de Juillet, un ensemble de textes, exclusivement applicables aux chemins de fer.

Si l'on avait étendu à ceux-ci le droit commun des conventions et du transport, l'inégalité des contractants aurait provoqué des abus. Le chemin de fer aurait dicté ses conditions au public. Il aurait pu refuser les marchandises de tel expéditeur, consentir à tel autre des arrangements de faveur en s'intéressant à ses spéculations, établir capricieusement des prix de transport, des délais ou des clauses de non-responsabilité intolérables.

Cette toute-puissance, en désaccord avec les principes du droit public, rompait l'équilibre. Un transporteur « nécessaire » est maître de la situation. Il fallait rétablir la balance en vue de *protéger* le commerce et les voyageurs, introduire dans le contrat de transport des prescriptions nouvelles avec un *caractère impératif*.

Si l'on avait procédé avec méthode, ces prescriptions se seraient groupées dans un instrument complet et bien coordonné, par exemple dans une section cinquième et complémentaire du titre, sous la rubrique : « Des transports par chemins de fer ».

1155. — Cette méthode n'a pas été suivie. Les textes du sujet sont disséminés dans des lois, règlements ou arrêtés nombreux. La concession, la police des chemins de fer se trouvent confondues avec les prescriptions qui ont pour objet leurs rapports avec le public.

La codification du transport par voie ferrée, à laquelle on s'est livré avec plus de succès à l'étranger qu'en France, a été surtout réalisée sur le terrain du droit international. La *Convention de Berne du*

(1) Avant 1863, les sections II et III.

23 octobre 1924, sur le transport des marchandises (C. I. M.), remplaçant la convention primitive du 14 octobre 1890 (1) (loi autorisant la ratification du 27 août 1926, entrée en vigueur de la nouvelle convention le 1^{er} octobre 1928), réunit les chemins de fer de presque tous les Etats de l'Europe continentale en une union diplomatique. Une législation commune, contenue dans les articles de cette convention, et dans les règlements qui l'accompagnent, s'applique aux transports directs de marchandises opérés d'une gare de chemins de fer de l'un de ces Etats à destination d'une gare de l'un des autres Etats signataires. Ce transport direct ne peut être refusé et il s'effectue sur le modèle d'une lettre de voiture uniforme. L'instrument international est conçu plutôt dans l'esprit du droit allemand. Il prime le droit intérieur dans les transports de France à un pays différent, ou inversement.

A la même date du 23 octobre 1924 a été signée à Berne une seconde convention sur le transport international des voyageurs et bagages par chemins de fer (loi de ratification du 27 août 1926, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1928) (2).

Quant aux règles intérieures de droit français, on leur reproché leur manque de précision, leur formation incomplète. N'ayant jamais été soumises à un travail d'ensemble, elles laissent à désirer. Voici de quels éléments elles se composent.

1156. — a) La loi du 15 juillet 1845, sur le chemin de fer de Paris à la frontière belge, décide, entre autres dispositions, qu'aucun chemin de fer n'a le droit de consentir des *arrangements individuels et de faveur* à d'autres entreprises de transport. Une deuxième loi, de la même date, plus particulièrement relative à la police des chemins de fer, édicte une amende de 16 à 3.000 fr. pour toute contravention aux *Ordonnances* qui porteraient règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation du chemin de fer, ainsi qu'aux *arrêtés* que prendraient les préfets en la matière sous l'approbation du *Ministre des travaux publics*. On paraît avoir argumenté de ce texte, pour attribuer au Ministre le pouvoir réglementaire en matière de chemins de fer, quoiqu'il n'en dispose pas dans les autres parties administratives.

1157. — b) Le Décret du 11 novembre 1917 (remplaçant l'Ordonnance royale du 15 novembre 1846) édicte des dispositions d'exploitation : Défense de percevoir *aucune taxe, sans homologation ministérielle* ; — ordre d'accomplir les transports sans aucun tour de faveur et de délivrer à l'expéditeur un *récépissé* s'il le demande, sans préjudice de la lettre de voiture ; — obligation de soumettre à l'approbation du

(1) V. les thèses MOREL, DERVIN, 1909, etc., sur la Convention de Berne. Adde, MERMONT, *De l'Unification du droit français et du droit international en matière de transport des marchandises par chemins de fer*, th. Paris, 1918 ; BRUNET et DE FOURCAULT, *op. cit.*, 1927 ; et, spécialement sur le nouveau régime établi par les deux conventions de 1924 ; MAX DE FOURCAULT, *Le nouveau régime juridique des transports internationaux par chemins de fer*, dans la *Rev. prat. de législation et jurisprudence*, Trib. com. Seine, 1928, I, 69. — En 1925 une nouvelle Conférence, réunie encore à Berne, a modifié sur certains points le texte de 1924, mais nous ne sachons pas que ces changements aient été encore ratifiés.

(2) MAX DE FOURCAULT, *op. cit.*, p. 87 et s.

Ministre des travaux publics « les règlements relatifs au service et à l'exploitation ».

Ainsi, les chemins de fer sont placés sous le contrôle du Ministre des travaux publics. Le Ministre exerce ce contrôle, ainsi qu'on va le voir : 1° par ses arrêtés réglementaires ; 2° par les clauses qu'il fait insérer dans le cahier des charges de la concession ; 3° par l'homologation de tarifs.

Les dispositions du Décret, ainsi que celles des arrêtés ministériels, ayant trait aux relations du public et du chemin de fer, peuvent être appliquées par la justice ordinaire, malgré le principe de la séparation des pouvoirs. Le tribunal de commerce en connaît, comme tout juge civil peut interpréter les règlements administratifs, les décisions de l'administration d'ordre général et non individuel (arg. art. 471-15° C. pén.).

1157 bis. — c) Le Ministre des travaux publics a exercé ses attributions réglementaires, en prenant, entre autres dispositions, des arrêtés pour fixer les délais des transports de grande et de petite vitesse.

1158. — d) Les cahiers des charges, délivrés par l'Etat aux Compagnies, déterminent la durée et les conditions de la concession, ses causes de déchéance, etc. Il s'y trouve également certaines prescriptions d'exploitation destinées à préserver le public contre le danger du monopole.

S'il fallait voir dans les prescriptions de la deuxième catégorie des clauses de marchés de travaux publics, le Conseil de préfecture en connaîtrait seul. On les envisage plutôt comme des actes réglementaires : leur contentieux peut ressortir aux tribunaux ordinaires. Req., 6 juillet 1904, D. 1906, 1, 346 (n° 1157).

Les cahiers des charges, pour les lignes d'intérêt général, variaient à l'origine dans leur rédaction. Mais on a fini par les unifier en déposant au Ministère des travaux publics, en 1857, un cahier modèle. On se borne pour chaque concession nouvelle à en reproduire la formule.

Voici quelques-unes de ces clauses : — Perception des taxes à raison de la distance kilométrique parcourue ; — division des marchandises en quatre classes : pour chacune d'elles est déterminé un tarif maximum (1) (péage et transport) par tonne et par kilomètre ; — nécessité de recevoir tous les chargements, sous condition d'un poids ne dépassant par 5.000 kilogr. ; — interdiction d'accorder à des expéditeurs une réduction sur les tarifs qui ne serait pas consentie à tous impersonnellement ; — octroi, avec l'autorisation du Ministre, de tarifs réduits pour les expéditeurs qui consentiraient à une prolongation des délais, etc.

Il existe une prohibition dont les chemins de fer devraient se trouver

(1) Ainsi qu'il a été précédemment expliqué, la nouvelle Convention (art. 17), approuvée par la loi votée le 29 octobre 1921, donne au Ministre des travaux publics, sur la proposition du Conseil supérieur des chemins de fer le droit d'augmenter les tarifs, même au delà des maxima prévus par le cahier des charges, dans la mesure nécessaire pour rétablir l'équilibre des recettes, sous la réserve que les augmentations ne dépassent pas ces maxima de plus de 180 0/0 pour les marchandises et de plus de 100 0/0 pour les voyageurs. V. *supra*, n° 1151 quinto.

atteints par une disposition formelle de leurs cahiers des charges : celle de se livrer à d'autres genres d'exploitation que le transport lui-même. La situation particulière dont ils disposent les mettrait en mesure de monopoliser le commerce ou l'industrie qu'ils ajouteraient à leur trafic (tenue de magasins généraux, par exemple). Une défense particulière de cette nature n'est pas écrite dans les règlements, et l'on peut se demander s'il faut la sous-entendre (notes LYON-CAEN, S. 1882, 2, 169, et 1884, 1, 435). Il y a des exploitations connexes au transport lui-même, qui concourent à sa commodité, telles que buffets ou hôtels *Terminus*. Sous le contrôle de l'administration, le chemin de fer est autorisé à pratiquer le commerce sous cette forme accessoire, à titre de développement naturel de son trafic (Req., 19 décembre 1882, D. 83, 1, 57) (1).

1159. — Tarifs. — e) D'après l'ordonnance de 1846, confirmée sur ce point par le Décret de 1917, les Compagnies ne peuvent mettre aucun règlement en service, ni percevoir aucune taxe, sans l'approbation préalable du Ministre des travaux publics. *Tout tarif est sujet à homologation ministérielle* (pour les lignes d'intérêt local, le pouvoir d'homologuer appartient au préfet).

Qu'est-ce qu'un tarif ? L'ensemble des conditions offertes par le chemin de fer aux particuliers pour régler les transports qui lui seront confiés.

Dans le langage usuel, tarif est synonyme de *taxe* ; c'est là le sens banal du terme : « on relève, on abaisse le tarif ». Cette acception est trop étroite, quoiqu'elle puisse convenir à la rigueur au *tarif général*. Voici, en effet, la séparation à faire entre les deux catégories de tarifs.

1) Le *tarif général* est applicable de plein droit, à moins que l'expéditeur n'ait demandé expressément l'application d'un autre tarif (Req., 22 février 1898, D. 1900, 1, 151). La Compagnie fera le transport, suivant le droit commun de la responsabilité (2) d'un débiteur ordinaire, dans les délais fixés par les arrêtés, par le plus court trajet, et moyennant la taxe la plus élevée.

Comme tous les éléments du transport, excepté le montant du port, sont déterminés par les lois et règlements, il est permis de confondre le tarif et la taxe, quoique cela soit le résultat d'une vue superficielle.

2) Mais la pratique des tarifs *spéciaux*, dits aussi *conditionnels* ou à *prix réduits*, montre que le tarif a beaucoup plus de portée. Le chemin de fer offre à l'expéditeur, au choix de celui-ci, et par dérogation au tarif

(1) Les conditions dans lesquelles fonctionnent ces hôtels ou buffets, affermés le plus souvent par le chemin de fer et non exploités en régie, obligent-elles d'en limiter l'usage aux voyageurs ou aux personnes qui veulent profiter de la proximité de la gare, sous peine de dommages et intérêts envers les industries similaires de la localité ? Peut-on, tout au moins, leur interdire d'aménager des salles de banquets, de fêtes et de réceptions ? — La Cour de Paris (2 août 1900, et 18 février 1903, D. 1900, 2, 484, et 1903, 2, 485), et la Cour de cassation (Req., 13 mars 1906, S. 1907, 1, 517) ont statué dans le sens le plus favorable aux Compagnies, lors des procès déterminés par l'exploitation du *Terminus* du quai d'Orsay.

(2) Mais, si l'expéditeur a demandé l'application du « tarif réduit », en cas de perte de la marchandise, il ne peut demander une indemnité supérieure à celle prévue par ce tarif spécial, Civ. cass., 6 mai 1924, *Mon. jud. Lyon* n° du 9 janvier 1925.

général, des conditions de transport moins coûteuses, pourvu qu'il renonce à tel avantage que lui donnerait le droit commun (itinéraire détourné, — durée plus longue de transport, — *atténuation* et même *exonération de responsabilité*, du moins avant la loi du 17 mars 1905).

1160. — Suite. Leur caractère. — Comment déterminer la nature de ces tarifs, dûment homologués et réclamés en vertu d'une option qui aurait pu leur faire préférer le tarif général, plus cher mais aussi plus sûr ? — Les tarifs sont de véritables *conventions*.

Ces conventions restent à l'état de simple proposition, aussi longtemps que nul ne les réclame. Elles prennent vie et se renouvellent sous des conditions constantes, à mesure que les particuliers demandent que le tarif leur soit appliqué. Se placer sous le régime d'un tarif, c'est consentir à un mode de transport proposé par la Compagnie. La situation est la même que dans le contrat d'assurance où des conditions générales, imprimées et semblables pour tous les clients de la Compagnie, forment la matière de la convention. On est en présence d'un « contrat d'adhésion ».

Contester le sens ou l'application d'un tarif, c'est discuter la manière dont les parties ont voulu que le transport fût exécuté : les tribunaux ordinaires connaissent de ces contrats comme de tous les autres.

Toutefois, la jurisprudence caractérise différemment le tarif. Naguère, elle lui reconnaissait *force légale* (Civ. rej., 3 mars, et Cass., 13 mai 1874, D. 75, 1, 171, et 467). Cela n'était pas rationnel, une loi étant l'œuvre du parlement. Si les tribunaux lui imprimaient la valeur d'une loi, c'était, peut-être, afin d'expliquer pourquoi la violation des tarifs doit donner ouverture à cassation. (Ex. : un tarif de transport des « vins » est réclamé pour la « bière », ou pour d'autres spiritueux ; la question de l'assimilation de la bière aux vins ne rentre pas dans l'appréciation souveraine des juges du fond, la décision peut être déferée à la Cour de cassation (1).

Aujourd'hui les arrêts se contentent de dire que les tarifs sont d'*ordre public* (Cass., 17 novembre 1909, D. 1911, 1, 317 ; Cass. civ., 3 août 1918, B. T. 1918, 77).

1161. — Il y a d'innombrables tarifs spéciaux. Leur application se rattache à des problèmes économiques graves, qui n'ont pas leur place dans cet enseignement : — *tarifs différentiels* dérogeant à la distance proportionnelle, et donnant à des industries éloignées le moyen d'élargir leurs débouchés en faisant concurrence à des industries plus rapprochées ; — *tarifs limités* à certains produits ; — *tarifs de gare à gare*, etc.

(1) L'intérêt général veut qu'un tarif soit interprété uniformément par tous les tribunaux du pays, autrement la lutte industrielle cesserait de s'exercer dans des conditions d'égalité. Il entre dans le rôle de la Cour de cassation d'assurer cette application uniforme, et de redresser les erreurs des tribunaux et des Cours sur la portée des tarifs. — Voir DEREUX, *De la nature juridique des tarifs de chemins de fer* (th. 1906) ; LAUZÉRO, même titre (th. Toulouse, 1910). — D'après M. PIOT, *De l'application du prix des tarifs de chemins de fer*, 1913, le tarif a force de règlement (Ann. dr. com., 1913, p. 523 et s., article FRAISSAINGEA).

1162. — **Situation du destinataire.** — Achéons cette section en déterminant le rôle respectif des parties dans le contrat.

Il n'y a aucune difficulté pour le *voiturier* : il s'engage à effectuer le transport. Il n'y en a pas davantage pour l'*expéditeur*, à qui cette promesse est faite : il se constitue débiteur du port, s'il ne le débourse pas au départ.

Mais la situation est moins nette à l'égard du *destinataire*. Ce dernier n'est pas intervenu au transport au moment de sa conclusion. Il semble que le transport soit dépourvu d'effet pour ou contre lui, et qu'il ne puisse exercer les actions du contrat que du chef de l'expéditeur (art. 1166 C. civ.).

Conséquemment, si le destinataire intente un procès au transporteur, celui-ci sera recevable à lui opposer les exceptions dont l'expéditeur lui-même serait passible. Quelles sont ces exceptions ? On ne peut pas en énumérer la liste *a priori*. Ce peut être la faillite de l'expéditeur, la masse étant désormais subrogée à l'exercice de ses actions. Ce sera surtout l'absence d'intérêt de l'expéditeur au transport eu égard à ses relations avec le destinataire. — Ex. : Un colis de 100 fr. a été expédié par *Primus* à *Secundus* à titre de vente ; il a été convenu dans la facture qu'elle était livrée au départ et voyagerait au risque de *Secundus*, que *Primus* touchera son prix, quoi qu'il arrive, l'issue du transport lui étant indifférente. Si *Secundus* agit en ses lieux et place, quoique perdant 100 fr. pour un colis avarié, il sera débouté (1) ; ce qui condamne le système en équité.

1163. — On a paré à ce résultat, en reconnaissant au destinataire une action de son propre chef. Mais quelle sera la base de cette action ?

Un premier système la fait dériver du droit de propriété qu'exerce le destinataire sur la marchandise en cours de voyage. Le propriétaire du colis, personnellement intéressé, n'est-il point titulaire des actions du contrat ?

C'est une erreur, et pour deux raisons.

a) La propriété n'appartient pas au destinataire dans tous les cas : peut-être n'est-il qu'un commissionnaire chargé de vendre, ou ne doit-il être rendu propriétaire qu'à l'arrivée (n^{os} 1015 et s.). Même alors il est juste qu'il ait les actions (Cass., 28 janvier 1901, D. 1901, 1, 240).

b) Fût-il propriétaire, la créance du transport ne se fixe pas sur lui par ce motif. Le voiturier ignore la convention, formée entre

(1) C'est par suite de cette idée que les chemins de fer ont refusé des indemnités pour perte de boîtes d'échantillons que des *voyageurs de commerce* leur avaient confiées à titre de bagages (articles non sujets à déclaration, autrement la feuille d'expédition porterait vraisemblablement le nom du patron comme expéditeur). La perte de pareils objets n'intéresse pas le représentant ou ne l'intéresse pas au même degré que son patron. Le patron, non partie à la convention, a dit le chemin de fer, ne peut pas agir de son propre chef. — La jurisprudence n'a pas adopté ces conclusions (Req., 26 octobre 1896, D. 98, 1, 500, et note SARRUT ; Rej., 6 novembre 1912, S. 1913, 1, 398 ; cfr. cependant Rej., 18 octobre 1905, D. 1909 1, 128). On a parfois fait dépendre la solution de la forme extérieure du colis, qui tantôt dénonce et tantôt ne dénonce pas la qualité du voyageur. Dans le premier cas seulement le patron pourrait agir à raison de son préjudice personnel (Paris, 16 mars, et Amiens, 18 mars 1899, D. 1900, 2, 59).

l'expéditeur et le destinataire, et quant à lui *res inter alios acta* (article 1165 C. civ.). L'ordre de transport lui est donné toujours au nom de la même personne.

1164. — La jurisprudence admet un autre système, fondé sur les promesses pour autrui accessoires à un contrat fait pour soi-même (art. 1121 C. civ.). L'expéditeur, en même temps qu'il stipule le transport pour lui, fait encore cette stipulation pour le destinataire ; celui-ci, bénéficiaire d'une offre qui lui est adressée à distance, est maître de l'accepter. De là le pouvoir qu'il a d'attaquer le transporteur, comme s'il avait traité dès l'origine avec lui.

La jurisprudence n'était pas libre de statuer autrement. Que serait une organisation des transports, dans laquelle le chemin de fer se soustrairait aux réclamations d'indemnité des destinataires, en arguant de l'absence d'intérêt des expéditeurs qui seraient réputés seuls en cause dans le procès ?

Il ne s'ensuit point que, réciproquement, le transporteur puisse réclamer le port au destinataire et l'obliger à prendre réception du colis. Il ne sera admis à le faire que lorsque le destinataire aura adhéré au transport, soit en adressant une réclamation au voiturier, soit à plus forte raison en recevant le colis à l'arrivée. Alors il est spontanément entré dans le contrat et doit en supporter les obligations (1).

1165. — **Faculté de disposer de la marchandise.** — A la détermination du rôle du destinataire dans le contrat se lie une question voisine, plus connue à l'étranger et en droit international qu'en droit français : celle de la disposition de la marchandise en cours de route.

L'expéditeur peut, en produisant le récépissé, modifier ses instructions et ordonner au voiturier, soit de diriger le colis vers une destination différente, soit de le lui faire revenir. Mais cette faculté passe au destinataire, lorsque celui-ci a adhéré au transport (ce dont, suivant les arrêts, il devra fournir la preuve par la production du même récépissé).

En d'autres termes, jusqu'à la livraison, le transporteur doit déférer à l'ordre d'arrêter la marchandise ou d'en modifier la direction, ordre que l'expéditeur ou le destinataire lui fait parvenir, selon que le récépissé lui est représenté par le premier ou par le second d'entre eux

(1) Cette application au transport des stipulations pour autrui est un peu forcée. Lorsque le destinataire a un intérêt personnel au transport, cet intérêt fait défaut chez l'expéditeur ; or la stipulation pour autrui n'est vivifiée par l'article 1121 que si le stipulant a un « intérêt principal » dans l'opération. — Il eût été plus raisonnable de fonder l'action directe du destinataire sur la nature *alternative* du créancier (construction qui a été tentée par M. BOISTEL pour expliquer l'assurance au profit d'autrui, D. 89, 2, 129, et que sa hardiesse ne suffit pas à condamner, car aucun principe apparent de droit n'y est contraire). Le voiturier devra le transport, tantôt à l'expéditeur, tantôt au destinataire, selon l'intérêt qu'aura l'un ou l'autre à son exécution, et dont il justifiera. — Dans la jurisprudence la recevabilité de la demande est subordonnée à la présentation du récépissé (même non négociable) par le demandeur. Le destinataire n'a pas à produire cette pièce pour recevoir livraison, mais il en a besoin pour ester en justice (LETURCO, *De la situation respective de l'expéditeur et du destinataire*, th. 1903).

(Req., 15 novembre 1893, *Ann. dr. comm.*, 1894, 1, 44 ; Pau, 2 juin 1905, D. 1908, 2, 263).

Il n'est pas à craindre que le destinataire abuse des pouvoirs que l'expéditeur lui avait donnés sur les marchandises, en disposant de celles-ci autrement qu'il n'avait été convenu entre eux. S'il en a abusé, il devra des dommages-intérêts. Mais le transporteur est hors de cause.

L'expéditeur abuserait de ses pouvoirs par un semblable contre-ordre, s'il avait vendu « livrable au départ », car alors il a perdu la propriété dès la mise à l'expédition. Exceptionnellement, même en ce cas, il aura la faculté de disposition, la *revendication* (et sans plus avoir besoin de produire le *récépissé*), s'il la motive sur la survenance de la faillite de l'acheteur destinataire (art. 576 C. com.). L'ensemble de cette dernière théorie relève de la législation des faillites. Nous la retrouverons (n° 1950).

D'autres principes sont consacrés par la *Convention de Berne* (art. 15 et 26). Le pouvoir de disposer du colis y est reconnu : 1° à l'expéditeur, rapportant le double de la *lettre de voiture*, ou à son défaut l'autorisation du destinataire (Cass., 6 mars 1899, S. 99, 1, 468) ; 2° au destinataire après remise que le chemin de fer lui aura faite de la lettre de voiture originale, à la suite de l'arrivée du colis (1).

SECTION II

FORMATION DU CONTRAT DE TRANSPORT

1166. — Le transport a-t-il besoin pour se former de la remise de la chose au voiturier ? La question n'a pas beaucoup d'intérêt.

Le voiturier serait lié par l'engagement qu'il aurait pris de charger le colis chez l'expéditeur. Il le serait en vertu soit du transport, soit d'une convention innommée. Le chemin de fer n'est pas obligé de pourvoir au camionnage au départ. Il n'est même pas forcé de tenir à jour fixe, à la disposition des expéditeurs, des wagons vides prêts à être chargés, pourvu toutefois qu'il réponde à la demande dans un délai déterminé (Cass., 12 juin 1901, D. 1902, 1, 37 ; Rej., 4 janvier 1904, D. 1906, 1, 275 ; Cass., 15 mars 1905, S. 1905, 1, 469) : la question reste débattue pour les embranchements reliés à la voie ferrée (Rouen, 22 mai 1909, S. 1915, 2, 241 ; Angers, 24 janvier 1911, S. 1912, 2, 87).

(1) Il ne faut pas confondre avec le droit de disposition de la marchandise, la *saisie-arrêt des créanciers* sur le colis, aux mains du transporteur. Ces créanciers, suivant les cas, auront des présentations à faire valoir, soit contre l'expéditeur, soit contre le destinataire, l'une ou l'autre de ces deux personnes pouvant être embarrassée dans ses affaires. — De quelque côté que vienne la saisie, le transporteur doit suspendre le transport. Il ne saurait, en qualité de tiers saisi, se constituer juge du mérite de cette saisie-arrêt. D'ailleurs, pour que la saisie aboutisse, les créanciers opposants devront prouver que leur débiteur, au moment de la saisie, était le propriétaire de la marchandise, que celle-ci fait par conséquent partie de leur gage d'exécution. — Ce problème ne dépend plus du point de savoir si le destinataire a un droit propre, mais d'une vérification de propriété (Req., 13 janvier 1875, D. 75, 1, 356 ; 20 juin 1876, D. 77, 1, 134 ; HUBERT, *Ann. dr. comm.*, 1902, p. 177 et s.).

Nous supposons que le contrat de transport ne se forme que par la *prise en charge* du colis, c'est-à-dire par sa remise au voiturier.

1167. — Cette prise en charge est immédiatement constatée au moyen d'un *enregistrement* (seule écriture à tenir pour les bagages accompagnant un voyageur, taxe uniforme qui est actuellement de 1 fr. 45, plus 0 fr. 25 de timbre, soit en tout 1 fr. 70 avec tolérance de 30 kilos par personne) : un registre des objets dont il se charge est imposé à l'entrepreneur de transports (art. 1785 C. civ., et 96 C. com.) ; c'est en quelque sorte son livre-journal.

Au surplus, la responsabilité de la garde du colis ne commence pas seulement au moment où la marchandise est enregistrée : des caisses ou des ballots ont été soustraits après leur entrée dans la cour ou dans la gare du chemin de fer. Les expéditeurs ont obtenu réparation de la Compagnie, quoique, au moment de la perte, aucune pièce attestant le chargement n'eût été encore établie (dépôt nécessaire, art. 1782 C. civ. ; Mâcon, 19 mai 1896, D. 99, 2, 164).

1168. — Indépendamment de l'enregistrement, il y a un écrit : la *lettre de voiture*, dite aujourd'hui *récépissé* dans le trafic des chemins de fer.

Cette pièce, recommandée par des raisons d'ordre, est utile pour la preuve. Toutefois, comme le transport est un contrat consensuel (ou réel), l'absence ou l'insuffisance de cet écrit n'enlèverait rien à la valeur de la convention ; elle pourrait même être établie par témoins (art. 109 C. com. *non obst.* art. 101 : la lettre de voiture *forme* un contrat).

A l'origine, la lettre de voiture était unilatérale et rédigée par l'expéditeur. Celui-ci remettait au voiturier la lettre avec le colis ; la formule de la rédaction le faisait parler au destinataire : il s'exprimait à la deuxième personne dans un style prolix et même pompeux : « A la garde de Dieu et sous la conduite de N., voiturier, vous recevrez deux colis... ».

Par lettre découverte, l'expéditeur invitait son correspondant à recevoir la marchandise par lui décrite, et au besoin à en régler le port ; c'est bien la convention liée avec le voiturier, porteur de cette lettre, qui se trouvait ainsi constatée.

On dressait en trois exemplaires cette lettre de voiture, copiée en outre sur un registre spécial du voiturier (art. 102 *in fine* C. com.) : a) l'original restait au bureau de départ ; b) le transporteur en tirait un double qu'il remettait à l'expéditeur après l'avoir signé ; c) une seconde copie accompagnait le colis dans le portefeuille du conducteur ou du chef du convoi ; c'était la *feuille de route*, le voiturier s'y référait aux diverses stations de son voyage, afin de savoir où et à qui il avait à faire livraison.

1169. — Cette organisation se retrouve, avec un simple changement de mots, dans le service des chemins de fer. En trafic intérieur, la lettre de voiture est tombée en désuétude, elle est remplacée par le *récépissé*. L'expéditeur rédige un bordereau ou *déclaration d'expé-*

dition, qui exclut toute phraséologie et dont il n'a qu'à remplir les blancs. Les énonciations de cette pièce sont reproduites par le chemin de fer sur un cahier à souche, auquel adhère un double pour chaque feuillet.

L'un de ces doubles (récépissé pour l'expéditeur) est remis à celui-ci : il fait preuve pour lui des conditions du transport. L'autre sera présenté à l'arrivée avec la marchandise. Les règlements obligent les Compagnies à délivrer pour chaque expédition une pièce de cette nature, si elles en sont requises : en fait, elles la délivrent toujours. Les formes du récépissé sont réglées aujourd'hui par la loi du 13 mai 1863 (art. 10) et le Décret du 29 décembre 1926.

1170. — L'usage du récépissé se rattachait dans le principe au désir d'échapper au droit de *timbre* dont la lettre de voiture était passible. Le commerce s'imaginait que, du moment que la pièce avait la forme d'un reçu, la franchise fiscale, admise à cette époque pour les quittances, devait s'étendre à ce nouvel instrument.

Les lettres de voiture, frappées du timbre de dimension par l'art. 6 de la loi du 11 juin 1842, et assujetties en conséquence aux tarifs doublés par l'art. 36 de la loi du 25 juin 1920 (2 fr.), ne sont plus aujourd'hui, à la suite des réclamations du commerce contre cet impôt excessif, soumises qu'à un droit de timbre de 0 fr. 50 (art. 124 du Décret du 29 décembre 1926 portant codification des droits de timbre). Quant au droit de timbre des récépissés délivrés par les administrations des voies ferrées d'intérêt général ou local, il a été fixé uniformément à 0 fr. 50 (art. 126 du même décret). Mais, indépendamment des droits de timbre afférents aux récépissés et autres pièces concernant les transports, une loi du 12 avril 1922 a établi un impôt spécial, qui est aujourd'hui, pour les grands réseaux d'intérêt général de 32,5 0/0 sur le prix des places des voyageurs et des bagages, et de 11,5 0/0 sur le prix des marchandises en grande et petite vitesse (1), — et pour les voies ferrées d'intérêt local, respectivement de 8 0/0 et de 6 0/0 (art. 13 du Décret de codification des impôts sur les transports du 21 décembre 1926).

1171. — L'ancienne lettre de voiture, le récépissé ou la déclaration d'expédition renferment les énonciations suivantes, que mentionne l'art. 102 :

... *La nature et le poids ou la contenance des objets à transporter.* Le port est perçu, dans l'organisation des chemins de fer, à la fois d'après la nature et d'après le poids du colis.

a) *D'après sa nature.* — Les marchandises sont réparties par le cahier des charges en *quatre classes* dont les tarifs ont fait *six séries*. A chacune d'elles répond une unité de taxe, plus élevée pour les premières séries que pour les autres, ces premières séries contenant les articles qui font courir à la Compagnie plus de risques ou qui sont d'une manutention plus compliquée.

(1) La loi du 31 juillet 1929 (art. 10 et 11) a exonéré de cet impôt les transports de certains produits agricoles de grande consommation, ainsi que les expéditions de marchandises en transit ou à destination de l'étranger.

Par une *fausse déclaration de nature de la marchandise* (1), l'expéditeur cherche à faire taxer le colis à un port plus faible que ne le veulent les règlements. Cet agissement, vis-à-vis d'un transporteur ordinaire, n'a pas de sanction pénale. Seulement l'expéditeur en cas de perte ou d'avaries, ne touchera qu'une indemnité calculée sur la valeur d'une marchandise de l'espèce déclarée, alors que la sienne a probablement plus de prix. En outre, le mensonge découvert, il devra payer le supplément du port qu'il avait dissimulé. — A l'égard d'un chemin de fer, l'inexactitude de déclaration est frappée plus sévèrement ; c'est une contravention aux règles d'exploitation des chemins de fer, et, par conséquent, il y a lieu à l'amende établie par l'art. 21 de la loi de 1845. On est même tenté de faire tomber l'expéditeur sous l'inculpation d'escroquerie ; cependant ce délit, frappé d'emprisonnement, n'est pas réalisé (art. 405 C. pén.) : il n'y a pas eu en l'espèce de manœuvres frauduleuses, mais un simple mensonge par fausse déclaration ; la Compagnie, d'ailleurs, à la prise en charge, pouvait à la rigueur constater cette fausse déclaration, en ouvrant le colis.

b) *D'après le poids*. — La marchandise est pesée à l'expédition, et elle paie proportionnellement à son poids, non à son volume. L'unité du cahier des charges est la *tonne métrique*, mais elle se fractionne par *dix kilos* en petite vitesse (nous négligeons la grande vitesse et les colis postaux).

Exceptionnellement, pour certains articles « finances » : — bijoux, titres, dentelles, il y a une taxe *ad valorem*, sur déclaration de la valeur. Cette déclaration, dans une expédition ordinaire, n'a d'autre effet que de fournir une base d'évaluation pour le cas de perte ou d'avarie. A cela près, elle ne lie pas l'expéditeur. Celui-ci pourra réclamer une indemnité plus forte, si la valeur du colis est supérieure. Mais, pour les articles finances, l'évaluation limite le chiffre éventuel de la réparation, et sert d'assiette au calcul du port.

1172. — ... *Le délai dans lequel le transport doit être effectué* (la lettre de voiture doit, en outre, être datée, ce qui permet de fixer la durée et le point de départ du délai, s'il comprend un certain nombre de jours à courir).

Dans le service des chemins de fer, le délai diffère, suivant que l'expédition a lieu en grande ou en petite vitesse. — *Grande vitesse*. Le colis est chargé dans le fourgon du premier train de voyageurs de toutes classes partant trois heures après la remise (pour les trains exempts de messagerie, cfr. Civ. cass., 4 août 1913, D. 1913, 1, 375), et il sera livré à destination dans les deux heures de l'arrivée. S'il y a plusieurs itinéraires possibles, depuis la gare d'expédition jusqu'à celle d'arrivée, c'est d'après celui qui est kilométriquement le *moins long* (et en même temps le moins coûteux) que se calculeront les délais, non d'après l'itinéraire que prendrait le train *le plus rapide*. Ex. : La Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée, recevant à Paris des colis en grande vitesse pour Lyon, peut diriger ces colis par le premier train

(1) René ROGER, *Les fausses déclarations d'expédition en matière de transports par chemins de fer*, *Annales de droit commercial*, 1922, p. 117.

du Bourbonnais et non par le train de la Bourgogne, de parcours un peu plus allongé, bien que celui-ci doive arriver avant l'autre (Cass., 14 décembre 1898, D. 99, 1, 422 ; 3 juillet 1905, D. 1909, 1, 193 ; 20 février 1912, S. 1912, 1, 525). — *Petite vitesse*. L'expédition est faite le lendemain de la réception, et la marchandise est mise à la disposition du destinataire le lendemain de l'arrivée ; il est donné pour le transport, qui s'effectue alors par train de marchandise, un jour par 125 kilomètres de la distance à franchir (1).

Cela est vrai du tarif général ; les tarifs spéciaux ont d'autres délais.

1173. — ... *Le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un*. Lisez : le nom de l'expéditeur ou du commissionnaire, suivant les cas. La loi suppose que c'est un commissionnaire qui remet pour compte le colis au voiturier ; mais il se peut que l'expéditeur se passe d'intermédiaire (voir section V, commission de transport).

1174. — ... *Le nom de celui à qui la marchandise est adressée*. C'est le destinataire : ici surtout il importe d'énoncer le domicile, et aussi le lieu où le colis sera livré. Les règlements des chemins de fer donnent aux expéditeurs le choix entre la livraison à domicile et la livraison en gare.

Livraison à domicile. — La Compagnie, en percevant une taxe supplémentaire de camionnage, doit transporter par ses soins le colis jusque chez le destinataire. Pour toute gare desservant dans un certain rayon une population agglomérée de 5.000 habitants, elle est tenue d'organiser à cet effet un service de factage à l'arrivée.

Livraison en gare. — Le destinataire doit retirer la marchandise du chemin de fer et la faire camionner chez lui par ses propres moyens.

Mais, instruit de l'arrivée du colis par une *lettre d'avis*, le destinataire peut retourner cette lettre signée, et demander à la Compagnie le camionnage à son domicile. Faute de retirer le colis ou de transmettre sa réponse dans les quarante-huit heures depuis la mise à la poste de la lettre d'avis (et non depuis sa réception, Civ. cass., 6 mars 1899, D. 99, 1, 256), le destinataire encourt un droit de magasinage par chaque jour de retard. Cette taxe dédommage la Compagnie de la garde et des risques de la marchandise. Le magasinage ne nové pas le contrat primitif ; la clause de non garantie, à la supposer valable (n^{os} 1199 et s.), continue à produire effet (Cass., 21 avril 1902, D. 1903, 1, 148 ; Cass., 27 décembre 1906, D. 1907, 1, 286).

L'envoi de cette lettre d'avis est-il obligatoire pour le chemin de fer ?
Après divergence, la jurisprudence avait fini (depuis 1873) par

(1) Ces délais ne sont obligatoires que dans leur indivisibilité. Le chemin de fer, en retard pour faire partir le colis, peut récupérer ce retard pendant la route, pourvu qu'il livre avant l'expiration du délai total (Cass., 23 juin 1904, D. 1904, 1, 125 ; 6 novembre 1907, S. 1908, 1, 366). — Inversement, l'arrivée avant le temps fixé permet à la Compagnie d'épuiser le délai jusqu'à son entier accomplissement. — Au cas de transbordement, la correspondance doit être ponctuelle et ne comporte plus, en grande vitesse, à la gare d'intersection, la tolérance de trois heures qui est donnée pour l'expédition au départ.

admettre la négative (Cass., 15 juin 1900, D. 1900, 1. 501). C'est au destinataire qu'il appartient de se présenter en gare pour réclamer la livraison de la marchandise. S'il a mal calculé les délais, en se présentant en gare, il fait une démarche entièrement vaine. Si les délais sont échus, mais la marchandise néanmoins absente, il doit en requérir la livraison ; et, par cette *réquisition en gare* (à la condition toutefois de s'en ménager la preuve), il met la Compagnie en demeure, et peut ainsi (art. 1146 C. civ.) lui demander des dommages-intérêts pour retard. Sans doute il était de l'intérêt de la Compagnie d'adresser aux destinataires de marchandises livrables en gare un avis d'arrivée afin, d'une part, de hâter la libération de son matériel et de ses quais, et, d'autre part, de s'assurer le bénéfice des taxes de magasinage ; et c'est pourquoi, en fait, elle envoyait généralement des avis d'arrivée, mais cet envoi n'en demeurait pas moins pour elle purement facultatif, (Comp. Ann. Droit comm., 1903, p. 369).

Cet état de choses a été modifié par de nouvelles dispositions résultant d'un *arrêté ministériel du 9 août 1923* et formant les articles 54 bis G. V. et 51 bis P. V. des conditions d'application des tarifs généraux (1). Ces dispositions nouvelles sont ainsi conçues :

« Le chemin de fer est tenu de faire connaître, par avis, au destinataire d'un envoi livrable en gare, le moment où il peut mettre cet envoi à la disposition du destinataire. *L'envoi de l'avis est obligatoire dès que la mise à la disposition est possible.* Toutefois, cette obligation n'apporte aucune restriction au droit qu'a le transporteur de se prévaloir, en cas de demande d'indemnité pour retard, de la totalité des délais de transport et de livraison qui résultent de l'arrêté du 12 juin 1866, modifié par les arrêtés subséquents.

« Le même avis fait courir le délai de livraison fixé par l'article 55 G. V. et par l'article 52 P. V.

« Le destinataire peut dispenser le chemin de fer de l'obligation de l'aviser. »

Une nouvelle obligation pèse donc sur les réseaux. Ils ne sont pas seulement tenus, comme auparavant, de mettre la marchandise à la disposition du destinataire à l'expiration des délais réglementaires de transport ; ils doivent en outre lui adresser une lettre d'avis d'arrivée. Ainsi seront évitées aux destinataires de marchandises livrables en gare des démarches vaines auprès du chemin de fer.

Mais là paraît s'arrêter en réalité la portée de la réforme. Elle n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet, en l'absence d'un texte formel, de soustraire les réseaux aux règles du droit commun sur les dommages-intérêts pour retard dans l'exécution d'une obligation. L'article 1146 C. civ. doit être respecté ; c'est-à-dire que le destinataire qui veut réclamer à la Compagnie des dommages-intérêts pour cause de retard dans la livraison doit au préalable adresser à celle-ci une mise en demeure (2). Mais, s'agissant ici d'une matière commer-

(1) DROUETS *De la lettre d'avis d'arrivée des marchandises en gare sous le nouveau régime de la livraison par chemins de fer, Annales de dr. com.*, 1924, p. 200.

(2) En ce sens Dijon, 30 décembre 1926, D. 1927, 2, 35 ; Montpellier, 18 novembre 1926, D. 1926, 2, 160 ; Paris, 28 janvier 1928, D. 1928, 2, 88 ; DROUETS, *loc. cit.* ; Rev.

ciale, cette mise en demeure peut (art. 1139 C. civ.) résulter d'une simple lettre missive. (En ce sens, Cass. civ., 17 octobre 1923, *Bulletin des chemins de fer* 1923, II, 189 à 192 — *contra* la jurisprudence antérieure à l'arrêté du 9 août 1923, d'après laquelle une réquisition en gare était nécessaire pour mettre le chemin de fer en demeure; Cass., 13 avril 1923, Bull. ch. i., 1923, II, 120).

Un avis *recommandé* est d'ailleurs nécessaire pour faire courir le délai de quatre jours à l'expiration duquel, en cas de déclaration d'embourgeoisement d'une gare, la marchandise non retirée est vendue d'office aux enchères (art. 3 de la loi du 1^{er} juillet 1921 sur la vente des marchandises en souffrance dans les gares, v. *infra*, n^o 1182 *bis*).

1175. — ... *Le nom et le domicile du voiturier.*

1176. — ... *Le prix de la voiture, ou port.* Il est proportionnel à la distance parcourue, sauf les dérogations résultant des tarifs spéciaux. La taxe « à base kilométrique décroissante » suppose une unité de base plus faible pour les grands parcours, par exemple 6 centimes par tonne au delà de 100 kilomètres au lieu de 7 ; elle a été parfois recommandée : la Compagnie supporte pour les longs transports des frais généraux moindres, et elle pourrait abaisser la taxe sans y perdre.

La demande du *tarif le plus réduit* oblige la Compagnie à appliquer la plus faible taxe mise par elle en service. Cette demande n'est subordonnée d'ailleurs à l'emploi d'aucune formule sacramentelle (Réj., 22 février 1898, D. 1900, 1, 151, cf. Cass., 21 mars 1928, D. H. 1928, 319). Lorsque le colis doit emprunter plusieurs parties du même réseau, pour chacune desquelles il existe des taxes abaissées, la Compagnie doit relier ces tarifs ensemble et les appliquer, par suite de la réquisition du « tarif le plus réduit ». Au contraire, lorsque deux Compagnies avaient mis en service un *tarif commun* à leurs deux réseaux, la jurisprudence inclinait à décider que ce tarif commun ne s'imposait que lorsque le chemin de fer chargeur en était expressément requis (Cass., 12 juin 1901, S. 1902, 1, 93 ; 1^{er} mars 1905, S. 1909, 1, 214). Aujourd'hui la *soudure* est de droit non seulement pour les parcours s'effectuant sur un même réseau, mais encore pour ceux qui empruntent les voies de plusieurs Compagnies. Mais les conditions dans lesquelles elle a lieu sont déterminées par les tarifs propres à chaque conces-

Trib. com. Seine, 1927, 56. — En sens contraire, V. MITTRE, *Des conséquences de l'obligation pour les administrations de chemins de fer d'adresser un avis d'arrivée aux destinataires de marchandises expédiées livrables en gare*, *Annales de droit commercial*, 1925. D'après cet auteur, la disposition de l'article 1146 C. civ., d'après laquelle « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation », serait inapplicable au contrat de transport par chemin de fer à cause de sa nature spéciale. Il est possible qu'en législation cette solution soit la bonne ; mais, en droit positif, on ne saurait pourtant faire litière de l'article 1146 C. civ., qui — on ne paraît pas s'en douter — a des raisons profondes et domine tout notre droit. Sans doute n'eût-il pas été inutile que des juristes prissent part à la rédaction de l'arrêté du 9 août 1923 pour signaler l'objection et, si l'on voulait réellement écarter ici la nécessité de la mise en demeure, pour le dire par un texte formel. — V. cependant, dans le sens de l'opinion soutenue par M. MITTRE, Montpellier, 25 janvier 1928, D. 1929, 2, 147, avec la note qui critique cet arrêt.

sionnaire et sont susceptibles de varier de réseau à réseau (1). Avec le nouveau régime des chemins de fer ces variations de tarif selon les réseaux sont appelées à disparaître.

L'expédition a lieu tantôt en *port payé* (franco), tantôt en *port dû*. Dans le premier cas, il est réglé au départ. Dans le dernier cas, il sera réglé à l'arrivée par le destinataire, le transport est fait à crédit et le chemin de fer ne peut pas s'y refuser si la valeur de la marchandise répond du port.

Il doit même accepter une *marchandise grevée de débours*, du fait d'un transporteur précédent qui lui a remis le colis pour effectuer la suite du parcours. Le second agent de transport devra recouvrer à l'arrivée, avec la fraction du port à laquelle il a droit, celle qui revient au premier agent, et dont il lui sera comptable. Quant aux garanties, voir n° 1182.

1177. — ... *Le remboursement à faire suivre* (mention exceptionnelle que ne signale point l'art. 102). Il faut supposer que la marchandise a été *vendue par* l'expéditeur au destinataire avec la condition que le prix sera *payable comptant* à l'arrivée. L'expéditeur donne mandat au voiturier et d'encaisser pour lui le prix et de lui retourner les fonds à la gare de départ. C'est *l'envoi contre remboursement*. Il y a une taxe à payer pour ce retour.

Les chemins de fer ne sont pas obligés, en service intérieur, de se charger de colis ainsi grevés ; en fait, ils les acceptent toujours. D'après la Convention de Berne, art. 13, ils y sont tenus en service international.

La responsabilité du transporteur est alors aggravée. Substitué au vendeur, il doit user de la rétention (art. 1612 C. civ.), si le destinataire refuse, lors de la réception, de payer la somme. Commettant l'imprudence de livrer à découvert, il serait comptable envers l'expéditeur de la faillite postérieure de l'acheteur (Cass. 11 janvier 1897, S. 98, 1, 562) (2).

1178. — ... *L'indemnité due pour cause de retard*. Au temps des anciennes lettres de voiture, l'usage était de stipuler une clause pénale ; le voiturier devait déduire, à titre de dommages-intérêts de retard, le tiers du port, présumé correspondre au préjudice.

Le commerce prétendit en vain, les cahiers des charges étant muets, obliger les chemins de fer à reproduire cette clause dans les récépissés. Mais rien n'empêche une Compagnie de faire homologuer, à côté du tarif général, un tarif spécial à option portant un pareil forfait d'indemnité ; sous réserve de la loi du 17 mars 1905 (n° 1203), la réclamation de l'expéditeur pour cause de retard ne saurait en ce cas dépasser le forfait convenu.

1179. — ... *Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire* (dans les chemins de fer, la déclaration d'expédition porte cette signature).

(1) JOSSEMAND, *op. cit.*, n° 202.

(2) HUBERT, *De l'expédition par chemin de fer contre remboursement* (*Ann. dr. comm.*, 1902, p. 161).

Elle présente en marge les marques et numéros des objets à transporter.

La lettre de voiture ou le récépissé pourraient à la rigueur être rédigés à ordre ou au porteur. Le certificat deviendrait alors un titre représentatif de la marchandise ; la transmission ou la mise en gage de celle-ci serait possible en cours de route, le voiturier ne pourrait se dessaisir à l'arrivée que contre production du document (1). Mais, autant cet usage est fréquent pour le connaissement maritime, autant jusqu'à présent la pratique des chemins de fer en France lui est défavorable (n° 1030, note).

1180. — Le voiturier se fait également remettre par l'expéditeur une *déclaration de douane* quand le colis doit être rendu au delà de la frontière, ou un *titre de mouvement* délivré par la Régie quand la marchandise est sujette aux contributions indirectes.

Les formalités de douane et d'octroi doivent être faites à la requête du chemin de fer, en cours de route, avec l'assistance d'un mandataire de l'intéressé, lorsque celui-ci le demande (art. 10 de la Conv. de Berne), Mais le chemin de fer n'a pas à faire l'avance des droits : il pourra en exiger la consignation au départ.

L'*amende*, pour fausse déclaration, est exigible de plein droit contre le transporteur, en faute ou non (Crim. rej., 4 mai 1912, D. 1913, 1, 501). Toutefois, il y a des atténuations : a) Vis-à-vis des *contributions indirectes*, le voiturier est relaxé lorsqu'il met la Régie, par une désignation exacte et régulière, en mesure de poursuivre l'auteur de l'infraction (L. 21 juin 1873, art. 15, jugée applicable aux contraventions d'octroi : Chambres réunies, 4 mars 1895, D. 95, 1, 193). b) Vis-à-vis de la *douane*, même solution quand le voiturier donne à l'administration le moyen de poursuivre *efficacement* l'auteur de la fraude, ce qu'il ne fait pas lorsque l'expéditeur désigné est domicilié à l'étranger (Crim. rej., 21 avril 1883, D. 85, 1, 218 ; cfr. aussi loi 6-22 août 1791, art. 29 ; Crim., 24 mai 1904, D. 1907, 1, 517).

1181. — **Mesures conservatoires et mesures d'exécution en faveur du voiturier.** — La créance du port et des dépenses accessoires est garantie au profit du voiturier par la possession du colis.

Lorsque le colis est présenté au destinataire, il se peut que celui-ci le refuse. Son refus peut tenir, d'ailleurs, à des raisons diverses ; la détérioration prétendue du colis en est fréquemment la cause.

Le voiturier doit pouvoir se décharger d'un colis encombrant. Il n'est pas obligé, il n'est même pas admis à retourner d'office le colis à l'expéditeur. Celui-ci a pu d'avance exiger que la Compagnie l'avisât du refus du destinataire (tarifs du 1^{er} juin 1898). Hors de là, la responsabilité du transporteur ne serait engagée que si le colis, par sa nature, était sujet à se détériorer (Civ. rej., 11 juin 1901, D. 1902, 1, 356).

Le procédé mis à sa portée est l'emmagasinage en *entrepôt public*, *aux risques et aux frais de l'expéditeur* (art. 106 C. com.), en vertu d'une

(1) A la lettre de voiture ordinaire (*Frachtbrief*), les Allemands opposent cet instrument négociable, qu'ils désignent du nom de bulletin de chargement (*Ladeschein*).

ordonnance du président du tribunal de commerce ou du juge de paix (1).

Comme le refus tient souvent à une allégation d'avarie, le voiturier a intérêt à faire établir l'état de la marchandise pour la sauvegarde de sa responsabilité. Aussi l'ordonnance, rendue à sa requête (ou à celle du destinataire), désignera-t-elle préalablement un expert pour vérifier le colis et en dresser procès-verbal. Cette *expertise* est principale, et non sujette aux conditions de la procédure incidente ainsi qualifiée (art. 302 et s., 429 C. proc. civ.). Les formes en ont été précisées par la loi du 12 février 1927 modifiant l'article 106 C. com. L'expert doit en principe prêter serment, sans formalité d'audience, devant le juge qui l'a commis ou devant le juge de paix du canton où il opère. Le requérant appelle sous sa responsabilité, même par lettre recommandée ou par télégramme, toutes parties susceptibles d'être mises en cause. Mais l'article 106 nouveau C. com. prévoit qu'en cas d'urgence, le juge saisi de la requête peut dispenser de l'accomplissement de certaines de ces formalités. Or, le cas d'urgence sera certainement le plus fréquent, et assez souvent sans doute l'expertise aura lieu sans que la partie intéressée soit convoquée, ou sans que l'expert ait prêté serment. Ainsi était du reste fixée la pratique, avant la loi du 12 février 1927 (v. pour la dispense de serment de l'expert, Cass., 4 février 1914, D. 1915, 1, 5). Cependant, le soin que le législateur de 1917 a pris d'entrer dans de minutieux détails sur les formes de l'expertise, indique sa volonté qu'elles soient observées, et le juge ne doit en dispenser qu'avec prudence.

1181 bis. — **La loi du 12 février 1927** (2) (modifiant l'article 106 C. com.). — En dehors des règles de forme ci-dessus, la principale modification apportée par la loi nouvelle à l'article 106 a consisté à en étendre dans une très large mesure le champ d'application. Dans le système du Code de commerce, deux personnes seulement pouvaient demander l'expertise : le voiturier et le destinataire, et elles ne pouvaient le faire qu'à l'arrivée au cas de refus du destinataire ou de contestation relative à l'état de la marchandise. Dans sa rédaction actuelle, l'article 106 permet de recourir à l'expertise « en cas de refus des objets transportés ou présentés pour être transportés, ou de contestations de quelque nature qu'elles soient sur la formation ou l'exécution du contrat de transport, ou à raison d'un incident survenu au cours même et à l'occasion du transport » (3). L'expertise est donc possible à tout moment, au départ, à l'arrivée, en cours de route, pour quelque cause que ce soit, et toute partie au contrat peut la demander. Mais elle ne peut être réclamée que pour résoudre des difficultés nées du contrat de transport lui-même, et l'article 106 reste inapplicable

(1) Les arrêtés ministériels établissent aussi le camionnage d'office chez le destinataire dans certaines circonstances.

(2) Sur cette loi, v. l'article de M. JOSSERAND dans le *Recueil de droit commercial*, 1927, p. 250 et le commentaire de M. LE PELLETIER, *id.*, p. 159.

(3) Deux expertises ne peuvent être ordonnées successivement par le président du tribunal de commerce en conformité de l'art. 106 C. com. ; mais rien ne s'oppose à ce qu'après avoir prescrit une première expertise en vertu de ce texte, le même magistrat en ordonne une seconde par voie de *référé commercial*. Civ. rej., 6 mai 1929, D. 1929, 1, 118.

aux difficultés qui peuvent s'élever entre vendeur et acheteur (en ce sens Paris, 15 novembre 1928, *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 107) (1).

1182. — Le droit qu'a le voiturier sur la marchandise pour se couvrir du port et des autres frais est un *privilege* (art. 2102-6^o C. civ.). Il pourra faire vendre le colis et se payer par préférence sur le prix. Son action se prescrit par *cinq ans*, à partir du jour de la remise ou de l'offre du colis au destinataire (art. 108, al. 2 et 3, modifié en 1888).

Ce privilège se rattache à une pensée de *gage* (2), comme celui dont dispose l'aubergiste sur les effets du voyageur apportés dans son hôtellerie (art. 2102-5^o). Il cesse donc par la livraison volontaire faite au destinataire (c'est également la règle de la Convention de Berne, art. 21). Il n'en est pas du droit terrestre comme du droit maritime, où le capitaine conserve son privilège sur les marchandises pour le fret quinze jours encore après la livraison, si elles n'ont passé en mains tierces (art. 307). Il va de soi que le privilège subsiste tant que la marchandise reste entreposée : le destinataire ne l'a pas encore en sa possession.

Si l'on suivait les notions du gage commercial (art. 93, loi de 1863), le voiturier pourrait réaliser la marchandise sans autorisation de justice, par vente publique, huit jours après signification au débiteur. Cette procédure n'est pas celle que la loi consacre dans le transport. L'exécution de la marchandise a lieu en *vente publique*, sur l'ordre du *président* du tribunal de commerce ou du juge de paix (art. 106) (3).

En fait, le chemin de fer opère parfois plus simplement. Les formes légales sont lentes, le voiturier préfère vendre sans ordre de justice. Il n'agit plus alors comme gagiste, mais comme gérant d'affaires. En évitant à l'expéditeur absent des frais d'exécution judiciaire, il sert les intérêts de ce dernier. L'art. 106 édicte une simple faculté (Civ. cass., 15 novembre 1897, D. 99, 1, 516). Encore ne faut-il pas que le voiturier vende d'une manière précipitée, car alors il encourrait des dommages-intérêts (Cass., 19 avril 1910, D. 1911, 1, 169).

D'après l'article 106 ancien du Code de commerce, la vente ne pouvait être ordonnée que jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

(1) Un projet soumis, en 1912 à la Chambre, étendait l'emploi de l'expertise de l'article 106 C. com. aux relations du destinataire avec l'expéditeur et permettait au destinataire de requérir l'expertise spécialement contre l'envoyeur afin d'établir l'avarie préexistante au transport ; mais finalement ce point de vue n'a pas triomphé. Cependant, *dès à présent, le procès-verbal de l'expert pourrait, à titre de présomption de fait, être invoqué par le destinataire dans ce dessein* (Douai, 3 juillet 1909, S. 1911, II, 51 ; Cass. req., 18 mars 1929, *Recueil de droit commercial*, 1929, 221).

(2) On a proposé de le faire reposer sur une notion de *plus-value*. Par le fait du voiturier la marchandise a acquis un supplément de valeur en arrivant au lieu de destination. C'est une conception économique juste. Mais elle a le défaut de prolonger l'exercice du privilège au delà de la livraison, et pour un temps indéterminé. — La détermination de la nature juridique du privilège du voiturier présente de l'intérêt notamment en cas de concours de ce privilège avec le privilège de la Douane pour droits de douane et frais d'entrepôt en douane. V. sur cette question délicate un article de M. DURAND F. dans le *Recueil de droit commercial et de droit social*, 1929, p. 209 et s.

(3) Cet ordre judiciaire de vente ne se confond pas avec l'ordre d'entreposer la marchandise, lequel a dû intervenir précédemment. — Pour les colis non réclamés dans les six mois, il existe une procédure établie par décret du 13 août 1810.

Or, d'autres frais peuvent être engagés : frais de citation, d'expertise, de magasinage. Depuis longtemps les compagnies de chemin de fer demandaient qu'il leur fût permis de prélever le montant de ces frais, en plus du prix du transport, sur le produit de la vente. La loi du 12 février 1927 précitée a modifié à cet effet l'article 106. Mais, prévoyant le cas où une autre partie que le voiturier aurait engagé ces frais, elle dispose (art. 106 dernier alinéa) : « La vente peut être ordonnée jusqu'à concurrence des frais de voiture ou autres déjà faits. Le juge attribuera le produit de la vente à celle des parties qui aura fait l'avance des dits frais ».

1182 bis. — La loi du 1^{er} juillet 1921 « sur les ventes de marchandises en souffrance dans les gares et leurs dépendances, ainsi que dans les ports maritimes et de la navigation intérieure » a introduit un nouveau cas de vente des marchandises sur l'initiative des transporteurs. Il s'agit du cas d'encombrement des gares. Soit négligence, soit défaut de personnel ou de locaux, soit calcul, les destinataires laissent les marchandises stationner dans les gares, produisant un embouteillage. Il y a lieu alors à une déclaration administrative d'encombrement à la suite de laquelle, faute de retirement des marchandises par le destinataire dans les quatre jours d'un avis recommandé à lui adressé, elles sont vendues d'office aux enchères sans autre formalité.

SECTION III

DE LA RESPONSABILITÉ DE L'AGENT DE TRANSPORT ET DES CAUSES QUI L'EN EXONÈRENT (1)

1183. — Le transporteur se soumet à deux ordres d'obligations : a) il doit veiller à la conservation de la chose, l'empêcher de se détériorer, et à plus forte raison de se détruire ou de se perdre ; — b) il doit procéder au transport par l'itinéraire convenu et dans les délais voulus.

Sa responsabilité sera engagée pour les trois causes suivantes : — 1^o *Perte complète ou partielle* de la marchandise (la perte partielle s'appelle *manquant*) ; — 2^o *Avarie*, ou détérioration matérielle du colis (le mot *avarie* en droit maritime a un sens plus large et comprend même les frais extraordinaires, tels que dépenses de relâche occasionnées par la traversée) ; — 3^o *Retard dans la livraison* (art. 103 et 104, rapprochés des art. 97 et 98).

Lorsqu'un de ces trois faits vient à se produire, une action en dommages-intérêts est donnée contre le voiturier. Cette action relève de la *responsabilité contractuelle*, telle que l'exposent les art. 1147 à 1151 C.

(1) FIOR, *Des causes de la responsabilité des chemins de fer*, 1908 ; *De l'action en responsabilité contre les Compagnies*, 1910 ; *De la responsabilité des administrations dans le transport des bagages*, 1910 (notices LOUBERS et FRAISSAINGEA, *Ann. dr. comm.*, 1909, p. 176 ; 1910, p. 431 ; 1913, p. 525). — Il n'est point question ici de la condition faite par l'état de guerre au chemin de fer et de la suppression de sa responsabilité. V. sur ce point, les textes cités *supra*, n^o 1151 bis. en note, et ESCARRA, *loc. cit.*

civ., et non de la *responsabilité des délits qui a son siège dans l'art. 1382*. On est tenu de réparer le préjudice provenant de la violation de la loi, pour avoir lésé son prochain. Mais on est tenu également de réparer le tort qui résulte de la non-observation d'une convention. C'est le second chef de responsabilité qu'il faut appliquer ici. Le transporteur est coupable non seulement de faits actifs, mais aussi d'omissions, de simples négligences. Il a promis une prestation, il doit l'exécuter.

Cette terminologie respecte la théorie traditionnelle qui oppose les deux responsabilités l'une à l'autre. On voudrait aujourd'hui ramener la responsabilité à une conception unique : l'infraction à un contrat serait un délit civil au même titre que l'infraction à la loi (GRANDMOULIN, *Nature délictuelle de la responsabilité*, 1892 ; AUBIN, *Responsabilité délictuelle et contractuelle*, 1897). Cette thèse hardie présente un intérêt plutôt doctrinal que pratique. Elle n'est pas de nature à fournir dans le transport des résultats différents de ceux qui découlent de la théorie classique. Toutefois, il y aura lieu d'y revenir à propos des clauses de non-responsabilité.

1184. — Présomption de faute. — La conséquence qui ressort de notre classification, c'est que, pour obtenir réparation, le demandeur n'a pas besoin d'établir la faute du voiturier.

La prise en charge est établie par le récépissé (1), ce document fait foi de la nature de la marchandise et du délai de transport. Faute de réserve dans son contenu, le colis est présumé avoir été remis au départ en bon état : le transporteur pouvait, s'il avait des doutes, le faire ouvrir et consigner les détériorations par lui constatées.

Ainsi, lorsque le colis n'arrive point, qu'il arrive endommagé, ou qu'il arrive tardivement, la responsabilité est encourue sans autre justification. *La force majeure ne se présume point*. La présomption penche contre le voiturier : c'est à lui, s'il veut obtenir son renvoi des poursuites, à justifier d'un fait qui ne lui soit point imputable et qui l'exonère. Aussi longtemps qu'il s'abstient d'établir ce fait d'exonération, il est tenu pour un débiteur en faute, ce qui déterminera sa condamnation (2). Tel est le droit commun des contrats (art. 1147, 1302, al. 3, 1315, al. 2, C. civ.).

Par conséquent, pour résoudre cette question : y a-t-il eu faute ou non ? *la charge de la preuve incombe au voiturier*. Le transporteur est responsable, à moins de démontrer la force majeure (art. 1784 C. civ., 103 C. com.).

Il se peut que sa faute ait été seulement légère ; cela est indifférent. D'après la règle générale de l'art. 1137 C. civ., il répond *in abstracto* des soins qu'on peut attendre d'un débiteur intelligent.

(1) Suffit-il d'être porteur du récépissé pour engager le procès ou réclamer le règlement des dommages ? La négative résulte de ce que le document de transport, à moins d'être à ordre ou au porteur, sert uniquement à établir la preuve du contrat et de ses conditions. Il ne rend pas le porteur titulaire du droit. Le réclamant sera donc tenu de justifier de ses pouvoirs. — En revanche, l'expéditeur ou le destinataire ne devrait pas, pour former le procès, être « obligé » de produire le récépissé. Cependant, la pratique incline à l'exiger, comme si, entre ces deux intéressés, la possession du document faisait connaître celui sur lequel est fixée la créance du transport.

(2) Cass. req., 5 mars 1928, D. 1929. I. 105, note ROGER.

1185. — Suite. Transport des voyageurs (1). — Pendant longtemps, les idées précédentes ne furent pas acceptées pour le *transport des voyageurs*. D'après les arrêts, la présomption des art. 1784 C. civ. et 103 C. com. était étrangère au cas où c'est une personne qui formait l'objet du transport ; elle ne réglait pas notamment un accident qui surviendrait à cette personne (Cass., 10 novembre 1883, D. 85, 1, 433 et note SARRUT). Il y avait cependant quelques dissidences (Paris, 7^e Ch., 23 juillet 1894, D. 95, 2, 63, choc d'une voiture de place et d'un camion).

Les textes précités ne parlent que de « choses confiées », d' « objets à transporter ». Pour le transport des voyageurs, l'action en dommages-intérêts ne résulterait plus d'un contrat, mais des principes de responsabilité fixés par l'article 1382 C. civ. ; le demandeur devrait *prouver l'existence d'une faute imputable à la Compagnie*.

La base donnée par les arrêts à la responsabilité était fort douteuse. Il est vrai que la même solution avait prévalu dans une question analogue, dans celle des accidents du travail. Avant la loi sur le risque professionnel du 9 avril 1898 (n^o 66), on se demandait si l'obligation pour le patron de préserver les ouvriers contre son outillage procédait du contrat du travail ; on paraissait la rattacher plutôt à la notion des délits (sous réserve des théories développées par MM. SAINCTELETTE et SAUZET). Mais, quoi qu'il en fût dans le contrat de travail, la responsabilité, lorsqu'il s'agit d'un transport, a bien sa source dans une *convention*, non dans un *délit* ; le voiturier s'est engagé à transporter le voyageur sain et sauf à destination, dans le délai stipulé.

Nous aurions compris cependant que la jurisprudence continuât à faire peser sur le voyageur le fardeau de la preuve.

En effet, sur le colis, matière passive et sans résistance, le transporteur exerce une maîtrise ; s'il périt, c'est pour avoir été l'objet d'une absence de garde ou d'une manutention défectueuse, sauf preuve du contraire. Le voyageur, au contraire, est un être responsable, il a pu contrarier la vigilance du voiturier par sa propre imprudence ou par sa volonté. Dans le doute, il n'y a pas plus de raison de réputer en faute l'un que l'autre. Le voyageur ou son ayant cause rapportera un fait précis de responsabilité, sinon il sera débouté.

Nous aurions en revanche compris un adoucissement de cette jurisprudence, à l'occasion des accidents qui proviennent d'un défaut dans le service du transport ou dans le fonctionnement du matériel, là du moins où la preuve en est établie ; car, en pareil cas, il y aura lieu d'invoquer la responsabilité du fait des choses (art. 1384 C. civ.), le *risque professionnel*. « La responsabilité du voiturier, écrit M. JOSSE-RAND, *op. cit.*, n^o 883, n'est ni contractuelle, ni délictuelle, elle est *légal*e et objective. Dispensateur de forces dont la direction lui appartient, il doit réparer tous les dommages que ces forces déterminent » (2).

(1) Lucien BÉNARD (th. 1909).

(2) La Cour de cassation admet aujourd'hui que l'automobiliste qui cause un accident est responsable du dommage résultant de cet accident selon l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil (Cass. civ., 29 juillet 1924, S. 1924, 1, 321, note F. ESMERIN ; 21 février 1927, D. H., 1927, p. 133). La présomption de faute de cet article ne pourrait-elle pas être invoquée par les personnes transportées dans le véhicule ? (En ce sens, Bordeaux, 12 mai

Ex. : Retard de l'arrivée du train déterminant non un accident, mais le manque d'un rendez-vous. — Echauffement d'essieu, rencontre de trains, déraillement (Rouen, 3 décembre 1898, S. 1900, 2, 57, note ESMEIN ; Req., 28 juin 1905, D. 1908, 1, 172). — Chute du voyageur sur la voie pendant la marche du train, la portière s'étant ouverte probablement parce que les portières n'avaient pas été fermées au loquet à la gare précédente par les employés (Rej., 31 mai 1911, D. 1912, 1, 47), à moins de portières à serrure autoclave, le chemin de fer ne devant pas répondre d'un accident survenu à un enfant qui a vraisemblablement manœuvré le levier avec imprudence (Douai, 3 novembre 1902, S. 1903, 2, 127).

Toute cette jurisprudence a opéré un assez brusque virement de front. La rédaction des motifs de trois arrêts de la Cour de cassation rendus de 1911 à 1913, arrêts dont aucun sans doute ne posait la question de présomption de faute (1), laisse voir clairement que la Cour suprême est maintenant acquise à la thèse qui affranchit le voyageur du fardeau de la preuve, et est décidée à la défendre au besoin avec énergie. « L'exécution du contrat de transport, est-il dit dans leurs considérants, comporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ». Et M. le Procureur général SARRUT a appuyé avec force sur le motif suivant : le transporteur, comme tout débiteur, doit être condamné au paiement de dommages-intérêts, à raison de l'inexécution de son obligation, s'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause qui ne peut pas lui être imputée. C'est le droit commun des articles 1147 et 1315 C. civ. (2).

Deux de ces arrêts récents concernent la *compétence*, le troisième la *prescription*. Il a été dit dans les trois affaires que la logique en transportait la doctrine dans l'ordre de la preuve.

a) D'après Cass. civ., 21 novembre 1911 et 24 janvier 1913 (D. 1913, 1, 249, note SARRUT), un passager victime d'un arrimage défectueux peut assigner l'armateur devant le tribunal déclaré compétent d'après une clause insérée dans le billet de passage, alors qu'autrefois, par suite des principes de la faute délictuelle, il fallait saisir le tribunal du domicile du défendeur (Douai, 4 mai 1897, D. 98, 2, 312), et tel était encore le sentiment de la Cour d'Alger dont l'arrêt a été cassé ; d'autre part, le voyageur blessé par un tamponnement peut saisir, en vertu de l'option que lui laisse l'art. 420 C. proc., uniquement applicable en matière de contrat, le tribunal du lieu où le prix du billet a été payé.

1927, *Semaine juridique*, 1927, 747). La question ne présente pas beaucoup d'intérêt pour le voyageur lié à l'automobiliste par un contrat de transport, car ce dernier se trouve tenu (suivant la doctrine des arrêts de 1911 et 1913 cités au texte) d'une obligation contractuelle de le conduire sain et sauf à destination. La question ne se pose donc en fait, que pour le *transport bénévole* (v. n° 1185 bis).

(1) Mais depuis les arrêts ci-dessus rapportés de la Cour suprême, la question de présomption de faute s'est posée nettement devant la Cour de Lyon qui a décidé que « les Compagnies de chemins de fer sont soumises, au point de vue du transport des personnes, à la même présomption de responsabilité qu'au point de vue du transport des marchandises ». Lyon 5 avril 1914, *Mon. jud.*, Lyon, n° des 24-25 avril 1914.

(2) Cependant, d'après Pau, 6 mars 1914, S. 1914, 2, 215, l'accident survenu au voyageur qui a dépassé sa destination serait encore régi par les principes de la responsabilité délictuelle.

b) D'après Cass. civ., 21 avril 1913 (S. 1914, 1, 5, note LYON-CAEN), l'exception de prescription que la Compagnie, assignée par les héritiers d'un commis ambulant des postes, mort dans un accident, tire de l'extinction de l'action civile après trois ans, par suite de la solidarité de cette action avec l'action publique (art. 2-3° C. instr. crim.), doit être repoussée, l'action ayant son principe non dans un délit, mais dans le contrat de transport qui rend la Compagnie débitrice de sécurité (1).

Depuis ces arrêts, la thèse de la responsabilité contractuelle des chemins de fer dans le transport des voyageurs a été consacrée par maintes autres décisions judiciaires, dont plusieurs, rendues directement sur la question de preuve, décident expressément que ce n'est plus au voyageur à faire la preuve que l'accident a été dû à la faute du voiturier, mais à celui-ci à démontrer que l'accident a été dû à une cause qui ne lui est pas imputable (2).

1185 bis. — *Transport bénévole.* — La solution précédente ne saurait être admise au cas de transport bénévole ou à titre gracieux. Il y a, en effet, « incompatibilité du titre gratuit et du contrat de transport ». Mais, la victime ne pouvant dans ce cas se voir reconnaître la qualité de contractant, la fera-t-on bénéficier, comme les tiers, de la présomption de faute de l'art. 1384, al. 1, C. civ. qui, d'après la Cour de cassation (v. la note au n° précédent), dispense la victime d'un accident d'automobile de prouver la faute du conducteur ? Certains arrêts l'ont admis, ou, du moins, ont semblé l'admettre (Caen, 26 novembre 1924, D. H. 1924, p. 33 ; Cass. civ., 26 octobre 1927, D. H. 1927, p. 557 ; en ce sens JOSSERAND, *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles*, D. H., Chronique, 1926, p. 21). Mais selon une autre opinion, la présomption de l'article 1384, alinéa 1, se trouve réservée seulement aux personnes de l'extérieur, et ne peut être invoquée par les occupants de la voiture (En ce sens, RIPERT, note au D. 1927, 1, 99 ; cf. sur la même question, H. MAZEAUD, note sous Req., 29 mars 1927, S. 1927, 1, 217). Cette dernière solution a été adoptée expressément par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation qui décide que le transporté bénévole ne peut obtenir de dommages-intérêts du gardien de l'automobile qu'en établissant à sa charge ou à celle de son préposé une faute qui leur soit imputable dans les termes des articles 1382 et 1383 C. civ. (Cass. civ., 27 mars 1928, S. 1928, 1, 353 et la note de M. GÉNY).

1186. — *Réparation intégrale du dommage.* — Revenons au transport de choses. La théorie de la faute contractuelle entraîne un second corollaire. Dispensé de démontrer une faute du voiturier, le demandeur, soit qu'il se plaigne d'un retard, soit qu'il invoque une perte totale ou

(1) *Annales de droit commercial*, 1913, p. 410 et s.

(2) Cass. civ., 2 décembre 1918, B. T., 1919, 26 ; Cass. civ., 10 mai 1921, B. T., 1921, 45 ; Cass. civ., 24 janvier 1922 (militaires transportés en vertu d'ordre de transport), B. T., 1922, 13 ; Cass. civ., 28 mars 1922 (voyageur tombé d'un train en cours de route), B. T., 1922, 35 ; Cass. civ., 28 mars 1923, B. T., 1923, 57 ; Cass. civ., 22 février 1926, D. H., 1926, p. 194.

partielle, est du moins tenu de prouver le *montant du dommage*. Il peut d'ailleurs faire entrer dans sa réclamation le double élément du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*, c'est-à-dire à la fois le préjudice dont il souffre et le gain dont il est frustré (art. 1149).

Son droit n'est pas limité à la valeur intrinsèque de la chose transportée. Il s'étend à tout le *quod interest*. Une caisse d'échantillons, égarée en route, ne représente qu'une valeur insignifiante. Mais, comme la perte de cette caisse a fait manquer au destinataire, représentant de commerce, de sérieuses commandes pour son patron, il peut résulter de ce chef un dommage considérable, une indemnité de plusieurs milliers de francs (1).

Ce système donne prise aux réclamations. Tout particulièrement, en cas de retard, le destinataire exagérera, souvent de bonne foi, sa prétention : s'il est négociant, l'arrivée tardive du colis le prive, dit-il, de la vente de l'article, parce que telle fête est passée. Est-ce exact ? C'est l'inconvénient d'un système qui liquide l'indemnité sur des éléments assez fuyants.

1187. — A cet égard, le régime français des chemins de fer, tel qu'il résulte du tarif général et du droit commun de la responsabilité, n'est pas universellement accepté. Il diffère sensiblement de celui qui a prévalu dans beaucoup d'autres Etats (Allemagne, Belgique, Suisse, etc.) et qui a trouvé place dans la Convention de Berne.

Le régime de cette Convention a d'ailleurs été modifié sur ce point en 1924. Voici celui qui résulte des dispositions (art. 29 et 32) de la nouvelle Convention de Berne du 23 octobre 1924 (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1928). En cas de perte totale ou partielle de la marchandise, l'indemnité mise à la charge du chemin de fer est calculée d'après le cours en bourse, ou à défaut le prix courant de la marchandise au lieu et à l'époque où elle a été acceptée au transport. Toutefois *l'indemnité ne peut dépasser 50 francs or d'avant la loi de stabilisation par kilogramme de poids brut manquant* (art. 29), sous réserve des limitations différentes prévues par les tarifs spéciaux (art. 34). Soit en outre remboursées les frais de transport, droits de douane et autres sommes déboursées pour la marchandise perdue, mais *sans autres dommages-intérêts* (art. 29). En cas d'avarie, l'indemnité ne peut dépasser la même limite (art. 32).

S'il s'agit d'un retard, selon sa durée, l'indemnité est ramenée par la Convention à une *diminution* du port, variant entre un dixième et cinq dixièmes de son montant. C'est un forfait : l'intéressé y a droit par une application automatique du règlement, sans avoir à justifier d'un dommage ; en quoi il est mieux traité que d'après le système français. Enfin l'indemnité pourra être plus élevée et consister dans une remise du port tout entier comme *maximum*, mais à condition alors de prouver un préjudice au moins égal.

Ce régime toutefois cesse de s'appliquer : 1°) lorsque l'expéditeur a réclamé l'application de tarifs spéciaux prévus par l'art. 34 ; 2°) lorsqu'un dol ou une faute lourde est relevé à la charge du chemin de

(1) V. pour une hypothèse de ce genre, Dijon, 29 novembre 1923, D. H., 1924, p. 76.

fer (1) : 3^o) lorsque l'expéditeur a fait dans la lettre de voiture une *déclaration d'intérêt*. Dans ce dernier cas (art. 35, § 4) des dommages-intérêts supplémentaires peuvent être alloués sur justification, jusqu'à concurrence de la somme déclarée ; mais l'expéditeur paye un port supplémentaire sur la somme déclarée, c'est-à-dire une prime d'assurance du risque de voyage. A concurrence de la somme déclarée, l'expéditeur se trouve alors à peu près dans l'état où le met *ipso jure* le droit commun du transport en France (2).

1188. — On peut discuter la valeur comparative de l'un et de l'autre système. Le nôtre protège mieux le commerce, sauf dans l'hypothèse du retard, où un forfait légal d'indemnité permet une liquidation du dommage plus rapide et, tout compte fait, plus avantageuse.

La rançon du système français, c'est la cherté du tarif général pour le commerce. On lui avait offert sans doute des tarifs spéciaux, plus économiques ; mais ils étaient si embrouillés, que les expéditeurs cessaient de s'y reconnaître ; ils adressaient aux Compagnies d'incessantes réclamations en détaxe. La loi du 17 mars 1905 a mis fin à cet état de choses.

Est-il sage de faire porter sur le chemin de fer l'indemnité pleine, ce fardeau du droit commun ? Le chemin de fer n'est pas dans la situation des autres débiteurs : il doit recevoir tous les colis qu'on lui présente, et en quantités considérables pendant les grands mouvements d'affaires. Le service qu'il exerce est d'un intérêt général, il faudrait le préserver d'une responsabilité trop accablante.

Un régime transactionnel, qui partage les effets du préjudice entre les expéditeurs et le chemin de fer, paraît en somme, plus équitable. La déclaration d'intérêt permet d'ailleurs aux gens prudents de se couvrir pour le plein risque : par là, le système de la Convention n'a rien d'oppressif.

1189. — Ainsi, le demandeur à l'indemnité n'a pas à prouver la faute de sa contre-partie ; mais il doit en revanche établir le montant de son préjudice et de son manque à gagner. Il y a lieu de compléter la théorie de la responsabilité, pour en saisir toute la portée, au moyen d'un certain nombre de propositions.

1^{re} proposition. — Le voiturier, à moins de dol, ne répond que des dommages-intérêts prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (art. 1150).

C'est sur cette notion que reposent, là même où ils s'abstiennent de le dire, les arrêts concernant la soustraction de *bagages* que les voyageurs conservent à la main dans les compartiments. Ces bagages n'ont pas été enregistrés, la Compagnie les a simplement tolérés. Ils sont

(1) L'article 36 de la nouvelle Convention de 1924 maintient le principe, posé par l'ancienne (art. 41), que la faute lourde ou le dol du chemin de fer aggrave sa responsabilité pécuniaire ; mais, tandis que l'ancien texte prévoyait dans ce cas le paiement de « l'indemnité pleine et entière » le nouveau texte, même dans ce cas, la limite forfaitairement, mais au double du forfait normal.

(2) Comp. A. TRASBOT, *Responsabilité et assurance en matière du transport par voie ferrée*, Ann. dr. comm., 1922, 205 et 303.

demeurés sous la garde du voyageur lui-même. A dire vrai, en ce qui les concerne, aucun contrat de transport ne s'est formé. En tout cas, le transporteur n'a pas été instruit de la quantité de ces objets ni de leur valeur. Cela exclut l'indemnité, à moins d'un fait précis de fraude dûment démontré, tel que le détournement par un agent (Civ. Seine, 29 janvier 1898, D. 1900, 2, 172) (1).

A l'égard d'un bagage enregistré (ou de valises et sacoches laissées en dépôt à la consigne), la réparation se limite à la valeur approximative et probable des objets qu'on a coutume d'enfermer dans des malles ou sacs de voyage. L'enregistrement ne précise point la nature de l'objet transporté. Il serait peu juste de comprendre dans l'indemnité des bijoux, titres au porteur ou dentelles de prix. Ces articles sont taxés, en effet, lorsqu'ils voyagent séparément, à un tarif *ad valorem* (V. cependant Req., 25 mars 1912, D. 1913, 1, 341).

Peut-être la solution dépend-elle de la forme du colis (v. *supra*, n° 1162, note). Lorsqu'il dénonce extérieurement la nature de l'objet qu'il renferme (boîte d'échantillons commerciaux), l'indemnité sera intégrale sans contrevenir au principe que les dommages-intérêts prévus sont les seuls auxquels l'expéditeur doit prétendre (Lyon, 15 février 1923, *Mon. jud. Lyon*, n° du 20 août 1923). Autrement, la réparation sera limitée (V., dans un sens plus favorable aux expéditeurs, Rej., 6 novembre 1912, S. 1913, 1, 398, arrêt qui reconnaît à la maison de commerce que représentait le voyageur une action directe, ce qui tranche le chiffre des dommages et intérêts : — mais dans un sens plus dur pour les expéditeurs ou voyageurs, Cass., 5 juillet et 23 décembre 1913, D. 1915, 1, 35, d'après lesquels le préjudice ressenti par le voyageur du fait de n'avoir pu concourir à une adjudication par suite du retard d'arrivée de son train, est un dommage qui n'a pu être prévu : *Annales de droit commercial*, 1914, p. 164).

1190. — 2^e proposition. — Les dommages et intérêts, même en cas de dol, sont limités au préjudice qui est une *suite immédiate et directe* de l'inexécution de la convention (art. 1151).

Il n'existe pas de signe absolu pour reconnaître le « préjudice direct ». — Ex. : Un industriel ne reçoit pas à temps les balles de laine qu'il lui faut pour conditionner des filés promis à un tiers ; il voit

(1) La Cour de cassation a suivi la même interprétation à l'effet de déterminer la responsabilité de la *Compagnie des wagons-lits*. C'est celle-ci, et non le chemin de fer, qui traite avec les voyageurs et fait circuler ses voitures de luxe sur les lignes ; le chemin de fer lui prête seulement ses moyens de traction. — Elle est liée envers les voyageurs non par un contrat d'hôtellerie, mais par un contrat de transport. La *Compagnie des wagons-lits* ne serait tenue que de la perte des bagages enregistrés et non de ceux qui ont été gardés dans les compartiments (Civ. rej., 3 février 1896, D. 98, 1, 502). — La solution suggère un doute : les employés de cette *Compagnie*, appelés à faire le service des voyageurs dans les wagons de luxe, n'ont-ils pas aussi pour devoir de veiller aux bagages qui s'y trouvent, notamment pendant les arrêts des trains ? — Quant à la responsabilité des transports en *wagons-réservoirs*, appartenant à des *Compagnies spéciales*, cfr. Rej., 26 avril 1907, S. 1907, 1, 360, Cass. civ., 29 octobre 1912, *Gaz. des Trib.*, 28 novembre 1912 ; ESCARRA, *Annales de droit commercial*, 1913, p. 1 et s. ; Cass. civ., 22 novembre 1926, D. 1927, 1, 159 et la note de M. ROGER (cf. une autre note du même auteur sur la même question au D. 1927, 2, 140).

résilier son marché à ses torts et doit payer une forte indemnité à son acheteur. — Cette indemnité, ainsi que son manque à gagner, pourra être réclamée au transporteur. Le préjudice provient bien *d'une manière immédiate* de ce que la matière première à façonner n'est pas arrivée dans les délais du contrat. Encore le destinataire ne peut-il se plaindre que de la perte de commandes réelles et non pas seulement problématiques (Civ. cass., 3 mars 1897, D. 98, 1, 118) ; la réparation d'un semblable dommage est même niée par Req., 23 novembre 1897).

Mais, si l'industriel devait souffrir d'un resserrement d'affaires et passer désormais pour un manufacturier négligent, l'indemnité ne pourrait comprendre ces éléments éventuels du préjudice. Le dommage serait indirect.

1191. — *3^e proposition.* — Les dommages-intérêts, en vertu de distinctions classiques, sont de nature *compensatoire* s'il s'agit de pertes ou d'avaries, et de nature *moratoire*, au cas de retard. Le transport déroge cependant au droit commun, au point de vue de la mise en demeure.

Le débiteur n'est ordinairement en demeure que lorsqu'il a été touché par une sommation (art. 1146 cbn. avec 1139). Or l'usage commercial attache les sanctions du retard à des faits autres qu'un exploit d'huissier, et parfois même à la seule arrivée du terme : *dies interpellat pro homine*. Par cela seul que le délai est dépassé, les dommages-intérêts pourront donc, dans des cas exceptionnels, être encourus. Des livres d'étrennes étaient attendus pour le 31 décembre ; leur remise n'a lieu que le lendemain ; bien que n'ayant pas protesté, le destinataire est admis à se plaindre, car il a manqué une vente profitable.

1192. — *4^e proposition.* — L'indemnité proportionnelle au dommage doit être réglée en *argent* (1). Si la marchandise est détériorée, on déduit de sa valeur saine sa valeur à l'état avarié, et c'est la différence qui sera due. De même pour le retard : le destinataire détermine, par comparaison, le profit que lui aurait donné le colis arrivé dans les délais, le profit moindre qu'il lui laisse maintenant, et il demandera la différence.

Toutefois la pratique est favorable au *laissé pour compte*, c'est-à-dire au droit d'abandonner la marchandise au transporteur, en exigeant toute sa valeur, comme si elle était effectivement perdue. Cette faculté n'est d'ailleurs reconnue que lorsque le colis est offert dans un état qui le rend absolument impropre à l'usage auquel il devait être affecté (Dijon, 27 juillet 1899, D. 1900, 2, 173 ; Rennes, 28 janvier 1907, D. 1909, 2, 138), ou lorsqu'il a perdu toute valeur marchande (Agen, 12 mai 1899, D. 1900, 2, 174).

Ni les lois civiles ou commerciales (en dehors du « délaissement »

(1) Les juges ne pourraient rejeter l'offre d'une indemnité faite par une compagnie pour la condamner à réparer ou à faire réparer elle-même des meubles avariés (Cass. civ., 4 juin 1924, D. 1927, 1, 136).

dans l'assurance maritime, art. 369 et s. C. com.), ni les textes régissant les chemins de fer ne signalent cette forme de réparation. Elle a un inconvénient : c'est d'obliger le voiturier à entretenir un service de ventes pour les marchandises que les destinataires refusent de recevoir. Il sort ainsi de son rôle. Toutefois on peut la fonder sur l'usage, qui équivaut à une convention formelle.

Le « laissé pour compte » est exclu du trafic international par la Convention de Berne. On ne doit pas le confondre avec le remboursement de la valeur d'un *colis égaré*, dont la perte n'est point démontrée. Le règlement du dommage ne peut pas être indéfiniment suspendu, sous prétexte que la marchandise après recherches a chance de se retrouver encore ; il faut donc, comme dans la théorie de l'absence des personnes, la réputer perdue. D'après la Convention de Berne, c'est trente jours après l'expiration du délai de livraison que cette présomption a lieu. Le destinataire peut encore se réserver la reprise de la marchandise, contre remboursement de l'indemnité, si le colis doit se retrouver dans les quatre mois (art. 33 et 36). Le droit intérieur garde le silence sur toutes ces questions.

1193. — Causes excluant la responsabilité. — La responsabilité du transporteur cesse en cas d'absence de faute. Elle cessait encore, avant 1905, en cas de stipulation de non responsabilité.

1194. — 1° ABSENCE DE FAUTE. — Trois natures de faits, suivant les situations, exonèrent le voiturier et témoignent qu'il n'a été ni négligent, ni à plus forte raison de mauvaise foi. Mais c'est à lui d'en établir l'existence, s'il veut que ces faits militent à sa décharge.

1195. — A. Force majeure (art. 1784 C. civ., 96 et 97, 103 et 104 C. com.). C'est un événement extérieur, tel que le feu, l'inondation, etc., que le voiturier, d'après les moyens ordinaires dont il dispose, ne pouvait conjurer.

Le transporteur devra démontrer que le fait qui a occasionné l'accident procède d'une cause étrangère à lui, Mais cela ne suffit pas. Il devra en outre justifier de la tenue de son service dans des conditions normales de surveillance et de marche. — Parce que le feu a pris dans une halle où les colis étaient entreposés, ce n'est pas une raison de conclure *de plano* à la non responsabilité. Car le feu peut et est présumé même provenir d'un manque de soins : la doctrine en vigueur pour déterminer la responsabilité des locataires en cas d'incendie (art. 1733 et 1734 C. civ.) en est la preuve, et cette doctrine reproduit les principes ordinaires du droit. — Parce qu'un talus s'est étoulé et, en interrompant la circulation, a causé un retard, ce n'est pas une raison non plus d'exonérer le chemin de fer : car il est possible que le remblai ait été mal défendu contre les eaux, ou que la Compagnie eût pu faire prendre à la marchandise un autre parcours (1).

(1) Sur le point de savoir si le lock-out constitue un cas de force majeure, v. l'article de M. VOLLAEYS dans le *Journal des transports*, 1929, p. 49.

1196. — B. *Vice propre de la chose* (art. 103 C. com.). On entend par là une prédisposition du colis à se détériorer, eu égard à sa nature ou à la saison pendant laquelle on le transporte (congélation en hiver, moisissure ou autre altération en été, coulage de liquide auquel on devait s'attendre).

Le transporteur est irresponsable, n'eût-il point protesté lors de l'expédition (Cass., 19 janvier, 16 juin 1914, D. 1914, 1, 294). Cependant il ne doit pas rester inactif, en face de cette propension du colis à se gêner. Lorsque, par exemple, une fissure se produit dans une futaille par suite de la trépidation du train, le chemin de fer ne doit pas continuer le transport tel quel. Pourvu que le mode de chargement le mette en état de s'en apercevoir, il doit aviser aux réparations, quitte à réclamer le remboursement de sa dépense. Il n'en serait affranchi que si le travail dépassait les soins généraux et ordinaires compatibles avec les nécessités du service réglementaire (Civ. cass., 7 août 1895, D. 96, 1, 499 ; 11 juin 1898, D. 1900, 1, 503).

1197. — C. *Fait de l'expéditeur (ou du destinataire)*.

De ce qu'une avarie est constatée à l'arrivée, il ne s'ensuit pas qu'elle se soit produite en cours de route : elle peut avoir précédé la prise en charge. La Compagnie aurait bien fait d'insérer dans le récépissé une réserve tenant à l'emballage ou à la détérioration constatée. La « clause de non garantie » est en pareil cas régulière, quelle qu'en soit la valeur dans un transport ordinaire (n° 1199).

Cette constatation préalable, au moins pour les avaries internes, n'est pas toujours possible. Le transporteur se dégagera, mais en démontrant que la *détérioration préexistait au départ* ; alors elle a sa cause dans un fait de l'expéditeur lui-même.

Il y a des *marchandises*, qui voyagent *accompagnées* d'un agent de l'expéditeur : les bestiaux par exemple. La Compagnie n'a plus à donner des soins au chargement. L'expéditeur se reprochera les négligences de son préposé qui ont empêché la bonne exécution du transport.

Il se peut que l'expéditeur, afin d'économiser les frais accessoires de chargement, taxés à part du port par la Compagnie, ait fait charger les *wagons* par ses propres ouvriers (et de même du destinataire du chargement) Le transporteur ne répond pas des accidents survenus dans ce chargement.

Il ne répondait pas davantage des risques inhérents à un mode exceptionnel de transport choisi par l'expéditeur : *wagons découverts*, *wagons non bâchés*. L'intéressé a dû connaître les dangers particuliers qu'entraînait cette nature d'expédition, et il s'y est soumis de son plein gré (Req., 26 juillet 1897, D. 99, 1, 487).

1198. — *Dissertation sur le cas fortuit*. — Nous avons fait abstraction du *cas fortuit*. On le confond généralement avec la *force majeure*, et les deux faits sont même assimilés par l'art. 1784 C. civ. Ils exonéreraient tous deux le voiturier (voir aussi l'art. 1148). C'est un défaut de méthode et une terminologie impropre.

En effet, ou le « cas fortuit » correspond aux mêmes faits que la

« force majeure », le cumul de mots est inutile. Ou bien il se réfère à une provenance différente, et alors on élargit les cas d'irresponsabilité plus qu'il ne convient, on décharge le voiturier de faits qui doivent demeurer à ses risques.

L'art. 1147 pose le principe fondamental de la responsabilité : il ne dispense le débiteur que d'une inexécution « provenant d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ». Or, dans l'organisation de toute profession, on ne s'explique un accident, un inaccomplissement du service, que par suite de l'une des deux raisons suivantes :

a) Un agent naturel ou humain, a fait en quelque sorte irruption du dehors pour empêcher le débiteur d'exercer son action normale. L'obstacle à l'accomplissement du service ne vient pas du sein même de l'exploitation, il s'est formé en dehors d'elle (feu du ciel, inondation, ordre de l'autorité, incursion d'ennemis, encombrement de gare par suite d'une abondance inusitée de récolte). C'est un événement qualifié proprement de « force majeure », et dont le transporteur ne saurait répondre. Car, s'il est maître de régler la tenue de son établissement, il ne peut pas surmonter des forces extérieures qui, se déchaînant sur lui, paralysent son action.

b) Au contraire, c'est des conditions de l'exploitation elle-même que procède l'accident (défaut de la voie ferrée qu'entretient le voiturier, du matériel, du personnel employé, voire du personnel étranger reçu dans le service et que le voiturier doit surveiller, etc.). Il est probable que c'est à ces causes que les partisans des classifications anciennes réservent la désignation de *cas fortuits*. C'est en cela aussi qu'ils ont tort, s'ils veulent poser en règle que le transporteur n'en est pas responsable. Le contraire est plus exact. Les Anglais n'admettent à la décharge du voiturier que « le fait de Dieu et les ennemis du Roi » ; ils rejettent toute cause d'exonération se rapportant à des faits survenus dans l'exploitation. Cette même pensée est mise en valeur par la loi du 9 avril 1898, qui laisse à la charge du patron, sans distinction de faute véritable, les accidents d'usines survenus « par le fait du travail et à l'occasion du travail ». C'est le cas de s'attacher à la responsabilité du fait des choses et du fait des préposés, analysée surtout à la dernière époque (SALEILLES, JOSSE, dissertations signalées n° 66 en note ; EXNER, *Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, trad. SELIGMAN, 1892 ; BAUZON, th. Aix. 1912 ; *Rej.*, 16 juin 1896, D. 97, 1, 433).

D'après l'art. 1384 C. civ., on doit répondre des choses que l'on a sous sa garde, de même que du fait des préposés qu'on emploie. Lorsqu'on monte une entreprise, on se porte garant de l'outillage, on certifie l'appropriation de ses divers éléments au résultat qu'ils doivent accomplir. On répond des agents qu'on emploie, on répond de l'attitude inoffensive des autres personnes que le trafic amènera dans l'entreprise ; et cela, quand même l'un de ces facteurs se dérobe à sa tâche sans une faute des directeurs de l'entreprise, et occasionne un accident fortuit. L'entreprise demeure tenue de réparer le dommage, c'est une application du « risque professionnel ». — Seule l'exonération la preuve que les instruments du débiteur ont manqué à leur rôle par

suite de la pénétration d'une cause externe : on retomberait alors dans la force majeure.

Tel est le motif pour lequel un *arrêt de convoi* par défaut de traction de la machine est imputable à la Compagnie : une *rencontre de deux trains*, un *déraillement*, un *affaissement de terrain* ou une *rupture de pont* restent à la charge du chemin de fer, soit que ces faits adventices aient, soit qu'ils n'aient pas leur origine dans une incurie, dans une absence de précautions. Sauf plus ample informé, de tels événements tiennent à un « accident de service ». Le débiteur en répondra, puisque la ligne entière est sous sa garde.

S'ils se rapportent à une cause plus lointaine prise dans la nature physique ou dans une action qui a paralysé ou refoulé celle du débiteur (violence d'un orage, action des malfaiteurs, fait de l'expéditeur ou de la marchandise elle-même, etc.), le débiteur en justifiera et sera relaxé.

Le rapprochement suivant semblera concluant : le propriétaire d'un animal répond du dommage que l'animal a causé (art. 1385). Un cheval qui tire un chargement vient à s'emporter : perte de la marchandise, mort d'un voyageur. Le voiturier est tenu. Pourquoi cesserait-il de l'être, depuis que le moteur mécanique s'est substitué à la force animale, si ce moteur échappe à la direction de ceux qui le conduisent ?

1199. — Stipulation de non responsabilité. — Supposons que la lettre de voiture contienne décharge de la perte, des avaries ou du retard.

Une pareille convention a fonctionné dans l'organisation des chemins de fer, grâce au jeu des « tarifs spéciaux ». Cela tenait au monopole des Compagnies. Les expéditeurs devaient pouvoir toujours expédier leurs marchandises aux conditions du « tarif général », qui garantit la responsabilité pleine et entière ; et ce tarif général était appliqué, du moment qu'il n'en avait pas été demandé d'autre. — Le tarif de non responsabilité, d'ailleurs sujet à homologation, était ainsi le résultat d'un choix. Les commerçants en demandaient l'application en connaissance de cause : ils payaient un prix de transport moindre, mais ils étaient aussi plus menacés. Cela ressortait de l'économie propre au trafic par les voies ferrées.

1200. — 1^{re} phase. — A la suite des Codes civil et de commerce, on considérait la clause comme nulle.

Les textes ne s'expliquaient pas clairement. La clause était déclarée valable par l'art. 98, au profit du commissionnaire de transport. Mais ce texte signifiait seulement que le commissionnaire, responsable en principe *du fait du voiturier*, par suite d'une convention tacite de « du-croire », était admis à s'affranchir de cette responsabilité. Tout autre était la convention par laquelle le débiteur s'affranchirait *de sa propre faute*.

La clause de non garantie est reconnue dans la vente (art. 1627 à 1629 C. civ.), mais ne vise pas une « faute » du débiteur, du vendeur. Le vendeur se soustrait aux suites d'une éviction, provenant d'un autre que lui, d'un prédécesseur. Il s'exonère si peu de sa faute que, lorsque l'éviction provient de son fait personnel, la stipulation cesse de produire effet.

D'après les traditions du droit romain (L. *Contractus*, 23, D. *De regulis juris*, 50, 17), le contrat peut exonérer le débiteur de sa faute, non de son dol, Mais il n'était pas établi que les lois modernes eussent sanctionné, avec autant de largeur, la règle de la liberté des conventions. Bref, *la clause était sans valeur*, elle portait atteinte à l'ordre public. Il y a contradiction à prendre un engagement et à s'y dérober : une promesse dépourvue de sanction n'en est plus une. La jurisprudence des Cours suivait cette interprétation.

Suivant un parti important de la doctrine, au contraire, *la clause était obligatoire*, elle n'offensait point l'intérêt général (V. SARRUT, dans D. 1890, 1, 209 ; FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité*, p. 206 ; LYON-CAEN et RENAULT, IV, n° 626). *L'expéditeur*, à qui on voudrait l'imposer, a toujours la ressource de traiter avec un autre transporteur, ou, si c'est du chemin de fer qu'il est question, de s'en tenir au tarif général.

D'ailleurs, décomposons la clause : elle est une *assurance de responsabilité greffée sur un transport*.

a) Si le transporteur traitait suivant le droit commun, il répondrait de ses fautes et de celles de ses préposés. Mais il préfère passer le risque à un assureur, qui prendra son fait et cause vis-à-vis de l'expéditeur. En acquittant à cet assureur une prime, il se décharge sur lui des indemnités de perte, avarie ou autre.

b) C'est ce qui se passe par suite de la clause de non responsabilité. Le propriétaire du colis cumule avec son rôle d'expéditeur celui d'assureur ; payant un port plus faible, il touche, en réalité, une prime par voie de compensation. L'accident étant survenu, il devra supporter l'indemnité, se la payer à lui-même (1).

Cette assimilation de la clause de non responsabilité à une assurance n'était pas décisive (2). Seul est assureur celui qui a conscience d'en tenir l'emploi. Les expéditeurs cherchent-ils à assurer le voiturier ? Ce serait, en tous cas, une assurance contraire à la technique moderne de ce contrat, qui exige un fonds des primes, une multiplicité des risques semblables souscrits par un même assureur. L'assurance doit distribuer un risque, sans priver la victime du pouvoir de se faire indemniser (n° 729) : ici on aboutissait à une privation d'indemnité.

1201. — 2^e phase. — La jurisprudence a consacré pendant une trentaine d'années une *thèse intermédiaire*, fortement appuyée par la Cour de cassation.

La clause fut détournée de sa signification apparente, et reçut une portée res. reinte. On intervertit *les rôles de la preuve*. De droit commun, l'expéditeur n'a pas à prouver la faute de l'agent de transport, car cette faute se présume. Ici, c'est le contraire qui eut lieu. La clause fit présumer la forme majeure, ce fut à *l'expéditeur de justifier* d'un fait

(1) Voir avec des variantes, au sujet de cette explication recommandée principalement par M. LYON-CAEN (note dans S. 87, 1, 126) : E. BOUTARD, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes*, Paris, 1896. — On lira avec fruit, dans l'ouvrage de M. JOSSEMAND, n° 622 et s., les pages consacrées par l'auteur, avec une grande élévation de vues, à la défense de la thèse libérale de l'autonomie de la volonté.

(2) Cfr. THALLER rapport des prix de la Faculté de Paris, 1895.

déterminé constituant *une faute* du transporteur ou de ses agents (Cass., 14 avril 1899, D. 99, 1, 487).

A quelles conditions ce fait précis dut-il répondre pour entraîner la condamnation du voiturier ? Cela restait assez vague. Il ne suffisait pas d'arguer contre la Compagnie d'une absence de soins (Cass., 18 février 1902, D. 1902, 1, 477). Mais fallait-il démontrer, en outre, que l'accident était survenu par suite d'une négligence avérée ? Suffisait-il d'établir un vice d'outillage, etc. ?

Cette incertitude dans l'application, rendait la réclamation le plus souvent illusoire.

De toute manière, la clause ne devait pas priver le réclamant du droit d'exiger une relation explicite des circonstances dans lesquelles l'accident s'était produit. La Compagnie devait mettre les informations intérieures de son service à la disposition de l'expéditeur. Hors de là, l'intéressé eût été à l'entière merci du transporteur. (1)

1202. — Cette jurisprudence a paru énigmatique. Qu'y a-t-il de commun entre n'être point responsable et prouver qu'on n'est pas en faute ? On expliquait cette anomalie au moyen de la distinction des deux fautes *contractuelle et délictuelle*. Le contrat peut écarter la première. On retombe alors sous le droit commun de l'art. 1382, dont nul ne peut s'affranchir, mais alors à charge par le réclamant de prouver la faute du défendeur, *onus probandi incumbit actori* (SAINCTE-LETTE, *Responsabilité et garantie*) (2).

La jurisprudence était assez raisonnable. Il est d'ordre public qu'on réponde de ses fautes. Que la dette ait sa base dans la loi ou dans une convention, le débiteur ne peut pas s'affranchir du dommage. Mais il n'est pas d'ordre public qu'il soit *présumé* en faute. On peut convenir que la force majeure se présumera. Le demandeur est placé dans la même situation quant à la preuve, que s'il agissait *ex delicto*.

La clause ne comportant pas une interprétation littérale, on lui fera produire le *maximum* des résultats compatibles avec la loi (art. 1157 C. civ.).

Observons incidemment que, dans le transport maritime, la clause de non responsabilité reçoit, aujourd'hui encore, en pratique une plus large portée. L'armateur peut par le connaissance s'affranchir sinon de ses fautes personnelles, du moins de celles de son capitaine. Cette stipulation le met entièrement à l'abri des poursuites, là même où la faute du capitaine serait établie. — On a dit : la jurisprudence

(1) De même que, en droit maritime, le capitaine met à la disposition des chargeurs les éléments de preuve contenus dans le rapport de mer qu'il fait à l'arrivée (art. 242 et s.). — La Convention de Berne (art. 34) veut, en cas de perte ou d'avaries, que le chemin de fer fasse immédiatement des recherches et qu'il en constate le résultat pour le communiquer aux intéressés sur leur demande.

(2) On pouvait adresser à cette conception des objections nombreuses : la seule faute qu'on puisse invoquer dans l'action délictuelle, est la faute *in committendo* ; — l'ordre public ne s'oppose pas à ce que l'on renonce à réclamer la réparation de la faute susdite, le dommage aux personnes étant excepté (GRAND-MOULIN) ; — c'est la « confiance légitime trompée », telle qu'elle résulte d'une situation de fait déterminée, qui justifie réparation ; or l'expéditeur, agissant sciemment, n'est pas trompé dans cette confiance s'il reste sans recours (Emm. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, 1899).

est inconséquente. Cependant la différence s'explique par les conditions particulières où se trouve l'armateur, par rapport à celui qui gouverne le navire, Le capitaine n'est pas sous son contrôle, il a fallu le choisir dans une catégorie brevetée. Cette considération était sans valeur pour les chemins de fer et les transporteurs terrestres : la preuve de la faute, si elle est précise et caractérisée, doit entraîner à leur charge une indemnité nécessaire, dont aucune convention ne pourra les relever ; mais encore faut-il que cette preuve soit faite.

1203. — 3^e phase. — Nous ne sommes plus placés sous ce régime. La loi du 17 mars 1905 (loi RABIER) a introduit dans l'art. 103 un alinéa ainsi conçu : « Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle (1) ». Il n'est donc plus permis aujourd'hui à un transporteur, chemin de fer ou autre (2), de s'affranchir par convention de la responsabilité de la perte ou des avaries (la responsabilité du retard n'est pas visée) (3) et la clause est dénuée d'effet. Le voiturier reste tenu, même après avoir emmagasiné le colis (Rej., 6 et 13 mai 1912, D. 1913, 16, 476).

(1) V. les critiques de cette loi par BERTIN et LALLEMANT (th. 1905).

(2) En ce qui concerne les clauses de non-responsabilité dans les transports aériens, par jugement du 18 décembre 1922 (*Gaz. Trib.* du 16 janvier 1923), le Tribunal civil de la Seine a déclaré nulle une clause de ce genre inscrite au dos du billet des voyageurs (avec raison semble-t-il, car l'article 105 C. com., bien que ne visant expressément que le transport des marchandises, implique *a fortiori* la nullité des clauses de non-responsabilité dans le contrat de transport de personnes. V. cependant Paris, 4 février 1927, *Semaine juridique*, 1927, p. 392, qui restreint la prohibition de la loi de 1905 au seul transport de marchandises. Les Compagnies de navigation aérienne ont protesté, et la nouvelle loi du 31 mai 1924 résout la question par une distinction, inscrite dans ses articles 42 et 43 ainsi conçus :

Art. 42. — Le transporteur peut, par une clause expresse, s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à raison des risques de l'air et des fautes commises par toute personne employée à bord dans la conduite de l'appareil, qu'il s'agisse des voyageurs ou des marchandises.

Cette clause ne décharge le transporteur de sa responsabilité que si l'aéronef était en bon état de navigabilité au départ et le personnel muni des brevets et certificats réglementaires, des certificats administratifs spéciaux établis en faveur de l'aéronef et de son équipage une prescription qui peut être combattue par la preuve contraire.

Art. 43. — Est nulle toute clause ayant pour objet d'exonérer le transporteur de sa responsabilité, tant de son fait que de celui de ses préposés, relativement au chargement, à la conservation et à la livraison des marchandises. Est nulle aussi toute clause ayant pour objet d'exonérer le transporteur de la responsabilité de ses fautes personnelles.

Ces clauses de non responsabilité ont du reste une portée assez restreinte. L'article 43 dispose expressément — ce qui était inutile, — que le transporteur ne peut jamais s'exonérer de sa faute personnelle. D'autre part, le voyageur victime d'un accident peut toujours prouver que, même munis de tous les brevets ou certificats nécessaires, l'aéronef n'était pas en bon état de navigabilité, ou le pilote capable de le conduire sans danger. La jurisprudence a même été plus loin. Des arrêts ont décidé que cette limitation contractuelle de la responsabilité du transporteur ne fait pas disparaître l'obligation qui pèse sur celui-ci de conduire le voyageur sain et sauf à destination, et que les « risques de l'air » ne peuvent être par une clause de style du contrat, assimilés de façon absolue à un cas fortuit qui le libérerait de toute responsabilité (Paris, 28 novembre 1925, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 124 ; et 10 juin 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 228). Sur la responsabilité du transporteur au cas de voyage aérien, v. également Grenoble, 25 mars 1925, D. 1925, 2, 137 et la note de M. RIBERT.

(3) La loi de 1905 ne s'applique pas non plus aux transports internationaux régis par la Convention de Berne. Cass. civ., 16 mars 1914, *Gaz. Pal.*, n° du 24 mars 1924.

1204. — Cette législation nouvelle, que beaucoup de personnes tiennent pour fâcheuse, a été en partie causée par une maladresse des Compagnies. La bonne méthode eût consisté à mettre notre droit intérieur à l'unisson de la Convention de Berne de 1890 (n° 1188). Celle-ci, on le sait, pose le principe de la responsabilité, égale à la valeur du colis. Elle ne renferme point de disposition touchant la clause de non responsabilité, tout en réservant le droit pour les chemins de fer de mettre en service des tarifs spéciaux. Exceptionnellement, pour certains modes de transport entraînant des risques particuliers, wagons découverts, expédition de marchandises chargées par l'expéditeur ou sujettes à des bris ou déchets de route, d'animaux voyageant sous conduite, etc., la Convention admet l'irresponsabilité du transporteur, « s'il y a quelque indice que l'accident ait sa cause dans ce risque particulier ».

Les Compagnies voulurent approprier au service intérieur ces dernières prescriptions, et firent approuver en ce sens de nouveaux tarifs en 1900. La rédaction de ces tarifs pécha malheureusement par équivoque, ce qui amena quelques tribunaux à décider que, chaque fois qu'un colis voyagerait dans les conditions particulières de risques visées au tarif, le chemin de fer serait irresponsable, sans égard au point de savoir s'il y avait apparence ou non que l'accident provenait de ce risque. Cette jurisprudence indisposa le public, et l'on conclut à une réforme radicale, dont les expéditeurs souffriront plus que le chemin de fer lui-même (1).

1205. — La loi de 1905 (2) a-t-elle pour résultat de rendre nulles non seulement les clauses de non responsabilité, mais encore celles qui limitent la responsabilité à une somme *maxima* ? — Oui, semblerait-il en stricte logique. Cependant le contraire résulte du rapport fait au Sénat par M. TILLAYE, et d'une jurisprudence qui paraît aujourd'hui bien établie ; Trib. com. Seine, 13 janvier 1920, *Gaz. Pal.* du 21 avril 1920 ; Cass. civ., 6 février 1924, *Mon. jud. Lyon* du 7 juillet 1924 ; Cass. civ. du 14 avril 1924, *Gaz. Pal.* du 13 mai 1924.

La rigueur de cette loi ne doit pas aller en tous cas jusqu'à faire supporter au chemin de fer les conséquences d'une faute tenant au fait de l'expéditeur ou au vice propre (n° 1197). Il a été jugé que l'accident survenu à des bestiaux piétinés pendant la route incombe à l'expéditeur, quand il s'est réservé la surveillance des animaux (Rej., 15 mars 1909). La question de l'irresponsabilité du chemin de fer, pour vice des *bâches* qu'il livre gratuitement à l'expéditeur sans faire le chargement,

(1) Cass. civ. 1^{er} mars 1926, D. H. 1926, p. 300 ; cf. 6 mai 1924 et 21 octobre 1924, D. H. 1926, p. 229 ; comp. Paris, 1^{er} avril 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 47. — En faveur de la validité de ces clauses, cf. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 644. — En tout cas, serait valable la stipulation offrant à l'expéditeur un forfait d'indemnité, en lui laissant le droit de réclamer une somme plus forte, à condition de justifier d'un préjudice supérieur.

(2) V. sur la loi de 1905 la note approfondie de M. BOURCART, sous Trib. de paix de Saint-Vivien, 15 mai 1907, S. 1908, 2, 145 ; ainsi que les réflexions de M. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 636 et s. : « Elle a marqué un temps d'arrêt dans l'évolution descendante des tarifs ».

a donné lieu à une jurisprudence fournie, généralement favorable au voiturier (Cass., 23 avril 1913, etc., D. 1913, 1, 228, mais contre laquelle le commerce continue à protester (1).

SECTION IV

DURÉE ET CAUSE D'EXTINCTION DES ACTIONS CONTRE LE VOITURIER

1206. — Par suite de ce qui a été dit précédemment : 1° le voiturier expose sa responsabilité à raison des pertes, avaries ou retards ; — 2° le réclamant n'a point à justifier d'une faute du transporteur ; — 3° cette responsabilité disparaît en cas de force majeure prouvée par le voiturier, mais non plus aujourd'hui en cas de clause de non-responsabilité.

La responsabilité est soumise à des causes d'extinction propres. On ne pouvait la prolonger pendant « trente ans » ; le grand nombre des transports commande dans l'intérêt du voiturier une libération plus rapide ; d'ailleurs, après un certain temps, la preuve du dommage et de la provenance ne peut plus être établie avec exactitude. La loi a attaché à la livraison du colis à l'arrivée, sous des conditions déterminées, un effet libératoire au profit de l'agent de transport ; et elle a créé, en outre, à son profit, une prescription spéciale.

1207. — Les *vices rédhibitoires* (art. 1641 C. civ.) nous offrent un point de comparaison. Dans la vente, la réclamation doit être faite dans un bref délai, non fixé d'ailleurs par la loi (art. 1648). Dans le transport, le régime est plus dur ; la livraison à l'arrivée va emporter ici tantôt forclusion immédiate, tantôt perte des actions à très courte échéance.

La différence entre les deux contrats se conçoit. Le vendeur se porte garant des qualités de la chose ; il fallait laisser à l'acheteur un délai raisonnable pour en vérifier l'existence ou le défaut. Les circonstances ne l'invitent pas à une vérification séance tenante, la marchandise lui étant livrée sur place et sans les secousses d'un voyage.

Au contraire, en matière de transport, le trajet parcouru laisse craindre des détériorations, ou quelque manquement au contrat. Le devoir du destinataire est de s'en assurer tout de suite, avant de donner décharge au voiturier. Le transporteur, d'autre part, ne garantit pas la marchandise bonne, il prétend seulement l'avoir fait voyager régulièrement. C'est ce dont on s'assurera vite.

1208. — La prudence conseille donc à tout destinataire, au moment d'une livraison, soit en gare, soit à domicile, de constater l'état externe et interne du colis, en le pesant, en le déballant, etc. Il peut à cet effet

(1) ROGER, *La limitation conventionnelle de responsabilité dans le contrat de transport*, th. Paris, 1929.

requérir une expertise contradictoire avec le voiturier, expertise qui n'a pas besoin des formes judiciaires de l'art. 106, et qui est sous-entendue par la loi comme étant le droit de tout destinataire au moment de la réception.

Cette *vérification immédiate* offre un grand avantage. Les avaries ou manquants constatés seront présumés s'être produits pendant le voyage. Si le transporteur ne veut pas reconnaître les défauts vérifiés, le destinataire refusera le colis : il conservera ainsi son action.

Au contraire, pour une constatation d'avarie faite depuis la réception, la présomption est retournée. Ce qu'il faut croire maintenant, c'est que l'avarie s'est produite après livraison, chez le destinataire lui-même : jusqu'à plus ample informé, le voiturier n'en répondra pas. Soit que la loi admette, soit qu'elle repousse une réclamation subséquente de l'intéressé, cette réclamation ne pourra réussir, en tout état de cause, qu'à charge de prouver que l'avarie étant antérieure à la réception, et cette preuve sera généralement difficile (Req., 13 avril 1897, D. 98, 1, 144).

1209. — Ainsi s'explique la place importante que tient la livraison à l'arrivée soit pour consommer, soit au moins pour préparer l'extinction des actions en responsabilité. D'après les anciens art. 105 et 108 du Code de 1807, toutes les actions, sauf celles résultant d'une perte totale, s'éteignaient par la réception du destinataire, du moment que le destinataire avait payé le port en recevant le colis, et n'avait formulé aucune protestation. Le concours de ces deux faits à l'arrivée : *remise du colis, paiement du prix du transport*, érigeait en présomption légale que le transport s'était bien exécuté : l'émargement que donnait le destinataire valait *quitus* pour le voiturier.

Dans les cas exceptionnels où la responsabilité survivait à la livraison, ainsi que dans le cas de perte, l'intéressé pouvait encore agir, dans un délai tantôt de *six mois* et tantôt d'*un an*, suivant que le transport était intérieur ou international. Cette *prescription*, par suite de la rédaction défectueuse de l'art. 108, ne s'appliquait pas à la réclamation pour retard, qui, par une véritable bizarrerie, durait trente ans.

1210. — Au total, cette organisation, quoique judicieuse, était pour le commerce d'une rigueur un peu excessive. On s'est attaché à en adoucir l'effet et ce fut le but de la *loi du 11 avril 1888* qui a révisé les art. 105 et 108 (V. PÉRONNE, dans les *Annales de droit commercial*, 1888, 2, p. 125).

Il existe toujours deux causes de libération pour le voiturier. Mais elles sont autrement réglées qu'avant 1888 : la réception de la marchandise sans protestation du destinataire (art. 105) ; — la prescription d'un an (art. 108).

1211. — 1° RÉCEPTION DE LA MARCHANDISE. — L'ancien art. 105 attachait à la livraison une déchéance « immédiate ».

En vain le destinataire s'apercevait-il du dommage quelques instants après avoir reçu le colis et émargé sur la feuille du voiturier. Il était trop tard pour réclamer, tant pour perte partielle ou manquant que pour retard ou avarie apparente ou inapparente, c'est-à-dire

visible ou non à l'extérieur du colis. Même, sous certaines conditions, il avait perdu l'action en détaxe, la faculté de se faire rembourser le trop-versé sur le port.

Cette cause de libération concernait seulement les envois « en port dû », dont le destinataire avait à payer le prix de transport à l'arrivée. Les commerçants avisés avaient pris l'habitude de se faire adresser leurs expéditions « en port payé » ; ils conservaient alors le recours, nonobstant réception.

Aujourd'hui, la réception n'emporte plus libération de l'agent de transport que sous la double condition suivante :

1212. — *a) Il faut que le fait de responsabilité soit une avarie (interne ou externe) ou une perte partielle.* Comme avant 1888, la réclamation pour *perte intégrale* n'est pas atteinte par l'art. 105. La substitution d'un colis à un autre laisserait même la réclamation ouverte : ce n'est plus sur la marchandise de l'ayant droit qu'a porté la réception (V. cependant Req., 16 avril 1904, D. 1905, 1, 415). Tout au plus le destinataire serait-il forclos, s'il s'agissait d'une erreur se rapportant à un colis partiel compris dans un groupage ; Civ. cass., 1^{er} avril 1896, D. 98, 1, 396.

D'autre part, la responsabilité pour *retard*, comprise dans la fin de non-recevoir avant 1888, subsiste aujourd'hui malgré la réception ; elle ne s'éteindra que par la deuxième cause libératoire, par la prescription. C'est que la provenance d'une avarie est difficile à établir, une fois la réception accomplie, tandis que, pour justifier du retard, l'intéressé n'a qu'à rapprocher de la comptabilité du voiturier l'émergement daté qu'il a donné.

A plus forte raison l'*action en détaxe* survit-elle à la réception, on verra même qu'elle survit à la prescription d'un an.

1213. — *b) Il faut que la réclamation soit formée dans un délai de rigueur.* Mais (et c'est là l'important) il n'est plus besoin qu'elle soit *immédiate*.

La déchéance n'est plus attachée à la seule réception du colis. *Trois jours* francs depuis cette réception, non compris les jours fériés, sont donnés au destinataire pour exercer la réclamation : l'expiration de ces trois jours éteint les actions. Le destinataire doit signifier, soit par un acte extrajudiciaire (exploit d'huissier), soit par une lettre recommandée sans même demande d'avis de réception, une *protestation motivée* au transporteur.

1214. — Dans la pratique, ces formes ne sont pas toujours observées.

La Cour de cassation rejette tous équivalents, tels qu'une lettre missive ordinaire, même s'il est établi en fait que le transporteur l'a reçue dans les délais (Cass. civ., 14 janvier et 11 février 1901, S. 1901, 1, 364 ; Cass., 17 février 1903, D. 1905, 1, 125).

Son interprétation concorde avec la rédaction textuelle de l'art. 105. La loi nouvelle a eu tort cependant d'exiger un mode formel de réclamation. Qu'une pièce ordinaire de correspondance soit inopposable au transporteur, c'est fort bien, si cette pièce n'a pas date certaine. Mais elle peut acquérir la certitude de date, lorsque le transporteur recon-

naît que la protestation a bien eu lieu dans le délai. Le destinataire n'en est pas moins déchu, c'est regrettable.

Néanmoins, même en jurisprudence, l'observation des formes du nouvel art. 105 ne s'impose pas dans tous les cas. Toute une théorie s'est constituée à côté de celle de la protestation dans les trois jours : la théorie des *réserves*, exprimées d'une manière écrite ou verbale (arg. art. 109). Les prescriptions impératives de l'art. 105 cessent d'être applicables, quand le destinataire a fait au moment de la livraison des réserves qui ont été acceptées par le transporteur (Civ. cass., 22 janvier 1902 et arrêts suivants, D. 1903, 1, 33 et note THALLER). Ex. : la Compagnie laisse le destinataire mentionner sur le récépissé ou sur la feuille d'émargement une différence de poids, un manquant (Cass., 19 juin 1911, S. 1914, 1, 469), un mouillage, un défaut de bâchage (Cass., 24 juillet 1906, S. 1907, 1, 141), ou intervenir un huissier pour constater l'avarie (Req., 20 mars 1905, S. 1908, 1, 427). Les réserves acceptées impliquent de la part du transporteur renonciation régulière à la fin de non-recevoir. Les faits constitutifs de réserves sont malheureusement imprécis.

La fin de non-recevoir de l'art. 105 cesse, en outre, lorsque la vérification du colis a été rendue impossible par le fait du voiturier (Cass., 26 juin 1911, et 10 janvier 1912, D. 1913, 1, 31).

1215. — *Faut-il, pour que le voiturier puisse exciper du nouvel art. 105, que le port ait été réglé à l'arrivée par le destinataire ?* Dans les expéditions en port payé, la déchéance cesse-t-elle d'être applicable ? Une protestation postérieure aux trois jours peut-elle produire son effet ?

Avant 1888, on admettait que les actions étaient conservées, la réception ne valant décharge que parce qu'elle a été appuyée du versement du port. On lisait l'art. 105 ainsi : « La réception par le destinataire des objets transportés, et le paiement *par lui* du prix de la voiture... ». Or, la rédaction du nouveau texte est restée la même, en ce qui touche le cumul de ces deux conditions. Donc, l'interprétation ancienne aurait dû persévérer. Elle a été abandonnée, tout au contraire. Pourvu que le port ait été payé, soit au départ, soit à l'arrivée, l'art. 105 nouveau est applicable (Cass., 25 mai 1891, D. 92, 1, 273, note SARRUT ; Cass., 23 juin 1913, S. 1914, 1, 470 ; cfr. cependant, pour un paiement partiel à l'arrivée, *Rej.*, 3 juillet 1913, D. 1915, 1, 17 ; Cass. civ., 16 janvier 1923, *Gaz. Pal.*, 6 mars 1923). On lit le nouvel art. 105 ainsi : « La réception, et le paiement *par l'expéditeur ou par le destinataire* du prix de voiture ». De ce chef, la loi nouvelle améliore la condition du transporteur ; le délai de trois jours donné aux intéressés compense pour eux le détriment (1).

1216. — Le délai de trois jours est accordé, nonobstant toute clause contraire. Les stipulations qui dérogeraient à la loi sont de nul effet (art. 105, al. 2). Si un chemin de fer publiait un tarif spécial à prix

(1) Pour la critique de ce système, v. JOSSERAND dans le *Journal des transports*, n° d'octobre 1929, et une réplique de Hubert de la Massue dans la *Revue pratique du trib. com. Seine*, 1929, p. 129 et s.

réduit, aux termes duquel la réception emporterait déchéance immédiate, ce tarif ne serait pas opposable à l'expéditeur. Pourquoi restreindre à ce point la liberté de contracter, alors que, dans les transports internationaux, au contraire, de pareilles conventions seraient licites ? (1).

1217. — La perte de l'action contre le voiturier par le destinataire, faute d'avoir observé l'art. 105, peut avoir son contre-coup sur les relations du destinataire avec l'expéditeur.

En effet, la marchandise avait été expédiée à titre de vente, et la propriété, d'après la convention, ne devait être transmise à l'acheteur *Paul* qu'à l'arrivée. Du moment que la chose parvient avariée, l'acheteur est admis, vis-à-vis de son vendeur *Jean*, à refuser de la recevoir et à ne pas payer le prix. Quoique l'avarie se soit produite en cours de route, par le fait du voiturier, et non par le fait du vendeur lui-même, la marchandise ne répond plus aux conditions de la vente (n° 1019), dès l'instant qu'elle était détériorée avant le moment où le vendeur devait en effectuer le transport de propriété.

Cette solution ne souffre pas de difficulté, si l'acheteur *Paul*, en protestant dans les trois jours de la réception, prend soin de conserver à son vendeur *Jean* l'action de l'art. 105. Mais en omettant de le faire, il s'est rendu coupable de négligence envers *Jean*. Il doit l'indemniser en payant le prix, ou en lui servant une bonification : il y avait de sa part mandat implicite de soigner les intérêts de sa contre-partie.

Les mêmes notions seraient suivies, si le destinataire était non pas un acheteur, mais un commissionnaire chargé de vendre.

1218. — **PRESCRIPTION D'UN AN.** — Les actions en responsabilité nées du transport peuvent survivre à la réception et à l'expiration des trois jours suivants. Ainsi en serait-il : a) des actions pour *avaries* ou *pertes partielles*, lorsqu'elles auront été conservées par une protestation en temps utile ; b) des actions pour *perte totale* ou pour *retard*.

La loi veut cependant que ces diverses actions soient exercées dans un délai relativement court. Elle établit un délai de *prescription*.

(1) La Convention de Berne édicte les règles suivantes : 1° *avaries apparentes*, déchéance *immédiate* par la réception de la marchandise accompagnée du paiement du port ; 2° *avaries non apparentes*, *réclamation* dans les *sept jours* à partir de la réception ; 3° *retard*, même règle (art. 44 et 45).

Autre problème soulevé par une *expédition mi-partie maritime, mi-partie terrestre*. Soit un transport unique employant successivement deux voituriers, l'un de terre, l'autre de mer, par exemple une expédition d'Alger à Paris (voir la 5^e section). Tant que le transport n'est pas entièrement accompli dans toutes ses parties, aucun des voituriers ne peut faire courir à son profit le délai tiré des fins de non-recevoir établies par la loi. C'est à partir de la réception à la destination dernière qu'il sera compté. Mais, étant donné que le délai ne court que de ce moment, quelle en est la durée ? — Il y a manque de concordance entre le droit terrestre et le droit maritime. Le droit terrestre fixe le délai à trois jours dans l'article 105 ; le droit maritime à 24 heures depuis la réception dans les articles 435 et 436. — D'après la Cour de cassation (Civ. cass., 2 décembre 1896, critiqué par LYON-CAEN, *CONS. S.* 97, 1, 209), on appliquera le droit régissant le *parcours final*. Si l'avarie est constatée à la fin du parcours de terre, on devra suivre l'article 105, même pour le recours contre l'armateur qui avait accompli le commencement du voyage ; et inversement, l'article 435.

Cette prescription qui était autrefois soit de six mois, soit d'un an, a été uniformément portée à *un an* par le nouvel art. 108 (1). Elle court pour la perte totale du jour où la remise *aurait dû* être effectuée, et dans les autres cas, du jour de la remise ou de l'offre du colis au destinataire. Elle comporte les causes habituelles d'interruption (citation en justice, reconnaissance de la dette) (2). Mais rien n'est plus délicat que de déterminer en pratique les faits qui entraînent ce résultat : L'accusé de réception d'une lettre de réclamation suffirait-il ? Non (Cass., 9 décembre 1901, D. 1902, 1, 381). Que décider de l'acceptation d'une offre d'expertise ? (Pour le droit maritime, voir Cass., 13 mai 1889, D. 90, 1, 280). L'offre d'une indemnité faite par le transporteur constitue-t-elle une reconnaissance de sa responsabilité de nature à interrompre la prescription de l'art. 108 ? Des arrêts l'ont admis (Cass., 6 mai 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 249 ; Paris, 26 janvier 1928, D. 1928, 2, 172 et la note, où l'on trouvera des décisions en sens contraire. Cfr. trib. com. Lyon, 22 août 1929, D. H. 1929, 519). Il se produit la même difficulté que lorsqu'on veut rechercher les faits qui valent renonciation à la fin de non-recevoir de l'art. 105 (n° 1214).

Les cas de fraude ou d'infidélité sont exceptés : si le voiturier avait sciemment livré un colis pour un autre ou dissimulé les traces de l'avarie avant de le remettre à destination, ou provoqué par une fausse dénonciation, la confiscation du colis par l'autorité (Rej., 27 juin 1904, D. 1906, 1, 112), dans tous ces cas, l'action durerait au delà d'un an. De même en cas de vol commis par un préposé du transporteur, celui-ci étant responsable alors, non plus seulement en vertu de l'art. 105 C. com., mais en vertu de l'art. 1384 C. civ. (3).

1219. — Aucune autre action que celles « pour avaries, perte ou retard » n'est régie par cette prescription. Toutes les demandes, qui ne se rapporteraient pas à l'un de ces trois cas de responsabilité, se prescrivent par *cinq ans*.

Ainsi en est-il d'abord des actions des intéressés contre le voiturier en *détaxe* ou en répétition d'indu pour paiement de port excessif.

Ainsi en est-il ensuite des actions en sens inverse, appartenant au voiturier contre les intéressés, telles que l'action en paiement du port, s'il n'avait pas été réclamé lors de la livraison, ou l'action en supplément de port, lorsque le transporteur a touché moins que le tarif (4).

(1) Ainsi en est-il également du trafic international, d'après la Convention de Berne.

(2) Jugé que si, en cas de perte du colis, l'article 108 C. com. exige que l'assignation soit lancée avant l'expiration du délai d'une année depuis l'expédition, cette prescription peut être interrompue par la reconnaissance par la Compagnie de la perte du colis, mais la *nouvelle prescription* est, non point la prescription trentenaire, mais une même prescription *annale*, Lyon, 2 avril 1924, *Mon. jud.* Lyon du 13 octobre 1924.

(3) En outre, la *revendication* de la marchandise par le destinataire serait recevable, même après que le délai annal serait expiré. Le colis, qu'on croyait égaré se retrouve. Il appartient au destinataire : on ne saurait lui opposer la prescription d'un an. V. d'ailleurs dans l'article 108 le passage : « Toutes les autres actions auxquelles le contrat peut donner lieu... » La revendication n'est pas une action née du contrat.

(4) Les actions en « *détaxe* » ou en « *surtaxe* » sont recevables, en matière de trafic de chemins de fer, même si l'on avait volontairement dérogé aux tarifs. Cette dérogation volontaire est contraire à l'ordre public, à raison de l'égalité nécessaire des expéditeurs devant les tarifs (et cela quand même il y aurait eu une indication erronée donnée par

1220. — Cette différence de durée dans les diverses prescriptions de la matière donne lieu à une controverse. Le voiturier réclame le port, après un an, mais avant cinq ans; l'intéressé peut-il repousser la demande, en opposant, jusqu'à concurrence du port, et afin de n'avoir pas à le payer, une avarie ou un retard, — alors qu'il n'est plus recevable à en exiger le règlement par action directe, puisque cette prétention serait tardive ?

On admet le défendeur à user de l'*exception*, quoique, l'*action* soit perdue : *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Mais cette solution n'est pas sûre. Le brocard invoqué a une autorité conjecturale. Vrai au temps du droit romain classique, il a souffert dans l'ancien droit divers assauts (Ordonn. de Villers-Cotterets de 1539, art. 134, etc.), et on ne le retrouve pas dans les lois modernes. Il serait plus sage de transporter dans le trafic intérieur la disposition de la Convention de Berne (art. 46), qui assigne à l'*exception* et à l'*action* une égale durée.

La thèse se condamne par son exagération même : l'*exception* d'avarie sera accueillie, même à défaut de protestation faite dans les trois jours de l'art. 105 ! Cependant la provenance de l'avarie ne pourra plus être établie : le fait que la partie est défenderesse au procès, et non plus demanderesse, ne change rien à cette perte de preuve d'origine.

SECTION V

DE LA COMMISSION DE TRANSPORT ET DE LA PLURALITÉ DES VOITURIERS (1)

1221. — La *commission de transport* est le mandat que donne l'expéditeur à une autre personne de traiter pour son compte un transport avec un voiturier. Telle est la définition qu'on en donne habituellement : nous aurons à la rectifier. Dans la chaîne des dispositions du Code, la commission de transport relie les commissionnaires ordinaires au voiturier (art. 96 à 102).

La profession de commissionnaire de transport est libre, l'établissement des chemins de fer ne l'a pas fait disparaître. Il lui a donné plutôt un nouvel aliment.

On ramène à deux les avantages de la commission de transport.

les agents de la Compagnie. Civ. cass., 6 mai 1903, S. 1903, 1, 421). — La prescription quinquennale de l'action en paiement du port prend son point de départ à un autre moment que la livraison pour les transports commandés par l'Etat. Le voiturier doit préalablement faire liquider et ordonner sa créance. La prescription ne court qu'à partir de la décision ministérielle (art. 108, al. 5).

(1) RÉVILLE, *Des transports successifs*, th. 1909; JOSSEMAN, *De la pluralité des voituriers*, aux *Annales de droit commercial*, 1911, p. 163 (partie détachée de son *Traité*; nos 709 et s.); DURAND et BERNARDIN, dans la *Revue des ventes et transports*, 1927, p. 9; et, pour les transports internationaux, P. DURAND, *La responsabilité collective des voituriers successifs sous le régime des nouvelles conventions de Berne*, dans la *Revue des Transports*, 1927, p. 1502 et s.

1222. — Avantages de la commission de transport. — 1° Elle réalise pour les expéditeurs une *économie de taxe*. Il vaut mieux s'adresser à un commissionnaire que traiter directement avec le chemin de fer.

Etrange au premier aspect, le fait s'explique par la manière dont sont gradués les tarifs. La taxe est perçue par unités indivisibles de 10 kilos. Dix expéditeurs de Paris ont simultanément à adresser à Marseille chacun un colis de 11 kilos. S'ils opéraient isolément, les marchandises seraient taxées sur 200 kilos, bien qu'elles n'en pèsent toutes ensemble que 110. L'intermédiaire commun auquel ils recourront groupera ces colis, les réunira sous une même enveloppe (condition imposée au commissionnaire alors que les autres expéditeurs n'y sont pas soumis : Rej., 3 août 1903, S. 1905, 1, 467), et adressera le *groupe* (1) à son correspondant de Marseille. La taxe appliquée sera celle de 110 kilos : soit une économie de 90 kilos, le commissionnaire en fera profiter ses dix clients, y trouvera lui-même son propre bénéfice.

Le commissionnaire a ses bureaux dans des quartiers que ne desservent pas les Compagnies : il fait le factage et le camionnage au départ.

1223. — Suite. — 2° La commission de transport peut se cumuler avec un transport propre, au moins pour une partie de la route. Le commissionnaire exécutera le commencement du parcours sans atteindre le point de destination. Il se substituera pour la continuation du transport un ou plusieurs voituriers subséquents, et c'est alors au titre de commissionnaire qu'il agira.

Soit une expédition par chemin de fer de *Nancy à Perpignan*, empruntant le réseau de l'Est jusqu'à *Is-sur-Tille*, celui de Paris-Lyon jusqu'à *Sète*, et celui du Midi au delà.

On pourrait accomplir *trois transports indépendants* : a) L'expéditeur se choisirait à *Is-sur-Tille* un agent transitaire ; b) Celui-ci recevrait le colis de la Compagnie de l'Est et jouerait le rôle de premier destinataire : la Compagnie de l'Est serait libérée à ce moment ou par l'expiration des trois jours suivants ; c) Cet agent, au moyen d'un récépissé nouveau, expédierait sur *Sète*, par la Compagnie Paris-Lyon, à un autre agent de cette place, etc.

Mais on peut aussi raccorder tous ces tronçons au moyen d'un *transport unique*, sans rupture de charge. Une même lettre de voiture passera de main en main aux points de transmission ; la seule réception, qui fera courir les délais des art. 105 et 108 au profit d'un des voituriers quelconque de la filière, sera la réception à *Perpignan*.

Ce transport par soudure est imposé aux Compagnies de chemins de fer les unes vis-à-vis des autres, et aussi en droit international entre les administrations de chemins de fer relevant de la Convention de Berne. Aucun agent particulier de l'expéditeur n'est nécessaire aux points de jonction. Le premier voiturier devient commissionnaire pour faire continuer le voyage par les suivants ; le deuxième, commissionnaire substitué, etc.

(1) Comp. ROGER, *Du groupement des bagages*, Ann. dr. comm., 1923, 5.

1224. — L'exercice des actions en responsabilité, pour pertes, avaries ou retard, soulève des questions délicates lorsqu'on a eu recours au ministère d'un commissionnaire. — L'expéditeur (ou le destinataire) peut-il attaquer à son choix le commissionnaire ou le voiturier et, s'il y a eu plusieurs voituriers successifs, l'un quelconque de ses agents de transports ? — Quel est le fondement de la poursuite qu'il dirigerait ainsi contre un voiturier avec lequel il n'a pas personnellement traité et dont il est séparé par un ou même par plusieurs intermédiaires ? — Ces agents répondent-ils mutuellement les uns du fait des autres ? — Y a-t-il lieu de faire intervenir un principe de solidarité ? — Si l'un des agents est forcé de payer l'indemnité, a-t-il recours contre les agents qui ont concouru au même transport, et suivant quel ordre ? — On voit combien le problème est complexe.

Ces difficultés ne peuvent se résoudre qu'à la condition de prendre parti sur le caractère de la commission de transport. Est-elle de même nature qu'une commission ordinaire, que la commission d'achat ou de vendre par exemple ?

Si l'on répond affirmativement, la commission de transport est un *mandat* dont l'objet est de conclure un transport pour compte, et le commissionnaire traitera le plus habituellement ce transport en son nom propre.

1225. — En conséquence : 1° Le commissionnaire, tenu seulement de sa négligence personnelle, et affranchi de la force majeure, ne devrait pas être recherché à raison des *fautes* commises dans le transport *par le voiturier* qui a pris le colis en charge, après lui. Il lui suffirait, pour être mis hors de cause, de justifier envers l'expéditeur de la livraison qu'il a faite à ce voiturier en temps utile, et le reçu qu'il s'est fait remettre par ce dernier vaudra pour lui décharge, dès l'instant qu'aucune réserve consignée dans ce reçu ne montre le colis déjà détérioré à ce moment. Pour être responsable des accidents survenus à la marchandise depuis qu'il s'en est dessaisi, il faudrait qu'il se fût constitué *ducroire*.

Empressons-nous de dire que la loi a pris le contre-pied de cette solution. D'après les art. 97 et 99, le commissionnaire est « garant de l'arrivée de la marchandise dans le délai, hors les cas de force majeure légalement constatée » ; il est « garant des avaries ou pertes, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture ou force majeure » ; il est « garant du fait du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse la marchandise ».

Bref, l'intéressé au transport n'a pas à s'enquérir, au cas d'accident, du point de savoir à qui, du commissionnaire ou du voiturier, ni auquel des voituriers, s'il y en a plusieurs, cet accident est imputable. *Il est admis à attaquer le commissionnaire dans tous les cas, à moins d'une clause contraire dans la lettre de voiture exonérant ce commissionnaire du fait des agents qui l'ont suivi.* Celui-ci n'est irresponsable de la faute des autres qu'en cas de tarif spécial formel (Civ. cass., 26 juin 1899, D. 1900, 1, 394) (1).

(1) Cette garantie de *ducroire* n'est pas vraie d'un simple camionneur au départ ; Paris, 19 décembre 1900, D. 1905, 2, 113, note LEVILLAIN.

Cette règle, dérogatoire aux principes ordinaires de la commission et du mandat, se justifierait, suivant l'opinion générale, par une convention de *ducroire* sous-entendue. Car on ne peut la rattacher à une présomption de faute du commissionnaire dans le choix du voiturier auquel il s'est adressé. Déjà sous le Code de commerce cette présomption eût été contraire à la vérité dans la généralité des cas. A plus forte raison la nouvelle économie des chemins de fer lui eût-elle toute apparence de justesse. Le commissionnaire n'est pas libre de choisir son voiturier, il lui est imposé par la nature du parcours à faire.

Seul l'intérêt du commerce explique pourquoi le commissionnaire de transport est « *ducroire* » de plein droit, alors que les autres commissionnaires ne le sont que moyennant une clause expresse. L'expéditeur n'a lié partie qu'avec son commissionnaire, il veut pouvoir obtenir de lui le règlement de l'indemnité à tout événement, quel que soit dans la filière l'agent responsable. Le point de parcours où l'accident s'est produit ne lui est point connu, la détermination du voiturier coupable lui est sinon impossible, du moins très difficile. Tous ces voituriers, pour échapper à sa réclamation, se rejetteraient la faute les uns sur les autres.

1226. — 2^o Il ne suit point de là que l'expéditeur soit privé du droit d'assigner le voiturier, au cas où il aurait avantage à s'attaquer à lui. Sans doute, c'est le commissionnaire qui a traité avec le voiturier, et non pas lui. Mais, outre que l'expéditeur peut agir contre le voiturier, du chef du commissionnaire et en se subrogeant à celui-ci (art. 1166 C. civ.), une action directe lui est ouverte. L'art. 101 le laisse entendre, en disant que : « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ». Ces trois personnes sont unies entre elles d'une manière immédiate, comme s'il n'y avait pas d'interposition (Civ. cass., 1^{er} décembre 1896, D. 97, 1, 561).

Le principe de cette action directe n'est cependant pas clair. Dans une commission ordinaire, le commettant ne peut agir contre le tiers acheteur ou vendeur avec lequel le commissionnaire a traité que par « action oblique », et à la condition de subir les exceptions dont le tiers dispose vis-à-vis de ce commissionnaire : les limitations, mises par l'art. 575, al. 2, C. com., à la revendication du prix en cas de faillite, en sont la preuve.

On fait appel, pour sortir de la difficulté, à la théorie de la *substitution de mandat* (art. 1994, al. 1, C. civ.) : le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (1). Mais l'argument porte doublement à faux : 1^o en ce que la règle du Code civil vise un mandat dans lequel l'agent a représenté le mandant et parlé au nom de celui-ci, ce qui n'est point le mode d'opérer usité dans la commission ; 2^o en ce que le voiturier n'est pas un « mandataire » substitué, mais le « tiers » avec lequel est conclue l'affaire commandée. Il n'y aurait substitution de mandat que si ce voiturier devait à son tour traiter avec un voiturier subséquent : et encore resterait-il transporteur ou « tiers » pour le tronçon de parcours dont il se charge.

(1) Paris, 17 janvier 1927, D. H. 1927, p. 190.

La raison d'être de cette action directe apparaîtra mieux dans un instant. Elle provient de considérations étrangères au droit du mandat.

Pour s'attaquer ainsi au voiturier, *l'expéditeur devra prouver la faute de celui-ci*. Le voiturier ne se trouve pas dans la même situation que le commissionnaire. On ne peut le rechercher ni à raison des fautes commises par son prédécesseur avant qu'il n'ait pris lui-même le colis en charge, ni à raison des fautes des voituriers venus après lui. Il n'est pas entré dans la dette du premier commissionnaire, auteur de l'avarie ou du retard par hypothèse. Il ne s'est pas porté non plus du croire des voituriers suivants (car les art. 97 à 99 affirment ce « du croire » à l'égard du commissionnaire originaire seulement, et les raisons d'utilité pratique qui l'ont introduit cessent d'être vraies pour un voiturier intermédiaire).

1227. — Au total, voici la position respective de tous les intéressés, dans le cas où il y aura lieu d'engager un procès.

A. *Citation donnée par l'expéditeur* (ou par le destinataire) au commissionnaire ou voiturier de tête. — Citation, encore possible, de celui des voituriers subséquents, que l'expéditeur croit être l'auteur de l'accident. — Aucune preuve de faute à fournir contre le premier de ces défendeurs. Nécessité de démontrer contre le deuxième que la perte, l'avarie ou le retard proviennent de lui.

Comment s'établira cette preuve ? Au moyen de la comptabilité que détermine la transmission du colis à la jonction des réseaux. Le voiturier a donné un émargement à l'agent qui le précède : il a fourni ainsi un avis de réception à bonne date et sans avarie. L'expéditeur produit cette pièce. Le voiturier peut y répondre en produisant à son tour l'émargement du voiturier suivant, ce qui lui vaudra *quitus*. Faute d'être en mesure de le faire, il avoue sa faute, et sera condamné.

Sauf le cas d'« avarie interne », le voiturier, par le fait duquel l'accident de transport a eu lieu, pourra être ainsi retrouvé.

1228. — B. *Recours en garantie du commissionnaire*, s'il est mis en cause, contre celui des voituriers qui a déterminé le dommage : ce sera une demande incidente en garantie portée au tribunal devant lequel il est cité lui-même (art. 175 et suiv. C. proc. civ.). Le commissionnaire se fera relever des suites de la condamnation par le voiturier, en démontrant la faute de celui-ci, comme il vient d'être indiqué.

Le commissionnaire peut encore ouvrir un procès principal et séparé contre le voiturier, et suivant le droit commun de la compétence.

Le nouvel art. 108, al. 4, tranchant une controverse ancienne, veut que le délai pour intenter chaque action récursoire soit d'un mois, courant du jour de l'exercice de l'action contre le garanti. Assigné le dernier jour de l'année de prescription, le commissionnaire a un mois encore pour se retourner contre le voiturier, soit qu'il le fasse par demande incidente, soit qu'il engage un procès distinct. Mais, ce mois une fois expiré, il est déchu.

1229. — Telle est la décomposition à laquelle on soumet d'habitude

la commission de transport et le transport par voituriers successifs. Elle n'est pas d'une parfaite correction logique.

La commission de transport n'est point une commission véritable, un mandat, l'ordre de négocier un transport avec un voiturier. Elle constitue la prise en charge d'un transport véritable, dans lequel l'agent se réserve seulement pour tout ou partie du parcours d'user du ministère d'autres voituriers que lui. Au regard de l'expéditeur, il est transporteur pour le voyage tout entier et responsable comme tel. Un entrepreneur de construction, qui cède les travaux à un sous-traitant, demeure garant de l'ouvrage, même pour les parties que ce sous-traitant viendrait à faire. Le chemin de fer ne répond-il pas de l'entrepreneur auquel il confie le camionnage à l'arrivée (Civ. cass., 10 février 1897, D. 98, 1, 22) ? Le capitaine ne répond-il pas de la société d'accorage ou de déchargement, lorsqu'il s'est engagé à débarquer non en rade, mais à quai ?

Cela ne tient point à une notion de « ducroire », mais à l'idée plus simple que, *lorsqu'on promet un travail, on est garant de son exécution complète, même pour les parties de l'ouvrage dont on se déchargerait sur d'autres*. Toutefois le commissionnaire amorce le transport, il manutentionne le colis et le déplace, quand ce ne serait que sous forme de camionnage au départ. L'art. 96, par lequel débute la section « des commissionnaires de transport », ne présente point ces agents comme étant mandataires : « Ils se chargent, dit-il, d'un transport par terre ou par eau ». Combien cela est plus juste encore de la première Compagnie de chemins de fer, qui tractionne la marchandise sur son réseau avant de la livrer à la Compagnie suivante ! (JOSSEMAND, *op. cit.*, n^{os} 734 et s.).

Ainsi, l'obligation du commissionnaire originaire ou du premier chemin de fer s'explique par une prise en charge du transport total. Mais d'où vient que l'intéressé à la marchandise puisse, en outre, assigner directement un transporteur subséquent ? Par la théorie de la *délégation*, pensons-nous.

Le commissionnaire, garant du transport intégral, remet le colis au voiturier. Celui-ci s'oblige à continuer le transport. Il se substitue à ses engagements. Le commissionnaire délègue le voiturier à l'expéditeur, à l'effet de rendre compte du transport. Le voiturier, accepte, d'autres voituriers pourront accepter à leur tour. L'expéditeur a adhéré d'avance à cette substitution, car il savait qu'elle aurait lieu : de là, le rapport direct (1).

La substitution de dette ne décharge pas d'ailleurs le commissionnaire vis-à-vis de l'expéditeur, car la novation ne se présume point (art. 1273 C. civ.).

Mais, à cette réserve près, le voiturier prend la place du commissionnaire à la fois pour le passé et pour l'avenir. *Pour le passé*, en ce sens que, même lorsqu'une avarie ou un retard s'était déjà produit, sans son fait par conséquent, il en devrait répondre. *Pour l'avenir*, en

(1) On aboutit au même résultat, en disant que le commissionnaire, lorsqu'il remet la marchandise au voiturier, stipule de celui-ci l'accomplissement du transport : 1° à son propre profit, et 2° au profit de l'expéditeur. Ce serait le cas d'appliquer le principe de la stipulation accessoire au profit d'autrui (art. 1121 C. civ.).

ce sens que, dût-il être exempt de faute et livrer à un second voiturier, il devrait assumer la garantie de celui-ci pour les faits de la continuation du voyage (malgré la restriction apparente au premier commissionnaire des art. 97 à 99).

1230. — Bref, le voiturier entre dans la dette du transport comme « débiteur solidaire » : et tout voiturier, recevant le colis à son tour, contracte la même solidarité. Cette thèse donne au destinataire le pouvoir d'assigner le dernier voiturier, sans avoir à prouver la faute de celui-ci, et ce voiturier remontera en arrière pour citer en garantie d'agent coupable : avantage consacré par le droit allemand, dont il est superflu de faire ressortir le mérite (1). La jurisprudence française (2) n'est pas disposée jusqu'à présent à entrer dans des vues aussi favorables à la protection du commerce.

La convention conclue entre les cinq grandes Compagnies et les chemins de fer de l'Etat, connue sous le nom de règles à suivre, et dont la dernière rédaction date de 1886, fait cependant aux idées précédentes une certaine part.

Suivant cet arrangement, l'indemnité à payer doit se partager au marc le franc entre les chemins de fer participant ou ayant dû participer au même voyage, d'après le parcours kilométrique du colis sur chacun de leurs réseaux, et sans égard à la faute commise par l'une ou par l'autre. C'est, entre les Compagnies, un régime d'« assurance mutuelle » contre leur responsabilité.

Aucun des transporteurs successifs, dans ces conditions, n'a intérêt à décliner la citation judiciaire. Le dernier de ces transporteurs, tout comme le premier ou le second, consentira à lier l'instance. Il communiquera seulement aux autres Compagnies l'assignation qui l'a touché, afin de les mettre en mesure d'intervenir et de faire valoir les moyens de défense qu'elles croiraient pouvoir proposer. C'est, répé-

(1) Voir dans GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes*, comment, avec la théorie de la « cession de dette » que les Allemands ont substituée à notre « délégation », on parvient à justifier ce résultat. — JOSSE RAND, *op. cit.*, n° 749, tout en admettant la thèse de la délégation, ne pense pas qu'elle ait la solidarité des engagements pour conséquence.

(2) D'après la jurisprudence dominante, l'expéditeur, ou le destinataire ne peut agir en responsabilité contre chacun des voituriers autres que le premier (y compris le dernier) qu'à la condition de prouver que les avaries se sont produites pendant le temps où les marchandises lui ont été confiées (C. ss., 6 août 1888, D. 1889, 1, 89 ; Cass., 20 janvier 1896, D. 1896, 1, 406). Cf. Paris, 22 juin 1923, D. 1924, 2, 133 et Cass. civ., 21 janvier 1925, D. 1927, 1, 127. Toutefois, en ce qui concerne le dernier transporteur, et dans le cas d'expédition en port dû, les arrêts décident qu'en acceptant de réclamer les frais et débours antérieurs à sa propre prise en charge, ce transporteur se substitue aux précédents, assume la responsabilité de la totalité du contrat, et ne peut même se libérer en prouvant que le dommage s'est produit pendant que la marchandise se trouvait entre les mains de ceux qui l'ont précédé dans le transport (Cass. req. 15 avril 1920 et civ., 19 juillet 1923. B. T., 1920, 48 et 1923, 105) ; solution bonne au point de vue pratique (car elle permet au destinataire d'assigner le dernier voiturier dans les mêmes conditions que le premier), mais difficile à justifier au point de vue juridique. D'autre part, « si, dans un transport en port payé, le dernier transporteur, à la différence du premier, ne répond que de ses fautes personnelles, cette règle n'est pas d'ordre public, et le dernier transporteur doit être considéré comme ayant accepté la responsabilité de la totalité du transport lorsqu'au lieu d'invoquer sa qualité, il a discuté les éléments du préjudice dont la réparation peut être due à l'expéditeur ou au destinataire, Paris, 22 juin 1923, *Mon. jud. Lyon* du 2 novembre 1923.

ons-le, un régime de solidarité, avec contribution de toutes les Compagnies, suivant la loi de la distance.

1231. — Le dernier voiturier, dans le transport en port dû, a qualité pour encaisser le prix total, partie à son propre compte et partie au compte de ses prédécesseurs. D'après l'interprétation qui prévaut, il ne peut pas se faire le maître de réclamer la fraction de port qui lui revient à lui-même, même en cas d'avarie ou de retard, si ces faits sont imputables à l'un de ses devanciers. Ce résultat ne concorde pas avec le système que nous nous défendons ; le dernier voiturier devrait, à l'égal des autres, être responsable pour les faits survenus avant qu'il n'eût reçu le colis (1) (2).

(1) D'après la Convention de Berne, l'action des intéressés ne peut être intentée en vertu de l'art. 42 de la nouvelle Convention de 1924-28 que : a) contre le premier chemin de fer, b) ou contre le chemin de fer destinataire (dernier transporteur prévu), c) ou encore contre celui sur le réseau duquel le dommage a été occasionné, pourvu que le chemin de fer défendeur soit assigné devant un tribunal de son propre Etat. Il est remarquable que, d'après la nouvelle Convention de 1924 (Décret de promulgation en France du 9 mars 1928) qui change sur ce point, le chemin de fer destinataire répond du transport vis-à-vis du tiers destinataire, même si ce dernier chemin de fer n'a pas reçu la marchandise. Cette innovation, recommandable sur le terrain pratique, est assez difficile à justifier, juridiquement. — Le chemin de fer qui a été reconnu responsable vis-à-vis de l'expéditeur ou du destinataire peut d'ailleurs, non par garantie incidente, mais par procès séparé, recourir contre le chemin de fer en faute, ou, s'il est inconnu, contre tous les chemins de fer, compris nécessairement alors dans une même instance et tenus en ce cas à une indemnité proportionnelle (art. 47 à 53).

(2) Nous terminons ici ce que nous avons à dire à propos de la commission : commission de vente dans un chapitre précédent, commission de transport dans le présent chapitre. Mais cette convention a une portée plus étendue. Elle est d'une utilité courante en matière d'assurance. Une personne, chargée d'envoyer une cargaison à un correspondant l'étranger, la fait assurer au compte du destinataire, tout en figurant elle-même en premier nom dans la police, ce qui la constitue débitrice de la prime. Par suite de raisons trop longues à exposer, le droit maritime exige que la police porte expressément la mention que le signataire agit au titre de commissionnaire et non de propriétaire (art. 332). En outre, il est d'usage que le nom du commettant ne soit pas désigné : la police est rédigée « au compte de qui il appartiendra », le véritable intéressé ne se révélera qu'au moment du règlement de l'indemnité.

D'autres assurances se font encore par l'intermédiaire d'un commissionnaire. — Ex. : un patron assure collectivement tous ses ouvriers contre les accidents d'usine, sans énumérer les noms de chacun d'eux (situation qui s'est modifiée depuis la loi de 1898 sur les accidents du travail) ; — un gardien assure pour compte des marchandises en dépôt dans sa maison, etc. Bref, le champ d'action de la commission est considérable, en dehors de la vente où il tend plutôt à se restreindre.

5
520/35
55 17
220/12
245

02 SEP. 1991

25 AOUT 1999





JOSSERAND (LOUIS), professeur de Droit civil à l'Université de Lyon, Doyen de la Faculté de Droit. — **Les transports en service intérieur et en service international.** 2^e édition, 1926. 1 vol. in-8, broché. 72 fr.
 Cartonné. 84 fr.

PIC (PAUL), professeur à la Faculté de Droit de Lyon. — **Des sociétés commerciales.** 1926, 2^e édition. Trois volumes, brochés et supplément 1930. 135 fr.
 Cartonnés. 156 fr.
 Supplément 1930 seul broché. 15 fr.

PIC (PAUL), professeur de législation industrielle à la Faculté de Droit de Lyon et à l'Ecole supérieure de commerce, membre du Comité consultatif du ministère du travail. — **Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières.** 6^e édition entièrement refondue et mise au courant de la législation la plus récente, 1930. 1 fort vol. in-8, 6^e édition. 90 fr.

RIPERT (GEORGES), professeur à la Faculté de droit de Paris. — **Le droit maritime.** 3 vol. in-8, 3^e édition, brochés. 250 fr.
 Cartonnés. 286 fr.

RODOLPHE-ROUSSEAU, avocat à la Cour d'appel de Paris. — **Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères**, contenant une étude du régime fiscal et suivi de formules annotées, répondant à tous les actes de la vie sociale. 5^e édition, entièrement refondue, mise au courant de la jurisprudence la plus récente et publiée par ses collaborateurs André DOLBEAU et Louis GALLIÉ, docteurs en droit, avocats à la Cour d'appel de Paris, Jacques RODOLPHE-ROUSSEAU, docteur en droit. 1921. 5^e édition, 3 vol. in-8, brochés. 120 fr.
 Cartonnés. 150 fr.
 Supplément 1928 (seul) cartonné 60 fr.
 broché. 50 fr.

RODOLPHE ROUSSEAU, avocat à la Cour de Paris ; GALLIÉ (LOUIS), Docteur en Droit, avocat à la Cour de Paris. — **Traité pratique de droit financier. Banques et Bourses.** 1924, 2^e édition, avec supplément 1928. 2 vol. cartonnés 60 fr.

Annales de Droit commercial et industriel, fondées par E. THALLER, publiées par J. PERCEROU, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 39^e année. Trimestrielles. — Prix de l'abonnement : France. 50 fr.
 Etranger. 60 fr.





OUVRAGE A RENDRE Le : 14 MARS 2001

27 FEV. 1995

~~14 MARS 2001~~

19 JAN. 19