

ger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

ARTICLE 1863.

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'autre n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

ARTICLE 1864.

La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

SOMMAIRE.

771. Des obligations de la société à l'égard des tiers.
 772. 1^{re} hypothèse. Des engagements contractés par un associé en son seul et privé nom. Les tiers n'ont pas action contre la société, quand même la société en aurait profité. Raison de ceci.
 773. Preuve tirée des lois romaines et d'un texte de Papinien. M. Merlin n'en a pas bien saisi le sens. Lumineuse explication de Cujas.
 774. Pour prouver que le tiers a action contre la société qui a profité de seconde main du contrat, M. Merlin a cité Voet. Mais cette citation manque d'exactitude. Au surplus, Voet lui-même a erré sur la portée du texte de Papinien.
 775. Autres citations inexactes faites par M. Merlin à l'appui de son opinion.

776. Suite. Conclusion d'après Cujas, Favre, Pothier et l'art. 1864 du C. c., que les tiers n'ont pas action contre la société quand la dette a été contractée *nomine privato*; et cela quand même la société aurait profité.
 Les tiers ne peuvent avoir que l'action *oblique* et exercer les actions de leur débiteur contre la société.
 777. Il n'est pas vrai qu'ils aient l'action directe *de in rem verso*. Base de cette action.
 778. Dans le doute, un associé est censé traiter *nomine privato*.
 779. Conclusion.
 780. Application de ces principes à la société en participation. Examen critique de l'opinion de M. Merlin favorable à l'action directe.
 Appréciation de l'arrêt rendu sur ses conclusions. Preuve que la société avait agi en nom collectif.
 781. Explication d'un autre arrêt de la Cour de cassation.
 782. Solution positive de la même Cour pour exclure l'action directe.
 783. A cette décision il faut joindre la jurisprudence de la rote de Gènes. Espèce notable rapportée par Straccha. Exposé du fait.
 784. Raison des créanciers.
 Les tiers n'ont pas besoin de prouver une préposition expresse.
 785. C'était aux associés à désavouer celui qui agissait dans un nom social.
 786. Eh! bien, c'est comme institeur que le représentant a traité. Il a fait des emprunts; il en avait le droit.
 787. La société était collective; elle avait un gérant public.
 788. Raisons contraires des associés adoptées par la rote.
 Rien n'a été fait *nomine sociali*.
 Il n'y avait pas de gérant expressément délégué.
 789. Il n'y avait pas non plus de mandat tacite. Les conditions qui font qu'on est censé traiter avec un institeur manquaient.
 790. Les associés n'étaient pas en nom collectif. Il n'y avait qu'une simple participation.
 791. Suite.
 792. Suite, qui montre le vrai caractère de la société et l'étendue des participations en Italie.

793. Les emprunts ont été faits sans nécessité et sans mandat.
794. L'associé emprunteur n'a pas consulté ses participans. Il aurait dû le faire.
795. Mais ce qui domine tout, c'est que l'emprunt a été fait *nomine privato*. Tout associé non nommé n'est pas obligé.
796. Les tiers n'ont pas prêté en vue de la société.
797. Suite.
798. La société était telle qu'elle n'intéressait pas les tiers. C'était une affaire entre les participans, et donnant tout simplement lieu à un compte de l'opération.
799. Suite de ce point de vue et preuve que l'affaire ne concernait pas les créanciers.
800. Conclusion.
801. Il y a dans la jurisprudence italienne de nombreux monumens qui tous établissent que les créanciers n'ont pas d'action contre les participans non dénommés.
Témoignage de Deluca et de Casaregis.
Autorités françaises, et Codes espagnol et néerlandais.
802. Et cela a lieu quand même la société aurait profité.
803. Examen de la question pour la société en *commandite*.
Ancienne jurisprudence alors que la *commandite* était occulte et n'avait pas de raison sociale. Les tiers étaient sans action directe contre les *commanditaires* ignorés.
M. Merlin a enseigné à tort l'opinion contraire.
804. *Quid*, dans le droit nouveau, alors que la société en *commandite* a une raison sociale?
805. Avant de traiter ce point, que nous reprendrons au n° 829, il faut se faire des idées justes de l'effet d'une obligation contractée par un instituteur, un gérant, sous une raison sociale; c'est notre *deuxième hypothèse*.
De l'état des choses dans une société ordinaire.
Il ne suffit pas que l'obligation ait été contractée *nomine sociali* pour que les tiers aient action contre la société; il faut que l'associé contractant ait eu un pouvoir. Ainsi deux conditions: *nom sociali*; *pouvoir d'agir*.
806. En quelle forme doit être exprimé le *nom sociali*?
Il peut y avoir une raison sociale par équipollens. La raison sociale peut s'induire des circonstances. Sentiment de Casaregis. Arrêts conformes.
807. En quelle forme doit être le *pouvoir*?

- Tout associé a mandat tacite pour administrer. Étendue du pouvoir d'administrer. Renvoi.
808. Mais quand il s'agit de disposer, le mandat doit-il être spécial et exprès?
Examen de ce point à l'égard des sociétés civiles.
809. Et à l'égard des sociétés de commerce en nom collectif.
810. Suite.
811. Suite.
812. Suite. Du cas où les statuts ont fixé les pouvoirs du gérant.
Influence de la publicité exigée par la loi nouvelle sur les pactes extraordinaires contenus dans les sociétés commerciales. État de l'ancien droit.
813. Quand les tiers ne peuvent pas prouver l'existence d'un mandat, ils ont néanmoins action contre la société, s'ils prouvent que l'affaire a tourné au profit de la société.
814. Mais pour cela il faut que l'engagement ait été contracté sous un nom social.
815. Renvoi pour l'étendue de l'obligation qui résulte du versement dans les affaires sociales.
816. Quand le pouvoir existe, et que l'engagement a été contracté au nom de la société, on ne peut opposer aux tiers que l'argent n'a pas été versé dans les coffres de la société.
817. Dans quelle mesure les associés sont-ils tenus de l'engagement contracté envers les tiers par leur co-associé?
818. Dans les sociétés civiles, il n'y a pas de solidarité, et la dette se divise par portions égales.
819. Suite.
820. Mais *quid* si la société n'est tenue qu'à cause de l'action *de in rem verso*? Étendue de l'obligation dans ce cas.
821. Résumé sur les sociétés civiles.
822. De l'étendue des obligations envers les tiers dans les sociétés commerciales.
Quel était le droit romain à cet égard? Il appliquait la solidarité aux sociétés de banquiers et argentiers, et même, suivant l'opinion la plus probable, aux sociétés pour la ferme des revenus publics.
823. La solidarité avait également lieu dans les sociétés de négoce qui se faisaient représenter par un instituteur.
Et dans celles qui se formaient pour l'exploitation d'un navire par le ministère d'un patron.

- Raison donnée par les juriconsultes pour justifier dans ces cas divers la solidarité.
824. En quoi les mœurs modernes ont modifié ce droit.
825. Mais elles en ont retenu la solidarité pour les sociétés collectives agissant sous un nom social par un institeur. Antiquité de cet usage. Sa généralité.
826. Mais il n'y a pas de réflexion solidaire dans la *société en participation*, qui ne concerne pas les tiers, et leur demeure inconnue, sans quoi elle serait collective.
827. Les membres d'une *société anonyme* ne sont pas tenus non plus solidairement.
828. Il en est de même des membres d'une *société en commandite* qui ne se sont pas immiscés.
829. Mais, en tant qu'ils sont tenus jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis dans la société, aura-t-on contre eux l'action directe ou l'action oblique?
Tous les auteurs antérieurs au C. de c. repoussent l'action directe.
830. Cependant leur règle n'est pas sans exception. Témoin la société pour les assurances créée par Colbert, qui était une société en commandite.
831. Examen de la question au point de vue du Code de com., et diversité d'opinions parmi les auteurs.
832. Depuis que la commandite est tenue de se révéler par une raison sociale, il est difficile d'argumenter des doctrines qui ont été émises sur la commandite à laquelle une raison sociale était interdite.
833. Suite. Argument de l'art. 1864 du C. c.
834. Réponse aux objections qui, ne tenant pas compte du changement introduit par l'existence d'une raison sociale, veulent écarter l'action directe.
835. Suite. Le gérant d'une commandite est un mandataire.
836. Suite.
837. Suite.
838. Le gérant d'une société en commandite agit pour la société et la représente. Réponse aux objections prises de l'ancienne commandite. Utilité des notions historiques présentées aux numéros 381 et suiv. sur les progrès de la commandite.
839. Suite.

840. Dans la société en commandite, il y a deux élémens inégaux : les gérans et les commanditaires ; mais, dans leur sphère respective, ils sont tous tenus directement.
841. Il est vrai qu'on n'a pas d'intérêt de s'adresser aux commanditaires quand la société est debout ; on ne le doit pas. Mais il en est autrement quand la société est dissoute.
842. Sinon, il y aurait lieu à des fraudes sans nombre.
843. Réponse à l'objection tirée de ce que le capital de la commandite peut être divisé en actions au porteur, et que, dans tous les cas, le commanditaire doit rester inconnu.
844. Examen des textes.
845. Réflexion finale et conclusion.
846. Du reste, on ne peut exiger du commanditaire le rapport des bénéfices.
847. 3^e hypothèse.
De l'engagement contracté par tous les associés ensemble. Dans les sociétés civiles, chacun n'est tenu que pour sa part.
848. Les Romains appliquaient ces règles aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles.
849. Bizarrerie de ce point de droit quand on se rappelle que, chez les Romains, les tiers qui avaient contracté avec l'institeur avaient une action solidaire contre tous les préposés. Aussi les peuples modernes y ont-ils dérogé, et l'on a voulu que la solidarité existât dans les sociétés de commerce, soit que l'engagement fût contracté par l'institeur, soit qu'il fût contracté par tous les associés réunis.
850. A ce propos, examen du système de M. Frémery sur l'origine de la solidarité dans les engagements commerciaux.
851. Suite. Examen des textes invoqués.
852. Suite.
853. Efforts de Bartole pour maintenir les distinctions des lois romaines.
854. Mais ils sont inutiles. La solidarité est devenue de droit commun.
Conclusion.
855. La solidarité a lieu alors même que ce sont deux associés en participation qui donnent leur signature. Ils font acte collectif.

856. Dans les sociétés civiles, chacun est tenu par tête et par égale portion.
857. Après avoir mis les créanciers en regard de la société, il faut les mettre en concours avec les créanciers personnels des associés.
858. Examen de la position par rapport *aux sociétés de commerce*. Les créanciers de la société sont préférables, sur les effets de la société, aux créanciers personnels des associés.
859. Et cela est vrai quand même ce seraient des associés eux-mêmes qui seraient créanciers de la société.
860. La préférence des créanciers de la société est telle qu'elle va jusqu'à exclure les femmes créancières de leurs maris associés pour leur dot. Une femme n'a pas hypothèque légale sur les biens appartenant à la société dont son mari fait partie.
Arrêt notable là-dessus.
861. Mais si un associé mettait dans la société un immeuble déjà grevé d'une hypothèque, cette hypothèque primerait les créanciers de la société.
862. Renvoi au n° 79 sur les compensations entre une dette de la société et une créance sur un associé.
863. Sur les biens personnels de l'associé, les créanciers de la société et les créanciers personnels ont des droits égaux.
864. La préférence des créanciers de la société s'applique-t-elle aux sociétés en participation ?
865. A-t-elle lieu dans les sociétés civiles ?
866. De la position active des associés à l'égard des tiers.
867. Suite.

COMMENTAIRE.

771. Voyons donc dans quels cas les associés sont obligés envers les tiers.

Trois cas peuvent se présenter.

L'un des associés a contracté en son propre et privé nom.

Ou bien il a contracté sous le nom commun.

Ou bien tous les associés ont contracté ensemble dans leur privé nom.

772. *Premier cas*. Le titre d'associé n'est pas un titre

universel. En dehors de la société dont il fait partie, un associé a une foule d'affaires particulières, qu'il gère en son propre et privé nom. Il peut être mari, tuteur, propriétaire de domaines et de capitaux qui n'appartiennent pas à sa société (1), etc., etc. Ce cercle d'opérations ne doit pas se confondre avec les opérations sociales, et la société doit rester étrangère à ce qu'un de ses membres a fait, non comme associé, mais comme personne exerçant des droits distincts. Il fallait donc établir un mur de séparation entre la société et les affaires privées des associés. Il fallait la sauver du recours des tiers, qui voudraient faire réfléchir contre elle des actes qui n'ont pas été faits sous son nom.

De là, cette règle dictée par le bon sens : c'est que, lorsque l'un des associés contracte seul, en son seul et privé nom, il s'oblige seul ; ses co-associés ne sont pas obligés envers les tiers avec lesquels le contrat a été passé, et qui n'ont suivi que sa foi (2).

Quand même l'argent aurait été versé dans la caisse sociale, ces tiers n'auraient pas d'action directe contre les associés avec lesquels ils n'ont pas contracté (3). En règle générale, on ne s'informe pas de ce que l'emprunteur a fait de l'argent qu'il a emprunté ; on n'a pas à s'enquérir des mains dans lesquelles cet argent est passé, pour se livrer à des recours sur elles. Le créancier a action contre celui qui lui a demandé de l'argent et dont il a suivi la foi ; voilà tout. Mais de ce qu'après avoir emprunté cet argent en son propre et privé nom, l'associé l'a versé dans la caisse sociale, il ne s'ensuit pas qu'il doive y avoir une action contre la société avec laquelle

(1) *Decis. rotæ Genue*, decis. 14, n° 95, 96.

(2) *Felicius*, c. 30, n° 2.

(3) Le président Favre sur la loi 82 D. *Pro socio*.

Surtout Gujas sur cette loi (*Respons. Papin.*)

on n'a pas traité, et dans la solvabilité de laquelle on n'a pas placé confiance. La société est une tierce personne. On n'a pas plus d'action directe contre elle que contre tout autre individu à qui l'emprunteur aurait remis l'argent.

773. Tel est le système des lois romaines (1). On s'étonne que M. Merlin, si exact ordinairement dans l'appréciation de leur esprit, ait cru qu'elles donnaient une action aux tiers contre les associés inconnus restés en dehors de l'emprunt, pourvu que les deniers aient été employés aux affaires sociales (2). En fondant cette assertion sur la loi 82 D. *Pro socio*, M. Merlin a montré qu'il n'en avait pas suffisamment étudié le véritable sens. Les meilleurs interprètes ont compris que ce texte de Papinien ne règle qu'un rapport d'associé à associé, une relation soumise à l'action *pro socio*, mais nullement un rapport de l'associé non dénommé au créancier.

Écoutez Cujas, qui s'est bien identifié avec les idées de Papinien.

« Le créancier, dit-il (3), n'a aucune action contre l'associé avec lequel il n'a pas contracté, quand même l'argent aurait tourné au profit de la société; car il est de droit commun qu'un prêteur n'a de recours que contre son emprunteur, mais jamais contre celui qui, par le fait de ce dernier, a profité de l'argent (4). On ne s'informe pas où l'argent est allé, mais qui l'a demandé, qui a contracté. » Non quærimus in creditâ pecuniâ ad

(1) Il faut combiner la loi 82 D. *Pro socio* avec les lois 16 D. *De reb. creditis* et 27 D. *De pactis*. L'arrétiste de la rote de Gênes les résume en ces mots : *Socius non obligat socium*. (Décis. 14, n° 129.)

(2) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

(3) Sur la loi 82 D. *Pro socio*. Lib. 3 *Resp. Papin.*

(4) Arg. de la loi *Eum qui*, C. *Si certum petatur*.

» quem ea pecunia pervenerit, sed quis eam pecuniam » rogavit, quis contraxit, ut hic solus obligetur. Etiam » Seneca, 5, de beneficiis : *Pecunia ab eo petitur, cui credita » est, quamvis illa ad me, aliquo modo, pervenerit (1).* »

« Les expressions dont se sert Papinien, *jure societatis*, démontrent ouvertement qu'il ne s'occupe que des obligations d'associé à associé. Ce qu'il a voulu dire, c'est qu'un associé n'est pas obligé d'indemniser son co-associé des dettes qu'il a contractées, à moins que l'argent n'ait tourné au profit de la société. Mais Papinien n'a nullement en vue le créancier. « Non hic quæri in » hac lege, an alter socius creditori teneatur actione creditæ » pecuniæ. » Le créancier n'a d'action que contre celui-là seul à qui il a prêté. »

Ici Cujas fait une courte digression sur les sociétés d'argentiers. « Il faut excepter, ajoute-t-il, les associés argentiers, *argentarios socios*. A leur égard, les règles sont différentes; chacun est tenu solidairement envers les tiers (2); ainsi l'a voulu l'intérêt public: *propter utilitatem publicam*; et la nouvelle 136 prouve que ce n'est pas là la seule singularité de la profession des argentiers. Comme les argentiers ont une action solidaire contre leurs débiteurs (3), il est juste que, par réciprocité, les créanciers d'une société d'argentiers aient une action solidaire contre eux, lorsque le contrat a été fait au nom de la société. Mais c'est une exception; elle doit être renfermée dans son espèce. Et dire, comme Cynus et Balde, que, dans les sociétés ordinaires, l'associé qui emprunte, au nom de la société, *communi no-*

(1) Remarquez l'attention de Cujas à s'environner des preuves qu'offre la littérature romaine.

(2) L. *Si unus ex argent.*, D. *De pactis*. Voyez notre préface.

(3) Loi précitée, *De pactis*.

mine, oblige solidairement ses co-associés envers les tiers, c'est une erreur qui doit être repoussée. »

Cette interprétation de la loi 82 est reproduite par le président Favre dans ses *Rationalia*. Ce savant auteur reconnaît que cette loi ne concerne pas les tiers; il établit que le versement à la société ne donne pas action directe contre elle, au créancier qui a contracté avec un associé figurant en son propre et privé nom. C'est aussi l'interprétation qui sert de guide à Felicius (1).

« L'associé qui ne contracte pas et l'associé qui contracte s'obligent entre eux par la nature de la société: » *per naturam societatis*. Mais l'associé non contractant n'est pas obligé envers le créancier et ne peut pas être actionné par lui.

» Seulement, tout ce qu'on peut dire, c'est que le créancier aura contre lui l'action oblique: *Tamen creditoris socius qui non contraxit, non tenetur et non potest conveniri. Sed tenetur per obliquum* (2); » *quia socius qui non contraxit est obligatus socio, et per consequens, per obliquum est obligatus creditori.* »

774. M. Merlin a cité Voet.

Il est vrai que Voet n'a pas vu (ainsi que plusieurs autres) que Papinien ne s'occupait pas des tiers créanciers, et que toute son attention était concentrée sur l'action *pro socio*. Mais, au surplus, Voet n'a pas dit ce que lui fait dire M. Merlin; il n'enseigne pas que la dette personnelle de l'associé devient sociale par cela seul qu'elle a tourné au profit de la société. — Écoutez-le parler: il essaie de fixer la position des associés à l'égard des tiers, et, pour y parvenir, il fait plusieurs distinctions mal comprises par M. Merlin (3).

(1) Cap. 30, n° 3.

(2) N° 5.

(3) *Pro socio*, n° 13.

D'abord, il suppose que la société est gérée par tous les associés en commun, et sans division. Comment les associés seront-ils tenus envers les créanciers? Ici Voet ne sous-entend pas que la dette a été contractée par un seul. Au contraire, le cas qu'il a en vue est celui d'une dette contractée par tous les associés ensemble: *per se*. Eh bien! les associés seront tenus pour leur part et portion dans la société, d'après Ulpian, en la loi 4 D. *De exercit act.*

Voici maintenant la deuxième hypothèse:

La société s'est donné un institeur; ses autres membres n'agissent pas; toute la gestion se fait par un représentant pris, soit parmi les associés, soit même parmi des personnes étrangères à la société. Cet institeur oblige solidairement lui et tous ses associés (1), pour les dettes contractées *nomine sociali* (2).

Enfin, la troisième hypothèse est celle d'une société qui embrasse plusieurs branches et plusieurs régions. Chaque associé préposé à une branche, et chargé du commerce dans une région, est institeur des autres et il les oblige solidairement (3), pour les dettes contractées *nomine sociali* (4).

Jusqu'ici Voet n'a entendu exprimer que le sens des lois romaines, abstraction faite des usages modernes. Maintenant, il change d'horizon; il se transporte au sein du droit contemporain; et il enseigne que, dans les deux dernières hypothèses, la jurisprudence nouvelle s'est éloignée des lois romaines, et que les associés ne sont tenus qu'au prorata.

(1) L. 67 D. *Pro socio*. — L. 4, § dernier, l. 2 et l. 4, § 1, D. *De exercitor. act.* — L. 43, § dernier et l. 12 D. *De institor. act.*

(2) V. la rubrique du n° 13 de Voet.

(3) L. 9, § 4, D. *De public.*

(4) Pour la preuve de ceci, voyez encore la rubrique de Voet.