

Après cette courte digression, Voet revient à l'exposition des textes du droit romain (1); il reprend sa triple distinction, et c'est alors qu'il cite, sans le bien entendre, le texte de Papinien.

Plusieurs, dit-il, gèrent en commun une société; un seul fait des dettes: les autres associés en seront-ils tenus? Non, si la caisse sociale n'en a pas profité: oui, si les deniers ont tourné à l'avantage de la société. La loi 82 D. *Pro socio* le décide ainsi.

Notons une chose à laquelle M. Merlin n'a pas fait attention: c'est que la dette a été contractée *nomine sociali*. Si M. Merlin s'était bien pénétré de l'esprit de tout ce passage, il aurait vu avec évidence que c'était là le point de vue de Voet: d'ailleurs la rubrique le dit en toutes lettres!! et, cependant, c'est dans ces paroles que M. Merlin a été chercher des preuves pour faire réléchir sur une société des actes signés par un associé *nomine privato*!! Évidemment, Voet, loin d'être de l'avis de M. Merlin, est tout-à-fait du nôtre; nous revendiquons son témoignage, à part cependant sa méprise sur la loi 82.

Voet continue. Mais si la société, dit-il, agit par un institeur, ou bien si elle a partagé son exploitation en plusieurs départemens dans chacun desquels gère un associé qui est institeur des autres, les dettes contractées par ces institeurs obligent solidairement la société, sans qu'on s'informe si les fonds ont tourné au profit de la société. Pourquoi? parce que les fonds ont été prêtés en vue de la société, pour subvenir à ses besoins, et à une personne qu'elle avait instituée. — Voet raisonne toujours dans l'hypothèse d'une dette contractée *nomine sociali*. Sa rubrique est expresse. Arrêtons-nous

(1) N° 14.

cependant encore pour relever une nouvelle erreur de M. Merlin. Il croit que Voet n'a multiplié les distinctions que pour faire ressortir les différences de la société anonyme et de la société collective; il n'y a pas trace de cette pensée dans Voet. Comment le jurisconsulte aurait-il fait allusion à la société anonyme ou en participation, dans laquelle chacun travaille *sous son nom particulier* (1), lorsque, dans toutes ses hypothèses, il ne sort pas d'actes faits *au nom de la société*?

Ceci posé, Voet fait remarquer (2) que, par les mœurs modernes, l'associé qui n'est tenu que par le fait de son institeur, agissant, comme il l'a dit, *nomine sociali* (3), peut se libérer en abandonnant sa part.

Enfin, il termine ainsi toute cette dissertation, que très-certainement M. Merlin n'a pas lue dans son entier:

« Sed si sociorum unus, non societatis, sed proprio nomine contraxerit, socios reliquos, ne ab initio quidem in solidum, aut ullá ex parte obligatos reddit (4). »

Que dire, maintenant? Voet est-il pour M. Merlin? La méprise du savant procureur général n'est-elle pas flagrante?

775. Ce qui n'est pas moins extraordinaire, c'est que M. Merlin ait pris pour auxiliaires Savary, Jousse et Bornier. Ces auteurs ont professé la thèse diamétralement contraire à celle de M. Merlin (5). Je renvoie là-dessus à la consultation de M. Cresp dans l'affaire Loubon

(1) Jousse cité par M. Merlin.

(2) N° 15.

(3) *Sic*.

(4) Et il cite la loi 67, § 1, D. *Pro socio*; Le Code du présid. Favre, lib. 4, t. 27; Felicius et Brunemann.

(5) Savary, t. 1, p. 50 et 59.

Jousse, not. prélim. sur le tit. *Des sociétés*. Ord. de 1673.



ainé (1). Toute cette partie de la réfutation de M. Merlin est aussi solide que piquante; on verra même comment M. Merlin a tronqué Bourjon pour le plier à son système.

776. Quant aux arrêts du parlement de Flandre rendus dans l'affaire Pagnier et Labbé, est-il vrai qu'ils soient aussi précis que le veut M. Merlin (2)?

Pagnier, associé avec Labbé pour la construction d'un moulin à vent, avait acheté des bois de Lenglet; le traité avait été fait en son nom; mais les actes écrits portaient que les fournitures se feraient par Lenglet, pour le moulin. Ces déclarations de Pagnier, acceptées par Lenglet, n'étaient-elles pas une désignation suffisante de la société dont le moulin était l'objet? Ne pouvait-on pas dire, dès lors, que la dette avait été contractée *nomine sociali*, surtout si la société avait quelque notoriété? Dans des affaires de cette nature, où les faits ont tant de puissance, et qui provoquent tant d'arrêts d'espèces, il est dangereux de trop généraliser. Plus prudent est de s'en tenir aux doctrines de Cujas, de Favre, de Voet, que nous pouvons désormais appeler *nôtres*; Pothier les a résumées avec une admirable intelligence (3), et le Code civil, à son tour, a résumé Pothier dans son article 1864. Cet article exige deux conditions pour que l'obligation réfléchisse sur la société. Se contenter d'une seule, comme le voudrait M. Merlin; rendre l'obligation sociale par cela seul que la société en aurait profité, ce serait se mettre en contradiction avec l'art. 1864 du Code civil, expression savante des vrais et purs principes du droit.

Nous disons donc que quand l'associé a contracté

(1) P. 40 et suiv.

(2) *Quest. de droit, v<sup>o</sup> Société*, p. 555.

(3) N<sup>o</sup> 105.

en son propre et privé nom, les tiers n'ont pas d'action directe contre la société, quand bien même elle aurait profité de l'acte. Les tiers ne peuvent exercer contre la société que les actions de leurs débiteurs: c'est là l'action oblique dont parle Felicius; c'est la seule qui leur compète. M. Delvincourt (1) et MM. Delamarre et Lepoitevin (2) ont parfaitement aperçu cette vérité; M. Cresp, professeur de droit à Aix, l'a exposée dans la savante consultation (3) dont je parlais il n'y a qu'un instant.

777. Toutefois, M. Duranton (4), et après lui M. Duvergier (5), sans s'occuper des textes et des autorités si décisives que nous venons de rappeler, insistent pour l'action directe, en soutenant que la société, ayant fait profit de l'opération du co-associé, est tenue, sinon par l'action *credita pecuniae*, au moins par l'action de *in rem verso*, qui est une action non oblique, mais directe.

Déjà cette erreur avait eu cours avant eux (6).

Mais qu'était-ce donc que l'action de *in rem verso*? c'était une action que l'on donnait à celui qui avait contracté avec un esclave ou un fils de famille, contre le maître de cet esclave et contre le père de ce fils de famille, lorsque le maître et le père avaient profité du fait de l'esclave ou du fils. — On supposait que le tiers avait contracté plutôt avec ce maître et le père qu'avec l'esclave et le fils. — Mais sur quoi reposait cette fiction? Sur ce que l'état d'esclave et de fils n'avait pas été ignoré du créancier; sur ce que cet état notoire, ou facile à vérifier, avait été pour lui un indice que ces

(1) T. 3, p. 216, note. *Junge* M. Persil fils, p. 41, n<sup>o</sup> 47.

(2) T. 2, n<sup>os</sup> 250, 252.

(3) Affaire Loubon.

(4) T. 17, n<sup>o</sup> 449.

(5) N<sup>o</sup> 404. *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n<sup>os</sup> 102 et 425.

(6) V. *infra*, n<sup>o</sup> 859, un passage de Basset.

individus contractaient, non pour eux-mêmes, mais pour les personnes qui les avaient sous leur dépendance. Ainsi, derrière l'esclave et le fils apparaissait un débiteur sérieux, en vue duquel la négociation était censée s'être faite. Voilà pourquoi l'action de *in rem verso* avait été instituée contre lui.

Mais trouve-t-on un tel concours de circonstances dans le cas qui nous occupe? L'associé n'est pas (qu'on me permette cette expression) une personne diaphane. S'il se cache pour figurer en son propre et privé nom, nulle transparence n'autorise à voir, à travers sa personne, la société comme intéressée à l'affaire; le tiers n'a ni pu ni dû la deviner; on n'a pas voulu qu'il comptât sur elle; on la lui a cachée exprès pour qu'il ne suivit pas sa foi, et qu'il fût bien convaincu qu'il n'avait affaire qu'à un nom privé. Donc, la société inconnue, impénétrable, et, par conséquent, *penitus extranea*, n'a rien de commun avec le maître et le père de famille, à peine dissimulés par l'interposition de l'esclave et du fils.

On force donc la pensée des lois romaines quand on étend l'action de *in rem verso* au delà des cas que leur équité et leur sagesse avaient prévus. Est-ce qu'en droit romain cette action a jamais été donnée contre celui qui avait profité, de seconde main, de l'emprunt fait *nomine proprio* par une personne *sui juris*? Est-ce qu'autrement les rapports individuels ne seraient pas sans cesse entravés? Est-ce qu'il y aurait moyen de traiter avec sécurité? Vous prêtez 10,000 fr. à Pierre; celui-ci devient propriétaire de cette somme: il en peut faire ce qu'il veut, car les deniers n'ont pas de suite: « *In creditum abit credita pecunia.* » Si, plus tard, il me livre cette somme, je ne la tiens que de lui et pas de vous. Fallait-il donc m'enquérir de l'origine de cette somme? *Non queritur origo pecuniæ.* Ainsi le veulent la raison, le droit, la saine morale, dont nous avons vu ci-dessus

Cujas et Sénèque se rendre les vrais interprètes. « Réclamez cette somme (je cite MM. Delamarre et Lepoitevin) à celui à qui vous l'avez prêtée. Si cela n'était ainsi, dit Savary, il n'y aurait point de sûreté dans le commerce (1). — Quant à moi, *meum recepi*. Si vous dites que je me suis enrichi à vos dépens, je vous répondrai que vous êtes dans l'erreur, car je n'ai pas traité avec vous, ni vous avec moi; et je veux si peu m'enrichir à vos dépens, que si je dois quelque chose à Pierre, je suis prêt à vous le payer à son lieu et place. » Tout cela est élémentaire; tout cela s'applique au contrat de société comme à toutes les transactions civiles (2).

778. Il faut même dire que, dans le doute sur la question de savoir si l'associé a voulu traiter en son propre nom, ou comme associé, on doit décider qu'il est censé avoir voulu contracter *nomine proprio* (3). Une qualité accidentelle cède à la qualité qui domine, et l'on est toujours présumé traiter pour soi-même plutôt que pour autrui.

« Quoties quisquam in rebus agit, vendit, permutat, » contrahit sine adjectione externæ qualitatæ, *semper proprio nomine contrahere videtur.* » C'est une règle donnée par d'Argentrée (4).

(1) P. 465.

(2) Il n'y a rien de contraire à ceci dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1829, dont j'ai vu faire abus. (D. 29, 1, 413.) En fait, le gérant n'avait pas agi en son nom personnel, et la chose avait tourné au profit de la société. Les deux circonstances étaient réunies.

(3) Felicius, c. 30, n° 14.

*Rota Genuæ*, decis. 14, n° 94.

(4) Sur Bretagne, glose 1, n° 4.

*Junge Straccha, Decis. rotæ Genuæ*, decis. 14, n° 96. *Infrâ*, n° 795.

779. Concluons : quand l'associé a traité en son propre et privé nom, la société reste étrangère à l'action des tiers qui ont pactisé avec lui (1). Ces derniers n'auraient pas même d'action, quand les deniers qu'ils ont versés auraient tourné au profit de la société. Tout ce qui leur est permis par la loi, c'est d'intenter contre la société les actions de leur débiteur.

780. Appliquons maintenant ces idées à deux espèces de sociétés commerciales, dans lesquelles elles ont été vivement controversées; voyons si l'on est fondé à les faire passer de la jurisprudence civile dans la jurisprudence commerciale.

Et d'abord occupons-nous de la société en participation.

M. Merlin a soutenu que lorsque la société a profité, les tiers ont, contre l'associé non dénommé, une action directe et solidaire (2). M. Merlin a cherché à s'appuyer sur cette science variée et abondante, qui lui donne tant d'autorité; cette fois elle l'a mal servi. J'ai montré tout à l'heure que toutes ses citations portent à faux.

Mais, d'ailleurs, qu'était-il besoin de tout ce cortège d'érudition pour régler le sort de l'associé dans l'espèce sur laquelle M. Merlin portait la parole? De quoi s'agissait-il?

Allonde et Billaut étaient associés pour le commerce des bestiaux. Le jugement et l'arrêt attaqués constataient, en fait, qu'Allonde n'avait jamais agi *seul* (3); que Billaut avait toujours agi *en nom collectif* (4); qu'il était notoire et connu de tous qu'Allonde et Billaut étaient associés, et qu'il passait pour constant que ce

(1) Cassat., req., 12 juillet 1825. D. 25, 1, 351.

(2) *Quest. de droit*, v<sup>o</sup> *Société*, § 2.

(3) *Quest. de droit*, v<sup>o</sup> *Société*, § 2, p. 555, col. 1.

(4) *Ibid.*, p. 548, col. 2.

que faisait Allonde, il le faisait *pour la société*, au su et vu de Billaut.

C'est dans ces circonstances qu'Allonde avait souscrit de son nom seul une obligation relative au commerce de la société, et Billaut venait prétendre qu'elle ne devait pas rejaillir sur lui. — Mais cette défense était-elle de bonne foi? était-elle juridique? Non! Car, dès l'instant qu'il était prouvé qu'Allonde se donnait publiquement pour associé, qu'il contractait comme tel et que les tiers avaient la juste opinion qu'ils ne traitaient pas avec lui seul, mais avec la société, il importait peu qu'il n'eût pas signé du nom social. J'ai rappelé ci-dessus la doctrine de Casaregis, qui veut que l'on supplée par les circonstances au nom social (1). Allonde avait donc agi en nom collectif; la société n'était pas une société anonyme; il n'y avait pas d'associé caché, inconnu; toutes les opérations étaient collectives; un nom collectif y était attaché.

Billaut échoua donc devant le tribunal et la Cour de Limoges; il succomba aussi devant la Cour de cassation, dont l'arrêt est du 28 germinal an XII. Mais est-ce par les raisons déduites par M. Merlin? On n'a qu'à lire l'arrêt; on verra qu'il suppose en fait que les prêts ont été faits à *deux marchands notoirement reconnus pour associés*. La question de responsabilité, jugée contre Billaut à tous les degrés de juridiction, n'est donc pas celle que M. Merlin a discutée. Ce n'est pas celle sur laquelle nous voulons nous éclairer.

Il est vrai que l'arrêt de cassation qualifie la société de Allonde et Billaut de société anonyme; et l'on est étonné de cette appellation dans un cas, où la Cour reconnaît que les actes étaient collectifs *pour deux marchands asso-*

(1) N<sup>o</sup> 376.

ciés. Mais peu importe cette erreur de nom. Au fond, Billaut avait été notoirement représenté; il était dans les actes; on avait traité avec lui: il ne pouvait échapper à une responsabilité directe (1).

781. C'est par des raisons de même nature qu'il faut expliquer un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1817, qui confirme un arrêt du 30 juillet 1816, par lequel la Cour royale de Paris avait condamné solidairement un sieur Hom à payer des billets que son co-associé avait souscrits. Il était constant que ces billets avaient été causés pour fournitures de charbons, faites à la verrerie pour l'exploitation de laquelle la société avait été formée; et, de plus, l'arrêt déclarait en fait que les fournisseurs avaient suivi le crédit et la confiance de Hom (2).

Ici, encore, la société est qualifiée dans l'arrêt de cassation d'association en participation: mais il y a contradiction dans les termes entre une telle qualification et les faits posés par l'arrêt. Comment! le contractant, engage à la fois sa personne et celle de son co-associé, et ses actes ne seront pas ceux d'un associé en

(1) Je crois être d'autant plus dans le vrai en donnant ce sens à cet arrêt, que M. Deferron (probablement à cause des circonstances que j'ai relevées) disait au conseil d'État, dans la discussion de l'art. 49 du Code de comm.: « Je suis persuadé que la Cour de cassation n'a pas vu une société en participation dans l'affaire qu'on a rappelée. » (M. Merlin, *Quest. de droit*, v° Société, § 2, p. 557, col. 2.)

(2) Dal., *Société*, p. 144.

S. 18, 1, 53.

Merlin, *Quest. de droit*, v° Société, § 2, p. 558.

On explique de même un arrêt de la Cour de cassation (req.) du 18 novembre 1829. (D. 29, 1, 413.) Le gérant n'avait pas agi en son nom personnel, et la chose avait tourné au profit de la société.

nom collectif? On appellera simple participation, c'est-à-dire *société inconnue* (1), celle qui se révèle dans tous ses actes extérieurs?

782. Mais si, sortant de ces méprises, nous passons à des cas de vraie participation, nous verrons le recours direct sagement interdit par la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation, du 9 janvier 1821 (2), décide la question *in terminis*, et il faut se défier des citations d'arrêt que l'on donne dans un sens opposé; ces citations sont inexactes; on n'a pas fait attention que les arrêts, qui ont admis le recours direct, ont toujours été rendus dans des cas où la société était vraiment collective, et où les associés, loin d'être inconnus, avaient placé dans la publicité de leur position un moyen de confiance et de crédit. Or, la participation ne procède pas ainsi; elle est toute intérieure, elle ne traite pas avec le public: le public n'a donc pas de droits contre elle (3).

783. Au surplus, pour mieux mettre en lumière la vérité des principes consacrés par l'arrêt de la Cour suprême du 9 janvier 1821, je vais rappeler tout au long une importante décision de la rote de Gènes; elle servira à fixer les idées encore flottantes sur notre question (4).

« La maison Pallavicini avait prêté une forte somme à Augustin Sauli, fermier des revenus publics à Rome. Sauli avait plusieurs participans dans son entreprise,

(1) Pothier, n° 61.

*Suprà*, n° 481, 499.

(2) Dal., *Société*, p. 145.

S. 22, 1, 77.

*Junge* Paris, 9 août 1831. (D. 31, 2, 209.)

(3) Regnault de St-Jean-d'Angély, discussion au conseil d'État. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° Société, § 2, p. 557.

(4) Straccha, *Decis. rotæ Genuæ*, 14.

entre autres les sieurs Grimaldi ; mais il avait soumissionné seul, et il gérait toute l'administration sous son nom seul, sans que rien révélât au public l'accession de ses nombreux coparticipans.

» Cependant la maison Pallavicini, voulant rentrer dans sa créance, intenta une action contre les Grimaldi, prétendant que c'étaient eux qui avait préposé Sauli à la ferme en question ; qu'en conséquence Sauli n'était que leur instituteur et qu'ils étaient tenus solidairement de ses faits, d'après les principes d'équité consacrés en cette matière par les lois romaines et l'édit du préteur (1).

784. » Un instituteur, disait-on pour la maison Pallavicini, peut être préposé de deux manières, tacitement et expressément. Exiger une commission expresse, ce serait exposer les contractans à des déceptions ; et tout le monde est d'accord que la commission est suffisamment prouvée à l'égard des tiers quand le préposé, se posant publiquement comme tel, gère, exerce, au vu et su du maître qui le souffre et qui par-là est censé l'avoir commissionné (2). Or, les Grimaldi ont souffert pendant douze ans la gestion de Sauli ; ils l'ont laissé administrateur général de la ferme dont ils étaient participans ; ils ont eu avec lui des rapports commerciaux, qui prouvent la connaissance qu'ils avaient de tout ce que faisait Sauli ; ils l'ont recommandé à leurs amis et correspon-

(1) *Decis. 14 rotæ Genuæ*, n° 1.

(2) N° 4. On citait Bartole, Paul de Castro. Voyez aussi Brunemann, *De instit. act.*, sur la loi 1, n° 2. Il dit : « Tacita est præpositio, quando quis publicè se gerit pro alterius institore, domino sciente et patiente. »

Au surplus, la légalité d'un mandat tacite était accordée. (*Infrà*, n° 879.) Mais en fait on le niait. (V. aussi n° 897.)

dans, etc. Au surplus, il y a aussi des actes qui prouvent une préposition expresse (1).

» Dans cet état de choses, la solidarité ne saurait être contestée. Les tiers, qui ont traité avec Sauli, ont suivi la foi des Grimaldi pour qui il travaillait : c'est comme si l'on avait contracté avec eux (2).

» Notez bien que, dans l'acte sous seing privé, passé entre Sauli et les Grimaldi, ceux-ci sont convenus de concourir aux charges de la ferme, et c'est d'ailleurs l'obligation que la loi impose à tout associé.

785. » Que si les Grimaldi ne voulaient pas que Sauli fit des emprunts aussi considérables que ceux qu'il a contractés avec la maison Pallavicini, ils devaient lui imposer publiquement et ouvertement des restrictions pour avertir les tiers. S'ils ne l'ont pas fait, ne doivent-ils pas s'en prendre à eux-mêmes (3) ?

» Au reste, l'argent a été emprunté pour la ferme : ce fait est constant ; peu importe aux créanciers que Sauli l'ait dissipé ; ceux-ci n'étaient pas chargés de le surveiller ; c'était le devoir des préposans (4).

786. » Que si l'on niait que l'instituteur eût le droit d'emprunter (5), on prouverait facilement par les textes, qu'il le peut pour gérer le commerce auquel il est préposé (6). Il est vrai que l'emprunt doit être nécessaire

(1) N° 6.

(2) N° 7.

(3) N° 13.

(4) N° 14.

(5) Ces principes sont très-vrais ; mais on verra par ce qui suit que la maison Pallavicini en faisait une fausse application.

(6) N° 15. L. 1, § Non autem, D. *De exercit. act.* — L. final. D. *ibid.* — L. Quicumque, § Non tamen, D. *De instit. act.* — L. Habebat, D. *De instit. act.*

Bartole, l. 1, § Non autem, D. *De exercit.*

*Suprà*, n° 684.